

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXXI – Nuova serie

N. 1/2023 (gennaio-aprile)

## INDICE

### IN MEMORIA

ELISA CAVASINO E GIUSEPPE VERDE

*In ricordo di Cecilia Corsi*

7

NICOLA GULLO

*In ricordo di Filippo Salvia*

9

### SAGGI

MARCELLA GOLA

*Paesaggio e dintorni*

17

LAURA LORELLO

*La qualità della legislazione nel sistema costituzionale: il contributo del  
Comitato per la legislazione della Camera e del Senato*

33

GAETANO ARMAO		
	<i>Concessioni demaniali marittime e diritto eurounitario: la fine del “tempo delle more”</i>	53
LUCIANA DE GRAZIA		
	<i>Alcune riflessioni sull’indipendenza giudiziaria nel contesto europeo</i>	87
ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ		
	<i>Algunas claves sobre las crisis contemporáneas del Tribunal Constitucional</i>	115
ANTONINO LONGO		
	<i>Affidamento del trasporto pubblico locale e tutela della concorrenza: effetti della sentenza resa dalla Corte costituzionale 11 febbraio 2021, n. 16 sull’ordinamento giuridico regionale siciliano</i>	141
RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ		
	<i>El derecho al desnudo en lugares públicos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	169
CRISTINA VIDETTA		
	<i>La dimensione del patrimonio culturale tra frammentazione delle conoscenze e unità del sapere</i>	199
ANNA MARIA CHIARIELLO		
	<i>Lo spoils system: profili critici e spunti di riflessione tra evoluzione normativa, giudici e principi costituzionali</i>	223
ENRICO GUARNIERI		
	<i>La parità di genere nel servizio pubblico televisivo, tra limiti in negativo e funzione promozionale</i>	245
PIETRO STEFANO MAGLIONE		
	<i>I rapporti tra Stato e autonomie nell’infrastrutturazione digitale del Paese</i>	273
GLORIA FRANCESCA PULIZZI		
	<i>Circolari amministrative e «norme interne» alla prova dell’emergenza</i>	337
GASPAR GONZÁLEZ REPRESA		
	<i>Posibilidad y conveniencia de un nuevo derecho de secesión en las democracias constitucionales</i>	365

JOSÉ CARLOS NIETO-JIMÉNEZ

*El empleo del veto presupuestario como vía alternativa para rechazar proposiciones de ley en tiempos de fragmentación parlamentaria: precedentes, evolución jurisprudencial y afectación de nuevos derechos*

389

## LA DOTTRINA DIALOGA CON LA GIURISPRUDENZA

MARCO ARMANNO

*L'informativa antimafia dopo Corte cost. n. 180 del 2022: un'indagine in prospettiva costituzionale degli itinerari di riforma e della giurisprudenza amministrativa*

423



*In memoria*



## In ricordo di Cecilia Corsi

di Elisa Cavasino e Giuseppe Verde

Cecilia Corsi è stata ed è una persona ed una studiosa dal tratto umano, culturale, accademico, discreto ma incisivo. Ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Firenze, nonostante i suoi svariati impegni accademici e scientifici (fra cui la direzione della rivista *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*), di recente aveva assunto il ruolo di condirettrice della Rivista *Nuove Autonomie*.

Chiunque abbia avuto modo di confrontarsi con Cecilia Corsi ha apprezzato la sua serietà. Sempre misurata, cordiale, gentilissima, sapeva far crescere, impegnare, migliorare, andare oltre i propri limiti gli studiosi in formazione che presentavano i loro lavori scientifici per la pubblicazione in riviste da lei dirette.

Così, anche nell'attività della rivista *Nuove Autonomie*, tutti i componenti degli organi della rivista e, in particolare, noi colleghi del coordinamento della Redazione abbiamo avuto modo di ricevere sempre il suo sostegno, supporto e la sua opinione sui contributi di taglio costituzionalistico.

La scomparsa della Professoressa Cecilia Corsi ha addolorato tutta la comunità scientifica dei giuristi italiani e tutti coloro che studiano e riflettono sui temi che a lei erano cari, soprattutto negli anni più recenti: la condizione giuridica dello straniero, la cittadinanza.

È certo, però, che gli studi a cui Lei ha dedicato le sue energie e che mostrano amore per lo studio, la ricerca ed un atteggiamento misurato dinanzi a temi e problemi spesso oggetto di acceso dibattito politico, come la monografia *Lo stato e lo straniero*, resteranno saldi punti di riferimento per chiunque intenda osservare il fenomeno migratorio dal punto di vista giuridico.





## In ricordo di Filippo Salvia\*

di Nicola Gullo

È con grande emozione che mi accingo a fare un breve intervento, che vuole essere soprattutto una testimonianza del privilegio e della fortuna che ho avuto ad incontrare il Professore Filippo Salvia e ad intrecciare la mia vita, non soltanto universitaria, con il suo percorso accademico e professionale.

Il nostro rapporto universitario è iniziato alla fine degli anni novanta, quando il Professore ha ricominciato ad insegnare nel corso di laurea in giurisprudenza dopo un lungo periodo trascorso nella facoltà di Scienze politiche, mentre io ero già inserito da qualche anno come ricercatore nel dipartimento di diritto pubblico. La collaborazione, inizialmente imposta dagli impegni e dai ruoli universitari, si è trasformata ben presto in un profondo scambio culturale e umano, alimentato da un sincero affetto e da una condivisa passione per l'insegnamento e la ricerca universitaria.

Lo stile del Professore mi è apparso fin dall'inizio rigoroso ed essenziale, animato da un alto senso del dovere e da una costante attenzione nei confronti delle esigenze formative degli studenti e dei giovani studiosi con cui entrava in contatto. Il suo approccio didattico non era mai banale o routinario, bensì proteso, per un verso, a fornire gli strumenti culturali e le chiavi di lettura per comprendere i complessi meccanismi di funzionamento dell'amministrazione e le trasformazioni del diritto amministrativo e, per altro verso, a liberare lo studio e l'indagine scientifica da inutili sovrastrutture nozionistiche, da vacue formule culturali e da ripetitivi modelli giuridici, inidonei a disvelare il senso profondo delle politiche pubbliche e l'effettivo ambito di applicazione degli istituti giuridici introdotti dal legislatore.

La sua cifra qualificante, di giurista e studioso, è sempre stata quella di riuscire ad abbinare, con sapiente equilibrio e straordinaria capacità di sintesi, una puntuale e lucida ricostruzione degli strumenti giuridici dell'azione amministrativa ad una stringente analisi - a volte anche dissacrante - degli interessi sostanziali e delle spinte socio-politiche che determinano le riforme amministrative e i cambiamenti nell'assetto normativo delle amministrazioni. Anzi, la sua lettura dei fenomeni giuridici, pur essendo condotta con rigoroso metodo scientifico,

\* Questo contributo ripropone l'intervento presentato al seminario *Urbanistica, ambiente, paesaggio: frontiere mobili. In ricordo di Filippo Salvia*, organizzato dall'Università di Palermo (22 marzo 2023).

è stata ispirata senza dubbio da un autentico e saldo ideale di giustizia, che lo ha condotto a considerare il diritto non tanto come una tecnica neutrale di regolazione degli interessi – e dei conflitti –, quanto piuttosto come l'*ars boni et aequi*, ovvero l'arte di custodire i diritti individuali e il bene comune della *societas humana*. E in questo senso ha avviato, con l'arma dell'ironia a lui così congeniale, durante gli anni della sua attività sia accademica che giurisdizionale, un'incessante battaglia contro il "formalismo giuridico" dei giuristi e degli operatori del diritto, attestati molto spesso a difendere l'apparente regolarità delle procedure e degli interventi amministrativi – le c.d. "carte a posto", come amava ripetere - a discapito di un'effettiva tutela degli interessi pubblici e delle esigenze sociali.

E proprio l'ironia viene ritenuta - da chi ha avuto la possibilità di conoscerlo direttamente o attraverso i suoi scritti – come uno dei tratti tipici del suo modo di affrontare le questioni giuridiche e, più in generale, di esaminare la realtà. Tuttavia, nel Professore Salvia, l'ironia, più che un mero aspetto del carattere o una semplice manifestazione di quello spirito siciliano improntato ad un radicale scetticismo che è stato descritto nella grande letteratura dell'ottocento e del novecento, ha assunto i contorni di un vero e proprio metodo "socratico", con cui ha cercato di condurre il suo interlocutore ad abbandonare le false certezze ingenerate dai proclami che accompagnano le politiche pubbliche o dalla ripetitività delle prassi amministrative degli apparati burocratici. È sempre stato, quindi, un invito ad andare oltre, a non fermarsi ancora una volta sulla soglia delle apparenze, delle mere forme giuridiche, non per la loro assoluta irrilevanza, ma per la necessità di fare i conti fino in fondo con gli eccessi e le contraddizioni dell'azione amministrativa, di sfatare i miti della semplificazione e di cogliere, in ultima istanza, le implicazioni sociali ed esistenziali delle scelte compiute dall'amministrazione.

Proverbiale rimane la sua costante polemica con "gli uomini del fare", ovvero il nuovo paradigma giuridico che sembra orientare le più recenti riforme amministrative nell'ottica della priorità degli interessi economici rispetto agli altri interessi pubblici di rilievo costituzionale.

Peraltro, questa sua straordinaria attitudine a indagare in profondità le caratteristiche dei modelli giuridici, segnalando la discrasia tra il piano normativo e la dimensione fattuale, tra l'architettura giuridico-istituzionale e le concrete dinamiche attuative, è stata accompagnata anche dalla capacità di elaborare una visione sistemica dei fenomeni giuridici che, senza ridimensionare la varietà dei profili normativi e dei problemi applicativi, è riuscita a riportare ad un quadro unitario ambiti e settori particolarmente complessi dell'ordinamento giuridico. Un approccio che ha riguardato i molteplici temi di ricerca affrontati dal Professore Salvia – dalle nuove figure organizzative, come l'amministrazione dell'emergenza, alle nuove tecniche di semplificazione procedimentale – ma che è risultato particolarmente rilevante e significativo con riferimento ai settori di elezione della sua ricca produzione scientifica: l'urbanistica e l'ambiente.

Ed è qui che emerge compiutamente l'originalità dell'opera scientifica di Filippo Salvia, nell'aver ripercorso i tortuosi itinerari evolutivi del diritto urbanistico e il processo di autonomizzazione e consolidamento del diritto dell'ambiente, mettendone in rilievo le interazioni e le difficili forme di coordinamento.

Nel suo *Manuale di diritto urbanistico*, ideato e realizzato con l'amico e collega Franco Teresi, su cui si sono formate numerose generazioni di giuristi, si coglie questo costante sforzo di rimodulazione dell'interpretazione della disciplina urbanistica alla luce della crescente rilevanza assunta dalla tutela ambientale, che è culminato, nelle ultime edizioni del volume, nell'introduzione di specifici capitoli dedicati alle materie limitrofe all'urbanistica a finalità protezionistica: dalla tutela dei beni culturali e paesistici, alle misure di contrasto dell'inquinamento, alla disciplina delle aree naturali protette.

Ovviamente quest'opera, come tutta la produzione scientifica di Filippo Salvia, va ben oltre la mera ricognizione dei frammentari dati normativi, per effetto anche della sovrapposizione tra la legislazione statale e quella regionale, ma si snoda lungo coordinate epistemologiche più sofisticate, che trovano un saldo riferimento nel binomio concettuale su cui poggia la ricostruzione degli strumenti urbanistici e delle nuove tecniche di protezione ambientale: la "lotta all'*urbanesimo*", di cui all'art. 1, della legge urbanistica del 1942, e lo "*sviluppo sostenibile*", richiamato nell'art. 3 quater, d.lgs. n. 152 del 2006 e, da ultimo, implicitamente nel novellato art. 9 Cost.

In altri termini, queste due nozioni evocano, nell'impostazione di Salvia, i paradigmi giuridico-culturali – o, in un senso diverso, gli obiettivi - che hanno orientato gli interventi del legislatore, nel corso di un periodo ormai di ottant'anni, per la predisposizione di un assetto normativo idoneo a governare i processi di cambiamento delle città e a conformare le iniziative economiche secondo parametri di protezione ambientale, sebbene gli esiti di tali misure, sul piano amministrativo e sociale, siano stati, in molti casi, largamente insoddisfacenti.

Se, da un lato, il contrasto all'*urbanesimo*, per Filippo Salvia, ha rappresentato il tentativo di impedire un allargamento incontrollato e caotico dei centri urbani, scongiurando "l'incubo delle grandi concentrazioni urbane", così da preservare un rapporto equilibrato tra città e campagna e, più in generale, contesti naturali, dall'altro lato, l'affermazione del principio dello sviluppo sostenibile non solo avrebbe dovuto preludere ad una positiva inversione di rotta rispetto al modello della crescita economica illimitata che è prevalso nella seconda metà del novecento, incentivando la regolazione delle attività economiche nell'ottica della prevenzione delle esternalità ambientali, ma avrebbe dovuto incoraggiare anche la ricerca di nuove soluzioni urbanistiche, architettoniche e tecnologiche in grado di decongestionare le grandi città e di rinforzare il senso di comunità.

Al di là dei singoli contenuti che caratterizzano la riflessione del Professore Salvia sui temi dello sviluppo urbano e della tutela ambientale, non si può non

rilevare come la sua ispirazione più profonda vada ricercata in una concezione alta dell'urbanistica, che non è riducibile a mera tecnica di regolazione degli usi del territorio, al servizio di qualsiasi proposta di ingegneria sociale, bensì sottende una visione della "città ideale" degli uomini, quale spazio sociale condiviso in cui il criterio di funzionalità o efficienza, che prevale ordinariamente nella relazioni economiche e professionali – paradigma indefettibile di tutte le dimensioni organizzative dominate dalle ragioni della tecnica, heideggerianamente intesa -, non deve tiranneggiare sulla tensione collettiva verso l'armonia sociale, ovvero l'equilibrio tra le diverse dimensioni del vivere civile, che deve orientare la stessa costruzione delle condizioni strutturali della vita urbana.

In un certo senso, riecheggia in tutta l'opera del Professore Salvia l'esigenza di salvaguardare, nella progettazione e nella realizzazione della struttura urbanistica della comunità locale, non soltanto gli interessi economici e produttivi, ma anche la convivialità delle relazioni sociali, efficacemente teorizzata dal pensiero filosofico di un autore del novecento, Ivan Illich, che richiede, tra l'altro, la preservazione delle forme architettoniche e delle soluzioni urbanistiche in cui si esprime l'identità culturale delle popolazioni locali.

Mi sia consentito, però, a conclusione del mio intervento, sottolineare come l'eredità morale e culturale di Filippo Salvia vada al di là del suo pur importante e autorevole contributo scientifico e debba essere rintracciata anche nello stile che ha saputo imprimere al suo modo di vivere l'università. Pur essendo stato un raffinato giurista e un uomo di grande cultura, ha saputo mantenersi lontano da qualsiasi protagonismo accademico, disponibile semmai ad offrire il suo supporto e i suoi consigli ai giovani studiosi in formazione, pronto a valorizzare l'impegno culturale di tutti i colleghi, senza per questo rinunciare a sostenere con trasparenza e convinzione le sue posizioni.

Un'autenticità di fondo, che mi ha fatto sempre venire in mente un accostamento con un brano di apertura del Vangelo di Giovanni, in cui Gesù comincia a incontrare e chiamare alla sua sequela i primi discepoli: in questo contesto avviene un episodio strano, l'incontro con Natanaele che, sollecitato da un altro discepolo a conoscere Gesù, il nazareno – il nuovo profeta -, aveva espresso, in prima battuta, le sue perplessità con una frase rimasta proverbiale e riportata dall'evangelista: "Da Nazaret può venire qualcosa di buono?"

Ebbene, Gesù, quando incontra Natanaele, prima che questi possa dire qualsiasi cosa, formula un suo giudizio immediato davanti a tutti dicendo: "Ecco un israelita in cui non c'è inganno". Natanaele, sorpreso da questa affermazione, gli domanda, "Come mi conosci?". E Gesù ribatte: "Prima che Filippo ti chiamasse, ti ho visto quando eri sotto l'albero di fichi". Il vangelo non ci svela cosa sia successo sotto l'albero di fichi, ma lascia intendere che Natanaele abbia dimostrato una rettitudine di comportamento lontano dagli sguardi degli uomini, ma non da quelli del Cristo. Una coerenza e un'autenticità non ostentate, ma profonde e reali.

Ho sempre pensato così al Professore Salvia, perché, in fondo, anche noi, che siamo qui, possiamo dire laicamente di avere avuto la possibilità di vederlo tante volte sotto l'albero dei fichi.

Un Maestro di vita e scienza, quindi, al quale sono grato, come l'amico e collega Cristiano Bevilacqua e gli altri colleghi più giovani del dipartimento, per l'affetto e il sostegno con cui ha paternamente accompagnato il nostro cammino.



*Saggi*





# Paesaggio e dintorni\*

di Marcella Gola

SOMMARIO: 1. Introduzione. La tutela del ‘paesaggio’, la ‘bellezza’ del territorio e la sua espressività. – 2. Paesaggio e ambiente: un matrimonio combinato e un divorzio annunciato ai sensi della revisione della Costituzione del 2022? – 3. Segue. L’influenza dell’urbanistica: un passato non sempre lineare, difficile da superare. – 4. Paesaggio e differenziazione – 5. Segue. Paesaggio e cultura, una relazione inscindibile.

## 1. *Introduzione. La tutela del paesaggio, la ‘bellezza’ del territorio e la sua espressività*

Gli scritti di Maria Immordino, molto numerosi e di grande interesse, spaziano su un’ampia gamma di temi centrali del diritto amministrativo, ed è quindi molto frequente incontrarli e apprendere da essi nell’ambito della propria attività di ricerca.

Gli studi esaminati, nella loro pregevole varietà di argomenti, tuttavia, convergono con frequenza sulla centralità del territorio, sia in senso amministrativo – particolarmente caro è il tema delle autonomie –, sia in quello fisico che, in definitiva, ne rappresenta il presupposto, come ambito di qualificazione del potere, luogo di ricaduta delle scelte che ne sono espressione, fino ad esaltarne l’aspetto della ‘bellezza’, capace di esprimere emozioni che si intendono così tutelare.

Dall’uso del territorio, con i tanti approfondimenti per i temi dell’urbanistica – e delle sue disfunzioni –, occorre infatti distinguere un preciso ‘filone’ dedicato a ciò che ancora tradizionalmente si identifica con ciò che è ‘bello’, pur non esaurendosi in esso, emozionale, o comunque l’identità immediatamente percepibile che connota luoghi da tutelare. Anch’esso, come ‘bene’ in sé considerato, deve essere amministrato con adeguatezza, intrecciandosi con gli aspetti organizzativi e gli strumenti di tutela, provvedimenti e no, che fanno parte dell’ampia accezione di ‘governo del territorio’, determinando la circolarità dell’intervento pubblico.

Il *paesaggio* ricorre frequentemente negli studi di Maria Immordino, che ne coglie immediatamente la dimensione culturale – o la ‘testimonianza di civiltà’, mutuando la definizione del codice dei beni culturali e del paesaggio – del ‘carattere’ che il territorio anche fisicamente esprime. Negli scritti più recenti, per sintetizzare il concetto, l’Autrice avverte con chiarezza che la nozione di paesaggio “identifica un tema complesso, implicando numerose questioni che spaziano dal

\*Il presente contributo, destinato agli *Scritti in onore di Maria Immordino*, non è stato sottoposto a referaggio.

potenziale conflitto di interessi, sia pubblici – a volte di pari grado o valore – sia privati, di natura, quasi sempre, economica; al riparto di competenze tra Stato ed autonomie territoriali, cui si collega quello della pluralità delle fonti, anche internazionali, e del loro, a volte difficile, coordinamento; al rapporto con le materie limitrofe, quali quelle riconducibili al governo del territorio, all’ambiente, ai beni culturali, con i relativi problemi inerenti l’individuazione e la perimetrazione dei confini; o, ancora, al rapporto tra Codice dei beni culturali e del paesaggio e Convenzione europea del paesaggio, portatori di modelli per alcuni aspetti antitetici, con il conseguente problema di capire gli effetti scaturenti dalle antinomie tra i due testi, solo per fare qualche esempio<sup>1</sup>.

La definizione dottrinale di paesaggio avanzata negli studi di Maria Immordino si affianca a quelle, altrettanto note, di altri Maestri<sup>2</sup> e, con perfetta sintesi, assegna al lettore l’estensione multiforme del tema che si intende esaminare, ne sottolinea il carattere complesso ed articolato, comprensivo di diverse accezioni non in contrapposizione tra loro<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Così M. IMMORDINO, *Legislazione dei beni paesaggistici*, in *Manuale di governo del territorio*, a cura di A. POLICE, M.R. SPASIANO, Torino, 2016, pp. 209 e s.

<sup>2</sup> Tra gli studi di riferimento si ricordano in particolare gli scritti di A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, pp. 69 e ss. e A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, 10 ss., e voce ‘Paesaggio’, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981; F. MERUSI, *Articolo 9*, in *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna 1978, pp. 434 e ss. e, conferimento ai lavori della ‘Commissioni Franceschini’, M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (1), pp. 3 e ss. (v. anche ID., *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, pp. 15 e ss., ove il paesaggio è uno dei componenti della tripartizione proposta), tra i primi ad avere approfondito il tema, orientando gli studi successivi. Tra gli scritti i più recenti si ricordano i contributi di M. IMMORDINO, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*, Padova, 1991; ID., *Paesaggio (tutela del)*, in *Digesto pubbl.*, Torino, 1995, X; S. AMOROSINO, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Roma-Bari, 2010; C. BARBATI, *Il paesaggio come valore etico culturale*, in *Aedon*, 2007, (2); G. CAIA, *Beni culturali e paesaggio nel recente Codice: i principi e la nozione di patrimonio culturale*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol., Padova, 2007, III, pp. 161 e ss.; G.F. CARTEI, *Il paesaggio*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Parte speciale, tomo II, Milano, 2003; P. MARZARO, *L’amministrazione del paesaggio. Profili critici ricostruttivi di un sistema complesso*, Torino, 2011.

Una bella sintesi ragionata delle varie posizioni espresse, analizzando l’orientamento espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza della n. 367 del 2007, si legge in M. IMMORDINO, *La dimensione “forte” della esclusività della potestà legislativa statale sulla tutela del paesaggio nella sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2007*, in *www.aedon.mulino.it*, 2008, (1), paragrafo 3. Più dettagliatamente v. già, della stessa A., voce *Paesaggio (tutela del)* in *Dig. Pubbl.*, Torino, 1999, X, pp. 575 e ss. Per una ricostruzione storico-giuridica del paesaggio v. G. SEVERINI, *“Paesaggio”: storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica*, in *Aedon*, 2019, (1)

<sup>3</sup> Così si legge, infatti, nella nota a sentenza citata alla nota precedente, sottolineando la preferenza mostrata dalla Corte costituzionale nella ricostruzione del ‘paesaggio’ alla materia ‘ambiente’ piuttosto che a quella dei ‘beni culturali’, ove l’A. rileva correttamente come “l’ottica ambientalistica non ne esclud(a) comunque la valenza identitaria-culturale”. La ricostruzione proposta si conclude rilevando conseguentemente che: “Nonostante ... nella sentenza in commento

2. *Paesaggio e ambiente: un matrimonio combinato e un divorzio annunciato ai sensi della revisione della Costituzione del 2022?*

Il riferimento al paesaggio da *tutelare*, nella Costituzione italiana, è spesso stato inteso dalla giurisprudenza – specie in passato – come sinonimo di ‘ambiente’, inizialmente allo scopo di garantire un rilievo – e quindi una forza – costituzionale al secondo, non contemplato originariamente nel testo del 1948.

Tale lettura estensiva torna tuttavia nella pratica a scomporsi, là dove si tratti di individuare gli strumenti giuridici per la gestione del bene – in senso ampio – che si intende tutelare. Quanto accennato emerge con particolare evidenza proprio ai fini qui perseguiti e cioè quelli che intendono affrancarsi dall’assorbente prospettiva del ‘governo del territorio’.

Inoltre, dall’iniziale confluenza della tutela ambientale – almeno nell’accezione giuridica che ne evidenzia il profilo estetico – in quella sancita dall’art. 9 Cost., si deve osservare come la considerazione dell’ambiente, dal silenzio iniziale, abbia finito per ‘sorpassare’ quanto a ‘peso’ costituzionale nella definizione dell’intervento pubblico, quella del paesaggio.

Questo lento ma penetrante cammino è dovuto in parte alla sensibilità crescente per un interesse pubblico emerso con evidenza ed emergenza e, in parte, all’influenza che per la sua affermazione ha avuto la normativa europea, percorso sostenuto da dottrina giuridica e giurisprudenza e ambito in cui anche la sussidiarietà orizzontale ha avuto un indubbio peso.

Il risultato è infatti che ora l’ambiente è espressamente presente in Costituzione, a partire dall’inserimento all’interno del Titolo V per definire gli ambiti di competenza dei legislatori statali e regionali (art. 117, comma 2 lett. s), che riserva allo Stato “tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali”, e comma 3, che attribuisce alla potestà di tipo concorrente la “valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali”<sup>4</sup>.

---

manchi qualunque riferimento esplicito al contenuto del valore paesaggistico, dalla qualificazione del paesaggio come “aspetto visivo dell’ambiente”, “forma” del territorio plasmata dall’azione continua dell’uomo, risultante, dunque, dall’incontro dell’uomo con la natura, discende la sua configurazione come entità composita, non solo culturale ed identitaria, ma anche etica ed estetica”: M. IMMORDINO, *La dimensione “forte”*, cit., *ibidem*.

<sup>4</sup> Questa seconda accezione potrebbe in realtà far ritenere inclusa anche la tutela del paesaggio, con un’operazione interpretativa basata sulla combinazione effettuata del Codice dei beni culturali e del paesaggio, disposta ai fini di una disciplina sistematica, erede del modello parallelo che ha segnato bellezze naturali e cose di interesse storico e artistico sin dai due testi unici del 1939. La Corte costituzionale, tuttavia, esclude implicitamente questa ricostruzione, affermando con chiarezza l’esclusività dell’attribuzione in capo allo Stato nella già richiamata sent. n. 367 del 2007. La stretta relazione tra questa affermazione e la contestuale classificazione del paesaggio come *valore primario e assoluto* è ben evidenziata da M. IMMORDINO, *La dimensione “forte”*, cit., paragrafo 5 del testo *on line*. Lo studio evidenzia la posizione espressa della Corte che, “pur non rinnegando la propria precedente giurisprudenza, nel senso che l’esclusività dell’attribuzione allo Stato non preclude

Si tratta di norme attributive di competenze, quindi di carattere a prima lettura organizzatorie, che tuttavia testimoniano l'impegno affidato agli enti territoriali di farsi carico delle scelte inerenti all'oggetto della tutela e della valorizzazione, che risulta appunto costituzionalizzato. Da questo punto di vista, il fatto che il paesaggio non sia espressamente annoverato può non rappresentare una diminuzione, dato che la sua menzione tra i principi fondamentali e il riferimento alla tutela all'intera Repubblica ne rafforza comunque il valore<sup>5</sup>.

Il processo di distinzione in Costituzione tra paesaggio e ambiente è tuttavia continuato, fino ad arrivare alla revisione dell'art. 9 ad opera del d.d.l. cost. AC 3156 B, approvato in via definitiva dalla Camera l'8 febbraio 2022, con maggioranza superiore ai due terzi, che aggiunge all'art. 9 un terzo comma e, a ulteriore affermazione della scelta assunta, integra nell'art. 41 il richiamo allo stesso valore.

Oggi, quindi, il testo dell'art. 9 cost. revisionato al comma 3 sancisce testualmente che 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".

Sarà, come prevedibile, una norma oggetto di futuri diffusi commenti e applicazioni, per l'ampiezza degli oggetti di tutela e per la necessaria proiezione anche nel futuro delle valutazioni da compiere per l'esercizio della funzione, oltre la generazione attuale.

---

uno spazio di intervento, anche diretto, del legislatore regionale nella tutela del paesaggio, sembra volere dare un contenuto più pregnante ed incisivo alla tutela paesaggistico-ambientale e dunque alla potestà legislativa statale. Nel senso che la funzione di tutela, proprio per i suoi contenuti di conservazione, di difesa estrema, cioè, di quei valori che costituiscono manifestazioni percepibili dei tratti identitari della Nazione, si configura logicamente come prioritaria, viene, cioè, prima, e quindi si pone in una posizione sovraordinata, rispetto alle molteplici scelte regionali concernenti l'assetto e lo sviluppo del territorio e la valorizzazione dei beni culturali e ambientali, rientranti nella competenza concorrente delle regioni, della quale in ogni caso costituisce un "limite" esterno": A. ed *op. cit. ibidem*.

<sup>5</sup> È anche interessante ricordare che l'ipotesi di revisione costituzionale approvata dalle Camere il 12 aprile 2016 e bocciata in sede referendaria nel dicembre dello stesso anno prevedeva per questo ambito una visione più ampia ed integrata dell'intervento pubblico, assegnando alla potestà legislativa statale "s) tutela e valorizzazione dei beni culturali e paesaggistici; ambiente e ecosistema; ordinamento sportivo; disposizioni generali e comuni sulle attività culturali e sul turismo", introducendo una rilevante modifica rispetto al sistema vigente dal 2001 che non richiama espressamente il paesaggio (né il turismo, attualmente all'opposto da ricondurre alla potestà residuale ed esclusiva delle Regioni). La potestà legislativa regionale riguardava, sempre nel progetto di revisione dell'art. 117 cost., al comma 4 la competenza "in materia di disciplina, per quanto di interesse regionale, delle attività culturali, della promozione dei beni ambientali, culturali e paesaggistici, di valorizzazione e organizzazione regionale del turismo". La sostituzione non è avvenuta, come detto, ma è significativo evidenziare che l'attuale definizione non sia stata ritenuta soddisfacente dal Parlamento, tanto da sostenerne una così significativa riattribuzione privilegiando le esigenze di coordinamento ora spesso problematiche, da risolvere quindi a Costituzione invariata. Sui rapporti Stato Regioni della stessa A. vedi già *La tutela del paesaggio fra riparto di competenza e principio di collaborazione*, in *Foro it.*, 1986, (7/8), col. 1790 e ss.; "Primarietà" ed "essenzialità" del valore paesaggistico e conseguente assetto delle competenze Stato - Regioni, in *Riv. giur. urb.*, 1987, pp. 23 e ss.

Proiezione che, a questo punto, manca con riferimento al paesaggio, rimasto fermo alla previsione originaria, nonostante le molte testimonianze di quanto possa essere distruttivo un impatto fuori dal controllo pubblico: il pensiero va necessariamente ai tanti abusi che, ahimè a posteriori, hanno giustificato una svolta nella disciplina dell'uso del territorio, estendendo i confini dell'urbanistica che, materia autonoma, non deve tuttavia sacrificare o assorbire l'identità anch'essa autonoma dell'interesse paesaggistico.

In proposito, ancor più rilevante appare la già ricordata rivisitazione dell'art. 41, che con la revisione dei commi 2 e 3 aggiunge tra i limiti interni della libertà economica (la salute e) l'ambiente, (accanto a libertà, sicurezza, dignità umana), ma non anche il paesaggio e, al comma successivo, i 'fini ambientali' che motivano, insieme a quelli sociali, l'intervento conformatore del legislatore.

L'ambiente, quindi, dal silenzio iniziale del testo del '48 è ora annoverato in Costituzione negli artt. 9, 117 e 41, rispettivamente come funzione specificamente assegnata che si impone ai decisori pubblici, come oggetto di potere distribuito tra la competenza dei legislatori statale e regionali, e come limite interno dell'iniziativa privata: in quest'ultima accezione diviene parametro necessario e condizionante per la ponderazione di interessi in sede amministrativa.

Il 'chi fa che cosa e come' sono quindi segmenti ora ben definiti e rafforzati della tutela ambientale in Costituzione, mentre l'intervento pubblico in tema di paesaggio, restando nella pur forte posizione di principio fondamentale per la collocazione riservatagli dal Costituente, risulta dal confronto più indeterminato, operativamente, quindi più soggetto a tensioni organizzative, non ultima la sempre forte ingerenza da parte dell'urbanistica, come già avvertito componente più strutturata del 'governo del territorio'.

### 3. *Segue. L'influenza dell'urbanistica: un passato non sempre lineare, difficile da superare*

L'influenza tra le due prospettive di governo e amministrazione è nei fatti costante, nonostante le chiare affermazioni della Corte costituzionale che ne evidenzia la distinzione e le sottolineature della dottrina<sup>6</sup>.

L'intreccio tra uso 'urbanistico' del territorio e tutela del paesaggio, intesa in senso dinamico e non solo conservativo, emerge inevitabilmente in occasione dell'esercizio della funzione di pianificazione territoriale<sup>7</sup>, ed è

---

<sup>6</sup> Cfr. M. IMMORDINO, *I piani paesaggistici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol. III, *Regolazione, finanza, beni*, Padova, 2007, pp. 307 e ss., la quale evidenzia la relazione di autonomia e strumentalità dell'urbanistica rispetto al paesaggio, e l'"inscindibilità" dei due distinti fattori a livello di pianificazione.

<sup>7</sup> Per una corretta definizione dell'attività di pianificazione riferita al paesaggio cfr. E. BOSCO-

affrontato dal Giudice delle leggi per disegnare i confini delle potestà statale e regionali.

Così, infatti, la Corte nella sentenza del 29 novembre 2017, n. 246 ha escluso la riconducibilità della tutela del paesaggio – riconosciuta come riservata allo Stato – a quella di governo del territorio, di tipo concorrente *ex art. 117 comma 3 Cost.* In quella pronuncia, è dato osservare che il richiamo all'art. 117, comma 2 lett. s) riguarda in realtà letteralmente l'attribuzione della potestà legislativa esclusiva dello Stato nella materia “tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali”, continuando quindi quella idea di fungibilità – non confortata *in primis* dalle diverse scelte organizzative che li riguardano a livello ministeriale – dei due termini in ambito giuridico.

La ricostruzione operata dalla Corte costituzionale dà quindi origine a un'inversione di posizione tra ambiente e paesaggio: come il primo, quando non era annoverato, ha goduto dell'interpretazione ampliativa del secondo, oggi è potenzialmente l'ambiente a ‘coprire’ il silenzio del testo costituzionale a vantaggio del paesaggio.

Di conseguenza, l'intento di estendere l'intervento unitario in capo allo Stato, legato evidentemente alla valutazione come sovraregionale della dimensione dell'interesse protetto, conferma e continua quel collegamento tra due valori che pure, a partire dalla già ricordata organizzazione pubblica ad essi riferibile, si intende contestualmente differenziare, per garantire a entrambi strumenti specifici e adeguati.

Considerata la ‘vita parallela’ che caratterizza, da un lato, paesaggio e ambiente, dall'altro l'iniziativa economica e il diritto di proprietà, anch'esso ‘funzionalizzato’ ai sensi del successivo art. 42, un pieno equilibrio e una pienezza di tutela, al di fuori di ogni dubbio o oscillazione, avrebbe potuto suggerire anche in quella sede una revisione, con richiamo al paesaggio, altrimenti ancorato a un approccio potenzialmente conflittuale, basato sul vincolo esterno che non ne valorizza sufficientemente la rilevanza come elemento caratterizzante di luoghi e culture.

La tutela del paesaggio in Costituzione, raffrontata al risalto dato all'ambiente, rischia quindi di potersi ora leggere riduttivamente, come lasciata alla determinazione degli Enti territoriali competenti, connotata dal contenuto ampiamente discrezionale perché non *ab origine* integrata e non indirizzata alla massima soddisfazione, o al minor sacrificio, nel confronto con altri interessi pubblici presenti nella stessa fonte superprimaria.

Resta la sua identità culturale a proteggerne l'appiattimento tra i temi dell'uso del territorio, sviluppata sul piano legislativo dal Codice dei beni culturali e del

---

LO, *Paesaggio e tecniche di regolazione*, in AA. VV., *Urbanistica e paesaggio*, a cura di G. CUGURRA, E. FERRARI, G. PAGLIARI, Napoli, 2006, e ID., *Paesaggio e tecniche di regolazione: i contenuti del piano paesaggistico*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, p. 130 e ss

paesaggio. Si evidenzia così un presupposto di base che, quanto alla sua identificazione e conseguente tutela, deve stabilire in quale misura il paesaggio rilevi come prodotto dell'intervento umano, e ne esprima la creatività, o se viceversa prevalga il rapporto contrario, cioè se sia il paesaggio a condizionare e a sviluppare la creatività artistico – culturale dell'uomo. A tal proposito è utile richiamare anche l'impostazione data al *cultural heritage* dal Consiglio di Europa, nella Convenzione Quadro sul Valore del Patrimonio Culturale per la Società, c.d. 'Convenzione di Faro del 2005, ratificata dal nostro Paese con l. n. 133 del 2020<sup>8</sup>.

Sempre nella prospettiva europea, la definizione data dalla Convenzione europea del paesaggio, firmata a Firenze nel 2000, identifica il paesaggio – come “una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni”, comprendendo in tale nozione tanto “i paesaggi che possono essere considerati eccezionali, che i paesaggi della vita quotidiana e i paesaggi degradati” (art. 2)<sup>9</sup>. La staticità ed alterità nel rapporto tra paesaggio e fruitori è quindi

---

<sup>8</sup> Si consideri in proposito l'approccio integrato e 'multilivello' delineato dalla Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società, c.d. 'Convenzione di Faro' del 27.10.2005, n. 199, atto che identifica il *cultural heritage*. Ai sensi dell'art. 2 comma 1 lett. a) della Convenzione, l'eredità culturale è “un insieme di risorse ereditate dal passato che le popolazioni identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione. Essa comprende tutti gli aspetti dell'ambiente che sono il risultato del'interazione nel corso del tempo fra le popolazioni e i luoghi”. L'atto europeo, all'art. 4, lett. a), sancisce il diritto, individuale (“da solo”) e collettivo, “a trarre beneficio dal patrimonio culturale e a contribuire al suo arricchimento”: Quanto alle azioni prefigurate, l'art. 8, riferendosi anche alla qualità della vita, dispone che “Le Parti si impegnano a utilizzare tutte le dimensioni dell'eredità culturale nell'ambiente culturale per: a) arricchire i processi di sviluppo economico, politico, sociale e culturale e di pianificazione dell'uso del territorio, ricorrendo, ove necessario, a valutazioni di impatto sull'eredità culturale e adottando strategie di mitigazione dei danni; b) promuovere un approccio integrato alle politiche che riguardano la diversità culturale, biologica, geologica e paesaggistica al fine di ottenere un equilibrio fra questi elementi; c) rafforzare la coesione sociale promuovendo il senso di responsabilità condivisa nei confronti dei luoghi di vita delle popolazioni; d) promuovere l'obiettivo della qualità nelle modificazioni contemporanee dell'ambiente senza mettere in pericolo i suoi valori culturali”.

<sup>9</sup> L'art. 1 della Convenzione citata, sempre ai fini della sua attuazione, dispone le ulteriori definizioni, di interesse per un inquadramento dell'approccio adottato: “b). “Politica del paesaggio” designa la formulazione, da parte delle autorità pubbliche competenti, dei principi generali, delle strategie e degli orientamenti che consentano l'adozione di misure specifiche finalizzate a salvaguardare gestire e pianificare il paesaggio; c) “Obiettivo di qualità paesaggistica” designa la formulazione da parte delle autorità pubbliche competenti, per un determinato paesaggio, delle aspirazioni delle popolazioni per quanto riguarda le caratteristiche paesaggistiche del loro ambiente di vita; d) “Salvaguardia dei paesaggi” indica le azioni di conservazione e di mantenimento degli aspetti significativi o caratteristici di un paesaggio, giustificate dal suo valore di patrimonio derivante dalla sua configurazione naturale e/o dal tipo d'intervento umano; e) “Gestione dei paesaggi” indica le azioni volte, in una prospettiva di sviluppo sostenibile, a garantire il governo del paesaggio al fine di orientare e di armonizzare le sue trasformazioni provocate dai processi di sviluppo sociali,

esclusa, in quanto la definizione data evidenzia proprio il collegamento imprescindibile tra luogo di vita – come indicato anche non bello e gradevole – e la sua ‘lettura’ da parte dei fruitori, condizionati a vicenda dalla coesistenza.

#### 4. *Paesaggio e differenziazione*

La prospettiva che si intende esaminare in queste note è quindi quella che vede il paesaggio abbinato a un valore diverso da quello ambientale, cui non vi si sovrappone ma che lo completa, cioè quello de ‘il patrimonio storico e artistico della Nazione’, – vedi ancora l’art. 9 cost. –, evidenziando la dimensione culturale dell’intervento pubblico per la sua tutela.

Non del tutto utile, in proposito, è il primo riordino della disciplina di settore, disposto con il t.u. n. 450 del 1999, rubricato ‘Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e *ambientali*’ – i cui artt. 149 e ss. sono ancora vigenti in merito alla gestione dei beni –, che ha contribuito a generare l’idea che il paesaggio potesse rappresentare una porzione riconducibile alla – presunta – più ampia nozione di ambiente che si intendeva affermare. L’origine della combinazione dei due ambiti deriva dall’istituzione del Ministero dei beni culturali e per l’ambiente ai sensi del d.l. n. 675 del 1974<sup>10</sup>, e dall’impostazione data dal d.P.R. n. 616 del 1977. Il decreto che ha determinato il trasferimento alle Regioni di materie ordinate per settori organici, espressione dello stesso periodo riformatore che ha dato vita al Ministero, ha infatti collocato il paesaggio nel Titolo V, rubricato ‘assetto e utilizzo del territorio’, capo II (artt. 80 -83), dedicato all’urbanistica, che impiega le locuzioni ‘bellezze naturali’ e ‘beni ambientali’, ma non quella di paesaggio – se non per il richiamo del vincolo paesaggistico –, pur riferendosi implicitamente ad esso.

Molte sono state dunque le locuzioni per designare un unico oggetto: si ricordino anche il riferimento alle “bellezze naturali” ex l. n. 1497 del 1939 e le

---

economici ed ambientali; f) “Pianificazione dei paesaggi” indica le azioni fortemente lungimiranti, volte alla valorizzazione, al ripristino o alla creazione di paesaggi”.

In dottrina, per l’esame della prospettiva europea, v. già AA. VV., *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, a cura di, G.F. CARTEI, Bologna, 2007 e G.F. CARTEI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio e Convenzione europea: un raffronto*, in *Aedon*, 2008, (3); G. SCIULLO, *Il paesaggio fra Convenzione e Codice*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, pp. 44 e ss.

<sup>10</sup> Conv. da l. n. 5 del 1975, divenuto poi Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo – MiBACT, ai sensi della d.lgs. 368 del 1998 e oggi, *tout court*, Ministro della cultura – MIC, in seguito alla modifica introdotta con d.l. n. 22 del 2021, convertito dalla l. n. 55 dello stesso anno: il cambio di denominazione – disposto con d.l. come avvenuto per la istituzione – testimonia la tormentata collocazione dell’ampia ‘materia’ nell’organizzazione e nelle politiche pubbliche. Sull’organizzazione ministeriale v. P. CARPENTIERI, *Il ruolo del paesaggio e del suo governo nello sviluppo organizzativo e funzionale del Ministero e delle sue relazioni inter-istituzionali*, in *Aedon*, 2018, (2).



“zone di particolare interesse ambientale” ex l. n. 431 del 1985, entrambe riferibili al ‘paesaggio’, contribuendo pur con finalità di rafforzamento a renderne indefiniti i confini rispetto all’emergente – per il diritto – interesse ambientale, forte nella sua affermazione della ‘spinta’ Europea.

Per la delimitazione giuridica del paesaggio nel senso qui indicato occorre più efficacemente fare riferimento all’art. 131 del codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. n. 42 del 2004, che lo identifica con una “parte omogenea del territorio i cui caratteri distintivi derivano dalla natura, dalla storia umana e dalle reciproche interrelazioni”<sup>11</sup>.

Questa norma contiene molti spunti d’interesse per la presente ricerca: il riferimento espresso al territorio che, come si è già ricordato, è oggetto di ‘governo’ (legislativamente condiviso tra Stato e Regioni: v. art. 117, comma 3, cost.); la differenziazione di ciò che si reputa pregiato rispetto al ‘tutto’; l’omogeneità<sup>12</sup>, che sembra contraddire la precedente affermazione ma che al contrario ne evidenzia il carattere complesso; lo scambio reciproco tra uomo e natura che dà vita a un *quid pluris* giuridicamente apprezzabile e che comporta il coinvolgimento della collettività che lo riconosce.

A proposito di differenziazione, in accezione diversa, si ricorda che il quadro delle competenze brevemente tracciato si completa con l’art.116, comma 4, che consente il conferimento alle Regioni di “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia”, concernenti alcune specifiche materie elencate all’articolo 117, secondo comma. Tra queste, la norma citata annovera quelle della lettera s), e cioè “tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali”, elenco in cui anche il paesaggio può trovare accoglienza alla luce delle interpretazioni pregresse che, come detto, hanno consentito, in senso inverso, l’estensione all’ambiente della tutela del paesaggio<sup>13</sup>.

Alla base della disciplina dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi del codice del 2004, – e già del ‘patrimonio culturale’, nozione che ricomprende il paesaggio negli atti della ‘Commissione Franceschini’ del 1967 e utilizzata dall’Unesco nella Convenzione di Parigi del 1972, ratificata con l. n. 184 del 1977 per comprendere il paesaggio, in aggiunta al patrimonio naturale sempre ivi considerato – si avverte l’esigenza che, nel tempo, è diventata principio costituzionale da osservare per l’attribuzione delle funzioni amministrative, cioè la *differenziazione*.

Differenziazione che nasce dalla percezione di un valore che si vuole pre-

<sup>11</sup> V. il commento di M. IMMORDINO, L. GIANI, *Art. 131*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2019, pp. 1159 e ss. V. anche i Commentari a cura di A. ANGIULI e V. CAPUTI IAMBRENGHI, Torino, 2005, pp. 341 e ss.; G. TROTTA, G. CAIA, N. AICARDI, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2006; M. CAMMELLI, Bologna, 2007.

<sup>12</sup> Cfr. V. CAPUTI IAMBRENGHI, *Introduzione*, in AA.VV., *Commentario*, Torino, cit., p. 24 e s.

<sup>13</sup> Per la verità si tratta di più di un’interpretazione teleologica: pur conservando la diversificazione delle discipline giuridicamente il paesaggio è tra gli elementi da prendere in considerazione ai sensi della disciplina sulla valutazione d’impatto ambientale ed è incluso tra gli elementi che determinano l’informazione in materia di ambiente ai sensi della convenzione di Aarhus.

servare nell'interesse di una collettività che travalica i confini nazionali, oltre ad essere orientata verso il futuro per quanto riguarda la proiezione degli effetti incidenti sulle prossime generazioni<sup>14</sup>.

A ben vedere la distinzione in discussione manifesta appieno la sua rilevanza giuridica in concreto, come dimensione propria dell'agire amministrativo, al momento della comparazione dell'interesse pubblico ad essi costituzionalmente riconosciuto, forte e diffuso. A questo proposito ha assunto particolare rilevanza la tutela rafforzata disposta dalla l. n. 241 del 1990, privilegiando l'espressa e qualificata ponderazione degli stessi ove emergenti in una fattispecie procedimentale nell'ambito della semplificazione/accelerazione dettata per attività consultiva e valutazioni tecniche agli artt. 16 e 17, nonché il termine specifico concesso alle amministrazioni settorialmente competenti dall'art. 14 *bis*, relativo alla conferenza dei servizi semplificata e dall'art. 17 *bis*, relativo a silenzio e inerzia nei rapporti tra P.a. e tra queste e i gestori di beni e servizi pubblici e, ancora, 19, relativo alla SCIA e 20, comma 4, in materia di silenzio assenso.

Le norme richiamate, è bene precisare, non si limitano a garantire un supporto procedimentale della sola tutela paesaggistica ma annoverano contemporaneamente quella ambientale, territoriale e della salute dei cittadini: massima ampiezza, quindi, ma soprattutto opportuna distinzione tra interessi pur spesso incidenti in uno stesso contesto e spesso convergenti quanto a misure di garanzia.

Quanto al rapporto tra tutela del paesaggio e semplificazione delle proce-

---

<sup>14</sup> Una fattispecie interessante, perché appunto proiettata nel futuro – ma all'insegna della ragionevolezza –, è quella giudicata da Tar Lombardia, sez. I Brescia, ord. 4 aprile 2016, n. 270 che accoglie la richiesta di tutela cautelare relativa al diniego di autorizzazione paesistica per il recupero di un sottotetto, nonché il parere negativo vincolante della Soprintendenza, con il quale era stata dichiarata l'assenza di compatibilità paesistica *ex art.* 146, comma 5, del d.lgs. n. 42 del 2004. Il parere si basava sulla valutazione dell'inserimento di 'tasche' sulla copertura dell'edificio, giudicate come elementi architettonici non tradizionali che "provocherebbero la perdita di leggibilità dell'insediamento storico paesistico", sottolineando che "l'innovazione sarebbe visibile dai percorsi pedonali e carrabili, e in particolare dalla collina sovrastante", sottolineando nella relazione "che non sarebbe comunque possibile escluderne la visione mediante satelliti, accessibile da ogni parte del pianeta". Il Giudice amministrativo dispone alla Soprintendenza di riesaminare la domanda di autorizzazione paesistica in contraddittorio con il ricorrente, nel rispetto delle indicazioni disposte dallo stesso Tar che ha in proposito osservato che "appare evidente che in una visione d'insieme, e quindi da lontano, come è necessario nel giudizio paesistico, le aperture a tasca di modeste dimensioni sono diluite nel paesaggio e non sono percepibili come elementi di interruzione o di disturbo; e) infine, è verosimile che la visione satellitare possa affermarsi in un prossimo futuro come la principale forma di fruizione delle bellezze paesistiche, in considerazione del numero delle persone in grado di accedere alle immagini da ogni parte del mondo via Internet. Da tale cambiamento nella composizione del pubblico non deriva però un vincolo di immutabilità rafforzato a carico dei luoghi osservabili. Anche in questo nuovo tipo di visione, infatti, è necessario individuare una scala alla quale collegare il giudizio paesistico, che è sempre riferito a un insieme complesso e non singoli dettagli messi in primo piano".

ture ad esso mirate, è utile ricordare il regolamento del MiBACT – ora MIC – dedicato all'individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura semplificata, d.P.R. n. 31 del 2017, con il quale sono tra l'altro definiti i livelli essenziali – o, nella specie, gli standard strutturali e qualitativi – relativi al procedimento autorizzatorio semplificato<sup>15</sup>. Il regolamento citato ha introdotto all'art. 16, sempre a fini di semplificazione, un procedimento unificato per gli edifici soggetti contemporaneamente a vincolo sia paesaggistico, sia storico, che mantiene fermi i due profili ma ne consente il coordinamento in una sola procedura, dando vita ad un atto ad efficacia plurima: la distinzione non si perde quindi, e soprattutto non si dispone l'assorbimento da parte dell'uno sull'altro interesse tutelato. I binari paralleli tra più tutele riferibili organizzativamente alla cultura continuano ad esistere ma senza aggravii procedurali eccessivi, a discapito della buona amministrazione: la differenziazione ha inevitabilmente un prezzo, che può essere tuttavia ridotto con modelli procedurali adeguati.

Nel parere espresso in merito dalla sezione consultiva per gli atti normativi, n. 01824/2016, il Consiglio di Stato richiama la finalità espressa dall'Amministrazione proponente, consistente in una parziale liberalizzazione delle autorizzazioni paesaggistiche attraverso l'individuazione puntuale di interventi “paesaggisticamente irrilevanti o di lieve entità” ai sensi degli artt. 149 e 146, comma 9 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

La nuova regolamentazione, innovativa e sostitutiva del precedente d.P.R. n. 139 del 2010, come evidenzia il parere richiamato è basata sul principio che si debba ritenere “libero tutto ciò che attiene alla fisiologia ordinaria della dinamica vitale dell'organismo (edilizio o naturale) che costituisce l'oggetto della tutela paesaggistica”, e si pone l'“obiettivo di “snellire il peso burocratico sulle iniziative dei privati, cittadini e imprese, e di restituire efficienza ed efficacia all'azione amministrativa”.

Dal vincolo assoluto di immodificabilità introdotto a metà degli anni ottanta del secolo scorso a partire dai c.d. ‘decreti Galasso’ fino alla l. n.431 del 1985<sup>16</sup>, provvedimenti particolarmente incisivi di risposta al degrado riscontrato anche a causa dell'inerzia delle competenti amministrazioni, pare quindi sia raggiunta una giusta proporzionalità nella misura dell'intervento pubblico. Quest'ultima sarà valida ed efficace se preceduta da un'adeguata attività di pianificazione che evidenzi pregi e fragilità da tutelare in via preventiva con interventi mirati, tali da non richiedere un ulteriore passaggio amministrativo che ne affermi la conformità in fase di fruizione.

##### 5. *Segne. Paesaggio e cultura, una relazione inscindibile*

<sup>15</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 207 del 2012, riferita al previgente d.P.R. n. 139 del 2010.

<sup>16</sup> V. diffusamente M. IMMORDINO, *Vincolo paesaggistico*, cit., e bibliografia ivi citata; ID., *La disciplina del paesaggio nella l. 431/1985 e nel codice dei beni culturali e del paesaggio*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, tomo III, *Crisi dell'impresa, Scritti vari*, Milano, 2015, pp. 1857 e ss.

Alla luce di quanto osservato, occorre preliminarmente sottolineare che, nella disciplina giuridica vigente, il paesaggio si differenzia – pur non sempre agevolmente – anche dal bene culturale, cui pure presta evidenti affinità.

Tra le osservazioni di carattere generale e di base, per inquadrare meglio i confini della distinzione ci si può domandare se e in che misura il paesaggio possa essere valutato in quanto prodotto dell'uomo, espressione della sua creatività. Anche volendolo considerare come testimonianza di civiltà ci si può chiedere se non sia rilevante piuttosto la considerazione del rapporto in direzione contraria, cioè se non sia proprio il paesaggio a condizionare e sviluppare la creatività (artistica) dell'uomo.

È utile in proposito richiamare la definizione data dalla Convenzione Europea del paesaggio, sopra riportata, che esalta la 'percezione delle popolazioni' come fonte stessa della differenziazione, e alla interrelazione tra più fattori, umani e no; lo stesso atto riconosce, nel preambolo, il valore di "componente fondamentale del patrimonio culturale e naturale dell'Europa, contribuendo così al benessere e alla soddisfazione degli esseri umani e del consolidamento dell'identità europea".

Certo, l'ambito di incidenza del valore tutelato dalla Convenzione del 2000 confluisce inevitabilmente nel territorio, di cui quindi il paesaggio è parte, ma non coincide con quella funzione di suo governo che ne regola l'uso e le trasformazioni per la soddisfazione di interessi, anche economici, della collettività su di esso insediata.

Con l'impegno assunto dalle Istituzioni a livello europeo non si tratta quindi solo di regolare adeguatamente i possibili usi destinati a realizzare un singolo, per quanto astrattamente ampio, obiettivo economico o sociale. L'obiettivo perseguito è quello di concretizzare il desiderio -'desiderando' è l'espressione utilizzata nel preambolo- di "soddisfare gli auspici delle popolazioni di godere di un paesaggio di qualità e di svolgere un ruolo attivo nella sua trasformazione", "persuasi che il paesaggio rappresenta un elemento chiave del benessere individuale e sociale, e che la sua salvaguardia, la sua gestione e la sua pianificazione comportano diritti e responsabilità per ciascun individuo".

In accoglimento di questa impostazione, i fruitori del paesaggio, di cui si vogliono soddisfare le aspirazioni, sono non solo destinatari passivi dell'azione pubblica ma anche direttamente e attivamente coinvolti nell'attuazione degli obiettivi "di promuovere la salvaguardia, la gestione e la pianificazione dei paesaggi e di organizzare la cooperazione europea in questo campo", come sancito all'art. 3 dell'atto europeo. La lettura proposta corrisponde a quanto avvertito già in dottrina da A.M. Sandulli, che sin dai primi commenti alla norma della Costituzione ha sottolineato "l'attribuzione della tutela del paesaggio alla Repubblica

– e cioè all’ordinamento generale della comunità nazionale<sup>17</sup> – con conseguente riconduzione dei compiti ad esso relativi al concetto di Stato – comunità.

Il paesaggio, dunque, tra i valori protetti dall’ordinamento e spesso accomunati per il carattere diffuso degli interessi che li concernono e per l’oggettiva difficoltà della loro netta separazione, è quello che maggiormente riflette una dimensione corale, alla cui costruzione la collettività residente nell’area specifica così come il fruitore occasionale possono contribuire sin dalla sua identificazione, meno passiva di quella richiesta dal rapporto con natura e ambiente che ci circondano, e meno soggettiva di quanto possa dirsi per arte e architettura, di totale creazione umana<sup>18</sup>.

Al tempo stesso, sempre il paesaggio, tra i ‘beni’ ad esso frequentemente affiancati come quelli ambientali, culturali, architettonici e artistici, è quello che risulta maggiormente influenzato dall’Amministrazione di settore, sin dalla sua ‘costruzione’ come insieme attraverso la pianificazione differenziata – strumento aperto e dinamico, a contrasto con la staticità propria del ‘vincolo’, di natura provvedimentale – del territorio che lo esprime.

Il collegamento strettissimo – *legame*, si è detto in dottrina<sup>19</sup> – presente tra ciascuna persona, collettività e Amministrazione paesaggistica impone un’attenzione particolare nelle scelte che lo riguardano, forte del fatto che nella più ampia accezione che la sua dimensione europea introduce, possa anche essere costruito<sup>20</sup>, a differenza dell’ambiente, la cui modifica può essere intesa come alterazione dell’assetto autonomamente preesistente, e di cui occorre valutare la compatibilità.

Da qui il rapporto con la cultura, ai fini della sua valorizzazione<sup>21</sup> e diffu-

<sup>17</sup> Così A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio*, cit., p. 74.

<sup>18</sup> Cfr. le considerazioni di M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., p. 4.

<sup>19</sup> Così V. CAPUTI IAMBRENGHI, *Introduzione*, cit.

<sup>20</sup> Può senza dubbio fare discutere, ma merita di essere evidenziata come ipotesi da considerare, la notizia riportata su più quotidiani nazionali che riguarda la classifica dei borghi più belli del mondo stilata da un diffuso portale indipendente dedicato al turismo. In base all’elenco formulato da C. Buchanan, *25 of the Most Beautiful Villages in the World*, pubblicato nel *magazine* di *Road Affair* – al sito [www.roadaffair.com](http://www.roadaffair.com) – in data 22 gennaio 2022, al vertice della classifica è posto il ‘Popeye village’, località dell’isola di Malta creata del tutto artificialmente in occasione della registrazione di un film – il musical *Popeye* – del 1980, e rimasto in funzione come destinazione turistica e per la realizzazione di eventi. Paesaggio costruito a tavolino, quindi, in grado tuttavia di esprimere una potenzialità attrattiva che lo avvicina, evidentemente, all’immaginario di ‘bel luogo’ nella proiezione dei fruitori: la scelta è del tutto soggettiva ma certo è diretta a influenzare i lettori, potenziali viaggiatori e fruitori della meta turistica così valorizzata.

<sup>21</sup> Sulla valorizzazione cfr L. CASINI, *La valorizzazione del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, pp. 385 e ss.

Una forma particolare di valorizzazione è attesa dall’organizzazione pubblica del mercato del turismo, ai sensi del relativo Codice, d.lgs. n. 79 del 2011. Ai sensi dell’art. 24 dell’Allegato I, infatti, sono previste specifiche forme di incentivazione di iniziative di promozione turistica finalizzate alla

sione, come componente imprescindibile per l'elevazione della qualità della vita, che parta dalla sensibilizzazione verso ciò che ne è un elemento caratterizzante.

In questo senso, pur con l'attenzione alla scelta di strumenti adeguati e non omologanti, che ne contraddirebbero le premesse, la convivenza tra cultura – testimonianza di civiltà – e paesaggio è da confermare, superando inoltre la conflittualità tra livelli amministrativi – la Corte costituzionale ha recentemente parlato di “logica incrementale delle tutele” connessa al carattere primario del bene tutelato<sup>22</sup> –, che ne compromette e fuorvia la corretta considerazione.

---

valorizzazione del patrimonio storico – artistico, archeologico, architettonico e paesaggistico italiano. L'articolo richiamato così dispone: “Nel rispetto dell'articolo 9 della Costituzione e del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro delegato, di concerto con il Ministro per i beni e le attività culturali, promuove la realizzazione di iniziative turistiche finalizzate ad incentivare la valorizzazione del patrimonio storico – artistico, archeologico, architettonico e paesaggistico presente sul territorio italiano, utilizzando le risorse umane e strumentali disponibili, senza nuovi ed ulteriori oneri per la finanza pubblica”. Il successivo art. 25, dedicato agli strumenti di programmazione negoziale volta a realizzare la cooperazione tra amministrazioni statali, regionali e locali, annovera come finalità da perseguire attraverso tali accordi le misure volte a “a) promuovere, in chiave turistica, iniziative di valorizzazione del patrimonio storico – artistico, archeologico, architettonico e paesaggistico presente sul territorio italiano, con particolare attenzione ai borghi, ai piccoli comuni ed a tutte le realtà minori che ancora non hanno conosciuto una adeguata valorizzazione del proprio patrimonio a fini turistici; b) garantire, ai fini dell'incremento dei flussi turistici, in particolare dall'estero, che il predetto patrimonio sia completamente accessibile al pubblico dei visitatori anche al fine di incrementare gli introiti e di destinare maggiori risorse al finanziamento degli interventi di recupero e di restauro dello stesso; c) assicurare la effettiva fruibilità, da parte del pubblico dei visitatori, in particolare di quelli stranieri, del predetto patrimonio attraverso la predisposizione di materiale informativo redatto obbligatoriamente nelle lingue inglese, francese e tedesco, e, preferibilmente, in lingua cinese”. Il turismo è quindi riconosciuto non solo come attività da sostenere per il vantaggio apportato all'economia nazionale, ma come volano per la valorizzazione del patrimonio tutelato, in base a un rapporto sinergico con il paesaggio, attrattivo da un lato, beneficiario dall'altro dei flussi economici riconducibili alla sua fruizione. In questa stessa direzione di confluenza delle scelte amministrative v. anche il d.l. n. 83 del 2014, convertito dalla l. n. 106 dello stesso anno, recante ‘Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo’, con le misure di semplificazione dei procedimenti in materia di beni culturali e paesaggistici all'art. 12.

<sup>22</sup> Così Corte cost., sent. 22 luglio 2021, n. 164, in tema di rapporti tra Stato e Regioni in caso di dichiarazione di interesse paesaggistico di un bene. Nella sentenza richiamata il Giudice delle leggi conferma che le competenze costituzionali dei beni paesaggistici rientrano nella competenza esclusiva dello Stato, “gravando su un bene complesso, unitario che costituisce un valore primario ed assoluto”. Da questa affermazione discende la conseguenza “che esso costituisce un limite alla tutela degli interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio. Si tratta, pertanto, di compiere un bilanciamento tra due tipi di interessi pubblici, ovvero quello della conservazione del paesaggio e quello della fruizione del territorio. Il primo viene affidato allo Stato, mentre il secondo rientra nelle competenze delle Regioni; tuttavia, il primo costituisce un limite al secondo. Da tale presupposto, prosegue il ragionamento della Corte, conseguono ulteriori principi corollari. In primo luogo, il conferimento allo Stato del pote-

Già la Costituzione, all'art. 9, “salda tutela del paesaggio e sviluppo della cultura, intesa come imprescindibile condizione evolutiva della società civile”, e “il collegamento tra la natura e la storia umana ... nell'attuale legislazione identifica il *proprium* della nozione di paesaggio”, come ci insegna Maria Immordino<sup>23</sup>.

---

re di vincolare un bene per le sue intrinseche qualità paesaggistiche ed il conferimento allo Stato della competenza legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (art. 117 secondo comma, lettera s, Cost.), rende l'articolo 138, comma 3, del Codice dei beni culturali e del paesaggio privo di contraddizioni rispetto al disegno costituzionale. L'articolo del Codice è coerente alla Costituzione, laddove prevede che l'autorità statale possa autonomamente riconoscere in un bene le caratteristiche che lo rendono meritevole di tutela, anche nel caso in cui la Regione si trovasse contraria, in quanto non occorre elaborazione congiunta Stato-Regione. Il legislatore ordinario si è ispirato ad una logica incrementale delle tutele che è del tutto conforme al carattere primario del bene ambiente. In secondo luogo, quando la dichiarazione di notevole interesse pubblico è legittimamente adottata con riferimento ai beni di cui all'articolo 136 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, prevale la tutela dell'ambiente sugli interessi urbanistico-edilizi (*cf.* Corte costituzionale, sentenza n. 11 del 2016), ed è naturale che la dichiarazione di notevole interesse pubblico sia accompagnata da prescrizioni specifiche e volte a regolamentare l'uso del territorio, fino alla possibilità di vietarlo proprio al fine di conservazione del paesaggio. Nel caso di specie, infine, il piano paesaggistico della Regione sarà tenuto a recepire i vincoli già formati e non potrà ridurne l'applicazione.”

<sup>23</sup> Così M. IMMORDINO, *Legislazione dei beni paesaggistici*, cit. p. 210.

### Abstract

Il ‘paesaggio’ di cui la Costituzione italiana sancisce sin dal 1948 la tutela è spesso stato interpretato dalla giurisprudenza come sinonimo di ‘ambiente’, creando un collegamento non sempre favorevole al primo. Il quadro giuridico è stato ulteriormente complicato per la ricerca degli adeguati strumenti giuridici per la gestione del bene – in senso ampio – che si intende tutelare, spesso fatti coincidere con quelli generalmente utilizzati per il ‘governo del territorio’ e che nel tempo hanno attratto la tutela paesaggistica nell’ambito dell’urbanistica. La prospettiva adottata dal presente studio è quella che vede il paesaggio abbinato a un valore diverso da quello ambientale, differenziato da quello prettamente territoriale, cui non vi si sovrappone ma che lo completa, cioè quello di ‘patrimonio storico e artistico della Nazione’, – vedi ancora l’art. 9 cost. –, evidenziando la dimensione culturale dell’intervento pubblico per la sua tutela, in armonia con la visione sovranazionale.

### Landscape and Surroundings

The ‘landscape’- whose protection has been established by the Italian Constitution since 1948 – has often been interpreted by jurisprudence as synonymous with ‘environment’, creating a connection that is not always favorable to the former. The legal framework has been further complicated by the search for suitable legal instruments for the management of the asset – in the broad sense – that it is intended to protect, often made to coincide with those generally used for the ‘government of the territory’ and that over time have shifted landscape protection within the scope of urban planning. This study’s perspective sees the landscape as having a value other than the environmental one, differentiated from the purely territorial one, which does not overlap but which completes it: that of ‘historical and artistic heritage of the nation’, – see article 9 of the Constitution –, highlighting the cultural dimension of public intervention for its protection, in harmony with the supranational vision.



# La qualità della legislazione nel sistema costituzionale: il contributo del Comitato per la legislazione della Camera e del Senato

di Laura Lorello

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive su certezza del diritto e qualità della legislazione – 2. Il Comitato per la legislazione della Camera. Funzioni e parametri. – 2.1. Contenuto e struttura del parere – 3. Il Comitato per la legislazione del Senato della Repubblica. – 3.1. L’attivazione del Comitato per la legislazione del Senato e i parametri del suo esame. – 3.2. Il contenuto del parere. – 4. I primi interventi del Comitato per la legislazione del Senato. – 5. Alcune considerazioni sul ruolo del Comitato per la legislazione della Camera.

## 1. *Considerazioni introduttive su certezza del diritto e qualità della legislazione*

Il principio della certezza del diritto costituisce, come è noto, uno dei fondamenti dei sistemi democratici. In esso prende forma il rapporto tra lo Stato e il suo ordinamento giuridico da una parte e i cittadini dall’altra, che, proprio in quanto tali, non occupano più una posizione di subordinazione rispetto allo Stato stesso, ma di esso sono attori e costruttori, nel quadro dei principi fissati dalla Costituzione. È altrettanto noto, tuttavia, come il principio della certezza del diritto sia divenuto quasi un mito nelle moderne democrazie, il cui pluralismo degli interessi e delle istanze, così come delle istituzioni e dei livelli di decisione, ha prodotto una moltiplicazione delle fonti normative e, con essa, delle norme, dando vita ad un complesso insieme di regole disordinate, disorganiche e di difficile comprensione. Si è così transitati nella dimensione dell’*oscurità* della legge<sup>1</sup> e del diritto in generale, oscurità che minaccia la fondamentale relazione tra lo Stato e i suoi cittadini e che compromette la fiducia che ne è alla base<sup>2</sup>.

Proprio su questo aspetto il giudice costituzionale aveva avuto modo di soffermarsi nella sentenza n. 364 del 1988<sup>3</sup>, nella quale aveva ammonito sul carattere mitologico dell’«assoluta, “illuministica” certezza della legge»<sup>4</sup>, evidenziando che anche «la più certa delle leggi ha bisogno di “letture” ed interpreta-

<sup>1</sup> Per usare la felice espressione di M. Ainis, *Legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari, 1997.

<sup>2</sup> Nella sentenza n. 364 del 24/3/1988, cons. dir. 4, la Corte Costituzionale, in riferimento alla violazione del precetto legislativo di una legge penale, causata dalla sua ignoranza, indicava come fosse necessario guardare non solo e non tanto all’«istante» in cui avviene la violazione, ma occorre considerare «le “cause” remote e prossime», cioè lo «stato delle relazioni tra ordinamento giuridico e soggetti e in particolare (a) i rapporti tra l’ordinamento, quale soggetto attivo dei processi di socializzazione di cui all’art. 3, secondo comma, Cost., ed autore del fatto illecito».

<sup>3</sup> Corte Costituzionale, sentenza 24/3/1988, n. 364, cit.

<sup>4</sup> *Ivi*, cons. dir. 18.

zioni sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di “entrate in vigore” di nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviando, attraverso la mediazione dei c. d. destinatari delle leggi, ad ulteriori “secondo” mediazioni»<sup>5</sup>.

Benché la decisione della Corte fosse riferita alla legge penale, le sue considerazioni assumono una portata generale, poiché legano il rispetto del precetto normativo da parte del singolo alla possibilità che egli ricavi dallo stesso «in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato», richiedendo al legislatore «leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento»<sup>6</sup>.

Lo stretto legame, richiamato dal giudice costituzionale, tra il principio di colpevolezza dell'art. 27.1 e 3 Cost., letti nel loro insieme<sup>7</sup>, e l'irrogazione della pena comporta la piena consapevolezza da parte del soggetto agente delle proprie azioni e, quindi, la piena conoscenza e comprensione della regola giuridica che egli sceglie di disattendere: «Il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella “non colpevole” e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto»<sup>8</sup>.

Il percorso argomentativo avrebbe poi condotto la Corte a correggere il rigido principio dell'art. 5 c. p.: «L'ignoranza della legge penale non scusa», ammettendo la scusabilità della stessa nel caso di *ignoranza inevitabile*<sup>9</sup>.

Quanto affermato dal giudice costituzionale nel 1988 presenta ricadute di grande rilievo sull'intero ordinamento e, soprattutto, in riferimento al legislatore e al suo modo di scrivere la legge. Se, infatti, un precetto normativo è formulato in modo *oscuro*, non può essere compreso e, per questo, non verrà rispettato, senza che di ciò possa darsi alcuna colpa al singolo cittadino.

La strada aperta dalla sentenza n. 364 del 1988 ha posto il tema della qualità della legislazione in una prospettiva di natura *costituzionale*, nel senso che nella capacità del legislatore di scrivere norme chiare e comprensibili si gioca non solo l'obbedienza ai disposti normativi e, con essa, la loro vincolatività, ma anche e più estesamente, come visto, la relazione di fiducia che deve intercorrere tra i

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Corte Costituzionale, sentenza 24/3/1988, n. 364, cons. dir. 9.

<sup>8</sup> *Ivi*, cons. dir. 8.

<sup>9</sup> *Ivi*, cons. dir. 28. In tempi più recenti la Corte Costituzionale ha ribadito, nella sentenza 5/7/2010, n. 250, che, in riferimento al reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, trovano applicazione tanto le scriminanti comuni, quanto le cause di esclusione della colpevolezza, tra le quali proprio l'ignoranza inevitabile della legge. Questa è stata richiamata riguardo alla situazione dello straniero che, entrato nel territorio dello Stato, non comprenda la lingua italiana o non abbia conoscenza dell'ordinamento giuridico nazionale, cons. dir. 2.

cittadini e lo Stato, configurato dalla Corte come «soggetto attivo dei processi di socializzazione»<sup>10</sup>, che conducono all'eguaglianza sostanziale dell'art. 3.2 Cost.

In tal modo, ricade, innanzitutto, sul Parlamento il compito di conformare la sua produzione legislativa ai criteri della chiarezza, della semplicità, della comprensibilità e all'esigenza di rendere l'ordinamento nel suo complesso coerente e ordinato.

Vengono qui in luce da un lato gli interventi volti a riordinare, semplificare e sistematizzare le fonti normative, ad esempio attraverso l'adozione di codici o attraverso il ricorso ad uno strumento apposito, come la legge di semplificazione annuale<sup>11</sup>; dall'altro lato vengono in considerazione le tecniche di redazione normativa, consacrate all'interno delle Circolari del 1986, del 1997 e, infine, nella Circolare del 2001<sup>12</sup>. Esito ultimo di questo percorso è stata l'istituzione alla Camera dei deputati, nel 1998<sup>13</sup> e, successivamente, al Senato nel 2022, di un apposito organo, il Comitato per la legislazione, incaricato di vigilare sulla qualità redazionale dei testi normativi sottoposti all'esame parlamentare. La garanzia di questa qualità è stata, così, resa parte del percorso di formazione della legge e degli atti normativi in generale, è stata, cioè, inserita nel momento in cui prendono forma le regole giuridiche che i cittadini dovranno rispettare.

## 2. *Il Comitato per la legislazione della Camera. Funzioni e parametri*

La Camera dei deputati, come è noto, ha introdotto al proprio interno il Comitato per la legislazione sin dal 1998<sup>14</sup>, in occasione della revisione del proprio Regolamento, definendo il modello poi seguito al Senato.

Il Comitato della Camera ha una composizione paritaria, 5 deputati della

---

<sup>10</sup> Corte Costituzionale, sentenza 24/3/1988, n. 364, cons. dir. 4.

<sup>11</sup> Si tratta di uno strumento che non sembra aver avuto molta fortuna. La legge di semplificazione è stata introdotta, come è noto, dall'art. 20 della legge n. 59 del 1997. La prima legge annuale di semplificazione, per il 1998, è stata la n. 50 del 1999, cui è seguita la l. n. 340 del 2000 (legge di semplificazione per il 1999) e poi la l. n. 246 del 2005 (legge di semplificazione per il 2005).

<sup>12</sup> Si tratta di tre Circolari di identico contenuto adottate nel 1986 dai Presidenti delle Camere e dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Ad esse è seguita la Circolare dei Presidenti delle Camere del 1997, contenenti le indicazioni sull'istruttoria legislativa in Commissione e la più recente *Lettera circolare sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi* dei Presidenti delle Camere e del Presidente del Consiglio dei Ministri del 2001.

<sup>13</sup> Cfr. L. Lorello, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, Torino, 2003.

<sup>14</sup> Art. 16 *bis* R. C. 1. Il Comitato per la legislazione è composto di dieci deputati, scelti dal Presidente della Camera in modo da garantire la rappresentanza paritaria della maggioranza e delle opposizioni. 2. Il Comitato è presieduto, a turno, da uno dei suoi componenti, per la durata di sei mesi ciascuno. 3. Il Comitato esprime pareri alle Commissioni sui progetti di legge da queste esaminati, secondo quanto previsto dal comma 4. Il parere è espresso entro i termini indicati all'articolo 73, comma 2, decorrenti dal giorno della richiesta formulata dalla Commissione competente.

maggioranza e 5 delle opposizioni, scelti dal Presidente dell'Assemblea, e viene presieduto a turno da ciascun membro per un periodo di 10 mesi<sup>15</sup>, pur se nella prassi la presidenza dura un anno; alle sue sedute prendono parte il relatore incaricato dalla Commissione competente e il rappresentante del Governo; il parere va espresso entro 8 giorni dalla distribuzione del testo (ridotti a 3 per i progetti urgenti), così come stabilito dall'art. 16 *bis*.3 R. C.<sup>16</sup>

Una rilevante differenza con il Comitato del Senato, come si vedrà, è data dal fatto che il parere del Comitato alla Camera non è mai formulato all'Assemblea, ma sempre e solo alle Commissioni competenti per materia<sup>17</sup>, operino esse in sede referente, redigente o legislativa.

Inoltre, rispetto alla disciplina del Senato, compressa in un solo articolo, il

---

All'esame presso il Comitato partecipano il relatore e il rappresentante del Governo. 4. Qualora ne sia fatta richiesta da almeno un quinto dei loro componenti, le Commissioni trasmettono al Comitato i progetti di legge affinché esso esprima parere sulla qualità dei testi, con riguardo alla loro omogeneità, alla semplicità, chiarezza e proprietà della loro formulazione, nonché all'efficacia di essi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente. Il parere è richiesto non prima della scelta del testo adottato come base per il seguito dell'esame. La richiesta deve essere presentata entro termini compatibili con la programmazione dei lavori della Commissione e dell'Assemblea relativamente al progetto di legge al quale è riferita, e non determina comunque modificazione al calendario dei lavori dell'Assemblea o della Commissione. Al termine dell'esame, il Comitato esprime un parere, sulla base dei criteri e dei requisiti tecnici definiti dalle norme costituzionali e ordinarie e dal Regolamento. 5. Il parere reso dal Comitato alle Commissioni in sede referente è stampato e allegato alla relazione per l'Assemblea. Su richiesta di uno o più membri del Comitato che abbiano espresso opinioni dissenzianti, il parere dà conto di esse e delle loro motivazioni. 6. Qualora le Commissioni che procedono in sede referente non intendano adeguare il testo del progetto di legge alle condizioni contenute nel parere del Comitato, debbono indicarne le ragioni nella relazione per l'Assemblea. Ove il progetto di legge sia esaminato in sede legislativa o redigente, si applicano, rispettivamente, le disposizioni degli articoli 93, comma 3, e 96, comma 4. 6 *bis*. Le Commissioni, immediatamente dopo avere proceduto alla scelta del testo adottato come base per il seguito dell'esame ovvero, in mancanza, a conclusione dell'esame preliminare di cui all'articolo 79, comma 2, trasmettono al Comitato i progetti di legge recanti norme di delegazione legislativa o disposizioni volte a trasferire alla potestà regolamentare del Governo o di altri soggetti materie già disciplinate con legge. Il Comitato esprime il proprio parere a norma dei commi 3, 4 e 5 e con gli effetti di cui al comma 6. 7. Il Presidente della Camera, qualora ne ravvisi la necessità, può convocare congiuntamente il Comitato per la legislazione e la Giunta per il Regolamento.

<sup>15</sup> La presidenza, originariamente prevista per 6 mesi, è stata poi estesa a 10 mesi in via sperimentale, con delibera della Giunta per il regolamento della Camera del 16/10/2001.

<sup>16</sup> Che richiama l'art. 73.2 R. C.

<sup>17</sup> Art. 16 *bis*.3, art. 96 *bis*.1 R. C. Il Presidente della Camera assegna i disegni di legge di conversione dei decreti-legge alle Commissioni competenti, in sede referente, il giorno stesso della loro presentazione o trasmissione alla Camera e ne dà notizia all'Assemblea nello stesso giorno o nella prima seduta successiva, da convocarsi anche appositamente nel termine di cinque giorni dalla presentazione, ai sensi del secondo comma dell'articolo 77 della Costituzione. La proposta di diversa assegnazione, ai sensi del comma 1 dell'articolo 72, deve essere formulata all'atto dell'annuncio dell'assegnazione e l'Assemblea delibera per alzata di mano, sentiti un oratore contro e uno a favore per non più di cinque minuti ciascuno. I disegni di legge di cui al presente articolo

20 *bis*, nel Regolamento della Camera si ritrova una migliore definizione delle funzioni dell'organo e delle ipotesi di attivazione.

In particolare, l'art. 16 *bis*.4 R. C. stabilisce che a richiedere il parere del Comitato siano le Commissioni competenti durante l'esame in sede referente<sup>18</sup>; allo stesso modo l'art. 96 *ter*.3 R. C., consente, sempre a un quinto dei membri della Commissione, la trasmissione al Comitato degli schemi degli atti normativi del Governo, sottoposti all'esame delle Commissioni per la formulazione del parere parlamentare. Si tratta in entrambi i casi di un'attivazione di tipo facoltativo, affidata alla richiesta di un quinto dei componenti della Commissione permanente. Invece, nel caso dell'esame di testi contenenti norme di delegazione legislativa o disposizioni che trasferiscono al potere regolamentare del Governo o di altri soggetti materie già disciplinate dalla legge, le Commissioni sono tenute ad acquisire il parere del Comitato, dopo l'adozione del testo base per l'Assemblea o a conclusione dell'esame preliminare previsto dall'art. 79.2 R. C.<sup>19</sup>; nel caso di esame di ddl di conversione di decreti legge, l'art. 96 *bis*.1 R. C. prevede che il Presidente della Camera li assegni parallelamente alla Commissione competente e al Comitato per la legislazione, che deve esprimersi nel termine di 5 giorni<sup>20</sup>.

In sostanza, il Comitato svolge un controllo sugli stessi atti che, come si vedrà, sono sottoposti all'esame del Comitato per la legislazione del Senato, e cioè ddl ordinari e schemi di atti normativi del Governo, su richiesta delle commissioni competenti; ddl di conversione di decreti legge e ddl che contengono norme di delegazione legislativa o disposizioni che trasferiscono al potere rego-

---

sono altresì assegnati al Comitato per la legislazione di cui all'articolo 16 *bis*, che, nel termine di cinque giorni, esprime parere alle Commissioni competenti, anche proponendo la soppressione delle disposizioni del decreto-legge che contrastino con le regole sulla specificità e omogeneità e sui limiti di contenuto dei decreti-legge, previste dalla vigente legislazione; e art. 96 *ter*.3: 3. Per l'esame degli schemi di cui al comma 1 da parte della Commissione alla quale sono assegnati per il parere si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 79, commi 1, 3, 4, 5, 6 e 9. Ove ne sia fatta richiesta da almeno un quinto dei suoi componenti, la Commissione alla quale i suddetti schemi sono assegnati per il parere ai sensi del comma 1 trasmette gli schemi al Comitato per la legislazione, affinché esso li esamini. Si applicano le disposizioni dell'articolo 16 *bis*, commi 3, 4 e 5, secondo periodo.

<sup>18</sup> Ma si può ritenere anche redigente e legislativa, art. 16 *bis*.6 R. C.

<sup>19</sup> Art. 16 *bis*.6 *bis* R. C.

<sup>20</sup> Va ricordato che il parere della Giunta per il regolamento della Camera del 6/10/2009 (in Resoconto della seduta del 6/10/2009, 6 ss.) ha stabilito, pur se in via sperimentale, la possibilità che, nel caso di esame di ddl di conversione di dl, il Comitato esprima un secondo parere sul testo, così come risultante dall'approvazione di eventuali emendamenti in commissione, nel caso ne facciano richiesta un quinto dei componenti della commissione competente in sede referente. Il parere viene espresso alla commissione o, se ciò non è compatibile con il rispetto dei tempi per la conclusione dell'esame, direttamente all'Assemblea. In questo modo si è voluto evitare che il parere del Comitato, formulato nella fase iniziale di esame del ddl di conversione del dl, si riveli poi superato, per effetto delle modifiche introdotte dalla Commissione incaricata dell'esame.

lamentare del governo o di altri soggetti materie già disciplinate dalla legge, in via obbligatoria.

Anche sotto il profilo dei parametri, il Regolamento della Camera all'art. 16 *bis*.4 R. C. individua specificatamente i criteri della «omogeneità, (alla) semplicità, chiarezza e proprietà della loro formulazione, nonché (all')efficacia di essi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente». A questi l'art. 96 *bis*.1 R. C. aggiunge ulteriori e specifici elementi di valutazione in relazione all'esame dei disegni di legge di conversione dei decreti legge, ovvero le regole di «specificità e omogeneità e sui limiti di contenuto dei decreti legge, previste dalla legislazione vigente». Nel corso della sua lunga esperienza, il Comitato della Camera ha poi ampliato i propri parametri di riferimento, includendovi anche la legge n. 212 del 2000, il c. d. Statuto del contribuente, in riferimento alla chiarezza e alla trasparenza delle disposizioni tributarie<sup>21</sup> e alla loro efficacia temporale<sup>22</sup>; e l'art. 13 *bis* della legge n. 400 del 1988, relativo alla chiarezza dei testi normativi adottati dal governo<sup>23</sup>. Questi criteri completano il composito quadro

---

<sup>21</sup> Art. 2 l. n. 212 del 2000 1. Le leggi e gli altri atti aventi forza di legge che contengono disposizioni tributarie devono menzionarne l'oggetto nel titolo; la rubrica delle partizioni interne e dei singoli articoli deve menzionare l'oggetto delle disposizioni ivi contenute. 2. Le leggi e gli atti aventi forza di legge che non hanno un oggetto tributario non possono contenere disposizioni di carattere tributario, fatte salve quelle strettamente inerenti all'oggetto della legge medesima. 3. I richiami di altre disposizioni contenuti nei provvedimenti normativi in materia tributaria si fanno indicando anche il contenuto sintetico della disposizione alla quale si intende fare rinvio. 4. Le disposizioni modificative di leggi tributarie debbono essere introdotte riportando il testo conseguentemente modificato.

<sup>22</sup> Art. 3 l. n. 212 del 2000 1. Salvo quanto previsto dall'articolo 1, comma 2, le disposizioni tributarie non hanno effetto retroattivo. Relativamente ai tributi periodici le modifiche introdotte si applicano solo a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle disposizioni che le prevedono. 2. In ogni caso, le disposizioni tributarie non possono prevedere adempimenti a carico dei contribuenti la cui scadenza sia fissata anteriormente al sessantesimo giorno dalla data della loro entrata in vigore o dell'adozione dei provvedimenti di attuazione in esse espressamente previsti. 3. I termini di prescrizione e di decadenza per gli accertamenti di imposta non possono essere prorogati.

<sup>23</sup> L'art. 13 *bis* è stato inserito dalla l. n. 69 del 2009 1. Il Governo, nell'ambito delle proprie competenze, provvede a che: a) ogni norma che sia diretta a sostituire, modificare o abrogare norme vigenti ovvero a stabilire deroghe indichi espressamente le norme sostituite, modificate, abrogate o derogate; b) ogni rinvio ad altre norme contenuto in disposizioni legislative, nonché in regolamenti, decreti o circolari emanati dalla pubblica amministrazione, contestualmente indichi, in forma integrale o in forma sintetica e di chiara comprensione, il testo ovvero la materia alla quale le disposizioni fanno riferimento o il principio, contenuto nelle norme cui si rinvia, che esse intendono richiamare. 2. Le disposizioni della presente legge in materia di chiarezza dei testi normativi costituiscono principi generali per la produzione normativa e non possono essere derogate, modificate o abrogate se non in modo esplicito. 3. Periodicamente, e comunque almeno ogni sette anni, si provvede all'aggiornamento dei codici e dei testi unici con i medesimi criteri e procedure previsti nell'articolo 17 *bis* adottando, nel corpo del testo aggiornato, le opportune evidenziazioni. 4. La Presidenza del Consiglio dei ministri adotta atti di indirizzo e coordinamento per assicurare

dello strumentario prodotto nel tempo dal Comitato della Camera, costituendo un prezioso patrimonio del quale anche l'organo del Senato potrà usufruire.

### 2.1. *Contenuto e struttura del parere*

L'art. 16 *bis*.6 R. C. fa menzione delle sole condizioni, quale contenuto del parere del Comitato.

Infatti la disposizione stabilisce che le Commissioni in sede referente, che non intendano adeguarsi alle condizioni espresse nel parere del Comitato, hanno l'obbligo di indicarne le motivazioni nella relazione per l'Assemblea. Per le Commissioni in sede legislativa viene richiamato l'art. 93.3 R. C., che stabilisce la rimessione del testo all'Assemblea nel caso di mancato adeguamento al parere della Commissione bilancio, della Commissione affari costituzionali o della Commissione lavoro e laddove queste vi insistano. Infine, per le Commissioni in sede redigente si rinvia all'art. 96.4 R. C., che disciplina egualmente l'ipotesi di parere negativo della Commissione Affari costituzionali, della Commissione Bilancio o della Commissione Lavoro, anche su singole parti o articoli del progetto di legge. In questo caso il Presidente della Commissione che ha dato parere negativo ne espone immediatamente i contenuti in Assemblea e presenta un apposito ordine del giorno, su cui delibera l'Assemblea. Se l'ordine del giorno viene approvato, la Commissione di merito è tenuta a riesaminare il progetto di legge, allo scopo di adeguarlo al parere espresso dalle tre Commissioni citate. In sostanza, le condizioni producono l'effetto di vincolare le Commissioni al loro recepimento, con precise conseguenze nel caso in cui ciò non avvenga.

Nell'attività del Comitato della Camera, alle condizioni si sono però sin da subito accompagnate le osservazioni. Traccia di esse si ritrova nell'art. 73.3 R. C., che, riguardo all'esame in sede referente, individua il contenuto della proposta di parere del relatore: favorevole o contrario; favorevole con osservazioni; favorevole «condizionatamente a modificazioni specificamente formulate»; o, infine, nulla osta all'ulteriore corso del testo. Fra condizioni e osservazioni non vi è, tuttavia, una differenza di contenuto, dato che il Comitato le ha utilizzate in modo, per così dire, fungibile. L'unica vera diversità è data dall'impatto, perché solo il mancato adeguamento alle condizioni produce precise conseguenze. La scelta di formulare condizioni in luogo di osservazioni può motivarsi con la finalità di dare maggiore forza alle determinazioni dell'organo, rendendo così più efficace il suo intervento nel percorso di formazione degli atti normativi.

Al di là del contenuto, se si guarda poi alla prassi seguita si può riscontrare una struttura più articolata del parere ed un contenuto che si è arricchito nel tempo.

---

che gli interventi normativi incidenti sulle materie oggetto di riordino, mediante l'adozione di codici e di testi unici, siano attuati esclusivamente mediante modifica o integrazione delle disposizioni contenute nei corrispondenti codici e testi unici.

Infatti, il parere presenta sezioni diverse, riconducibili ad un modello sviluppato nel tempo e che sembra ormai consolidato. In particolare, vi si trova una parte introduttiva, formalmente aperta con la formula *rilevato che*, nella quale il Comitato per la legislazione della Camera individua i profili su cui si è concentrato il suo esame; profili che vengono distinti in base al criterio di analisi utilizzato, ovvero:

- specificità, omogeneità e limiti di contenuto previsti dalla legislazione vigente
- semplicità, chiarezza e proprietà di formulazione
- efficacia del testo per la semplificazione e il riordino della legislazione vigente
- corretto metodo della legislazione
- omogeneità del testo normativo, omogeneità e specificità e limiti di contenuto del decreto legge

Viene, poi, riportata l'indicazione dei parametri normativi di riferimento che, a seconda dei casi, sono l'art. 16 *bis*, l'art. 96 *bis* o l'art. 96 *ter* R. C. A chiusura del parere, infine sono riportate le condizioni sui singoli aspetti dell'atto esaminato, cui si sono aggiunte le osservazioni mentre, a partire dal 2000, sono stati inseriti ulteriori rilievi, con la denominazione di raccomandazioni<sup>24</sup>. Rispetto alle condizioni, e come le osservazioni, le raccomandazioni sono prive di efficacia vincolante, costituendo semplici sollecitazioni o espressioni di indirizzi generali. L'unica differenza è data dal contenuto, poiché esse esprimono indicazioni di carattere generale, non limitate al caso concreto, che hanno lo scopo di sollecitare l'attenzione del legislatore per il futuro, in riferimento all'uso delle fonti normative o al rispetto delle procedure parlamentari di approvazione della legge. Infine, così come stabilito dall'art. 16 *bis*.5 R. C., occorre indicare eventuali opinioni dissenzienti, accompagnate dalle relative motivazioni, laddove venissero espresse dai componenti del Comitato. La previsione di opinioni dissenzienti costituisce certamente uno stimolo; ma va rilevato che alla Camera esse hanno avuto breve vita, prevalendo l'esigenza che il Comitato si pronunciasse all'unanimità, per non indebolire l'efficacia e l'autorevolezza delle sue determinazioni.

### 3. *Il Comitato per la legislazione del Senato della Repubblica*

L'art. 20 *bis*, primo comma, R. S., introdotto con la riforma del Regolamento del 2022, ha istituito il Comitato per la legislazione, composto da 8 membri, scelti dal Presidente del Senato, in modo che sia garantita la rappresentanza paritaria

<sup>24</sup> Le raccomandazioni hanno fatto la loro prima comparsa nella seduta dell'1/2/2000, come ricorda V. Di Porto, *Il Comitato per la legislazione, venti anni dopo*, Working Paper Series, Luiss School of Government, 2018, 4.



della maggioranza (4 membri) e dell'opposizione (4 membri). Così come per il Comitato della Camera, anche qui si afferma l'idea che la qualità della legislazione è patrimonio comune di tutte le forze politiche, non appartenendo in via esclusiva né alla maggioranza, né all'opposizione. In questa scelta riposa la connotazione tecnica dell'organo che, benché composto da senatori, cioè da soggetti politici, non segue le logiche proprie degli organi parlamentari, non essendo formato in modo proporzionale alla consistenza dei gruppi parlamentari, così come accade per le Commissioni e le Giunte, artt. 72.3 e 82.2 Cost. A ciò va aggiunto, come si vedrà, che i pareri del Comitato vengono adottati senza l'espressione di un voto, cosa che porterebbe la decisione nuovamente su un terreno politico, preferendosi piuttosto che i componenti esprimano il loro consenso alla proposta del relatore. Anche la previsione della rotazione della presidenza tra i componenti dell'organo, un anno per ciascuno, rafforza la configurazione tecnica delle sue funzioni, evitando gli effetti *politici* che un mandato lungo potrebbe causare<sup>25</sup>.

Ai fini di un esame completo del provvedimento volta a volta analizzato, l'art. 20 *bis*.4 R. S. coinvolge in modo costante il rappresentante del Governo e il relatore incaricato dalla Commissione competente: si crea, così, un'occasione di dialogo e di confronto, che è volta a condurre ad un'elaborazione delle determinazioni del Comitato in modo concertato con il suo interlocutore parlamentare e con il Governo.

Un elemento di differenza rispetto al Comitato della Camera è dato dalla previsione dell'art. 20 *bis*.3 R. S., che stabilisce che i pareri siano resi sui disegni di legge discussi «dall'Assemblea o dalle Commissioni in sede deliberante. Le Commissioni possono sempre deliberare di richiedere il parere del Comitato sugli schemi di atti normativi del Governo». Altro elemento di differenza è dato dal comma 6, in base al quale, se si tratta di disegni di legge discussi in Assemblea che provengono dall'esame delle Commissioni in sede redigente, la Presidenza può ammettere la presentazione di emendamenti «strettamente volti ad adeguare il testo in discussione alle condizioni contenute nel parere del Comitato»; ciò si collega a quanto previsto dall'art. 36.1 R. S., che lascia all'Assemblea il solo voto degli articoli e quello finale, «con la sola dichiarazione di voto». Tale previsione, a sua volta, va inquadrata nella disposizione dell'art. 34.1 *bis* R. S., che assegna, *di regola*, l'esame dei disegni di legge alla Commissione in sede deliberante<sup>26</sup> o redigente<sup>27</sup>.

In sostanza, al Senato, l'espressione del parere sui disegni di legge, per così dire *ordinari*, ha come destinatari l'Assemblea o la Commissione in sede deliberante, laddove alla Camera il Comitato per la legislazione non esprime mai il proprio parere all'Assemblea ma sempre e solo alla Commissione competente per

---

<sup>25</sup> Art. 20 *bis*.2 R.S.

<sup>26</sup> Art. 35 R. S.

<sup>27</sup> Art. 36 R. S.

materia. Andr  verificato in concreto come funzioner  questa diversa procedura, che appare motivata dalla volont  di creare un collegamento diretto tra il Comitato e il soggetto che deve assumere la deliberazione (Assemblea o Commissione in sede deliberante), senza l'interposizione della Commissione competente per materia in sede referente o redigente.

Riguardo all'oggetto dell'esame del Comitato, la disciplina regolamentare individua i ddl ordinariamente discussi dall'Assemblea o dalle Commissioni in sede deliberante<sup>28</sup>, i ddl che contengono norme di delegazione legislativa o disposizioni volte a trasferire alla potest  regolamentare del Governo o di altri soggetti materie gi  disciplinate dalla legge<sup>29</sup>, gli schemi di atti normativi del Governo<sup>30</sup> e infine i ddl di conversione dei decreti legge<sup>31</sup>.

### 3.1. *L'attivazione del Comitato per la legislazione del Senato e i parametri del suo esame*

L'art. 20 *bis* R. S. sembra distinguere due ipotesi di attivazione del Comitato: obbligatoria e facoltativa. La prima ipotesi ricomprende, innanzitutto, i ddl esaminati dall'Assemblea o dalla Commissione in sede deliberante: in questo modo, come gi  ricordato, l'organo viene inserito nel percorso di formazione della legge; vi si aggiungono i ddl di conversione dei decreti legge, sui quali il parere deve essere espresso entro 5 giorni alla Commissione competente. Nel silenzio della previsione, si pu  ritenere che, cos  come accade alla Camera<sup>32</sup>, sia il Presidente del Senato ad assegnare i ddl di conversione al Comitato, pur se non   chiaro se ci  avvenga contemporaneamente all'assegnazione degli stessi alla Commissione competente per materia<sup>33</sup>. Ipotesi di attivazione facoltativa si hanno, invece, nel caso dell'esame di schemi di atti normativi del Governo<sup>34</sup> e nel caso dei disegni di legge contenenti norme di delegazione legislativa o disposizioni che trasferiscono alla potest  regolamentare del Governo o di altri soggetti materie gi  disciplinate con legge<sup>35</sup>.

Sempre nell'art. 20 *bis*.5 R. S. sono individuati i parametri dell'esame del Comitato. Si tratta della valutazione d'impatto e della qualit  dei testi, che viene declinata nell'analisi dell'omogeneit  di contenuto, della semplicit , della chiarez-

<sup>28</sup> Art. 20 *bis*.3 R. S.

<sup>29</sup> Art. 20 *bis*.7 R. S.

<sup>30</sup> Art. 20 *bis*.3 R. S.

<sup>31</sup> Art. 20 *bis*.8 R. S.

<sup>32</sup> Art. 96 *bis*.1 R. C.

<sup>33</sup> Art. 78.2 R. S.: Il disegno di legge di conversione, presentato dal Governo al Senato o trasmesso dalla Camera dei deputati,   deferito alla Commissione competente, di norma, lo stesso giorno della presentazione o della trasmissione. Il Presidente, all'atto del deferimento, apprezza le circostanze, fissa i termini relativi all'esame del disegno di legge stesso.

<sup>34</sup> Art. 20 *bis*.3 R. S. ultima parte [meglio: ultimo periodo].

<sup>35</sup> Art. 20 *bis*.7 R. S.

za e proprietà della formulazione, nonché nell'analisi della loro efficacia per la semplificazione e il riordino della legislazione vigente.

Rispetto alla più risalente disciplina della Camera, si registra un elemento di novità, dato dalla previsione espressa del nuovo parametro della *valutazione di impatto* del testo.

Si può ritenere che il Regolamento del Senato abbia voluto esplicitare un profilo sul quale il Comitato della Camera, pur in assenza di una specifica indicazione, si è comunque sempre espresso concretamente nei suoi pareri. Si tratta sicuramente di una previsione utile, che dà maggiore coerenza ad un aspetto rilevante per il nostro sistema delle fonti normative, analizzando la capacità dell'atto di inserirsi armonicamente nel tessuto normativo vigente ed evitando quelle frequenti forme di *rigetto*, che rendono poi necessari interventi di correzione o d'integrazione.

Tornando all'art. 20 *bis*.5 R. S., i parametri della omogeneità, semplicità, chiarezza e proprietà di formulazione, nonché dell'efficacia dei testi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente, possono considerarsi di carattere generale; ad essi si aggiungono quelli specificatamente individuati dall'art. 20 *bis*.8 R. S. per l'esame dei ddl di conversione dei decreti legge: «specificità e omogeneità e (sui) limiti di contenuto dei decreti legge», previsti dalla legislazione vigente.

Si tratta di criteri particolari che danno spessore alle previsioni dell'art. 15 della legge n. 400 del 1988, che, come è noto, individua i contenuti che non possono essere oggetto di un decreto legge. In questa disposizione ha trovato formulazione normativa quanto più volte espresso dalla giurisprudenza costituzionale sulla decretazione d'urgenza, giurisprudenza alla quale si deve anche la configurazione della disposizione dell'art. 15.3 l. n. 400/1988 come testo che dà forma esplicita alla sostanza di quanto implicitamente previsto, sul piano costituzionale, dall'art. 77, indipendentemente dal livello solo primario della fonte che lo contiene<sup>36</sup>.

### 3.2. *Il contenuto del parere*

Dalla lettura dell'art. 20 *bis* R. S. sembra potersi ricavare che il contenuto *tipico* del parere del Comitato sia costituito dalle condizioni. Infatti, si stabilisce

---

<sup>36</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 22 del 2012, cons. dir. 3.3. L'art. 15, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri) – là dove prescrive che il contenuto del decreto-legge «deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo» – pur non avendo, in sé e per sé, rango costituzionale, e non potendo quindi assurgere a parametro di legittimità in un giudizio davanti a questa Corte, costituisce esplicitazione della ratio implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza, che ha indotto il Governo ad avvalersi dell'eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento.

che, laddove le Commissioni che esaminano il ddl in sede deliberante non ne adeguino il testo alle condizioni espresse nel parere del Comitato, esso viene riassegnato all'Assemblea su richiesta del Governo, di un decimo dei componenti del Senato o di un quinto dei componenti della Commissione competente<sup>37</sup>.

Allo stesso modo, il testo del ddl è rimesso all'Assemblea in caso di parere scritto contrario della V Commissione permanente<sup>38</sup> e della I e IV Commissione permanente<sup>39</sup>. Si aggiunge che se le Commissioni in sede redigente o deliberante non adeguino il testo del provvedimento esaminato alle condizioni formulate nel parere della V Commissione permanente, esso è rimesso all'Assemblea; diversamente se la Commissione opera in sede referente il mancato adeguamento deve essere accompagnato dall'indicazione delle motivazioni nella relazione per l'Assemblea<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Art. 35.2 R. S. Fino al momento della votazione finale, tuttavia, il disegno di legge è rimesso all'Assemblea se il Governo o un decimo dei componenti del Senato o un quinto dei componenti della Commissione richiedano al Presidente del Senato, o, a discussione già iniziata, al Presidente della Commissione, che il disegno di legge stesso sia discusso e votato dall'Assemblea oppure che sia sottoposto, previa votazione degli articoli, alla sua approvazione finale con sole dichiarazioni di voto. Il disegno di legge è rimesso all'Assemblea anche nelle ipotesi previste dai commi 5, 6, 6 *bis* e 6 *ter* dell'articolo 40. In caso di riassegnazione del disegno di legge in sede referente la Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari fissa il termine per la conclusione dell'esame in Commissione.

<sup>38</sup> Art. 40.5 R. S. Quando la 5ª Commissione permanente esprime parere scritto contrario all'approvazione di un disegno di legge che importi nuove o maggiori spese o diminuzione di entrate e che sia stato assegnato in sede deliberante o redigente ad altra Commissione, motivando la sua opposizione con la insufficienza delle corrispettive quantificazioni o della copertura finanziaria, secondo le prescrizioni dell'articolo 81, terzo comma, della Costituzione e delle vigenti disposizioni legislative, il disegno di legge è rimesso all'Assemblea qualora la Commissione competente per materia non si uniformi al suddetto parere.

<sup>39</sup> Art. 40.6 R. S. Gli stessi effetti produce il parere scritto contrario espresso dalla 1ª Commissione permanente nelle ipotesi di cui al comma 2 del presente articolo, nonché il parere contrario della 4ª Commissione permanente nelle ipotesi di cui al comma 1, qualora la Commissione competente per materia non si uniformi al suddetto parere. Si precisa che la I Commissione permanente è competente in materia di Affari Costituzionali, affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, ordinamento generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione, editoria, digitalizzazione; la IV Commissione permanente è competente in materia di Politiche dell'Unione europea e la V in materia di Programmazione economica, bilancio, art. 22 R. S., sostituito dal nuovo testo del 22 luglio 2022.

<sup>40</sup> Art. 40.6 *bis* R. S. Fermo restando quanto previsto al comma 3, ad eccezione dei disegni di legge esaminati ai sensi dell'articolo 126 *bis*, il parere alla 5ª Commissione permanente è richiesto per i soli emendamenti approvati. In assenza di tale parere, l'incarico di riferire all'Assemblea non può essere conferito al relatore prima del decorso di quindici giorni dalla richiesta, salva la facoltà del Presidente del Senato, apprezzate le circostanze, di fissare un termine diverso. Ove la 5ª Commissione deliberi di richiedere al Governo la relazione tecnica sulla quantificazione degli oneri finanziari recati dagli emendamenti, di cui all'articolo 76 *bis*, comma 3, il Governo trasmette la relazione tecnica entro il termine di cinque giorni. La mancata trasmissione della relazione entro tale termine non può determinare presunzioni di onerosità finanziaria degli emendamenti. Ove

Ancora, sempre l'art. 20 *bis*.6 R. S. rinvia all'art. 40.6 *ter* R. S., che si riferisce al caso del parere della I Commissione permanente: la Commissione competente in sede redigente o deliberante deve porre in votazione le modifiche richieste e, nell'ipotesi di mancato adeguamento, il testo viene rimesso all'Assemblea. Se l'esame si svolge in sede referente, il mancato adeguamento da parte della Commissione alle condizioni formulate nel parere comporta l'obbligo d'indicare le ragioni nella relazione per l'Assemblea<sup>41</sup>.

In realtà nei pareri finora espressi dal Comitato del Senato hanno trovato posto anche rilievi diversi dalle condizioni, ovvero le osservazioni, delle quali, però, il Regolamento non fa menzione in via generale, ma solo con riguardo alla Commissione Politiche dell'Unione Europea, all'art. 23.3, nel caso di disegni di legge e di schemi di atti normativi del Governo concernenti l'applicazione dei trattati dell'Unione europea o relativi all'attuazione di norme dell'Unione Europea, oltre che per la valutazione della compatibilità di tutti i disegni di legge con la normativa dell'Unione Europea<sup>42</sup>; e all'art. 144.3, 4 e 5 con riguardo all'esame

---

la 5ª Commissione permanente abbia espresso parere contrario, ai sensi dell'articolo 81, terzo comma, della Costituzione, o parere favorevole condizionatamente, ai sensi dello stesso articolo 81, a modificazioni specificamente formulate, la Commissione competente per materia pone in votazione le modifiche richieste. In caso di esame in sede redigente o deliberante, il disegno di legge è rimesso all'Assemblea qualora la Commissione competente per materia non si uniforimi al suddetto parere. In caso di esame in sede referente, qualora la Commissione non abbia adeguato il testo del disegno di legge alle condizioni formulate nel parere, deve indicarne le ragioni nella relazione all'Assemblea.

<sup>41</sup> Art. 40. 6 *ter* R. S. Fermo restando quanto previsto al comma 2, il parere alla 1ª Commissione permanente è richiesto per i soli emendamenti approvati. In caso di esame in sede redigente o deliberante, ove la 1ª Commissione permanente abbia espresso parere contrario o parere favorevole condizionatamente a modificazioni specificamente formulate, la Commissione competente per materia pone in votazione le modifiche richieste; qualora la Commissione competente non si uniforimi al suddetto parere il disegno di legge è rimesso all'Assemblea. In caso di esame in sede referente, qualora la Commissione non abbia adeguato il testo del disegno di legge alle condizioni formulate nel parere, deve indicarne le ragioni nella relazione all'Assemblea.

<sup>42</sup> Art. 23.3 R. S. Spetta alla Commissione esprimere il parere – o, nei casi di cui al comma 3 dell'articolo 144, formulare osservazioni e proposte – sui disegni di legge e sugli schemi di atti normativi del Governo concernenti l'applicazione dei trattati dell'Unione europea, e successive modificazioni, o relativi all'attuazione di norme dell'Unione europea ed in generale su tutti i disegni di legge che possano comportare problemi rilevanti di compatibilità con la normativa dell'Unione europea, nonché esaminare gli affari e le relazioni di cui all'articolo 142. In particolare, la Commissione esprime il parere ovvero formula osservazioni e proposte sui predetti atti in merito ai rapporti delle Regioni con l'Unione europea, di cui all'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, alla partecipazione delle Regioni e delle Province autonome alla formazione ed all'attuazione degli atti normativi comunitari, di cui all'articolo 117, quinto comma, della Costituzione, alla disciplina dei casi e delle forme in cui le Regioni possono concludere accordi con Stati o intese con enti territoriali interni ad altri Stati membri dell'Unione europea, ai sensi dell'articolo 117, nono comma, della Costituzione, nonché al rispetto del principio di sussidiarietà nei rapporti tra l'Unione europea e lo Stato e le Regioni, di cui all'articolo 120, secondo comma, della Costituzione. La Commissione

da parte della stessa di atti normativi in generale e di quelli di interesse dell'Unione europea<sup>43</sup>.

Alle osservazioni si sono poi aggiunte, così come alla Camera, anche le raccomandazioni<sup>44</sup>, contenenti rilievi sulla tecnica di redazione dei testi normativi di portata generale, riferiti all'intero sistema delle fonti e non limitati al singolo caso esaminato.

#### 4. *I primi interventi del Comitato per la legislazione del Senato*

Nella sua prima seduta del 17 gennaio 2023, il nuovo Comitato per la legislazione del Senato ha eletto il sen. Matera come Presidente. Questi, nella successiva seduta del 24 gennaio, ha fornito alcune indicazioni di metodo, tra cui: l'intenzione di trasmettere in anticipo la proposta di parere al relatore della Commissione incaricata dell'esame del provvedimento<sup>45</sup>; l'inserimento nel dispositivo del parere delle eventuali proposte di modifica del testo normativo; l'avvio di una collaborazione con il Comitato per la legislazione della Camera «individuando gli ambiti di attività nei quali sviluppare possibili sinergie»<sup>46</sup>; il ricorso ad audizioni, nel caso di atti di iniziativa governativa, che coinvolgano rappresentanti del Governo, titolari di dipartimenti e di uffici della Presidenza del Consiglio dei Ministri, con l'obiettivo di «migliorare l'applicazione dei principi in tema di qualità della legislazione»<sup>47</sup>.

In relazione all'obiettivo di dare efficacia alle proprie determinazioni, il

---

esercita inoltre le competenze che ad essa sono specificamente attribuite dalle disposizioni del presente Regolamento.

<sup>43</sup> Art. 144.3, 4 e 5 R. S. 3. Gli schemi di atti normativi del Governo concernenti l'applicazione dei trattati dell'Unione europea, e successive modificazioni, o relativi all'attuazione di norme dell'Unione europea, che il Governo sia tenuto a comunicare al Parlamento, sono assegnati per il parere alle Commissioni competenti per materia, alle quali la 4<sup>a</sup> Commissione permanente può far pervenire osservazioni e proposte. Tali osservazioni e proposte vengono allegate al parere delle Commissioni stesse. 4. È competenza della 4<sup>a</sup> Commissione permanente esaminare gli atti menzionati nei commi precedenti quando riguardano le istituzioni o la politica generale dell'Unione europea; in tal caso la 1<sup>a</sup> e la 3<sup>a</sup> Commissione permanente possono far pervenire alla 4<sup>a</sup> Commissione permanente osservazioni e proposte, che vengono allegate al parere di quest'ultima. 5. Nelle ipotesi di cui ai commi 1 e 3, la 4<sup>a</sup> Commissione permanente può chiedere che il parere, le osservazioni e le proposte formulati siano inviati, per il tramite del Presidente del Senato, al Governo, qualora, entro quindici giorni dalla data in cui essi sono pervenuti alla Commissione competente, quest'ultima non si sia ancora pronunciata. Identica facoltà è attribuita alla 1<sup>a</sup> e alla 3<sup>a</sup> Commissione permanente nell'ipotesi di cui al comma 4.

<sup>44</sup> Si vedano i Resoconti delle sedute del 24/1/2023 e del 15/3/2023.

<sup>45</sup> Comitato per la legislazione, Resoconto della seduta del 24/1/2023, 1.

<sup>46</sup> *Ivi*, 1.

<sup>47</sup> *Ivi*, 1.

Comitato del Senato, nelle sedute del 15<sup>48</sup> e 22<sup>49</sup> marzo 2023 ha richiamato una prassi già consolidata alla Camera, ovvero quella di trasformare i rilievi espressi in proposte emendative da presentare nella sede della Commissione di merito.

In riferimento poi al parametro dell'Analisi di valutazione d'impatto, indicato espressamente per il Comitato per la legislazione del Senato ma non per quello della Camera, il Presidente ha espresso l'esigenza di «svolgere un'attività conoscitiva sui temi dell'analisi e della valutazione d'impatto, con particolare riferimento agli strumenti e agli ambiti applicativi»; inoltre sotto il profilo dell'iniziativa legislativa parlamentare, ha sollecitato i gruppi parlamentari a tenere conto delle Regole e raccomandazioni per la redazione dei testi legislativi della Circolare del Presidente del Senato del 2001 e dei principi espressi nei pareri del Comitato<sup>50</sup>.

È stata così delineata la fisionomia del nuovo organo, improntata alla necessità dell'ampia collaborazione che deve connotare lo svolgimento della sua attività, al fine di garantire efficacia alle sue determinazioni. In questa direzione, di rilievo è quanto affermato dell'on. Parrini, e cioè che l'adozione dei pareri avverrà «*per consensus*, senza riprodurre le dinamiche politiche delle Commissioni di merito»<sup>51</sup>, avvalorando in tal modo il carattere tecnico dell'organo.

In realtà questa soluzione sembra allontanarsi da quanto indicato dall'art. 20 *bis*.5 R. S. ultimo periodo, che prevede la possibilità per i componenti del Comitato di esprimere opinioni dissenzienti, rispetto al contenuto del parere adottato, delle quali occorre dare conto, insieme alle relative motivazioni, all'interno dello stesso. Se, infatti, l'opinione dissenziente può costituire uno stimolo e una sollecitazione verso una maggiore attenzione ad aspetti della qualità normativa non esaminati o non approfonditi nel parere, essa, al contempo può indebolire l'autorevolezza delle determinazioni assunte. Per tale ragione, alla Camera, si è registrata fin da subito l'esigenza che il Comitato si pronunciasse all'unanimità, proprio nel timore che un'eccessiva articolazione del parere in posizioni diverse avrebbe potuto indebolirne l'efficacia. Nella prassi le opinioni dissenzienti sono state poco utilizzate, fino a scomparire del tutto. Per il Senato, nei primi tre mesi di attività, non si è riscontrato alcun ricorso alle opinioni dissenzienti, facendo presagire che, anche qui, lo strumento non avrà alcun uso effettivo.

---

<sup>48</sup> Comitato per la legislazione, Resoconto della seduta del 15/3/2023, 1.

<sup>49</sup> Comitato per la legislazione, Resoconto della seduta del 22/3/2023, 1.

<sup>50</sup> *Ivi*, 1.

<sup>51</sup> *Ivi*, 2. Analoga considerazione si trova nel parere del 15/3/2023, in Resoconto della seduta del 15/3/2023, 1.

## 5. *Alcune considerazioni sul ruolo del Comitato per la legislazione della Camera*

Valutare concretamente l'effettività del ruolo svolto dal Comitato per la legislazione della Camera, anche nella prospettiva dell'attività futura dell'omologo organo del Senato, richiede alcune precisazioni.

L'impatto delle sue determinazioni, infatti, può essere in primo luogo misurato in riferimento al tasso del loro recepimento, ossia alla quantità di condizioni e osservazioni che hanno trovato seguito nel successivo esame parlamentare dei provvedimenti. Qui i dati numerici registrati non sono particolarmente entusiasmanti<sup>52</sup>. Se si guarda alla legislatura appena trascorsa e ai due ultimi turni di presidenza dell'organo, si nota che nel periodo 6 gennaio 2021-5 novembre 2021 su 28 condizioni solo 9 sono state recepite (il 32,4%) e su 126 osservazioni solo 31 sono state accolte (il 24,6%); nel periodo 6 novembre/2021-5 settembre/2022, su 24 condizioni ne sono state recepite solo 9 (il 37,5%) e su 167 osservazioni solo 36 sono state accolte (il 22,55%).

Fermarsi a questo esito non appare, tuttavia, sufficiente, poiché vi sono altri importanti scenari nei quali osservare l'attività dell'organo.

Vi è da considerare, infatti, il contenuto assunto da alcune indicazioni espresse nei pareri, le quali per il loro tenore si prestano ad essere riferite all'intero sistema delle fonti e al loro utilizzo da parte del Parlamento e del Governo, specie di fronte all'emergenza sanitaria.

È il caso del parere del 12 gennaio 2021<sup>53</sup>, relativo all'esame del disegno di legge di conversione del decreto legge n. 1 del 5/1/2021, esaminato dalla Camera in prima lettura. Il Comitato<sup>54</sup>, in una raccomandazione finale<sup>55</sup>, ha sollecitato il legislatore a non ricorrere ulteriormente a provvedimenti d'urgenza *intrecciati*, frutto di distinte delibere del Consiglio dei ministri e di distinti decreti emanati dal Capo dello Stato. Questi, *confluendo* in un unico disegno di legge di conversione, provocano «un'alterazione del lineare svolgimento della procedura parlamentare

<sup>52</sup> Dai Rapporti elaborati dal Comitato della Camera nella XIII legislatura, quella dell'avvio della sua attività, si ricavano dati positivi, con il 45,7% di condizioni e il 24,3% di osservazioni accolte: nella XIV legislatura si osserva una flessione, con il 35% delle condizioni e il 24,8% delle osservazioni accolte; nella XV si registra una crescita, con il 55,6% delle condizioni e il 46,2% delle osservazioni recepite. A partire dalle legislature successive, invece, il tasso di recepimento dei pareri del Comitato si riduce, con il 20% delle condizioni e il 16% delle osservazioni accolte nella XVI legislatura e il 27% delle condizioni e il 26% delle osservazioni recepite nella XVII legislatura.

<sup>53</sup> Recante Ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

<sup>54</sup> Comitato per la legislazione, Resoconto della seduta del 12/1/2021, 6 ss. A riguardo, i dati dell'Osservatorio legislativo parlamentare del Servizio studi della Camera, per i primi quattro mesi della XIX legislatura, riportano che su 11 leggi approvate, in ben dieci casi le modifiche sono state introdotte soltanto in prima lettura.

<sup>55</sup> Di contenuto analogo a quella espressa nello stesso parere in riferimento al ddl di conversione del d.l. n. 172 del 18/12/2020, in Resoconto della seduta del 12/1/2021, 6.



di esame dei disegni di legge di conversione dei decreti legge», compromettendo la comprensibilità del testo normativo da parte dei cittadini. Dietro questa prassi, peraltro, il Comitato intravede un pericolo ben più grave: una violazione degli equilibri istituzionali, con la conseguente riduzione del ruolo della Camera che interviene per seconda, cui rimane solo il compito di *ratificare* quanto deciso dalla prima e una lesione del carattere bicamerale del procedimento di conversione, prescritto dalla Costituzione, prefigurandosi «un monocameralismo di fatto»<sup>56</sup>.

Ancora nel parere del 4 marzo 2021, relativo alla legge di conversione del decreto legge n. 2 del 14 gennaio 2021<sup>57</sup>, esaminato dopo l'approvazione del Senato, il Comitato<sup>58</sup> ha evidenziato la necessità di operare una sistemazione delle fonti normative usate durante l'emergenza sanitaria, descrivendo le diverse fasi seguite dal Governo nel ricorso al Dpcm. In una prima fase, infatti, le misure generali erano contenute nel decreto legge, lasciando al Dpcm il compito di dettare le disposizioni di dettaglio. In una seconda fase, invece, le prime sono state stabilite dal Dpcm, attribuendo alle ordinanze del Ministro della salute la concreta individuazione delle aree cui applicarle. Pertanto, al binomio D.l.-Dpcm si era sostituito quello Dpcm-Ordinanze del Ministro della salute, affidando così ad una fonte secondaria la definizione di contenuti che avrebbero dovuto essere, diversamente, stabiliti dalla fonte primaria. Ciò ha spinto il Comitato, in una raccomandazione finale, a sollecitare Parlamento e Governo a rivedere le loro scelte in merito all'uso delle fonti normative, dando alla fonte primaria, legge o decreto legge, il compito di stabilire «la definizione del quadro generale delle misure da applicare nelle diverse zone di diffusione del contagio»; e alle ordinanze del Ministro della salute o ad altri enti non legislativi la sola individuazione delle zone e la previsione di misure di dettaglio<sup>59</sup>.

Un altro aspetto in grado di incidere sulla valutazione del ruolo del Comitato è la capacità delle sue determinazioni di uscire dai confini del Parlamento, per coinvolgere le decisioni di altri soggetti istituzionali.

Così può dirsi riguardo al Capo dello Stato, che, nella lettera che ha accompagnato la promulgazione della legge n. 94 del 2009<sup>60</sup>, ha messo in luce il carattere complesso, eterogeneo ed estemporaneo del testo promulgato, di difficile comprensione per i cittadini e non rispettoso né dei «principi cardine di una corretta tecnica legislativa», né del principio della certezza del diritto, richiaman-

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, 8.

<sup>57</sup> Recante ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e prevenzione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e di svolgimento delle elezioni per l'anno 2021.

<sup>58</sup> Resoconto della seduta del Comitato per la legislazione del 4/3/2021, 3 ss.

<sup>59</sup> *Ibidem*, 6. A conferma della necessità che sia la legge ad intervenire, si è espressa la Corte Costituzionale nella sentenza 9/2/2023 n. 14, cons. dir. 8.

<sup>60</sup> Disposizioni in materia di pubblica sicurezza. La lettera era indirizzata al Presidente del Consiglio dei Ministri e ai Ministri dell'interno e della giustizia.

do, al contempo, il ruolo del Comitato, definito «organismo svincolato da ogni posizione di parte». In particolare, il Capo dello Stato, rinviando al Resoconto della seduta del 29 aprile 2009<sup>61</sup>, ha fatto riferimento ai rilievi del Comitato sulla presenza, all'interno del testo esaminato, di modifiche a norme di recentissima approvazione, in contrasto con le esigenze di stabilità, certezza e semplificazione della legislazione, e alla formulazione imprecisa di previsioni o di rinvii normativi, con disposizioni non chiare nel significato o nella portata normativa<sup>62</sup>.

Analoghe considerazioni sulla valutazione del ruolo del Comitato possono farsi per la Corte Costituzionale, che nella sentenza n. 247 del 2019<sup>63</sup>, in relazione all'inserimento di disposizioni estranee al contenuto del decreto legge in sede di conversione, ha confermato la natura della legge di conversione come «fonte funzionalizzata alla stabilizzazione di un provvedimento avente forza di legge ed è caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare e semplificato rispetto a quello ordinario», ribadendo che per tale ragione essa «non può quindi aprirsi a qualsiasi contenuto»<sup>64</sup>, e richiamando esplicitamente l'art. 96 *bis* R. C., che, attribuisce al Comitato in via obbligatoria l'esame dei disegni di legge di conversione dei decreti legge, per verificare che le disposizioni non siano in contrasto con le regole di specificità e omogeneità e con i limiti di contenuto<sup>65</sup>.

Tutti gli aspetti che si sono esaminati – dal tasso di recepimento delle determinazioni dei pareri al carattere *generale* e *ordinamentale* dei rilievi formulati, all'*assorbimento* degli stessi nelle posizioni degli organi di garanzia costituzionale, Corte costituzionale e Capo dello Stato costituiscono altrettanti elementi di riferimento per ricostruire il ruolo del Comitato per la legislazione e per valutarne l'effettività.

Un'effettività che non può essere misurata nei soli termini numerici ma che va guardata nella prospettiva dell'intero ordinamento, a conferma che la qualità della legislazione non può realizzarsi nei limitati confini del Parlamento ma richiede il contributo di tutti gli attori del sistema istituzionale.

---

<sup>61</sup> Si veda il Resoconto della seduta del Comitato per la legislazione del 29/4/2009, 3 ss.

<sup>62</sup> Sulla proiezione esterna delle determinazioni del Comitato cfr. L. Lorello, *La giurisprudenza del Comitato per la legislazione in materia di delegificazione e di potere regolamentare del governo. Il rilievo "esterno" delle sue determinazioni*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2011, 10 ss.

<sup>63</sup> Corte Costituzionale sentenza 22/10/2019, n. 247.

<sup>64</sup> Corte Costituzionale sentenza 22/10/2019, n. 247, cons. dir. 5.2.

<sup>65</sup> Corte Costituzionale sentenza 22/10/2019, n. 247, cons. dir. 5.2.

### Abstract

Il tema della certezza del diritto qualità della legislazione viene affrontato attraverso un'analisi della disciplina relativa all'istituzione ed al funzionamento del Comitato per la legislazione della Camera e del Senato. L'analisi muove dalla ricostruzione delle prassi parlamentari per giungere ad osservare il rilievo che hanno assunto le deliberazioni del Comitato per la legislazione anche nell'esercizio di attribuzioni costituzionali poste a presidio della legalità costituzionale intestate alla Corte costituzionale ed al Capo dello Stato. Dall'analisi svolta emerge che l'effettività delle determinazioni del Comitato per la legislazione non può essere misurata solo in termini numerici o percentuali relative al tasso di recepimento da parte delle due Camere, ma considerando anche il contributo di altri organi costituzionali.

The Quality of Legislation within the Italian Constitutional System: the Contribution of the Committee on Legislation of the Italian Chamber of Deputy and of the Senate of the Republic

Legal certainty and quality of legislation are still controversial issues within the Italian Constitutional System. The A. take into consideration the rules governing the establishment and functioning of the Committees on Legislation of the Italian Chamber of Deputy and of the Italian Senate.

Those Committees are parliamentary bodies in charge of functions capable to mainstream criteria and principles concerning the quality of legislation within the exercise of the Legislative Function by the Italian Parliament. The A., first of all, takes into account parliamentary "practices" of the two Committees to "compare" them. Secondly, the A. observes the importance that the deliberations of the Committee for Legislation of the Chamber of Deputy has already gained in the exercise of constitutional powers of safeguard of the constitutional legality pertaining to other Constitutional bodies: the Constitutional Court and the Head of State.

The analysis leads to the conclusion that the effectiveness of the deliberations taken by the two Committees on Legislation cannot be measured only in numerical terms or percentages relating to the rate of transposition of them into the deliberations taken by the Chambers of the Italian Parliament. On the contrary, to perceive the relevance of the contribution of the Committees of legislation in the enforcement of the general principle of certainty of law through the exercise of functions related to the quality of legislation it is necessary to consider the contribution of other constitutional bodies.



# Concessioni demaniali marittime e diritto eurounitario: la fine del “tempo delle more”\*

di Gaetano Armao

SOMMARIO: 1. Le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreativa e portuali: una premessa a partire dall’ultima proroga. – 2. La propulsione pretoria, le incertezze del legislatore, il monito del Presidente della Repubblica. – 3. L’inevitabile epilogo: la pronuncia della Corte di giustizia, III, 20 aprile 2023 (C-348/22) tra conferme ed aperture interpretative. 4. – Disapplicazione/non applicazione del giudice e dell’amministrazione (multilivello) del diritto interno confliggente con quello eurounitario: cenni. – 5. Alcune considerazioni di sintesi (purtroppo ... “nelle more?”).

1. *Le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreativa e portuali: una premessa a partire dall’ultima proroga*

“Nelle more” è l’espressione probabilmente più ricorrente che si rinviene nella disciplina sulle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreativa e portuali (d’ora in avanti *c.d.m.*)<sup>1</sup>, tentativo di giustificazione del legislatore nel reiterato ricorso a proroghe di titoli concessori e differimenti di scadenze; ovviamente non ne poteva mancare il richiamo nell’ultimo controverso intervento normativo (d.l. 29 dicembre 2022, n. 198 conv. con mod. dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14)<sup>2</sup>, che ha prorogato il termine per l’esercizio della delega

---

\* Questo contributo è frutto delle integrazioni alla relazione introduttiva al seminario “Le concessioni demaniali marittime turistico-ricreative e portuali”, tenutosi il 10 gennaio 2023 nell’Aula Magna “P. Borsellino” del Dipartimento di Scienze politiche e relazioni internazionali dell’Università di Palermo.

Il “tempo delle more” è un bucolico motivo musicale di successo dell’inizio degli anni ‘70 (M. REITANO) riferito al frutto, ma l’espressione ben si attaglia, facendo gioco sull’altro significato della parola, al tentativo reiterato dei legislatori (statale come quelli regionali) di utilizzare tutti i possibili strumenti per differire, prorogare, rinviare, i termini di applicazione della disciplina unionale che, come si vedrà, lungi dal prevedere un ricorso indiscriminato a gare di livello europeo, mira ad invertere i principi di libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi nel mercato europeo differenziando le situazioni con un approccio sostanziale.

<sup>1</sup> Vedi, tra essi, art. 1, comma 18, d.l. del 30 dicembre 2009, n. 194 conv., con mod., dalla l. del 26 febbraio 2010, n. 25 (come modificato dall’art. 34-*duodecies*, comma 1, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 conv., con mod., dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221), a norma del quale: “nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative”; art. 100 del d.l. 14 agosto 2020, n. 104 convertito con modificazioni dalla L. 13 ottobre 2020, n. 126, analoghi riferimenti si rinvencono nella legislazione regionale (cfr. nella legislazione siciliana gli artt.1, comma 1-ter, l.r. n. 15 del 2005 e 2, comma 1, della l.r. n. 32 del 2020 e nella normativa della Regione Calabria gli artt. 18, comma 3-*bis* della l.r. n. 17 del 2005 e s.m.i. e 1 della l.r. 25 novembre 2019, n. 46).

<sup>2</sup> Recante “Conversione in legge, con modificazioni, del recante disposizioni urgenti in materia di termini legislativi. Proroga di termini per l’esercizio di deleghe legislative” (c.d. “Milleproroghe”). Sul tema ampiamen-

in materia di mappatura delle concessioni di beni demaniali dalla legge 5 agosto 2022, n. 118 (*“Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021”*), da 6 a 11 mesi successivi dalla sua entrata in vigore.

Più specificatamente è stato prorogato il termine per la realizzazione di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori, tenendo conto delle esigenze di difesa e sicurezza, giungendo addirittura a vietare ai Comuni, *“nelle more”* dell’emanazione dei decreti legislativi di cui all’art. 4 della citata l. n. 118 del 2022, di procedere all’emanazione dei bandi di assegnazione prima dell’adozione dei relativi decreti. Infine, l’art. 12, comma 6 *sexies* della normativa del 2023 ha poi previsto la proroga, dal 31 dicembre 2023 al 31 dicembre 2024, dell’efficacia delle concessioni e dei rapporti in essere su beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali, per finalità turistico-ricreative e sportive<sup>3</sup>.

Come si avrà modo di precisare le pronunce del Consiglio di Stato, della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia UE, in particolare quella intervenuta da ultimo (Sez. III, 20 aprile 2023, in C-348/22) e nuove questioni di pregiudizialità europea<sup>4</sup> definiscono un quadro dove ben poco rimane per la rei-

---

te perlostrato si vedano per tutti le (purtroppo) ancora attuali riflessioni di N. LUPO, *Decreto legge e manutenzione legislativa: i decreti legge milleproroghe*, in A. SIMONCINI (a cura), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006, 173 e ss.

L'ultimo tentativo in tal senso, dopo quello appena richiamato del legislatore statale del 2023, è dell'Assemblea regionale siciliana che con l'art. 36 della l.r. 22 febbraio 2023, n. 2, *“Legge di stabilità regionale 2023-2025”*, recante *“Modifiche di norme in materia di concessioni demaniali marittime”* ha differito al 30 aprile 2023 il termine ultimo, previsto all'art. 1 della l.r. 21 luglio 2021, n. 17, come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera a), della l.r. 3 agosto 2021, n. 22, per la presentazione delle istanze di proroga delle concessioni demaniali marittime, ai sensi dell'articolo 1 della l.r. 14 dicembre 2019, n. 24, alla stregua del quale viene stabilita l'estensione delle concessioni demaniali marittime in essere al 31 dicembre 2018 fino alla data del 31 dicembre 2033 *“in conformità alle previsioni dei commi 682 e 683 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2018, n. 145”*. Non può tuttavia non considerarsi che le norme statali presupposte dalla disciplina regionale del 2018 siano state abrogate dall'art. 3, comma 5, lettera a), della l. 5 agosto 2022, n. 118 ritenute in contrasto con l'ordinamento unionale delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative. Il Governo centrale ha quindi proposto, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., l'impugnativa tra molte norme della disciplina regionale richiamata, dell'art. 36 della l.r. del 2023 nel presupposto che mediante il rinvio all'articolo 1 della l.r. n. 17 del 2021, che, rimanda all'articolo 1, comma 1, della l.r. n. 24 del 2019, l'art. 36 della l.r. n. 2 del 2023, riformuli sostanzialmente una proroga delle concessioni demaniali marittime fino al 31 dicembre 2033.

Il ricorso del Governo avverso la legge regionale può consultarsi in <https://dati.interno.gov.it/territorio-e-autonomie-locali/legittimita-costituzionale/legge-regionale-sicilia-del-22-febbraio-0>

<sup>3</sup> L'art. 10 *ter*, approvato in Senato, prevede che i titolari delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e dei punti di approdo con medesime finalità possono mantenere installati fino al 31 dicembre 2023 i manufatti amovibili utilizzati.

<sup>4</sup> Il riferimento è alla proposizione di domande di pronuncia pregiudiziale formulata dal

terazione degli interventi dilatori dei legislatori (statale e regionali) e consentono adesso, nel contesto delle precise disposizioni già dettate dalla richiamata l. n. 118 del 2022, di armonizzare concretamente l'ordinamento interno con quello europeo in un settore di grande rilievo economico, sociale ed ambientale per il nostro Paese.

Il dibattito sulla rilevanza giuridica, politica e socio-economica della complessa vicenda delle *c.d.m.*<sup>5</sup> ha assunto ed assume un crescente rilievo nel rapporto tra Italia ed Unione Europea, tra Stato e regioni<sup>6</sup>, tra sfera politica e giudiziaria, rappresentando un esempio emblematico della difficoltà del legislatore di comporre la molteplicità degli interessi in gioco<sup>7</sup>.

---

Consiglio di Stato, VII, 15 settembre 2022 con ordinanza n. 8010, se gli artt. 49 e 56 TFUE ed i principi desumibili dalla sentenza Laezza (C- 375/14) ove ritenuti applicabili, “*ostino all’interpretazione di una disposizione nazionale quale l’art. 49 cod. nav. nel senso di determinare la cessione a titolo non oneroso e senza indennizzo da parte del concessionario alla scadenza della concessione quando questa venga rinnovata, senza soluzione di continuità, pure in forza di un nuovo provvedimento, delle opere edilizie realizzate sull’area demaniale facenti parte del complesso di beni organizzati per l’esercizio dell’impresa balneare, potendo configurare tale effetto di immediato incameramento una restrizione eccedente quanto necessario al conseguimento dell’obiettivo effettivamente perseguito dal legislatore nazionale e dunque sproporzionato allo scopo*”.

<sup>5</sup> La dottrina in materia è assai vasta, oltre ai contributi citati nel contributo si vedano, a partire da S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 335 ss.; F. DI LASCIO, *Concessione di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 787 ss.; G. GRUNER, *L’affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell’Unione europea*, in *Foro amm.*, 2010, 678 ss.; M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d’impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, 2011; C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. Ed esigenze di tutela dell’affidamento*, in *www.federalismi.it*, n. 25, 2016 e, più recentemente, F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall’abrogazione innaturale del diritto di insistenza alle plurime e sistematiche proroghe anticomunitarie*, in *Riv. giur. ed.*, n. 4, 2020, 261 ss.; ed in particolare l’ampio volume di M. TIMO, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020, per un più articolato inquadramento del complesso quadro normativo e giurisprudenziale al quale ci si permette di rinviare.

<sup>6</sup> Come osserva opportunamente G. SALERNO, *Conclusioni*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, Macerata 2022, 317, quello della fattispecie in esame, costituisce infatti un “*simbolo di inefficienza, anzi di una lunga e grave inefficienza, della governance multilivello fondata sulla possibilità, in casi di controversia tra i livelli istituzionali pro quota competenti, di trovare un ragionevole bilanciamento in sede giurisdizionale*”, che oggi costituisce un unicum giuridico proprio perché ormai “*crogiuolo di paradossi ed etichette*”.

<sup>7</sup> A conclusioni non dissimili deve giungersi per le concessioni al *commercio al dettaglio su aree pubbliche* (c.d. concessioni dei posteggi a rotazione per il commercio su aree pubbliche) che, giusta l’art. 1, co. 686, della Legge n. 145/2018 (Legge di Bilancio 2019), novellando gli articoli 7, lett. f-bis, e 16, comma 4-bis, del D. Lgs. 26 marzo 2010 n. 59 (di recepimento della Direttiva Bolkestein), intende sottrarre il settore del commercio al dettaglio su aree pubbliche dall’ambito applicativo del diritto eurounitario. Giova ricordare che giusta l’art.181, co. 4-bis, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. “*Decreto Rilancio*”) per contrastare gli effetti dell’emergenza epidemiologica da COVID-19, ha previsto il rinnovo per la durata di dodici anni (fino al 2032), delle concessioni di posteggio per l’esercizio del commercio su aree pubbliche aventi scadenza entro il 31 dicembre 2020, secondo linee guida adottate dal MISE (oggi MIMIT) e con le modalità stabilite dalle regioni

Gli interventi normativi recentemente succedutisi, quelli giurisprudenziali (nazionali ed europei), quelli amministrativi connessi all'incremento dei canoni comunicato dal MIT<sup>8</sup>, hanno reso le vicende ancor più controverse<sup>9</sup>.

Sul piano dei recenti interventi normativi occorre richiamare, in primo luogo, l'ulteriore proroga *ex lege* sancita dall'art. 1 della l. n. 145 del 2018, commi 682 e 683, alla legge 5 agosto 2022, n. 118 (*“Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021”*) e l'art. 10-*quater*, comma 3, del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, conv.

---

entro il 30 settembre 2020. Sul punto è intervenuta dapprima l'Autorità Antitrust che ha invitato l'amministrazione comunale di Roma a disapplicare la normativa interna anticorrenziale (AS1720 del 15 febbraio 2021, in [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDomino.Attach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/5287DE4B0EBAE2C5C125867E00539534/\\$File/AS1720.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDomino.Attach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/5287DE4B0EBAE2C5C125867E00539534/$File/AS1720.pdf)), e sul conseguente comportamento amministrativo, la recente pronuncia del TAR Lazio, II *ter*, 18 giugno 2022, n. 8136, secondo la quale, ricollegandosi alla giurisprudenza dell'A.P. nel presupposto che la direttiva *Bolkenstein* sia, auto-esecutiva nell'ordinamento nazionale, *“con la già chiarita conseguenza che, nel caso di specie, sussisteva in capo all'amministrazione capitolina il dovere di non applicare la legge nazionale di rinnovo automatico delle concessioni, in quanto contrastante con il diritto euromunitario”* addiviene alla sostanziale estensione dei principi applicati ritenendo di dover modulare gli effetti della statuizioni di rigetto, *“precisando che la concessione oggetto del giudizio mantiene efficacia fino al 31 dicembre 2023, previo accertamento della sussistenza degli ulteriori presupposti di legge, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, essa cesserà di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E. e fermo restando che, nelle more, l'amministrazione ha il potere/dovere di avviare le procedure finalizzate all'assegnazione della concessione nel rispetto dei principi della normativa vigente, come delineate dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 17 e n. 18 del 2021”* (già in senso analogo Tar Lazio, II *ter*, 18 gennaio 2022, n. 539).

Da ultimo il Consiglio dei Ministri il 20 aprile 2023 (ma al momento nel quale si definisce questo scritto non è ancora disponibile il testo) ha approvato il disegno di legge annuale per il Mercato e la Concorrenza che interviene sulle concessioni di posteggio su aree pubbliche per il commercio al dettaglio. Come risulta dal comunicato sul sito del Ministero delle imprese e del Made in Italy il d.d.l. prevede *“l'assegnazione delle concessioni tramite gare a evidenza pubblica, a partire sin da subito dai posteggi non ancora assegnati, salvaguardando il legittimo affidamento degli attuali concessionari che potranno godere di un rinnovo delle attuali concessioni in via eccezionale per 12 anni. La disposizione riporta la disciplina nel quadro delle regole europee, affermando che le concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche sono rilasciate per una durata di dieci anni. In tal senso, sono previsti i seguenti parametri: specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato; la valorizzazione dei requisiti dimensionali della categoria della microimpresa; un numero massimo di concessioni di cui ciascun operatore può essere titolare, possessore o detentore”*, cfr. <https://www.mimit.gov.it/it/notizie-stampa/approvato-in-adm-il-dll-concorrenza>.

<sup>8</sup> Con il decreto n 321 del 30 dicembre 2022 *“è stato fissato nella misura di +25,15% l'adeguamento delle misure unitarie dei canoni per le concessioni demaniali marittime ovvero l'aggiornamento delle stesse per l'anno 2023”*... *“la misura minima del canone, prevista dal comma 4 del decreto-legge 14 agosto 2020 n° 140, convertito dalla Legge 13 ottobre 2020, n.126, è aggiornata nella misura di € 3.377,50 a decorrere dal 1° gennaio 2023”*. Nel 2022 era di 2.698,75 euro (circolare del 30 dicembre 2022 della D.G. per la vigilanza sulle Autorità di sistema portuale, il trasporto marittimo e per vie d'acqua interne-MIT).

<sup>9</sup> Il contesto appare così particolarmente complesso caratterizzato com'è da: *“una vorticosità se non affastellata produzione normativa in materia di durata delle concessioni demaniali marittime”* a dal *“contrasto esecutivo tra le massime autorità giurisdizionali dello Stato”*, così TAR Liguria I, 23 novembre 2022, n. 999.



dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14, che ha introdotto una nuova, seppur circoscritta, proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere<sup>10</sup>.

Sebbene rientrando in fattispecie parzialmente diversa va parimenti ricordato il regolamento che disciplina le concessioni portuali – al quale in questa sede può farsi solo un cenno – adottato con decreto interministeriale 28 dicembre 2022, n. 202 “Regolamento recante disciplina per il rilascio di concessioni di aree e banchine”<sup>11</sup>. Tale normativa, nel solco delle previsioni dell’art. 18, terzo comma, della L. 84 del 1994 a norma del quale il decreto (con emblematico ritardo) “*adegua la disciplina relativa alle concessioni di aree e banchine alle normative comunitarie*”, e quindi ai principi ed alla disciplina relativa alla concorrenza, ha modificato il quadro normativo pur non definendolo compiutamente<sup>12</sup>.

La modifica legislativa nel settore delle *c.d.m.* intervenuta con una nuova proroga nel 2023, proprio poiché reitera la scelta risalente del legislatore italiano, rientra tra quelle che, come osservato dalla Presidenza della Repubblica nella

---

<sup>10</sup> Il termine relativo all’efficacia delle concessioni demaniali viene infatti differito dal 31 dicembre 2023 al 31 dicembre 2024 mentre quello entro il quale l’autorità amministrativa può posticipare ulteriormente l’efficacia delle concessioni e dei rapporti in essere con atto motivato da ragioni oggettive viene differito dal 31 dicembre 2024 al 31 dicembre 2025.

<sup>11</sup> Come noto il settore è regolato dalla l. 28 gennaio 1994, n. 84, recante il “*Riordino della legislazione in materia portuale*”, la quale stabilisce all’articolo 18, comma 1, più volte modificato e ora integralmente sostituito dall’art. 5, comma 1, della legge 5 agosto 2022, n. 118 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*), rubricato “*Concessione delle aree demaniali*”, che l’Autorità di sistema portuale e, laddove non istituita, l’autorità marittima danno in concessione, mediante procedure selettive concorrenziali, le aree demaniali e le banchine comprese nell’ambito portuale alle imprese di cui all’articolo 16, comma 3, per l’espletamento delle operazioni portuali. Il regolamento ha dato attuazione al novellato articolo 18, comma 2, della legge 28 gennaio 1994, n.84 con l’obiettivo di rendere più competitivi i sistemi portuali nel rispetto attraverso l’utilizzo di procedure per le concessioni di aree e banchine uniformi su tutto il territorio nazionale e individuate nel rispetto dei principi di trasparenza e massima partecipazione, in coerenza anche con gli obiettivi fissati nel *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR).

Giova ricordare infine che in merito la delibera n. 57/2018 dell’Autorità di Regolazione dei Trasporti, *Metodologie e criteri per garantire l’accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali. Prime misure di regolazione*, ha rilevato la necessità che il rilascio delle concessioni avvenga mediante procedure ad evidenza pubblica, avviate d’ufficio o su istanza di parte, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, non discriminazione, proporzionalità, tutela dell’ambiente ed efficienza energetica.

Sul tema si vedano, in termini generali R. MANCUSO, *Istituzioni di diritto della navigazione*, Torino, 2008, 50 e ss. e, da ultimo, S. M. CARBONE, F. MUNARI, *I porti italiani e l’Europa*, Milano, 2019; P. BRAMBILLA, *La concessione portuale*, Torino, 2022.

<sup>12</sup> La previsione di cui all’articolo 2, comma 12, del decreto consente di raggiungere gli obiettivi e le scadenze indicati nella *milestone* M1C2-6 del PNRR: “*Eliminare gli ostacoli che impediscono ai concessionari di fornire direttamente alcuni dei servizi portuali utilizzando le proprie attrezzature, fatta salva la sicurezza dei lavoratori, purché le condizioni necessarie per proteggere la sicurezza dei lavoratori siano necessarie e proporzionate all’obiettivo di garantire la sicurezza nelle aree portuali*”.

comunicazione ai Presidenti delle Camere del 24 febbraio 2023<sup>13</sup>, “*accretiscono l’incertezza del quadro normativo e rendono indispensabili, a breve, ulteriori iniziative di Governo e Parlamento*”, nella nota di individua puntualmente il solco entro il quale dovranno collocarsi tali iniziative normative assicurando, per un verso “*l’applicazione delle regole della concorrenza e la tutela dei diritti di tutti gli imprenditori coinvolti, in conformità con il diritto dell’Unione*” e garantendo, dall’altro, “*la certezza del diritto e l’uniforme applicazione della legge nei confronti dei soggetti pubblici e privati che operano in tale ambito*”<sup>14</sup>.

Sul piano giurisprudenziale, sul quale ci si soffermerà in prosieguo, appaiono significative le statuizioni del Consiglio di Stato, in particolare le pronunce gemelle dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17/2021 e 18/2021, come quelle intervenute successivamente e dei Tar<sup>15</sup>, ma occorre sul punto atten-

<sup>13</sup> Come noto la Presidenza della Repubblica nel promulgare la legge di conversione del citato decreto-legge, con lettera inviata ai presidenti di Camera e Senato, la si può consultare in <https://www.quirinale.it/elementi/80329>, ha sottolineato preliminarmente che le norme ivi contenute attenendo ad “*ambiti materiali diversi ed eterogenei*”, attengono alla fattispecie dei decreti-legge omnibus “*del tutto disomogenei, vale a dire in meri contenitori dei più disparati interventi normativi*” non coerenti con le previsioni dell’art. 71 Cost. per la carenza del requisito dell’omogeneità di contenuto evidenziando la carenza della *ratio* unificatrice, rappresentata dall’esigenza regolatoria di carattere temporale, stigmatizzando altresì, “*il carattere frammentario, confuso e precario della normativa prodotta attraverso gli emendamenti ai decreti-legge e come questa produca difficoltà interpretative e applicative*”. Con specifico riguardo alla materia delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreativa, oltre alle ricordate proroghe dei rapporti in essere, la nota presidenziale evidenzia che essi “*continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori e – si aggiunge – fino all’adozione dei decreti legislativi attuativi della delega in materia di affidamento delle concessioni (in scadenza il 27 febbraio prossimo) è fatto comunque divieto agli enti concedenti di procedere all’emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni*”, sottolineandone il contrasto con la giurisprudenza del Consiglio di Stato e con il diritto unionale “*anche in considerazione degli impegni in termini di apertura al mercato assunti dall’Italia nel contesto*” del PNRR.

<sup>14</sup> Nel solco delle pronunce dell’A.P. del Consiglio di Stato va ritenuta “*senza effetto perché in contrasto con l’ordinamento dell’unione europea*” “*qualsiasi ulteriore eventuale proroga che dovesse nel frattempo intervenire*”. Al riguardo l’intervento del Capo dello Stato prospetta il rischio di un’ulteriore crescita del già vasto contenzioso in materia, infatti, “*gli enti concedenti potrebbero ritenersi comunque legittimati a disapplicare le norme in contrasto con il diritto europeo e a indire le gare, mentre i controinteressati potrebbero essere indotti ad impugnare eventuali provvedimenti di proroga delle concessioni*”.

Sull’intervento del Capo dello Stato si veda, da ultimo, L. ABBRUZZO, *Il ruolo del Presidente della Repubblica nella crisi del raccordo Governo-Parlamento: la promulgazione con motivazione*, in *www.federalismi.it*, 10/2023, 17, a questo contributo si rinvia per la ricostruzione dell’articolato panorama della dottrina in materia.

<sup>15</sup> Il Tar Liguria con una quarantina di sentenze (tra la fine del 2022 e l’inizio del 2023) di improcedibilità per sopravvenuta carenza d’interesse, dovuta al superamento della previgente normativa, operato tramite la sua abrogazione e l’introduzione di una nuova disciplina interna (riconducibile ad un *factum principis*), ha respinto i ricorsi che postulavano l’applicazione dell’estensione al 2033 di alcune concessioni demaniali della provincia di Genova (mentre ha accolto con analoga motivazione quelli proposti dall’*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* contro gli atti con cui comuni di Sarzana e Portovenere che concesso proroghe sino al 31 dicembre 2033) nel presupposto che “*in pendenza di giudizio, l’art. 3 della legge n. 118 del 2022 ha abrogato le disposizioni invocate dai*

dere anche la sentenza delle SS.UU. della Cassazione innanzi alla quale sono state impugnate le statuizioni dell'Adunanza plenaria<sup>16</sup>.

La complessa questione, quindi, piuttosto che trovare elementi di risoluzione, seppur graduale ed attenta alle peculiarità del sistema italiano delle concessioni demaniali marittime, sin dall'inizio dell'ultima legislatura è sembrato orientarsi verso ulteriori fasi di contrasto e dicotomia rispetto al diritto unionale. Anche se l'ultimo arresto della giurisprudenza della Corte di giustizia, di cui si dirà oltre,

---

*ricorrenti ed ha fissato al 31 dicembre 2023 il termine finale di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore della stessa legge (confermando, così, la soluzione elaborata dalle pronunzie dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021). Pertanto, la questione inerente la sussistenza o meno dell'obbligo di disapplicare le norme nazionali di proroga, per incompatibilità con il diritto europeo, non è più rilevante, in ragione dell'introduzione della nuova regolamentazione interna. L'odierna impugnativa, infatti, riguarda atti adottati in vigenza della precedente normativa, i quali devono ritenersi integralmente superati, essendo l'Amministrazione civica tenuta a conformarsi al nuovo dettato legislativo. In particolare, la legge n. 118/2022 deve qualificarsi come legge-provvedimento, in quanto non disciplina in via generale e astratta lo statuto delle concessioni demaniali marittime, ma provvede direttamente ed immediatamente per tutte le concessioni con finalità turistico-ricreative in essere al momento della sua entrata in vigore: in altri termini, dispone in concreto su casi e rapporti, ancorché numerosi, specifici e determinati (o, comunque, agevolmente determinabili). Onde la legge in esame, pur rappresentando il precipitato di un procedimento legislativo ordinario, partecipa della natura di atto amministrativo e, quindi, regola concretamente i casi in oggetto, superando così i precedenti provvedimenti dell'Amministrazione.*

I giudici amministrativi, riconnettendosi all'orientamento opposto della giurisprudenza amministrativa salentina, hanno altresì ritenuto che: “non spiega alcuna influenza, ai fini dell'interesse al ricorso, l'attuale pendenza innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea della questione pregiudiziale sollevata [...] dal Tar Lecce in merito all'interpretazione della direttiva 123/2006/CE (c.d. Bolkestein). Infatti, la decisione della CGUE sui quesiti posti dal giudice a quo, qualunque essa sia, non è suscettibile di incidere sulla sopravvenuta legislazione italiana, che, come si è detto, ha stabilito al 31 dicembre 2023 la scadenza delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo. Infine, per quanto riguarda l'interesse risarcitorio ventilato dai ricorrenti, si osserva che i paventati danni patrimoniali per mancata proroga dei titoli concessori al 2033, anche ove sussistenti, non sarebbero in ogni caso risarcibili, perché deriverebbero non già dagli atti contestati, bensì dalla legge n. 118/2022”.

<sup>16</sup> Invero prefigurato da M. A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in G. CORSO, F. G. SCOCA, A. RUGGERI, G. VERDE (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, 2022, 3282 e ss. la quale ha sostenuto, con specifico riguardo alla declaratoria di inammissibilità degli atti di intervento in giudizio delle associazioni di categoria, che “per questo primo profilo, incontestabilmente decisivo, le sentenze potrebbero essere quindi impuginate dinanzi alla Corte di cassazione ex art. 111, co. 8, Cost., per eccesso di potere giurisdizionale sub specie di astratto e aprioristico “diniego di giustizia” nei confronti dei predetti aspiranti intervenienti?”.

In senso analogo A. POLICE, *Le pronunce in tema di concessioni demaniali marittime: un'occasione per riflettere sul ruolo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in R. URSI, G. ARMAO, C. VENTIMIGLIA, *Liber Amicorum per Salvatore Raimondi*, Napoli, 2022, 258 e ss., il quale ha individuato un punto di debolezza nelle pronunce in questione nella dichiarazione di inammissibilità degli interventi e conseguente estromissione dal giudizio di comitati, associazioni di categoria, federazioni, stazioni balneari, lidi, concessionari demaniali, enti pubblici e gli altri soggetti che erano intervenuti negli altri giudizi, pur pendenti davanti allo stesso Consiglio di Stato, che “non sono stati rimessi all'Adunanza Plenaria. Secondo quest'ultima tali soggetti sono estranei alla controversia perché non detengono alcuna posizione relativa alla questione che la ha originata né alcuno specifico interesse all'intervento, ma anzi sono titolari di interessi propri in altri giudizi”.

dovrebbe costituire un punto di non ritorno anche per il legislatore domestico.

A quasi 17 anni dall'entrata in vigore della direttiva 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE<sup>17</sup> e dal conseguente impatto sulla variegata materia delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, come si vedrà, ma anche del commercio sulle aree pubbliche e di altri settori economici rilevanti ed a 16 dalla prima messa in mora da parte della Commissione;

- a 15 anni dalla segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>18</sup>;
- a più di 12 anni dal suo recepimento (decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59) e dalle prime pronunce della Corte costituzionale<sup>19</sup>, che tutte invocavano un nuovo assetto proconcorrenziale e di fronte ad un profluvio di norme regionali, spesso sanzionate dal Giudice delle leggi di incompatibilità con la Costituzione<sup>20</sup> e le norme fondamentali europee, pronunce del giudice

---

<sup>17</sup> Relativa ai servizi nel mercato interno che all'articolo 12, paragrafi 1 e 2 precisa che qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. In tali casi l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico, né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. La disposizione precisa poi, al terzo comma, che *“fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto (dell'Unione)”*.

<sup>18</sup> Nella segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008 l'AGCM indicava le criticità dell'articolo 37, secondo comma, del codice della navigazione e dell'articolo 01, comma 2, del D.L. n. 400 del 1993 conv. mod. dalla l. n. 494 del 1993. La prima norma in quanto prevedeva il c.d. diritto di insistenza, poi abrogato, la seconda che prevedeva che le concessioni demaniali marittime abbiano una durata di sei anni e siano automaticamente rinnovate ad ogni scadenza per ulteriori sei anni, a semplice richiesta del concessionario, fatto salvo il diritto di revoca di cui all'articolo 42 cod. nav.,

<sup>19</sup> Corte cost. nn. 180 e 340 del 2010, che hanno ritenuto in violazione dell'art. 117 Cost. per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza, le norme regionali che sancivano un automatismo di proroghe (al quale farà poi reiteratamente ricorso il legislatore statale) che avrebbe determinato una disparità di trattamento tra gli operatori economici del settore in spregio ai principi di concorrenza, dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo *“non avrebbero la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti?”*.

<sup>20</sup> Si vedano per la Regione Liguria la sent. n. 1 del 2019 e per la Regione Siciliana, da ultimo, le pronunce nn. 108 e 120 del 2022. Mentre per deliberare i pur ristretti margini di intervento della legislazione regionale in materia occorre risalire alla sent. n. 40 del 2017 secondo la quale, fermo restando che la *“disciplina relativa al rilascio delle concessioni su beni demaniali marittimi investe diversi ambiti materiali, attribuiti alla competenza sia statale che regionale. In tale disciplina, particolare rilevanza, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento delle concessioni, assumono i principi della libera concorrenza e della libertà*

amministrativo e della Cassazione penale (da ultimo Cass. pen., 22 aprile 2022, n. 15676) sovente non coerenti<sup>21</sup>.

- a 7 anni dalla prima sentenza della Corte di Giustizia UE (c.d. *Promoimpresa*) che ha ritenuto incompatibile con l'ordinamento unionale (decisione 14 luglio 2016 in cause riunite C-458/14 e C-67/15) la legislazione italiana in materia di *c.d.m.*<sup>22</sup> si assiste, più che ad una graduale riforma del settore – come avvenuto nel settore bancario tra la fine degli anni '70 (direttiva 77/780) e l'inizio degli anni '80 (d.p.r. n. 350 del 1985)<sup>23</sup> – che avrebbe consentito un approccio progressivo del sistema, il legislatore statale ed alcuni regionali hanno tentato di affidare ad una serie di proroghe e di elusioni la risposta italiana ad un problema non adeguatamente affrontato nella formazione del diritto europeo e con un'intendimento sostanzialmente riparativo ed anticoncorrenziale.

Mentre una soluzione, come si potrà constatare, al di là di tentativi pur legittimi di rinvenire nella dimensione trasfrontaliera degli interessi<sup>24</sup> e nella quantifi-

---

*di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale*"(sent.n. 213 del 2011). Ne discende che il legislatore regionale nell'esercizio delle proprie competenze in una materia attinente sia al governo del territorio [art. 117, terzo comma, Cost.], sia alla disciplina del turismo [art. 117, quarto comma, Cost.] "può comunque operare un bilanciamento tra l'interesse pubblico alla libera balneazione e quello dei privati allo sfruttamento degli arenili per finalità turistico-ricreative".

Sulla giurisprudenza costituzionale in materia G. DALLA VALENTINA, *La proroga ope legis delle concessioni demaniali marittime dalla sentenza n. 1/2019 della Corte Costituzionale al Decreto Rilancio*, in *Forum di Quad. Cost.*, 3, 2020. anche in: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>21</sup> Sulla quale si rinvia a A.POLICE, *op.cit.*, 266, il quale ricorda che la pronuncia ha confermato il sequestro di un lido genovese in quanto il relativo gestore era titolare di una concessione scaduta nel 2009, e conseguentemente privo di titolo alla data di entrata in vigore del d.l. n. 194 del 2009, che stabiliva la proroga delle concessioni demaniali marittime turistico ricreative. Secondo i giudici della Cassazione, per potere fruire delle proroghe (pur illegittime) stabilite dalla normativa italiana ed, infine, dell'ultima proroga stabilita dalla Plenaria del Consiglio di Stato, i concessionari, titolari di provvedimenti temporanei fino al 2009, dovevano infatti avere invece ottenuto un titolo, anche se precario e illegittimo.

<sup>22</sup> Sul piano della ricomprensione delle *c.d.m.* all'ambito oggettivo di applicazione della direttiva la sentenza ha chiaramente statuito che le "concessioni demaniali marittime e lacuali rilasciate dalle autorità pubbliche e che mirano allo sfruttamento di un'area demaniale a fini turistico-ricreativi" devono essere qualificate come autorizzazioni all'esercizio di una determinata attività economica in base al concetto di "regime di autorizzazione" stabilito dall'articolo 4" della direttiva stessa.

In tal guisa le concessioni per l'esercizio delle attività turistico-ricreative nelle aree demaniali marittime e lacustri, prorogate in modo automatico, impediscono di effettuare una selezione imparziale e trasparente dei potenziali candidati, non rispettando l'articolo 12 della direttiva servizi ed il principio della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56 e 106 del TFUE.

<sup>23</sup> Sull'evoluzione dell'ordinamento bancario A. BROZZETTI, *La legislazione bancaria tra disciplina europea e disciplina nazionale: profili evolutivi e prospettive*, in M. P. CHITI, V. SANTORO, *Il diritto bancario europeo*, 2022, 2 e ss.

<sup>24</sup> Tale profilo è ritenuto immanente al settore dai giudici amministrativi con le richiamate sentenze dell'Adunanza Plenaria e non da determinare sulla base del contesto, con rilevanti influenze sull'attività futura delle pubbliche amministrazioni chiamate a predisporre le procedure

cazione della scarsità delle risorse naturali disponibili la condizione legittimante per alcune deroghe, va rinvenuta nel diritto unionale e non, come si è fatto per troppo tempo, contro il diritto unionale, aggirando piuttosto che inverando la libertà di stabilimento sancita in termini fondamentali dall'art. 49 del TFUE<sup>25</sup>.

Un elemento rilevante, ed in questo senso si è mosso il legislatore del 2022 (ma ancor di più è richiesto di fare il Governo in sede di elaborazione della normativa delegata), va rinvenuto al terzo comma dell'art. 12 della direttiva del 2006 che offre spazi significativi di intervento, pur senza poter consentire di accedere a nuove proroghe generalizzate, cui comunque il legislatore ha ritenuto di accedere nel 2023<sup>26</sup>.

La disposizione, nel confermare l'inderogabilità di quel che può definirsi "il nocciolo duro" della liberalizzazione dei regimi autorizzatori, consente agli Stati membri di tener conto, nel definire le procedure ad evidenza pubblica per la selezione degli operatori economici, dei c.d. motivi imperativi di interesse generale, ed in particolare: "di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto [dell'UE]."<sup>27</sup>.

---

di aggiudicazione delle concessioni in scadenza, in tal senso A. MONICA, *Il futuro prossimo delle "concessioni balneari" dopo il Consiglio di Stato: nihil medium est?*, CERIDAP, 1/2022, 63 e ss.

<sup>25</sup> A questo riguardo va sottolineato che la Commissione UE nella nota di messa in mora del 2020 precisa che "per i limitati casi ipotetici in cui si possa ritenere che l'articolo 12 della DS non sia applicabile in quanto viene meno il requisito della scarsità delle risorse, è necessario prendere in considerazione l'articolo 49 TFUE.", ciò in quanto "è possibile presumere l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo sulla base dell'ubicazione geografica dell'area demaniale e del valore economico delle concessioni", v. F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2022, 1037 ss.

<sup>26</sup> Nella lettera di messa in mora e di avvio della seconda infrazione (Bruxelles, 3.12.2020, 2020/4118 C(2020) 7826 final) la Commissione UE, contestando sia la legislazione rilevante che già ha fatto oggetto della sentenza della CGUE del 2016 sia la legislazione rilevante adottata dopo detta sentenza, ha ritenuto impercorribile l'invocazione di tale previsione per una proroga automatica: "istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione". La disposizione consente infatti di derogare alle prescrizioni concorrenziali per ragioni di interesse generale, solo in presenza di "un'analisi caso per caso che consenta di valutare il legittimo affidamento dei titolari delle concessioni" e ciò nel presupposto per il quale "secondo il diritto europeo un legittimo affidamento può sorgere solo se un certo numero di condizioni rigorose sono soddisfatte. In primo luogo, rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, devono essere state fornite all'interessato dall'amministrazione. In secondo luogo, tali rassicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte rassicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili". La Commissione Ue ha parimenti rilevato che, in ogni caso: "nella misura in cui è probabile che venga pregiudicato un interesse transfrontaliero certo – per quanto riguarda almeno alcune delle concessioni oggetto delle proroghe ex lege stabilite dalla legislazione italiana, è possibile presumere l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo sulla base dell'ubicazione geografica dell'area demaniale e del valore economico delle concessioni", le suddette proroghe comportano anche una violazione dell'art. 49 TFUE.

<sup>27</sup> La nota della Commissione UE richiama copiosa giurisprudenza in merito Sentenze della Corte del 16 novembre 1983, Thyssen AG c. Commissione, causa C-188/82, ECLI:EU:C:1983:329, punto 11; del 6 febbraio 1986, Vlachou c. Corte dei conti, causa C-162/84, ECLI:EU:C:1986:56, punto 6; del 20 settembre 1990, Commissione c. Germania, causa C-5/89, ECLI:EU:C:1990:320,

Alcuni di questi riferimenti già si colgono nell'ambito della delega operata dalla legge n. 118 del 2022 sul punto (art.3), altri possono rinvenirsi negli ulteriori sviluppi della normazione.

In termini più generali, peraltro, sembra opportuno chiedersi, ad esempio, se possa revocarsi in dubbio che gli stabilimenti balneari di un'isola subiscano un inevitabile pregiudizio dalla più breve durata della stagione, dai costi di raggiungimento, dai costi di acquisto di materiali e manutenzioni? Profilo che va adesso considerato alle luce dell'art. 119, sesto comma della Costituzione (in vigore dal 30 novembre), al quale può in questa sede solo accennarsi, ma dei quali è sicura almeno l'incidenza.

## 2. *La propulsione pretoria, le incertezze del legislatore, il monito del Presidente della Repubblica*

La fusione del *permafrost* alla quale si assiste drammaticamente da anni a causa del cambiamento climatico non solo condurrà, se non attenuato, all'innalzamento del livello del mare (si prevede di oltre 7 metri nel 2100) inondando porti, lidi spiagge, persino Città, rendendo ancor più scarse le risorse disponibili, ma costituisce una sorta di metafora di quel che rischia di accadere nel settore delle concessioni demaniali marittime nell'ultimo quindicennio.

Sin che un sistema ha retto (nel caso del *permafrost* il terreno ghiacciato, *id est* il profluvio di proroghe delle concessioni) esso ha potuto mantenere i pur instabili equilibri, l'intervento di un fattore esogeno ad impatto rilevante (l'innalzamento della temperatura per il terreno glaciale, nel caso di specie l'impatto della giurisprudenza europea e nazionale), determina mutazioni che non possono essere fermate od invertite nel breve termine e rischiano di condurre a mutazioni strutturali di sistema.

Oggi prospettare di riproporre, come se nulla fosse accaduto, soluzioni dilatorie appare impossibile. Probabilmente, piuttosto che tentare di "*scotomizzare*"<sup>28</sup> il quadro regolativo eurounitario, nel pervicace intento di eluderlo<sup>29</sup>,

---

punto 14; del 7 giugno 2005, VEMW, causa C-17/03, ECLI:EU:C:2005:362, punti 73-74; del 24 novembre 2005, Germania/Commissione, causa C-506/03, ECLI:EU:C:2005:715, punto 58; del 16 dicembre 2010, Kahla Thüringen Porzellan/Kahla Thüringen Porzellan/Commission, causa C-537/08, ECLI:EU:C:2010:769, punto 63; del 14 ottobre 2010, Nuova Agricast e Cofra/Commissione, causa C-67/09, ECLI:EU:C:2010:607, punti 71 ss.

<sup>28</sup> Si tratta, in psicologia, della definizione del processo mentale inconscio che conduce la persona ad occultare o escludere dall'ambito della coscienza o della memoria una realtà o un'esperienza dolorosa o sgradevole. Etimologicamente correlato alla patologia oculistica che riduce il campo visivo a causa di una copertura della pupilla.

<sup>29</sup> Così testualmente E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e app.*, 11/2016, 1217.

occorrerebbe valutare altresì le soluzioni percorse in Croazia, Francia, Spagna<sup>30</sup> e Portogallo<sup>31,32</sup>, che per taluni versi, seppur non scerve da problemi di compatibilità eurounitaria, possono offrire alcuni riferimenti per applicazioni graduate dei principi che tale quadro ispirano<sup>33</sup>.

Passare da un sistema incentrato sul consolidamento progressivo degli assetti (questo determinavano, dapprima, l'abolito diritto di insistenza sancito dall'art. 37 del codice della navigazione<sup>34</sup>, e poi il sistema delle proroghe) ad uno

---

<sup>30</sup> Da ultimo va segnalato che dal 15 febbraio scorso anche la Spagna è destinataria della costituzione in mora ex art. 258 del TFUE (INFR(2022)4121) per non aver garantito una procedura di selezione trasparente e imparziale per il rilascio di concessioni sul demanio marittimo. Secondo la Commissione UE, infatti, la *Ley de costas* spagnola stabilisce la possibilità della concessione (ma si tratta di autorizzazioni secondo la direttiva sui servizi) per la realizzazione di strutture permanenti (come ristoranti, bar ecc.) nel c.d. «*demanio pubblico marittimo terrestre*», al di fuori dei porti, senza una procedura di selezione ad evidenza pubblica, prevedendo, altresì, la possibilità di proroga sino a 75 anni, in spregio alla direttiva sui servizi, cfr. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/IT/ip\\_23\\_769/IP\\_23\\_769\\_IT.pdf](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/IT/ip_23_769/IP_23_769_IT.pdf)

Sul modello spagnolo v. M. DE BENEDETTO, F. DI LASCIO, *La regolazione del demanio marittimo in Italia e in Spagna: problemi, riforme e prospettive*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 29 e ss. e G. Vosa, *Una proposta dalla Spagna: il modello dei Consejos Rectores come paradigma di un futuro (improcrastinabile) intervento legislativo nella materia delle concessioni balneari turistiche*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, cit., 145 e ss.

<sup>31</sup> Qualche settimana prima (26 gennaio 2023) la Commissione UE ha inviato parere motivato al Portogallo (INFR(2022)2020) registrando l'inadeguata attuazione della disciplina eurounitaria sulle procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione delle concessioni balneari, in violazione della direttiva direttiva 2006/123. Il conferimento ai concessionari balneari di un diritto di preferenza nelle procedure di gara per il rinnovo di tali concessioni viene ritenuto incompatibile con la direttiva sui servizi e con la libertà di stabilimento.

<sup>32</sup> Un sintetica ricostruzione delle discipline di tali ordinamenti si rinviene in [https://temi.camera.it/leg17/post/le\\_concessioni\\_demaniali\\_marittime\\_in\\_croazia\\_francia\\_grecia\\_portogallo\\_e\\_spagna.htm?tema=temi/gli\\_immobili\\_publici](https://temi.camera.it/leg17/post/le_concessioni_demaniali_marittime_in_croazia_francia_grecia_portogallo_e_spagna.htm?tema=temi/gli_immobili_publici) e

Parlamento europeo, DG Politiche interne, *Concessioni balneari n Italia e Direttiva 2006/123/EC, nel contesto europeo*, Bruxelles, 2017.

<sup>33</sup> Per un'analisi delle diverse opzioni dei Paesi europei v. per tutti G. CERRINA FERONI, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi.it*, 4/2020, 21 e ss. ma già in F. DI LASCIO, *La concessione di spiaggia in altri ordinamenti*, in [https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/12/Di-Lascio\\_concessione-spiagge.pdf](https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/12/Di-Lascio_concessione-spiagge.pdf). Sebbene anche per Spagna e Portogallo l'UE ha avviato procedure di infrazione in materia

<sup>34</sup> L'art. 37, comma 2, del Codice della navigazione, nel contesto delle procedure di affidamento di concessione demaniale marittima turistico-alberghiera assegnava la preferenza (il c.d. *diritto d'insistenza*) al concessionario uscente. Il legislatore statale, al fine di superare le censure sollevate dalla Commissione europea sin dalla procedura d'infrazione attivata in materia sin dal 2008, approvò il decreto legge 20 dicembre 2009, n. 194 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative), che, all'art. 1, comma 18., abroga l'art. 37, comma 2, del Codice della navigazione, e, nel contempo, dispone una proroga estensibile, per la specificità del territorio italiano, alle concessioni in atto sino al 2015, di proroga in proroga si è arrivata al 2033...data poi, come si vedrà, riconsiderata dopo il monito del Consiglio di Stato.



nel quale la disciplina prioritaria si orienta dal bene pubblico all'attività economica nel mercato interno<sup>35</sup> il cui legittimo esercizio è subordinato all'acquisizione da parte dell'esercente di un titolo amministrativo il cui rilascio è contingentato a causa della scarsità delle risorse<sup>36</sup>.

E così il regime delle *c.d.m.* in Italia è divenuto tra i più controversi del diritto amministrativo degli ultimi anni, ponendosi adesso di fronte alla ancor più complessa stagione che si è aperta proprio con l'inizio del 2023 quando le amministrazioni (regioni, comuni, autorità portuali, etc.), entrata in vigore la normativa attuativa della legge sulla concorrenza del 2021 (artt. 2-5 l. n. 118 del 2022), avrebbero dovuto avviare le attività propedeutiche alle procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione delle *c.d.m.* entro lo stesso anno. Ma che trova un primo controverso rinvio annuale nella norma di cui si è detto.

Il tema è assai vasto ed è stato profondamente scandagliato dalla copiosa giurisprudenza europea e nazionale ed ampiamente perlustrato dalla dottrina – alla quale si potrà semplicemente accennare nel prosieguo di queste considerazioni – soprattutto a seguito delle note “*sentenze gemelle*” dell'Adunanza plenaria della Consiglio di Stato, nn. 17 e 18 del 2021 e della, quantomeno resiliente, giurisprudenza salentina (TAR Puglia-Lecce)<sup>37</sup>. Anche se, come accennato, va

---

<sup>35</sup> in merito si veda per tutti M. RENNA, *Beni pubblici* (ad vocem), in B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (dir.), in *Enc. dir., I Tematici, Funzioni amministrative*, III, Milano, 2022, 149 e ss.

<sup>36</sup> L'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva europea 2006/123/CE del 12 dicembre 2006, concernente i servizi del mercato interno c.d. *Bolkenstein*, ha determinato l'incompatibilità dei provvedimenti di rinnovo o proroga automatica dei provvedimenti ampliativi demaniali marittimi destinate all'esercizio delle attività turistico-ricreative in assenza di qualsiasi procedura di selezione, in contrasto con le previsioni dell'art. 49 del T.F.U.E. sulla libertà di stabilimento dei cittadini in uno stato membro. Giusta la richiamata norma della direttiva servizi nelle fattispecie nelle quali l'attività economica preveda l'utilizzo di risorse naturali scarse o comunque quantitativamente circoscritte o limitate: “*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e preveda, in particolare, una adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*”. La normativa europea è stata recepita con il d.lgs. n. 59 del 2010 in sede di attuazione della citata direttiva con l'art. 16 subordina il rilascio di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi, limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, ad una procedura di selezione tra i candidati potenziali sulla base di criteri predeterminati atti ad assicurare l'imparzialità.

Su tali profili, oltre ai richiamati contributi di Renna, Police e nel citato numero speciale di *Diritto e Società* si vedano: G. BELLITTI, *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2017, 62 e ss. e più recentemente A. PELLICANÒ, *Le concessioni demaniali marittime in Italia alla luce della Direttiva Bolkestein e il principio di concorrenza*, in *Il Dir. Amm.*, n. 3, marzo 2022. [https://www.ildirittoamministrativo.it/Le-concessioni-demaniali-marittime-in-Italia-alla-luce-della-Direttiva-Bolkenstein/stu508#\\_ftn18](https://www.ildirittoamministrativo.it/Le-concessioni-demaniali-marittime-in-Italia-alla-luce-della-Direttiva-Bolkenstein/stu508#_ftn18); G. PAPINI, *Il regime giuridico dei beni demaniali alla luce delle sentenze dell'Adunanza Plenaria n.17 e 18 del 2021*, in *Urban. e appalti*, 6/2022, 744 e ss.

<sup>37</sup> Sul tema si ricordano, nella vasta dottrina, i contributi raccolti in *La proroga delle “concessioni*

ricordato che grava sulla vicenda il ricorso alle SS.UU. della Cassazione proposto dalla Regione Abruzzo ed adesso anche da operatori del settore, avverso le ricordate pronunce del supremo giudice amministrativo.

Da ultimo giova ricordare la più recente statuizione della sesta sezione del Consiglio di Stato in materia<sup>38</sup>, intervenuta dopo l'entrata in vigore del citato art. 10-*quater*, comma 3, del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, conv. dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14, e che si spinge, in linea con il richiamato orientamento della giurisprudenza, sino a prospettare la disapplicazione nella considerazione che anch'esso (e non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della L. n. 145 del 2018) si ponga: *“in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato”*<sup>39</sup>.

Sussistono, purtroppo, tutti gli ingredienti dell'archetipo dei rapsodici, e per certi versi ancora irrisolti, rapporti tra il diritto interno e quello unionale che hanno sovente caratterizzato il nostro ordinamento<sup>40</sup>:

---

*balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria, in Diritto e Società, 3/2021 e A. POLICE, Le pronunce in tema di concessioni demaniali marittime: un’occasione per riflettere sul ruolo dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, cit. Mentre, da ultimo, per sostanziali critiche all’orientamento del Consiglio di Stato M. A. SANDULLI, op. ult. cit., la quale, in particolare, sottolinea tra queste che: “per soccorrere il legislatore, le sentenze incorrono anche in una contraddizione che non pare superabile: se il primato del diritto UE e la pretesa valenza autoapplicativa della Direttiva 123/2006 ostano all’applicazione delle leggi nazionali di proroga e gli atti amministrativi che le richiamano devono per l’effetto davvero essere considerati tamquam non essent, le sentenze che ne affermano comunque l’efficacia fino al 31 dicembre 2023 finiscono, in sostanza, esse stesse per disporre, in via giurisdizionale, la medesima proroga generalizzata e indiscriminata delle vigenti concessioni che hanno ritenuto incompatibile con il diritto UE. E, dunque, proprio in forza del ragionamento svolto, dovrebbero essere a loro volta disapplicate dalle amministrazioni e dagli altri giudici”.*

<sup>38</sup> Cons. Stato, VI, 1 marzo 2023, n. 2192, sulla pronuncia a prima lettura v. M. RUBINO DE RITIS, *I diritti dei bagnanti tra concorrenza degli stabilimenti balneari e mercato del turismo*, in <https://giustizia.civile.com/societa-e-concorrenza/editoriali/i-diritti-dei-bagnanti-tra-concorrenza-degli-stabilimenti-balneari>, il quale sostiene la natura giuridica di *res communis omnium* del mare che non può essere intesa come bene demaniale o patrimoniale dello Stato, poiché tutti debbono poter utilizzarne senza pregiudicare il pari diritto degli altri, *“ovvio quindi è potervi accedervi senza barriere fisiche e giuridiche”*.

<sup>39</sup> In linea quindi con l'ormai consolidata giurisprudenza dei Giudici di Palazzo Spada, oltre alle due sentenze dell'Adunanza plenaria si vedano: Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2019 n. 1368, Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, ma anche Cass. pen., sez. III, 12 giugno 2019, n. 25993.

<sup>40</sup> Cfr. G. GALLI, G. MUSSO, F. TUCCI, *L'Italia e le procedure d'infrazione: una pericolosa inversione di tendenza*, in <https://osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-Procedure.pdf>, 12 marzo 2021, i quali evidenziano come le procedure d'infrazione del diritto europeo nei confronti dell'Italia, ossia i procedimenti avviati della Commissione UE nei confronti di uno Stato membro per omesso o inadeguato recepimento di direttive nell'ordinamento interno, mancata attuazione delle sentenze della Corte di Giustizia UE o, in generale, per violazione del diritto unionale – *“erano notevolmente diminuite fra il 2011 e il 2017, pur rimanendo sempre al di sopra della media europea. Negli ultimi anni vi è stata invece un'inversione di tendenza in peggio, tanto che l'Italia si colloca oggi al primo posto per numero di casi pendenti o giudicati presso la Corte di Giustizia Europea”*, anche se nel 2022 la Commissione ha deciso per l'archiviazione di un numero sensibile di procedure sicché al 30 settembre le infrazioni a carico del nostro Paese

- sottovalutazione delle questioni, prima, e poi “*attivismo improduttivo*” e per certi versi caotico del legislatore (D.lgs., d.p.c.m.), con continui rinvii in attesa di una “*riforma del settore delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*”;
- tentativi di sottrarsi alla pervasività del diritto eurounitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza, che ha condotto, dopo la direttiva del 2006, a reiterate procedure di infrazione avviate dalla Commissione UE<sup>41</sup> e ad una pronuncia (relativa all’Italia) della Corte di Giustizia UE (la nota sentenza *Promoimpresa*, C-174/06, di cui si dirà);
- notevole estensione geografica e rilevanza economica del settore pur di fronte all’esiguità degli introiti per il pubblico erario più volte rilevata della Corte dei conti esiguità degli introiti per il pubblico erario<sup>42</sup>;

si riducono dalle 110 inizio d’anno a 82, di cui 57 per violazione del diritto dell’Unione e 25 per mancato recepimento di direttive, si veda al riguardo <https://www.politicheeuropee.gov.it/it/attivita/procedure-dinfrazione/stato-delle-infrazioni/>

<sup>41</sup> La prima risale al 2008 (n. 4908) e ed ha ritenuto che le norme su diritto di insistenza e proroghe automatiche avrebbero costituito una discriminazione per le imprese provenienti da altri Stati membri a causa della preferenza accordata al concessionario uscente. Mentre da ultimo si veda la Procedura di infrazione 2020/4118 C (2020) 7826 final, Bruxelles, 3 dicembre 2020 che contesta l’incompatibilità con il diritto europeo della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime del settore turistico-balneare fino al 2033 prevista dalla L. 145/2018, nella nota la Commissione UE ha ribadito che «*gli Stati membri sono tenuti a garantire che le autorizzazioni, il cui numero è limitato per via della scarsità delle risorse naturali (ad esempio le spiagge), siano rilasciate per un periodo limitato e mediante una procedura di selezione aperta, pubblica e basata su criteri non discriminatori, trasparenti e oggettivi*», e precisato che «*il quadro giuridico nazionale che prevede la reiterata proroga della durata delle concessioni balneari compromette gravemente la certezza del diritto a danno di tutti gli operatori in Italia, compresi gli attuali concessionari, che non possono contare sulla validità delle loro concessioni esistenti. A causa dell’illegalità del quadro normativo italiano, le concessioni prorogate dalla legislazione italiana sono impugnabili e soggette ad annullamento da parte dei tribunali italiani. Le autorità locali hanno il dovere di rifiutarsi di rinnovare le concessioni in linea con l’obbligo, che incombe a tutte le autorità nazionali, di adoperarsi al massimo per dare attuazione al diritto dell’UE e conformarsi alle sentenze della CGUE. Questa situazione di incertezza giuridica e rischio di contenzioso, che è stata protratta per molto tempo dalle autorità italiane, costituisce una minaccia reale per gli attuali concessionari nello svolgimento delle loro attività e ha gravi implicazioni, portando ad un aumento del contenzioso e del malcontento nelle comunità locali. La reiterata proroga della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana scoraggia inoltre gli investimenti in un settore chiave per l’economia italiana*».

Per una rassegna delle argomentazioni svolte nelle procedure si v., da ultimo, L. PASSARINI, *La riforma delle concessioni balneari: dai contrasti con il diritto dell’Ue alla disciplina del d.d.l. concorrenza 2021*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2022/05/PASSARINI.pdf](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2022/05/PASSARINI.pdf).

<sup>42</sup> Sui 3.300 km. di spiagge italiane per una superficie di 122 kmq si vedano ISPRA, *Il portale delle coste*, in <https://sinacloud.isprambiente.it/portal/apps/sites/#/coste>; Legambiente, *Rapporto spiagge 2022*, in <https://www.legambiente.it/wp-content/uploads/2021/11/Rapporto-Spiagge-2022.pdf>; A. Barbano, *Coste italiane nuovi dati sullo stato e sui cambiamenti geomorfologici*, in [https://www.isprambiente.gov.it/files2021/eventi/statistiche/webinar\\_pon\\_governance\\_barbano\\_08\\_07\\_2021.pdf](https://www.isprambiente.gov.it/files2021/eventi/statistiche/webinar_pon_governance_barbano_08_07_2021.pdf).

La Sicilia è la prima Regione italiane per spiagge con 625 km e dopo la Sardegna, è la regione con il litorale più esteso, con 1200 chilometri di costa di cui oltre 900 balneabili e con oltre la metà delle spiagge lasciate alla libera fruizione.

- forte spinta degli interessi in gioco (territoriali, economici etc.), ai quali non possono sottrarsi i pubblici poteri nel bilanciamento con altri interessi (naturalistici e paesaggistici, concorrenziali), epifenomeno della carenza di una disciplina sui portatori di interessi nell'ordinamento interno che andrebbe al più presto colmata;
- manifestazioni di titanismo del legislatore che ha addirittura provato a spostar tutto alla data che, anche simbolicamente negli anni giovanili per la mia generazione è stata l'emblema del *sine die* (il 2033, ma ormai è tra 10 anni), seguito da talune regioni<sup>43</sup> che, dopo aver inutilmente rassicurato le imprese, hanno provato maldestramente ad utilizzare le competenze legislative e/o regionali per risolvere le questioni infrangendosi sull'ormai granitica della giurisprudenza costituzionale sulle competenze legislative in materia di concorrenza, da ultimo con il ricordato ed onnicomprensivo decreto "milleproroghe" del 2023;
- forti divergenze ermeneutiche in sede giurisdizionale risolte da un intervento in "supplenza" del supremo giudice amministrativo, nonostante un chiaro pronunciamento della CGUE risalente al 2016 che già contiene i chiari riferimenti all'autoapplicatività della direttiva ed all'obbligo di giudici ed amministrazioni di disapplicare le normative interne (statali o regionali) incompatibili e l'avvio di procedure d'infrazione;
- rinvio ad un decreto delegato, sulla scorta del quale dovrebbero svolgersi le procedure ad evidenza pubblica per consentire l'affidamento delle concessioni entro i brevi termini, indicati dal Consiglio di Stato e recepiti e poi differiti dal legislatore.

Questi gli ingredienti per una questione aggrovigliata, pur in un contesto di

---

Come risulta dal *Rapporto* pubblicato da *Unioncamere* sulle imprese che gestiscono impianti balneari la crescita più rilevante in termini assoluti interessa la Calabria (+328 unità) che ha raddoppiato la dotazione del 2011, a seguire la Sicilia (+198 attività, +67,6% nel decennio), la Campania (+184) e la Puglia (+160), mentre l'accelerazione più consistente del decennio è quella della Sardegna (+162,5%), cfr. [https://www.unioncamere.gov.it/sites/default/files/articoli/2022-05/30052022\\_com\\_stabilimenti\\_balneari.doc](https://www.unioncamere.gov.it/sites/default/files/articoli/2022-05/30052022_com_stabilimenti_balneari.doc)

<sup>43</sup> Per quanto concerne le competenze della Regione Siciliana in materia di demanio marittimo si veda l'art. 32 dello Statuto, il d.p.r. 1 luglio 1977, n. 684, *norme di attuazione dello Statuto in materia di demanio marittimo*, e la l.r. 29 novembre 2005, n.15. La l. r. 16 aprile 2003, n. 4 all'1°art. 7, comma 1, ha previsto che "la Regione esercita le funzioni relative al rilascio di concessioni demaniali marittime nel mare territoriale per le finalità, ad eccezione di quelle relative all'approvvigionamento di fonti di energia", ed al comma 7 dispone che "al fine di favorire la libera concorrenza, tutte le concessioni da rilasciare per fini commerciali, nonché quelle rivolte ad associazioni, cooperative, circoli od altro, anche se senza fini di lucro, ad eccezione degli enti morali riconosciuti con decreto del Presidente della Repubblica, sono obbligatoriamente precedute da idonee forme di pubblicità con decreto dell'Assessore regionale per il territorio e l'Ambiente da emanarsi entro novanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, previo parere della competente Commissione dell'assemblea regionale siciliana. A seguito dell'acquisizione di più domande al rilascio della concessione, si procede con le modalità stabilite dall'articolo 37 del Codice della navigazione".

difficoltà per le istituzioni europee sotto la pressione della crisi energetica, che l'Europa, dopo i primi tentennamenti sta efficacemente affrontando (e grazie ad uno straordinario ruolo svolto in estate nel contesto europeo dall'Italia)<sup>44</sup>.

Solo un accenno all'originario quadro di riferimento sul quale si radicano la gran parte delle *cdm* in essere, poi proseguite in forza di proroghe legislative o rinnovi temporanei.

L'art. 37, primo comma, del Codice della Navigazione (approvato con R.D. del 30 marzo 1942 n. 327) stabiliva per il rilascio di concessione sul bene demaniale lo svolgimento di un "*procedimento ad evidenza pubblica eventuale*", in quanto la valutazione comparativa tra gli aspiranti avveniva solo nell'ipotesi della presentazione di più istanze. Il secondo comma della normativa prevedeva tuttavia il "*diritto di insistenza*", che garantiva al titolare della concessione un diritto di preferenza sull'assegnazione della concessione<sup>45</sup>. Con decreto legge n. 400 del 1993 è stato previsto il rinnovo automatico delle concessioni in essere di sei anni in sei anni e con legge 296 del 2006 è stato fissato il termine massimo di durata della concessione demaniale in anni venti.

In siffatto contesto è intervenuta la citata direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (relativa ai servizi nel mercato interno, c.d. *direttiva Bolkestein*) che all'art. 12, giova ricordarlo, ha stabilito che un'autorizzazione di servizi contingentata possa essere assentita solo se sottoposta alla procedura ad evidenza pubblica. la qualificazione della concessione demaniale con finalità turistico-ricreativa in termini di autorizzazione di servizi<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Se le vicende sul *price cap* del gas al Consiglio europeo del 20 e 21 ottobre hanno fatto emergere, nuovamente, la fragilità della costruzione europea, pur dopo una stagione, come quella che ha visto l'adozione dei programmi di contrasto agli effetti economici della pandemia (*Next generation EU, React EU, SURE, Temporary framework* etc.), la questione appare risolta, cfr. C. STAGNARO, *Tetto ai prezzi del gas: c'è il rischio di bruciarsi*, in <https://www.leoniblog.it/2022/12/28/tetto-ai-prezzi-del-gas-cd-il-rischio-di-bruciarsi/#more-22672>

<sup>45</sup> Giova ricordare che in conseguenza dell'apertura della procedura di infrazione da parte della Commissione UE n. 2008/4908, lo Stato Italiano, giusta l'art. 1 comma 18 del d.l. 194 del 2009, conv. con mod. dalla l. 26 febbraio 2010 n. 25, pur dichiarando l'intervento ("*nelle more di una preannunciata riforma del settore delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*"), ha finalmente abrogato la previsione normativa che riconosceva al concessionario il c.d. diritto di insistenza (art. 37, secondo comma, cod. nav.) prorogando altresì le concessioni assentite (art. 1, 18 comma) al 31 dicembre 2012, termine poi ulteriormente differito al 31 dicembre 2015 in sede di legge di conversione. L'articolo *34-duodecies* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, inserito in sede di conversione nella l. 17 dicembre 2012, n. 221 ha poi reiterato la proroga delle *cdm* al 31 dicembre 2020, con la legge finanziaria per il 2019 si è prevista l'ultima, ma come si vedrà inefficace proroga, sino al 31 dicembre 2033. Sulla scorta della legge di delega n. 88 del 2009 (art. 41), è stato quindi emanato il decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, che ha provveduto al recepimento della direttiva UE n. 123 del 2006.

<sup>46</sup> La norma prevede: "*1. qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri appli-*

Peraltro l'art. 49 del TFUE fa espresso divieto a tutti gli stati membri di prevedere restrizioni o limitazioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di altro Stato dell'Unione, ai quali deve quindi essere garantito: *“l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini...”*.

In sede ermeneutica, come ricordano le pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>47</sup>, è stata revocata in dubbio l'applicabilità diretta dei principi generali a tutela della concorrenza sanciti in termini generali dall'art. 49 TFUE e, per quanto di interesse della materia che ci occupa, dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.

In particolare, con riguardo all'applicabilità del ricordato art. 49 TFUE tale

---

*cano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. 2. nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico, né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. 3. fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi di interesse generale conformi al diritto.”*

<sup>47</sup> Al deferimento all'A.P. ha provveduto, con decreto n. 160 del 24 maggio 2021, il Presidente del Consiglio di Stato, utilizzando, per la prima volta, lo speciale potere attribuito dall'art. 99, comma 2, c.p.a., articolando all'uopo specifici quesiti:ù

- se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-co-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva *self-executing*, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva.
- nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio.
- se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali *«aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto»* anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145.

assunto è stato giustificato ritenendo erroneamente carente, proprio con riguardo alle *c.d.m.* requisito dell'interesse transfrontaliero certo, il cui accertamento è stato rimesso dalla Corte di giustizia alla valutazione del giudice nazionale<sup>48</sup>. Mentre, per quanto concerne il citato art. 12 della direttiva, le critiche si sono incentrate, per un verso, sulla carenza del presupposto della “*risorsa naturale scarsa*”<sup>49</sup> (il cui accertamento è stato affidato dalla Corte di giustizia allo Stato membro), per altro, opinando della possibilità di ricomprendere le *c.d.m.* con finalità turistico-ricreative nel concetto d'autorizzazione di servizi e, conseguentemente, nell'ambito ricompreso dal citato art. 12<sup>50</sup>.

Poi proroghe, procedure d'infrazione, sentenze...sino a quando giunge la legge comunitaria per il 2021, n. 118 del 2022<sup>51</sup>, nell'ambito del capo secondo

<sup>48</sup> In dottrina è stato sottolineato come le due pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 2021 abbiano alimentato qualche elemento di criticità, tanto sul piano pratico-applicativo quanto su quello teorico, in “*relazione al requisito dell'interesse transfrontaliero certo (dove la legislazione nazionale non distingue tra casi certi e non), al principio dell'effetto diretto verticale inverso (della Direttiva Bolkestein al fine di consentire all'amministrazione di applicare immediatamente le sue disposizioni nei confronti dei concessionari) e, soprattutto, al mantenimento dell'efficacia delle proroghe delle concessioni fino al 31 dicembre 2023*”, così F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, in *Dir. e soc.*, 3, 2021, 361 e ss.

<sup>49</sup> Per la Commissione UE le concessioni demaniali marittime, sotto tale profilo, rientrano nella disciplina dell'art.12, anche alla luce della richiamata pronuncia della Corte di giustizia 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15 (*Promoimpresa*) “*the scarcity of available natural resources can arise, for example, in the case of maritime and lakeside sites (beaches) that may be available for economic exploitation... The CJEU has confirmed that schemes requiring an authorisation to commercially exploit maritime and lakeside property for tourist and leisure-oriented business activities are within the scope of application of the Services Directive. In particular, the Court found that the automatic extension of existing licences was contrary to Articles 12(1) and 12(2) of that Directive*”, in EU Commission-D.G. for Internal market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, *Handbook of the implementation of the service directive*, Bruxelles, 2022, 45-46.

<sup>50</sup> Si sostiene nel dibattito politico, infatti, che per l'Italia non risulterebbe essere presente il requisito della «scarsità delle risorse naturali», previsto invece come necessario dall'articolo 12 della citata direttiva per l'applicazione della stessa. A riguardo, infatti, esiste ancora un ingente numero di chilometri (4000 km di coste nel solo Sud) di beni pubblici nel nostro territorio da assegnare mediante evidenza pubblica e in maniera «*competitiva*», cosa che contraddirebbe in radice i presupposti dell'applicazione estensiva normativa europea prospettata dalla Commissione UE nell'ultima procedura di infrazione avviata.

<sup>51</sup> la legge 30 dicembre 2018, n. 145, che come noto aveva disposto, all'art. 1, commi da 675 a 683, la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo al 31 dicembre 2033, è stata abrogata e sostituita dalla disposizione contenuta nell'art. 3, c. 1, della legge 5 agosto 2022, n. 118, che ha stabilito il nuovo termine finale di durata di dette concessioni “*in essere*” al 31 dicembre 2023, confermando (o meglio recependo) il termine precedentemente disposto dalle citate sentenze dell'A.P. del Consiglio di Stato, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18. Giova ricordare che la legge 5 agosto 2022, n. 118 (pubblicata nella Gazz. Uff. 12 agosto 2022, n. 188, in vigore dal 27 agosto 2022) all'art. 3 (*Disposizioni sull'efficacia delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive*) ha disposto: “*1. Continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2023, ovvero fino al termine di cui al comma 3, qualora successivo, se in essere alla data di entrata in vigore della presente legge sulla base di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della legge 30 dicembre 2018,*

(“*Rimozione di barriere all’entrata nei mercati. Regimi concessori*”). La disciplina introduce, all’art. 2, una prima delega al Governo per la mappatura e la trasparenza dei regimi concessori di beni pubblici affidata al MEF per l’emanazione di un decreto legislativo per la costituzione e il coordinamento di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici con l’obiettivo di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi ai rapporti concessori<sup>52</sup>.

La norma prevede, in sintonia con le statuizioni del Consiglio di Stato, poi, all’art. 3, una proroga generalizzata al 31 dicembre 2023 per le concessioni in essere al terzo comma, nelle more dell’espletamento delle procedure ad evidenza pubblica, aggiungendo tuttavia – con espressione quantomeno originale per la sede legislativa – che “*in presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all’espletamento della procedura stessa, l’autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024*”, con contestuale abrogazione delle previgenti disposizioni di proroga e con l’effetto di chiarire il quadro regolativo di riferimento.

Il successivo art. 4 declina forme, contenuti e tempi della delega al Governo in materia di affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive (su proposta e concerto di ben 6 ministri) uno o più decreti legislativi volti a *riordinare e semplificare* la discipli-

---

n. 145, e del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126: a) le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l’esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive [...] 3. *In presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all’espletamento della procedura stessa, l’autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024. Fino a tale data l’occupazione dell’area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima anche in relazione all’articolo 1161 del codice della navigazione*”.

<sup>52</sup> La procedura preordinata all’adozione dei decreti attuativi stabilisce che essi debbano essere adottati su proposta del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e del Ministro del turismo, di concerto con il Ministro della transizione ecologica, il Ministro dell’economia e delle finanze, il Ministro dello sviluppo economico e il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e dopo il parere del Consiglio di Stato, che dovrà essere reso nel termine di quarantacinque giorni dalla data di trasmissione degli schemi di decreto legislativo, decorso il quale il Governo può comunque procedere. Gli schemi di decreto legislativo saranno successivamente trasmessi alle Camere per l’espressione dei pareri delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari, che si pronunceranno nel termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti legislativi potranno comunque essere adottati. L’adozione di tali decreti legislativi determina l’abrogazione di tutte le disposizioni incompatibili, e parimenti determina una disciplina di coordinamento con le disposizioni attuali non sottoposte ad abrogazione, giusta l’art. 2-ter secondo comma.



na in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, per finalità turistico-ricreative e sportive, ivi incluse quelle affidate ad associazioni e società senza fini di lucro, con esclusione delle concessioni relative ad aree, strutture e infrastrutture dedicate alla cantieristica navale, all'acquacoltura e alla mitilicoltura. Delega legislativa da inverare mediante la disciplina di procedure selettive nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e adeguata pubblicità, da avviare con adeguato anticipo rispetto alla loro scadenza (cfr. comma 2 lett. b)<sup>53</sup>.

Questo è, in sintesi, quanto emerge dal quadro regolativo in divenire e del quale occorre attendere la definizione avuto riguardo all'ulteriore proroga intervenuta giusta l'art. 10-*quater*, comma 3, del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, conv. dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14, che, come già ricordato, ha introdotto una nuova, seppur circoscritta, proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere.

Appare quindi urgente la necessità che le amministrazioni effettuino un compiuto bilanciamento tra principi giuridici e realtà economico-sociale, non potendosi ritenere appropriato procedere con un approccio esclusivamente formalistico (“*dura lex, sed lex*”), avviando, tuttavia, le attività preliminari per le procedure previste al fine di scongiurare che il decorso del tempo, la mancata emanazione dei decreti attuativi e l'approssimarsi della data ultima di scadenza delle concessioni, a fronte del chiaro ed ulteriore consolidamento dell'orientamento della giurisprudenza, conducano ad un sicuro cortocircuito del sistema.

Tra gli ultimi tentativi, tanto estremi quanto inefficaci, di introdurre ulteriori forme di proroga va ricordato quello operato dall'Assemblea regionale siciliana con l'art. 36 della l.r. 22 febbraio 2023, n. 2 (recante “*Legge di stabilità regionale 2023-2025*”). Il legislatore regionale ha inteso ulteriormente differire al 30 aprile 2023 il termine ultimo, previsto all'art. 1 della l.r. 21 luglio 2021, n. 17, mod. dall'art. 1, comma 1, lett. a), della l.r. 3 agosto 2021, n. 22, per la presentazione delle istanze di proroga delle concessioni demaniali marittime, come disciplinata dall'art. 1 della l.r. 14 dicembre 2019, n. 24.

Alla stregua della richiamata normativa regionale le concessioni demaniali marittime in essere al 31 dicembre 2018 sarebbero così estese fino al 31 dicembre 2033 “*in conformità alle previsioni dei commi 682 e 683 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2018, n. 145*”.

È subito apparso evidente che il riferimento alla normativa del 2018 avrebbe vulnerato l'impianto dell'ennesimo intervento di proroga del legislatore regionale nel semplice presupposto che le previsioni della legge del 2018 sono state

---

<sup>53</sup> In linea con i principi generali in materia di evidenza pubblica: la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza .

abrogate, proprio al fine di scongiurare la procedura d'infrazione di cui si è detto in precedenza, dall'art. 3, comma 5, lett. a), della citata l. 5 agosto 2022, n. 118 per l'incompatibilità con l'ordinamento unionale delle proroghe delle *cd.m.* per finalità turistico-ricreative.

Ne derivano profili di incompatibilità della norma con l'ordinamento interno oltre che con quello eurounitario che hanno condotto all'impugnativa della disposizione di fronte alla Corte costituzionale<sup>54</sup>, ma che dovrebbero far propendere anche per la necessaria disapplicazione della disposizione da parte dell'amministrazione regionale<sup>55</sup>.

### 3. *L'inevitabile epilogo: la pronuncia della Corte di giustizia, III, 20 aprile 2023 (C-348/22) tra conferme ed aperture interpretative.*

L'ultimo arresto della giurisprudenza europea giunge sul nuovo rinvio pregiudiziale il Tar Puglia-Sez. Staccata di Lecce, che, come ricordato, ha elaborato una copiosa e strutturata giurisprudenza giustapposta alla natura “*self-executing*” della direttiva europea sui servizi del 2006 e dell'illegittimità delle normative interne di proroga. Tale rinvio è stato pronunciato sul ricorso proposto dall'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* nei confronti di alcune delibere del Comune di Ginosa (TA) che hanno applicato la proroga automatica alle *c.d.m.*, in ossequio alle previsioni legislative vigenti, fino al 31 dicembre 2033<sup>56</sup>. Il Tar ha ritenuto, in particolare, che la citata direttiva, sebbene risultasse in linea di

<sup>54</sup> Il Governo con delibera del 20 aprile 2023 ha infatti impugnato la legge regionale n. 2 del 2023 sotto questo ed ulteriori profili di fronte alla Corte costituzionale.

<sup>55</sup> In virtù del consolidato è più volte richiamato orientamento delle supreme corti europee e nazionali alla stregua del quale i giudici nazionali e le autorità amministrative sono tenuti ad applicare le norme pertinenti di diritto dell'Unione, disapplicando le disposizioni di diritto nazionale non conformi alle stesse.

In merito va osservato che dalla consultazione del sito dell'Assessorato territorio e ambiente risulta, al contrario, che le procedure attuative sono in corso <https://demanioamarittimo.regione.sicilia.it/portale/>, specificando si in merito che “*A seguito della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana della l. 22 febbraio 2023, n. 3., fino al 30/04/2023 sarà possibile inserire richiesta di Estensione di Validità temporale delle Concessioni Demaniali Marittime. Le istanze dovranno essere inserite nella sezione “Istanze on-line” di questo portale utilizzando credenziali SPID. Non sono valide e saranno rigettate le istanze pervenute via PEC, cartacee o in altra modalità*”

<sup>56</sup> Sul tale rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia del Tar Puglia, sez. staccata di Lecce avuto riguardo alla validità e vincolatività della direttiva Bolkestein (Tar Puglia, Lecce, 11 maggio 2022, n. 743), v. L. VITULLI, *La regolazione delle zone costiere: le concessioni demaniali marittime fra concorrenza e tutela ambientale*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1/2022, 341 e ss., spec. 373 e ss., nonché M. TIMO, *Le proroghe ex lege delle concessioni “balneari” alla Corte di Giustizia: andata e ritorno di un istituto controverso* (nota a T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, ordinanza 11 maggio 2022, n. 743), in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2488-le-proroghe-ex-lege-delle-concessioni-balneari-alla-corte-di-giustizia-andata-e-ritorno-di-un-istituto-controverso-nota-a-t-a-r-puglia-lecce-sez-i-ordinanza-11-maggio-2022-n-743>,

principio applicabile alle concessioni demaniali marittime (come ritenuto nella stessa sentenza “*Promoimpresa*” della Corte di Giustizia e nelle pronunce dell’A-dunanza plenaria), non potesse tuttavia determinare la disapplicazione del diritto interno<sup>57</sup>.

Sulla portata del richiamato art. 12, par. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE si è pronunciata la Corte di giustizia con la sentenza della terza sezione 20 aprile 2023 (C-348/22) che, rigettando la prospettazione del giudice remittente, ha sostanzialmente precisato che esso non si applica unicamente alle concessioni di occupazione del demanio marittimo che presentano “*un interesse transfrontaliero certo*”, in tal guisa recidendo in radice un tema introdotto nell’interpretazione domestica della normativa europea, ma precisando opportunamente, ed in questo senso si tratta di un utile riferimento per la controversa situazione delle coste italiane, “*che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un’analisi del territorio costiero del comune in questione*”.

In ordine ai vincoli per gli Stati membri scaturenti dalla disciplina europea servizi nel mercato interno volta a creare un quadro giuridico eurounitario per assicurare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi i Giudici di Lussemburgo hanno ribadito l’obbligo di applicare una “*procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali*”, ed il corrispondente “*divieto di rinnovare automaticamente un’autorizzazione rilasciata per una determinata attività*” in quanto precetti enunciati “*in modo incondizionato e sufficientemente preciso*” in guisa da poter essere considerati disposizioni produttive di effetti diretti negli ordinamenti interni. Da tale effetto diretto (art. 288, terzo comma, TFUE) si fa discendere altresì: “*l’obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie incombano ai giudici nazionali e alle autorità amministrative, comprese quelle comunali*”.

La pronuncia dei giudici europei, invero ampiamente prevedibile e prevista negli esiti, dovrebbe porre fine ai tentativi giurisdizionali, ma soprattutto normativi, di eludere i vincoli che scaturiscono dall’ordinamento unionale.

Emerge con ulteriore e definitivo nitore l’includibilità di un serio intervento regolativo da parte del Governo e del Parlamento italiano i quali, assumendosi la responsabilità del ruolo attribuito dalla Costituzione e dal diritto europeo, scongiurando uno scenario catastrofico di disapplicazioni, estesi contenziosi, immancabili pregiudizi erariali, ma soprattutto gravi disagi per imprese ed utenti dei servizi balneari.

Non può quindi revocarsi in dubbio che l’ultimo arresto della Corte di Giustizia si ponga quindi nel solco di quanto statuito dalla ricordata sentenza 14 luglio 2016 (*Promoimpresa*).

---

<sup>57</sup> Più specificatamente, la domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sulla validità della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, nonché sull’interpretazione dell’art. 12 della direttiva e degli articoli 49 e 115 TFUE.

Tuttavia, le statuizioni della pronuncia del 2023 se per un verso ribadiscono i vincoli per l'ordinamento interno scaturenti dalla diretta applicazione della normativa europea in materia e la certezza dell'interesse trasfrontaliero di tale settore, recidendo in radice gran parte delle argomentazioni che militavano in favore della sottrazione anche parziale della disciplina richiamata, dall'altro assumono – e qui può rinvenirsi un *quid novi* rilevante per un'applicazione calibrata e proporzionata dei principi europei alla complessa ed articolata fattispecie delle *c.d.m.* – la necessità che la “*scarsità delle risorse naturali*” e conseguentemente “*concessioni disponibili*” delle non sia presunta, ma vada accertata attraverso un approccio concreto e fattuale, “*caso per caso*”, da parte degli enti concedenti.

Le statuizioni dei giudici europei, pur richiedendo al legislatore statale un approccio generale ed astratto che deve condurre alla definizione di un quadro regolativo coerente con l'ordinamento europeo, rifuggendo definitivamente dall'ormai conclamato ricorso alla tecnica dilatoria, indica alle amministrazioni concedenti una verifica “*in concreto*” ed a seguito di puntuale perlustrazione dell'effettiva configurazione della scarsità delle risorse naturali disponibili.

Vi è quindi spazio per dare adesso, pur nei ristrettissimi tempi residui, urgente applicazione alle ricordate previsioni della legge n. 118 del 2022, non senza provvedere alle necessarie modifiche delle ultime disposizioni di proroga e differimento introdotte con il d.l. “*Milleproroghe*” del 2023, nel solco di quanto indicato puntualmente dalla Presidenza della Repubblica nella richiamata comunicazione alle Camere<sup>58</sup>.

#### 4. *Disapplicazione/non applicazione del giudice e dell'amministrazione (multilivello) del diritto interno confliggente con quello eurounitario: cenni*

Il tema al quale occorre accennare in conclusione è quello della disapplicazione della norma interna in contrasto con il diritto unionale da parte dell'amministrazione, sebbene, con riguardo alla fattispecie che ci occupa, essa incide fortemente su un settore, quello delle concessioni demaniali turistico-ricreative, nel quale l'Italia primeggia per numero di imprese, dimensione economica e numero di occupati, ma che parimenti ha registrato investimenti rilevanti, ma anche subito i pesanti effetti della pandemia (solo in parte mitigati da sostegni di matrice europea, statale e regionale), del quale occorre adeguatamente considerare nelle scelte da assumere.

Il dovere di disapplicare la norma interna in contrasto con quella eurounitaria autoesecutiva costituisce attuazione dei principi di primazia del diritto comunitario e di certezza del diritto che impongono al giudice nazionale, come

<sup>58</sup> In senso analogo M. CLARICH, *Perché i giudici UE hanno dato torto al governo sui balneari*, in *Milanofinanza*, 21 aprile 2023, 20.

alla pubblica amministrazione, di garantire la piena e diretta efficacia nell'ordinamento interno e la puntuale osservanza ed attuazione del diritto unionale<sup>59</sup>.

Al riguardo soccorre anche quanto previsto dall'art. 1 primo comma della l. 241 del 1990 e s.m.i. che, come noto, declina i principi generali dell'attività amministrativa, secondo cui l'azione amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché *dai principi dell'ordinamento comunitario*, mentre l'art. 1 del codice del processo amministrativo, come noto, prevede che la giurisdizione amministrativa *“assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”*<sup>60</sup>.

I principi generali dell'ordinamento comunitario possono distinguersi in principi generali *“fondamentali”* e *“generalisti di diritto amministrativo”*: mentre i primi agiscono sostanzialmente sul versante dei rapporti tra Unione e Stati, questi ultimi riguardano, invece, le relazioni dirette Unione-cittadini o Stato-cittadini ovvero anche relazioni a carattere triadico che coinvolgono le strutture amministrative Europea e nazionali, nonché i giudici chiamati ad applicare il diritto unionale ed a sindacarne l'attività.

In questo contesto si sono confrontati due diversi orientamenti giurisprudenziali:

- A) Le ricordate pronunce dell'adunanza plenaria dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17/2021 e 18/2021 secondo le quali il contrasto col diritto UE della normativa interna sancisce il divieto, sia per i giudici *che per la pubblica amministrazione*, di applicare leggi interne che la dispongono, ne discende che il sindacato di costituzionalità in via incidentale su una norma interna anticomunitaria è oggi possibile soltanto se tale legge sia in contrasto con una direttiva comunitaria non *self-executing* oppure, secondo la recente teoria della c.d. doppia pregiudizialità, nei casi in cui la legge

---

<sup>59</sup> In giurisprudenza, come meglio richiamato in prosieguo, si vedano Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 389; Cons Stato Sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874; 23 maggio 2006, n. 3072; Corte Giust. UE, 22 giugno 1989, in C- 103/88, *Fratelli Costanzo*, e 24 maggio 2012, in C-97/11, *Amia*. Sull'attuazione di tale profilo del principio di *primauté* del diritto europeo nella copiosa dottrina v. da ultimo F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, n. 12/2020, 104 e ss.; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018; ID., *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019, 1 ss.

Sia consentito, altresì, richiamare un risalente percorso di ricerca su tali temi *Pronunce di inammissibilità della Corte costituzionale e disapplicazione di disposizioni legislative da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 4, 675 e ss.

<sup>60</sup> In merito v. per tutti A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 79 e ss.

nazionale contrasti con i diritti fondamentali della persona tutelati sia dalla Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>61</sup>.

- B) dall'altro, la giurisprudenza salentina, ed in particolare la sentenza 27 novembre 2020, n. 1321, secondo la quale non avrebbe potuto riconoscersi natura interpretativa vincolante ad una pronuncia della Corte di giustizia nella quale risulta affermato il principio secondo cui la prevalenza della norma unionale su quella nazionale comporterebbe l'obbligo di disapplicazione di quella interna da parte dello Stato membro *“in tutte le sue articolazioni”* ovvero sia da parte del giudice che da parte della p.a., ciò in quanto *“tale statuizione della CGUE non possa ritenersi – a differenza della precedente – di natura interpretativa di una specifica direttiva o regolamento UE e che comunque, a prescindere da ogni altra considerazione, tale statuizione risulti ultronea e non vincolante”*.

La pronuncia appena richiamata della Corte di giustizia UE chiude sostanzialmente la questione, peraltro collocandosi pienamente nel solco della precedente decisione del 2016 (*“Promoimpresa”*). Il giudice europeo ha infatti inteso ribadire un'interpretazione vincolante dell'art. 12, par. 1 e 2, della *“direttiva Bolkestein”* che occorre tenere in considerazione per individuare, in sede applicativa della normativa richiamata, le possibili soluzioni da percorrere.

Secondo il supremo giudice europeo: *«l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come di quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico ricreative, in assenza di qualsivoglia procedura di selezione tra i potenziali candidati; l'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che preveda una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere*

<sup>61</sup> Sul tema si veda da ultimo la stentorea sentenza della Corte cost. n. 67 del 2022 nei confronti di un'ordinanza di remissione della Corte di cassazione. Il Giudice delle leggi, dopo aver ricordato gli obblighi per il giudice nazionale discendenti dalla pronuncia *“Simmenthal”* (di seguito indicata) sottolinea il carattere peculiare del rinvio pregiudiziale al *«fine di garantire piena efficacia al diritto dell'Unione e assicurare l'effetto utile dell'art. 267 TFUE, cui si salda il potere di “disapplicare” la contraria disposizione nazionale»*; precisando, altresì, come la Corte di giustizia consideri *«la mancata disapplicazione di una disposizione nazionale ritenuta in contrasto con il diritto europeo [in quanto] viola “i principi di uguaglianza tra gli Stati membri e di leale cooperazione tra l'Unione e gli Stati membri, riconosciuti dall'art. 4, paragrafi 2 e 3, TUE, con l'articolo 267 TFUE, nonché [...] il principio del primato del diritto dell'Unione”* (Sent. 22 febbraio 2022, in causa C-430/21, RS, punto 88). Per un commento alla sentenza della Corte costituzionale si v. A. RUGGERI, *Alla Cassazione resta a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il secondo “dialogo” tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022)*, in *Consulta Online*, 14 marzo 2022 e B. NASCIMBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in <https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-ue/2269-primato-del-diritto-dell-unione-europea-e-disapplicazione-in-confronto-fra-corte-costituzionale-corte-di-cassazione-e-corte-di-giustizia-in-materia-di-sicurezza-sociale>

*per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certos*<sup>62</sup>.

Invero la giurisprudenza costituzionale ha da tempo precisato che il contrasto tra norme statali e disciplina UE non dà luogo all'invalidità o all'illegittimità delle norme interne, ma comporta la loro disapplicazione o non applicazione al caso concreto. Il giudice nazionale e, prima ancora, l'amministrazione, hanno dunque il potere-dovere di dare immediata applicazione alle norme dell'UE provviste di effetto diretto, con i soli limiti derivanti dai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o dei diritti inalienabili della persona, nel cui ambito resta ferma la possibilità del controllo di costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato<sup>63</sup>.

A confortare la prospettiva interpretativa che scaturisce dalle pronunce richiamate sovviene poi l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo la quale il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, in quanto la possibilità di ammettere alla comparazione tra le imprese ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d'iniziativa economica e, dall'altro, al principio eurounitario di concorrenza, che vedono quale corollario il *favor participationis* alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità<sup>64</sup>.

Nel solco del diritto vivente, quindi il giudice ed, *a fortiori* la pubblica amministrazione, debbono ricorrere all'interpretazione abrogativa ed alla disapplica-

<sup>62</sup> Il fondamento va rinvenuto nella libertà di stabilimento e specificatamente nel "*principio della parità di trattamento*" (Cfr. Considerando 65, Direttiva 2006/123/CE, c.d. Bolkestein o servizi). Un cittadino deve, perciò, avere la possibilità di esercitare la libertà di stabilimento alle stesse condizioni definite dalla legislazione dello Stato stabilimento nei confronti dei propri cittadini (cfr. C-55/94 Gebhard, p.to 33-34).

Come precisato il considerando 39 della Direttiva Bolkestein, si riferisce ai "*regimi di autorizzazione*" (art. 9) precisando che le procedure e le formalità di autorizzazione debbano essere chiare, rese pubbliche preventivamente, e tali da garantire, "*ai richiedenti, che la loro domanda venga trattata con obiettività e imparzialità*" (art. 13, par. 1). Da qui il rinnovo automatico dell'atto ampliativo ed il "*diritto di insistenza*" accordato al concessionario demaniale uscente, precludendo l'accesso a nuovi potenziali operatori, vanno ritenuti discriminatori per le imprese nazionali nuove pretendenti e per quelle provenienti da altri Stati membri, e quindi vietate dall'art. 49 TFUE. Mentre l'interesse transfrontaliero certo si sostanzia, come precisato dalla giurisprudenza dalla CGUE, nella capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un'opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione anche attraverso il rilascio di provvedimenti che non portano alla conclusione di un contratto di appalto o di concessione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati.

<sup>63</sup> Corte Cost. n. 168 del 1991, ma nello stesso solco, *ex plurimis*: Corte Cost. Sent. n. 183 del 1973 e n. 70 del 1984; ord. n. 536 del 1995 sentenze n. 284 del 2007, n. 227 del 2010, n. 288 del 2010, n. 80 del 2011.

<sup>64</sup> In tal senso, *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 7 gennaio 2022, n. 65, Consiglio di Stato, sez. III, 11 febbraio 2022, n. 1006

zione in presenza della contemporanea vigenza di due norme in conflitto insanabile tra loro e che non risulti possibile dirimere, in una prospettiva di coerenza e completezza dell'ordinamento, ovvero facendo applicazione di regole precise e consolidate, quali quelle che fanno prevalere, ad esempio, la norma speciale successiva su quella generale precedente.

La disapplicazione, infatti, costituisce strumento eccezionale, che consente di non applicare ad una singola fattispecie o per particolari effetti un atto, che per altre fattispecie o ad altri effetti rimane valido ed efficace. Il rimedio disapplicativo (o non applicativo) deve ritenersi, conseguentemente, soluzione tecnica necessitata di risoluzione delle antinomie – “*Il Giudice amministrativo provvede in ogni caso a non dare applicazione a un atto normativo nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione europea*”<sup>65</sup> – sussistendo l'obbligo di garantire la tutela delle situazioni giuridiche soggettive sorte per effetto delle norme dell'ordinamento giuridico UE che non può ammettere ritardi derivanti da disposizioni interne che eventualmente prevedono meccanismi di ricorso non previsti per garantire finalità istituzionali dell'Unione<sup>66</sup>.

Tutti i soggetti competenti nell'ordinamento interno a dare esecuzione alle leggi (ed agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente quindi tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme del diritto UE<sup>67</sup>.

Come già statuito l'Adunanza plenaria nelle citate pronunce del 2021 l'obbligo di non applicare la legge anticomunitaria deve quindi ritenersi: “*gravi in capo all'apparato amministrativo, anche nei casi in cui il contrasto riguardi una direttiva self-executing*”<sup>68</sup>. “*Opinare diversamente*” – conclude l'Adunanza plenaria – “*significherebbe*

<sup>65</sup> Così Cons. Stato, Ad. Plenaria, 25 giugno 2018, n. 9 la Sicilia veda commentata da M. GNES, *Il superamento del requisito di cittadinanza dei dirigenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2018, 609 e ss.

<sup>66</sup> Secondo consolidato orientamento della Corte di giustizia, infatti, il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito di propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, in particolare di procedura, senza doverne attendere la previa soppressione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale, così Corte giust. UE, 18 luglio 2013, C-136/12, 32-33, ma già del 5 ottobre 2010, C-173/09.

<sup>67</sup> Cfr. Corte giust. 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, punto 24; 4 giugno 1992, cause riunite C-13/91 e C-113/91, Debus, punto 32; 18 luglio 2007, C-119/05, Lucchini, punto 61; 27 ottobre 2009, C-115/08, ČEZ, punto 138; 19 novembre 2009, C-314/08, Filipiak, punto 81; 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, Melki e Abdeli, punto 43; 26 febbraio 2013, C-617/10, Åkerberg Fransson, punto 45

<sup>68</sup> Le pronunce richiamano, da un lato, la nota sentenza “*Fratelli Costanzo*”, la quale statuisce, con nitore, che “*tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali*”, sono tenuti ad applicare le disposizioni UE *self-executing*, (dovendosi in esse ricomprendere sia le direttive dotate di tale connotazione che, a fortiori, i regolamenti) “*disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi*”



autorizzare la P.A. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto” con la condivisibile conclusione circa la “creazione di un'inedita categoria di norme U.E. direttamente applicabili (nei rapporti verticali) solo da parte del giudice e non della P.A.”<sup>69</sup>. La circostanza che poi si disquisisca di nullità o annullabilità appare, conseguentemente, di rilievo non dirimente, dovendosi ritenere, in linea con la giurisprudenza europea e nazionale, che principio di primazia del diritto dell'Unione escluda la possibilità di contemperamento del principio di legalità comunitaria con le esigenze di stabilità degli effetti del provvedimento<sup>70</sup>.

La sentenza della Corte di giustizia del 2023, da ultimo richiamata, nel ribadire con nitore il principio alla stregua del quale l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie incombono sui giudici nazionali e le autorità amministrative, specifica, proprio con riguardo alla fattispecie oggetto del giudizio, che nel novero di queste ultime siano “comprese quelle comunali”. Non vi sono né invero avrebbero potuto esserci vie di fuga dall'effetto diretto del diritto europeo sull'ordinamento interno e le critiche rivolte alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che se colgono nel segno su alcuni profili critici in ordine ad un intervento sostanzialmente “paralegislativo”, vengono tuttavia in gran parte corrose alle fondamenta dal nuovo arresto giurisprudenziale europeo.

In termini non dissimili, ma coerenti all'impianto ricostruito, deve ritenersi

---

(22 giugno 1989, C-103/88), dall'altro, la sentenza del Giudice delle leggi (n. 389 del 1989), la quale in merito ha precisato che: “tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme” comunitarie nell'interpretazione offerta dalla CGUE”. Nel medesimo solco interpretativo della pronuncia si è collocato lo stesso Consiglio di Stato, sez. V 6 aprile 1991, n. 452.

<sup>69</sup> La legalità dell'azione amministrativa va ricostruita sulla base dei principi costituzionali ed in una correlata prospettiva *de iure communitario*, in tal senso già v. L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 477 ss. In generale è il rapporto tra autorità e libertà che trova un riassetto più ampio tra ordinamento europeo e nazionale, per una rilettura già nel contesto interno si veda per tutti S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino 2016, 366 ss., secondo il quale il fondamento del provvedimento e dell'imperatività, che diviene modalità dell'effetto giuridico prodotto dall'esercizio del potere, va ricondotto ai principi costituzionali sull'esercizio del potere amministrativo, in tal guisa: “il provvedimento amministrativo non è più la sintesi della dialettica fra autorità e libertà, perché non è più espressione della sovranità. Non è neppure configurabile come la sintesi della dialettica fra libertà e autorità (se mai lo è stato), secondo una impostazione volta a privilegiare il momento della libertà rispetto a quello dell'autorità, perché non ha più il suo fondamento nella sovranità. La Costituzione rende recessivo il momento dell'autorità nella dinamica relativa all'esercizio del potere amministrativo (...). Il provvedimento assurge a momento di sintesi dei valori dominanti nell'ambito della Costituzione”, in altre parole, sintesi della dialettica fra libertà e uguaglianza.

<sup>70</sup> In tal senso P. OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *federalismi.it*, n. 14/2020.

per le leggi regionali non coerenti con le direttive *self-executing*, ma anche per quelle regolatrici di fattispecie che si frappongano all'applicazione di una direttiva recepita correttamente nell'ordinamento interno dalla legge statale, vadano disapplicate in sede giudiziale o amministrativa in virtù dei richiamati principi del diritto europeo.

Inducono a queste conclusioni estensive esigenze volte a garantire il pieno inveramento dell'ordinamento eurounitario, corroborate proprio dalle statuizioni della Corte di Lussemburgo in particolare quando ribadisce che obblighi e divieti enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da una direttiva sono produttivi di effetti diretti ed *“i giudici nazionali e le autorità amministrative, comprese quelle comunali, sono tenuti ad applicarle, e altresì a disapplicare le norme di diritto nazionale non conformi alle stesse”*.

##### 5. *Alcune considerazioni di sintesi (purtroppo ... “nelle more”)*

Questo il quadro cangiante ed incerto in una sintetica ricostruzione, ma che dopo gli ultimi pronunciamenti della giurisprudenza domestica ed europea dovrebbe porre fine agli ondivaghi effetti di quella che è stata definita come la *“sindrome di Loch Ness”*<sup>71</sup>, con la definitiva chiusura del fenomeno delle reiterate proroghe e dello scontro tra il legislatore statale e le istituzioni europee.

In disparte un grave problema applicativo che va affrontato in attuazione della complessa disciplina delineata dagli artt. 2-5 della l. n. 118 del 2022, reso ancor più controverso dalla novella del 2023. I chiari orientamenti che scaturiscono anche dalle più recenti pronunce del Consiglio di Stato e della Corte di giustizia UE verso una soluzione drastica, per la quale l'ultimo intervento legislativo ha solo tentato un nuovo seppur breve rinvio, pone problemi assai rilevanti sulle urgenti scelte da assumere nella considerazione dell'imminenza del termine del 31 dicembre 2023. Se, come si evince dal quadro giurisprudenziale, la prospettiva di ulteriori interventi legislativi statali, ed ancor meno regionali risulta priva di realistiche prospettive di conformità al diritto unionale, non resta, nei pochi mesi che restano, che recuperare il tempo perduto nell'armonizzazione del nostro ordinamento attraverso gli adempimenti stabiliti dalle richiamate previsioni normative<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Loch Ness*, in *www.giustamm.it*, n. 10/2015 ha sostenuto, infatti, che la materia delle *c.d.m.* sia caratterizzata dal succedersi di periodi di quiete alle quali seguono fasi di acuta tensione, che presto si risolvono in nuovi momenti di calma.

<sup>72</sup> Giova ricordare che con una nuova pronuncia il TAR Puglia, Sez. Lecce, I, 5 aprile 2023, n. 523 in applicazione della previsione di cui art. 4, comma 4 bis, della l. n. 118 del 2022, inserito dall'art. 1, comma 8, lett. b), legge 24 febbraio 2023 n. 14 secondo il quale: *“Fino all'adozione dei*

In questo, come in altri settori (dall'energia, a partire dal comparto del gas, al trasporto aereo o al regime delle immigrazioni), un approccio troppo distratto alla genesi delle regole eurounitarie (e ben diverso da quello di altri Stati fondatori come Francia e Germania) si scontra, adesso, con adempimenti applicativi non più postergabili.

Si giunge in tal guisa, tardi ed male, ad affrontare conversioni di sistema che attengono ad importanti comparti della nostra economia, com'è quello delle concessioni demaniali marittime turistico-ricreative (ma altrettanto rilevante risulta quello concessioni demaniali portuali che ha atteso, per quasi trent'anni, la disciplina attuativa ed al quale in questa sede non si è potuto far riferimento per motivi di brevità).

Non aver tenuto in debito conto, e per tempo, dei problemi di implementazione interna, delle peculiarità differenziali settore in Italia, delle esigenze di adeguamento progressivo evidenzia la strutturale debolezza delle classi dirigenti italiane nel tenere un confronto corretto con le istituzioni europee, ricorrendo sovente ai ricordati velleitari espedienti quando si tratta di applicare regole divenute diritto unionale vigente.

Tutto ciò oggi lascia margini molto ristretti di intervento al Governo ed al legislatore che potranno novellare il quadro normativo con idee chiare ed ascoltando le esigenze del settore che si auspica incentrate più che ad un generico appello a nuove ed impercorribili proroghe, al necessario riconoscimento della tutela dell'affidamento riservato dalle imprese e dagli operatori economici a quelle sin qui varate dal legislatore statale e da quelli regionali (addirittura con esenzione di piani di utilizzo del demanio marittimo<sup>73</sup>, opportunamente stigmatizzati dalla Corte costituzionale<sup>74</sup>), agli ingenti investimenti realizzati, o ancora in corso, da parte delle imprese, alle aspettative di migliaia di operatori di un settore rilevante per l'economia italiana (per numero di occupati, di fatturato, di imprese dell'indotto) ed ancor più per quella delle regioni meridionali e, soprattutto, insulari.

---

*decreti legislativi di cui al presente articolo, è fatto divieto agli enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni e dei rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b)*, in assenza dai decreti legislativi attuativi deve ritenersi sia fatto divieto alle amministrazioni contendenti di avviare la procedura ad evidenza pubblica per la concessione di aree demaniali, ciò in quanto il legislatore ha inteso “*bloccare tutti i bandi volti al rilascio di nuove concessioni demaniali marittime in attesa della adozione dei decreti legislativi deputati a raccogliere ed elaborare i dati funzionali alla indizione di nuove gare, onde garantire il “razionale e sostenibile utilizzo” del demanio marittimo, tanto in riferimento alla concessioni in essere, quanto (e a più forte ragione) in riferimento a quelle di nuova assegnazione*”.

<sup>73</sup> Sui PUDM si vedano M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*, in *Dir. e soc.*, 2021, 454 e F. FRANCIARIO, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*, in [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it), 2021.

<sup>74</sup> Così Corte cost. n. 108/2022, in <https://www.cortecostituzionale.it/action/SchedaPronuncia.do?anno=2022&numero=108>

Una parte della soluzione, a compendio dei chiari orientamenti che emergono dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ma si tratta di un sentiero impervio ed angusto, passa certamente per un'interlocuzione, autorevole e competente, con l'U.E. per individuare soluzioni che possano tener in adeguata considerazione le peculiarità del sistema delle *c.d.m.* in Italia in termini di estensione, composizione della tipologia di imprese, scongiurando aggravamenti della regolazione di tali concessioni rispetto alle previsioni di Paesi membri. Ciò nel presupposto che il legame con il territorio del concessionario debba esser considerato come un valore indeclinabile, poiché, diversamente, si porrebbe ad un'evidente violazione del principio di adeguatezza e proporzionalità<sup>75</sup>. Tuttavia la soluzione principale deve rinvenirsi nell'applicare appieno il diritto europeo, rinvenendo tra le maglie dell'art.12 terzo comma, della direttiva gli elementi per garantire al sistema italiano una transizione progressiva al nuovo assetto coerente con il diritto unionale.

Il regolamento n. 202 del 2022, in precedenza richiamato, pur nelle differenze delle fattispecie<sup>76</sup>, può rappresentare un utile riferimento per il legislatore delegato<sup>77</sup>, sul quale si è peraltro positivamente pronunciato il Consiglio di Stato in sede consultiva<sup>78</sup>.

Primaria rilevanza assume poi l'avvio dell'attività del “*Tavolo tecnico consultivo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*” istituito dall'art. 10 *quater* del richiamato d.l. 29 dicembre 2022, n. 198 conv. con mod. dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14 presso la Presidenza del Consiglio dei ministri con compiti consultivi e di indirizzo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali<sup>79</sup>. L'organismo tecnico di cui dovrà, da un lato, acquisire i dati relativi a

<sup>75</sup> In tal senso ancora G. CERRINA FERONI, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, cit., 42.

<sup>76</sup> Ai porti facenti parte della rete transeuropea dei trasporti (TENT) si applica infatti la disciplina del regolamento UE 15 febbraio 2017, n. 2017/352/UE sul quale si v. D. RAGAZZONI, *Il regolamento UE sulla fornitura dei servizi portuali*, in – *Il libro dell'anno del diritto 2018*, [https://www.treccani.it/enciclopedia/il-regolamento-ue-sulla-fornitura-dei-servizi-portuali\\_\(altro\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/il-regolamento-ue-sulla-fornitura-dei-servizi-portuali_(altro)/)

<sup>77</sup> Come noto, benché la direttiva 2006/123/CE non sia applicabile ai servizi portuali, il diritto unionale, ed in particolare la direttiva 2014/25/UE, deve comunque ritenersi incompatibile con la proroga automatica delle concessioni dei servizi portuali, v. Cons. St., sez. VII, 4 ottobre 2022, n. 9328.

<sup>78</sup> Cons. Stato, Sez. Cons. Atti Normativi, 31 ottobre 2022 n. 01740, in [https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=consul&nrg=202201566&nomeFile=202201740\\_27.html&subDir=Provvedimenti](https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=consul&nrg=202201566&nomeFile=202201740_27.html&subDir=Provvedimenti) che indica nel regolamento: “*la chiara individuazione delle regole che disciplinano l'iter delle procedure ad evidenza pubblica, avviate d'ufficio o su istanza di parte, per il rilascio di tale tipologia di concessioni, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, non discriminazione, proporzionalità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica, è già di per sé stessa una forma di semplificazione amministrativa che può facilitare l'ingresso di nuovi operatori nel mercato, con conseguenti effetti positivi sulla concorrenza*”.

<sup>79</sup> Il tavolo è previsto sia composto da rappresentanti del Ministero delle infrastrutture e dei

tutti i rapporti concessori in essere delle aree demaniali marittime, lacuali e fluviali, elaborati ai sensi all'articolo 2 della l. 5 agosto 2022, n.118, dall'altro dovrà definire, profilo questo ancor più rilevante dopo la recentissima sottolineatura della Corte di giustizia, “*i criteri tecnici per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile, tenuto conto sia del dato complessivo nazionale che di quello disaggregato a livello regionale, e della rilevanza economica transfrontaliera*”.

Resta prioritaria ed incontrovertita, quindi, l'esigenza di un effettivo bilanciamento tra concorrenza ed economia sociale di mercato garantendo una decisa ricucitura tra l'ordinamento interno e quello europeo<sup>80</sup>. In questa prospettiva occorre tenere in assoluta considerazione, adesso anche secondo la chiara apertura della Corte di giustizia, l'elemento centrale della “*scarsità*” delle risorse da assegnare in concessione ed i contesti territoriali e le peculiarità e le assai variegate caratteristiche del sistema concessorio in materia demaniale marittima (storiche, naturalistiche, morfologiche etc.), costruendo un modello equilibrato in cui possano trovare spazio gli operatori vecchi e nuovi<sup>81</sup>.

In termini generali non può tuttavia omettersi di sottolineare che l'aver tenuto alcuni settori (concessionari demaniali marittimi, ambulanti, tassisti etc.) al riparo da quello che è stato definito il “*vento della concorrenza*”, non solo non ha rafforzato l'economia italiana<sup>82</sup>, ma ha determinato adattamenti tardivi innestando le peggiori forme di mercatismo, dove sovente piuttosto che la regola di

---

trasporti, del Ministero dell'economia e delle finanze, del Ministero delle imprese e del made in Italy, del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica e del Ministero del turismo, da rappresentanti del Ministro per la protezione civile e le politiche del mare, del Ministro per gli affari regionali e le autonomie e del Ministro per gli affari europei, da un rappresentante delle regioni e da un rappresentante per ogni associazione di categoria maggiormente rappresentativa del settore.

<sup>80</sup> Si veda S. VILLAMENA, *Concessioni demaniali marittime e concorrenza. (Profili ricostruttivi e modalità operative)*, in G. LAMI, C. A. NEBBIA COLOMBA, S. VILLAMENA, *Le concessioni demaniali marittime tra passato presente e futuro*, Padova, 2010, 86 e ss. che opportunamente, più di un decennio fa, volgeva la propria attenzione al tema delle “*regole procedurali*” in grado selezionare il candidato-concessionario “*migliore*” (fra i diversi potenziali), al fine di eliminare elementi che avvantaggiano “*a priori*” il precedente concessionario, piuttosto che arroverarsi su forme di proroga più o meno surrettizie. Un atteggiamento analogo del legislatore l'avrebbe evitato, come accaduto, l'incancrenirsi di una situazione oggi davvero difficilmente risolvibile nei pochi mesi rimasti.

<sup>81</sup> Così in uno dei suoi ultimi contributi il compianto B. CARAVITA DI TORITTO, insieme a G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in AA.VV., *La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit., 644-45, gli autori indicano una sorta di “*road map*” per la risoluzione dell'intricato contesto “*a) abbandono della tecnica delle proroghe decennali, sostituite da una ragionevole proroga di minore durata, necessaria per svolgere una attività di ricognizione e le conseguenti gare; b) ricognizione del territorio, e della scarsità (o meno) delle risorse da assegnare in concessione, attività che può e deve essere appannaggio di Regioni e Comuni; c) fissazione di criteri immediati per le nuove gare, bandite di concerto con le Regioni e secondo criteri che bilancino concorrenza ed economia sociale*”.

<sup>82</sup> Si veda per più ampie considerazioni M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della)* (ad vocem), in B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (dir.), in *Enc. dir., I Tematici, Funzioni amministrative*, cit., 149 e ss.

mercato, capace di tutelare il tessuto imprenditoriale, i lavoratori, i consumatori e spingere verso l'innovazione, hanno prevalso tutele narcotizzanti o repentini passaggi al *far west*, ove spadroneggia la finanza, la qualità dei servizi ne paga le conseguenze, i cartelli operano spesso indisturbati all'ombra degli algoritmi. Il settore aereo ne è purtroppo la testimonianza emblematica e le Isole italiane ne pagano di più le conseguenze senza che nulla riesca a risolversi nonostante l'intervenuta novella dell'art, 119, sesto comma, della Costituzione<sup>83</sup>.

### Abstract

Il contributo analizza il frammentario quadro normativo delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreativa alla luce degli orientamenti della giurisprudenza domestica, con le significative pronunce del Consiglio di Stato e di quella della Corte di Giustizia dell'Unione europea, in particolare della recentissima sentenza 20 aprile 2023 (C-348/22).

State-owned maritime concessions and EU law: the end of the “time of pending»

The essay analyses the fragmented regulatory framework of state-owned maritime, lake and river concessions with tourist-recreational purposes in the Italian legal system in light of the orientations of domestic jurisprudence, with the significant pronouncements of the Council of State and that of the Court of Justice of the European Union, in particular the very recent judgment April 20, 2023 (C-348/22).

---

<sup>83</sup> Sia permesso rinviare, in conclusione, al mio contributo *Condizioni di insularità ed oneri di servizio pubblico aereo*, in *Giureta-Riv. di diritto dell'econ., dei trasp. e dell'amb.*, 2020, 37 e ss.

# Alcune riflessioni sull'indipendenza giudiziaria nel contesto europeo

di Luciana De Grazia

SOMMARIO: 1. L'indipendenza del potere giudiziario e il ruolo dei giudici nel sistema politico costituzionale ed europeo – 2. L'indipendenza del potere giudiziario come principio di raccordo tra l'effettività della protezione giudiziaria e il principio di *rule of law* – 3. L'indipendenza giudiziaria e la tutela multilivello – 4. L'indipendenza degli organi di garanzia dell'indipendenza giudiziaria nella giurisprudenza europea- 5. I criteri elaborati a livello europeo per garantire l'indipendenza dei Consigli di giustizia – 6. Conclusioni.

## 1. *L'indipendenza del potere giudiziario e il ruolo dei giudici nel sistema politico costituzionale ed europeo*

L'avvento dello Stato democratico sociale, avvenuto in seguito alle transizioni costituzionali successive alla caduta dei regimi autoritari dopo i conflitti bellici, ha comportato un ripensamento in sede costituente dell'articolazione dei poteri dello Stato.

L'integrazione dello Stato nella società e la diffusione della funzione normativa nei diversi centri di potere, conseguente ad una diversa concezione della sovranità dello Stato, hanno comportato il venir meno della stretta corrispondenza tra i poteri-funzioni e i corrispettivi poteri-organi. Rispetto all'esperienza liberale, non solo il concetto della sovranità dello Stato si è dissolto in senso policentrico, ma anche il principio della separazione dei poteri si è evoluto: la separazione dei poteri come congegnata in epoca liberale, basata sulla distribuzione delle funzioni secondo i loro caratteri materiali, è stata, infatti, sostituita da un sistema connotato da reciproche incidenze tra i poteri<sup>1</sup>.

In questo contesto il potere giudiziario ha assunto un ruolo primario e ai giudici è stata attribuita una pluralità di compiti di diversa natura, tra i quali emerge il controllo nei confronti del potere politico. Si tratta di una funzione già nota nel costituzionalismo americano dove era chiaro, come dicevano Hamilton e Madison, che «*the judiciary is positioned to serve as a check against the majoritarian forces of the executive and legislative branches*»<sup>2</sup>. Nello Stato costituzionale, modello delle democrazie pluraliste, il potere politico si esprime, infatti, nella sovranità, ma nei limiti stabiliti dal diritto. Ai giudici è, pertanto, attribuito non più solo il potere di controllare l'operato dell'amministrazione, ma anche quello del potere legislativo<sup>3</sup>. Diventa, quindi, importante distinguere il piano politico fondato sulla

---

<sup>1</sup> A. BARAGGIA, C. FASONE, L.P. VANONI (a cura di), *New Challenges to the Separation of Powers*, Cheltenham, 2020.

<sup>2</sup> THE FEDERALIST n. 78, 470.

<sup>3</sup> A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, in R.

sovranità popolare, all'interno del quale trovano compimento le attività di una pluralità di attori – istituzionali e non – chiamati a partecipare alla produzione della legge, e il piano del diritto in cui operano l'interpretazione e l'applicazione delle norme affidate ai giudici nella risoluzione delle controversie.

Si delinea, quindi, un nuovo ruolo del giudice chiamato a interpretazioni complesse<sup>4</sup>. Al giudice spetta, infatti, determinare il contenuto della legge, applicandolo nel caso concreto, scegliendo tra diverse opzioni ognuna conforme alla legge<sup>5</sup>, partecipando così ad un'attività creativa del diritto. Allo stesso modo egli è chiamato ad operare un necessario bilanciamento tra le esigenze contrapposte, divenute, nella società democratica fondata sul suffragio universale, ben più articolate di quanto non potessero essere nella società monoclasse liberale.

A ciò si deve aggiungere che il giudice è anche tenuto a valutare la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità laddove sia previsto un sindacato incidentale delle leggi, è tenuto a ricercare interpretazioni conformi alla Costituzione e alla giurisprudenza sovranazionale in materia di diritti e a disapplicare le norme nazionali se in contrasto con il diritto europeo. Ai giudici nazionali viene, pertanto, attribuita una funzione *costituzionale*<sup>6</sup> nel rispetto di una *legalità complessa*<sup>7</sup>, che esprime a livello del sistema delle fonti un carattere composto, derivante anche dell'appartenenza alla dimensione sovranazionale europea.

In questa prospettiva l'attribuzione ai giudici di compiti di diversa natura trova la sua ragione «nella garanzia che offre di provvedervi in modo adeguato e imparziale»<sup>8</sup>. È qui, pertanto, che assume centralità la particolare posizione di indipendenza che gli organi giudiziari devono avere nel sistema politico costituzionale, indipendenza che, quindi, qualifica la funzione giurisdizionale<sup>9</sup>. Infatti, la legittimazione dei giudici, che non sono sottoposti a nessuna responsabilità democratica, deriva proprio dalla loro indipendenza e imparzialità<sup>10</sup> e su di esse

---

TONIATTI, M. MAGRASSI (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Milano, 2011, 21.

<sup>4</sup> Il giudice non è più definito “bocca della legge”, ma “bocca del diritto” ossia dell'intero sistema normativo, cfr. A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario* cit., 27 ss.

<sup>5</sup> Sulla discrezionalità del giudice, A. BARAK, *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della giustizia*, in *Politica del diritto*, 2003, 1, 3 ss.

<sup>6</sup> A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario* cit., pp. 27; M. VOLPI, *I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*, in E. ALBAMONTE, P. FILIPPI (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Leggi, regolamenti e procedimenti*, Milano, 2009, 43.

<sup>7</sup> R.L. BLANCO VALDÉS, *I giudici: “bocca della legge” o potere dello Stato*, in S. GAMBINO (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, 2004, 153-154.

<sup>8</sup> G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, 1984, p. 211, richiamando A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1982, 9.

<sup>9</sup> G. SILVESTRI, *La separazione* cit. 214 ss.

<sup>10</sup> Indipendenza e imparzialità sono considerate entrambe precondizioni essenziali per l'adeguato funzionamento della giustizia, cfr. Magna Carta dei giudici, elaborata dal Consiglio d'Europa, e dal Consiglio consultivo dei giudici europei, art. 2.



deve poggiare la funzione interpretativa loro affidata perché non sia percepita come conseguenza di un'attività arbitraria, ma come corretto esercizio dell'attività giurisdizionale, che ha nella competenza e nella professionalità dei giudici la sua premessa indispensabile<sup>11</sup>.

Ai giudici è, inoltre, attribuita una funzione *europea*, secondo quanto disposto dall'art. 19 TUE che attribuisce ai giudici nazionali il compito di garantire la protezione giudiziaria dei diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione<sup>12</sup>. Tale funzione si esplica anche nella cooperazione richiesta tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale<sup>13</sup>, che, permettendo l'instaurazione di un dialogo tra le Corti, consente di garantire l'efficacia del diritto europeo. Inoltre, ad essi è richiesto, per far funzionare l'Area di libertà, sicurezza e giustizia, di alimentare una fiducia reciproca sul loro impegno di assicurare una protezione giudiziaria effettiva dei diritti dell'Unione<sup>14</sup>.

L'interazione tra le corti nazionali e la Corte di giustizia europea non sempre ha assunto un atteggiamento di promozione del diritto sovranazionale. Talvolta, infatti, si è condizionata l'apertura al diritto europeo al rispetto delle clausole di salvaguardia a protezione dei principi fondamentali che connotano l'identità costituzionale nazionale<sup>15</sup>. Una rivendicazione di controlimiti particolarmente ampia, fino a giungere a una dichiarazione di inconciliabilità con il diritto dell'Unione, tale da discostarsi dalla giurisprudenza in materia elaborata negli altri Stati membri, quali la Germania e l'Italia, si riscontra nella decisione del Tribunale costituzionale polacco del 2021, con cui, nel dichiarare l'incompatibilità di norme del diritto europeo con diversi articoli della Carta costituzionale<sup>16</sup>, si è

<sup>11</sup> G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, M. BASSINI, *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019, 5 ss.

<sup>12</sup> La Corte di giustizia ha dichiarato che dall'art. 19 TUE, nella parte in cui dispone un obbligo per gli Stati membri deriva un obbligo «to provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law» discendono effetti diretti, cfr. Corte di giustizia, Causa C-824/18, *A.B. and Others v Krajowa Rada Sądownictwa and Others*, ECLI:EU:C:2021:153, par.142; Corte di giustizia, Causa C-430/21, *RS*, ECLI:EU:C:2022:99, par. 58, cfr. L.B. LARSEN, *Rule of Law and Independence of National Judges*, in B. CAROTTI (a cura di), *Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, Stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali*, Roma, 2022, 100.

<sup>13</sup> La Corte di giustizia ha inserito all'interno della tutela del principio di indipendenza giudiziaria la discrezionalità del giudice di promuovere un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, considerando lesive del diritto dell'Unione misure nazionali volte a limitare tale discrezionalità, cfr. Corte di giustizia Causa C-558/18, *Miasto Łowicz e Prokurator Generalny zastępowany przez Prokuraturę Krajową, inizialmente Prokuratura Okręgowa w Płocku c. Skarb Państwa – Wojenoda Łódzki e altri*, ECLI:EU:C:2020:234, par. 59. Cfr. G. PITRUZZELLA, *L'integrazione tramite il valore dello "Stato di diritto"*, in B. CAROTTI (a cura di), *Identità nazionale cit.*, 135. Sul rinvio pregiudiziale si rinvia a C. IANNONE (a cura di), *Il Rinvio Pregiudiziale*, Torino, 2020.

<sup>14</sup> G. PITRUZZELLA, *L'integrazione tramite il valore cit.*, 133.

<sup>15</sup> A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.

<sup>16</sup> *Trybunał Konstytucyjny*, sent. 7 ottobre 2021, causa K 3/21, con cui si è dichiarata l'incom-

negato che i Trattati UE fossero fonti prevalenti su quelle interne. Va considerato che, nel caso richiamato, il disconoscimento del primato del diritto dell'UE va inserito all'interno di un contesto più ampio, connotato da una tensione tra l'ordinamento polacco e l'Unione europea sugli stessi principi dello Stato di diritto<sup>17</sup>.

Fondamento dell'effettività della protezione giudiziaria è ancora il principio dell'indipendenza del potere giudiziario nel suo complesso e del singolo giudice in particolare, indipendenza tutelata anche attraverso l'art. 47 della Carta dei diritti dell'Unione europea, da cui discende il diritto ad un «ricorso effettivo e a un giudice imparziale»<sup>18</sup>. Emerge in questo contesto l'esistenza di un nesso inscindibile tra rimedi effettivi e indipendenza dei giudici<sup>19</sup>. Dall'art. 19 TUE, il cui campo di applicazione, diversamente dall'art. 47 della Carta dei diritti, non dipende dall'implementazione del diritto dell'Unione europea, discende, infatti, un obbligo per gli Stati membri di proteggere l'indipendenza delle proprie corti<sup>20</sup>.

---

patibilità degli artt. 2, 7, 8, 90, 91, 178 Cost. polacca con gli artt. 1, par. 1 e 2, l'art. 2 e l'art. 19, par. 1, secondo comma del Trattato sull'Unione europea; cfr. J. SAWICKI, *La collisione insanabile tra diritto europeo primario e diritto costituzionale interno come prodotto della manomissione ermeneutica di quest'ultimo*, in *DPCE Online*, 4, 2021, 16 ss.; C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polesxit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *federalismi.it*, 24, 2021, XX ss.; E. CUKANI, *Il "Polish Gate" e l'"European law enforcement"*, in *DPCE Online*, 1, 2022, 29 ss.

<sup>17</sup> S. TROILO, *Controlimiti versus Stato di diritto? Gli esiti della giurisdizionalizzazione dello scontro fra Unione europea e Polonia sull'indipendenza della magistratura*, in *Giurcost.it*, 2022, 116 ss.; M. DANI, *Crisi dello stato di diritto: un decennio di mancata autorigenrazione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2021, 210-214. Sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia cfr. N. PALAZZO, *L'Unione attiva il meccanismo per la tutela dello stato di diritto (c.d. Rule of Law Framework) contro la Polonia*, in *DPCE Online*, 1, 2017; M.A. ORLANDI, *La Polonia di Kaczyński: l'approvazione del "pacchetto giustizia" e l'avvio della procedura dell'art. 7 TUE*, in *DPCE Online*, v. 33, n. 4, 2018; A. CIRCOLO, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in *DPCE Online*, 1, 2019; M. FERRARA, *Commissione europea contro Polonia, atto secondo. La Corte di giustizia ancora a difesa dell'indipendenza dei magistrati polacchi e della Rule of Law*, in *DPCE Online*, 1, 2020; G. DELLEDONNE, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in *DPCE Online*, 3, 2020; M. MAZZA, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, in *DPCE Online*, 4, 2021; S. GIANELLO, *L'indipendenza dei giudici polacchi ancora sotto la lente di Strasburgo: la decisione Dolinska-Ficek and Ozimek*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2022, 183-186.

<sup>18</sup> Sulla differenza tra l'applicazione dell'art. 47 della Carta dei diritti dell'UE e l'art. 19 TUE cfr. G. PITRUZZELLA, *L'integrazione cit.*, 134. Si sottolinea che l'applicazione della Carta dei diritti dell'UE è condizionata alla circostanza che si possa avere un'implementazione del diritto dell'UE, in base a quanto disposto dall'art. 51, par. 1, della Carta, mentre l'art. 19 TUE si applica per ogni autorità che abbia giurisdizione sull'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione, cfr. G. PITRUZZELLA, *Identità nazionale cit.*, 134. La Corte di Giustizia ha però aggiunto che l'art. 19 TUE deve interpretarsi alla luce di quanto disposto dall'art. 47 della Carta, cfr. Corte di Giustizia UE, sent. 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione europea contro Repubblica di Polonia*, ECLI:EU:C:2019:531.

<sup>19</sup> G. PITRUZZELLA, *L'integrazione cit.*, 130.

<sup>20</sup> Corte di Giustizia UE, sent. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, par. 42-46; Corte di Giustizia UE, cause riunite

L'importanza che sia preservata l'indipendenza degli organi giudiziari, in modo che sia assicurato il principio della tutela giurisdizionale dei diritti garantiti dall'Unione, ha trovato accoglimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>21</sup>, secondo la quale l'art. 19 TUE concretizza il principio di *rule of law*, imponendo agli Stati membri di prevedere rimedi giurisdizionali effettivi nell'ambito del diritto europeo<sup>22</sup>.

Nella prospettiva di assicurare una simile tutela giurisdizionale, la Corte di giustizia europea ha poi considerato in modo elastico la qualificazione di organo giudiziario nazionale ai fini del rinvio pregiudiziale. I giudici europei, infatti, nel dichiarare ricevibile una domanda pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale, la cui nomina era messa in discussione per carenza di indipendenza, hanno affermato di presumerne «l'origine legale dell'organo considerato, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, il fatto che il suo procedimento si svolga in contraddittorio, l'applicazione, da parte di detto organo, delle norme giuridiche, nonché la sua indipendenza», in tal modo consentendo ampio accesso alla giustizia europea e garantendo la massima apertura ai fini dell'effettività della tutela dei diritti<sup>23</sup>.

## 2. *L'indipendenza del potere giudiziario come principio di raccordo tra l'effettività della protezione giudiziaria e il principio di rule of law*

Si può affermare che il principio dell'indipendenza del potere giudiziario dia forma al concetto di *rule of law* come richiamato nell'art. 2 TUE, che costituisce uno dei valori su cui si fonda l'Unione europea<sup>24</sup>. In tal senso il regolamento

---

C357/19, C379/19, C547/19, C811/19 e C840/19, *Euro Box Promotion and Others (Criminal Proceeding against PM and Others)*, ECLI:EU:C:2021:1034. Sul rapporto tra le due norme richiamate, cfr. M. COLI, *The Judgment of the CJEU in Commission v. Poland II (C-192/18): the Resurgence of Infringement Procedures as a Tool to Enforce the Rule of Law?*, in *Diritti comparati*, 2019, 1 ss.; G. REPETTO, *Incroci (davvero) pericolosi. Il conflitto giurisdizionale sull'indipendenza dei giudici tra Lussemburgo e Varsavia*, in *Diritti comparati*, 2018, 1 ss.

<sup>21</sup> Corte di Giustizia UE, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* cit.

<sup>22</sup> Corte di Giustizia UE, sent. 25 luglio 2018, causa C-216/18, *Minister for Justice and Equality c. LM*, ECLI:EU:C:2018:586; Corte di Giustizia UE, sent. 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, ECLI:EU:C:2019:924. Cfr. J. MAZZURI, *Su alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'UE: fra perfezionamento di un modello internazionale di indipendenza della magistratura e tentativi di riforma del CSM italiano*, in *DPCE Online*, 1, 2020, 968 ss.

<sup>23</sup> Corte di Giustizia UE, sent. 29 marzo 2022, causa C-132/20, *BN e a. contro Getin Noble Bank S.A.*, ECLI:EU:C:2022:235, par. 66.

<sup>24</sup> Art. 2 TUE: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto (*rule of law*) e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

sulla condizionalità dello Stato di diritto<sup>25</sup>, nel definire il nucleo che costituisce l'essenza del *rule of law* contempla oltre il principio di legalità, la certezza del diritto, il divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, la separazione dei poteri, la non discriminazione e l'uguaglianza di fronte alla legge anche la tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali.

Nel tempo, infatti, il concetto di *rule of law* ha acquisito all'interno dell'Unione europea un significato sempre maggiore; la sua evoluzione da principio a valore fondante dell'Unione<sup>26</sup> è stata accompagnata anche dall'acquisizione di un significato semanticamente non del tutto coincidente rispetto a quello di Stato di diritto elaborato all'interno degli Stati membri, a sua volta distinguibile nelle diverse realtà nazionali<sup>27</sup>. Vi è, invero, da rilevare che, anche se nelle traduzioni ufficiali dei documenti europei il *rule of law* è definito come Stato di diritto, le due espressioni non sono giuridicamente coincidenti e, in tal senso, il riferimento al *rule of law* appare più coerente all'ordinamento europeo rispetto al concetto di Stato di diritto, per il particolare rilievo che questo attribuisce sia allo Stato, inteso come protagonista nella produzione del diritto, sia alla legge, come atto dotato di una propria legittimità perché espressione della sovranità popolare e, in quanto tale, considerata come strumento privilegiato per assumere decisioni autoritative. Come è stato sottolineato, «*while the reality of a Stato di diritto is the self-subordination of the state by its own law, in the case of the rule of law the state is subordinated to a law which is not its own product*»<sup>28</sup>. Il principio di *rule of law* esprime, infatti, un diverso

<sup>25</sup> Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020, in GUUE L 433 del 22.12.2020. I principi giuridici che costituiscono l'essenza del principio di *rule of law* europeo erano già stati indicati nella Comunicazione della Commissione “*A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*”, COM (2014) 158 e nella Comunicazione “*Further strengthening the Rule of Law within the Union. State of Play and possible next steps*”, COM(2019) 163. Cfr. E. CUKANI, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, 2021; A. BARAGLIA, *La condizionalità a difesa dei valori fondamentali dell'Unione nel cono di luce delle sentenze C-156/21 e C-157/21*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2022, 371-374.

<sup>26</sup> W. SCHROEDER, *The Rule of Law as a Value in the Sense of Art. 2 TUE: What does it mean and Imply*, in A.V. BOGDANDY ET AL. (a cura di), *Defending Checks and Balances in EU Member States. Taking Stock of Europe's Actions*, ebook, 2021, 105. Criticamente, l'Autore sostiene che “*The idea that Article 2 TEU orders and supervises a federal statetype constitutional homogeneity – vertically as well as horizontally – is not compatible with such a model of constitutional pluralism as it is after all laid down explicitly in the Treaty*”, 110.

<sup>27</sup> Anche i concetti di Stato di diritto, *État de droit*, *Rechtsstaat* non sono semanticamente equivalenti, rinviando ad un diverso equilibrio tra l'autorità e la libertà, cfr. E. SANTORO, *Lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Torino, 2008, 3. Sulle differenze tra *rule of law* e *Rechtsstaat* cfr. R. BIN, *Stato di diritto*, in *Enciclopedia giuridica*, Annali IV, 2011, 1152-1153; ID, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2017, 7; A. GATTI (a cura di), *Il Rule of Law in Europa*, Genova, 2023. Sulla distinzione tra *rule of law* e Stato di diritto, G.M. SALERNO, *European Rule of Law: un principio in cerca d'autore*, in *federalismi.it*, n. 19, 2020, 2 ss.

<sup>28</sup> G. PALOMBELLA, *The Rule of Law and its Core*, in G. PALOMBELLA, N. WALKER, *Relocating the Rule Law*, Oxford, 2009, 26, in G.M. SALERNO, *European Rule of Law*, cit., 5, nt. 11.

modo di concepire il rapporto tra diritto e democrazia<sup>29</sup>, assoggettando ogni potere non necessariamente alla legge, ma anche a vincoli eteronomi volti a tutelare la comunità. Esso risulta, pertanto, più funzionale all'assetto istituzionale dell'ordinamento europeo, che non presenta i medesimi tratti di democraticità e di separazione dei poteri che contraddistinguono gli Stati membri<sup>30</sup>.

Il concetto di *rule of law* europeo comprende le fattezze più significative dell'originaria concezione del principio di *rule of law*, formatosi nel *common law* britannico<sup>31</sup>. Dell'elaborazione di Dicey<sup>32</sup> resta, infatti, confermata la centralità della tutela giurisdizionale, del principio di eguaglianza, del riconoscimento di un insieme di diritti/principi che si sono evoluti acquisendo la loro specificità nel contesto europeo, mantenendo in comune con gli Stati membri e includendo in sé molti dei principi generali dello Stato di diritto elaborati nei singoli ordinamenti.

In questo contesto, l'indipendenza giudiziaria acquisisce un significato fondamentale, poiché rappresenta il punto di raccordo tra l'effettività della protezione giudiziaria dei diritti previsti nel diritto europeo e il *rule of law*<sup>33</sup>, il cui rispetto costituisce la clausola di omogeneità costituzionale e valoriale degli Stati membri, oltre che dell'Unione stessa<sup>34</sup>.

Questo stesso orientamento è espresso anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo quando afferma che «*judicial independence is a prerequisite to the rule of law*»<sup>35</sup>, collegando l'attuazione della Convenzione con le garanzie dell'indipendenza da attuarsi sul piano nazionale<sup>36</sup>.

<sup>29</sup> E. SANTORO, *Lo Stato di diritto* cit., 9.

<sup>30</sup> G.M. SALERNO, *European Rule of Law: un principio in cerca d'autore*, in *federalismi.it*, n. 19, 2020, 5 ss.

<sup>31</sup> Sul diverso significato del *rule of law* cfr. A. PIN, *Il rule of law come problema. Le sfide dell'Europa centro-orientale, della Brexit e del Medio Oriente*, Napoli, 2021, 27.

<sup>32</sup> A.V. DICEY, *An introduction to the study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, 1885, ristampa 1984, 107 ss.

<sup>33</sup> B. NASCIBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *rivista.eurojus.it*, 2022, 2, 115; ID, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *rivista.eurojus.it*, 2021, 3, 174 ss. L'art. 2 TUE codifica i principi comuni degli Stati membri già previsti nell'art. 6 TUE e che, dal Trattato di Maastricht (1992), passando per quello di Amsterdam (1997), sono giunti fino al Trattato di Lisbona (2007). I valori previsti dall'art. 2 TUE sono il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto, il rispetto dei diritti umani compresi i diritti appartenenti a minoranze.

<sup>34</sup> A. PIN, *Il rule of law come problema* cit., p. 63. La lettura dell'art. 2 TUE va unita con quella dell'art. 7 TUE, norma che ha assunto un preciso rilievo per le procedure avviate dal Parlamento e dalla Commissione nei confronti, rispettivamente, dell'Ungheria e della Polonia e che sono state oggetto di esame nelle sentenze della Corte di giustizia, Causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2022:98.

<sup>35</sup> Corte EDU, *Grzecka v. Poland* [GC], 2022, § 298.

<sup>36</sup> Corte EDU, *Grzecka v. Poland* cit., § 264: «*Judges cannot uphold the rule of law and give effect to the Convention if domestic law deprives them of the guarantees enshrined in the Convention on matters directly touching upon their independence and impartiality*».

Le garanzie poste a tutela dell'indipendenza giudiziaria costituiscono, pertanto, un limite a quelle politiche nazionali volte a pregiudicare gli standard di tutela e a determinarne, quindi, una *regressione* a scapito dell'indipendenza dei giudici e del principio del *rule of law*<sup>37</sup>: l'appartenenza all'Unione comporta, infatti, un'adesione ai valori su cui essa si fonda che va mantenuta e garantita nel tempo<sup>38</sup>, valori che, come affermato recentemente dalla stessa Corte di giustizia, «sono una parte integrante dell'identità dell'UE come ordine giuridico comune, valori che hanno una concreta espressione in principi, comprese delle obbligazioni vincolanti per gli Stati»<sup>39</sup>.

### 3. *L'indipendenza giudiziaria e la tutela multilivello*

Se il ruolo dei giudici ha acquisito una dimensione complessa ed una proiezione multilivello, anche le garanzie previste per la loro indipendenza devono operare a livelli diversi. La conformità ai valori dell'Unione, in particolare al *rule of law*, assume, in questo senso, un particolare rilievo perché consente di definire un quadro di riferimento comune tra gli Stati membri e a livello europeo<sup>40</sup>.

Si deve, peraltro, considerare che non sussiste un contrasto tra la tutela dell'indipendenza a livello europeo e la competenza degli Stati membri sulla disciplina del proprio ordinamento giudiziario. Il *rule of law* europeo richiede,

<sup>37</sup> Corte di giustizia, Causa C-896/19, *Repubblica c. Il-Prim Ministru*, ECLI:EU:C:2021:311, par. 63, in merito al divieto per gli Stati membri di porre modifiche alla propria legislazione che possano ridurre il livello di protezione del *rule of law*. Cfr. anche la proposta di risoluzione del 19 ottobre 2021, presentata dal Parlamento europeo sulla crisi dello Stato di diritto. La risoluzione fa seguito alla vicenda definita dalla sentenza della Corte di giustizia del 3 giugno 2021, con cui si è rigettato un ricorso proposto dall'Ungheria nei confronti della procedura avviata dal Parlamento europeo ai sensi dell'art. 7 TUE e alla decisione del Tribunale costituzionale polacco del 14 luglio 2021 con cui si è rivendicato il primato del diritto nazionale sul diritto dell'Unione con riferimento all'adozione di una legge istitutiva di un nuovo regime disciplinare per i giudici, in opposizione ad una ordinanza cautelare dell'8 marzo 2020 con cui la Corte di giustizia aveva disposto l'immediata sospensione della legge, sul presupposto che le competenze esercitate dal giudice europeo erano ritenute *ultra vires* ed in contrasto con la Costituzione polacca, cfr. G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione in fieri*, in *Sistema penale*, 2022, 11.

<sup>38</sup> Corte di giustizia, Causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2021:97; Corte di giustizia, Causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, cit.

<sup>39</sup> Corte di giustizia, C-156/21, *Ungheria c. Parlamento europeo* cit.; Corte di giustizia, Causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, cit.; Corte di giustizia, Causa C-132/20, *BN e a. contro Getin Noble Bank S.A.*, ECLI:EU:C:2022:235. K. LENAERTS, *New Horizons for the Rule of Law Within the Eu*, in *German Law Journal*, 2020, 21, 29-34.

<sup>40</sup> Raccomandazione CM/Rec (2010)12 *of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities*.

infatti, l'indipendenza della magistratura per garantire una protezione giudiziaria effettiva ai fini dell'attuazione dell'art. 19 TUE, lasciando, però, ampio margine agli Stati membri riguardo al modo in cui implementarne la tutela, in base alle proprie tradizioni costituzionali e ai propri modelli di separazione dei poteri, purché nel rispetto dei contenuti dell'art. 2 TUE<sup>41</sup>.

Gli Stati membri devono, pertanto, prevedere disposizioni relative alla composizione degli organi giurisdizionali, alla nomina dei loro componenti, alla durata del servizio, così come alle cause di astensione, di ricazione e di revoca dei membri<sup>42</sup>, elementi questi che qualificano il concetto di tribunale istituito per legge<sup>43</sup> e che devono essere presenti al fine di garantire entrambi i profili dell'indipendenza giudiziaria, tanto quella interna quanto quella esterna.

Per valutare l'aspetto interno dell'indipendenza si richiede che l'autorità competente si trovi in posizione di terzietà rispetto alle parti della controversia, concretizzandosi in tal modo la tutela dell'imparzialità del giudice, intesa come equidistanza dalle parti della controversia e dai loro interessi circa l'oggetto del contendere<sup>44</sup>.

Sotto questo profilo, la Corte di giustizia richiama la giurisprudenza della Corte EDU sull'imparzialità, tutelata dall'art. 6, par. 1 CEDU<sup>45</sup>, in cui si provvede a distinguere un approccio soggettivo o oggettivo dell'imparzialità dei giudici<sup>46</sup>. Nel primo caso si tiene conto della convinzione personale e del comporta-

---

<sup>41</sup> Nello stesso senso anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato come né l'art. 6 né altre disposizioni della CEDU, impongono agli Stati un determinato modello costituzionale che delinei le relazioni e l'interazione tra i diversi poteri statali, né obbligano tali Stati a conformarsi all'una o all'altra nozione costituzionale teorica riguardante i limiti ammissibili a un'interazione del genere, cfr. Corte EDU, 6 maggio 2003, *Kleyn e altri c. Paesi Bassi*, 2006, § 193; *Sacilor Lormines c. Francia*, 2018, § 59; *Thiam c. Francia*, 2018, § 62. Cfr. Corte di giustizia, Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C625/18, *A.K. cit.*, par. 130.

<sup>42</sup> Corte di giustizia, Causa C-109/07, *Pilato*, ECLI:EU:C:2008:274, par. 24; Corte di giustizia, Causa C-175/11, *D. e A.*, ECLI:EU:C:2013:45, par. 97; Corte di giustizia, Causa C-222/13, *TDC*, ECLI:EU:C:2014:2265, par. 32; Corte di giustizia, Causa C-506/04, *Graham J. Wilson v Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, ECLI:EU:C:2006:587, par. 49-53.

<sup>43</sup> Corte di giustizia, Cause riunite C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, *X e Y*, ECLI:EU:C:2022:100, par. 57. Cfr. A. ROSANÒ, *La nozione di tribunale costituito per legge nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea: considerazioni alla luce di alcune recenti sentenze*, in *rivista.eurojus.it*, 2021, 3, 49.

<sup>44</sup> Corte di giustizia, Causa C-274/14, *Banco di Santander SA*, ECLI:EU:C:2020:17.

<sup>45</sup> L'art. 6 § 1 CEDU richiede che ogni causa sia esaminata da un «*independent and impartial tribunal*», secondo la Giurisprudenza della Corte Edu «*The concepts of "independence" and "impartiality" are closely linked and, depending on the circumstances, may require joint examination*» cfr. Corte EDU, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* [GC], 2018, §§ 150- 152; *Denisov v. Ukraine* [GC], 2018, §§ 61-64. R. SPANO, *The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention on Human Rights: the Strasbourg Court and the Independence on the Judiciary*, in *Eur. Law J.*, 2021, 27, 211 ss.

<sup>46</sup> Corte EDU, *Kleyn e altri c. Paesi Bassi cit.*, § 191; Corte EDU *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo cit.*, §§ 145, 147 e 149.

mento del giudice, esaminando se abbia dato prova di parzialità o di pregiudizi personali nel caso di specie<sup>47</sup>. Secondo un approccio oggettivo si valuta, invece, se il tribunale abbia offerto attraverso la sua composizione, garanzie sufficienti per escludere qualsiasi legittimo dubbio sulla sua imparzialità; questa consiste «nel chiedersi se, indipendentemente dalla condotta personale del giudice, taluni fatti verificabili autorizzino a porre in dubbio l'imparzialità di quest'ultimo»<sup>48</sup>. Si evidenzia, inoltre, che sotto questo profilo «anche le apparenze possono avere importanza»<sup>49</sup>.

Queste indicazioni della giurisprudenza della Corte EDU introducono nella configurazione dell'imparzialità un elemento ulteriore e importante relativo alla percezione dell'indipendenza del giudice, che deve essere tenuta in considerazione alla stregua degli altri fattori. Anche la Corte di giustizia si mostra attenta alla mancanza di apparenza d'indipendenza o di imparzialità degli organi giudiziari, che ritiene possa essere «tale da ledere la fiducia che la giustizia deve ispirare [...] in una società democratica»<sup>50</sup>.

In particolare, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si riconduce nel profilo interno dell'indipendenza giudiziaria anche il caso di indebite pressioni provenienti dall'interno dello stesso sistema giudiziario. Si tratta di cause relative soprattutto a paesi dell'Est europeo, in cui le modalità

<sup>47</sup> Secondo la Corte EDU, l'imparzialità soggettiva di un giudice deve essere presunta fino a prova contraria, cfr. Corte EDU, *Previti c. Italia* (n. 2), 2013; *Micallef v. Malta* [GC], 2009, § 94; *Le Compte, Van Lewen and De Meyere v. Belgium*, 1981, § 58; *Kyprianou v. Cyprus* [GC], 2005, § 119; *Hauschildt v. Denmark*, 1989, § 47. Ai fini dell'imparzialità, i giudici sono tenuti alla massima discrezione sulle vicende oggetto del giudizio, cfr. Corte EDU, [GC], *Morice c. Francia*, 2015, § 72 ss.; inoltre, secondo la Corte un giudizio negativo in merito all'imparzialità soggettiva non può essere dedotta dal mero contenuto delle decisioni pronunciate contro il ricorrente o dalla presenza di errori di fatto o di diritto o in caso di annullamento di una sentenza da parte di una giurisdizione di grado superiore, cfr. Corte EDU, *Bracci c. Italia*, 2018 § 52; *Sofri e altri c. Italia*, 2003. Secondo la Corte la «mere expression of sentiments of courtesy or sympathy towards a civil party could not be seen in itself as a reflection of bias against the defendant but, on the contrary, could be said to show the "human face" of the justice system» cfr. Corte EDU, *Karrar v. Belgium*, 2021, § 35. Cfr. G. CANESCHI, *L'imparzialità del giudice nel prisma della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e le ricadute sull'ordinamento interno*, in *Archivio Penale*, 2022, 2, 4 ss.

<sup>48</sup> Secondo la Corte EDU «it is decisive is whether the fear can be held to be objectively justified», cfr. *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, 1996, § 58; *Padovani v. Italy*, 1993, § 27.

<sup>49</sup> Corte EDU, *Castillo Algar v. Spain*, 1998, § 45; *Morice v. France* cit., § 78; *Škerlj v. Croatia*, 2019, § 43. Corte di giustizia, Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C625/18, *A.K.* cit., par. 128. Secondo la Corte di giustizia, l'imparzialità oggettiva e l'indipendenza devono essere esaminate insieme.

<sup>50</sup> Corte di giustizia, (Grande Sezione), Causa C-192/18, p. 153. La Corte si sofferma nell'evidenziare se la Sezione disciplinare della Corte suprema polacca avrebbe potuto generare dubbi nei singoli in merito alla propria indipendenza sia con riferimento alla propria impermeabilità rispetto a elementi esterni quali influenze dirette o indirette dei poteri legislativo ed esecutivo sia con riferimento alla propria neutralità rispetto agli interessi contrapposti. La Corte afferma l'importanza che venga dato rilievo alla «fiducia stessa che ogni giudice deve ispirare ai singoli in una società democratica» par. 127.



organizzative del potere giudiziario non sempre sono idonee a preservare l'indipendenza dei giudici<sup>51</sup>.

Nella Raccomandazione *Independence, Efficiency and Responsibilities* del 2010<sup>52</sup> si condivide questa accezione di indipendenza interna, definendola per la prima volta in un testo sovranazionale<sup>53</sup>, come la condizione di ogni singolo giudice che non deve essere sottoposto a «*any restriction, improper influence, pressure, threat or interference, direct or indirect, from any authority, including authorities internal to the judiciary*». Si specifica, inoltre, che «*Hierarchical judicial organisation should not undermine individual independence*»<sup>54</sup>.

L'indipendenza esterna mira, invece, a garantire l'autorità giudiziaria dall'assenza di indebite pressioni provenienti da terzi, frequentemente dal potere esecutivo<sup>55</sup>. Anche in questo caso, nella Raccomandazione del 2010 si sottolinea che non si tratta di un «*privilege granted in judges' own interest*», ma di una prerogativa «*in the interest of the rule of law and of persons seeking and expecting impartial justice*»<sup>56</sup>. La Corte di giustizia ha, infatti, affermato come «conformemente al principio della separazione dei poteri che caratterizza il funzionamento di uno Stato di diritto, l'indipendenza dei giudici dai poteri legislativo ed esecutivo deve essere garantita»<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> Corte EDU, *Agrokompleks v. Ukraine*, 2011, § 137; *Parlov-Tkalčić v. Croatia*, 2009, § 86; *Daktaras v. Lithuania*, 2000, § 36; *Moiseyev v. Russia*, 2008, § 184. G. PITRUZZELLA O. POLLICINO, M. BASSINI, *Corti europee* cit., XIX.

<sup>52</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities La Raccomandazione, atto di *soft law*, adottata il 17 novembre 2010 dal Comitato dei Ministri degli Stati membri intitolata *Indipendenza, Efficacia, Responsabilità*, aggiorna la precedente del 1994 e nel recepire i principi già espressi nei precedenti pareri del CCEJ, dedica il capitolo IV *Councils for the Judiciary*. Definisce i Consigli di giustizia quali organi indipendenti, previsti dalla Costituzione o dalla legge ordinaria, con la funzione di salvaguardare l'indipendenza dell'ordine giudiziario e dei singoli giudici e di promuovere l'efficiente funzionamento del sistema giudiziario. Nel 2010 il CCJE ha adottato la *Magna Carta of Judges*, un documento che riassume le principali conclusioni dei vari pareri in materia di giustizia e codifica i principi fondamentali, primo tra tutti quello dell'indipendenza del potere giudiziario; in particolare il principio n. 13 è dedicato proprio ai *Councils for the Judiciary*: «*To ensure independence of judges, each State shall create a Council for the Judiciary or another specific body, itself independent from legislative and executive powers, endowed with broad competences for all questions concerning their status as well as the organization, the functioning and the image of judicial institutions. The Council shall be composed either of judges exclusively or of a substantial majority of judges elected by their peers. The Council for the Judiciary shall be accountable for its activities and decisions.*».

<sup>53</sup> P. ORTEGO GIL, *Breves reflexiones sobre la división de poderes y la administración de justicia en España durante el siglo XIX*, in *Revista de Historia Constitucional*, 2019, 499-544.

<sup>54</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12, art. 22.

<sup>55</sup> Corte di giustizia, Cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, Asociația «*Forumul Judecătorilor din România*» e altri c. *Inspekția Judiciară e altri*, ECLI:EU:C:2021:393; Corte di giustizia, Causa C-109/07, *Jonathan Pilato v. Jean-Claude Bourgault*, ECLI:EU:C:2008:274.

<sup>56</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12, art. 11.

<sup>57</sup> Corte di giustizia, (Grande sezione), Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.*

Sempre riguardo al profilo dell'indipendenza, la Corte EDU, per valutare se un organo giurisdizionale possa essere considerato indipendente ai sensi dell'articolo 6, par. 1 CEDU, pone l'attenzione sulle modalità di nomina e sulla durata del mandato dei suoi membri, sull'esistenza di garanzie contro il rischio di pressioni esterne e sulla verifica se l'organo di cui trattasi appaia indipendente<sup>58</sup>.

Nello stesso senso la giurisprudenza della Corte di giustizia afferma che l'indipendenza esterna «presuppone che l'organo interessato eserciti le sue funzioni in piena autonomia, senza essere oggetto ad alcun vincolo gerarchico o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte, con la conseguenza di essere quindi tutelato dagli interventi o dalle pressioni esterne idonei a compromettere l'indipendenza del giudizio dei suoi membri e a influenzare le sue decisioni»<sup>59</sup>. Al fine di garantire questo aspetto sono prese in considerazione la presenza di talune garanzie, come l'inaffidabilità e l'adeguatezza della retribuzione<sup>60</sup>.

La Corte di giustizia preme a sottolineare, però, come sia indispensabile l'esame del contesto nazionale legale e fattuale<sup>61</sup>. La nomina da parte dell'Esecutivo può non essere di per sé sufficiente per ledere il principio dell'indipendenza giudiziaria; va, infatti, valutato se i giudici mantengono la libertà di svolgere le proprie funzioni senza subirne influenze<sup>62</sup>. Medesima argomentazione si riscontra nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che non reputa sufficiente la mera nomina da parte dell'autorità politica per considerare lesa l'indipendenza dell'autorità giudicante, richiedendo la necessaria verifica della sussistenza di tutte le garanzie previste all'interno dell'ordinamento<sup>63</sup>.

cit., par. 174, Sull'importanza di garantire la separazione del potere giudiziario da quello esecutivo e legislativo cfr. anche Corte EDU, *Svilengacánin and Others v. Serbia*, 2021, § 64; *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland*, 2021, §§ 349-353; *Grzęda v. Poland* [GC], 2022 §§ 298 e 301-303; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* [GC], 2018, § 196.

<sup>58</sup> Corte EDU *Kleyn and Others v. the Netherlands* [GC], 2003, § 190; *Langborger v. Sweden*, 1989, § 32; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* cit., §§ 153-156 par. 144 e giurisprudenza ivi richiamata: *Findlay v. the United Kingdom*, 1997, § 73, *Reports of Judgments and Decisions* 1997, *Tsanova-Gecheva*, § 106; Corte di giustizia (Grande sezione), Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. cit.*, CGUE (Grande sezione), *A.K.*, cit., par. 127

<sup>59</sup> Corte di giustizia, Causa C-192/18, *Commissione europea c. Polonia*, ECLI:EU:C:2019:924 CGUE, Corte di giustizia, Causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality c. LM*, ECLI:EU:C:2018:586, par. 63. Cfr. G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, M. BASSINI, *Corti europee* cit., XVII.

<sup>60</sup> G. PITRUZZELLA, *Stato di diritto* cit., 13

<sup>61</sup> Corte di giustizia, Causa C-824/18, *A.B. e altri c. Krajowa Rada Sądownictwa e altri*, ECLI:EU:C:2021:153, par.187 e 188.

<sup>62</sup> Corte di giustizia, Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. contro Krajowa Rada Sądownictwa e CP e DO contro Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982; Corte di giustizia, Causa C-824/18. *A.B. e altri c. Krajowa Rada Sądownictwa e altri* cit.; Corte di giustizia, Causa C-896/19, *Repubblica v. Il-Prim Ministru*, ECLI: EU:C:2021:311, par. 63-65.

<sup>63</sup> Corte EDU, *Campbell e Fell v. the United Kingdom*, § 79. Tra le decisioni che si soffermano sull'indipendenza dall'Esecutivo cfr. Corte EDU, *Clarke v. the United Kingdom* 2005; *Guðmundur*

Risulta quindi imprescindibile un'analisi che si soffermi sul contesto nazionale per accertare l'effettiva presenza di ingerenze e pressioni tali da ledere l'indipendenza del giudice.

Una differenza, però, può essere colta tra la giurisprudenza della Corte EDU e quella della Corte di giustizia europea in tema di promozione della tutela dell'indipendenza. La Corte europea dei diritti dell'uomo riconduce la tutela del principio all'interno del *fundamental rights discourse*, tutelando, tramite l'art. 6, par. 1 CEDU, il diritto ad un giudice indipendente e imparziale<sup>64</sup>. Nel sistema europeo, invece, il principio di indipendenza è inserito nel *rule of law discourse*, che consente di esaminare l'indipendenza da due diverse prospettive. Da una parte, l'art. 47 della Carta dei diritti riconosce «*the rights of persons involved in court proceedings*» di avere un giudice indipendente e imparziale, in una direttrice analoga a quella elaborata dalla Corte EDU; da un'altra parte, però, e in questo caso differenziandosi dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'indipendenza dei giudici nazionali è garantita *direttamente* per via della loro capacità di attuare e di implementare il diritto europeo. In questa prospettiva, l'indipendenza giudiziaria assurge a principio di importanza *costituzionale* nel garantire il funzionamento del sistema di tutela dell'UE. Non va, poi, trascurato che anche all'interno della giurisprudenza della Corte EDU si possa estendere la portata delle garanzie relative all'indipendenza del giudice. Va ricordata l'opinione del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo Sicilianos in cui si propone un'interpretazione estensiva dell'art. 6, par.1 CEDU, in modo da ricomprendere nella tutela del principio di indipendenza non solo il diritto ad un giudice indipendente, ma anche il «*subjective right for judges to have their individual independence safeguarded and respected by the States*»<sup>65</sup>.

#### 4. L'indipendenza degli organi di garanzia dell'indipendenza giudiziaria nella giurisprudenza europea

Il tema dell'indipendenza giudiziaria pone numerose questioni connesse anche all'indipendenza dei Consigli di giustizia, cioè facendo riferimento a quegli

---

*Andri Ástráðsson v. Iceland* [GC], 2020, §§ 207 ss.; *Flux v. Moldova* (no. 2), 2007, § 27; *Zolotas v. Greece*, 2005, § 24; *Henryk Urban and Ryszard Urban v. Poland*, 2010, § 49; *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, 1984, § 79; *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* [GC], 2013, § 49. Tra le decisioni che si occupano dell'indipendenza dal Parlamento cfr. Corte EDU, *Sacilor Lormines v. France*, 2006, § 67; *Pabla Ky v. Finland*, 2004, §§ 31-35; *Filippini v. San Marino* 2003; *Ninn-Hansen v. Denmark* 1999.

<sup>64</sup> R. SPANO, *The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention of Human Rights: the Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary*, in *Eur. Law J.*, 2021, 211.

<sup>65</sup> Cfr. Opinione concorrente del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo Sicilianos, espressa nel caso *Baka c. Hungary*, 16 luglio 2012, par. 13, in K. LENAERTS, *The Two Dimension of Judicial Independence in the EU Legal Order*, in AA.VV., *Fair Trial: Regional and International Perspectives*, Limas, 2020, 334.

organi, variamente denominati, che sono istituiti nei singoli ordinamenti a garanzia dell'indipendenza giudiziaria<sup>66</sup>.

Si tratta di un profilo che è stato oggetto di attenzione recentemente anche da parte del Parlamento europeo nella proposta di risoluzione sullo Stato di diritto 2021, in cui, nell'affermare l'importanza del ruolo dei Consigli di giustizia nella salvaguardia dell'indipendenza della magistratura, si è sottolineato come il tema della loro composizione, così come quello della nomina dei giudici, costituisca frequentemente un aspetto problematico<sup>67</sup>.

Nella giurisprudenza europea si trova conferma dell'importanza attribuita al ruolo degli organi di garanzia dell'indipendenza della magistratura, con un'attenzione particolare alla composizione, alle condizioni e alle modalità che hanno presieduto alla nomina dei membri, al fine di valutare il loro grado di indipendenza.

Sotto questo aspetto, si è pronunciata la Corte EDU nel 2022, affermando che *«there is a clear link between the guarantee of judicial independence and the integrity of the judicial appointment process and the requirement of judicial independence and the autonomy of the national body with responsibility for safeguarding the independence of the courts and judges»*<sup>68</sup>.

La Corte EDU si è espressa in merito alla necessità di tutelare i componenti degli organi giudiziari contro ogni misura che potenzialmente possa minarne l'indipendenza, con riferimento anche ai membri dei Consigli di giustizia<sup>69</sup>, valu-

<sup>66</sup> Anche se le esperienze straniere mostrano una grande varietà di organi di garanzia e di governo della magistratura, la dottrina ha provveduto ad elaborare alcuni modelli M. VOLPI, *I Consigli di giustizia* cit., 15 ss. In merito al governo del potere giudiziario sono stati elaborati diversi modelli rinvenibili nelle esperienze dello Stato di diritto; si distingue il modello esterno in cui le principali decisioni sullo statuto della magistratura sono decise da organi esterni al potere giudiziario, come negli Stati Uniti; il modello interno in cui si affida tale compito ad organi interni al potere giudiziario, come l'esperienza francese del 1883 che affidava il potere disciplinare alle sezioni unite della Corte di cassazione e, infine, il modello istituzionale che prevede la creazione di organi ad hoc come l'esperienza francese dalla IV Repubblica in poi, seguita dall'esperienza italiana, portoghese e spagnola, cfr. P.L. MURILLO DE LA CUEVA, *El gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español*, in *Revista de las Cortes Generales*, n. 35, 1995, 167 ss.; F. DONATI, *Dal CSM ai Consigli di Giustizia europei. L'incerta diffusione di un modello costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, 355-373.

<sup>67</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 19 maggio 2022 sulla relazione sullo Stato di diritto 2021 della Commissione (2021/2180(INI)), art. 17.

<sup>68</sup> Corte EDU, *Grzęda v. Poland* [GC], 2022, §§ 300-303 e 345-346, riguardanti il *National Council of the Judiciary* in Polonia. Afferma la Corte che *«It is equally necessary to protect the autonomy of judicial councils (the body with responsibility for safeguarding judicial independence) from encroachment by the legislative and executive powers, notably in matters concerning judicial appointments, and to preserve their role as a bulwark against political influence over the judiciary (§ 346). Moreover, while the Convention does not prevent States from taking legitimate and necessary decisions to reform the judiciary, any reform should not result in undermining the independence of the judiciary and its governing bodies»* (§ 323).

<sup>69</sup> Corte EDU, *Grzęda v. Poland* cit., §§ 303-307; *Bilgen v. Turkey*, 2021, § 58; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* cit., § 196.

tando «*the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of safeguards against external pressure and the question whether the body presents an appearance of independence*»<sup>70</sup>. Le modalità di composizione di tali Consigli sono, infatti, considerate un criterio importante al fine di accertarne l'indipendenza dagli organi politici<sup>71</sup>.

In occasione di un procedimento relativo ad una decisione di revoca di un giudice della Corte suprema, adottata dall'*High Council of Justice* ucraina, organo di garanzia dell'indipendenza della magistratura e oggetto di numerose riforme nel corso di questi ultimi anni, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, infatti, considerato in modo negativo che la maggioranza dei componenti di tale organo fosse eletta o nominata direttamente dal potere esecutivo e legislativo e che nei procedimenti disciplinari i componenti togati fossero in numero estremamente esiguo, circostanza valutata negativamente anche dalla Commissione di Venezia<sup>72</sup>. Nel caso specifico, peraltro, la decisione sulla revoca era stata assunta da sedici membri dell'*High Council of Justice*, di cui solo tre togati eletti da pari<sup>73</sup>.

La decisione ha dato occasione alla Corte europea dei diritti dell'uomo per esprimere le proprie considerazioni anche sulla presenza, tra i componenti dei Consigli di giustizia, di membri di diritto. Nel caso dell'*High Council of Justice* ucraina erano il Ministro della giustizia e il Procuratore generale<sup>74</sup>. Nella vicenda la Corte ha, in generale, reputato inopportuna la presenza all'interno dei Consigli di giustizia di membri di diritto che occupano posizioni apicali nella struttura organizzativa amministrativa o giudiziaria, per il rapporto di dipendenza che permane in virtù della propria posizione, rapporto che potrebbe

---

<sup>70</sup> Corte EDU, *Findlay v. the United Kingdom* cit., 1997 § 73; *Brudnicka and Others v. Poland* cit., § 38.

<sup>71</sup> Corte EDU, *Oleksandr Volkov v. Ukraine* cit., 2013, § 112.

<sup>72</sup> Venice Commission, 15-16 ottobre 2010, CDL-AD(2010)029, par. 29: «*Nonetheless, the composition of the High Council of Justice of Ukraine still does not correspond to European standards because out of 20 members only three are judges elected by their peers (...)*». È stato solo con gli emendamenti approvati il 7 luglio 2010 che l'*PHCJ Act* 1998 è stato modificato prevedendo che dieci membri togati fossero nominati dai loro pari. Le valutazioni svolte dalla Corte Edu nel caso dell'*High Council of Justice* ucraina sono state usate come criterio comparativo nel caso riguardante il Consiglio portoghese cfr. *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* cit., §§ 157-160.

<sup>73</sup> Corte EDU, *Oleksandr Volkov v. Ukraine* cit., § 111.

<sup>74</sup> A giudizio della Corte EDU, infatti, «*The Prosecutor General is a party to many cases which the judges have to decide, and his presence on a body concerned with the appointment, disciplining and removal of judges creates a risk that judges will not act impartially in such cases or that the Prosecutor General will not act impartially towards judges*», *Oleksandr Volkov v. Ukraine* cit., § 114. La scelta di inserire tra i componenti dell'*High Council of Justice* il Procuratore generale, posto all'apice della gerarchia dei procuratori, così come di prevedere che una parte dei componenti fosse espressa dal collegio nazionale dei procuratori sono stati valutati in modo negativo anche dalla Commissione di Venezia; cfr. Commissione di Venezia, 15-16 ottobre 2010, CDL-AD(2010)029. La Commissione di Venezia si è espresso anche successivamente alla riforma del 1998 dell'*High Council of Justice* ucraina, cfr. Commissione di Venezia – Commission, 2-3 Luglio 2021, CDL-AD(2021)018.

infiare l'imparzialità dell'organo di garanzia e l'attività di coloro che sono ad essi subordinati.

A conferma di ciò anche nel caso del Consiglio superiore della magistratura ceco la Corte europea dei diritti dell'uomo ha evidenziato il forte controllo esercitato sui componenti laici dal Ministro della giustizia, competente, tra l'altro, a dare avvio ai procedimenti disciplinari nei confronti dei giudici<sup>75</sup>.

Sempre la Corte EDU, inoltre, ha sottolineato che nel caso dei procedimenti disciplinari rivolti ai giudici è necessario che venga garantita loro una forte rappresentanza attraverso un adeguato numero di componenti togati, in conformità con la *European Charter on the Statute for Judges*<sup>76</sup>.

La prevalenza all'interno dei Consigli di giustizia di componenti provenienti o eletti dal potere politico è stata oggetto di esame anche da parte della Corte di giustizia, che l'ha ritenuta un elemento significativo per valutare l'indipendenza di tali organi. La Corte, infatti, pur esprimendosi positivamente sull'intervento dei Consigli di giustizia nelle procedure di nomina dei giudici, ha ribadito la necessità che essi stessi siano indipendenti dal potere politico.

In particolare, la Corte di giustizia, in riferimento alla partecipazione del *Krajowa Rada Sądownictwa* (KRS), organo di garanzia dell'indipendenza degli organi giurisdizionali e dei giudici polacco, nelle procedure di nomina dei membri della Sezione disciplinare<sup>77</sup>, ha affermato che «l'intervento di un organo siffatto, nel contesto di un processo di nomina dei giudici, può, in linea di principio, certamente essere idoneo a contribuire a rendere obiettivo tale processo»<sup>78</sup>. Alla luce di tale affermazione, la proposta di nomina di un giudice alla Corte suprema formulata dal KRS al Presidente della Repubblica può essere valutata come una misura idonea a delimitarne il margine di discrezionalità, purchè lo stesso KRS sia indipendente sia dal potere legislativo sia da quello esecutivo sia dallo stesso Capo dello Stato.

La Corte ha provveduto, ancora, ad individuare alcuni elementi da considerare ai fini dell'indipendenza dell'organo quali la durata del mandato, la composizione, con riferimento al carattere elettivo dei componenti e, in particolare,

<sup>75</sup> Corte EDU, *Grosam v. the Czech Republic* cit., §§135-139.

<sup>76</sup> Corte EDU, *Oleksandr Volkov v. Ukraine* cit., §109.

<sup>77</sup> Corte di giustizia, Cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. and Others v Sąd Najwyższy, CP v Sąd Najwyższy and DO v Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019.982. La Corte di giustizia ha sottolineato la necessità che le Camere disciplinari siano composte in modo da rispettare le regole a salvaguardia dell'imparzialità e dell'indipendenza della Camera stessa e dei suoi membri, cfr. Corte di giustizia Corte di giustizia, Cause C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19 e C-397/19, *Asociația Forumul Judecătorilor din România' and Others v Inspecția Judiciară and Others*, ECLI:EU:C:2021:393.

<sup>78</sup> Corte di giustizia, Cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. and Others v Sąd Najwyższy*, cit., par. 137.

se direttamente provenienti dal potere politico o eletti da quest'ultimo, oltre che l'analisi di eventuali irregolarità nel procedimento di nomina dei membri<sup>79</sup>.

Si è, pertanto, ribadita la necessità di verificare la sussistenza di legami con l'Esecutivo e il Legislativo, invitando il giudice di rinvio a tener conto del modo in cui il KRS deve adempiere il proprio compito costituzionale di garante dell'indipendenza degli organi giurisdizionali e dei giudici, in base anche alle competenze che gli sono attribuite<sup>80</sup>.

Ancora, la Corte di giustizia richiede un'analisi dei «requisiti sostanziali e delle modalità procedurali che presiedono all'adozione delle decisioni di nomina,» per evitare «di suscitare nei singoli dubbi legittimi in merito all'impermeabilità dei giudici interessati rispetto a elementi esterni»<sup>81</sup>. Il rispetto di tali requisiti costituisce in tal modo una garanzia per l'indipendenza dei giudici e al contempo per l'imparzialità del loro giudizio.

L'aspetto della fiducia che l'organo giurisdizionale deve suscitare nella società è stato oggetto dell'attenzione della Corte EDU, che si è soffermata sul profilo dell'apparenza di un pregiudizio all'indipendenza dell'organo<sup>82</sup>. Da ciò discende, secondo la Corte, la necessità che siano garantite procedure trasparenti

---

<sup>79</sup> Corte di giustizia, Cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. and Others v Sąd Najwyższy* cit., par. 141-142.

<sup>80</sup> Corte di giustizia, Cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. and Others v Sąd Najwyższy* cit. par. 143-144 e 148. Nel caso di specie la Corte ha considerato l'attribuzione alla Sezione disciplinare della competenza esclusiva a conoscere delle cause in materia di diritto del lavoro e della previdenza sociale e di collocamento a riposo riguardanti i giudici della Corte suprema, cause che sino ad allora erano state di competenza dei giudici ordinari. Tale assegnazione alla Sezione disciplinare era avvenuta contemporaneamente all'adozione della nuova legge che aveva introdotto un abbassamento dell'età per il pensionamento dei giudici della Corte suprema, conferendo al Presidente della Repubblica il potere discrezionale di prorogare l'esercizio della funzione giudiziaria di tali giudici al di là dell'età per il pensionamento fissata. Cfr. Corte di giustizia, *A.B. and Others v Krajowa Rada Sądownictwa and Others* cit., par. 135-137. La riforma polacca che ha ridotto i termini per il ritiro dei giudici è stata considerata in contrasto con l'art. 19, par. 1, TUE, cfr. CGUE, sentenza del 5 novembre 2019, *European Commission v. Republic of Poland*, case C-192/18, EU:C:2019:924. Cfr. E. CECCHERINI, *L'indipendenza del potere giudiziario come elemento essenziale dello stato di diritto. La Corte di giustizia dell'Unione europea esprime un severo monito alla Polonia*, in *DPCE Online*, 2019, 3, pp. 2197 ss.

<sup>81</sup> Corte di giustizia, *A.B. and Others v Krajowa Rada Sądownictwa and Others* cit., par. 123.

<sup>82</sup> La Corte europea dei diritti dell'uomo presta attenzione anche all'apparenza di un pregiudizio. Osserva che i membri del Consiglio ucraino che hanno iniziato l'inchiesta preliminare nei riguardi del ricorrente e che hanno inviato la richiesta per il congedo hanno anche preso parte alla decisione sulla rimozione. Afferma la Corte che l'intervento successivo del Parlamento, lungi dall'offrire garanzie per l'indipendenza, contribuito a politicizzare la procedura, ponendosi in contrasto con il principio della separazione dei poteri, *Oleksandr Volkov v. Ukraine* cit., §118. La Corte è ritornata a valutare la composizione dell'High Council of Justice ucraina nel 2018 e, considerando l'ampiezza delle competenze attribuitegli in materia di nomina, revoca e disciplina e lo specifico contesto del sistema ucraino, ha giudicato non dimostrata l'imparzialità e l'indipendenza previste dall'art. 6 CEDU, cfr. Corte EDU, *Denisov V. Ukraine* cit.

per le nomine dei componenti laici dei Consigli, senza le quali resta il pericolo di pressioni esterne<sup>83</sup>. Sotto questo profilo, essa ha reputato non sufficienti i requisiti della durata della copertura dell'ufficio e del soddisfacimento della condizione di buona condotta, laddove manchi la predeterminazione di altri criteri oggettivi idonei a delimitare la discrezionalità delle nomine<sup>84</sup>.

Un altro elemento considerato rilevante ai fini dell'indipendenza dei Consigli di giustizia è l'indipendenza economica dei propri componenti. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha valutato se i componenti del Consiglio lavorino a tempo pieno presso l'organo e, di conseguenza, se siano retribuiti in modo esclusivo. L'erogazione di uno stipendio da parte di altri organi o enti infatti può determinare, a giudizio della Corte, in modo inevitabile, una «*material, hierarchical and administrative dependence on their primary employers and endangers both their independence and impartiality*»<sup>85</sup>. Anche la Corte di giustizia dell'UE collega il principio di indipendenza della magistratura con l'adeguatezza della retribuzione percepita dai giudici<sup>86</sup>.

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si è anche valutata la presenza o meno di garanzie nel caso di rimozione anticipata di un componente togato dal Consiglio di giustizia. Qui l'esclusione della possibilità di accesso ad una corte per sindacare la prematura rimozione dall'incarico è stata esaminata guardando alla presenza di una giustificazione «*on objective grounds in the State's interests*»<sup>87</sup>. Altrettanta attenzione è stata prestata alla possibilità di ricorrere in appello contro le decisioni relative a procedimenti disciplinari o inerenti alle promozioni e alle carriere<sup>88</sup>.

Anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia si riscontra un'analogha verifica sui meccanismi di tutela avverso le decisioni dei Consigli di giustizia. In tal senso, la Corte ha valutato negativamente il fatto che le decisioni del Presidente della Repubblica polacco, riguardanti la nomina di giudici della Corte suprema, non potessero essere oggetto di alcun sindacato giurisdizionale<sup>89</sup>.

<sup>83</sup> Corte EDU *Grosam v. the Czech Republic* cit., §§ 129-139.

<sup>84</sup> Corte EDU *Grosam v. the Czech Republic* cit., § 130. Va comunque precisato che a giudizio della Corte «*The participation of lay judges in a case is not, as such, contrary to Article 6 § 1 (Grosam v. the Czech Republic, 2022, § 126, concerning a disciplinary chamber, the majority of whose members were "lay assessors"; that is, representatives of specifically chosen legal professions; cfr. Corte EDU, Cooper v. the United Kingdom [GC], 2003, § 123*».

<sup>85</sup> Corte EDU, *Oleksandr Volkov v. Ukraine* cit., §113; *Grosam v. the Czech Republic* cit., § 134.

<sup>86</sup> Corte di giustizia, Causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas* cit., par. 42-46.

<sup>87</sup> Corte EDU, *Grzęda v. Poland* cit., §§ 325-326. La Corte applica il test elaborato in occasione del caso *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC], 2007. La Corte ha, peraltro, evidenziato come «*The removal, or threat of removal, of a judicial member of the National Council of the Judiciary during his or her term of office has the potential to affect the personal independence of that member in the exercise of his or her duties*» §§ 300-309.

<sup>88</sup> Corte EDU, *Denisov v. Ukraine* cit., § 79; *Oleksandr Volkov v. Ukraine* cit., § 130.

<sup>89</sup> Corte di giustizia, Cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. and Others* cit.



In questa direzione si è, invece, considerato un elemento positivo il riconoscimento del diritto a ricorrere avverso le decisioni del *Conseil supérieur de la magistrature* (CSM) francese innanzi al Consiglio di Stato, così permettendo ai giudici nazionali di valutare le doglianze presentate dalla parte del giudizio, giungendo ad escludere un coinvolgimento politico del Capo dello Stato che potesse inficiare l'indipendenza del giudizio. Così la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Thiam v. France*, ha considerato non giustificato il timore del ricorrente relativo all'assenza di indipendenza del tribunale chiamato a giudicarlo per la commissione di un reato a danno del Capo dello Stato, costituito parte civile nel procedimento, per il solo fatto che egli facesse parte del CSM e che, quindi, fosse coinvolto nelle nomine e nelle promozioni dei giudici<sup>90</sup>.

Per le Corti europee, pertanto, l'adeguata rappresentanza di componenti togati scelti da pari, le garanzie relative alle nomine dei membri laici, la tipologia dei membri di diritto, l'adeguatezza delle retribuzioni, il diritto a ricorrere avverso le decisioni in tema di nomine, trasferimenti, promozioni, sanzioni disciplinari sono tutti elementi che contribuiscono a delineare l'effettiva indipendenza dei Consigli di giustizia, elementi considerati importanti anche al fine di alimentare nella società una percezione positiva del ruolo del potere giudiziario.

##### 5. *I criteri elaborati a livello europeo per garantire l'indipendenza dei Consigli di giustizia*

Accanto alla giurisprudenza elaborata dalle Corti europee, esistono molteplici atti approvati negli ultimi anni a livello europeo che hanno riguardato i Consigli di giustizia, il loro ruolo e i profili inerenti alla loro indipendenza.

Già nella Raccomandazione del 2010 era stato riservato ai Consigli di giustizia un capitolo, in cui venivano definiti come «*independent bodies, established by law or under the constitution*»<sup>91</sup>, senza che si fornisse ulteriore specificazione relativa alla loro indipendenza. Se ne individuavano, però, le finalità – cioè salvaguardare l'indipendenza della magistratura e dei singoli giudici e promuovere l'efficiente funzionamento del sistema giudiziario – dato non privo di rilevanza, perché utile ai fini classificatori. Le altre disposizioni dedicate ai Consigli suggerivano una composizione che garantisse un'adeguata rappresentanza dei giudici – almeno la metà dei componenti avrebbero dovuto essere giudici eletti dai pari tenendo conto di tutti i gradi di giudizio – e si richiedeva che nel proprio operato venisse garantito il più elevato grado di trasparenza verso la società e i giudici, nei cui confronti il Consiglio stesso doveva impegnarsi a non interferire al fine di salvaguardarne l'indipendenza.

<sup>90</sup> Corte EDU, *Thiam v. France* cit., § 75-85.

<sup>91</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and Recommendation CM/Rec(2010)12 responsibilities, art. 26-29.

Si tratta di poche disposizioni – quattro – ma che toccano punti centrali: in base alla Raccomandazione i Consigli di giustizia sono organi indipendenti e di salvaguardia dell'indipendenza della magistratura<sup>92</sup>, composti in modo da dar voce al pluralismo del sistema giudiziario<sup>93</sup>; al contempo devono essere garanti dell'indipendenza dei giudici anche rispetto al proprio operato<sup>94</sup>, agendo con la massima trasparenza nei confronti dei giudici e della stessa società<sup>95</sup>.

Il riferimento alla società appare importante, perché crea un rilevante legame tra il tema dell'indipendenza giudiziaria e la percezione che la società civile può averne. Da ciò consegue che i Consigli di giustizia, anche al fine di garantire la propria indipendenza, devono prestare attenzione non solo a come configurare i rapporti con i poteri dello Stato, ma anche alla relazione con la società stessa. Va, infatti, evidenziato, come il grado di cultura politica democratica di un ordinamento si misura anche in base a come la società percepisce, tra l'altro, l'indipendenza della magistratura e degli organi deputati alla garanzia della sua indipendenza<sup>96</sup>.

Sotto questo profilo, il parere reso dal Consiglio Consultivo dei Giudici Europei (CCEJ)<sup>97</sup> nel 2021<sup>98</sup> si sofferma sulla cura che i Consigli devono prestare ai rapporti con i poteri dello Stato, le associazioni dei giudici e la società civile. Si tratta di un atto con cui l'organo istituito dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha provveduto a delineare, integrando il precedente parere del 2007,

<sup>92</sup> Art. 26 Recommendation CM/Rec(2010)12.

<sup>93</sup> Art. 27 Recommendation CM/Rec(2010)12.

<sup>94</sup> Art. 29 Recommendation CM/Rec(2010)12.

<sup>95</sup> Art. 28 Recommendation CM/Rec(2010)12.

<sup>96</sup> L'Economist Intelligence elabora annualmente dal 2006 una valutazione sullo stato di democrazia di 165 paesi indipendenti, utilizzando i punteggi ricavati da alcuni indicatori che misurano cinque distinte categorie: il processo elettorale e il pluralismo, il funzionamento del governo, la partecipazione politica, la cultura politica e i diritti e le libertà civili. Sulla base del risultato ottenuto gli ordinamenti sono classificati come “*full democracy*”, “*flawed democracy*”, “*hybrid regime*” or “*authoritarian regime*”. In base allo studio fatto emerge un elevato grado di disaffezione della società rispetto al sistema politico; cfr. ECONOMIST INTELLIGENCE, EIU, *The China Challenge, Democracy Index 2021*, specificamente p. 28, consultabile al seguente link: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021/>.

<sup>97</sup> Il Consiglio, istituito nel 2000 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, è composto da giudici delegati dai Paesi membri del Consiglio d'Europa, con il principale compito di elaborare pareri per il Comitato dei Ministri su questioni inerenti all'indipendenza, imparzialità e professionalità dei giudici.

<sup>98</sup> *Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges (CCJE: Evolution of the Councils for the Judiciary and their role in independent and impartial judicial systems*. Strasburgo, 5 novembre 2021. Nel parere del 2021 si specifica che lo scopo principale dei Consigli di giustizia è la salvaguardia dell'indipendenza del potere giudiziario nel suo complesso e dei giudici singolarmente; indipendenza intesa non già quale privilegio, ma quale garanzia, per ogni cittadino, di verità, libertà, rispetto dei diritti umani ed esercizio imparziale della giustizia. Ai Consigli di giustizia è attribuito il compito di promuovere l'efficienza e la qualità della giustizia e di rafforzare la fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario.

alcuni principi in merito alla funzione, alla composizione, alle competenze di tali organi, al fine di armonizzare le esperienze degli Stati membri<sup>99</sup>.

Il CCEJ, infatti, nell'affermare che «*the legitimacy of all Councils is of the utmost importance in upholding the rule of law*»<sup>100</sup>, ha distinto due diverse fonti di legittimazione. La prima è definita “*formal or constitutional legitimacy*” e deriva dal rispetto delle regole stabilite nella Costituzione e nella legge in merito alla nomina dei giudici. Nella consapevolezza delle differenze esistenti negli Stati membri – nomina da parte dei Consigli di giustizia o di un altro organo indipendente, elezione da parte del Parlamento o nomina da parte dell'Esecutivo<sup>101</sup> – il CCJE raccomanda che ogni decisione relativa alle nomine o alla carriera dei giudici sia effettuata sulla base di criteri oggettivi da autorità indipendenti o, se affidata ad altri organi, sia comunque soggetta alle medesime garanzie<sup>102</sup>. La seconda fonte di legittimazione è definita “*functional legitimacy*” e si basa, a sua volta, sulla fiducia della società e si costruisce attraverso l'eccellenza del lavoro, la trasparenza, l'*accountability*<sup>103</sup>. A giudizio del CCJE, infatti, «*public confidence in and respect for the judiciary are the guarantees of the effectiveness of a judicial system*»<sup>104</sup>.

Vi è da sottolineare che il CCJE, già nel parere del 2007, aveva specificato l'importanza della tutela dell'immagine della magistratura, sollecitando i Consigli di giustizia a promuovere iniziative per incrementare il livello di conoscenza e di fiducia della società nel sistema giudiziario ed invitandoli a gestire la comunicazione e i rapporti con i media<sup>105</sup>. Medesimi consigli sono stati ribaditi nel parere del 2021, in cui si afferma, inoltre, che la procedura di selezione dei componenti dei Consigli deve essere trasparente, per evitare che possa determinarsi la *percezione* di influenze politiche<sup>106</sup>, di interessi personali o di clientelismo<sup>107</sup>.

Dai suggerimenti resi dal CCJE emerge una sensibilità verso una compo-

<sup>99</sup> *Opinion n. 10 (2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the Service of society*, Strasburgo, 21-23 novembre 2007.

<sup>100</sup> *Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges*, par. 9.

<sup>101</sup> Sui vantaggi e svantaggi di ogni procedura cfr. CCJE Opinion No. 1(2001), para 33.: «*it may be argued that election confers a more direct democratic legitimacy, but it involves a candidate in a campaign, in politics and in the temptation to buy or give favours. Co-option by the existing judiciary may produce technically qualified candidates, but risks conservatism and cronyism (or “cloning”) – and would be regarded as positively undemocratic in some constitutional thinking. Appointment by the executive or legislature may also be argued to reinforce legitimacy but carries a risk of dependence on those other powers. Another method involves nomination by an independent body*».

<sup>102</sup> Si afferma, infatti, come «*the constitutional legitimacy of individual judges who have security of tenure must not be undermined by legislative or executive measures brought about as a result of changes in political power*». Cfr. *Opinion n. 18 (2015) of the Consultative Council of European Judges*, par. 15.

<sup>103</sup> *Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges*, par. 9.

<sup>104</sup> *Opinion n. 18 (2015) of the Consultative Council of European Judges*, par. 16.

<sup>105</sup> *Opinion n. 10 (2007) of the Consultative Council of European Judges* par. 80-86.

<sup>106</sup> *Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges*, par. 27.

<sup>107</sup> *Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges* cit., par. 29, 31, 34.

sizione dei Consigli di giustizia che sia adeguatamente rappresentativa del pluralismo che oggi connota le società e, quindi, negli ordinamenti democratici, le stesse istituzioni.

Nell'esprimere una preferenza verso una composizione mista dei Consigli, formati da una maggioranza di membri togati eletti dai propri pari<sup>108</sup> e da componenti laici, il CCJE richiede anche che nella selezione dei primi sia garantita la più ampia rappresentanza possibile di tribunali e gradi di giudizio, la parità di genere e la ripartizione tra le regioni<sup>109</sup>; nella selezione dei secondi richiede che questi, possibilmente non espressione delle professioni legali, assicurino una rappresentanza diversificata della società<sup>110</sup>.

Coerentemente con questo approccio, non si predilige la presenza di componenti di diritto, salvo in un numero molto ristretto di casi, evidenziando l'inappropriatezza di membri o rappresentanti del potere legislativo o esecutivo che, comunque, dovrebbero restare esclusi dalla partecipazione ai procedimenti disciplinari<sup>111</sup>.

La predilezione per un carattere ampiamente rappresentativo dei Consigli trova conferma anche nel suggerimento di richiedere, nel caso di un'elezione parlamentare dei componenti, la maggioranza qualificata, in modo da garantire un'ampia collaborazione tra le forze politiche nella scelta. Inoltre, per non vanificare il coinvolgimento delle opposizioni, si sconsiglia di prevedere la riduzione del quorum dopo un certo numero di scrutini, per superare eventuali impasse<sup>112</sup>.

L'indipendenza dei Consigli, poi, passa anche da alcune caratteristiche concernenti i singoli componenti, quali la non appartenenza partitica o l'assenza di ruoli ufficiali nel Governo e nel Parlamento<sup>113</sup>, e l'attenzione alla *qualità* del lavoro che deve essere da loro prestato in seno al Consiglio, qui la qualità viene ricollegata a un'adeguata compatibilità tra le attività da svolgere per il Consiglio e il loro personale carico di lavoro<sup>114</sup>.

Inoltre, a garanzia dei componenti viene richiesta l'inaffidabilità, in modo da assicurarne l'imparzialità e l'indipendenza rispetto a pressioni interne ed esterne. Essi, pertanto, dovrebbero essere rimossi dal loro incarico solo per comprovata colpa grave, nell'ambito di una procedura che garantisca il loro diritto ad un equo processo<sup>115</sup>.

<sup>108</sup> Il CCJE sconsiglia, infatti, che i componenti togati siano selezionati dall'Esecutivo o eletti dal Parlamento, ammettendo però la possibilità di un'elezione o una nomina da parte di istituzioni quali gli ordini degli avvocati o da parte delle ONG (*Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges* par. 31).

<sup>109</sup> *Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges*, cit., par. 29-30.

<sup>110</sup> *Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges*, cit., par. 29.

<sup>111</sup> *Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges*, cit., par. 28.

<sup>112</sup> *Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges*, cit., par. 33.

<sup>113</sup> *Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges*, cit., par. 32.

<sup>114</sup> *Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges*, cit., par. 30.

<sup>115</sup> *Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges*, cit., par. 36-38. In merito

Infine, vi è da aggiungere che, al fine di garantire un adeguato svolgimento delle funzioni assegnate, il parere raccomanda che i Consigli di giustizia abbiano copertura costituzionale e dispongano degli strumenti e delle risorse, anche finanziarie, necessarie.

Dalla lettura dei documenti citati emerge, pertanto, un insieme di criteri per la selezione dei componenti dei Consigli di giustizia, che si intrecciano in un'unica trama con quelli delineati dalla giurisprudenza delle Corti europee, consegnando agli Stati membri dei punti di riferimento per la costruzione di un sistema giudiziario che possa definirsi indipendente.

## 6. Conclusioni

Da quanto esposto emerge come le garanzie all'indipendenza giudiziaria non siano limitabili al solo contesto nazionale, ma si sviluppano, attraverso il ruolo dei giudici, in un dialogo tra le corti sovranazionali e i giudici dei singoli ordinamenti, in una osmosi che contribuisce a delineare un quadro di riferimento comune, all'interno del quale è possibile implementarne la tutela.

Si produce così un'interazione nel contesto europeo che si concretizza ora in un atteggiamento di *sfida* delle corti nazionali, restie a volte ad accettare gli esiti delle decisioni delle Corti europee, ora, invece, in un rapporto di collaborazione. La crisi dello Stato di diritto in Ungheria e in Polonia evidenzia, in tal senso, la difficoltà della condivisione del principio di *rule of law*, rafforzando l'idea di una disomogeneità delle tradizioni costituzionali all'interno del contesto europeo<sup>116</sup> che, complessivamente, è capace di mettere in crisi lo stesso ordinamento sovranazionale<sup>117</sup>.

Il ruolo dei giudici nella protezione dei diritti fondamentali evidenzia una relazione anche con il Legislatore, che si declina anch'essa sia in termini di cooperazione sia di limitazione<sup>118</sup>. Si tratta di un'interazione che ha determinato anche un mutamento dello stesso concetto del diritto che, seppure sia rimasto frutto della produzione normativa, risulta spesso affidato all'elaborazione dei giudici nazionali e sovranazionali e che si esplica in un dialogo tra le corti<sup>119</sup> che rafforza la diffu-

---

al mandato, se ne raccomanda la temporaneità, specificando che questo dovrebbe terminare solo al momento di una regolare elezione di un successore.

<sup>116</sup> K.L. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the Eu*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 3, 2017, 8 ss.

<sup>117</sup> P. BÁRD, D.V. KOCHENOV, *War as a pretext to wave the rule of law goodbye? The case for an EU constitutional awakening*, in *Eur Law J.*, 27, 2021, 39-49; R.A. POSNER, *The Role of The Judge in the Twenty-First Century: Identifying "Independence"*, in 86 *B.U.L. Rev.*, 2006, 1049 ss.

<sup>118</sup> G. PINO, *In difesa del costituzionalismo dei diritti*, in *Lo Stato*, 10, 2018, 54 ss.

<sup>119</sup> Dialogo che si alimenta anche dal proliferare di altre occasioni di scambio, divenute a livello europeo sempre più frequenti, quali le occasioni di incontri istituzionali o di convegni che favoriscono e alimentano la comunicazione tra gli operatori del diritto, cfr. M.R. FERRARESE, *When*

sione delle *ratio decidendi* delle decisioni, tramite una circolazione *bottom up*<sup>120</sup>. Il richiamo, poi, dei precedenti giudiziari di altre corti ha agevolato la formazione di un retroterra culturale comune relativo all'interpretazione giudiziaria, che ha acquisito una rilevanza maggiore rispetto alla stessa dimensione giuridica della produzione legislativa<sup>121</sup>.

A ciò va aggiunto che tutti i giudici nazionali all'interno dell'UE possono richiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla legittimità o sull'interpretazione degli atti normativi europei tramite il rinvio pregiudiziale. Si realizza così una circolazione del diritto che si evolve o si consolida a partire dalle singole fattispecie. Questo dialogo tra i giudici è destinato a crescere quanto più si riesca a promuovere in loro la consapevolezza di non essere solo funzionari del proprio ordinamento, ma soggetti che, trascendendo i confini nazionali, operano all'interno di un unico sistema<sup>122</sup>. Si concretizza in questo modo il fenomeno definito come *judicial globalization*, che ben descrive il ruolo dei giudici nell'epoca contemporanea<sup>123</sup>. In questa prospettiva va letta la relazione tra *rule of law*, l'art. 19 TUE – il principio dell'effettiva protezione giudiziaria – e le corti nazionali. L'art. 19 TUE dà, infatti, voce al principio di *rule of law*, assicurando un'effettiva tutela giudiziaria non solo davanti la Corte di giustizia europea, ma dinanzi a tutte le corti nazionali. Esse, pertanto, sono chiamate a svolgere una funzione chiave come “*EU courts*”, funzione che la stessa Corte di giustizia europea protegge sulla base del principio di *rule of law*<sup>124</sup>.

In questo quadro, l'implementazione della tutela dell'indipendenza della magistratura impone una riflessione su come garantire anche l'indipendenza dei Consigli di giustizia<sup>125</sup>. Non può non avvertirsi la necessità che l'indirizzo politico della magistratura resti legato alla libera coscienza del singolo giudice e non

---

*National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism*, in *Global Jurist* 9, 1, 2009, 3 ss.; G. MARTINICO, F. FONTANELLI, *The Hidden Dialogue: When Judicial Competitors Collaborate*, in *Global Jurist* 8, 3, 2008, [i]-31; S. CASSESE, *Fine della solitudine delle Corti costituzionali*, in *Ars interpretandi*, 1, 2015, 21 ss.

<sup>120</sup> T. GROPPi, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2011, 199 ss.

<sup>121</sup> S. BARTOLE, *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, Oxford, 2020, 43.

<sup>122</sup> J. BELL, *Judicial Cultures and Judicial Independence*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, 47 ss.

<sup>123</sup> A.M. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 4, 2000, 1103-1124; T. GROPPi, *Dal costituzionalismo globale ai nuovi autoritarismi. sfide per il diritto comparato*, in *Rivista AIC*, 4, 2022, 65 ss.

<sup>124</sup> K. LENAERTS, *The Two Dimension of Judicial Independence in the EU Legal Order*, in AA.VV., *Fair Trial: Regional and International Perspectives*, Limal, 342 ss.

<sup>125</sup> Per una comparazione dei Consigli di giustizia nell'ordinamento francese, italiano e spagnolo si consenta il rinvio a L. DE GRAZIA, *Le garanzie costituzionali dell'indipendenza della magistratura nell'esperienza francese, italiana e spagnola*, Napoli, 2023.

all'indirizzo dell'organo di governo del potere giudiziario, influenzato dalle forze politiche o da istanze corporative<sup>126</sup>.

In tal senso, la normativa elaborata a livello europeo e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE e della Corte europea dei diritti dell'uomo fungono da parametro di riferimento, promuovendo un'armonizzazione tra le normative dei singoli Stati, anche al fine di preservare i meccanismi di cooperazione giudiziaria nello spazio giuridico europeo<sup>127</sup>.

Va considerato che l'indipendenza giudiziaria, in generale, ha trovato il suo fondamento nei singoli Stati all'interno dei testi costituzionali, assumendo principalmente il significato di indipendenza dalle pressioni della politica. A livello europeo, invece, la nozione di indipendenza è stata progressivamente funzionalizzata nella promozione del progetto sovranazionale<sup>128</sup> e, soprattutto dopo le crisi costituzionali che hanno coinvolto i paesi dell'Est europeo, essa ha giocato un ruolo chiave come elemento del principio di *rule of law*, inteso quale principio in grado di condizionare l'appartenenza al disegno europeo e quale pilastro costituzionale dell'ordinamento sovranazionale<sup>129</sup>. Seppure l'Unione non abbia competenza sull'organizzazione dei sistemi giudiziari nazionali, attraverso l'interpretazione dell'art 19 TUE, ha individuato degli standard di garanzie relativi al principio di indipendenza, che costituiscono parametri di riferimento per gli Stati membri per la stessa definizione di chi possa configurarsi come autorità giudiziaria, così rafforzando il collegamento tra l'ambito nazionale e sovranazionale<sup>130</sup>. In questa prospettiva, il problema dell'indipendenza del potere giudiziario dalla politica, che si riscontra a livello nazionale, ha assunto significato in quello europeo quale requisito essenziale per la costruzione e il mantenimento del progetto

---

<sup>126</sup> G. MARANINI, *Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione*, Relazione al XII Congresso Nazionale Magistrati Italiani, 15-28 settembre, 1965, Roma, 21.

<sup>127</sup> Corte di giustizia, Causa C-477/16 PPU, *Kovalkovas*, ECLI:EU:C:2016:861 par. 41; Corte di giustizia, Causa C-509/18, *PF*, ECLI:EU:C:2019:457 par. 43; Corte di giustizia, GC, Cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG et PI (Parquets de Lübeck et de Zwickau)*, ECLI:EU:C:2019:456, par. 65; Corte di giustizia, Causa C-489/19 PPU, *NJ (Parquet de Vienne)*, ECLI:EU:C:2019:849, par. 32. La Corte, infatti, deve preservare i meccanismi di cooperazione giudiziaria in modo da «instaurare un sistema semplificato di consegna direttamente tra autorità giudiziarie, destinato a sostituire un sistema di cooperazione classico tra Stati sovrani, il quale implica l'intervento e la valutazione del potere politico, al fine di garantire la libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

<sup>128</sup> A. VAUCHEZ, *Democratizing Europe*, New York, 2016, 67 ss.

<sup>129</sup> R. BUSTOS GIBERT, *Judicial Independence in European Constitutional Law*, in *European Constitutional Law Review*, 2022, 591 ss.

<sup>130</sup> Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia europea il concetto di autorità giudiziaria si caratterizza per un insieme di requisiti, tra i quali emerge l'indipendenza giudiziaria, oltre la necessità del fondamento giuridico, il carattere permanente, l'obbligatorietà della giurisdizione, la natura contraddittoria della procedura e il rispetto delle regole stabilite dalla legge, cfr. Conclusioni dell'AG M. BOBEK presentate il 27 ottobre 2016, Causa C-551/15, *Pula Parking*, ECLI:EU:C:2016:825, par. da 101 a 107.

sovranazionale<sup>131</sup>. Questi due diversi profili del principio dell'indipendenza, che emergono nei diversi contesti, sono comunque connessi tra loro, esprimendo entrambi la cultura del *rule of law*.

Conclusivamente, partendo dalla premessa del carattere indispensabile del diritto alla protezione giurisdizionale effettiva e del ruolo che incombe sui giudici per garantirlo<sup>132</sup>, i giudici europei hanno affermato come l'indipendenza giudiziaria, che attiene al contenuto essenziale del diritto fondamentale ad un equo processo, assurge a requisito fondamentale non solo quale garanzia della tutela dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri di cui all'art. 2 TUE<sup>133</sup>, ma anche al fine della realizzazione della cooperazione europea<sup>134</sup>. Essa presuppone un mutuo riconoscimento tra gli Stati membri che non può prescindere dalle garanzie relative all'indipendenza giudiziaria. L'obiettivo, quindi, è il rispetto di uno standard di garanzie che rendano possibile l'effettività della tutela dei diritti e delle libertà.

---

<sup>131</sup> A. VAUCHEZ, *The Genie of independence and the European bottle: How independence became Europe's most contentious legal and political category*, in *ICON*, 2022, 4 ss. L'Autore afferma che si tratta di due significati legati tra loro, sottolinea, però, che il loro equilibrio non è sempre stato costante, poiché nel tempo a volte uno dei due è prevalso sull'altro.

<sup>132</sup> Corte di giustizia, GC, Causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v Tribunal de Contas* cit., par. 31-32 e 36.

<sup>133</sup> Corte di giustizia, Causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality c. LM*, cit., par. 48.

<sup>134</sup> Corte di giustizia, Causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality c. LM* cit., par. 55.



### **Abstract**

Il tema dell'indipendenza giudiziaria è strettamente connesso al principio del rule of law e all'evoluzione del ruolo dei giudici sia a livello nazionale sia a livello europeo. Scopo del presente lavoro è di fornire degli spunti di riflessione sul contributo della giurisprudenza delle Corti sovranazionali europee in merito all'indipendenza giudiziaria con particolare riferimento all'indipendenza dei Consigli di Giustizia, analizzando anche i criteri elaborati dal Consiglio consultivo dei giudici europei con riguardo all'indipendenza di tali organi.

#### Some Remarks on the Judiciary Independence in the European Context

This article aims to provide some reflections on the links between judiciary independence, the rule of law, and the role of judges both national and European.

It aims to show how the European Court of Justice and the European Court of Human Rights have developed criteria to ensure the independence of judges, analyzing them. Moreover, it examines the criteria that have been developed by the European courts and by the opinions of the Consultative Council of European Judges about the independence of the Judiciary Councils.



# Algunas claves sobre las crisis contemporáneas del Tribunal Constitucional

de Itziar Gómez Fernández\*

SUMARIO: 1. Introducción: por qué hablamos hoy de las crisis del Tribunal Constitucional. – 2. La crisis funcional y su vinculación con la legitimidad de ejercicio. – 3. Crisis política contextual y proyección al trabajo del Tribunal. – 3.1. – La proyección de la crisis independentista a la labor del Tribunal Constitucional. – 3.2. La proyección de la crisis judicial a la labor del Tribunal Constitucional. – 4. Crisis de nombramientos. – 5. Algunas reflexiones de síntesis.

## 1. *Introducción: por qué hablamos hoy de las crisis del Tribunal Constitucional*

Desde que el Tribunal Constitucional (TC) dictara su primera resolución, el 11 de agosto de 1980, han pasado algo más de 42 años, a lo largo de los cuales la percepción de este por parte de la ciudadanía, la judicatura, el poder político y la academia ha cambiado de forma notable.

Después de un primer período, de un par de décadas, que sirvieron para desarrollar la interpretación constitucional, consolidando la naturaleza normativa y la eficacia directa de la misma, y para marcar claramente la diferencia entre el ámbito de la legalidad, propio de los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, y el de la constitucionalidad, reservado a la jurisdicción que ejerce el Tribunal Constitucional, la actuación del TC empezó a ser objeto de críticas más o menos severas por parte de la doctrina. El propio Tribunal reconocía en 1999 tener su sitio asegurado, en situación de paridad, con el resto de los órganos constitucionales, sin que su propia existencia fuera cuestionada por encima de los niveles de cuestionamiento que pudieran sufrir también esos otros órganos. Pero también asumía tener tareas pendientes y problemas más o menos acuciantes que resolver<sup>1</sup>.

Si hasta ese momento el objeto de preocupación de los analistas había sido la cuestión de la sobrecarga de trabajo del Tribunal, así como el tema de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo<sup>2</sup>, y los eventuales

---

\* Profesora Titular de Derecho Constitucional Universidad Carlos III de Madrid. Letrada del Tribunal Constitucional de España.

<sup>1</sup> P. CRUZ VILLALÓN., *Los problemas del Tribunal Constitucional, Memoria 1999*, Tribunal Constitucional, Madrid, 2000, p. 3.

<sup>2</sup> Son bien conocidos, como contexto de escenificación del conflicto, los casos “Preysler” (SSTC 115/2000, de 5 de mayo y 186/2001, de 17 de septiembre) o “Alberto Alcocer” (SSTC 139/2001, de 18 de junio y 83/2002, de 22 de abril y 300/2006, de 23 de octubre), si bien el punto álgido del mismo se identifica con la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de

conflictos entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, a partir del final de la década de los 90 la justicia constitucional empezó a provocar otras incertidumbres, que se van poniendo de manifiesto por la doctrina de forma progresiva<sup>3</sup>. Pero, en los primeros años del S. XXI, más allá de la percepción de que el Tribunal Constitucional había dejado de ser lo que era, ningún académico imaginaba la deriva crítica que adoptaría años después.

En las páginas que siguen vamos a analizar algunas de las cuestiones más problemáticas a las que se ha venido enfrentando durante los últimos veinte años la jurisdicción constitucional en España<sup>4</sup>, clasificándolas en torno a tres bloques temáticos que identificamos como la crisis funcional, relacionada con las críticas en torno al ejercicio por parte del Tribunal Constitucional de las funciones que le atribuye la Constitución; la crisis de nombramientos, vinculada con los retrasos en la designación de los magistrados y magistradas que deben formar parte del Tribunal y al perfil de las personas elegidas; y la crisis política, que se refiere a las tensiones que pueden llegar a surgir entre el legislador y el legislador negativo en que se convierte el Tribunal Constitucional<sup>5</sup>.

## 2. *La crisis funcional y su vinculación con la legitimidad de ejercicio*

El Tribunal Constitucional parece haberse convertido en una institución constitucional omnipresente en el escenario público español. Su aparición en prensa es constante y da la sensación de que no hay problema político u orgánico

---

23 de enero de 2004, que condenó a once de los doce magistrados del Tribunal Constitucional por responsabilidad civil en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. A este último episodio se refiere el trabajo de G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional*, *Revista española de derecho constitucional*, año 35, núm. 105, 2015, pp. 13-49.

<sup>3</sup> Me parece muy interesante, a este respecto, el análisis de F.J. GARCÍA ROCA, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, en *La Reforma del Tribunal Constitucional: actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* editado por P. PÉREZ TREMPES, 2007, p. 69.

<sup>4</sup> Uno de los autores jóvenes más críticos con la deriva del Tribunal Constitucional español es Manuel Fondevila Marón. Aunque no siempre comparto sus planteamientos, ni sus soluciones, me parece interesante que el lector conozca su trabajo. Las obras de referencia sobre este tema son: M. FONDEVILA MARÓN, *Los jueces de la Constitución y del pueblo: un ensayo de Derecho procesal constitucional sobre los fundamentos, cambios y retos de la justicia constitucional*, A Coruña, Colex, 2021 y *Un Tribunal Constitucional para el Siglo XXI: los retos de la jurisdicción constitucional en España*, en *Revista de Derecho Político*, núm. 111, 2021, p. 163-190.

<sup>5</sup> Utiliza una estructura próxima, al analizar los problemas que debieran resolverse con vistas al mejor futuro del Tribunal Constitucional, el profesor Manuel Aragón, que habla de los problemas de orden competencial, los problemas de orden estructural, los problemas de orden funcional y los problemas de orden doctrinal. A pesar de que la aproximación coincide puntualmente, y me parece muy sugerente la clasificación de Aragón, la que yo propongo busca una mayor conexión con la realidad de los acontecimientos, apartándome de consideraciones dogmáticas que, sin duda, también son sumamente interesantes. Véase M. ARAGÓN REYES, *Cuarenta años de Tribunal Constitucional*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, num. 25, 1, 2021, p. 35-55.

de nuestro estado de derecho que no termine ante la jurisdicción constitucional. Al mismo tiempo se constata la falta de capacidad del órgano para dar respuestas rápidas y eficaces a esos problemas y ello se asocia a los retrasos en la administración de la justicia constitucional y al elevado nivel de pendencia. Se ha llegado a hablar incluso de colapso del Tribunal Constitucional y se han buscado fórmulas para controlarlo y revertirlo. Pero han sido, en buena medida, soluciones contradictorias y poco eficaces. Adicionalmente esos mismos métodos han alejado a la jurisdicción constitucional de la ciudadanía, al dificultarse el acceso de los legitimados no institucionales al Tribunal. Veamos esto en detalle.

Las funciones del Tribunal Constitucional español se organizan en torno a tres ejes: el control de constitucionalidad de la ley, la garantía de los derechos fundamentales y la resolución de los conflictos constitucionales. Los tres ejes tienen reflejo constitucional, pero no todos los procesos constitucionales al servicio de cada uno de estos tres ejes funcionales tienen el mismo reconocimiento constitucional expreso.

Para efectuar el control de constitucionalidad se prevé el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales (art. 95 CE), el recurso *a posteriori* de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley [art. 161.1. a) CE] y la cuestión de inconstitucionalidad contra el mismo tipo de disposiciones normativas (art. 163 CE); para articular la garantía jurisdiccional en sede constitucional de los derechos y libertades, se prevé el recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 CE [art. 161.1.b) CE]; y en el eje del arbitraje de los conflictos constitucionales, la Constitución consagra los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o entre diferentes Comunidades Autónomas [art. 161.1.c) CE].

Sin embargo, los procesos constitucionales son muchos más, y han sido desarrollados por el legislador orgánico. Así, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) prevé:

Que el control de constitucionalidad de la ley se ejercita a través de la respuesta al recurso previo y sucesivo de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, pero también a través del control previo de los Estatutos de Autonomía (introducido por la Ley Orgánica 2/1979-LOTIC<sup>6</sup>, eliminado para los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas por la LO 4/1985<sup>7</sup> y

<sup>6</sup> Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979).

<sup>7</sup> Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la que se deroga el capítulo II del título VI de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional (BOE núm. 137, de 8 de junio de 1985). El preámbulo de la norma dice expresamente: “La experiencia acumulada por más de tres años de justicia constitucional ha venido a mostrar que este recurso previo se ha configurado como un factor distorsionador de la pureza del sistema de relación de los poderes constitucionales del Estado, con consecuencias inesperadas y metaconstitucionales en la última fase de procedimiento de formación de la Ley”.

recuperado de nuevo para los proyectos de Estatuto de Autonomía con la LO 12/2015<sup>8</sup>); y mediante el control de las normas forales y las cuestiones prejudiciales sobre normas forales (incorporado al sistema por la LO 1/2010<sup>9</sup>);

Que la garantía de los derechos fundamentales solo se articula a través del recurso de amparo constitucional, que ha sido afectado por tres reformas, dos en sentido restrictivo del acceso al recurso, introducidas por las Leyes Orgánicas 6/1988<sup>10</sup> y 6/2007<sup>11</sup>, y una que previó la creación del recurso de amparo electoral<sup>12</sup>.

Y que la resolución de los conflictos constitucionales no se restringe a los conflictos de competencias entre entidades territoriales, sino que se extiende a los conflictos de atribuciones entre órganos del estado (introducidos ya en la LO 2/1979), a los conflictos en defensa de la autonomía local (incorporados con la LO 7/1999<sup>13</sup>), y a las impugnaciones de disposiciones autonómicas sin base competencial (también previstas ya desde la aprobación de la primera versión de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en 1979 y conocidas actualmente con el acrónimo IDA).

Por tanto, a pesar de la constante identificación de una fuerte pendencia y de persistentes retrasos en la jurisdicción constitucional, el legislador ha ido incrementando la carga funcional del TC a través de la previsión de procesos que no contempla la Constitución. Si bien esto puede leerse como un refuerzo de las competencias de la jurisdicción constitucional lo cierto es que, en paralelo, las reformas relativas al recurso de amparo han tenido como objetivo directo limitar la carga de trabajo que supone para el Tribunal su tratamiento.

Bien es cierto que, en términos cuantitativos<sup>14</sup>, los procesos constitucionales

---

<sup>8</sup> Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación (BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2015)

<sup>9</sup> Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial (BOE núm. 45, de 20 de febrero de 2010).

<sup>10</sup> Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio, por la que se modifican los artículos 50 y 86 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 140, de 11 de junio de 1988).

<sup>11</sup> Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2007).

<sup>12</sup> Se introduce el recurso a través de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE núm. 147, de 20 de junio de 1985).

<sup>13</sup> Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 96, de 22 de abril de 1999).

<sup>14</sup> Para comprobar esta afirmación basta con revisar las memorias estadísticas del Tribunal Constitucional, disponibles en línea en <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/Cuadros-estadisticos.aspx> (último acceso 24 de abril de 2023). Solo a título de ejemplo, si analizamos los datos de los últimos cinco años (2018-2022), se han planteado 4 IDA, 2 cuestiones prejudiciales sobre normas forales fiscales, ningún conflicto en defensa de la autonomía local y ningún conflicto entre órganos constitucionales.

de configuración legal no suponen una carga de trabajo que justifique, por sí sola, la falta de agilidad en la capacidad de respuesta del Tribunal Constitucional, o dicho en otras palabras el incumplimiento de los plazos procesales de resolución previstos en la ley orgánica<sup>15</sup>. Pero, a efectos del refuerzo de la legitimidad de ejercicio del Tribunal es difícil justificar que el legislador amplíe el número de recursos a disposición de los legitimados institucionales<sup>16</sup>, al tiempo que resta opciones de acceso a los ciudadanos que sólo tienen a su disposición, para acceder al Tribunal sin intermediación, el recurso de amparo constitucional.

El legislador, y el propio Tribunal, identifican el bloqueo funcional con el recurso de amparo constitucional y en ese proceso se cifran las medidas restrictivas de acceso a la jurisdicción constitucional, sin pensar en las consecuencias que ello tiene en relación con la imagen de la justicia constitucional, que parece más ocupada en las cuestiones con repercusión política que en la preservación del sistema de garantía de los derechos fundamentales. Y ello tiene un coste que capitalizan quienes sostienen discursos populistas contrarios a la propia existencia de la jurisdicción constitucional. Por eso la cuestión de la mutación del recurso de amparo constitucional, desde un proceso subjetivo a una garantía esencialmente objetiva, merece una reflexión más pausada.

El 9 de junio de 1988, cuando solo habían pasado 8 años desde la primera resolución publicada del Tribunal Constitucional, ya se percibían las dificultades de gestión de los recursos de amparo. En la memoria de actividades, que resume el trabajo del tribunal de los años 1980 a 1986, ya se dice claramente que, a pesar de crecer cada año el número de resoluciones emitidas crece también, año tras año, el número de asuntos pendientes, lo que significa que el aumento de los asuntos ingresados cada año es muy superior al aumento anual del número de sentencias y autos resolutorios. La memoria identifica que la duración media de los procesos se incrementa progresivamente y se afirma, en palabras que hace suyas Francisco Tomás y Valiente, presidente del Tribunal por entonces, que “(l)os datos hasta aquí expuestos son preocupantes. Para reducir en lo que del Tribu-

---

<sup>15</sup> Las previsiones de los arts. 34 (recurso de inconstitucionalidad), 37 (cuestión de inconstitucionalidad), 52 (recurso de amparo), 69 (conflicto negativo de competencias), 78 (control previo) atribuyen plazos de resolución que oscilan entre los 10 días y el mes desde que el proceso de que se trate esté concluso, admitiéndose la posibilidad de ampliación de plazos siempre que medie resolución motivada expresando la necesidad de prórroga. Estos plazos no se cumplen casi nunca y no se elaboran resoluciones motivadas que justifiquen la ampliación de plazo en casi ningún supuesto.

<sup>16</sup> Nos referimos al Gobierno, del Estado o de las Comunidades Autónomas, los parlamentos (estatal o autonómicos), el Defensor del Pueblo, o las minorías parlamentarias en el Congreso (50 diputados) o en el Senado (50 senadores) para el recurso de inconstitucionalidad; las Diputaciones Forales o los entes locales, para el conflicto en defensa de la autonomía foral o de la autonomía local; los jueces y magistrados para la cuestión de inconstitucionalidad; el Congreso, Senado, Gobierno y Consejo General del Poder Judicial para los conflictos de atribuciones; y el Parlamento o Gobierno autonómico y el Gobierno para los conflictos de competencias.

nal depende la duración de los procesos, hemos hecho un esfuerzo de reorganización interna y de mayor racionalización de nuestro funcionamiento. (...) Pero no sería prudente, ni casi es posible, intensificar más el ritmo de funcionamiento de la institución. (...) El estudio y la deliberación de cada proceso (...) requieren tiempo, su tiempo, sosiego y silencio -silencio nuestro y en torno a nosotros mientras se elabore cada Sentencia. Y ese ritmo no se puede forzar más, porque en caso contrario lo que ganáramos en rapidez lo perderíamos en calidad”<sup>17</sup>.

Esa reflexión caló en el legislador, de modo que la Ley Orgánica 6/1988 modifica los artículos 50 y 86 de la Ley Orgánica 2/1979, introduciendo la posibilidad de inadmitir los recursos por providencia y no por auto, ya que este es una forma de pronunciamiento argumentada, más larga y costosa de elaborar en términos de tiempo. Además, se prevé la posibilidad de inadmitir el recurso cuando la demanda carezca “manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional”, o cuando el Tribunal haya desestimado una demanda con el mismo contenido sustantivo. Así, tras esta modificación procesal se reservan los autos para dar respuesta a los recursos de súplica frente a la inadmisión interpuestos por el Ministerio Fiscal y para inadmitir los recursos de amparo en caso de discrepancias en el seno de la sección, compuesta por tres integrantes.

Lamentablemente, entre los años 1987 y 1999 el Tribunal no publicó memoria de actividades, de modo que es difícil valorar el impacto inmediato de la reforma. La recuperación de este instrumento de análisis en el año 1999, de manos de la ya citada presidencia de Pedro Cruz Villalón, permite descubrir que el recurso de amparo sigue siendo identificado como clave en la carga de trabajo del Tribunal. Dice Pedro Cruz: “La importancia histórica del recurso de amparo constitucional en nuestro Estado de Derecho es algo universalmente reconocido. Pero, por otra parte, nadie negará que parte de las dificultades con que se encuentra el Tribunal Constitucional en el desempeño de las tareas que tiene atribuidas trae su origen tanto de la propia idea como de la regulación presente de dicho recurso de amparo”. Y continúa: “La cuestión que sigue planteada es si no deberíamos ir, previa la correspondiente reforma legal, hacia una concepción selectiva de la admisión a trámite de las demandas de amparo, tal como se practica en otros Tribunales de este mismo orden (...). Una acaso forzada declaración de carencia manifiesta de contenido me parece, en todo caso, más negativa que la inadmisión por falta de la necesaria relevancia para que pueda ser admitida a trámite”<sup>18</sup>.

Debieron pasar siete años, en los que no faltaron las manifestaciones de las sucesivas presidencias del Tribunal en el mismo sentido expuesto por Pedro Cruz, para que el legislador, con un amplio consenso político, modificara de nuevo el recurso de amparo, en esta ocasión para alterarlo sustancialmente en

<sup>17</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Discurso, Memoria 1988 del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1989, p. 12.

<sup>18</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *Los problemas del Tribunal Constitucional, Memoria 1999, Tribunal Constitucional*, Madrid, 2000, p. 7.



una línea muy próxima a lo sugerido por el Presidente del Tribunal Constitucional en el año 2000. Ciertamente, la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007 impactó de forma directa en el acceso a la jurisdicción constitucional, en sentido restrictivo, al modificar las condiciones de admisibilidad del recurso de amparo. En ello coinciden tanto el propio TC como la doctrina, que ha escrito largo y tendido sobre la reforma<sup>19</sup>, o los operadores jurídicos, que se han visto en la necesidad y en la obligación de aplicarla.

Como dice la exposición de motivos de la LO 6/2007 “frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado”. Esta inversión del juicio se refleja en el art. 50.1.b LOTC, que exige, como requisito de admisibilidad “que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

Como empieza a resultar ya bastante conocido, el concepto jurídicamente indeterminado de la especial trascendencia constitucional (en adelante ETC) se concreta y desarrolla en la STC 155/2009, de 25 de junio, que hace una lectura relativamente restrictiva de los supuestos que pueden estar dotados, en principio, de especial trascendencia constitucional y que ha sido aplicada de modo aún más restrictivo por la jurisprudencia, que ha venido a sumar a la necesidad de que se identifique en el recurso alguna causa de ETC de las indicadas en la STC 155/2009, la exigencia de que existan indicios verosímiles de que se ha producido la lesión del derecho fundamental invocado<sup>20</sup>. Si a este planteamiento añad-

---

<sup>19</sup> Son muchos los autores que han trabajado sobre esta cuestión, pero me resulta particularmente interesante la aproximación de M. IGLESIAS BÁREZ, *El recurso de amparo constitucional en España: la difícil articulación entre el diseño normativo del amparo objetivo y la práctica del Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales*, en *El Tribunal Constitucional español: una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución*, Madrid: Tébar Flores, 2017, p. 129-156; y de P. PÉREZ TREMPES, *La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre morir de éxito o vivir en el fracaso*, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 41, 2018, p. 253-270.

<sup>20</sup> Esta previsión coincide con el alcance que había ido dando la jurisprudencia constitucional al contenido de la expresión “carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional”. Recuérdese que es esta exigencia la que se añade en el año 1988, en la primera reforma restrictiva del recurso de amparo constitucional. Por tanto, a la

imos la crítica, casi unánime en la doctrina, relativa a la falta de transparencia a la hora de aplicar los criterios de especial trascendencia determinados jurisprudencialmente, obtenemos como resultado un sistema de admisión restrictivo y poco claro, incluso después de que se empezaran a especificar las causas de admisión a trámite en aplicación de lo solicitado en el § 46 de la STEDH de 20 de enero de 2015, asunto Arribas Antón contra España.

Y el problema mayor es que la restricción no parece haber alcanzado el objetivo buscado. Ciertamente ha existido una primera fase de agilización notable en la tramitación de las demandas de amparo, que ha permitido al Tribunal dedicar mayores esfuerzos a los procesos de control de constitucionalidad y de resolución de conflictos. Pero esa dinámica positiva en términos de gestión de los plazos, las dilaciones y la pendencia se vio interrumpida en cuanto el Tribunal debió afrontar el enorme y complejo número de procesos asociados al proceso independentista. Una circunstancia imprevisible que ha devuelto al Tribunal a una situación de paralización funcional a la que tampoco ha sido ajena la crisis de los nombramientos a la que nos referiremos más adelante.

Las certezas son pocas y las dudas abundantes. Y como los problemas de retrasos y de pendencia en el Tribunal no parecen haber encontrado solución, buena parte de la doctrina aboga por ir más allá en la objetivación del recurso de amparo. Los autores basan su planteamiento en un análisis de la aplicación del criterio de la ETC que constata, por un lado, las incoherencias e inconsistencia de su aplicación que, en muchos casos, no parece encajar adecuadamente en las causas definidas en la STC 155/2009 y, por otro lado, pone de manifiesto la sobrerrepresentación de asuntos relativos al art. 24 CE, una preminencia de la garantía de los derechos procesales que ya se producía antes de la reforma y que parece difícil de explicar en el nuevo modelo. Sin detenernos ahora en esta cuestión que, efectivamente, merecería también una reflexión pausada, lo cierto es que un refuerzo de la objetivación sin una adecuación de otros elementos del sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, tanto en sede constitucional como en sede de la jurisdicción ordinaria, solo puede llevar a una mayor distanciamiento y a una pérdida de posiciones del Tribunal Constitucional como institución garante de los derechos en el marco y contexto del sistema jurídico español.

Ciertamente, a lo largo de estas dos décadas del S. XXI que han visto mutar la jurisdicción constitucional en España, también se han reforzado los procesos jurisdiccionales de garantía de los derechos. La propia reforma del año 2007 introduce una modificación procesal del incidente de nulidad de actuaciones (INA), con la intención declarada<sup>21</sup> de reforzar la posición de los jueces y tribu-

---

reforma normativa de 2007 añade la práctica jurisprudencial las exigencias introducidas en 1988, a pesar de que la reforma sucesiva parecía superar las previsiones anteriores.

<sup>21</sup> Sobre el incidente de nulidad de actuaciones véase I. GÓMEZ FERNÁNDEZ Y C. MONTESI-

nales ordinarios como garantes primarios de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE (esto es los que se recogen en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución). Pero el INA ha sido un clamoroso fracaso desde cualquier ángulo que se analice. No ha supuesto un refuerzo de la posición del órgano judicial ordinario como garante de los derechos: un amplísimo porcentaje de los incidentes planteados son inadmitidos a trámite o desestimados. No ha frenado la llegada de demandas de amparo al Tribunal Constitucional: los abogados perciben el incidente de nulidad como un requisito procesal que deben completar antes de plantear el recurso de amparo constitucional, de modo que el incidente se ha convertido en un escalón más antes de llegar al olimpo del TC, y no en una vía de reparación adecuada. No ha logrado reforzar el sistema de garantías: son muy pocos los incidentes estimados, y la complejidad ligada a la identificación de los supuestos en que es necesario interponerlo o no hacerlo antes de acudir al recurso de amparo genera en el justiciable (en realidad en su abogado) la sensación de que es una trampa procesal más que un mecanismo de garantía adicional. Y realmente esta percepción no es en absoluto errónea.

Las dificultades de acceso al recurso de amparo constitucional han provocado un efecto, quizá indeseado y disfuncional, pero no necesariamente pernicioso. Cuando un letrado en España define su estrategia de litigación, especialmente si es experto en litigios en materia de derechos humanos, cada vez con más frecuencia la plantea al margen del TC, construyendo su argumentación sobre la base de los tratados de derechos humanos firmados por España y con el objetivo último de acceder sea al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sea al Comité del Consejo de Europa (Comité de Derechos Sociales), sea a los Comités del sistema de Naciones Unidas en los supuestos en que se haya desarrollado un protocolo de acceso a quejas individuales. La prueba de ello es el incremento de litigiosidad ante el TEDH y ante los Comités, que lleva aparejado un incremento de las resoluciones de estos órganos que tienen por destinatario al Estado español.

Tampoco creo que sea totalmente ajeno a este cambio de definición de la litigación estratégica el hecho de que, en durante las tres últimas presidencias del Tribunal Constitucional o, dicho de otro modo, durante las tres últimas formaciones del Tribunal, este ha dictado sentencias severamente criticadas tanto por la doctrina como por los activistas que trabajan en la defensa de los derechos y de las personas en particular situación de vulnerabilidad. Crítica que también ha sido interna y se ha puesto de manifiesto en un ingente número de votos particulares. Esta situación, contrastable, ha enviado a la sociedad civil el mensaje, quizá no siempre ni en todos los temas ajustado a la realidad, de que el Tribunal estaba atravesando una fase de “contracción” en materia de interpretación y garantía de los derechos fundamentales.

Todo este proceso de deterioro del recurso de amparo está perdiendo con insi-

stencia una intervención tanto del Tribunal Constitucional como del legislador. Pero es necesario que ambos se planteen si se trata de restringir aún más el acceso del justiciable al recurso de amparo, o de reconocer que la llegada de demandas de amparo es incontrolable y entonces es necesario poner los esfuerzos en una gestión más eficiente de la tramitación de esas demandas y en una definición más clara, coherente y sostenida de las causas de especial trascendencia constitucional. Adicionalmente, sería conveniente reflexionar acerca de otros mecanismos procesales de acceso de la ciudadanía, o de los intereses individuales o colectivos, a la jurisdicción constitucional. La vía principal y habitualmente utilizada de acceso directo sea el perjudicado por la acción de los poderes del Estado una persona física o una persona jurídica, es la que proporciona el recurso de amparo y ya hemos visto los problemas que se asocian a este tipo de procedimiento.

Entonces, quizá debiéramos plantearnos la apertura del control de constitucionalidad a legitimados individuales, quizá cualificados, como por ejemplo organizaciones no gubernamentales cuyos fines sociales se conecten con el interés público en la defensa de los derechos fundamentales, y quizá con requisitos más restrictivos que los que se aplican a los legitimados institucionales. O, eventualmente, también podríamos pensar una intervención del *amicus curiae* que, a diferencia de lo que ha decidido la Corte Costituzionale Italiana<sup>22</sup>, no existe en ningún tipo de proceso constitucional en España. Si una vuelta al amparo “subjetivo” previo al año 2007 no parece una solución viable, quizá debamos pensar en otras formas de acceso de la ciudadanía a la jurisdicción, o de acercamiento entre ambas, para paliar el doble efecto de distanciamiento de la jurisdicción constitucional del debate social y de empobrecimiento del debate constitucional.

### 3. *Crisis política contextual y proyección al trabajo del Tribunal*

El Tribunal Constitucional nunca ha sido un actor jurídico políticamente neutro. Su caracterización, el alcance de sus funciones -especialmente la de legislador negativo y la de árbitro de los conflictos de poder-, y la forma de elección de sus miembros hacen imposible que no esté en el centro del debate político. Cosa distinta es cómo ocupe esa posición, cómo desempeñe sus funciones y cómo legitime sus decisiones.

Ciertamente no es el recurso de amparo ni la función de garantía de los derechos que el Tribunal desempeña a través de aquel, lo que tensiona políticamente al TC, al menos no de forma principal. La experiencia nos muestra que el Tribunal se agita particularmente con el control de la actividad del legislador. Y lo hace mucho

<sup>22</sup> Esa decisión fue adoptada el 8 de enero de 2020 por la Consulta, y ha supuesto la modificación, en particular, de los arts. 4 ter y 14 bis de las “Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale”.

más intensamente cuando es llamado, por quienes tienen legitimación institucional para ello, a intervenir en cuestiones que ponen de manifiesto una conflictividad política intensa. Precisamente en este escenario es en el que se ha visto obligado a desempeñar su papel desde el año 2006. Ni los partidos políticos<sup>23</sup>, ni las instituciones, han dejado al margen al Tribunal Constitucional de ninguna de las crisis que ha vivido el Estado y la sociedad española en este tiempo.

El objetivo de estas páginas no puede ser revisar todos los asuntos políticamente complejos que ha resuelto el Tribunal durante las últimas dos décadas porque, realmente, ha intervenido en todos: desde la reforma laboral y las medidas de control del gasto público que siguieron al estallido de la crisis financiera en el año 2008, pasando por el control de las medidas adoptadas para paliar la crisis de la vivienda en España, hasta llegar al tiempo y el control de las medidas principales y accesorias adoptadas para atender a la crisis sanitaria vinculada a la expansión de la COVID-19, destacando en particular el control de la propia declaración del estado de alarma. Solo me voy a detener en la descripción de aquellos elementos de la crisis constitucional que ha vivido y está viviendo nuestro país en los últimos años que han tenido proyección directa en la actividad del Tribunal Constitucional, en su funcionamiento interno y en la percepción que del órgano tiene, en la actualidad, buena parte de la opinión pública. Y me voy a centrar específicamente en dos grandes temas: la crisis independentista y la crisis del poder judicial.

### 3.1. *La proyección de la crisis independentista a la labor del Tribunal Constitucional*<sup>24</sup>

La aprobación de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), es el hito histórico que marcó el inicio de la crisis constitucional más grave que ha vivido España desde la aprobación de la Constitución de 1978.

El EAC fue recurrido ante el Tribunal Constitucional por noventa y nueve

<sup>23</sup> Sobre la injerencia de los partidos políticos en la actividad del Tribunal Constitucional escribe M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *La injerencia de los partidos políticos en el Tribunal Constitucional, La reforma del Estado de partidos* editado por C. GARRIDO LÓPEZ, E. SÁENZ ROYO, 2016, pp. 121-136.

<sup>24</sup> Los comentarios doctrinales sobre la jurisprudencia constitucional en una década de conflicto independentista son numerosos. Pueden citarse aquí los trabajos de A. BAR CENDÓN, *El proceso independentista de Cataluña y la doctrina jurisprudencial; una visión sistemática*, UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, pp. 187-220; J.M. CASTELLÀ ANDREU, *Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán; respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional* UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, pp. 561-592; J. DE M. BÁRCENA, “El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, mayo-agosto, 2018, pp. 136-166 (doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.05>) y, del mismo autor *Justicia constitucional y secesión: el caso del proceso soberanista catalán*, Madrid-Reus, 2019; A. QUERALT JIMÉNEZ, *Algunas reflexiones en torno a la cuestión catalana*, en *Cultura Constitucional en Europea*, editado por J. URÍAS MARTÍNEZ y F. ÁLVAREZ-OSSORIO, Editorial Universidad de Sevilla, 2022, pp. 173-200.; y E. ROIG I MOLÉS, *Proces sobiranista i Tribunal Constitucional. Anàlisi d'un impacte recíproc*, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54, 2017, pp. 24-61.

Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, el 31 de julio de 2006. En esa misma fecha, se promovió la recusación del Magistrado Pablo Pérez Tremps por haber participado junto a otros investigadores y en desarrollo de su actividad académica precedente, en la redacción de un dictamen encargado por el Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalidad de Cataluña que sirvió para elaborar una propuesta normativa de reforma estatutaria, posteriormente presentada al Parlamento de Cataluña. El Pleno, con una gran división interna que se identifica en los votos particulares, dictó el ATC 26/2007 acordando estimar la recusación formulada, por apreciar la concurrencia de la causa 13 del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los recurrentes utilizaron entonces la recusación como herramienta procesal con la finalidad política de modificar la composición del órgano, en un sentido que creían sería más favorable a sus intereses, sin imaginar que abrirían una puerta que llevaba al espacio de la desconfianza en la imparcialidad del juzgador.

A partir de ese momento se vendrá a utilizar la recusación para tratar de expulsar del trabajo jurisdiccional, de forma puntual o de forma generalizada, a determinados magistrados que, a juicio de las partes, iban a ser desfavorables a sus pretensiones, consideración esta asociada al sesgo político que se presumía al magistrado o magistrada en cuestión, debido al origen partidista de la propuesta de nombramiento que los había llevado a la magistratura constitucional. No obstante, los pronunciamientos sucesivos del TC vinieron a inadmitir las recusaciones planteadas, sobre la base de distinto tipo de argumentos, quedando el ATC 26/2007 como una resolución emblemática que no se reiteró, a pesar de las discrepancias al respecto<sup>25</sup>. No obstante, el temor a las recusaciones y al impacto que las mismas pudieran tener (por su estimación o por lo contrario) en el funcionamiento y en la imagen del Tribunal ha forzado a los integrantes del Pleno a proponer sus propias abstenciones con mayor intensidad en los últimos años, incrementándose de forma preocupante la conflictividad en torno a esta cuestión. Prueba reciente de ello es el ATC 37/2023, de 8 de febrero, en el que se discute sobre la recusación y subsidiaria abstención de una magistrada en la que podría haber concurrido una causa también presente en otros magistrados. La apreciación de esta causa hubiera llevado a la paralización del órgano en la resolución de un asunto, el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, que llevaba ya, en aquel momento, pendiente de resolución 13 años.

Pero esta cuestión puede ser considerada un problema menor.

Las consecuencias más negativas de la STC 31/2010, de 28 de junio, que resolvió el recurso contra el Estatuto con una sentencia compleja, desestimatoria

---

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, el voto particular del magistrado Luis Ortega al ATC 180/2013, de 17 de septiembre.

de la mayoría de las pretensiones de parte e interpretativa en gran medida<sup>26</sup>, fueron políticas. Este pronunciamiento provocó la reacción de las instituciones de la Comunidad Autónoma. El propio Presidente de la Generalitat en aquel momento, realizó una declaración institucional afirmando que “el Estatut sigue vigente, somos una nación”, y que era necesario iniciar una vía política de negociación para desarrollar los preceptos declarados inconstitucionales<sup>27</sup>. Cinco meses después se convocaron elecciones autonómicas y el gobierno de la Generalitat cambió de color político, pasando a ocupar CIU (partido nacionalista catalán) la mayor parte de los escaños del Parlament. En una situación de crisis económica creciente y ante el fracaso de la negociación con el Estado de un nuevo sistema de financiación para Cataluña, la legislatura no llegó al final.

A los dos años, en noviembre de 2012 se volvieron a convocar elecciones, poco después de la gran manifestación independentista del 11 de septiembre de 2012<sup>28</sup>, y de que el Parlamento Catalán acordase convocar una consulta sobre la independencia. El resultado electoral, que dio la mayoría a los partidos nacionalistas, desembocó recién iniciada la legislatura en la aprobación de la Resolución del Parlament 5/X, por la que se aprueba la “Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña”. Dicho pronunciamiento, cuya naturaleza política era clara no siéndolo tanto su carácter jurídico, fue impugnada ante el Tribunal Constitucional por el cauce procesal regulado en los arts. 76 y 77 LOTC (Título V), es decir a través del mecanismo de la impugnación de disposiciones autonómicas (IDA) y se resolvió en la STC 42/2014, de 25 de marzo<sup>29</sup>. La primera que abre la serie de las muchas que el Tribunal pronunciaría, a partir de ese momento, en relación con la crisis independentista.

La particularidad de este pronunciamiento, en relación con el funcionamiento interno del Tribunal, tiene que ver con el tipo de procedimiento elegido para impugnar la Resolución 5/X. Durante los primeros veinticinco años de actividad jurisdiccional del TC se interpusieron un total de nueve IDAs. Desde

---

<sup>26</sup> La STC 31/2010, de 28 de junio apenas declaró inconstitucionales catorce preceptos, después de casi cuatro años de deliberaciones, y formuló la interpretación conforme de otros veintisiete, lo que cuantitativamente no parece demasiado teniendo en cuenta el alcance del recurso y la extensión del Estatuto.

<sup>27</sup> Una de las críticas más notables tenía que ver con la legitimación del Tribunal Constitucional para controlar una norma que había sido ratificada en referéndum. Sobre esta cuestión profundiza el trabajo de D. LÓPEZ RUBIO, *Justicia constitucional y referéndum. El control judicial de las normas aprobadas por los ciudadanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.

<sup>28</sup> Esta manifestación se convocó por la Asamblea Nacional Catalana, organización independentista de la sociedad civil, bajo el lema «Cataluña, nuevo estado de Europa» y es considerada, tras la STC 31/2010, como un punto de inflexión en el proceso independentista de Cataluña.

<sup>29</sup> Para profundizar en el análisis de este pronunciamiento véase A. TORRES GUTIÉRREZ, *La Vertebración de Cataluña en España: Algunas Alternativas Extemporáneas*, *Civitas Europa*, 33, 2, 2014, pp. 263-268.

el año 2004 y hasta el año 2013, no se volvió a utilizar este procedimiento, que se reeditó con la impugnación de la Resolución 5/X. Desde entonces el Tribunal ha pronunciado 13 sentencias y 50 autos relacionados con impugnaciones contra disposiciones autonómicas<sup>30</sup>. En todos los casos, excepto en dos, se trata de pronunciamientos incoados contra resoluciones o declaraciones del Parlamento de Cataluña. En síntesis, en menos de 10 años, el Tribunal ha sido llamado más que en los treinta y ocho precedentes a pronunciarse en el marco de procedimientos de impugnación de disposiciones autonómicas y ha pronunciado muchas más resoluciones en ese mismo marco procesal, todas ellas con un impacto político mucho mayor que el que se asocia a los pronunciamientos dictados en la primera fase. Pero lo verdaderamente relevante exige un análisis más profundo que no es posible hacer en estas páginas<sup>31</sup>, y que se refiere a la expansión de su objeto y del parámetro de control de constitucionalidad respecto del que puede ser activado: en la práctica, el procés ha supuesto una inflación de impugnaciones de disposiciones autonómicas que solo se justifica por la indefinición de un proceso que, por esa razón, se ajustaba bien a una situación política excepcional.

Siguiendo con el relato histórico-jurisdiccional, debemos recordar, que tras la STC 42/2014, concretamente el 26 de septiembre del mismo año, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 10/2014 de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, que fue declarada inconstitucional por la STC 31/2015, de 25 de febrero, cerrándose así la opción de convocar un referéndum de autodeterminación “legal”<sup>32</sup>. Esta decisión fue muy mal recibida por las instituciones de la Generalitat y el ruido político fue creciendo progresivamente hasta la convocatoria electoral anticipada, que culminaría con las elecciones de 27 de septiembre de 2015. Aquella campaña electoral estuvo dominada por el tema de la independencia de Cataluña y desde el independentismo se plantearon estas elecciones como un plebiscito sobre la independencia de Cataluña. Los resultados, que dieron la mayoría a la coalición independentista,

---

<sup>30</sup> Muchos de estos autos son de adopción de medidas cautelares (ATC 5/2018), otros se dictan en el marco de incidentes de ejecución (es el caso de los AATC 24, 123, 124, 126, 127, 143 y 151/2017; 141 y 170/2016) y otro porcentaje de estos se pronuncian para mantener el sentido de resoluciones previamente dictadas (por citar solo dos AATC 53/2015 y 156/2013).

<sup>31</sup> Se intenta este análisis más exhaustivo en I. GÓMEZ FERNÁNDEZ “Artículo 161.2”, en *Comentario a la Constitución española: 40 aniversario 1978-2018: libro-homenaje a Luis López Guerra*, editado por A. SAINZ ARNÁIZ, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 2219-2230.

<sup>32</sup> El mismo día en que se aprobó la Ley, también se aprobó el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, y sus anexos. El Decreto fue impugnado mediante IDA y fueron suspendidos sus efectos hasta la declaración de inconstitucionalidad en la STC 32/2015, de 25 de febrero. Comenta las SSTC 31 y 32/2015, A. TORRES GUTIÉRREZ, *La vertebración de Cataluña en España: la respuesta del tribunal constitucional sobre algunas alternativas extemporáneas en materia de consultas populares no referendarias*. *Civitas Europa*, 34, 2015, p. 297-302. <https://doi.org/10.3917/civit.034.0297>.



fueron asumidos como un mandato de avanzar en el procés. El presidente de la Generalitat elegido para ello fue Carles Puigdemont.

En el ínterin, la deriva de la situación provoca la revisión de la LOTC hasta en dos ocasiones en el otoño de 2015. Por un lado, la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, reintroduce el recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación<sup>33</sup>. Este procedimiento no ha sido utilizado desde que se reintrodujo, pero dentro del relato político es una herramienta al servicio de la jurisdicción constitucional (y el Estado de Derecho), para evitar futuras revisiones inconstitucionales del Estatuto que, una vez en vigor, generen unas expectativas en la ciudadanía cuya ruptura habría justificado, desde el relato independentista, la exacerbación del sentimiento secesionista.

Por otro lado, la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, establece con muy escaso consenso político un procedimiento detallado de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía, de nuevo, del Estado de Derecho<sup>34</sup>. Frente a la utilización del recurso previo, el procedimiento de ejecución sí ha sido incoado en varias ocasiones, buena parte de ellas en relación con la ejecución de la STC 259/2015, de 2 de diciembre, que declaró contraria a la Constitución la resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015. El Tribunal estableció en este pronunciamiento, frente al argumento de que el Parlamento de Cataluña actúa como mandatario de un poder constituyente que derivaría del pueblo catalán, reconocido como sujeto jurídico soberano, que en el Estado social y democrático de Derecho no cabe contraponer una supuesta legitimidad democrática de un cuerpo legislativo a la primacía incondicional de la Constitución, de modo que cualquier aspiración política de modificar el orden constitucional existente solo se puede defender a través de los procedimientos de revisión formal de la Constitución.

La imposibilidad de incoar el trámite para iniciar dicha reforma<sup>35</sup> es utilizada como argumento para continuar el procés de forma unilateral. Durante los años

---

<sup>33</sup> Realiza un análisis de estas reformas, conectándolas con sus reflexiones previas sobre la intervención del TC en el proceso soberanista A. TORRES GUTIÉRREZ, *Estudio de las recientes reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en España: La LO 12/2015, de 22 de septiembre, y la LO 15/2015, de 16 de octubre*, Civitas Europa, vol. 35, 2, 2015, pp. 289-298.

<sup>34</sup> La controversia política o la falta de consenso en la aprobación la segunda de estas normas se tradujo en su impugnación ante el propio Tribunal Constitucional, que declara la constitucionalidad de las reformas en las SSTC 185/2016, de 3 de noviembre y 215/2016, de 15 de diciembre. Ambas sentencias cuentan con tres votos particulares.

<sup>35</sup> Sobre esta cuestión véase D. GUÉNETTE, *Initier le processus constituant en contexte plurinational : étude comparative des pouvoirs catalans et québécois de mettre en branle la procédure de révision constitutionnelle de leur État*, *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 24 (Octubre 2016), p. 46-79.

2016 y 2017 se fueron desarrollando las conocidas como estructuras de Estado, esto es el soporte institucional y normativo necesario para conformar la estructura básica que permitiera dar soporte a un futuro estado independiente. El 6 de septiembre se aprobó la Ley 19/2017 del referéndum de autodeterminación de Cataluña, que fue impugnada y suspendida por el TC inmediatamente, como lo fue el Decreto de convocatoria. La ley, terminaría por declararse inconstitucional en la STC 114/2017, de 17 de octubre, apenas unos días después.

Entretanto, ya se había celebrado, el 1 de octubre de 2017, el referéndum de independencia convocado por el presidente de la Generalidad. Esta consulta no tenía cobertura legal y no respondía a las garantías necesarias para ser reconocida como una consulta realmente representativa. El resultado no tenía valor jurídico alguno a pesar de lo cual, el 27 de octubre de 2017, se aprobó en el Parlamento de Cataluña la declaración unilateral de independencia. Ese mismo día se adoptó el Acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, mediante el que se aprobaron las medidas requeridas por el Gobierno del Estado al amparo del artículo 155 de la Constitución. Buena parte de las facultades vinculadas a la autonomía de la Comunidad Autónoma de Cataluña fueron suspendidas y el presidente de la Generalitat fue cesado. La aplicación del art. 155 CE también fue impugnada mediante recurso de inconstitucionalidad, a pesar de no haber adoptado la forma de ley, siendo admitido el recurso y posteriormente desestimado por STC 89/2019, de 2 de julio.

Pero la intervención del Tribunal en el proceso no terminó aquí. Ni mucho menos. Contra una parte de los líderes políticos del proceso independentista se abrió, en vía penal y ante el Tribunal Supremo, la Causa Especial número 20907/2017. Por sentencia de 14 de octubre de 2019 se condenó a penas de entre 9 y 13 años de prisión a los enjuiciados por delitos de sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia. El Tribunal Constitucional intervino a lo largo de toda la causa, conociendo y desestimando en su totalidad los recursos de amparo planteados contra las medidas cautelares y contra los efectos derivados de la adopción de esas medidas provisionales en el ejercicio de los derechos políticos de una parte de los procesados<sup>36</sup>. Recaída sentencia firme, el Tribunal Constitucional sería de nuevo llamado a revisar la sentencia condenatoria, desestimando la totalidad de los recursos de amparo interpuestos

---

<sup>36</sup> A este respecto pueden citarse las SSTC 130/2018, de 12 de diciembre; 131/2018, de 12 de diciembre; 29/2019, de 28 de febrero; 2/2020, de 15 de enero; 3/2020, de 15 de enero; 9/2020, de 28 de enero; 12/2020, de 28 de enero; 21/2020, de 11 de febrero; 22/2020, de 13 de febrero; 39/2020, de 25 de febrero; 97/2020, de 21 de julio; 193/2020, de 17 de diciembre; 194/2020, de 17 de diciembre; 69/2021, de 18 de marzo; 90/2021, de 22 de abril; 105/2021, de 11 de mayo; 65/2022, de 31 de mayo; 85/2022, de 27 de junio; 88/2022, de 28 de junio; 92/2022, de 11 de julio; 93/2022, de 11 de julio; 95/2022, de 12 de julio; 96/2022, de 12 de julio; 97/2022, de 12 de julio; 144/2022, de 15 de noviembre; 148/2022, de 29 de noviembre; y 149/2022, de 29 de noviembre.

contra aquella, si bien en algunos de aquellos pronunciamientos se identificaron ya votos discrepantes<sup>37</sup>.

La jurisprudencia del procés ha sido compleja, discutible y discutida y la última palabra no ha sido pronunciada, en la medida en que algunos asuntos han sido elevados a conocimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero, además, ha sido una jurisprudencia con una proyección problemática y, en gran medida, tan imprevisible como inesperada en lo que hace al alcance del control constitucional de los actos parlamentarios.

Los actos parlamentarios sin valor de ley se controlan por el Tribunal Constitucional a través del cauce previsto en el art. 42 LOTC, cuando esos actos puedan afectar a derechos fundamentales susceptibles de protección a través del recurso de amparo, y en particular al derecho de participación política de los representantes de la ciudadanía (art. 23 CE). Se controlan así los conocidos como “*interna corporis acta*”, entre los que se puede encontrar la inadmisión de enmiendas en el procedimiento legislativo, la concesión o denegación de un suplicatorio para proceder contra un parlamentario, el rechazo de preguntas parlamentarias, mociones o comparecencias en comisión, o la aplicación de la normativa anti-transfuguismo, entre muchos otros supuestos. No obstante, existía una gran deferencia del Tribunal a la autonomía política de las Cámaras, y una voluntad predominante de respeto a los *interna corporis*.

Pero el control de los actos del Parlamento de Cataluña provoca un giro en esa jurisprudencia deferente, a partir de las SSTC 46 y 47/2018, de 26 de abril, que vienen a establecer que la Mesa de la Cámara, en los actos de calificación y admisión, no puede tramitar iniciativas contra la indicación y mandato directo de una resolución expresa del Tribunal Constitucional. Se trataba de evitar así la desobediencia parlamentaria a los mandatos del Tribunal, especialmente los relativos a la suspensión de iniciativas parlamentarias. Pero el comportamiento de la Mesa del Parlament se sofistica tras estas sentencias, precisamente para evitar su aplicación, y fuerza un nuevo giro jurisprudencial en la STC 115/2019, de 16 de octubre, en la que el Tribunal afirma que no solo se da la vulneración del art. 23 CE de los parlamentarios que se oponen a la tramitación de una iniciativa cuando media instrucción directa del Tribunal de no tramitar, sino también cuando existe un pronunciamiento de inconstitucionalidad previo al que se opone abiertamente la iniciativa objeto de la nueva tramitación. El problema de esta jurisprudencia es que puede colocar a las Mesas de las Cámaras en una posición de control previo de la constitucionalidad de las iniciativas que no les corresponde y que puede ser instrumentalizada políticamente, como

---

<sup>37</sup> Las sentencias resolutorias de los recursos de amparo contra la condena en la causa especial son las siguientes: SSTC 34/2021, de 17 de febrero; 91/2021, de 22 de abril; 106/2021, de 11 de mayo; 121/2021, de 2 de junio; 122/2021, de 2 de junio; 184/2021, de 28 de octubre; 45/2022, de 23 de marzo; 46/2022, de 24 de marzo y 47/2022, de 24 de marzo.

efectivamente veremos que sucedería en el mes de diciembre de 2022. Las dudas que genera esta línea jurisprudencial empezarán a ponerse de manifiesto en los votos particulares de los magistrados Juan Antonio Xiol y Ramón Sáez a la STC 15/2022, de 8 de febrero.

En síntesis, el Tribunal ha sido protagonista inequívoco del proceso soberanista, en el que ha intervenido de forma directa; ha sido instrumentalizado abiertamente en el curso de ese proceso por distintos actores; ha visto modificado normativa y jurisprudencialmente el ámbito de su intervención y sus capacidades de acción jurisdiccional, ampliando el objeto de su control y también, materialmente, el parámetro de control; y ha dado lugar a derivas jurisprudenciales que pueden provocar efectos perniciosos en la garantía de la separación de poderes. Con lo cual el balance no puede ser más que negativo.

### *3.2. La proyección de la crisis judicial a la labor del Tribunal Constitucional*

El 3 de agosto de 2018 el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial inició el procedimiento para la renovación de los vocales del Consejo. El nombramiento de esos vocales se había producido el 29 de noviembre de 2013 y el Consejo se constituyó el 4 de diciembre siguiente, de modo que en fechas equivalentes del año 2018 debería haberse procedido al nombramiento y constitución del nuevo Consejo. Las previsiones constitucionales y legales establecen que el mandato del Consejo es de cinco años.

A fecha de hoy (junio de 2023), el procedimiento abierto en agosto de 2018 no ha concluido, ni se prevé una conclusión próxima. No se han nombrado nuevos vocales. No se ha constituido un nuevo CGPJ, aunque su presidente dimitió hace algunos meses ante la imposibilidad de proceder a la renovación del órgano. Y no parece que exista una salida viable a esta situación de estancamiento, porque el Grupo Parlamentario Popular tanto en el Congreso de los Diputados (el Congreso elige 10 vocales del Consejo), como en el Senado (este elige a los otros 10), ha decidido usar la minoría de bloqueo de la que dispone para evitar la renovación. Y, además, se han convocado elecciones generales a celebrar el 23 de julio próximo.

Sin entrar a la valoración política del uso de la minoría de bloqueo, ni a los efectos de esta crisis sobre la imagen de independencia del poder judicial, interesa destacar como esta crisis se ha proyectado a la actividad del Tribunal Constitucional.

En primer término, se ha sometido a su control la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones<sup>38</sup>. Esta medida legislativa tiene

---

<sup>38</sup> Se trata de los recursos de inconstitucionalidad núm. 3101/2021 promovido por 50 diputados del Grupo Parlamentario VOX contra los arts. 570 bis y 598 bis y num. 2379/2021 promovido por diputados del Grupo Parlamentario Popular contra los mismos preceptos.

por objeto limitar las facultades del Consejo General del Poder Judicial una vez transcurren los cinco años de ejercicio de su mandato, es decir una vez debiera haber sido renovado. La reforma pretende, claramente, evitar que el Consejo cesante siga nombrando cargos en la carrera judicial y, especialmente, que nombre a los Magistrados del Tribunal Supremo. Pero el efecto indeseado de la limitación funcional es que la misma, tal y como se materializa, también parecía impedir el nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional que corresponden al Consejo, es decir dos de los doce integrantes del Tribunal. Habida cuenta que ese nombramiento debía producirse en junio de 2022, la reforma influía directamente en la renovación del Tribunal Constitucional a cuyo control de constitucionalidad se somete esa misma reforma. Ante la inacción del TC, el problema de su renovación es resuelto por el propio legislador, que ajusta la reforma en la Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la LOPJ. Esta ley orgánica devuelve al Consejo General del Poder Judicial en funciones la facultad de nombramiento de los Magistrados constitucionales<sup>39</sup>.

Pero, pese a esta restitución de funciones, la renovación no se produce. La mayoría conservadora del Consejo decide bloquear la renovación del Tribunal Constitucional, como medida de presión para que el legislador le devuelva la totalidad de las facultades de nombramiento que le habían sido retiradas por la LO 4/2021, o para que lo haga el propio TC en la resolución del recurso de inconstitucionalidad planteado contra esta ley orgánica. Y aquí es donde la situación de crisis institucional comienza a adoptar un cariz más complejo. El Gobierno nombra en noviembre a los dos Magistrados que le correspondía designar desde junio de 2022, pero el presidente del Tribunal Constitucional se niega a tramitar la incorporación de estos dos magistrados hasta que no se complete la nominación del tercio de cuatro que corresponde, argumentando la necesidad de que el Consejo, que dice estar negociando, nombre a los dos magistrados constitucionales que le compete.

La paciencia se agota en la mayoría parlamentaria (progresista), en el Gobierno y en el seno del propio Tribunal Constitucional, sobre todo porque aparece el temor a que también se bloquee *sine die* la renovación de un TC en que se identifica una mayoría conservadora. En sede parlamentaria el Grupo Parlamentario Socialista introduce, en la tramitación de una ley de modificación del Código Penal, dos enmiendas que prevén la reforma de la LOPJ y la LOTC para evitar el bloqueo en la renovación del Tribunal Constitucional. Y los Grupos Parlamentarios VOX y Popular interponen sendos recursos de amparo contra la decisión de la Mesa de la Comisión parlamentaria de Justicia de tramitar dichas enmiendas. Acuden como argumento para sustentar su recurso, a la obligación de la Mesa de no tramitar iniciativas contrarias a la Constitución. Es decir, a la

---

<sup>39</sup> También la LO 8/2022 ha sido sometida a juicio de constitucionalidad, pero ninguno de los recursos planteados contra las LO 4/2021 y 8/2022 ha sido resuelto hasta la fecha.

jurisprudencia desarrollada para el control del Parlament de Cataluña durante el desarrollo del procés independentista. Y radican la inconstitucionalidad manifiesta de las enmiendas en un problema estrictamente formal: la obligación de tramitación solo de enmiendas homogéneas a la iniciativa legislativa en curso tal y como se había establecido en la STC 119/2011, de 5 de julio.

El Pleno del Tribunal, al que se avoca el asunto, admite a trámite el recurso de amparo. Pero, lo que es más sorprendente, también acuerda suspender la tramitación parlamentaria de las enmiendas objeto del recurso. Lo hará en el ATC 177/2022, de 19 de diciembre, posteriormente confirmado por el ATC 178/2022, de 21 de diciembre<sup>40</sup>.

El Tribunal entiende que, de acuerdo con la doctrina sobre el ejercicio del derecho a la enmienda y la debida relación de homogeneidad entre esta y la iniciativa legislativa que se pretende modificar las vulneraciones alegadas no carecen de verosimilitud. Además, se entiende que, de conformidad con la doctrina sobre el carácter excepcional de las medidas cautelares, concurren los dos elementos necesarios para su adopción: la irreversibilidad del perjuicio y la urgencia excepcional. El resultado es que el Tribunal, con la totalidad de sus miembros reunidos a pesar de que las enmiendas en cuestión afectaban a la continuidad de tres de los miembros del Pleno, decide intervenir un procedimiento legislativo en curso y, por tanto, actuar sobre el poder legislativo de forma directa. La reacción del Congreso de los Diputados y del Senado fue inmediata y sumamente crítica. Y la del Consejo General del Poder Judicial también. Seguramente se entendió que la crisis había ido demasiado lejos. El 27 de diciembre el CGPJ nombró a los dos magistrados que le correspondían y los cuatro nuevos integrantes del Tribunal Constitucional tomaron posesión de sus cargos el día 9 de enero, dando lugar a la configuración de un nuevo Tribunal Constitucional.

Pero el daño a la credibilidad del órgano ya estaba hecho.

#### 4. *Crisis de nombramientos*

El capítulo recién descrito conecta con el último de los apartados que me gustaría tratar, aunque lo haré de forma más superficial porque son muchos los trabajos de investigación que se han escrito sobre la cuestión de los nombramientos de los magistrados del Tribunal Constitucional<sup>41</sup>. A ellos me iré remitiendo puntualmente.

Mucho se ha hablado sobre la voluntad de control del Tribunal por parte

<sup>40</sup> Sobre este auto véase P. MORENO BRENES, *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional: una reforma legal y un auto con polémica servida*, *Diario La Ley*, num. 10197, 2022.

<sup>41</sup> Me interesa resaltar aquí el trabajo de G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional*, *Revista española de derecho constitucional*, año 35, núm. 105, 2015, pp. 13-49.

de los partidos políticos. Mucho menos de la voluntad de control por parte del Poder Judicial. Pero esta también existe y se ha puesto de manifiesto, en particular, en los hechos que acabo de describir y, finalmente, también en la actual composición del TC. Apelo a un artículo de la reconocida periodista Soledad Gallego-Díaz, que apareció en el diario El País el 15 de enero de 2023<sup>42</sup>, en el que se explica lo disfuncional que puede resultar un Tribunal Constitucional excesivamente judicializado:

*El primer Tribunal Constitucional, en 1980, tuvo un presidente que era catedrático de Derecho Constitucional (y además, un sabio en la materia), Manuel García-Pelayo, y un vicepresidente que procedía del Supremo, Joaquín Arozamena, pero en su conjunto, nueve de sus miembros llegaron desde la Universidad, y solo tres, desde la judicatura. De los once presidentes que ha tenido el TC hasta hoy, nueve han sido catedráticos, y solo dos, jueces. De los once vicepresidentes, seis catedráticos y cinco jueces. Por primera vez, presidente y vicepresidenta proceden de la carrera judicial (Cándido Conde-Pumpido fue miembro del Supremo antes que fiscal general, e Inmaculada Montalbán, presidenta de Sala en el Tribunal Superior de Andalucía).*

*El Tribunal Constitucional se creó precisamente como un órgano ad hoc, situado fuera del Poder Judicial cuya mayoría siempre conservadora facilitaba determinadas posiciones políticas. Como explicó el recordado Pablo Pérez Tremps, catedrático y miembro del Constitucional entre 2004 y 2013, el empeño del Tribunal Constitucional en hacer efectiva su supremacía normativa, con creciente malestar del Supremo, “resultó decisivo para modificar la actuación de los jueces y tribunales ordinarios que, poco a poco, y no sin dificultades, fueron asumiendo esa nueva concepción de la Constitución y los valores y principios contenidos en ella”. La anulación de decisiones judiciales cuando resultaban contrarias a los derechos fundamentales permitió que se produjera una especie de “pedagogía constitucional” entre los jueces.*

*El Tribunal Constitucional nació con voluntad de reflejar una pluralidad amplia, inclusiva, un punto de conexión con la realidad social y política del país. Sus argumentos, como intérprete máximo de la Constitución, tuvieron siempre un lado filosófico, sociológico y moral. Llenar el Tribunal Constitucional de jueces es, en cierta manera, hacerle perder su papel, porque la aplicación de la ley no ha sido nunca su cometido. El cumplimiento y la interpretación de la Constitución exigen, seguramente, muchos más conocimientos que el entendimiento de las leyes.*

No tengo más que añadir a estas consideraciones<sup>43</sup>, y no me queda sino remitirme a la lectura de los trabajos ya escritos sobre este tema para mostrar mi acuerdo con las conclusiones de mis colegas, cuando ponen de manifiesto que existe una desconfianza generalizada en el sistema de nombramiento, que se

<sup>42</sup> S. GALLEGO DIAZ, *Demasiados jueces en este tribunal*, *El país*, 15 de enero, 2023.

<sup>43</sup> Si acaso puedo remitir, con carácter general, a las reflexiones de F.J. GARCÍA ROCA, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, en *La Reforma del Tribunal Constitucional: actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* editado por P. PÉREZ TREMPs, 2007, p. 47 y ss. Y, en un trabajo más reciente, a la reflexión de L.M. LÓPEZ GUERRA, *Los retos al Tribunal Constitucional español, desde la perspectiva del «constitucionalismo político»*, en *Annuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 25, 1 (enero-junio), 2021, p. 30.

proyecta después hacia la actividad jurisdiccional<sup>44</sup>. Existe una sospecha de sesgo político en los magistrados constitucionales que quizá sea inevitable y posiblemente pudiéramos concluir que no es tan negativa, que deriva peligrosamente a una sospecha de sesgo partidista. Y esto último no puede recibir una valoración positiva porque, de nuevo, aleja al órgano constitucional de la ciudadanía y lo enfanga en el juego político y en la lucha partidista. Pierde legitimidad y pone en duda su posición como órgano contramayoritario.

Recuerdo, muy brevemente, que de los doce magistrados del Tribunal Constitucional cuatro son elegidos por mayoría de 3/5 de los integrantes del Congreso de los Diputados; cuatro son elegidos por idéntica mayoría por los integrantes del Senado; dos por mayoría cualificada en el seno del Consejo General del Poder Judicial (aunque este se encuentre con el mandato prorrogado); y otros dos son elegidos por el Gobierno. El mandato de renovación por terceras partes, leído a la luz de la disposición transitoria novena de la Constitución, se traduce en que cada tres años se renuevan cuatro magistrados, coincidiendo en su renovación los cuatro del congreso, los cuatro del senado y los cuatro restantes. El mandato es de nueve años, que se computa desde la fecha en que la renovación debió efectivamente producirse. De modo que, si existen retrasos, estos se traducen en una reducción temporal del mandato.

Durante las primeras tres décadas de actividad del Tribunal los retrasos en las renovaciones fueron menores y casi anecdóticos. En el curso del mismo año en que estaba prevista la renovación esta se producía, aunque pudieran existir dilaciones de algunos meses. Pero en el año 2007 la situación cambió. De nuevo aquí se aprecia la conexión, tanto temporal como causal, con la crisis catalana. En 2007 el Tribunal estaba trabajando en el recurso contra el Estatuto de Cataluña de 2006 y al momento de la renovación, que correspondía al Senado, el Grupo Parlamentario Popular decidió paralizar el nombramiento porque, tras la recusación de Pérez Tremps, creía tener una mayoría favorable a la estimación del recurso en el Pleno del Tribunal. Si bien esta mayoría se modificó por fallecimiento de un magistrado, la renovación quedó paralizada hasta que se resolvió el recurso. Así, la novena renovación, que debía haberse producido en 2007, no se materializó hasta el 12 de enero de 2011. Y la décima renovación, correspondiente al Congreso de los Diputados, tampoco se produjo en plazo. Estando prevista para el 7 de noviembre de 2010, no se concluyó hasta el 23 de julio de

---

<sup>44</sup> Cito en este punto a L. BAHAMONDE GÓMEZ, *La Magistratura Constitucional en España e Italia. Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico*, CEPC, Madrid, 2019 y a O. SALAZAR BENÍTEZ, *El nombramiento de los magistrados y las magistradas del Tribunal Constitucional: ingeniería jurídica vs. cultura política*, en *El Tribunal Constitucional español: una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución*, editado por A. VILLANUEVA TURNES, 2018, pp. 27-60. Me parece que ambos trabajos abordan de un modo crítico y constructivo la cuestión de los nombramientos para ocupar la magistratura constitucional.



2012. De ahí que los sucesivos nombramientos del Senado (la duodécima, en marzo de 2017) y del Congreso (la decimotercera, en noviembre de 2021) no se hayan correspondido con las cadencias constitucionalmente previstas. La única modalidad de renovación que no había sufrido retrasos, hasta el momento, había sido la correspondiente a los nombramientos de Gobierno y CGPJ. Pero esa regla también se ha roto, como hemos expuesto, en la decimocuarta renovación, que se ha retrasado seis meses (de junio de 2022, hasta diciembre de 2022). El resultado es un Tribunal, el actual, en el que los magistrados del tercio saliente tienen seis años de experiencia, pero el tercio de reemplazo solo tiene año y medio de trayectoria en la jurisdicción constitucional. Y si a esta circunstancia le sumamos la composición esencialmente judicial de sus miembros, a la que ya se ha hecho referencia, se justifican los temores manifestados por la doctrina sobre la calidad decisoria del órgano.

En suma, si el reparto de cuotas en los nombramientos, la “lotizzazione”<sup>45</sup>, merece innumerables críticas, muchas más dificultades provoca en el funcionamiento y legitimidad del órgano la falta de voluntad política para llegar a un acuerdo, se impute esa falta de voluntad a la mayoría o a la minoría -que puede actuar en este caso como minoría de bloqueo, al ser necesario un alto grado de consenso para proceder a los nombramientos de los magistrados constitucionales-.

Si no tenemos una regla constitucional que solucione la activación de los bloqueos en las renovaciones, ¿no debería preverse una cláusula de salvaguarda por el legislador? Yo creo que sí. Una cláusula de este tipo es la que preveían las enmiendas a la LOPJ y a la LOTC que pretendían tramitarse en diciembre de 2022 y que no llegaron a formar parte de la ley finalmente aprobada por intervención directa del TC. Desaparecido el problema inmediato, el legislador abandonó la idea de regular ese mecanismo de salvaguarda frente a la minoría de bloqueo. Y ese legislador, ya no existe, una vez convocadas elecciones generales. El problema, por tanto, puede volver a producirse en el futuro, por más que ese futuro no llegue sino transcurridos ocho años a contar desde la fecha presente. Un plazo en exceso lejano para los tiempos políticos que nos ocupan.

Podríamos hablar también, en este apartado, sobre la calidad de los jueces constitucionales, o sobre su independencia e imparcialidad. Pero no es sencillo controlar ninguna de estas características una vez superadas unas revisiones mínimas sobre el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para devenir juez constitucional o sobre la concurrencia de causas de recusación vinculadas a la existencia de un interés o conexión personal con la causa, esto es con el proceso constitucional o con quienes intervienen en él. Pero entiendo que ni siquiera las figuras de la recusación y la abstención son realmente útiles en el marco de

<sup>45</sup> Se refiere a uno de los primeros episodios de reparto de cuotas en los nombramientos el trabajo de G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Op. Cit.*

la jurisdicción constitucional para asegurarnos la imparcialidad objetiva. Ambas figuras se prevén, en el seno de los procesos de que conoce la jurisdicción ordinaria, para evitar que el interés personal del juez condicione su posición como juzgador. Pero lo cierto es que la jurisdicción constitucional es distinta. Salvo en materia de recurso de amparo, en que existen mayores similitudes con los procesos ordinarios a estos efectos, cuando hablamos de control de constitucionalidad de las normas o de la función de arbitraje de los conflictos constitucionales, el interés en el resultado del proceso es un interés público y general y todos los magistrados, por su mera posición profesional, deberían (o al menos pueden) participar de ese interés. Cosa distinta es que pudieran obtener una ventaja individual de su pronunciamiento. Pero, si este fuera el caso, quizá estaríamos hablando de algo que supera la mera consideración de la concurrencia de una causa de abstención o de recusación. Ya hemos visto como estas figuras se han venido instrumentalizando desde el año 2007, de modo que merece una consideración la posibilidad de modificar el modelo y prever uno específico para los magistrados constitucionales que se aparte del que prevé, con carácter general, la Ley Orgánica del Poder Judicial.

##### 5. *Algunas reflexiones de síntesis*

Durante los últimos veinte años la imagen que proyecta el Tribunal Constitucional español a la opinión pública y a la opinión académica se ha ido deteriorando progresivamente. En particular en la última década.

Pero un sistema constitucional no puede permitirse el lujo de que uno de los pilares fundamentales de ese sistema pierda su legitimidad sin responder ante ello, porque esa situación alimenta los discursos corrosivos contra el propio sistema. Es posible denostar estos planteamientos populistas, seguramente sea legítimo hacerlo, pero sin negarles parte de la razón que subyace en los mismos. Identificar esa base razonable del discurso puede permitirnos identificar algunos fallos en el sistema de justicia constitucional para tratar de repararlos, reforzando la legitimidad del modelo para contra argumentar con mayor fuerza frente al discurso destructivo que no ofrece alternativas.

Se critica el elitismo judicial y la posibilidad de que los magistrados corrijan la voluntad del legislador que, según estas posiciones críticas, es la voluntad del pueblo. Recordemos el efecto en cadena que provocó la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Al tiempo se cuestiona el sistema de nombramientos de los magistrados, que conduce a reproducir mayorías parlamentarias en el seno del Tribunal Constitucional, con algunos sesgos como el

centralismo<sup>46</sup> o la sobrerrepresentación de los dos grandes partidos clásicos del sistema bipartidista. Sin embargo, ambas críticas no parecen compatibles entre sí: o el Tribunal debe ser una institución representativa de la pluralidad política o no debe serlo. Y si debe serlo podemos discutir sobre la adecuada modalidad de nombramiento, del mismo modo que si no debe serlo también habrá que revisar esas modalidades de nombramiento. Pero no parece coherente criticar el sesgo político del Tribunal porque ese sesgo es uno determinado, pero admitir que podría tener sesgo en otro sentido y entonces no sería criticable. Tampoco parece realista pensar que en un Tribunal Constitucional debe estar ausente todo sesgo político cuando interpreta el texto constitucional que es, en esencia, un texto jurídico que traza y sintetiza las opciones políticas fundamentales de una comunidad nacional.

Por otro lado, el legislador y el propio Tribunal Constitucional están llamado a atender las quejas de los operadores jurídicos, particularmente de la abogacía, sobre la reforma del recurso de amparo del año 2007. La objetivación de la garantía individual de los derechos fundamentales no ha solventado las dificultades funcionales del Tribunal, pero ha alejado al Tribunal de los ciudadanos. Si se analizan los datos estadísticos de los últimos años se puede verificar que el muy exiguo porcentaje de admisión a trámite de los recursos de amparo, que ha estado rondando el 1% durante mucho tiempo, muestra una tendencia al incremento en los últimos tres años. Habrá que verificar si la tendencia se mantiene o no, pero en caso de mantenerse quizá ello demuestre que no es necesaria una nueva modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sino una aplicación de la reforma del 2007 más flexible. Y quizá también más transparente. La cuestión que todavía está por estudiar es si la aplicación reduccionista de la reforma del amparo que se ha verificado durante más de una década ha sido o no ha sido dañina para la legitimidad del Tribunal Constitucional como juez de los derechos y libertades y, como consecuencia, también como institución básica del sistema de garantías de la Constitución.

En todo caso hay que plantear seriamente la recuperación de la legitimidad de ejercicio del Tribunal Constitucional<sup>47</sup> analizando las posibilidades de reforma del sistema de nombramientos de un lado, y a través de recuperación del Tribunal Constitucional como corte de los derechos y las libertades por otro lado.

---

<sup>46</sup> A este respecto véase R. BUSTOS GISBERT, *La controvertida composición y renovación de los órganos judiciales situados en la cúspide*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, pp. 217-256, 2018.

<sup>47</sup> Sobre la idea de la legitimidad de ejercicio también reflexiona A GARCIA MARTÍNEZ, *El Tribunal Constitucional. De la legitimidad de origen a la legitimidad de ejercicio*, en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 21, diciembre, 2009, pp. 107-143.

### **Abstract**

Alcune chiavi di lettura sull'attuale crisi del Tribunale costituzionale

Il Tribunale costituzionale spagnolo vive una crisi istituzionale da diversi anni. Questa crisi si è aggravata nel dicembre 2022, a causa del blocco del rinnovo dei suoi membri e dell'intervento del Tribunale nella sospensione del dibattito parlamentare sulla legge che prevedeva un meccanismo per superare questo blocco. Né l'opinione pubblica né le due Camere hanno compreso l'intervento della giurisdizione costituzionale in questo complesso processo politico. Queste pagine intendono spiegare la più recente crisi del Tribunale costituzionale collocandola in un contesto storico più ampio e collegando la crisi politica, la crisi funzionale e la crisi delle nomine che questo organo costituzionale ha attraversato negli ultimi due decenni.

Some keys to the contemporary crises of the Constitutional Court

The Spanish Constitutional Court has been immersed in an institutional crisis for several years. This crisis intensified in December 2022, due to the blockage in the renewal of four constitutional magistrates and the Court's suspension of the parliamentary debate on the law that provided a mechanism to overcome this blockage. Neither public opinion nor either of the two chambers of the legislature understood this intervention of the constitutional jurisdiction in a complex political process. These pages aim to explain the most recent crisis of the Constitutional Court, placing it in a broader historical context, and linking the political crisis, the functional crisis and the crisis of appointments that the Constitutional Court has experienced over the last two decades.

# Affidamento del trasporto pubblico locale e tutela della concorrenza: effetti della sentenza resa dalla Corte costituzionale 11 febbraio 2021, n. 16 sull'ordinamento giuridico regionale siciliano

di Antonino Longo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le competenze legislative in materia di TPL e le caratteristiche del servizio pubblico di trasporto. – 3. L'illegittimità della proroga dei contratti di affidamento del TPL disposta con legge regionale 19 luglio 2019, n. 13. – 4. Il trasporto pubblico locale e la tutela della concorrenza. – 5. Effetti delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale e i “rapporti esauriti”. – 6. L'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale nell'ordinamento giuridico siciliano. – 7. L'art. 5 del Reg. (CE) n. 1370/2007 e l'art. 8 del Reg. (CE) n. 1370/2007: l'affidamento dei contratti di TPL e il regime transitorio. – 8. Conclusioni.

## 1. Premessa

Il trasporto pubblico locale e, più in generale, il sistema della mobilità di persone e beni, costituiscono da sempre un sistema complesso e un elemento chiave nell'organizzazione della vita di una comunità a causa delle importanti e collegate implicazioni economiche, sociali, ambientali e sanitarie<sup>1</sup>.

Tale interdipendenza rileva anche sul piano giuridico dal momento che la normativa in materia di trasporto pubblico non può essere pensata e analizzata in modo autonomo dai principi espressi in tema, fra gli altri, di sicurezza ambientale, equo accesso degli operatori economici alle gare di affidamento dei servizi, tutela della concorrenza. Ogni intervento legislativo in tale settore è destinato, pertanto, a confrontarsi costantemente con la normativa esistente, per come anche interpretata dalla giurisprudenza costituzionale, negli altri settori portanti del nostro ordinamento.

---

<sup>1</sup> R. LEONE, N. DI GIROLAMO, G. P. DI MAURO, E. MARCHETTO *Pianificazione, programmazione e gestione innovativa per il Trasporto Pubblico Locale*, Roma, 2008, 1. Cfr. *I servizi pubblici locali* a cura di S. MANGIAMELLI, Torino, 2008, 465: «L'importanza che il predetto fenomeno determina sulla crescita economica nazionale, comporta che lo stesso venga riconosciuto ed assunto come uno dei principali punti di partenza dei progetti di politica economica e industriale. Lo sviluppo della politica dei trasporti rileva non solo per l'economia ma anche per il progresso sociale, culturale e politico ad esso connesso, ciò determinando una incisiva ingerenza dello Stato gestore nella regolamentazione del servizio. Invero, fra i diversi settori economici, quello dei trasporti è sempre stato oggetto di una particolare presenza pubblica non esaurendosi nei soli aspetti della regolazione e del controllo, ma allargandosi alla gestione economica dei servizi».

2. *Le competenze legislative in materia di TPL e le caratteristiche del servizio pubblico di trasporto*

Il decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 (Conferimento alle regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59), attuando la delega operata con la l. n. 59/1997 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa), ha attribuito alle Regioni e agli enti locali funzioni e compiti nella materia del trasporto pubblico locale, prevedendo, in particolare (art. 6, comma 1), la delega alle Regioni dei compiti di programmazione dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale «non già compresi nelle materie di cui all'art. 117 della Costituzione».

Lo stesso d.lgs. n. 422/1997 ha poi stabilito che le Regioni, a loro volta, «in conformità ai singoli ordinamenti regionali e sentite le rappresentanze degli enti e delle autonomie locali, conferiscono alle Province, ai Comuni e agli altri enti locali tutte le funzioni e i compiti regionali in materia di trasporto pubblico locale ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, che non richiedono l'unitario esercizio a livello regionale» (art. 7, comma 1).

A seguito della riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione, per costante giurisprudenza costituzionale la materia del trasporto pubblico locale appartiene alla competenza legislativa residuale regionale<sup>2</sup>, sia pur con i limiti derivanti dall'eventuale rilievo di competenze esclusive dello Stato<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> *Ex multis*, Corte cost. 8 giugno 2005, n. 222: «Non vi è dubbio che la materia del trasporto pubblico locale rientra nell'ambito delle competenze residuali delle Regioni di cui al quarto comma dell'art. 117 Cost., come reso evidente anche dal fatto che, ancor prima della riforma del Titolo V della Costituzione, il d. lgs. n. 422/1997 (Conferimento alle Regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'art. 4, comma 4, della l. n. 59/1997) aveva ridisciplinato l'intero settore, conferendo alle Regioni ed agli enti locali funzioni e compiti relativi a tutti i “servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale con qualsiasi modalità effettuati ed in qualsiasi forma affidati” ed escludendo solo i trasporti pubblici di interesse nazionale (cfr., in particolare, gli artt. 1 e 3)»; Corte cost. 21 dicembre 2007, n. 452: «Non è negabile che le disposizioni impugnate abbiano attinenza con la materia del trasporto pubblico locale, che questa Corte già ha riconosciuto rientrare nell'ambito delle competenze residuali della Regione di cui al quarto comma dell'art. 117 della Costituzione» (Corte cost. 3 marzo 2006, n. 80; Corte cost. 1 febbraio 2006, n. 29; Corte cost. 8 giugno 2005, n. 222), ma è altrettanto pacifico che le materie di competenza esclusiva e nel contempo “trasversali” dello Stato, come quella concernente la tutela della concorrenza di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, possono intersecare qualsivoglia titolo di competenza legislativa regionale, seppur nei limiti strettamente necessari per assicurare gli interessi cui esse sono preposte, fino ad incidere sulla “totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano” (Corte cost. n. 80/2006), anche con riguardo alle materie legislative regionali di tipo residuale».

<sup>3</sup> Competenze tra cui rilevano, ad esempio, quelle indicate da Corte cost. 9 aprile 2019, n. 74: “In questa sede va dunque anzitutto ribadito che la materia del trasporto pubblico locale

Ai sensi dell'art. 117 Cost., comma 4, le Regioni sono, invero, depositarie della competenza residuale in materia di trasporto pubblico locale di linea e non di linea, come reso evidente anche dal fatto che, come detto, ancor prima della riforma del Titolo V della Costituzione, il d.lgs. n. 422/1997 (Conferimento alle Regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'art. 4, comma 4, della l. n. 59/1997) aveva ridisciplinato l'intero settore, conferendo alle Regioni e agli enti locali funzioni e compiti relativi a tutti i «servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale con qualsiasi modalità effettuati ed in qualsiasi forma affidati» ed escludendo solo i trasporti pubblici di interesse nazionale (cfr., in particolare, gli artt. 1 e 3).

La Corte<sup>4</sup> ha precisato che la riconducibilità della disciplina del trasporto pubblico locale ad una materia legislativa regionale di tipo residuale non può ridurre la possibilità di incidere nella suddetta materia tramite una competenza esclusiva dello Stato o comunque permettere alle Regioni di modificare “ragionevolmente” le disposizioni statali eventualmente introdotte sulla base di un simile

---

rientra nell'ambito delle competenze legislative residue delle Regioni, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost.; e che, tuttavia, la perdurante incompleta attuazione dell'art. 119 Cost. in ordine al sistema di finanziamento regionale, nel contesto di una crisi economica diffusa e di avvertite necessità sociali, rende ammissibili interventi statali di finanziamento del settore, volti ad assicurare un livello uniforme di godimento di diritti tutelati dalla Costituzione stessa, «in funzione di sostegno ed integrazione delle limitate risorse regionali disponibili»; Corte cost. 11 gennaio 2019, n. 5: “Dopo la riforma del Titolo V, mentre la materia del servizio pubblico di trasporto, di linea e non di linea, è transitata nell'ambito della competenza regionale residuale (*ex multis*, Corte cost. 27 giugno 2018, n. 137; Corte cost. 19 aprile 2018 n. 78; Corte cost. 27 gennaio 2016, n. 30; Corte cost. 12 dicembre 2007, n. 452), la materia della sicurezza della circolazione e dei veicoli è rimasta di competenza esclusiva statale (Corte cost. 24 marzo 2013, n. 77; Corte cost. 24 giugno 2010, n. 223; Corte cost. 29 dicembre 2004, n. 428). Per quel che riguarda più precisamente la revisione dei veicoli, la sua disciplina «si innesta nelle materie della sicurezza e dell'ambiente» (Corte cost. n. 77/ 2013); Corte cost. n. 137/2018: “Il principio di leale collaborazione non opera quando lo Stato, come accade nella fattispecie normativa in questione, esercita la sua competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza (*ex plurimis*, Corte cost. 22 dicembre 2011, n. 339), la cui natura trasversale funge da limite alla disciplina che le Regioni possono dettare nelle materie di competenza concorrente o residuale (Corte cost. n. 38/2013 e Corte cost. 19 dicembre 2012, n. 299; da ultimo, Corte cost. 11 giugno 2014, n. 165). Nel caso in cui si tratti di una competenza esclusiva dello Stato, infatti, non ricorre neppure quella inscindibile commistione tra diverse competenze legislative dello Stato e delle Regioni che hanno eccezionalmente giustificato le conclusioni della sentenza Corte cost. 25 novembre 2016, n. 251 (riferite, peraltro, al procedimento di delegazione e non alla decretazione d'urgenza). Si deve, inoltre, aggiungere, con specifico riguardo alla leale collaborazione da attuare sul versante dell'attività amministrativa, che tale principio «attiene ai rapporti tra Governo, o Ministeri, e Regioni e non riguarda, invece le Autorità indipendenti [...] chiamate ad operare “in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione”. Esse dovranno, invece, agire nel rispetto delle modalità di partecipazione previste dalla legge generale sul procedimento amministrativo, 7 giugno 1990, n. 241 [...] e dalle altre leggi dello Stato applicabili alle Autorità indipendenti [...]» (Corte cost. 15 marzo 2013, n. 41)”.

<sup>4</sup> Corte cost. n. 80/2006.

titolo di legittimazione. Al contrario, le competenze esclusive statali che – come quella relativa alla «tutela della concorrenza» – si configurino come «trasversali» incidono naturalmente, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse possano ritenersi propri, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano. Né il legislatore regionale può pretendere di modificare anche solo in parte disposizioni come il comma 3-*bis* dell'art. 18 del d.lgs. n. 422/1997 espressivo dell'esclusivo potere del legislatore statale a tutela della concorrenza, che è formulato in forma chiaramente inderogabile e che, per di più, prevede al suo interno un ruolo delimitato per lo stesso legislatore regionale. Ciò non avviene, peraltro, senza criterio, poiché vi si prevede che le Regioni siano eccezionalmente legittimate, rispetto alla nuova legislazione di liberalizzazione del settore, a ritardarne in parte l'immediata applicazione a certe condizioni ed entro un periodo massimo.

La competenza regionale in tema di TPL incontra, quindi, i limiti rappresentati, di volta in volta, da materie di competenza esclusiva dello Stato, prima fra tutte la tutela della concorrenza la quale può intersecare qualsivoglia titolo di competenza legislativa regionale “fino addirittura ad incidere sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano, anche con riguardo alle materie di tipo residuale”<sup>5</sup>.

L'art. 1, comma 2, del citato d.lgs. n. 422/1997 qualifica espressamente i suddetti «servizi di trasporto di persone e merci» come «servizi pubblici di trasporto». Anche il Regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga il Regolamento del Consiglio (CEE) 26 giugno 1969, n. 1191 e il Regolamento (CEE) 4 giugno 1970, n. 1107, (aggiornato con il successivo Regolamento (CE) 14 dicembre 2016, n. 2338), recita, sin dal proprio titolo generale, “servizi pubblici di trasporto di passeggeri”, ribadendo e sancendo all'art. 1 l'intento di garantire nel settore dei trasporti pubblici “la fornitura di servizi di interesse generale che siano, tra l'altro, più numerosi, più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire”.

In via generale, un servizio può dirsi pubblico se “si rivolge al pubblico, soddisfa bisogni ritenuti fondamentali ed è assunto come doveroso da un soggetto pubblico nel perseguimento di un generico sviluppo sociale e civile, quand'anche materialmente gestito da un privato”<sup>6</sup>. “L'assunzione del servizio tra i fini

<sup>5</sup> Per una Europa più unita nel settore dei trasporti. Aspetti istituzionali, economici e normativi, in *Economia e diritto italiano, europeo ed internazionale*, a cura di C. PAGLIARIN, C. PERATHONER, S. LAIMER, Milano, 2020, 220.

<sup>6</sup> S. FOÀ, S. CARLUCCI, *Tutela della concorrenza, servizio pubblico e scelta politica dell'ente locale (Corte cost., sentenza n. 103 del 2020 sul servizio di trasporto a fune a fini sportivi)*, in *AIC- Osservatorio Costituzionale*, 2020, 341, <https://www.rivistaaic.it/>.



istituzionali e le competenze di un soggetto pubblico”<sup>7</sup> rappresentano, invero, elementi utili al fine di individuare tale natura del servizio.

È stato spesso rilevato in tal senso come, per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non sia indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, laddove risulta necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l’obbligatoria istituzione e la relativa disciplina ovvero che ne rimetta l’istituzione e l’organizzazione all’Amministrazione. Il nuovo Testo Unico sui servizi pubblici locali, decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 “Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”, ha recentemente ampliato la nozione di «servizi di interesse economico generale di livello locale» o «servizi pubblici locali di rilevanza economica» includendo tra essi quelli che gli enti locali ritengano necessari per soddisfare le esigenze della collettività.

Invero, l’art. 2 del d.lgs. n. 201/2022 definisce i servizi in parola come quei servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che siano previsti dalla legge o che gli enti locali, nell’ambito delle proprie competenze, ritengano necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l’omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale.

Nello specifico, la nuova normativa permette agli enti locali di individuare nuovi servizi di interesse economico generale di livello locale all’esito di apposita istruttoria, sulla base di un effettivo confronto tra le diverse soluzioni possibili da cui risulti che la prestazione dei servizi da parte delle imprese liberamente operanti sul mercato o da parte di cittadini, singoli e associati, sia inidonea a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali.

Oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento è ancora necessario, nella prospettiva di un’accezione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA, Milano, 1995, 32.

<sup>8</sup> Consiglio di Stato, sez. II, 28 gennaio 2021, n. 851; Consiglio di Stato, sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6131; Consiglio di Stato, sez. VI, 12 ottobre 2012, n. 5268; Consiglio di Stato, sez. VI, 5 aprile 2012, n. 20121; Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Siciliana, sez. giurisdizionale, 6 ottobre 2010, n. 1266.

La qualificazione in termini di «servizio pubblico locale di rilevanza economica» ai sensi della legislazione nazionale o quella, già considerata omologa alla prima dalla giurisprudenza costituzionale con le sentenze Corte costituzionale 17 novembre 2010, n. 325 e Corte costituzionale 27 luglio 2004, n. 272, di «servizio di interesse economico generale» ai sensi della disciplina dell'Unione europea, non dipendono tanto dalla natura dell'attività svolta quanto dalla circostanza che l'ente pubblico abbia in concreto inteso assumersi la responsabilità dell'attività stessa a beneficio dei consociati; responsabilità che potrà poi essere svolta in proprio ovvero attraverso affidamenti cosiddetti *in house* o ancora delegandone l'esercizio a imprese private mediante contratti di concessione<sup>9</sup>.

La qualificazione del TPL come servizio pubblico ai sensi e nel quadro della normativa sopraesposta determina, conseguentemente, la necessità di considerarlo come servizio da realizzare in via “doverosa”. In tal senso, esso deve essere sempre garantito alla collettività e si sottrae a qualsivoglia possibilità d'interruzione (cfr., *infra*, articolo 5, comma 5, Reg. (CE) n. 1370/2007).

Il TPL è, pertanto, un servizio pubblico essenziale e indefettibile che risponde a bisogni insopprimibili della collettività e informato ai principi di continuità, regolarità, sicurezza e accessibilità.

### 3. *L'illegittimità della proroga dei contratti di affidamento del TPL disposta con legge regionale 19 luglio 2019, n. 13*

Con sentenza della Corte costituzionale 11 febbraio 2021, n. 16 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 della l. reg. n. 13/2019.

In particolare, la sentenza in parola, censurando la legittimità della proroga per un triennio dei contratti di affidamento relativi ai servizi in materia di trasporto pubblico locale, ha posto il focus sul quadro regolatorio del servizio in questione nel panorama giuridico siciliano, contrassegnato da persistenti criticità.

Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha impugnato l'art. 13 della l. reg. n. 13/2019, in quanto ha ritenuto che tale previsione violasse l'art. 117, commi 1 e 2 lettera e), secondo la quale “*Lo Stato ha legislazione esclusiva in materia di “moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza, sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; armonizzazione dei bilanci pubblici; perequazione delle risorse finanziarie” e l'art. 17, lettera a) dello Statuto della Regione Sicilia, che le attribuisce competenza concorrente in materia di «trasporti regionali».*

La disposizione censurata, differendo di un triennio la durata delle concessioni dei servizi di trasporto pubblico locale in essere al momento dell'entrata in

<sup>9</sup> Corte cost. 29 maggio 2020, n. 103.

vigore della stessa l. reg., si sarebbe posta in contrasto, in particolare, con quanto statuito dall'art. 8, paragrafo 2, del Reg. (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio – modificato con Reg. (CE) n. 2338/2016 – relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, che ha abrogato i Regolamenti (CEE) n. 1191/1969 e n. 1107/1970.

L'art. 8, per come modificato dal Reg. (CE) n. 2338/2016, avrebbe infatti individuato nella data del 3 dicembre 2019 il termine ultimo accordato agli Stati membri per conformarsi alle disposizioni dettate dall'art. 5, paragrafo 3, dello stesso Regolamento, secondo cui l'aggiudicazione dei contratti di trasporto locale avviene con una procedura di gara equa, aperta a tutti gli operatori e nel rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione. La proroga disposta dal legislatore regionale avrebbe violato, pertanto, gli obblighi di indizione di gare pubbliche stabiliti dalla disciplina europea.

Per la ricorrente, la proroga non sarebbe stata giustificata neppure in ragione di quanto stabilito dall'art. 5, paragrafo 5, del citato Regolamento, che pure prevede la possibilità di disporre provvedimenti di urgenza anche sotto forma di «proroga consensuale di un contratto di servizio pubblico». Tali proroghe non potrebbero comunque essere superiori a due anni e potrebbero disporsi solo in eccezionali ipotesi – da configurare alla stregua di fatti straordinari e non preventivabili – di interruzione del servizio o di pericolo imminente di interruzione. Ipotesi che, nella vicenda sottoposta al vaglio costituzionale, non ricorrerebbero e che, in ogni caso, non giustificerebbero una proroga triennale.

Alle suesposte censure, la Regione Sicilia si è opposta richiamando la sentenza della Corte di giustizia UE, sez. IV, 21 marzo 2019, n. 350 sostenendo che, con tale decisione, il giudice europeo avrebbe interpretato l'art. 8 del Reg. (CE) n. 1370/2007 in modo diverso rispetto a quanto asserito dalla ricorrente. In particolare, secondo la Regione, la CGUE non avrebbe imposto lo svolgimento delle procedure di gara per l'aggiudicazione dei contratti di concessione del servizio pubblico di trasporto durante il periodo transitorio che precede l'entrata in vigore dell'obbligo di conformarsi a quanto prescritto dall'art. 5 dello stesso Regolamento. Inoltre, secondo la difesa regionale, quella disposta dall'art. 13 della legge regionale impugnata sarebbe stata non già una pura e semplice proroga ma «una proroga dell'aggiudicazione già posta in essere».

La stessa ha, altresì, eccepito, il fatto che, in «conformità alle prescrizioni contenute all'art. 8.2» del Reg. (CE) n. 1370/2007, la Regione avrebbe gradualmente «intrapreso il percorso finalizzato all'indizione delle procedure concorsuali [...] per i nuovi affidamenti», alla luce di quanto disposto già dall'art. 27 della legge regionale 22 dicembre 2005, n. 19 il quale avrebbe sancito la necessità di procedere all'adozione del piano per il riassetto del trasporto pubblico locale, dettando altresì la disciplina transitoria *medio tempore* applicabile. Ciò premesso la Regione ha rilevato che: è stato approvato il cosiddetto piano integrato delle infrastrutture e della mobilità; sono state delineate le modalità procedurali

per la determinazione dei servizi minimi che costituiranno oggetto della procedura aperta di cui all'art. 5 del Regolamento europeo; il 21 dicembre 2020 era stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale l'avviso di preinformazione per l'affidamento di tali servizi.

In definitiva, la proroga oggetto del ricorso sarebbe stata necessaria «per evitare l'interruzione del servizio o il pericolo imminente di una tale situazione con gravi ripercussioni sull'utenza».

La Consulta, accogliendo il ricorso della Presidenza del Consiglio dei ministri, ha dichiarato fondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 13 della l. reg. n. 13/2019 stabilendo come tale norma violi senz'altro l'art. 117, secondo comma, lettera e) Cost. in quanto, non contemplando l'indizione di regolari gare pubbliche per la concessione dei servizi di trasporto pubblico locale, si pone in contrasto con la disciplina statale vigente nella materia «tutela della concorrenza».

La predetta sentenza ha, pertanto, sancito l'esonazione dall'alveo della competenza regionale della l. reg. n. 13/2019, con relativa invasione della competenza esclusiva del legislatore statale, chiarendo come il legislatore regionale non potesse stabilire il rinnovo o la proroga automatica alla scadenza di concessioni di servizio di trasporto pubblico in contrasto con i principi di temporaneità delle concessioni stesse e di apertura del mercato alla concorrenza.

Per la Corte, il primato della legislazione statale è reso evidente già a partire dallo Statuto della Regione Sicilia che, all'art. 17, comma 1, lettera a), prevede che la materia di «comunicazioni e trasporti regionali di qualsiasi genere» sia esercitata nel rispetto «dei principi ed interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato». Inoltre, per la Consulta, anche il nuovo art. 4-ter nel Decreto del Presidente della Repubblica 17 dicembre 1953, n. 1113 (Norme di attuazione dello Statuto della Regione siciliana in materia di comunicazioni e trasporti) rende chiara la ripartizione di competenze tra legislatore regionale e nazionale in materia di affidamento dei servizi di TPL prevedendo, in particolare, che «la scelta del gestore del servizio di trasporto pubblico di interesse regionale e locale avviene mediante il ricorso alle procedure concorsuali in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizi».

#### 4. *Il trasporto pubblico locale e la tutela della concorrenza*

Il riparto di competenze tra Stato e Regioni all'interno del nostro ordinamento è da sempre tema delicato e complesso, in quanto individua i limiti e i vincoli al potere legislativo attribuito dalla Costituzione alle Regioni ai sensi degli artt. 117, 123, 127 Cost.

Le Regioni, in quanto enti dotati di autonomia ai sensi dell'art 114 Cost., hanno, invero, potestà normativa distinta da quella dello Stato e, avvalendosi di

essa, danno “*vita ad un proprio indirizzo politico-amministrativo, territoriale o settoriale*”<sup>10</sup> e, attraverso la possibilità riconosciuta dall’ordinamento costituzionale di porre in essere processi politico-legislativi, “*concorrono a determinare l’ordinamento giuridico complessivo della Repubblica*”<sup>11</sup>.

Il problema del concorso tra le legislazioni di Stato, Regioni e Province autonome è risolto alla luce di particolari criteri, di matrice costituzionale, grazie ai quali è possibile individuare la corretta ripartizione della potestà legislativa tra i vari soggetti interessati. Uno di questi criteri si rinviene facilmente nel Titolo V della Costituzione, riscritto con legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 che, infatti, “elenca” le materie nelle quali, rispettivamente, Stato e Regioni sono competenti ad intervenire, nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Il rispetto del riparto di competenze, definito dall’attuale assetto costituzionale, è stato posto alla base dello stesso giudizio di illegittimità costituzionale assunto dalla Consulta con la sentenza n. 16/2021. La Corte costituzionale ha, invero, censurato la legge della Regione Sicilia<sup>12</sup> sostenendo che questa avesse introdotto una sorta di “deroga” al regime dettato dal Reg. (CE) n. 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, successivamente modificato dal Reg. (CE) n. 2338/2016, prevedendo la proroga dei contratti di affidamento già in essere.

Per la Consulta, l’oggetto della disposizione regionale, pur avendo attinenza alla materia del trasporto pubblico locale, ha riguardato in modo più particolare il tema dell’apertura/chiusura del mercato a nuovi/vecchi operatori economici.

Le disposizioni che intervengono sulle modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica sono da ricondurre, secondo consolidata giurisprudenza della Corte, “alla materia tutela della concorrenza, tenuto conto della sua incidenza sul mercato”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> L. ARCIDIACONO, A. CARULLO, E. CASTORINA, *Diritto Costituzionale*, Padova, 2013, 145.

<sup>11</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 66.

<sup>12</sup> Art. 13 della l. reg. n. 13/2019: “1. Al fine di garantire la continuità dei servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri su strada di interesse regionale e locale, i contratti di affidamento di cui all’art. 27 della l. reg. n. 19/2005 sono prorogati di 36 mesi, a decorrere dalla data di scadenza e nei limiti dei corrispondenti stanziamenti di bilancio, in conformità alle disposizioni di cui all’art. 8, paragrafo 2, del Reg. (CE) n. 1370/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia. 2. Il Dipartimento regionale delle infrastrutture, della mobilità e dei trasporti, apporta le conseguenti modifiche ai contratti in essere, al fine di adeguarne gli importi ai corrispondenti stanziamenti di bilancio”.

<sup>13</sup> Corte cost. 13 gennaio 2014, n. 2: “non è consentito al legislatore regionale disciplinare il rinnovo o la proroga automatica delle concessioni alla loro scadenza – in contrasto con i principi di temporaneità e di apertura alla concorrenza – poiché, in tal modo, dettando vincoli all’entrata, verrebbe ad alterare il corretto svolgimento della concorrenza nel settore del trasporto pubblico locale, determinando una disparità di trattamento tra operatori economici ed invadendo la competenza esclusiva del legislatore statale di cui all’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.”; Corte cost. 20 marzo 2013, n. 46.

In questo quadro, ogni scelta irrispettosa di tale assetto giuridico si pone in contrasto con i dettami costituzionali, sicché l'indirizzo seguito dal legislatore siciliano è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo non tanto perché ritenuto nella sostanza inadeguato, discriminatorio, non proporzionato ad altri principi che regolano la materia, quanto perché non ossequioso delle norme relative alla distribuzione della competenza legislativa all'interno del nostro ordinamento.

Il Giudice delle leggi, nel caso di specie, nulla ha, invero, osservato in riferimento alla legittimità delle proroghe nel settore del trasporto pubblico locale, né tantomeno si è soffermato ad analizzare nel merito l'eventuale opportunità della proroga introdotta dal legislatore siciliano o la conformità della stessa agli artt. 5 e 8 del Reg. (CE) n. 1370/2007 o al comma 4-ter dell'art. 92 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18. La Consulta ha censurato unicamente l'avvenuta invasione della competenza esclusiva statale ad opera del legislatore regionale.

Anche per la dottrina, la disciplina delle modalità dell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è, invero, da ricondurre alla materia della tutela della concorrenza<sup>14</sup>, di competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi del comma secondo, lettera e), dell'art. 117 Cost., «perché strettamente funzionale alla gestione unitaria del servizio»<sup>15</sup>.

Tale materia è quindi attribuita, per espressa previsione costituzionale, alla potestà normativa esclusiva dello Stato e non delle Regioni<sup>16</sup>, come rilevato dal

---

<sup>14</sup> M. GHERARDO, *I pubblici servizi*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2020, 40, [https://www.avvocaturastato.it/files/file/Rassegna/2020/Gerardo%203\\_20\\_Layout%201.pdf](https://www.avvocaturastato.it/files/file/Rassegna/2020/Gerardo%203_20_Layout%201.pdf) per il quale: «Con riguardo al riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni ex art. 117 Cost. si osserva che i profili concernenti le modalità di affidamento e gestione dei servizi di trasporto pubblico locale rientrano nella materia “tutela della concorrenza” di potestà esclusiva dello Stato, mentre in generale il trasporto pubblico locale – come tutti i servizi pubblici locali – è oggetto di potestà residuale da parte delle regioni”. Cfr. F. COSTANTINO, *Servizi locali e concorrenza, a proposito della sent. n. 325 del 2010*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2011, 3 <https://www.rivistaaic.it/>.

<sup>15</sup> Corte cost. n. 2/2014; Corte cost. 20 marzo 2013, n. 46; Corte cost. 21 marzo 2012 n. 62; Corte cost. 23 aprile 2012, n. 32; Corte cost. n. 339/2011; Corte cost. 25 novembre 2011, n. 320; Corte cost. 15 giugno 2011, n. 187; Corte cost. 13 aprile 2011, n. 128; Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325; cfr. Corte cost. 24 luglio 2009, n. 246: «Tali regole sono dirette ad assicurare la concorrenzialità nella gestione del servizio idrico integrato, disciplinando le modalità del suo conferimento e i requisiti soggettivi del gestore, al precipuo scopo di garantire la trasparenza, l'efficienza, l'efficacia e l'economicità della gestione medesima. In questo quadro, anche il superamento della frammentazione della gestione, perseguito attraverso l'affidamento unitario di quest'ultima in ambiti territoriali ottimali, concorre alla piena realizzazione di tali finalità. La riconducibilità della norma censurata alla materia della tutela della concorrenza è, del resto, confermata dalla formulazione letterale del comma 1 dello stesso art. 113 del decreto legislativo 18 giugno 2000, n. 267, il quale prevede espressamente che le disposizioni che «disciplinano le modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici locali», come quelle di cui ai commi 5 e 7 dello stesso art., «concernono la tutela della concorrenza [...]»».

<sup>16</sup> Corte cost. 1 febbraio 2006, n. 29; Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272.

Giudice delle leggi con riferimento al parallelo fronte del rinnovo o della proroga automatica delle concessioni balneari<sup>17</sup>.

La Corte, in numerose pronunce, ha avuto modo di riconoscere alla concorrenza “natura trasversale”<sup>18</sup>; tale intrinseca caratteristica costituisce il limite alla disciplina che le Regioni possono dettare nelle materie di competenza concorrente o residuale<sup>19</sup>. Invero, come già accennato, con riferimento al demanio

---

<sup>17</sup> Corte cost. 4 luglio 2013, n. 171, con la quale, dichiarando l’illegittimità costituzionale di una norma della Regione Liguria – che prevedeva, in tema di demanio marittimo, una proroga automatica delle concessioni già esistenti senza fissazione di un termine di durata – viene ribadito che “il rinnovo o la proroga automatica delle concessioni viola l’art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario in tema di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza, determinando, altresì, una disparità di trattamento tra operatori economici, in violazione dell’art. 117, secondo comma, lettera e), dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti. Al contempo, la disciplina regionale impedisce l’ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato, ponendo barriere all’ingresso, tali da alterare la concorrenza”.

<sup>18</sup> Corte cost. 26 marzo 2020, n. 56; Corte cost. n. 2/2014: “Del resto, in numerose pronunce, questa Corte ha precisato che le materie di competenza esclusiva e nel contempo «trasversali» dello Stato, come la tutela della concorrenza di cui all’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. – stante il loro carattere «finalistico» – «possono influire su altre materie attribuite alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni fino ad incidere sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano», quale, appunto, nel caso in oggetto, quella della disciplina del trasporto pubblico locale (Corte cost. 19 dicembre 2012 n. 291; Corte cost. 7 febbraio 2012, n. 18; Corte cost. 21 aprile 2011, n. 150; Corte cost. 8 ottobre 2010, n. 288; Corte cost. 14 dicembre 2007, n. 430; Corte cost. 14 dicembre 2007, n. 431; Corte cost. 23 novembre 2007, n. 401; Corte cost. n. 80/2006); Corte cost. n. 272/2004: “Il criterio della proporzionalità e dell’adeguatezza appare quindi essenziale per definire l’ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla “tutela della concorrenza” e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali. Trattandosi infatti di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un’estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, “trasversale” (cfr. Corte cost. 26 luglio 2002, n. 407), poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni – connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, è evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adequatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato”.

<sup>19</sup> Corte cost. 20 aprile 2018, n. 83: “Tenendo conto che la tutela della concorrenza, attesa la sua natura trasversale, funge da limite alla disciplina che le Regioni possono dettare nelle materie di competenza concorrente o residuale (Corte cost. n. 38/2013; Corte cost. n. 299/2012; da ultimo, Corte cost. n. 165/2014), si deve concludere nel senso che era precluso alla Regione Veneto di introdurre una disciplina derogatoria della regola statale – dettata dall’art. 20 del decreto del Presidente della Repubblica 28 luglio 2000, n. 314 – secondo cui le agevolazioni concesse devono essere revocate in seguito al venir meno di uno o più dei requisiti prescritti”; Corte cost. n. 56/2020: “Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, stante la natura «trasversale» e il carattere «finalistico» della competenza attribuita in materia allo Stato, la tutela della concorrenza assume infatti carattere prevalente e funge da limite alla disciplina che le regioni possono dettare nelle

marittimo e idrico, la Corte ha specificato che “i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni inerenti al demanio marittimo<sup>20</sup> e idrico<sup>21</sup> devono essere stabiliti nell’osservanza dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa dell’Unione comunitaria e nazionale, in quanto ambiti da ritenersi generalmente estranei alla possibilità di intervento legislativo delle Regioni per la natura trasversale che viene ascritta alla citata competenza legislativa statale”<sup>22</sup>.

---

materie di loro competenza, concorrente o residuale (Corte cost. n. 83/2018; Corte cost. 11 giugno 2014 n. 165; Corte cost. n. 38/2013; Corte cost. n. 299/2012), potendo influire su queste ultime fino a incidere sulla totalità degli ambiti materiali entro cui si estendono, sia pure nei limiti strettamente necessari per assicurare gli interessi alla cui garanzia la competenza statale esclusiva è diretta (*ex plurimis*, Corte cost. 21 dicembre 2016, n. 287; Corte cost. n. 2/2014; Corte cost. n. 291/2012; Corte cost. n. 18/2012; Corte cost. n. 150/2011; Corte cost. 18 febbraio 2010, n. 52; Corte cost. n. 288/2010; Corte cost. 21 dicembre 2007, n. 452; Corte cost. n. 401/2007; Corte cost. n. 430/2007; Corte cost. n. 431/2007; Corte cost. n. 80/2006)”. Corte cost. n. 272/2004: “Secondo l’interpretazione di questa Corte, la tutela della concorrenza non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell’accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali” (Corte cost. 13 gennaio 2002, n. 14). In altri termini, la tutela della concorrenza riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude perciò anche interventi promozionali dello Stato. Alla stregua dei principi espressi da questo indirizzo giurisprudenziale, dunque, non può essere accolta la tesi della ricorrente su una pretesa distinzione di competenze legislative tra Stato e Regioni in ordine rispettivamente a misure di “tutela” o a misure di “promozione” della concorrenza, dal momento che la indicata configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l’assetto concorrenziale del mercato; Corte cost. n. 246/2009: “Invero, i poteri legislativi esercitati dallo Stato con la norma censurata attengono all’esercizio delle competenze legislative esclusive statali nelle materie della tutela della concorrenza (art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.) e della tutela dell’ambiente (art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.), materie che hanno prevalenza su eventuali titoli competenziali regionali e, in particolare, su quello dei servizi pubblici locali. La disposizione attiene, infatti, alla tutela della concorrenza, laddove prevede il superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche attraverso l’individuazione di un’unica Autorità d’ambito, allo scopo di consentire la razionalizzazione del mercato, con la determinazione della tariffa del servizio secondo un meccanismo di *price cap*, diretto a garantire la concorrenzialità e l’efficienza delle prestazioni. La stessa disposizione attiene anche alla tutela dell’ambiente, perché l’allocazione all’Autorità d’ambito territoriale ottimale delle competenze sulla gestione serve a razionalizzare l’uso delle risorse idriche e le interazioni e gli equilibri fra le diverse componenti della “biosfera” intesa «come “sistema” [...] nel suo aspetto dinamico”.

<sup>20</sup> *Ex plurimis*, Corte cost. 7 luglio 2017, n. 157; Corte cost. 24 febbraio 2017, n. 40.

<sup>21</sup> Corte cost. 25 giugno 2015, n. 117; Corte cost. 10 maggio 2012, n. 114; Corte cost. 22 luglio 2011, n. 235.

<sup>22</sup> Corte cost. 17 febbraio 2016, n. 30; Corte cost. n. 109/2018 aggiunge: “Tuttavia, laddove l’intervento legislativo riguardi l’affidamento in concessione del bene demaniale, le citate competenze regionali trovano un limite insuperabile in quella, esclusiva, ascritta allo Stato *ex art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.*, in materia di «tutela della concorrenza»; Corte cost. n. 161/2020: “Ferma tale premessa, questa Corte ha poi costantemente affermato che i criteri e le modalità di affidamento



Cosicché il parametro costituzionale afferente alla tutela della concorrenza finisce per riempire di contenuti anche il limite rappresentato dallo Statuto speciale regionale<sup>23</sup> in quanto, nel disciplinare l'affidamento in concessione di detti beni demaniali, la legislazione regionale, ancorché espressione di una correlata competenza primaria, è dunque destinata a cedere il passo alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «tutela della concorrenza» ogni qualvolta l'oggetto della regolazione finisca per influire sulle modalità di scelta del contraente o sulla durata del rapporto, ove si incida sull'assetto concorrenziale dei mercati in termini tali da restringere il libero esplicarsi delle iniziative imprenditoriali.

Lo scrutinio di legittimità costituzionale impone, pertanto, secondo la Consulta, di verificare se le norme impugnate, considerate in ragione della ratio, della finalità, dell'oggetto e del contenuto che le connota, invadano la competenza esclusiva in materia di tutela della concorrenza. Non senza trascurare, tuttavia, che il riferimento alla detta materia non può ritenersi così pervasivo da impedire, aprioristicamente, ogni spazio di intervento alle Regioni nella materia che interessa<sup>24</sup>; e che, in particolare, non sono in grado di arrecare l'addotto vulnus competenziale quelle norme che possano ritenersi dotate di una valenza pro-competitiva<sup>25</sup>.

Precisa, pertanto, la Corte, con la medesima citata pronuncia<sup>26</sup>, che «l'autonomia speciale e la potenziale, concomitante, riconducibilità delle norme

---

delle concessioni sui beni del demanio marittimo devono, comunque, essere stabiliti nel rispetto dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento previsti dalla normativa dell'Unione europea e nazionale, e corrispondenti ad ambiti riservati alla competenza esclusiva statale dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., in siffatta competenza esclusiva, le pur concorrenti competenze regionali trovano così «un limite insuperabile». Detto limite, tuttavia, non è destinato ad operare con assolutezza: il riferimento alla tutela della concorrenza non può ritenersi così pervasivo da impedire alle Regioni, in materia, ogni spazio di intervento espressivo di una correlata competenza; tale ultima, infatti, è destinata a cedere il passo alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di concorrenza soltanto quando «l'oggetto della regolazione finisca per influire sulle modalità di scelta del contraente, ove si incida sull'assetto concorrenziale dei mercati in termini tali da restringere il libero esplicarsi delle iniziative imprenditoriali» (Corte cost. n. 221/2018)».

<sup>23</sup> Corte cost. n. 263/2016: «Lo stesso sviluppo argomentativo del ricorso rende evidente come il richiamo alla tutela della concorrenza serva a lumeggiare la natura di parametro interposto delle norme del codice dei contratti, parametro che riempie di contenuto i limiti statuari alla potestà legislativa regionale in materia di lavori pubblici, secondo il collaudato iter motivazionale fatto proprio dalla citata giurisprudenza di questa Corte. Sebbene, poi, nell'indicare i limiti statuari il ricorrente faccia riferimento solo a quelli derivanti dalle «leggi costituzionali dello Stato», il richiamo all'art. 14 dello Statuto speciale e alla costante giurisprudenza costituzionale impone di ritenere invocati anche quelli derivanti dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali e dagli obblighi internazionali, che, unitamente ai principi dell'ordinamento giuridico, vincolano anche la potestà legislativa della Regione siciliana».

<sup>24</sup> Corte cost. 10 maggio 2017, n. 98.

<sup>25</sup> Corte cost. 16 aprile 2014, n. 97; Corte cost. n. 288/2010.

<sup>26</sup> Corte cost. n. 109/2018.

censurate anche alle citate ipotesi di competenza legislativa, anche primaria, della stessa, non impediscono, a monte, l'evocazione delle competenze statali in ragione di quanto previsto dall'art. 10 della l. cost. n. 3/2001".

Attesa tale natura trasversale della concorrenza, la Corte ha, peraltro, stabilito, in precedenti occasioni, come anche il tema della proroga dei contratti di TPL intercetti la materia della tutela della concorrenza e di conseguenza sia soggetto alle previsioni dell'art. 117 Cost., alla luce del quale, pertanto, anche con riferimento allo specifico tema delle proroghe, le disposizioni regionali non possono invadere la potestà esclusiva dello Stato.

In particolare, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di disposizioni regionali le quali prevedevano la possibilità di proroghe automatiche di contratti di trasporto pubblico locale<sup>27</sup> ovvero il mantenimento di affidamenti preesistenti in capo agli stessi concessionari di servizi di trasporto pubblico locale oltre il termine ultimo previsto dal legislatore statale per il passaggio al nuovo sistema di affidamento di tali servizi tramite procedure concorsuali<sup>28</sup>.

La stessa Corte, in altra occasione, aveva peraltro già precisato<sup>29</sup> come l'affidamento dei servizi pubblici locali mediante procedure concorsuali fosse il solo strumento idoneo ad integrare una effettiva apertura di tale settore e a garantire il superamento di assetti monopolistici. In questo caso, la norma impugnata – nello stabilire la possibilità, per gli enti locali, di reiterare la proroga dei contratti dei gestori dei servizi di trasporto pubblico locale, senza neppure prevedere un termine finale di cessazione delle medesime – aveva posto in essere per la Corte “una disciplina che opera una distorsione nel concetto di concorrenza ponendosi in contrasto con i principi generali stabiliti dalla legislazione statale”.

È stato più volte sottolineato, al riguardo, che «la disciplina delle procedure di gara, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento. La gara pubblica<sup>30</sup>, dunque, costituisce uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza»<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Corte cost. 11 aprile 2011, n. 123.

<sup>28</sup> Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80.

<sup>29</sup> Corte cost. n. 2/2014.

<sup>30</sup> Corte cost. n. 401/2007; Corte cost. 18 gennaio 2008, n. 1.

<sup>31</sup> Corte cost. n. 339/2011.

## 5. Effetti delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale e i “rapporti esauriti”

L'art 136 Cost. prevede che “quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

Un'interpretazione letterale della suddetta norma costituzionale lascerebbe qualificare l'effetto delle sentenze di accoglimento come una sorta di abrogazione, dal momento che la norma perde efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, riguardando, pertanto, solo i rapporti futuri e non quelli pendenti alla data della decisione.

Così intendendo la norma, tuttavia, si avrebbe come contraddittoria conseguenza che le leggi dichiarate costituzionalmente illegittime continuerebbero a spiegare effetti e che nessuna parte in giudizio solleverebbe la questione di legittimità costituzionale per il semplice motivo che non ne “avrebbe interesse” se la “perdita di efficacia” valesse solo per l'avvenire.

Tale incongruenza viene superata dalla migliore dottrina tramite la lettura coordinata dell'art. 136 Cost. e dell'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87, recante le “Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale”. Tale ultima disposizione stabilisce che “le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”. Tramite il combinato disposto delle due norme e individuando un'interpretazione uniforme e comune che dia significato ad entrambe le disposizioni senza porle in contraddizione tra loro, la dottrina afferma che la “perdita di efficacia” dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza è da intendersi come “non possibilità di applicazione” della norma da quel momento.

La “perdita di efficacia” dell'art. 136 Cost. diventa, pertanto, “perdita di ulteriore applicabilità” delle norme dichiarate incostituzionali, con riferimento a tutti i rapporti, anche a quelli già pendenti<sup>32</sup>.

Le sentenze di accoglimento dell'illegittimità costituzionale di una norma hanno, dunque, efficacia retroattiva *ex tunc*, in quanto cancellano e/o eliminano la norma dichiarata incostituzionale dall'ordinamento giuridico fin dall'origine, come se non fosse mai esistita. In questo senso l'effetto delle sentenze di accoglimento è qualificato in termini di “annullamento” della legge dichiarata incostituzionale che viene espunta dal panorama giuridico.

Un tale effetto distingue nettamente l'istituto dell'illegittimità costituzionale da quello dell'abrogazione di legge<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Consiglio di Stato sez. I, 28 dicembre 2021, n. 1984.

<sup>33</sup> Tribunale amministrativo regionale, Campania, Napoli, sez. II, 18 luglio 2011, n. 3879: “La declaratoria di illegittimità costituzionale è applicabile a tutti i rapporti non ancora “esauriti”, operando tale declaratoria in modo diverso dall'abrogazione, dalla quale si differenzia per presupposti, natura ed effetti. La dichiarazione di illegittimità costituzionale, infatti, a differenza dell'abroga-

I due non sono, invero, eguali fra loro, ma si muovono su piani diversi e hanno, soprattutto, effetti diversi. Mentre la dichiarazione di incostituzionalità di una legge o di un atto avente forza di legge rende la norma inefficace *ex tunc* e quindi estende la sua invalidità a tutti i rapporti giuridici ancora pendenti al momento della decisione assunta dalla Corte, restandone così esclusi soltanto i “rapporti esauriti”, l’abrogazione, salvo il caso dell’abrogazione con effetti retroattivi, opera solo per l’avvenire, atteso che anche la legge abrogante è sottoposta alla regola di cui all’art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale (c.d. Preleggi), secondo cui “la legge non dispone che per l’avvenire: essa non ha effetto retroattivo”<sup>34</sup>.

Le sentenze di accoglimento del Giudice delle leggi eliminano, pertanto, la norma dichiarata incostituzionale imponendo a tutti i giudici la sua disapplicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, ai sensi dei predetti artt. 136 Cost. e 30 della l. n. 87/1953.

Come già precisato, gli effetti della declaratoria di incostituzionalità non si estendono, tuttavia, ai cc.dd. rapporti già esauriti, ossia ai quei rapporti che hanno dato luogo a situazioni giuridiche ormai consolidate e intangibili in virtù del passaggio in giudicato di decisioni giudiziali, della definitività di provvedimenti amministrativi non più impugnabili, del completo esaurimento degli effetti di atti negoziali, del decorso dei termini di prescrizione o decadenza, nonché del compimento di altri atti o fatti rilevanti sul piano sostanziale o processuale<sup>35</sup>.

---

zione, ha per presupposto l’invalidità della legge, in quanto viziata dall’essere in contrasto con un precetto costituzionale e rende la norma dichiarata incostituzionale non più applicabile ai rapporti ancora “*sub iudice*”, mentre deve essere applicata per i rapporti esauriti, intendendosi per tali quelli che, sorti precedentemente alla pronuncia di incostituzionalità, abbiano dato luogo a situazioni ormai consolidate ed inderogabili per effetto del passaggio in giudicato di decisioni giurisdizionali, della definitività di provvedimenti amministrativi divenuti inoppugnabili, del completo esaurimento degli effetti degli atti negoziali, del decorso dei termini di prescrizione o decadenza ovvero del compimento di altri atti o fatti rilevanti sul piano sostanziale o processuale”.

<sup>34</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1261; Tribunale amministrativo regionale, Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 4 febbraio 2022, n. 29: “Le sentenze di accoglimento del Giudice delle leggi eliminano la norma dichiarata incostituzionale con effetto *ex tunc*. Pertanto, in forza dell’art. 136 Cost. e dell’art. 30, l. n. 87/1953, dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Consulta, la norma dichiarata incostituzionale non è più applicabile e gli effetti della declaratoria di incostituzionalità si estendono a tutti i rapporti giuridici ancora pendenti al momento della decisione della Corte, rimanendone esclusi solo i cc.dd. rapporti già esauriti, ossia quei rapporti che abbiano dato luogo a situazioni giuridiche ormai consolidate e intangibili in virtù del passaggio in giudicato di decisioni giudiziali, della definitività di provvedimenti amministrativi non più impugnabili, del completo esaurimento degli effetti di atti negoziali, del decorso dei termini di prescrizione o decadenza, nonché del compimento di altri atti o fatti rilevanti sul piano sostanziale o processuale.”

<sup>35</sup> TAR Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, n. 29/2022; Corte di cassazione, sez. lav., 7 luglio 2020, n.14084: “Le pronunce dichiarative di illegittimità costituzionale eliminano la norma con effetto “*ex tunc*”, con la conseguenza che essa non è più applicabile, indipendentemente dalla

È stato sottolineato in dottrina che “la determinazione dell’ampiezza della categoria dei rapporti esauriti spetta all’interpretazione aperta a tutti gli interpreti del diritto, massimamente alla Corte di cassazione, come quest’ultima (Corte di cassazione, sez. I, 16 aprile 2014, n. 8878) non ha mancato di rilevare”<sup>36</sup> in

circostanza che la fattispecie sia sorta in epoca anteriore alla pubblicazione della decisione. Il principio che gli effetti dell’incostituzionalità non si estendono ai rapporti ormai esauriti in modo definitivo riguarda le sole ipotesi in cui sia formato il giudicato, si sia verificato altro evento cui l’ordinamento collega il consolidamento del rapporto medesimo ovvero si siano prodotte preclusioni processuali, decadenze o prescrizioni non direttamente investite, nei loro presupposti formativi, dalla pronuncia d’incostituzionalità (nella fattispecie in esame l’effetto preclusivo non opera, atteso che la sentenza dichiarativa della illegittimità costituzionale della norma di interpretazione autentica è intervenuta nelle more del giudizio avente ad oggetto, appunto, il ricalcolo della indennità incentivante); Consiglio di Stato, sez. I, 28 dicembre 2021, n. 1984: “L’efficacia retroattiva della sentenza che dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma non si estende ai rapporti esauriti. L’efficacia retroattiva della sentenza (ossia l’annullamento *ex tunc* della norma censurata oggetto della declaratoria di incostituzionalità) che dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma non si estende ai rapporti esauriti, ossia a quei rapporti che, sorti precedentemente alla pronuncia della Corte costituzionale, abbiano dato luogo a situazioni giuridiche ormai consolidate e intangibili in virtù del passaggio in giudicato di decisioni giudiziali, della definitività di provvedimenti amministrativi non più impugnabili, del completo esaurimento degli effetti di atti negoziali, del decorso dei termini di prescrizione o decadenza, ovvero del compimento di altri atti o fatti rilevanti sul piano sostanziale o processuale”; TAR Basilicata, Potenza, sez. I, 22 novembre 2021, n. 754: “L’efficacia retroattiva si applica solo ai rapporti ancora pendenti al momento della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della sentenza della Corte costituzionale dichiarativa dell’illegittimità costituzionale, mentre l’applicazione della norma dichiarata incostituzionale rimane ferma con riferimento ai rapporti pregressi chiusi in modo irretrattabile (cd. rapporti esauriti, insensibili alla dichiarata illegittimità costituzionale della norma in essi applicata), cioè i rapporti sui quali si è formata una sentenza passata in giudicato o sui quali si è verificato il decorso del termine prescrizione o del termine decadenza”; Cass. n. 14084/2020: “Il principio che gli effetti dell’incostituzionalità non si estendono ai rapporti ormai esauriti in modo definitivo riguarda le sole ipotesi in cui sia formato il giudicato, si sia verificato altro evento cui l’ordinamento collega il consolidamento del rapporto medesimo ovvero si siano prodotte preclusioni processuali, decadenze o prescrizioni non direttamente investite, nei loro presupposti formativi, dalla pronuncia d’incostituzionalità (nella fattispecie in esame l’effetto preclusivo non opera, atteso che la sentenza dichiarativa della illegittimità costituzionale della norma di interpretazione autentica è intervenuta nelle more del giudizio avente ad oggetto, appunto, il ricalcolo della indennità incentivante)”; TAR Basilicata, Potenza, sez. I, n. 754/2021: “...l’applicazione della norma dichiarata incostituzionale rimane ferma con riferimento ai rapporti pregressi chiusi in modo irretrattabile (cd. rapporti esauriti, insensibili alla dichiarata illegittimità costituzionale della norma in essi applicata), cioè i rapporti sui quali si è formata una sentenza passata in giudicato o sui quali si è verificato il decorso del termine prescrizione o del termine decadenza”.

<sup>36</sup> Sul punto si veda G. ZAGREBELSKY, *Il delicato equilibrio tra i poteri dello Stato*, relazione al Congresso “Istituzioni politiche e istituzioni di garanzia nella Costituzione repubblicana”, Università degli Studi di Padova, Scuola di cultura costituzionale, Padova, 10 aprile 2015, il quale afferma: “...L’esito delle elezioni svoltesi in base alla legge incostituzionale – dice la Corte, senza che ciò rientrasse nell’ambito della materia controversa, sottoposta al suo giudizio – e gli atti compiuti dal Parlamento così eletto non sono “toccati”. Varrebbe, con riguardo al passato, il limite dei “rapporti esauriti”

materia, in particolare di dichiarazione di illegittimità costituzionalità della legge elettorale.

La definizione di rapporto esaurito diviene, quindi, un problema da risolvere “non alla stregua del diritto costituzionale, bensì della legislazione ordinaria che, regolando i poteri e i rapporti giuridici che possono venire ad esistenza nei diversi settori dell’ordinamento, determina il loro “esaurimento”<sup>37</sup>.

Emerge, pertanto, la necessità di verificare, di volta in volta, se e quali effetti espliciti la sentenza di illegittimità costituzionale in relazione al caso concreto.

In tema di dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme processuali, ad esempio, la Suprema Corte di cassazione ha stabilito che se la sentenza della Consulta fosse pubblicata nel corso di un giudizio di secondo grado, il giudice sarebbe tenuto a rilevare la nullità della notificazione del ricorso introduttivo della controversia, in quanto avvenuta in violazione della disciplina risultante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, sicché egli sarebbe tenuto a rimettere la causa al giudice di primo grado. Ciò perché, appunto, la norma processuale cesserebbe di operare dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale nella Gazzetta Ufficiale, senza possibilità di distinguere fra applicazione diretta, con riguardo ad atti processuali successivi, ed applicazione indiretta, con riguardo ad atti processuali compiuti in precedenza, dato che fin quando la validità ed efficacia di tali atti fossero *sub iudice* il rapporto processuale non potrebbe considerarsi esaurito e, conseguentemente, nel momento in cui viene in discussione la ritualità di un atto del procedimento il criterio valutativo di corrispondenza alle norme di legge deve avere riguardo alla modificazione della disciplina conseguita all’intervento del Giudice delle leggi<sup>38</sup>.

In altra occasione, relativa ad una norma dichiarata incostituzionale sulla cui base è stato adottato un atto e sono stati corrisposti emolumenti di importo inferiore a quanto in realtà dovuto, è stato precisato che, sebbene nulla impedisca che l’interessato possa in via generale sempre agire denunciando, nelle sedi competenti, l’incostituzionalità di una norma, tuttavia “non può nemmeno

---

o del “fatto concluso”. Per il futuro, varrebbe, invece, il “principio fondamentale della continuità dello Stato”, principio che riguarda tutti i suoi organi e, per quel che qui interessa, il Parlamento. Così, gli atti, legislativi e non legislativi (come le elezioni di titolari d’altre cariche dello Stato), da questo compiuti in passato o da compiere in avvenire, non sarebbero invalidi per il fatto di provenire da un Parlamento eletto incostituzionalmente. Fino ad ora – e ancor più chiaramente, fino alla sentenza n. 10 di quest’anno, su cui più avanti – gli effetti delle dichiarazioni d’incostituzionalità si sono fatti dipendere non dalla volontà della Corte, ma dall’invalidità della legge, come è definita dall’art. 136 della Costituzione e dall’art. 30 della l. n. 87/1953. In altri termini, alla Corte – si diceva – spetta solo dichiarare l’incostituzionalità. L’effetto della dichiarazione ha natura necessaria e obbiettiva, che sfugge alle sue determinazioni: a parte il divieto di “riproduzione”, l’effetto è la perdita di efficacia, cioè l’inapplicabilità della legge, con il limite dei cosiddetti rapporti esauriti”.

<sup>37</sup> E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia Costituzionale*, Torino, 2016, 139.

<sup>38</sup> Corte di cassazione, sez. II, 18 febbraio 2003, n. 2406.

ritenersi che l'intervento di una sentenza della Corte costituzionale sia idoneo a rimettere in termini l'interessato", sicché se si è già verificato un evento preclusivo dell'esercizio del suo diritto, tale preclusione arresta la stessa operatività nel caso concreto della pronuncia della Corte costituzionale.

Invero, l'efficacia retroattiva delle pronunce di incostituzionalità trova un limite negli effetti che la norma incisa ha prodotto, non solo in conseguenza della preclusione nascente da giudicato, ma anche dalla scadenza di termini di prescrizione o di decadenza o anche a seguito dell'esaurimento del rapporto o della situazione giuridica coinvolta, determinato da atti o fatti rilevanti sul piano sostanziale e processuale, con la conseguenza che – come è avvenuto nel caso ora menzionato – anche per le differenze retributive e gli interessi legali che risultassero dovuti ad un pubblico dipendente a seguito di una sentenza della Corte costituzionale interpretativa di accoglimento (c.d. sentenza additiva), trova applicazione il termine quinquennale di prescrizione stabilito dall'art. 2948, n. 4, codice civile<sup>39</sup>.

In modo simile, in tema di validità temporale delle D.I.A. (Denuncia Inizio Attività), il TAR Toscana ha qualificato la vicenda sottoposta a suo giudizio come "rapporto esaurito", ritenendo applicabile, pertanto, la pregressa normativa e paralizzando gli effetti della pronuncia di incostituzionalità, perché alla data della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma regionale Toscana contrastante con quella statale risultava spirato il termine di 60 giorni entro il quale l'Amministrazione avrebbe dovuto porre in essere interventi di controllo inibitorio ai sensi dell'art. 19, comma 3, della legge 7 giugno 1990, n. 241, sicché per il Tribunale Amministrativo Regionale le D.I.A. presentate "costituivano titoli consolidati e quindi rapporti esauriti, al riparo dall'efficacia retroattiva della sentenza di incostituzionalità della normativa applicabile"<sup>40</sup>.

Diversamente, in tema di prorogabilità delle concessioni, il Supremo Collegio ha ritenuto invece che, una volta rimosse dall'ordinamento con sentenza della Consulta le disposizioni che prevedevano la prorogabilità delle concessioni di grande derivazione prima della scadenza delle concessioni stesse, doveva escludersi che la proroga, pur essendo state poste in essere le condizioni previste dal legislatore, potesse operare, non ricorrendo una di quelle situazioni preclusive della produzione della naturale efficacia retroattiva delle sentenze dichiarative della illegittimità costituzionale di una disposizione di legge.

Invero, in tale occasione, la Suprema Corte ha sostenuto che una cosa è un intervento legislativo con efficacia retroattiva, la cui conformità a Costituzione va valutata nel bilanciamento con altri valori costituzionali (nella specie, quello della tutela dell'affidamento); altra cosa è la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione per il suo contenuto, contrastante con precetti costi-

<sup>39</sup> TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 5 maggio 2015, n. 190.

<sup>40</sup> TAR Toscana, Firenze, sez. III, 10 marzo 2015, n. 380.

tuzionali (nella specie, principi comunitari in materia di tutela della concorrenza; riparto delle competenze tra Stato e Regioni). E poiché, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, era proprio la proroga del termine di scadenza della concessione in sé ad essere costituzionalmente illegittima, “doveva escludersi che, in pendenza della efficacia della concessione, potesse predicarsi un diritto ad una proroga del termine di scadenza, non ancora maturato, per un periodo successivo alla dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni che quella proroga avesse previsto”<sup>41</sup>.

6. *L'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale nell'ordinamento giuridico siciliano*

A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 13 della l. reg. n. 13/2019, l'ordinamento giuridico siciliano è stato evidentemente condizionato dall'intervento della Consulta avvenuto con sentenza Corte cost. n. 16/2021.

La pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale ha espunto la norma in questione dal panorama giuridico con l'effetto di rendere improrogabile l'indizione di nuove gare.

Invero, la Regione, che non aveva avviato le procedure di evidenza pubblica, al fine di assicurare la continuità del servizio pubblico di autolinee, nelle more dell'approvazione del piano di riassetto organizzativo e funzionale del trasporto pubblico locale, aveva già, prima, con l. reg. n.19/2005, art. 27, trasformato le concessioni vigenti accordate dalla Regione e dai Comuni ai sensi della legge 28 settembre 1939, n. 1822 e dalla legge regionale 4 giugno 1964, n. 10, in contratti di affidamento provvisorio della durata di trentasei mesi; poi, tra le altre, previsto la proroga di questi con legge regionale 9 maggio 2017, n. 8 e, da ultimo, introdotto l'ulteriore proroga con la legge censurata, art. 13 della l. reg. n. 13/2019, per trentasei mesi, a decorrere dalla data di scadenza.

Con il venir meno di quest'ultima disposizione, da un lato, è venuta meno la validità giuridica della proroga in parola dei contratti conclusi dalla Regione con le società operanti nel settore del TPL; dall'altro, si rende oggi indifferibile per la Sicilia l'indizione di nuove gare pubbliche per la gestione dei servizi di TPL.

Invero, alla luce delle considerazioni sopra espresse, nelle more del processo di adeguamento della disciplina nazionale e regionale alle disposizioni al Reg. (CE) n. 1370/2007, ove – come è accaduto per la Regione Siciliana – i contratti con i gestori esercenti il servizio di trasporto pubblico non trovino più la loro base giuridica in una specifica normativa di settore, il servizio pubblico in questione deve comunque essere sempre garantito, senza interruzione.

---

<sup>41</sup> Corte di cassazione, sez. un., 3 marzo 2016, n. 4192.



In un clima di grande incertezza la Regione Sicilia ha individuato nell'imposizione di Obblighi di Servizio Pubblico di trasporto lo strumento idoneo a garantire, nell'immediato, il regolare svolgimento dei servizi suddetti al fine di assicurare i diritti e le libertà fondamentali dei cittadini alla mobilità e circolazione, evitando dunque il rischio di gravi interruzioni fino all'aggiudicazione rispetto a nuovi concessionari.

Nell'attesa dell'espletamento delle procedure di gara aperte a tutti gli operatori economici per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale, la Regione Sicilia ha, infatti, già provveduto ad emettere provvedimenti d'urgenza di imposizione di Obblighi di Servizio Pubblico ai sensi dell'art. 5, comma 5, del Reg. (CE) n. 1370/2007.

Lo strumento utilizzato dalla Regione ha trovato il suo fondamento nella natura pubblica del TPL che è stato, quindi, chiaramente riconosciuto dall'Amministrazione come servizio che, in quanto pubblico, è essenziale e indefettibile, caratterizzato da esigenze di continuità, regolarità, accessibilità, universalità e qualità; come tale insuscettibile di ammettere interruzione e sempre garantito in virtù della sua funzione volta ad assicurare il diritto alla mobilità della comunità.

L'istituto degli Obblighi di Servizio Pubblico è, in verità, ampiamente usato nel panorama europeo, nel quale affonda le proprie radici e risulta concepito come *“strumento di tutela in forma specifica delle esigenze collettive con riferimento ad attività di prestazione un tempo organizzate negli Stati membri come servizio pubblico in senso stretto e poi oggetto di processi di liberalizzazione”*<sup>42</sup>.

La previsione di Obblighi di Servizio Pubblico risponde tutt'oggi, in via generale, all'esigenza che *“determinate prestazioni siano comunque garantite, in quanto ritenute indispensabili per soddisfare bisogni individuali considerati imprescindibili”*<sup>43</sup>, quand'anche tale esigenza fuoriesca dalle logiche prettamente imprenditoriali o economiche.

Nel tempo tale istituto ha assunto una portata sempre più ampia, interessando molti dei più importanti settori economici, ed oggi rappresenta lo strumento preordinato alla corretta applicazione dell'art. 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il quale stabilisce che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale siano sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, ma che queste regole possano essere derogate per permettere alle imprese incaricate l'assolvimento delle specifiche missioni di interesse economico generale loro affidate.

Attraverso lo strumento dell'imposizione di Obblighi di Servizio Pubblico la Regione Sicilia ha, pertanto, potuto ovviare al mancato svolgimento per tempo di gare pubbliche e nel contempo garantire l'assolvimento del diritto alla mobilità dei cittadini, in modo da evitare ulteriori e intollerabili pregiudizi alla collettività.

---

<sup>42</sup> *Il trasporto pubblico locale* a cura di O. BUCCI, Napoli, 2018, 113.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

7. *L'art. 5 del Reg. (CE) n. 1370/2007 e l'art. 8 del Reg. (CE) n. 1370/2007: l'affidamento dei contratti di TPL e il regime transitorio*

L'art. 5 del Reg. (CE) n. 1370/2007<sup>44</sup> del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, successivamente modificato dal Reg. (CE) n. 2338/2016, disciplina l'aggiudicazione dei contratti di trasporto pubblico.

L'articolo precisa che le disposizioni in esso contenute non si applicano ai contratti di servizio o ai contratti di servizio pubblico di cui alle Direttive CE 31 marzo 2004, n. 17 e n. 18 per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive. In questi specifici casi, l'art. 5, paragrafi da 2 a 6, non si applica e i contratti sono aggiudicati secondo le procedure di cui alle predette direttive.

Lo svolgimento del servizio di TPL si muove all'interno del perimetro delineato dal Reg. (CE) n. 1370/2007, esclusivamente sulla base delle seguenti e tassative modalità di gestione: 1) erogazione da parte della stessa amministrazione o gestione *in house* (cfr. art. 5, par. 2); 2) aggiudicazione a terzi mediante equa procedura di gara, fatta salva l'aggiudicazione diretta per servizi di importo inferiore al milione di euro o chilometraggio inferiore a 300.000 km (art. 5, par. 3 e 4); 3) aggiudicazione diretta, proroga consensuale ovvero imposizione dell'obbligo di servizio nel caso di emergenza determinata da interruzione o rischio di interruzione (cfr. art. 5, par. 5)<sup>45</sup>.

Relativamente alla prima ipotesi, il Regolamento prevede che, a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale – si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri – hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, eserciti un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture.

Laddove, invece, l'autorità competente scelga di rivolgersi ad un terzo diverso da un operatore interno, aggiudica i contratti di servizio pubblico mediante una procedura di gara, ad esclusione dei casi contemplati nei paragrafi 4, 5 e 6. Questi ultimi riguardano contratti di servizio pubblico il cui valore annuo medio stimato è inferiore al milione di euro o chilometraggio inferiore a 300.000 km (qualora un contratto di servizio pubblico sia aggiudicato direttamente ad una

<sup>44</sup> Il Regolamento in questione ha abrogato il Reg. (CEE) n. 1191/1969 e il Reg. (CEE) n. 1107/1970.

<sup>45</sup> Cfr. M. GHERARDO, *I pubblici servizi*, cit.

piccola o media impresa che opera con non più di 23 veicoli, dette soglie possono essere aumentate o ad un valore annuo medio stimato inferiore a due milioni di euro oppure, qualora il contratto riguardi la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri, inferiore a 600 000 chilometri l'anno).

La procedura di gara deve essere aperta a tutti gli operatori e rispettare i principi di trasparenza e di non discriminazione.

In base a quanto sopra esposto, non è ipotizzabile altra forma di affidamento e gestione del servizio di TPL che sia diversa da quelle espressamente dettate dall'art. 5 e ss. del Reg. (CE) n. 1370/2007, rimessa alla scelta discrezionale degli enti locali.

In tema di estensione del servizio, il Reg. (CE) n. 1370/2007, al paragrafo 5, ammette la possibilità che l'autorità proroghi i contratti di servizio di trasporto pubblico per un tempo limitato, ma a condizione che ci si trovi in una situazione tale da superare i limiti dell'ordinarietà e per la quale venga prevista un'apposita aggiudicazione "d'emergenza".

L'autorità competente può, infatti, assumere provvedimenti di emergenza in caso di interruzione del servizio o di pericolo imminente di interruzione.

Tali provvedimenti emergenziali possono assumere la forma di un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico o di una proroga consensuale di un contratto di servizio pubblico oppure di un'imposizione dell'obbligo di fornire determinati servizi pubblici.

I contratti così aggiudicati devono avere, però, una durata non superiore a due anni.

Sul punto il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare come tale durata sia da intendersi come complessiva di tutte le eventuali molteplici proroghe disposte dall'autorità, per superare l'ovvia constatazione di permettere altrimenti alle autorità pubbliche di aggirare facilmente la disposizione europea e prorogare indefinitamente il servizio allo stesso operatore, chiarendo, inoltre, come il momento iniziale sia da intendersi necessariamente quello della scadenza originaria del contratto<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 13 settembre 2021, n. 6268: "Invero, nel passaggio da una gestione del servizio di trasporto pubblico fondata su rapporti concessori ad un diverso sistema di affidamento mediante la stipula di contratti di servizio all'esito di procedure di gara, la proroga delle concessioni in essere disposta con provvedimenti di emergenza al fine di assicurare la continuità delle prestazioni erogate è sottoposta, ai sensi dell'art. 5, comma 5, Reg. (CE) n. 1370/2007, ad un termine massimo di durata pari a due anni. Tale termine deve riferirsi alla durata complessiva del rapporto rispetto alla scadenza originariamente prevista e non alla singola proroga, come esplicitato anche dalle successive modifiche normative (Reg. (CE) n. 2338/2016) e in coerenza con gli obiettivi di massima tutela della concorrenza a garanzia della qualità dei servizi offerti, desumibili dai principi vigenti in materia, nonché con la ratio dell'istituto in esame finalizzato ad evitare il rischio di interruzioni nella fornitura. Peraltro, alla fattispecie in esame non si applicano le norme del Codice dei contratti pubblici, che disciplinano la proroga e l'uso della procedura negoziata, come espressamente previsto dall'art. 18, comma 1, lett. a), decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Per quanto riguarda il regime transitorio indicato dall'art. 8 del Reg. (CE) n. 1370/2007, è stato previsto invece che, fatto salvo il paragrafo 3, l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia o su strada si dovesse conformare all'art. 5 a decorrere dal 3 dicembre 2019.

Con il Reg. (CE) n. 2338/2016, appunto, l'Unione europea ha modificato l'art. 8, par. 2 del Reg. (CE) n. 1370/2007 che oggi testualmente recita: "l'art. 5 [Aggiudicazione di contratti di servizio pubblico, ndr] si applica all'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico inerenti ai servizi di trasporto di passeggeri su strada ... a decorrere dal 3 dicembre 2019".

La norma attualmente in vigore prevede che le nuove gare avrebbero dovuto (dovranno) essere indette a decorrere da tale ultima data e il 2 dicembre 2019; pertanto, da *dies ad quem* per l'espletamento delle procedure di gara, è divenuto *dies a quo*.

Appare, dunque, evidente come il legislatore comunitario abbia operato una modifica del termine, differendo l'obbligo dell'espletamento delle gare a data successiva al 2 dicembre 2019.

Invero, il legislatore europeo<sup>47</sup>, cosciente delle difficoltà che gli Stati membri avrebbero potuto incontrare nell'adeguarsi alla nuova e differente normativa, al fine di evitare gravi problemi strutturali, ha acconsentito alle autorità dei medesimi di affrontare il periodo di transizione conformandosi gradualmente attraverso misure opportune, in particolare per quanto riguarda la capacità di trasporto.

L'art. 8 ha onerato, in particolare, i singoli Stati di inviare un'informativa con la quale relazionare alla Commissione lo stato dei lavori entro i sei mesi successivi alla prima metà del periodo transitorio, ponendo l'accento sull'attuazione dell'aggiudicazione graduale di contratti di servizio pubblico conformemente all'art. 5, dalla quale potesse desumersi il grado di applicazione della disciplina. Attraverso tale documento è stata, pertanto, garantita, una certa flessibilità nel processo di adeguamento, supportata peraltro dal possibile intervento *medio tempore* esercitabile dalla Commissione attraverso misure ritenute più appropriate e correlate alle risultanze emergenti dalle relazioni rese dagli Stati membri.

In riferimento alla corretta interpretazione dell'art. 8, è recentemente intervenuta la pronuncia della CGUE n. 350/2019, con la quale è stato precisato che l'art. 5 e l'art. 8, paragrafo 2, "devono essere interpretati nel senso che l'art. 5 di tale regolamento non è applicabile a un procedimento di aggiudicazione svoltosi prima del 3 dicembre 2019, cosicché un'autorità competente che, mediante una decisione di aggiudicazione conclusiva di una procedura di gara, attribuisca

---

<sup>47</sup> Considerando n. 31: "Considerato che le autorità competenti e gli operatori di servizio pubblico avranno bisogno di tempo per adeguarsi alle disposizioni del presente regolamento, è opportuno definire regimi transitori. In vista della graduale aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico in linea con il presente regolamento, gli Stati membri dovrebbero presentare alla Commissione una relazione sullo stato dei lavori entro i sei mesi successivi alla prima metà del periodo transitorio. Sulla base di tali relazioni la Commissione può proporre opportune misure".

prima di tale data un contratto di concessione di un servizio pubblico di trasporto locale di passeggeri su strada non è tenuta a conformarsi a detto art. 5”.

Sul punto aggiungasi come la Corte costituzionale abbia già precisato come neanche tale regime transitorio possa essere derogato dall'autonomia regionale tramite lo strumento delle proroghe, proprio perché intercetta il tema della tutela della concorrenza<sup>48</sup>; ciò neanche qualora tale intervento venga posto in essere per far fronte ad una crisi economico-finanziaria come quella che, specialmente in anni recenti, il settore del trasporto pubblico ha attraversato<sup>49</sup>.

## 8. Conclusioni

La giurisprudenza del Giudice delle leggi sui rapporti intercorrenti tra Stato ed autonomie territoriali incide su una delle più rilevanti componenti del complesso sistema di bilanciamenti e di corrispondenti equilibri, formali e sostanziali, destinato ad assicurare la conservazione e lo sviluppo della democrazia pluralista posta a base della Costituzione<sup>50</sup>.

Il raggiungimento di siffatto equilibrio richiede che i diversi livelli di governo del territorio partecipino sinergicamente, conformandosi ai dettami non solo nazionali, ma provenienti soprattutto dall'ordinamento sovranazionale, nel rispetto ognuno del proprio ambito di competenza legislativa.

La Regione Sicilia, non avendo indetto tempestivamente gare pubbliche per l'affidamento del trasporto pubblico locale, ha ritardato il processo di adeguamento ai dettami provenienti dal legislatore europeo. Le continue proroghe nel

---

<sup>48</sup> Corte cost. n. 123/2011, n. 123: “È costituzionalmente illegittimo l'art. 43, comma 2, legge regionale Calabria 26 febbraio 2010, n. 8. Tale disposizione – nello stabilire la proroga dei contratti di servizio pubblico, relativi ai servizi di trasporto pubblico locale, al 31 dicembre 2010, con eventuali rinnovi annuali entro il termine finale previsto dal Reg. (CE) n. 1370/2007 all'art. 8, comma 2 (ovvero il 3 dicembre 2019) – si pone in contrasto con quanto previsto dall'art. 23-bis decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, conv., con modificazione, in legge 6 agosto 2008 n. 133, che delinea un regime transitorio per l'affidamento del servizio di forme da quello previsto dalla disposizione impugnata, con ciò disciplinando le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica riconducibili alla materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, della tutela della concorrenza, tenuto conto della sua diretta incidenza sul mercato”.

<sup>49</sup> Ciò è quanto statuito con sentenza resa dalla Corte cost. n. 2/2014, che ha rigettato le difese della Regione Toscana con le quali quest'ultima motivava l'intervento di proroga degli affidamenti con il periodo emergenziale e i tagli al settore del trasporto pubblico locale, che hanno comportato la necessità di riprogrammare le risorse disponibili sul bilancio regionale e, conseguentemente, un rinvio dell'espletamento delle procedure di gara; cfr. Corte cost. 5 aprile 2013, n. 62; si veda anche A. CANDIDO, *L'emergenza non estende le competenze regionali. sulla proroga dei contratti di trasporto pubblico locale* in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2014, 1, <https://www.rivistaaic.it/it/>.

<sup>50</sup> G. SILVESTRI, *Relazione del Presidente Gaetano Silvestri sulla giurisprudenza costituzionale del 2013*, del 27 febbraio 2014, [https://giurcost.org/cronache/Silvestri\\_20140227.pdf](https://giurcost.org/cronache/Silvestri_20140227.pdf).

settore del TPL non hanno, infatti, consentito l'apertura di questa porzione di mercato a nuovi operatori economici, impendendo, di conseguenza, anche la sua crescita in termini di competitività ed efficienza.

È lo stesso legislatore europeo ad individuare, tuttavia, come obiettivo principale della normativa comunitaria quello di garantire servizi di trasporto passeggeri sicuri, efficaci e di qualità grazie a una concorrenza regolamentata. Quest'ultima deve assicurare, in particolare, la trasparenza e l'efficienza dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri, tenendo conto dei fattori sociali, ambientali e di sviluppo regionale, offrendo anche condizioni tariffarie specifiche a talune categorie di viaggiatori ed eliminando le disparità fra imprese di trasporto provenienti da Stati membri diversi che siano suscettibili di alterare in modo sostanziale la concorrenza<sup>51</sup>.

Il rispetto della tutela della concorrenza a tutti i livelli e tra tutti gli enti locali – seppur con le dovute eccezioni giustificate dalle peculiarità che caratterizzano il settore del TPL – permette, da un lato, agli enti di soddisfare le esigenze più prossime ai cittadini al fine di rendere più appetibili, più innovativi e meno onerosi i servizi forniti e, dall'altro, di garantire l'equo accesso a tutti gli operatori economici nelle gare di affidamento.

In ragione di tali esigenze, la Regione Sicilia ha recentemente avviato l'adeguamento del settore del TPL nell'alveo del quadro normativo europeo attraverso la preliminare emanazione di atti d'imposizione di Obblighi di Servizio Pubblico regionale al fine di tutelare le esigenze di mobilità della collettività e di prevenire riflessi di ordine pubblico e garantire l'urgente esecuzione del servizio senza soluzione di continuità, onde scongiurare il pericolo imminente di interruzione dei servizi di trasporto pubblico locale nelle more dell'affidamento degli stessi mediante espletamento delle procedure di gara aperte.

Contestualmente all'emanazione di tali provvedimenti, la Regione ha, infatti, avviato le attività occorrenti per l'indizione delle procedure di gara aperte per l'affidamento dei servizi di TPL in conformità a quanto previsto dal Regolamento (CE) n. 1370/2007. Quest'ultimo, nello specifico, guarda alla concorrenza regolamentata tra gli operatori come al modo più idoneo per rendere più appetibili, innovativi e meno onerosi i servizi offerti, in linea con quanto già approvato anche dal Consiglio europeo nell'ambito del cosiddetto processo di Lisbona del 28 marzo 2000, laddove si invita la Commissione, il Consiglio e gli Stati membri, ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze, ad «accelerare la liberalizzazione in settori come [...] i trasporti». La Regione Sicilia dovrà, pertanto, adeguarsi al dettato del Regolamento in base al quale “per poter organizzare i propri servizi di trasporto pubblico di passeggeri nel modo più rispondente alle esigenze del pubblico, tutte le autorità competenti devono avere la facoltà di scegliere

---

<sup>51</sup> Considerando 4, Reg. (CE) n. 1370/2007.

liberamente i loro operatori di servizio pubblico, tenendo conto degli interessi delle piccole e medie imprese<sup>52</sup>. Sotto il profilo del diritto comunitario è irrilevante che i servizi di trasporto pubblico di passeggeri siano prestati da imprese pubbliche o private; il Regolamento si basa, invero, sul principio della neutralità rispetto al regime di proprietà, sul principio della libertà degli Stati membri di definire i servizi di interesse economico generale e sui principi di sussidiarietà e proporzionalità (art. 5 del Trattato).

In definitiva, essendo già stati emessi i provvedimenti di imposizione di Obblighi di Servizio Pubblico e prevedendo con essi che l'impresa sia obbligata allo svolgimento dei servizi onerati sino all'affidamento degli stessi a nuovo gestore, previo espletamento delle procedure di gara aperte previste dalla vigente normativa e, comunque, non oltre il termine di due anni decorrenti dall'imposizione – avvenuta per gran parte dei servizi regionali nel settembre del 2022 – la Regione si avvia a provvedere, nei predetti termini, all'indizione di nuove gare volte ad individuare il nuovo gestore di trasporto pubblico locale.

### Abstract

Il trasporto pubblico locale rappresenta da sempre un elemento chiave nell'organizzazione della vita di una comunità, anche per le importanti implicazioni economiche, sociali, ambientali e sanitarie, che rilevano certamente sul piano giuridico. Il riparto di competenze tra Stato e Regioni all'interno di tale settore diventa pertanto tema delicato e complesso, in quanto individua i limiti e i vincoli al potere legislativo attribuito dalla Costituzione alle Regioni. A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale con sentenza Corte costituzionale 11 febbraio 2021, n. 16, la Regione Sicilia ha recentemente dovuto avviare l'adeguamento del settore del TPL nell'alveo del quadro normativo europeo attraverso la preliminare emanazione di atti d'imposizione di Obblighi di Servizio Pubblico regionale e l'avvio delle attività occorrenti per l'indizione delle procedure di gara aperte per l'affidamento dei servizi di TPL in conformità a quanto previsto dal Regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370. Prevedendo nei predetti atti impositivi l'obbligo allo svolgimento dei servizi onerati sino all'affidamento a nuovo gestore e, comunque, non oltre il termine di due anni dall'imposizione – avvenuta prevalentemente nel settembre del 2022 – la Regione si avvia pertanto a provvedere, nei predetti termini, all'indizione di nuove gare volte ad individuare il nuovo gestore di trasporto pubblico locale.

---

<sup>52</sup> Considerando 9, Reg. (CE) n. 1370/2007.

Assignment of local public transport and protection of competition: effects of the sentence of the Constitutional Court of February 11, 2021, n. 16 on the Sicilian regional legal system

Local public transport represents an important element in the life of a community, also due to the important economic, social, environmental and health implications, which are relevant on a legal level. The division of powers between the State and the Regions in this sector is therefore a delicate and complex issue. It identifies the limits and constraints on the legislative power attributed by the Constitution to the Regions. After the sentence of the Constitutional Court of February 11, 2021, n. 16, the Sicily Region has recently adapted the LPT sector to the European regulatory framework through deeds of imposition of regional Public Service Obligations and the activities necessary for open tenders for the assignment of LPT services according to Regulation (EC) 23 October 2007, no. 1370. The obligation to carry out the services is up to the assignment to a new manager and, in any case, no later than the term of two years from the imposition – which took place mainly in September 2022 – for which the Region must, within these terms, do new tenders to identify the new local public transport manager.



# El derecho al desnudo en lugares públicos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos\*

de Rafael Naranjo de la Cruz

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Desnudo público y derechos del CEDH. – 2.1. Libertad de expresión. – 2.2. Derecho a la vida privada. – 2.3. Libertad de pensamiento y de conciencia. – 3. El requisito de previsibilidad legal de la medida. – 4. Análisis de los objetivos legítimos perseguidos. – 5. El examen de la necesidad de la medida. – 5.1. Consideraciones generales. – 5.2. El margen de apreciación nacional. – 5.3. Los deberes y responsabilidades de quienes ejercen la libertad de expresión. Sobre la relevancia de la ofensa. – 5.4. La proporcionalidad de la pena. – 6. Conclusiones.

## 1. *Introducción*

Si existe en las sociedades democráticas actuales una costumbre compartida por el común de las personas es aquella de salir a la calle vestidas. Antes de hacerlo, se pueden preguntar si se van a poner una prenda u otra, pero en raras ocasiones alguien se plantea si va a salir de casa vestido o desnudo. Las razones pueden ser diversas: para unos será la convicción, justificada o no, de que el desnudo en los espacios públicos se encuentra prohibido; para otros, razones de respeto, vergüenza, pudor, o incluso, para las personas más atrevidas, un deseo de no destacar o no llamar la atención. Lo cierto es que la práctica está tan asentada en nuestra sociedad que difícilmente alguien se la cuestiona. Como reverso de este estado de cosas, la gama de reacciones imaginable ante el encuentro no consentido con una persona desnuda en un espacio público puede ir desde el júbilo o la hilaridad en algunos a la sorpresa, pasando por la indignación o, incluso, en función de las circunstancias, el miedo. Lo cierto es que el desnudo en un espacio público, cuando ocurre de manera excepcional, no deja indiferente a la persona espectadora.

Siendo esto así, podría también sorprender el hecho de que mostrarse desnudo en un espacio público pudiera ser considerado en el ámbito de los países que integran el Consejo de Europa, al menos en algunos casos, una manifestación de un derecho humano. Y, sin embargo, después de la lectura de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en los casos

\* Esta publicación es parte del proyecto de excelencia “La génesis de nuevos derechos fundamentales en España en el marco del constitucionalismo global (IUSGÉNESIS)”, ProyExcel\_00457 del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) – Convocatoria 2021, Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía, y del proyecto de I+D+i “La génesis de nuevos derechos fundamentales en el constitucionalismo global” PID2021-126875OB-I00R, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ “FEDER Una manera de hacer Europa”.

Gough c. Reino Unido, de 28 de octubre de 2014, y, más recientemente, Bouton c. Francia, de 13 de octubre de 2022, no es posible descartar tal conclusión<sup>1</sup>.

Los hechos del caso Gough c. Reino Unido son suficientemente conocidos. Stephen Peter Gough, el demandante, fue de manera reiterada detenido, procesado, condenado y preso por estar desnudo en público. El Sr. Gough se adhería a una creencia firmemente sostenida en la inofensividad del cuerpo humano. Esta le llevó a su vez a otra en el nudismo social, que expresaba estando desnudo en público, que expresaba estando desnudo en público. En 2003 decidió caminar de este modo desde Land End en Inglaterra hasta John O’Groats en Escocia, ganándose por este motivo el apodo de “el excursionista desnudo” (*the naked Rambler*) (§ 6).

La sentencia detalla un impresionante listado de detenciones, procesamientos, condenas y sucesos de entrada y salidas de prisión desde ese momento; concretamente, hasta 36 detenciones en el plazo que va desde el 29 de julio de 2003 hasta el 20 de julio de 2012 (§§ 9 a 89). En el párrafo 163, la sentencia menciona cuarenta y dos delitos por los que fue detenido en nueve años. Los arrestos se hacían con el cargo de escándalo público (*public indecency*) y, de manera alternativa o cumulativa, *breach of peace*, figura que podría ser traducida como “alteración del orden público”, “creación de alarma social” o, más literalmente, “quebrantamiento de la paz”.

El relato de los hechos muestra un patrón, en virtud del cual cuando el Sr. Gough era puesto en libertad, volvía inmediatamente a desnudarse, a veces en el propio aparcamiento de la prisión o en ocasiones en carreteras o calles principales y transitadas. Su insistencia en permanecer desnudo le valió incluso numerosas condenas por desacato, por negarse a vestirse durante las vistas orales o mientras permanecía, en el centro penitenciario, en régimen de aislamiento. Mantuvo su posición incluso cuando se le pidió que se vistiera como condición para recibir tratamiento médico en prisión o visita de familia y amigos (§§ 91-94). Entre condenas por alteración del orden público y desacato la suma de meses a los que fue condenado fue de 115 y 18 días. En total, estuvo encarcelado en Escocia durante más de siete años, con menos de una docena de días de libertad en todo ese período (§ 175).

Aclaremos aquí que ninguna referencia se realiza en la sentencia a su estado mental, más que una alusión al hecho de que una condena de 11 de enero de 2010 fue suspendida hasta el 8 de febrero para llevar a cabo nuevas valoraciones psiquiátricas y psicológicas (§ 69).

En el caso Bouton c. Francia, por su parte, la demandante era una activista Femen, un colectivo feminista de mujeres conocido por reivindicar su ideología

---

<sup>1</sup> Una defensa del derecho a mostrarse desnudo en público, en B. DE VRIES, *The right to be publicly naked: a defence of nudism*, en *Res Publica*, 2019, 407-424. Un examen comparado, a partir de Gough c. Reino Unido, del tratamiento del desnudo público en Europa y en Estados Unidos puede verse en C. GUTWEIN, *Penises, Nipples and Bums, Oh my!: An examination of how freedom of expression applies to public nudity*, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2021, 349-375 (<https://ijgls.indiana.edu/>).

mediante protestas de diverso tipo, en todas las cuales las mujeres participantes muestran los pechos desnudos. Así fue como la Sra. Bouton se manifestó el 20 de diciembre de 2013 ante el altar de la iglesia de la Madeleine de París. En el torso llevaba la inscripción “344 puta”, en referencia al conocido como “manifiesto de las 343”, a favor de la legalización del aborto; en la espalda se podía leer “Navidad cancelada”. Así, sostuvo dos trozos de hígado de ternera en las manos, con la intención de simbolizar al niño Jesús abortado. La actuación de la demandante se enmarcaba en el contexto de una acción internacional de la organización para denunciar la postura de la Iglesia sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Su actuación fue recogida por diferentes medios de comunicación, a los que había avisado previamente.

Los hechos fueron sancionados en esta ocasión como delito de exhibición sexual del art. 222-32 del Código Penal francés, a un mes de prisión con suspensión de pena durante un período de un mes y la demandante fue condenada además a pagar al representante de la parroquia 2.000 euros por daños morales y a 1.5000 euros en concepto de costas<sup>2</sup>. El citado precepto castiga, bajo el epígrafe de “agresión sexual”, “La exhibición sexual impuesta a otros en un lugar accesible a la vista del público”.

Este es el punto de partida de nuestro trabajo, cuyo objeto consiste en el estudio del contenido, alcance y límites de ese “derecho al desnudo” en los espacios públicos que ha sido acuñado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Centraremos nuestra atención exclusivamente en supuestos de desnudo público individual, no grupal<sup>3</sup>, y carente de connotaciones sexuales añadidas. Con este fin, repasaremos en primer lugar el vínculo que en dicha jurisprudencia se establece entre el desnudo público y algunos de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), concretamente libertad de expresión (art. 10.1 CEDH), derecho a la vida privada (art. 8.1 CEDH) y libertad de pensamiento (art. 9.1 CEDH) para posteriormente adentrarnos en el examen de la legitimidad de la intromisión que la prohibición de la conducta o su correspondiente sanción puede implicar.

## 2. *Desnudo público y derechos del CEDH*

### 2.1. *Libertad de expresión*

En este epígrafe analizaremos la conexión existente entre algunos supuestos de desnudo en público y el derecho a la libertad de expresión del art. 10.1 CEDH. Estamos, por tanto, situados en una primera fase en el estudio del tema,

---

<sup>2</sup> Una descripción de los hechos puede verse en §§ 5 y ss. de la sentencia.

<sup>3</sup> Un estudio del distinto tratamiento que recibe en Derecho el desnudo público individual y el que tiene lugar en determinados eventos masivos, en T. BENNETT, *State of undress: lam, carnival and mass public nudity events*, en *Griffith Law Review*, 2020, 199-219.

dirigida tan solo a examinar, no la conformidad con el Convenio de la conducta, sino si su prohibición o su sanción pueden ser vistas como una intromisión en este derecho.

Debe tenerse en cuenta al respecto que, para el TEDH, “una valoración acerca de si una conducta cuestionada cae dentro del alcance del artículo 10 del Convenio no debe ser restrictiva, sino inclusiva”<sup>4</sup>. Por este motivo, la tendencia general observable en su jurisprudencia es la de incluir en el ámbito de protección del derecho del Convenio invocado cualquier conducta que pueda reconducirse razonablemente al significado del precepto.

Sobre la base de este modo de proceder, el Tribunal europeo ha señalado que “La protección del art. 10 no está limitada a la palabra hablada o escrita, porque las ideas y las opiniones son también susceptibles de ser comunicadas por medios no verbales de expresión<sup>5</sup> o a través de la conducta de una persona”<sup>6</sup>. En este sentido, se ha afirmado de manera reiterada que “el art. 10 del Convenio protege no solo la esencia de las ideas e informaciones expresadas, sino también la forma en la que estas son compartidas”<sup>7</sup>. Con este punto de partida, no puede sino rechazarse cualquier intento de negar en un caso el papel de la libertad de expresión basándose en el argumento de que el mensaje podría haber sido compartido a través de otros medios más convencionales, como pudieran ser el discurso oral, el escrito o imágenes<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Murat Vural c. Turquía, de 21 de octubre de 2014, § 52.

<sup>5</sup> Este es el caso del empleo de símbolos. Al respecto, pueden verse, entre otras, las sentencias Vajnai c. Hungría, de 8 de julio de 2008, sobre el uso de una estrella roja en público como símbolo del movimiento internacional de trabajadores (§§ 6 y 47) o, sobre la exhibición de una bandera asociada a un movimiento político, Fáber c. Hungría, de 24 de julio de 2012, § 36.

<sup>6</sup> Karuyev c. Rusia, de 18 de enero de 2022, § 18. En este mismo sentido, pueden verse, entre otras, Steel y otros c. Reino Unido, de 23 de septiembre de 1998, que examina una protesta contra una cacería de urogallos y la extensión de una autopista (§ 92); Hashman y Harrup c. Reino Unido, de 25 de noviembre de 1999, en torno a la protesta por caza de zorro con interrupción de la misma (§ 28); Partido Cristiano Democrático del Pueblo c. Moldavia, de 2 de febrero de 2010, sobre la quema en público de la bandera rusa y de una foto del presidente de Rusia (§ 27); Tatár y Faber c. Hungría, de 12 de junio de 2012, sobre la exposición pública de ropa sucia, en representación de la “ropa sucia de la nación” (§§ 29, 36 y 40); Murat Vural c. Turquía (§ 44) e Ibrahimov y Mammadov c. Azerbaiyán, de 13 de febrero de 2020, relativas al vertido de pintura sobre las estatuas de figuras históricas del país; Shvydka c. Ucrania, de 30 de octubre de 2014, sobre la retirada de una cinta de una corona depositada por el jefe del Estado en el monumento a un famoso poeta ucraniano el Día de la Independencia (§ 38); Sinkova c. Ucrania, de 27 de febrero de 2018, que examina una performance consistente en freír huevos y salchichas en la “llama eterna” de un espacio dedicado a tumba del soldado desconocido (§ 100); Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13 de marzo de 2018, sobre la quema de una fotografía boca debajo de los Reyes de España (§ 39); o Mătăsaru. c. Moldavia, de 15 de enero de 2019, donde se abordaba la exposición, ante el edificio de la Fiscalía General del Estado, de esculturas con forma de órganos genitales, como forma de protesta por la corrupción y por el control de los políticos sobre dicha institución (§ 31).

<sup>7</sup> Murat Vural c. Turquía, § 53. En este sentido, véase Gough c. Reino Unido, § 149.

<sup>8</sup> Cfr. Murat Vural c. Turquía, § 53.

Esto no significa, en la jurisprudencia del Tribunal europeo, que cualquier conducta de una persona pueda ser considerada una manifestación de su libertad de expresión. Al respecto, como se señala en *Murat Vural c. Turquía*, “para decidir si un acto o una conducta determinada caen dentro del ámbito del art. 10 del Convenio, se debe valorar la naturaleza del acto o conducta en cuestión, en particular su carácter expresivo, visto desde un punto de vista objetivo, así como el propósito o la intención de la persona que lleva a cabo el acto o realiza la conducta en cuestión” (§ 54)<sup>9</sup>.

Por otra parte, el TEDH ha sostenido en numerosas resoluciones que la libertad de expresión “se refiere no solo a «informaciones» o «ideas» que sean favorablemente recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que ofenden, chocan o perturban; tales son las exigencias de pluralismo, tolerancia y apertura de mente, sin las que no existe «sociedad democrática»”<sup>10</sup>.

A partir de estas consideraciones, cabe concluir que el desnudo público dirigido a expresar, compartir o transmitir alguna opinión o creencia en torno al cuerpo humano desnudo cae dentro del ámbito de delimitación de la libertad de expresión del art. 10.1 CEDH. En este caso se podría decir que la exposición del cuerpo desnudo en colectividad es un modo de promover los cambios mentales, culturales, morales, sociales y jurídicos que pudieran, en un futuro, desembocar en una normalización del desnudo en público mismo.

En este sentido, el Tribunal europeo concluyó en *Gough c. Reino Unido* que “el desnudo público del demandante puede ser visto como una forma de expresión que cae dentro del ámbito del artículo 10 del Convenio y que su arresto, enjuiciamiento, condena y detención constituyeron medidas represivas tomadas como reacción a esa forma de expresión de sus opiniones por el demandante”, y que, por lo tanto, se había producido una injerencia en el ejercicio por el mismo de su derecho a la libertad de expresión (§ 150). De manera coherente, el Tribunal rechazó allí que la demanda pudiera ser inadmitida por ser “manifestamente mal fundada”, en el sentido del art. 35.3.a) CEDH (§ 151).

Cabe plantearse, no obstante, si, a partir de lo afirmado por el Tribunal en el caso *Gough*, se puede deducir que todo supuesto de desnudo en un espacio público constituya una manifestación de la libertad de expresión. La respuesta a esta cuestión ha de ser negativa. Lo que permite incluir el desnudo del caso *Gough* en el ámbito de

---

<sup>9</sup> En aplicación de estos criterios el TEDH afirmó en *Murat Vural c. Turquía* que la conducta consistente en verter pintura sobre estatuas de Atatürk en dicho país podía ser vista, desde un punto de vista objetivo, como un acto de expresión, mientras que, en términos subjetivos, el demandante pretendía con su actuación mostrar su falta de afecto por Atatürk y su descontento con quienes gobernaban el país de acuerdo con la ideología kemalista (§ 54). En este mismo sentido, véase *Karuyev c. Rusia*, § 19.

<sup>10</sup> Por todas, *Shvydka c. Ucrania*, § 31; *Stern Taulats y Roura Capellera*, § 39; *Ibrahimov y Mammadov c. Azerbaiyán*, § 164. En el mismo sentido, véase, Partido Democrático del Pueblo c. *Moldavia*, § 27. En este sentido, véase también *Bouton c. Francia*, § 42.

delimitación del derecho del art. 10.1 del Convenio es, como hemos visto, su condición de medio para la expresión de una idea. En este sentido, es particularmente relevante la apreciación realizada por el TEDH acerca de que “el demandante había elegido estar desnudo en público para dar expresión a su opinión sobre la naturaleza inofensiva del cuerpo humano” (§ 150). De este modo, el mero desnudo público, cuando es ocasional o simplemente motivado por una preferencia de la persona, de acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal europeo, no parece merecedor, en principio, de consideración alguna como faceta de la libertad de expresión.

Otro tipo de desnudo es aquel utilizado como forma de protesta o reivindicación. El desnudo se pone aquí al servicio de un mensaje con un contenido distinto, al menos parcialmente, del constituido por el deseo de difundir una percepción alternativa del propio cuerpo humano. Es esta naturaleza comunicativa la que permite incluir esta modalidad en el ámbito de protección de la libertad de expresión del art. 10.1 del Convenio, al amparar esta, como hemos visto, no solo la esencia del mensaje, sino también la forma en la que este se transmite. Esta fue la conclusión alcanzada por el TEDH en *Bouton c. Francia*, donde se puede leer, con cita en *Gough c. Reino Unido*, que “la desnudez pública puede considerarse una de las formas de la libertad de expresión” (§ 30).

Este segundo supuesto nos deja la duda de si la misma conclusión se puede trasladar a otros casos en los que, a diferencia de lo que ocurre en *Bouton c. Francia*, no existe conexión de sentido alguna entre el desnudo mismo y la protesta o reivindicación que se intenta trasladar a la opinión pública. En definitiva, se trataría aquí de dilucidar si la protección que otorga la libertad de expresión a la forma en la que el mensaje es compartido es incondicional o, por el contrario, debe hacerse depender de la existencia de un vínculo mínimo de aquella con la esencia del mismo.

En resumen, el desnudo público, en la medida en que sea utilizado como modo de expresión de una idea sobre el propio cuerpo humano o puesto al servicio de una reivindicación o protesta, cae dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión del art. 10.1 CEDH. Esto obligó al TEDH a analizar, en las sentencias que nos sirven de referencia, si las medidas sancionadoras adoptadas por los Estados demandados fueron o no conformes con las exigencias impuestas por el segundo apartado del art. 10 CEDH; a saber: si estaban previstas por la ley, si tenían un fin legítimo y si podían ser consideradas necesarias en una sociedad democrática<sup>11</sup>. En estas cuestiones nos adentraremos más adelante. Pero antes,

---

<sup>11</sup> En virtud del art. 10.2 CEDH, “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

para completar esta fase del análisis relativa a la delimitación de los derechos implicados, estudiaremos la posibilidad de considerar al desnudo público como manifestación, no solo de la libertad de expresión, sino también del derecho a la vida privada (art. 8.1 CEDH) y de la libertad de pensamiento (art. 9.1 CEDH), cuestiones planteadas, si bien de manera más somera, en *Gough c. Reino Unido*.

## 2.2. *Derecho a la vida privada*

Otro de los derechos invocados por el demandante en *Gough c. Reino Unido* fue el contenido en el art. 8.1 CEDH: el derecho a la vida privada. Al respecto, defendió que el modo de presentación personal de un sujeto era una función de identidad y un ejercicio de autonomía personal y que, como tal, cualquier restricción o la imposición de sanciones para forzar un modo particular de presentación constituía una injerencia en este derecho (§ 178).

Para valorar esta pretensión tenemos que partir del significado que en el CEDH adquiere el derecho a la vida privada de su art. 8.1, del que el derecho a la definición de la apariencia es manifestación. Como se dice en *Gough c. Reino Unido*, “El concepto de «vida privada» es amplio en alcance y no susceptible de una definición exhaustiva. En términos generales, asegura al individuo una esfera en la que puede libremente perseguir el desarrollo y la realización de su personalidad” (§ 182). Es esta vinculación al desarrollo y realización de la personalidad la que constituye el punto de conexión de ese derecho a la apariencia personal con el derecho a la vida privada del art. 8.1 CEDH. Al respecto, en la sentencia del caso *S.A.S. c. Francia*, de 1 de julio de 2014, se afirma también en este sentido que “las elecciones personales de un individuo respecto de su apariencia deseada, ya sea en lugares públicos o privados, se relacionan con la expresión de su personalidad y, por tanto, caen dentro de la noción de vida privada”, argumento que extiende a la elección relativa a la vestimenta (§ 107, con cita de sentencias y decisiones anteriores)<sup>12</sup>.

A ello habría que añadir que, para el TEDH, “La noción de vida privada protege también un derecho a la identidad y a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior. Existe, por tanto, una zona de interacción de una persona con otras, incluso en un contexto público, que puede caer dentro del ámbito de la «vida privada»”<sup>13</sup>, sin que el hecho de que una conducta esté prohibida por una norma penal baste para sacarla de ámbito del derecho<sup>14</sup>.

Los argumentos anteriores parecen apuntar a la incorporación del desnudo público, en su modalidad de mera preferencia personal, en el ámbito de delimi-

<sup>12</sup> Este argumento, en relación con la decisión de dejarse barba, en *Biržietis c. Lituania*, de 14 de junio de 2016 (§ 58).

<sup>13</sup> *Gough c. Reino Unido*, § 182, con cita de abundante jurisprudencia anterior.

<sup>14</sup> *Gough c. Reino Unido*, § 183.

tación del derecho a la vida privada, en tanto que elección personal relativa a la apariencia y expresión, por ello mismo, de la propia personalidad. Desde esta perspectiva, tal y como se ha reconocido respecto de las normas de vestimenta, la prohibición del desnudo en los espacios públicos podría ser vista como una “intromisión continuada” en el derecho del art. 8.1 CEDH, al situar a su titular ante el dilema de, o bien cumplir la prohibición y abstenerse, por tanto, de ofrecer una apariencia personal acorde con su elección, o negarse a cumplirla, arriesgándose con ello a una sanción<sup>15</sup>.

Más dificultades podría plantear, sin embargo, si atendemos al discurso del TEDH en *Gough c. Reino Unido*, la pretensión de amparar en el citado derecho el acto del desnudo en público cuando, como allí ocurre, la intención de quien así se muestra es dar a conocer alguna creencia u opinión. Y es que el TEDH sostuvo en esta sentencia que se debía distinguir entre llevar a cabo una actividad por realización personal y llevar a cabo la misma actividad por un propósito público, supuesto este último en el que no se podía afirmar estar actuando únicamente para realizarse personalmente (§ 184). Al establecer una separación tan nítida entre ambos tipos de conducta, el Tribunal estaría ignorando, sin embargo, injustificadamente la posibilidad de que la actuación de la persona que se desnuda en público pueda responder simultáneamente tanto a fines de realización personal como a un propósito comunicativo incardinable en el derecho a la libertad de expresión.

Pero el argumento que permitiría al Tribunal europeo rechazar la entrada en juego del derecho a la vida privada en casos como el protagonizado por el Sr. Gough procede de una interpretación restrictiva del ámbito de ese derecho a definir la propia apariencia personal. En efecto, en *Gough c. Reino Unido* el TEDH afirmó que “por lo que respecta en particular a una elección personal individual como su apariencia deseada en público (como se dijo en *S.A.S.*, antes citado), en analogía con la aplicabilidad del artículo 9 del Convenio a creencias religiosas (...), el artículo 8 no puede ser utilizado para proteger toda opción personal concebible en ese ámbito: tiene que haber probablemente un nivel *de minimis* de seriedad en cuanto a la elección de la apariencia deseada en cuestión<sup>16</sup>. Si el requerido nivel de seriedad se ha alcanzado en relación con la elección del demandante de aparecer totalmente desnudo en todas las ocasiones en todos los lugares públicos sin distinción es algo que puede ser puesto en duda, teniendo en cuenta la ausencia de apoyo para tal opción en ninguna sociedad democrática conocida en el mundo” (§ 184).

<sup>15</sup> Cfr. *S.A.S. c. Francia*, § 110, con cita de las sentencias de los casos *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981 (§ 41), y *Norris c. Irlanda*, de 26 de octubre de 1988 (§ 38), relativas a normas penales sancionadoras de la homosexualidad.

<sup>16</sup> Cita, *mutatis mutandis*, en el ámbito del art. 9 CEDH, las sentencias de los casos *Bayatyan c. Armenia*, 7 de julio de 2011, § 110 y *Eweida y otros contra el Reino Unido*, de 15 de enero de 2013, § 81.



A partir de esta consideración, la cuestión de si el desnudo completo y continuado en público se encuentra o no en el ámbito de protección del derecho a la vida privada puede estimarse de algún modo no resuelta. De hecho, el Tribunal concluye de manera hipotética sus reflexiones sobre este punto poniendo de manifiesto que incluso en el caso de que se tuviera que considerar aplicable el art. 8 CEDH, la intromisión producida estaría justificada en virtud del apartado 2 del citado artículo por las mismas razones que el propio TEDH da en el caso de la libertad de expresión, y en las que nos detendremos más adelante. Por otra parte, el fragmento reproducido deja en el aire, en su literalidad, cuál sería el resultado de aplicar los criterios considerados a otros supuestos, en principio, excluidos allí del reproche del TEDH, como son los de desnudo parcial, ocasional o limitado a lugares concretos.

El criterio relativo al nivel de seriedad y a la falta de apoyo en las sociedades democráticas no deja de ofrecer algunas sombras. La primera se deriva de la posibilidad misma de rechazar por falta de seriedad decisiones personales que son, como el Tribunal europeo reconoce en el caso *Gough*, expresión de la propia personalidad. Otra sería el papel que concede a los órganos judiciales de árbitro de la seriedad de estas elecciones, especialmente si tenemos en cuenta la falta de criterios precisos que puedan servir de guía a tal decisión. El criterio podría actuar fácilmente entonces como puerta de entrada para consideraciones morales en ocasiones contrarias al sentido mismo que cabe atribuir a la mera existencia de un derecho como garantía de las minorías.

Finalmente, cabe señalar que la aplicación de ambos criterios por el Tribunal europeo ha supuesto un trato de favor hacia otras opciones relativas a la apariencia personal basadas en la religión, pero que, como ocurre con el *burka*, conllevan también una manifiesta radicalidad y encuentran difícilmente apoyo en los valores propios de las sociedades democráticas occidentales. Recordemos que, en relación con la decisión de la mujer de usar el velo integral, el TEDH ha establecido que "El hecho de que se trata de una práctica minoritaria y que parezca discutida (...) carece de pertinencia a este respecto" (§ 108). La diferencia en el enfoque utilizado para aproximarse a ambos supuestos es evidente.

### *2.3. Libertad de pensamiento y de conciencia*

Hemos visto ya que en el caso *Gough c. Reino Unido* el demandante afirmaba actuar de acuerdo con su creencia en la inofensividad del cuerpo humano. Esto le llevó a sostener ante el Tribunal europeo que las medidas impuestas por las autoridades nacionales constituían una infracción del derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia previsto en el art. 9.1 CEDH<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> En virtud de este precepto, "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones,

Sin embargo, de la jurisprudencia del TEDH se puede deducir que, ni toda opinión puede considerarse una creencia en el sentido del art. 9.1 CEDH, ni este protege “todo acto motivado o inspirado por una religión o creencia”<sup>18</sup>. En efecto, el Tribunal europeo ha sostenido que, “el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión sólo denota aquellas opiniones que alcanzan un cierto nivel de convicción, seriedad, coherencia e importancia”<sup>19</sup>. A partir de estos requisitos, el Tribunal ha procedido a realizar tanto un examen objetivo de las creencias mismas sostenidas<sup>20</sup>, como un juicio, desde una perspectiva subjetiva, de la adecuación de la conducta de la parte demandante a ellas<sup>21</sup>, en el que resulta especialmente relevante la consistencia o falta de ella, en la invocación del derecho durante los procedimientos seguidos ante las autoridades nacionales<sup>22</sup>. Convicciones o creencias de suficiente “coherencia, seriedad, cohesión e importancia” como para atraer la garantía del art. 9 CEDH han sido consideradas, por ejemplo, la oposición al servicio militar “cuando está motivado por un conflicto serio e insuperable entre la obligación de servir en el ejército y una conciencia de la persona o sus creencias, religiosas o de otro tipo, profunda y auténticamente sostenidas”<sup>23</sup>, o la observación de una dieta vegetariana por una persona de religión budista<sup>24</sup>.

---

así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”.

<sup>18</sup> Entre otras, *Jakóbski c. Polonia*, de 7 de diciembre de 2010, § 44 o *Leela Forderkreis E.V. y otros c. Alemania*, de 6 de noviembre de 2008, § 80. Véase también, en este sentido, *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002 (§ 82).

<sup>19</sup> *Jakóbski c. Polonia*, § 44; *S.A.S. c. Francia*, § 55; *Eweida, c. Reino Unido*, §81; *İzzettin Doğan y otros c. Turquía*, de 26 de abril de 2016, § 68. Una crítica a este test puede verse en el voto particular concurrente de la Jueza Ziemele a la sentencia *Tsarturyan c. Armenia*, de 10 de enero de 2012 (punto 4). Allí se sostuvo, con ocasión de su uso en el caso concreto examinado, que se trataba de un criterio de control difícil y poco claro en su aplicación.

<sup>20</sup> Véase en este sentido, por ejemplo, *Leela Forderkreis E.V. y otros c. Alemania*, respecto de las enseñanzas de Osho, por las que el objetivo del desarrollo espiritual es la iluminación (§ 80); *Lautsi y otros c. Italia*, de Gran Sala, de 18 de marzo de 2011, en relación con el secularismo (§ 58); *İzzettin Doğan y otros c. Turquía* (§ 68), en relación con la fe aleví. En sentido contrario, el Tribunal europeo declaró inadmisibles la demanda del caso *De Wilde c. Países Bajos*, por no cumplirse los requisitos mencionados tanto en relación con la “Iglesia del Monstruo del Espagueti Volador” como con quien reclama profesar sus doctrinas (§ 55).

<sup>21</sup> Esta perspectiva subjetiva, por ejemplo, en *Vavříčka y otros c. República Checa*, de 8 de abril de 2021, sobre vacunación obligatoria (§335).

<sup>22</sup> Así, en *Vavříčka y otros c. República Checa*, el Tribunal tuvo en cuenta que al principio la parte demandante fundamentó su objeción en razones de salud (§ 334). Por su parte, la decisión de inadmisión en el caso *Szwed c. Polonia*, de 5 de diciembre de 2013, relativo al rechazo de la petición de una dieta vegetariana durante una detención, se basó en que el demandante reclamó esta dieta al principio, no por razones religiosas o por causa de sus creencias, sino porque le ayudaría a sentirse mejor.

<sup>23</sup> Por todas, *Bayatyan c. Armenia*, que analiza la objeción de conciencia presentada al deber de prestación del servicio militar por un testigo de Jehová (§§ 110-111).

<sup>24</sup> *Jakóbski c. Polonia*, § 45.

La verificación del cumplimiento del requisito mencionado desempeña un papel de suma trascendencia en el juicio del TEDH, pues solo a partir de la satisfacción de esta premisa el Tribunal ha destacado “el papel del Estado como organizador neutral e imparcial del ejercicio de las diversas religiones, confesiones y creencias, y ha afirmado que este papel favorece el orden público, la armonía religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática. (...) también considera que el deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier facultad del Estado para evaluar la legitimidad de las creencias religiosas o las formas en que se expresan dichas creencias (...), y que este deber exige que el Estado garantice la tolerancia mutua entre grupos opuestos (...). En consecuencia, el papel de las autoridades en tales circunstancias no consiste en eliminar la causa de la tensión eliminando el pluralismo, sino en garantizar que los grupos enfrentados se toleren mutuamente (...)”<sup>25</sup>.

El tratamiento que se hace en *Gough c. Reino Unido* del derecho a la libertad de conciencia se ve, sin embargo, muy condicionado por la falta de alegaciones al respecto por parte del demandante. Ante esta circunstancia, el Tribunal se limitó a señalar que este no había demostrado que su creencia cumpliera los requisitos necesarios de convicción, seriedad, coherencia e importancia para entrar en el ámbito del artículo 9 del Convenio. De hecho, declaró inadmisibles la queja por incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio de conformidad con sus artículos 35.3 (a) y 35.4.

A nuestro juicio, no es posible afirmar, desde un punto de vista objetivo, que la creencia en la inofensividad del cuerpo humano sostenida por el Sr. Gough no se ajusta a los mencionados requisitos sin caer en una inadmisibles arbitrariedad – movida, posiblemente, por la influencia de prejuicios morales. Tampoco se puede reprochar, desde un punto de vista subjetivo, al demandante falta de convicción, coherencia, seriedad e importancia en el modo en que expresó su creencia. Al contrario, solo la concurrencia de estos rasgos explica que soportara las penalidades a las que quedó expuesto por su actuación. Además, “la existencia de un nexo suficientemente estrecho y directo entre el acto y la creencia subyacente”<sup>26</sup> en los hechos allí examinados está fuera de toda duda.

Por todo lo anterior, a nuestro juicio, comportamientos como el del Sr. Gough no pueden ser excluidos, de entrada, del ámbito de protección del art.

---

<sup>25</sup> S.A.S. c. Francia, § 127. Véase en este sentido también *İzzettin Doğan y otros c. Turquía*, § 107

<sup>26</sup> La cita completa del Tribunal europeo sería la siguiente: “un acto inspirado, motivado o influido por una religión o unas creencias, para que cuente como «manifestación» de las mismas en el sentido del artículo 9, debe estar íntimamente ligado a la religión o las creencias en cuestión. (...) la existencia de un nexo suficientemente estrecho y directo entre el acto y la creencia subyacente debe determinarse en función de los hechos de cada caso” (S.A.S. c. Francia, § 55; *Eweida c. Reino Unido*, § 82).

9.1 CEDH. La sanción de estas conductas conlleva, por tanto, en los supuestos indicados, una intromisión en la libertad de la persona de expresar sus convicciones, cuya conformidad al Convenio ha de ser analizada desde la perspectiva del art. 9.2 del mismo. Pese a todo, en este escenario hipotético, la extrapolación al problema del desnudo público de los criterios sentados, en torno al uso del velo integral, en la sentencia S.A.S. c. Francia permite augurar el escaso éxito que tendría una futura demanda que, en un supuesto similar, sí desarrollara su argumentación en torno a la posible violación del derecho del art. 9.1 CEDH. La amplitud del margen de apreciación otorgado por el Tribunal europeo a las autoridades nacionales en este tipo de supuestos en los que están en juego -en su opinión- reglas básicas que afectan a la vida en comunidad de una sociedad podría tener aquí un papel decisivo<sup>27</sup>.

En definitiva, si bien en *Gough c. Reino Unido* no se llega a abordar el análisis del desnudo público desde el punto de vista de la libertad del art. 9.1 CEDG por falta de alegaciones del demandante, la jurisprudencia del TEDH existente hasta la fecha en torno a este derecho permite anticipar un escaso éxito a quien en el futuro intentara, en el marco de un caso de características similares, esta vía.

### 3. *El requisito de previsibilidad legal de la medida*

Una vez finalizado nuestro recorrido por los derechos que, en principio, se encuentran involucrados en el análisis jurídico del desnudo en público, toca adentrarse en el examen de los requisitos exigidos por el Convenio para que la intromisión sea legítima. El primero de ellos consiste en la previsibilidad legal de la medida. Esta exigencia supone, en términos generales, que la norma aplicada debe ser formulada con la suficiente precisión como para permitir a las personas afectadas, sirviéndose, en caso necesario, del asesoramiento de abogados, prever, en un grado razonable para las circunstancias del caso, las consecuencias que puedan resultar de un acto determinado<sup>28</sup>.

Un aspecto clave en este examen radica en el grado de certeza con el que una persona debe poder prever tales consecuencias. Al respecto, el Tribunal ha afirmado que “Esas consecuencias no tienen por qué ser previsibles con absoluta certeza, ya que la experiencia demuestra que eso es inalcanzable”<sup>29</sup>. Así, ha sostenido que “en cualquier sistema jurídico, Derecho penal incluido, cualquiera que sea la claridad con la que una disposición legal haya sido diseñada, será

<sup>27</sup> Véase al respecto S.A.S. c. Francia, especialmente §§ 153 y sigs.

<sup>28</sup> Por todas, *Müller y otros c. Suiza*, de 24 de mayo de 1988 (§ 29); *Wingrove c. Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1996 (§ 40); *Perinçek c. Suiza*, de 15 de octubre de 2015 (§ 131); *Dmitriyevsky c. Rusia*, de 3 de octubre de 2017 (§ 78).

<sup>29</sup> *Dmitriyevsky c. Rusia*, § 78; *Savva Terentyev c. Rusia*, de 28 de agosto de 2018, § 54.

necesaria inevitablemente la interpretación de los tribunales, cuya función judicial es precisamente aclarar puntos oscuros y disipar cualquier duda que pueda quedar respecto de la interpretación de la legislación”<sup>30</sup>. En este sentido, para el TEDH, existen delitos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de ser definidos jurídicamente de una manera precisa<sup>31</sup>. Asimismo, “la necesidad de evitar una rigidez excesiva y de adaptarse a circunstancias cambiantes significa que muchas leyes son inevitablemente redactadas en unos términos, en mayor o menor medida, vagos. La interpretación y aplicación de tales disposiciones dependen de la práctica (...). El alcance de la noción de previsibilidad depende en un grado considerable del contenido del instrumento en cuestión, el campo para el que está diseñado y el número y estatus de aquellos a quienes se dirige”<sup>32</sup>. En definitiva, en opinión del Tribunal europeo, “el mero hecho de que una disposición legal sea susceptible de más de una construcción no significa que no satisfaga el requisito de previsibilidad”<sup>33</sup>.

En este mismo sentido, en *Wingrove c. Reino Unido* se dijo en torno concretamente a la definición legal del delito de blasfemia, que la norma que confería un poder de apreciación no se enfrentaba en sí misma a la exigencia de previsibilidad legal, “a condición de que el alcance de la discreción y la manera de su ejercicio sean definidas con suficiente claridad, teniendo en cuenta el fin legítimo en juego, para proporcionar al individuo la protección adecuada contra lo arbitrario” (§ 40). Cuándo sea este el caso es, sin embargo, algo que solo puede verificarse de manera casuística.

Igualmente relevantes son las consideraciones formuladas por el Tribunal europeo en el caso *Müller y otros c. Suiza*, en torno al empleo por la norma del término “obsceno” para definir la conducta prohibida, a la vista de que una de las fórmulas legales a las que se podría acudir en los ordenamientos nacionales como fundamento de la prohibición del desnudo en público es la de “exhibición obscena”<sup>34</sup>. Allí se tuvo que pronunciar sobre la alegación del demandante acerca del carácter excesivamente vago -a su juicio- del citado término, vaguedad que le impedía -señalaba- regular su conducta y prever las consecuencias de la misma (§ 29). En este sentido, el Tribunal recordó “la imposibilidad de llegar a una absoluta precisión en la redacción de las leyes, especialmente en campos en que

<sup>30</sup> *Dmitriyevsky c. Rusia*, § 80; *Savva Terentyev c. Rusia*, § 56.

<sup>31</sup> Sobre el delito de blasfemia, *Wingrove c. Reino Unido*, § 43. Este argumento, en relación con el delito de incitación al odio, puede verse en *Savva Terentyev c. Rusia*, § 56.

<sup>32</sup> *Dmitriyevsky c. Rusia*, § 79; *Savva Terentyev c. Rusia*, § 55. Al respecto, véase también *Perinek c. Suiza*, § 133.

<sup>33</sup> *Perinek c. Suiza*, § 135.

<sup>34</sup> En España, por ejemplo, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana describe como infracción leve “5. La realización o incitación a la realización de actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual, o ejecutar actos de exhibición obscena, cuando no constituya infracción penal”.

los datos cambian según la evolución de las concepciones de la sociedad”. Sobre esta premisa, afirmó que “Muchas leyes, por la necesidad de evitar una excesiva rigidez o de adaptarse a los cambios de la situación, no tienen más remedio que emplear términos más o menos vagos (...). Los preceptos de Derecho penal en materia de actos deshonestos se incluyen en esta clase” (§ 29).

Cuando la definición normativa de la conducta sancionada es justificadamente vaga, “Las autoridades nacionales deben disfrutar – a juicio del Tribunal- de cierto grado de flexibilidad a la hora de evaluar si los hechos de un caso concreto caen dentro de la definición aceptada del delito”<sup>35</sup>. La definición normativa de la conducta sancionada implica, por tanto, en estos casos, la atribución, en sede de aplicación de la norma, de un cierto poder de apreciación al órgano correspondiente. De este modo, en estos casos de imprecisión en los términos utilizados por la norma aplicada, la medida se considera “prevista por la ley” si ha sido interpretada y aplicada por los tribunales internos en un modo “riguroso y consistente”<sup>36</sup>.

Esta doctrina sirve de contexto a las consideraciones efectuadas en torno a la previsibilidad legal de la medida en las dos sentencias del TEDH que se ocupan, hasta la fecha, del desnudo público. En *Gough c. Reino Unido* se tuvo en cuenta, para la definición de lo que constituía una alteración del orden público en la legislación escocesa, la doctrina sentada en el caso *Smith v. Donnelly* 2001 SLT 1007, donde el Tribunal de Apelación expuso que los elementos que conformaban el delito de *breach of peace* eran fundamentalmente dos: una conducta suficientemente grave como para causar alarma a la gente corriente y que amenazara con graves disturbios a la comunidad (§ 100)<sup>37</sup>. El Tribunal europeo, basándose en un precedente anterior<sup>38</sup>, sostuvo que el citado delito, tal y como había quedado estipulado en la sentencia *Smith c. Donnelly*, “era suficientemente preciso como para proporcionar una previsibilidad razonable de las acciones que podrían entrar en el ámbito” del mismo (§ 155). De esta forma, se consideró cumplido el requisito de previsibilidad legal de la medida.

La existencia de jurisprudencia, vigente en la época en la que tuvieron lugar los hechos, acerca de la posibilidad de incluir la desnudez de los pechos de la mujer en el elemento material del delito de exhibición sexual, considerado claramente definido por el Código Penal, fue igualmente determinante en *Bouton c. Francia* para concluir que la intromisión en la libertad de expresión de la demandante se encontraba prevista por la ley. A juicio del Tribunal europeo, la coherencia de esta jurisprudencia, mantenida incluso después de los hechos

<sup>35</sup> *Wingrove c. Reino Unido*, § 43.

<sup>36</sup> *Dmitriyevsky c. Rusia*, § 79; *Savva Terentyev c. Rusia*, §55.

<sup>37</sup> Sobre el modo en que este test fue aplicado por el Sheriff que juzgó uno de los supuestos protagonizados por el Sr. Gough, véase la sentencia en su parágrafo 80.

<sup>38</sup> *Lucas c. Reino Unido*, de 18 de marzo de 2003.

examinados, hacía que fuera razonablemente previsible para la demandante la determinación del alcance de la infracción penal de que se trataba (§ 37). A estos efectos, fue relevante también para el parecer del Tribunal el hecho de que la acción de la demandante fuera organizada con el apoyo del movimiento Femen, lo que le permitió suponer que se había podido beneficiar del asesoramiento de abogados especializados (§ 38).

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal europeo restó, sin embargo, expresamente importancia al hecho de que el precepto examinado no contuviera una definición expresa del concepto de exhibición sexual; al debate que se estaba produciendo, como consecuencia de la evolución de la moral, ante los tribunales nacionales sobre el carácter sexual de los pechos desnudos de una mujer y sobre la existencia de una discriminación en este punto entre hombres y mujeres; y, por último, a un dictamen de la Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos, de 20 de noviembre de 2018, que pedía la revisión de determinadas disposiciones penales sobre delitos sexuales, entre ellas la relativa a la exhibición sexual, para que fueran lo suficientemente precisas y legibles para cumplir con los requisitos de legalidad de la ley penal<sup>39</sup> (§ 37).

En definitiva, la jurisprudencia del TEDH parece conceder, en una materia como la que nos ocupa, un amplio espacio al legislador para la definición de la conducta prohibida en unos términos relativamente vagos, abriendo con ello la posibilidad a que sean después los órganos judiciales internos quienes colmen progresivamente la falta de certeza producida.

#### 4. *Análisis de los objetivos legítimos perseguidos*

Como es usual en la gran mayoría de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el examen que este realiza en relación con los fines legítimos perseguidos por el Estado dista mucho de poder ser considerado un análisis profundo, también en las dos sentencias que aquí nos ocupan en materia de desnudo público. Normalmente, el Tribunal se limita en esta fase a acoger como objetivos de las medidas los invocados por las autoridades nacionales, especialmente cuando estos no son discutidos por la parte demandada.

Así, en *Gough c. Reino Unido*, el Tribunal aceptó de entrada que las medidas estatales perseguían la prevención del desorden y del delito, a pesar de poner él mismo de manifiesto que las partes no habían logrado identificar con más claridad la naturaleza concreta del desorden y de la acción delictiva que se pretendía evitar. Al respecto, el Tribunal finalmente concluyó allí que “en un sentido directo, las medidas se diseñaron para evitar la alteración del orden público por el

---

<sup>39</sup> Sobre este dictamen, véase *Bouton c. Francia*, § 20.

demandante, al ofender y alarmar a otros miembros de la comunidad al confrontarles con su desnudez en público. Sin embargo, se puede ver que la detención, procesamiento, condena y encarcelamiento del demandante han perseguido el fin más amplio de pretender asegurar el respeto por la ley en general, y por tanto, prevenir el delito y el desorden que potencialmente pasaría si se le permitiera al demandante incumplir de manera continuada y persistente la norma de manera impune a causa de su propia opinión personal, aunque sinceramente sostenida, acerca de la desnudez” (§ 158).

Más adelante, en sede de análisis de la necesidad de la medida restrictiva en una sociedad democrática, se puede leer que el gobierno “se limitó a prevenir determinada conducta por razón de su impacto adverso, o impacto potencialmente adverso, sobre otros y sobre el orden público, en un contexto público” (§ 162). Igualmente, al referirse a la proporcionalidad de las medidas con el fin perseguido, añade: “*especialmente* la prevención del desorden y del delito” (§ 176; la cursiva es nuestra). No queda claro si el delito y el desorden que se pretendía evitar era uno derivado directamente de la conducta del demandante o, más bien, el que podría resultar de la reacción de aquellas personas que presenciaran su desnudez en los lugares públicos donde él se encontrara.

Llama la atención la falta de relevancia expresa que en este punto se concede en *Gough c Reino Unido* a la protección de la moral, otro de los fines legítimos que pueden justificar, según el art. 10.2 CEDH, una intromisión estatal en la libertad de expresión. Y ello, a pesar de que, a la hora de defender su posición en torno a la necesidad de las medidas adoptadas en una sociedad democrática, el Gobierno argumentó que la definición del alcance del delito de alteración del orden público (*breach of peace*) era especialmente sensible a las *mores* de cada Estado. El diccionario de Cambridge define *mores* como “the traditional customs and ways of behaving that are typical of a particular (part of) society”<sup>40</sup>, esto es, las costumbres. No cabe duda del estrecho vínculo que puede existir, en el asunto que nos ocupa, entre dichas costumbres y cuál sea la moral social dominante al respecto.

La falta de invocación expresa de la protección de la moral por parte del Reino Unido es más llamativa, si cabe, a la vista de la posición ventajosa que esta le hubiera podido suponer, dado el amplio margen de apreciación que, como veremos más adelante, el Tribunal europeo ha venido concediendo a los Estados para la definición, tanto del contenido de la moral, como de las medidas apropiadas para protegerla<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/mores>.

<sup>41</sup> Sobre esta cuestión, véase R. Naranjo de la Cruz, *La moral y el margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, 2021. Se pregunta, a partir del caso *Gough c. Reino Unido*, cómo los tribunales pueden establecer límites justos entre costumbres sociales protegidas (intereses mayoritarios) y derechos individuales, A. KOLTAY, *Privacy in public*



El tratamiento del fin legítimo perseguido por la medida estatal es más breve aún, incluso, en *Bouton c. Francia*. Allí, a falta de discusión de las partes, el Tribunal europeo se limitó a afirmar que la medida perseguía como fines legítimos la protección de la moral y de los derechos de los demás, el mantenimiento del orden público y la prevención de infracciones penales (§ 41).

En conclusión, tanto la protección de la moral, como el mantenimiento del orden público, la prevención del delito o los derechos de los demás se han mostrado como objetivos legítimos de las medidas estatales sancionadoras del desnudo público en los casos hasta ahora examinados. La tendencia del TEDH a aceptar como fines legítimos los invocados por el Estado, a falta de discusión por la parte demandada, permite presagiar que esta cuestión difícilmente será objeto de debate en los supuestos que pudieran plantearse en el futuro sobre el tema que nos ocupa.

## 5. *El examen de la necesidad de la medida*

### 5.1. *Consideraciones generales*

El examen de necesidad que realiza el TEDH consiste en un control complejo que se dirige, como es sabido, a determinar si la medida se corresponde con una “necesidad social apremiante”, si era proporcionada al objetivo legítimo perseguido y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla eran pertinentes y suficientes<sup>42</sup>.

Este control se desarrolla de manera extremadamente casuista. Las circunstancias concretas del supuesto examinado adquieren en él tal importancia que cualquier intento de extraer de un caso conclusiones generales con intención de extrapolarlas a otro que pudiera plantearse sobre el mismo tema, si no es que queda directamente abocado al fracaso, debe llevarse a cabo con gran prudencia.

En tanto que supuestos incardinables en el derecho a la libertad de expresión, los principios sobre los que se hace girar el test de necesidad en los casos de desnudo público son los mismos a los que suele acudir el TEDH en los asuntos relativos a este derecho. Entre ellos, destacan: la libertad de expresión como uno

---

*places – celebrities, suicides, outsiders, naked men and muslim veils on the Street*, 2016, 13 (SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2711802>).

<sup>42</sup> Por todas, *Mătășaru c. Moldavia*, § 33. El criterio de necesidad social apremiante puede encontrarse en, entre otras, *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, § 48; *Dudgeon c. Reino Unido*, § 51, *Müller y otros c. Suiza*, § 32; *Sekmadienis Ltd. c. Lituania*, de 30 de enero de 2018, § 71. La exigencia de razones suficientes y relevantes puede encontrarse también en, entre otras muchas, *Müller y otros c. Suiza*, § 32; *Movimiento Raeliano Suizo c. Suiza* (sentencia de Sala), de 13 de enero de 2011, § 49, y la sentencia de Gran Sala del caso S.H. y otros c. Austria, de 3 de noviembre de 2011, § 91.

de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para la autorrealización de la persona<sup>43</sup>; su aplicabilidad, no solo a “informaciones” o “ideas” que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, chocan o molestan, como exigencia del pluralismo, tolerancia y amplitud de mente sin las que no existe sociedad democrática<sup>44</sup>; su posibilidad de sujeción a las excepciones previstas en el art. 10.2 CEDH, excepciones que, sin embargo, deben ser interpretadas de manera restrictiva, de tal forma que la necesidad de cualquier limitación debe quedar establecida de manera convincente<sup>45</sup>; o el reconocimiento de un margen de apreciación que corresponde a los Estados en la valoración de la necesidad y el control europeo que va aparejado a tal margen y que se extiende tanto a la legislación misma como a las decisiones que la aplican<sup>46</sup>. En el desarrollo de esta labor de supervisión, el TEDH va verificar si hubo un control judicial efectivo de la medida<sup>47</sup> y si los estándares y criterios de ponderación utilizados por las autoridades nacionales para resolver el caso están de acuerdo con los principios incorporados en el art. 10 CEDH y, por tanto, con su propia jurisprudencia sobre este derecho<sup>48</sup>.

Una parte importante del examen de necesidad lo compone el control de proporcionalidad de la injerencia estatal en el ejercicio del derecho. Lo que en ella realiza el Tribunal es una ponderación de los diferentes factores que son de relevancia para la decisión del caso. Los criterios que son tenidos aquí en cuenta son muy variados. En lo que concierne a la cuestión del desnudo público, y sin perjuicio de lo que se dirá en los próximos epígrafes, en la valoración del TEDH pueden incidir cuestiones como:

a.- El espacio en el que el desnudo tiene lugar y la publicidad que conlleva. En *Gough c. Reino Unido*, el Tribunal valoró positivamente el hecho de que, en una de las resoluciones internas, el Sheriff hubiera tenido en cuenta para la condena la naturaleza del lugar concreto en el que el demandante se mostró desnudo, afirmando incluso que se podría haber alcanzado una conclusión diferente si se hubiera tratado de un emplazamiento más remoto o en el que hubiera habido menos gente congregada (véase § 173). Que no se trata este de un elemento decisivo es algo que quedó, sin embargo, de manifiesto en *Bouton c. Francia*, donde la demanda fue estimada a pesar de recordarse allí la doctrina sentada por el TEDH en *Mariya Alekhina* y otras *c. Rusia* acerca de que la actuación de la demandante “podría considerarse contraria a las normas de conducta aceptables

---

<sup>43</sup> *Gough. C. Reino Unido*, § 164; *Bouton c. Francia*, § 42.

<sup>44</sup> *Gough c. Reino Unido*, § 164. *Bouton c. Francia*, § 42.

<sup>45</sup> *Gough c. Reino Unido*, § 165;

<sup>46</sup> *Gough c. Reino Unido*, § 165.

<sup>47</sup> *Bouton c. Francia*, § 45.

<sup>48</sup> *Gough c. Reino Unido*, § 170; *Bouton c. Francia*, § 45.

en un lugar de culto y que (...) la imposición de determinadas sanciones puede, en principio, estar justificada por la necesidad de proteger los derechos de los demás” (§ 51). Por el contrario, en este último caso lo que se tuvo en cuenta fue que en el momento de los hechos no se estaba celebrando misa y que tan solo había un coro ensayando, sin que la demandante estuviera a su vista (§ 62).

b.- La respuesta de la persona demandante a la petición de deposición de su conducta. En efecto, en *Gough c. Reino Unido* se valoró la resistencia del actor a vestirse cuando los agentes se lo solicitaban (§ 173), mientras que en *Bouton c. Francia* se tuvo en cuenta positivamente el hecho de que la Sra. Bouton accedió a abandonar la iglesia tan pronto como se le pidió (§ 62).

c.- La falta de comportamiento “insultante u odioso” por parte de la persona demandante. Este elemento fue relevante en *Bouton c. Francia* (§ 53). Otro juicio mereció, sin embargo, la conducta del Sr. Gough, de quien señaló el TEDH que se encontraba “bajo una obligación, especialmente a la vista del hecho de que estaba pidiendo tolerancia respecto de su propia conducta, de mostrar tolerancia y sensibilidad con las opiniones de otros miembros de la sociedad. Sin embargo, el demandante parece rechazar cualquier sugerencia de que la aceptación del desnudo público puede variar dependiendo de la naturaleza del lugar y la presencia de otros miembros de la sociedad. Sin ninguna demostración de sensibilidad a los puntos de vista de los demás y la conducta que ellos podrían considerar ofensiva, él insiste en su derecho a aparecer desnudo en cualquier momento y en cualquier lugar, incluyendo en los tribunales, en las zonas comunes de las cárceles y en los aviones” (§ 175).

d.- La reiteración de la conducta. En *Gough c. Reino Unido* el TEDH concluyó al respecto que “el artículo 10 no llega tan lejos como para autorizar a las personas, incluso a aquellas sinceramente convencidas de la virtud de sus propias creencias, a imponer repetidamente su comportamiento antisocial a otros miembros de la sociedad reticentes y a reclamar entonces una injerencia desproporcionada con el ejercicio de su libertad de expresión cuando el Estado, en el ejercicio de su deber de proteger a la sociedad de las molestias públicas, hace cumplir la ley en relación con tal deliberadamente repetitiva conducta antisocial” (§ 176).

Atención específica merecen, en relación con el problema del desnudo público las cuestiones relativas al margen de apreciación estatal, a los deberes y responsabilidades de quienes ejercen la libertad de expresión y a la importancia de la pena concretamente impuesta. A estos temas dedicaremos los próximos epígrafes.

## 5.2. *El margen de apreciación nacional*

En el examen sobre la necesidad de la medida en una sociedad democrática, a realizar por el TEDH, desempeña un papel de primer orden el conocido como

margen de apreciación estatal<sup>49</sup>. Este criterio, directamente vinculado al carácter subsidiario que el mecanismo de protección constituido por el CEDH posee en relación con los ordenamientos internos, hace referencia a la mayor o menor amplitud del espacio de decisión que el Tribunal europeo reconoce en cada caso a las autoridades nacionales. Así, la intensidad del control a efectuar por el TEDH resulta mayor cuanto más reducido es el margen nacional, y viceversa.

En asuntos relativos a la libertad de expresión, el margen de apreciación que pueda tener el Estado se ha hecho depender fundamentalmente del objeto del mensaje. Así, en términos generales, para el Tribunal europeo, “Mientras que hay poco espacio en el art. 10.2 del Convenio para restricciones del discurso político o sobre el debate de cuestiones de interés público (...) los Estados contratantes disponen generalmente de un margen de apreciación más amplio cuando regulan la libertad de expresión en relación con asuntos que pueden ofender convicciones personales íntimas en el ámbito de la moral o, especialmente, de la religión”<sup>50</sup>.

Estos criterios no son siempre, sin embargo, susceptibles de ser deslindados con claridad en su aplicación al supuesto concreto. Por el contrario, son imaginables casos en los que connotaciones morales e interés público del debate concurren simultáneamente. Esto es lo que ocurre en el caso *Gough c. Reino Unido*. Allí el Tribunal europeo, situado ante la citada disyuntiva de aproximarse al análisis del tema planteado desde la amplitud del margen de apreciación a conceder a las autoridades nacionales cuando de un asunto relativo a la moral o al orden público se refiere, o bien desde la estrechez de este cuando se plantea una cuestión de interés público, optó por el primero (§ 172). Lo hizo, incluso a pesar de reconocer que la medida y las circunstancias en las que el desnudo público es aceptable en una sociedad moderna es una cuestión de interés público; que el hecho de que muy pocas personas compartan los puntos de vista del demandante sobre el desnudo público no es, en sí mismo, determinante de la cuestión

---

<sup>49</sup> Sobre esta cuestión, la literatura es inabarcable. Por todos, véanse Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Oxford-New York, 2002; E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, en *International Law and Politics*, 1999, 843-853; J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, 2010; H.C. YOUROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence*, The Hague-Boston-London, 1989.

<sup>50</sup> *Wingrove c. Reino Unido*, § 58. En términos parecidos, véase *Gough c. Reino Unido* (§ 166), donde el Tribunal recordó su doctrina, que remonta al caso *Handyside c. Reino Unido* (§ 48), acerca de que “Las autoridades nacionales disfrutaban de un amplio margen de apreciación en asuntos relativos a la moral, puesto que no existe una concepción europea uniforme acerca de la moral. Por lo tanto, las autoridades estatales están en principio mejor situadas que el juez internacional para dar una opinión acerca del contenido exacto de las exigencias de la moral, así como de la necesidad de las medidas destinadas a satisfacerlas”.

planteada; y que, como un intento individual de lograr una mayor aceptación del desnudo público, el demandante estaba legitimado para buscar iniciar tal debate y existía un interés público en permitírsele hacer (§ 172).

El factor decisivo a la hora de inclinar la balanza del TEDH fue el hecho de que “el problema del desnudo público también suscita consideraciones morales y de orden público. Los datos comparados aportados por el Gobierno muestran que incluso en el reducido número de Estados estudiados, las respuestas del Derecho y de las autoridades al desnudo público se distan de ser uniformes<sup>51</sup>. En estas circunstancias, el margen de apreciación al reaccionar a casos de desnudo público, a diferencia de regular meras declaraciones o argumentos sobre el tema, es uno amplio” (§ 172). El Tribunal afrontó aquí una distinción que será decisiva a la hora de resolver el fondo del asunto: el problema no es, a su juicio, el de la legitimidad de un debate acerca del desnudo público, algo que quedaba fuera de toda duda, sino uno relativo al uso del desnudo mismo en público como modo de expresar una opinión favorable al mismo.

Esta matización, sin embargo, no se encuentra presente en *Bouton c. Francia*, donde la aproximación a la cuestión del margen de apreciación estatal fue radicalmente distinta. Aquí, el Tribunal europeo tuvo en cuenta para definir su amplitud que, con su acción, la demandante “pretendía expresar sus convicciones políticas en consonancia con las posiciones defendidas por el movimiento Femen en cuyo nombre actuaba” y que lo transmitido era “un mensaje relativo a un debate público y social sobre la postura de la Iglesia Católica en relación con una cuestión delicada y controvertida, a saber, el derecho de las mujeres a disponer libremente de su propio cuerpo, incluido el derecho a abortar” (§ 48). De este modo, la conclusión alcanzada fue que “la libertad de expresión de la demandante tenía que gozar de un nivel de protección suficiente, con un margen de apreciación reducido por parte de las autoridades nacionales en la medida en que el contenido de su mensaje se refería a una cuestión de interés general” (§ 49). En la adopción de este criterio, el Tribunal no ignora que la naturaleza de los hechos le hubiera permitido acudir al contrario. De este modo, expresamente, se acoge a un margen de apreciación nacional reducido, “aunque” la libertad de expresión “se ejerció de forma que podía ofender convicciones personales íntimas de carácter moral o incluso religioso, habida cuenta del lugar elegido para la representación, donde, por definición, podía haber más creyentes que en cualquier otro sitio” (§ 49).

### 5.3. *Los deberes y responsabilidades de quienes ejercen la libertad de expresión. Sobre la relevancia de la ofensa*

Otro de los elementos que debe tener en cuenta el TEDH a la hora de valorar la necesidad de la medida restrictiva de la libertad de expresión son los

---

<sup>51</sup> Véanse los datos relativos a esta cuestión en los §§ 124-126.

deberes y responsabilidades a los que queda sujeto cualquier persona que la ejerce. El alcance de los mismos “depende de su situación y de los medios técnicos que utilice”<sup>52</sup>.

La construcción de esta cuestión en *Gough c. Reino Unido* se basó en la doctrina sentada por el TEDH en un asunto bastante diferente, como es el de la ofensa a los sentimientos religiosos. En este sentido, recordó que “tales deberes y responsabilidades pueden incluir una obligación de evitar tanto como sea posible expresiones que sean gratuitamente ofensivas para otros y por tanto una infracción de sus derechos, y que por tanto no contribuyen a ninguna forma de debate público capaz de promover el progreso en los asuntos humanos. Siendo esto así, afirmó, se puede considerar necesario en ciertas sociedades democráticas sancionar o incluso prevenir ataques impropios sobre objetos de veneración religiosa, siempre que la pena impuesta sea proporcionada al fin legítimo perseguido”<sup>53</sup>.

La aplicación de esta doctrina a los supuestos de desnudo en público implica la apreciación de una serie de vínculos que conviene poner de relieve. En primer lugar, el desnudo público es tratado, al menos potencialmente, como una ofensa. Esta ofensa supondría, a su vez, una violación de los derechos de la persona ofendida, si bien el TEDH no aclara a qué derecho podría afectar. En todo caso, con el término “ofensa”, probablemente el Tribunal quiera referirse en este contexto al desagrado experimentado, o al que podría eventualmente experimentar, una persona al ser puesta involuntariamente en el papel de espectadora del desnudo de otra, incluso en los casos en los que esta última no pretenda situar al tercero en un contexto sexual. A la vista de estos criterios, parece posible sostener que la carga de ofensividad del desnudo en los casos examinados por las dos sentencias que nos ocupan debería ser la misma, cuando no incluso mayor en *Bouton c. Francia*, por haber tenido lugar los hechos en un espacio destinado al culto religioso.

Sin embargo, el salto de la ofensa a la violación del derecho del tercero no tiene lugar de manera automática. Por el contrario, solo opera en los casos en los que la mencionada ofensa se produce de manera “gratuita”, esto es, en palabras del propio Tribunal, cuando no contribuye “a ninguna forma de debate público capaz de promover el progreso en los asuntos humanos”. Es en la valoración de este criterio donde la aproximación del TEDH difiere en ambos supuestos. Mientras que en *Gough c. Reino Unido* se da por hecho sin mayores explicaciones el carácter gratuito del desnudo del demandante —cuya conducta es considerada “antisocial” (§ 176)—, en *Bouton c. Francia* el Tribunal europeo, movido por la naturaleza del debate que servía de contexto a la acción de la demandante, se acogió al hecho de que los tribunales nacionales no habían aplicado correc-

<sup>52</sup> *Gough c. Reino Unido*, § 167.

<sup>53</sup> *Gough c. Reino Unido*, § 167, con cita de la sentencia del caso *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, de 20 de septiembre de 1994, § 49.

tamente los criterios de su jurisprudencia anterior relativa a la ofensa contra los sentimientos religiosos; esto es, no habían examinado si la acción de la demandante había sido “gratuitamente ofensiva” para las creencias religiosas o si era ofensiva o incitaba a la falta de respeto o al odio hacia la Iglesia Católica (§ 61).

Como puede verse, la posible ofensividad que el Tribunal valora en el inciso reproducido es la que pudiera afectar a las creencias religiosas o a la Iglesia Católica. No entra, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en *Gough c. Reino Unido*, en el carácter ofensivo del desnudo, en sí mismo considerado. Más bien al contrario, el TEDH reprochó a los tribunales franceses que se hubieran limitado a examinar la cuestión de la desnudez de los pechos de la demandante en un lugar de culto sin tener en cuenta ni las connotaciones políticas de su actuación ni sus explicaciones sobre el lugar de su acción, “a saber, un lugar de culto bien conocido por el público, elegido con el fin de favorecer la cobertura mediática de la acción” (§ 64). La gratuidad de la ofensa queda, con ello, excluida desde el inicio, al apreciarse que “el derecho de los demás al respeto de la moral y del orden público” entraba en conflicto aquí con “el derecho de la demandante a comunicar al público sus ideas sobre los derechos que deben conferirse a las mujeres, incluido el derecho a controlar su propio cuerpo” (§ 63).

No cabe duda de que es la evolución de la conciencia social producida con el paso del tiempo la que crea el contexto que permite, desde este punto de vista, estimar la demanda de la Sra. Bouton. Probablemente su caso hubiera recibido una valoración distinta hace algunos años. Más dudas merece, sin embargo, la negativa del Tribunal en el caso *Gough c. Reino Unido*, a aceptar que detrás de la conducta del demandante pudiera haber contribución alguna a un debate público capaz de promover el progreso en los asuntos humanos. El Tribunal parece querer erigirse aquí en juez de algo que posiblemente en este caso le supera: cuáles son los objetos sobre los que ha de girar el debate público para poder entenderse como una contribución al citado progreso. Mirado con perspectiva, podrían encontrarse numerosos ejemplos de debates públicos que comenzaron con, o al menos conllevaron, actuaciones o gestos en espacios públicos que para algunas personas pudieron resultar gratuitamente ofensivos y cuya necesidad para el avance de la conciencia social se ha podido constatar, sin embargo, con el paso de los años. Esto podría al menos hacernos sospechar que no estamos en condiciones ahora de saber si el desnudo en público se trata de uno de esos asuntos y si, por tanto, desde este punto de vista, la presencia en este momento histórico de personas que se aventuren a mostrarse desnudas en público es tan solo un primer paso en un proceso de cambio de la percepción social imperante y los tabúes existentes en torno a la figura del cuerpo desnudo. Este es un juicio que solo podrá hacerse con el paso del tiempo.

#### 5.4. *La proporcionalidad de la pena*

El último de los factores relevantes en el análisis de la necesidad de la medida que vamos a analizar aquí es el relativo a la naturaleza y gravedad de las sanciones impuestas<sup>54</sup>. Una sanción desproporcionada en relación con el legítimo objetivo perseguido por las autoridades nacionales no puede considerarse, en el exceso, como una “restricción necesaria” sobre la libertad de expresión<sup>55</sup>.

El principio mantenido al respecto por el TEDH en sentencias como Murat Vural c. Turquía consiste en que “las formas de expresión pacíficas y no violentas no deben estar sujetas a la amenaza de imposición de una pena privativa de libertad” (§ 66). Este principio se ha mostrado, sin embargo, modulable a lo largo de su jurisprudencia sobre el art. 10.1 CEDH, en función de la gravedad de la infracción y la severidad de la pena impuesta<sup>56</sup>.

La relevancia que el Tribunal europeo atribuye a la imposición de una pena de prisión en estos casos va, en ocasiones, más allá del supuesto concreto, toda vez que “por su propia naturaleza no solo tiene repercusiones negativas en el demandante sino que puede tener también un efecto disuasorio sobre otras personas y desalentarles de ejercer su libertad de expresión”<sup>57</sup>. Este criterio, obviado en Gough c. Reino Unido, fue de relevancia en Bouton c. Francia, donde el TEDH recordó que “las autoridades nacionales deben mostrar moderación en el uso del Derecho penal, especialmente en el caso de la imposición de una pena de prisión, que tiene un efecto particularmente disuasorio sobre el ejercicio de la libertad de expresión”<sup>58</sup>.

Centrándonos ya en el examen de las penas impuestas concretamente en los casos que nos ocupan, en Gough c. Reino Unido el Tribunal puso de manifiesto cómo las condenas más severas no llegaron sino después de diversas amonestaciones o de haber recibido sentencias de prisión cortas de entre dos semanas y

<sup>54</sup> Gough c. Reino Unido, § 169.

<sup>55</sup> Mătășaru. c. Moldavia, § 36.

<sup>56</sup> Así, el criterio mencionado fue objeto de excepción en la ulterior sentencia del caso Sinkova c. Ucrania, donde se tuvo en cuenta que a la demandante, en lugar de una pena de más de trece años de prisión como la del caso Murat Vural c. Turquía, le había sido dada una sentencia suspendida, de que no cumplió ni un día (§ 111).

<sup>57</sup> Mătășaru. c. Moldavia, § 35.

<sup>58</sup> Bouton c. Francia, § 46. Esta valoración no tiene por qué verse afectada por la suspensión de la pena impuesta, como se pone de manifiesto en esta misma sentencia. Aquí, el TEDH sostuvo que aun así no era “la pena más moderada exigida por la jurisprudencia del Tribunal cuando está en juego la libertad de expresión de la persona sancionada” (§ 54). Además, tuvo en cuenta que, en todo caso, se trataba de “una pena privativa de libertad que podía ejecutarse en caso de nueva condena y que había sido inscrita en su registro de antecedentes penales” (§ 52). Se muestra escéptico sobre la posibilidad de utilizar el Derecho penal para afrontar los casos de desnudo en lugares públicos, J. MARSHALL, *S.A.S. v France: Burqa Bans and the Control or Empowerment of Identities*, en *Human Rights Law Review*, 2015, 380, nota 11.



tres meses, y que, incluso en el caso de aquellas, se intentaron soluciones alternativas. Teniendo esto en cuenta, concluyó que “Al valorar la proporcionalidad de la sanción impuesta, el Tribunal no se ha ocupado con la respuesta del Estado demandado a un incidente individual de desnudo público sino con su respuesta a la desnudez pública persistente del demandante y su deliberado y contumaz rechazo a acatar la ley durante varios años” (§ 174). Así, pese a tratarse de un delito calificado por él mismo como “relativamente trivial” sostuvo que el encarcelamiento del demandante era “la consecuencia de su repetida violación de la norma penal con pleno conocimiento de sus consecuencias, por medio de una conducta que él sabía perfectamente que no solo va contra el estándar de comportamiento público aceptado en cualquier sociedad democrática moderna, sino que también es susceptible de ser alarmante y ofensiva moralmente y en otros sentidos para otros miembros no advertidos de la sociedad, dedicándose a sus asuntos corrientes” (§ 176).

La aproximación al análisis de la sanción experimenta, sin embargo, un cambio apreciable en *Bouton c. Francia*. Allí, el TEDH se sorprendió por el hecho de que los tribunales nacionales no explicaran “por qué era necesaria una pena de prisión para garantizar la protección del orden público, de la moral y de los derechos de los demás en las circunstancias del caso” (§ 51). En relación con la pena impuesta, el TEDH sostuvo que “una pena de prisión impuesta en el marco de un debate político o de interés público solo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, en particular cuando otros derechos fundamentales han sido gravemente lesionados, como en el caso, por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o de incitación a la violencia”. A falta de la concurrencia de tales elementos, el Tribunal no encontró justificación a la decisión “de no imponer una pena no privativa de libertad” (§ 53). Más aún, en opinión del Tribunal, incluso la suma adeudada por la Sra. Bouton en concepto de intereses civiles –2.000 euros en concepto de responsabilidad civil y 1.500 euros por costas- era “relativamente elevada” (§ 52).

No obstante, en *Bouton c. Francia* el TEDH tuvo en cuenta para su decisión elementos como la falta de acreditación de un comportamiento insultante u odioso (el Tribunal se limita a calificar el desnudo de la demandante como “chocante”), y la imposibilidad de acudir a la personalidad de la autora para explicar la pena, a la vista de la ausencia de condena previa en los antecedentes penales de la solicitante, su integración social y profesional y el hecho de que disponía de ingresos (§ 53). No se puede saber, por tanto, cuál hubiera podido ser la posición del Tribunal ante circunstancias distintas de las que concurrieron en el caso.

En conclusión, son las particularidades del caso concretamente examinado las que marcan el juicio del TEDH sobre la proporcionalidad de la pena impuesta en los supuestos de desnudo público. Por ello, no cabe descartar, a partir de *Gough c. Reino Unido*, que la mera imposición de una sanción a quien, como el Sr.

Gough, se mostrara desnudo en público para expresar su opinión sobre la inofensividad del cuerpo humano pudiera ser llegar a ser declarada contraria al Convenio, bajo determinadas condiciones espaciales (p.ej., lugares alejados o sin niños), circunstanciales (desnudo ocasional) y temporales (brevedad de la exhibición). Por su parte, cuando, como sucede en *Bouton c. Francia*, el motivo por el que la demanda es estimada por el TEDH es la gravedad excesiva de pena impuesta, la cuestión relativa a la conformidad al Convenio de la forma de desnudo examinada queda en realidad imprejuzgada. Cuál hubiera sido aquí, por tanto, la opinión del Tribunal en el supuesto de que la sanción hubiera sido otra inferior es algo que queda sin respuesta.

## 6. Conclusiones

1. La jurisprudencia del TEDH existente sobre la materia no permite sostener que en el Convenio quepa un pretendido derecho, de alcance general, al desnudo en los espacios públicos. Las reticencias del Tribunal a incluir esta conducta dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada del art. 8.1 CEDH, y la falta de pronunciamiento por razones formales sobre su posible vínculo con el derecho a la libertad de pensamiento o conciencia del art. 9.1 CEDH impiden llegar a tal conclusión.

2. El argumento utilizado por el TEDH en el caso *Gough c. Reino Unido* para excluir al desnudo del ámbito del derecho a definir la propia apariencia en sociedad, inserto en el derecho a la vida privada, es la falta de existencia de un nivel mínimo de seriedad en la elección de la apariencia en cuestión. Para el Tribunal la falta de apoyo para esta opción en ninguna sociedad democrática del mundo permite cuestionar que este requisito concurra en el caso de quien se muestra desnudo en todas las ocasiones en todos los lugares públicos. Ignora de este modo la posibilidad de que el desnudo social pueda ser para algunas personas un medio para el desarrollo y la realización de su personalidad, así como la existencia de un amplio colectivo nudista en los Estados miembros del Convenio. Llama la atención que este mismo argumento no fuera utilizado, en relación con el burka, en sede de delimitación del derecho por el Tribunal en el caso *S.A.S. c. Francia*. Hubiera procedido, más bien, limitarse al reconocimiento de la existencia de una intromisión en el derecho para pasar luego al análisis de su conformidad con el Convenio.

3. Algo parecido podría afirmarse en torno a la relación del desnudo en lugares públicos con la libertad de pensamiento o de conciencia. El recurso en *Gough c. Reino Unido* al argumento de la falta de alegaciones del demandante sobre el nivel de “convicción, seriedad, coherencia e importancia” de la opinión sostenida parece más bien responder a un intento de escapar de la necesidad de resolver el fondo del asunto. Estos elementos podían ser deducidos a partir de

la demanda y de los hechos que en ella se relataban. En estas circunstancias, se debería haber trasladado al Estado demandado la carga, no solo de cuestionarse, como hizo, la concurrencia de los rasgos mencionados, sino de motivar por qué entendía que no se daban en el caso.

4. Con todo lo anterior, la única forma de desnudo que disfruta, *prima facie*, de la protección del Convenio de acuerdo con la jurisprudencia existente en el momento de redactar estas líneas es aquella en la que la desnudez se utiliza como medio para la expresión de una idea o una opinión. La conducta examinada es entonces reconducida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al ámbito de protección de la libertad de expresión del art. 10.1 CEDH, y cualquier prohibición o sanción debe ser examinada como una intromisión en el derecho, cuya legitimidad depende del cumplimiento de los requisitos exigidos en el apartado 2 del precepto mencionado. La medida debe, por tanto, estar prevista por la ley y poder ser considerada necesaria en una sociedad democrática para la protección de algunos de los bienes jurídicos allí recogidos.

5. La referencia por los Estados demandados a la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de los derechos ajenos o de la moral como fines legítimos perseguidos por la medida ha superado sin problemas el escaso control que realiza el Tribunal de esta cuestión. La excesiva contención del TEDH en esta fase del análisis quedó de manifiesto especialmente en *Gough c. Reino Unido*, donde el gobierno británico no fue siquiera capaz de identificar con mayor precisión dónde residía el peligro para los bienes jurídicos por él invocados.

6. Una comparación de las sentencias de los casos *Gough c. Reino Unido* y *Bouton c. Francia* pone de manifiesto la incoherencia del TEDH en la aplicación de algunos de los criterios relevantes en ellas manejados. Esta falta de coherencia es especialmente visible en relación con el tratamiento del margen de apreciación estatal, de la existencia de ofensa y de la proporcionalidad de la pena.

7. Tanto la medida y las circunstancias en las que el desnudo público es aceptable en una sociedad moderna (*Gough c. Reino Unido*) como la posición de la Iglesia en torno al derecho de la mujer a abortar (*Bouton c. Francia*) son cuestiones de interés público, tal y como el propio TEDH reconoce. Sin embargo, el Tribunal atribuyó al Estado en el primero de los supuestos el margen de apreciación amplio propio de los asuntos relativos a la moral o al orden público, mientras que, en el segundo, optó por un margen estatal reducido, por abordarse en él una cuestión de interés general. El peso dado al factor del carácter público del desnudo en *Gough c. Reino Unido* no encontró su reflejo en *Bouton c. Francia*.

8. El componente de gratuita ofensividad del desnudo público es apreciado con rotundidad en la sentencia del caso *Gough c. Reino Unido*, donde se tildó la conducta del demandante como “antisocial” y se le reprochó falta de tolerancia

y sensibilidad con otros puntos de vista. Mientras, en *Bouton c. Francia* se omite toda valoración sobre el carácter ofensivo del desnudo de la demandante ante el altar de la Iglesia de la Magdalena, y el Tribunal se limita a afirmar que los tribunales nacionales no habían examinado si la acción había sido “gratuitamente ofensiva” para las creencias religiosas o si era ofensiva o incitaba a la falta de respeto o al odio hacia la Iglesia Católica. El mal llamado “derecho” de los demás al respeto de la moral y del orden público cedía aquí ante el derecho de la Sra. Bouton a comunicar en público sus ideas.

9. En relación con la proporcionalidad de las penas, llama la atención que la necesidad de evitar el efecto disuasorio de estas, invocado por el TEDH en *Bouton c. Francia*, fuera ignorado en *Gough c. Reino Unido*; o que una pena suspendida de prisión de un mes, 2.000 euros en concepto de responsabilidad civil y 1.500 euros fueran consideradas, respectivamente, injustificadas y relativamente elevadas en *Bouton c. Francia*, cuando en *Gough c. Reino Unido* el Tribunal se había abstenido siquiera de analizar la proporcionalidad de las penas de prisión impuestas y efectivamente cumplidas por cada delito de *breach of peace*, con el argumento de que el carácter reiterado de la conducta del demandante explicaba sin más el elevado número de años pasados por él en prisión. Si, como afirma el Tribunal en *Bouton c. Francia*, una pena de prisión impuesta en el marco de un debate de interés público solo es compatible con el derecho del art. 10.1 CEDH cuando se lesionan gravemente otros derechos fundamentales, (casos de discurso de odio o de incitación a la violencia), la demanda del Sr. Gough debería haber sido también estimada.

10. La falta de coherencia del Tribunal en el manejo de los criterios utilizados y el carácter extremadamente casuístico del examen de la necesidad de la medida hacen que resulte muy difícil extraer de las sentencias aquí mencionadas conclusiones sobre la conformidad con el Convenio del desnudo en espacios públicos válidas para cualquier supuesto. La respuesta del Tribunal dependerá en cada caso de la valoración que realice de sus propias particularidades y atenderá a criterios como el lugar donde sucede, la publicidad alcanzada, la disposición de la persona a deponer su actitud, la existencia de comportamiento insultante u odioso, la reiteración de la conducta, la naturaleza del mensaje que se pretende transmitir o la proporcionalidad de la pena impuesta.

### Abstract

#### Il diritto alla nudità nei luoghi pubblici nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo rende necessario esaminare la nudità, sia che essa sia intesa come espressione di un'idea o di un'opinione sul corpo umano (*Gough v. Regno Unito*), sia come forma di richiesta o di protesta (*Bouton v. Francia*), come manifestazione del diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 10.1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Maggiori riserve sono sollevate dalla sua possibile inclusione nel diritto alla vita privata (art. 8.1 CEDU) e alla libertà di pensiero e di coscienza (art. 9.1 CEDU), sebbene anche questa possibilità non sia stata chiaramente esclusa. Partendo da questa premessa, il presente lavoro si propone di analizzare criticamente i requisiti che derivano dalla suddetta Convenzione affinché una misura che limita tale diritto sia conforme ad essa.

#### The right to nudity in public places in the jurisprudence of the European Court of Human Rights

The case law of the European Court of Human Rights makes it necessary to examine nudity, whether it is intended to express an idea or opinion about the human body (*Gough v. United Kingdom*), or as a form of demand or protest (*Bouton v. France*), as a manifestation of the right to freedom of expression in art. 10.1 of the European Convention on Human Rights (ECHR). Greater reservations are raised by its possible inclusion in the right to respect for private life (Art. 8.1 ECHR) and freedom of thought and conscience (Art. 9.1 ECHR), although this possibility has not been clearly excluded either. Based on this premise, this paper aims to critically analyse the requirements derived from the aforementioned Convention for a measure restricting such a right to be in accordance with it.



# La dimensione del patrimonio culturale tra frammentazione delle conoscenze e unità del sapere

di Cristina Videtta

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari. – 2. La “culturalità” del patrimonio. – 3. La difficile relazione tra diritto e cultura: il problema dell’individuazione di un “patrimonio culturale” giuridicamente rilevante. – 4. Il bene culturale come nozione liminale: le coordinate dell’opinabilità. – 5. “I singoli punti di vista sul bene culturale fanno il patrimonio culturale”? La dimensione unitaria di un patrimonio apparentemente frammentato.

## 1. Osservazioni preliminari

È stato recentemente osservato come “alle conoscenze alle quali si perviene grazie allo studio di differenti fonti e metodi di ricerca corrisponda una pluralità di approdi conoscitivi che, talora, ancorché concernenti il medesimo bene della vita, potrebbero non coincidere o persino essere inconciliabili”<sup>1</sup>.

Da un punto di vista generalissimo, il fenomeno è peraltro amplificato dalla progressiva (e sostanzialmente inevitabile) specializzazione degli studi scientifici (di qualunque natura), che è sotto gli occhi di qualunque osservatore e che conduce evidentemente ad una parcellizzazione del sapere<sup>2</sup>. In un contesto così disegnato, il rischio è quello di guardare alla realtà privilegiando un solo punto di vista, senza rendersi conto che un’analisi siffatta non può che condurre ad una visione incompleta e dunque, in qualche modo, falsa, con la conseguenza che, per quanto accurata, documentata e condotta con profonda competenza, essa potrebbe non essere del tutto idonea a fornire soluzioni adeguate ai problemi da affrontare.

“I singoli punti di vista sull’orso non fanno un orso”<sup>3</sup>. Così in dottrina è stato efficacemente sintetizzato il tema, incarnando evidentemente nell’orso qualunque fenomeno richieda un’analisi e la soluzione di un problema.

In un quadro così delineato, dunque, la conoscenza della realtà deve, necessariamente, oggi più che nel passato, comportare una integrazione consapevole di discipline, non potendosi più ammettere l’autoreferenzialità dei vari approcci (e dei relativi approdi), inevitabilmente parziali. Il dialogo tra i saperi, dunque, come presupposto essenziale della comprensione della realtà complessa, non

---

<sup>1</sup> M.R. SPASIANO, Relazione introduttiva alla Tavola rotonda *Frammentazione delle conoscenze e unità del sapere*, Vercelli, 2 dicembre 2022.

<sup>2</sup> Per una riflessione su questo tema nella prospettiva dell’essenza dell’insegnamento, si legga G. ZAGREBELSKY, *La lezione*, Torino, 2022, spec. 49 ss.

<sup>3</sup> Ancora M.R. SPASIANO, *op. cit.*, 2.

riducibile a interpretazioni monodimensionali, pena la parzialità e finanche la falsità degli approdi conoscitivi.

Il tema sarebbe evidentemente molto articolato e richiederebbe una ben più ricca trattazione, ciononostante sono molti gli spunti di riflessione che anche solo da queste poche righe si possono cogliere.

Par quanto qui di interesse, pare stimolante interrogarsi su quali contorni possa assumere tale discorso nel momento in cui si voglia ragionare sulla dimensione giuridica del patrimonio culturale.

## 2. *La “culturalità” del patrimonio*

Va preliminarmente osservato come già il discorrere di dimensione *giuridica* di un fenomeno paia contraddire immediatamente le premesse che si sono appena fatte, lasciando credere che si intenda privilegiare una visione specialistica (quella giuridica appunto), trascurando tutte le altre. Come meglio si vedrà, tuttavia, proprio il condurre l'analisi in questi termini consente di evidenziare le difficoltà insite nella necessaria composizione di saperi e sensibilità differenti.

Per meglio inquadrare la questione, occorre preliminarmente mettere meglio a fuoco il tema su cui si intende riflettere.

Si è detto in precedenza come le visioni monodimensionali di un fenomeno rischino di produrre decisioni insufficienti alla soluzione dei problemi che possono insorgere relativamente ad esso.

L'attenzione che qui si intende dedicare al tema della perimetrazione del concetto di “patrimonio culturale” ben si colloca all'interno di tale prospettiva di indagine poiché, come evidente, la questione definitoria è essa stessa un problema anzi, si potrebbe dire che costituisca il problema dei problemi; la soluzione che si fornisce infatti è destinata a impattare direttamente sulla delimitazione del fenomeno e, pertanto, dal punto di vista del diritto, sul campo di applicazione della norma giuridica.

Dunque, per quanto riguarda il tema qui di interesse, nell'ordinamento positivo la nozione di “patrimonio culturale” va rintracciata all'interno del d.lgs. n. 22 gennaio 2004 n. 42, cd. Codice dei beni culturali e del paesaggio (d'ora innanzi “Codice”) e, segnatamente, dell'art. 2 che lo definisce come l'insieme di “beni culturali” e “beni paesaggistici”. Così facendo, il problema dell'individuazione del patrimonio culturale è necessariamente spostato sulla definizione, a monte, di ciò che deve intendersi con le due espressioni richiamate.

Ne deriva immediatamente la prima criticità. Entrambe le locuzioni comportano infatti la necessità per il diritto di confrontarsi colla nozione di “culturalità”, ossia della riconducibilità delle *res* alla sfera culturale<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Se questo è evidente nella locuzione “bene culturale”, per quanto riguarda i “beni paesaggistici” occorre fare riferimento soprattutto all'art. 131, c. 2, secondo il quale “Il presente Codice



Rinviando ai prossimi paragrafi le questioni relative alle problematiche che emergono in sede di selezione delle *res* oggetto di tutela, si può osservare in questa prima fase come proprio l'aggettivo "culturale" identifichi un ambito tutt'altro che certo e, che, tuttavia, testimonierebbe la multidimensionalità del fenomeno, conferendo al patrimonio culturale uno spessore particolare.

L'idea di culturalità, infatti, intercetta una dimensione difficilmente riconducibile ad un unico sapere scientifico specifico, quella identitaria.

Invero il Codice non definisce cosa debba intendersi con tale aggettivo e neppure lo chiarisce l'art. 9 della nostra Costituzione, a cui il Codice nel suo primo articolo fa espresso rinvio<sup>5</sup>. Va tuttavia rilevato come se la Carta Costituzionale non utilizza il lemma "patrimonio culturale", non ancora affermatosi concettualmente all'epoca della sua stesura, il Codice collega esplicitamente l'essenza del "bene culturale" al suo essere "*testimonianza avente valore di civiltà*" (art. 2, c. 2, ultima parte), affermando peraltro che "La tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la *memoria della comunità nazionale e del suo territorio* e a promuovere lo sviluppo della cultura" (art. 1, c. 2). Così facendo, il Codice salda la nozione di "patrimonio culturale" a quell'identità Nazionale, insita nell'esplicito riferimento dell'art. 9 Cost. proprio alla Nazione, individuando così nel patrimonio non già un mero "strumento del ricordo, ma un elemento costitutivo della memoria collettiva nazionale"<sup>6</sup>.

"La cultura è il luogo dell'identità di un popolo", afferma efficacemente la dottrina, evidenziando come essa si ponga al contempo come "esperienza del presente e genesi del futuro di una collettività"<sup>7</sup>.

Vi è tuttavia chi, al contempo, ha affermato che "L'identità culturale non esiste" – così titola un recente volume di F. Jullien – e non esiste perché la specificità della cultura "sta proprio nel cambiare e nel trasformarsi"<sup>8</sup>. L'espressione "identità culturale", dunque, rappresenterebbe quasi un ossimoro tra un concetto statico, l'identità (da "idem", medesimo), e uno dinamico, la cultura appunto (da *colère*, «coltivare», in cui è evidentemente intrinseca la dinamicità).

L'antinomia tra i due termini, invero, è solo apparente.

Se è vero infatti che "Una cultura che non si trasforma più è una cultura

---

tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali".

<sup>5</sup> "Art. 1. Principi – 1. In attuazione dell'articolo 9 della Costituzione, la Repubblica tutela e valorizza il patrimonio culturale in coerenza con le attribuzioni di cui all'articolo 117 della Costituzione e secondo le disposizioni del presente codice".

<sup>6</sup> G. SEVERINI, *Artt. 1 – 2*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, 20-21. Sul punto, v. *infra*.

<sup>7</sup> F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, 507.

<sup>8</sup> F. JULLIEN, *Il n'y a pas d'identité culturelle mais nous défendons les ressources d'une culture*, Parigi, 2016 (*L'identità culturale non esiste*, Torino, 2018, trad. di C. Bongiovanni).

morta”<sup>9</sup>, l’identità è essa stessa un concetto in divenire, come in divenire è il gruppo che la esprime e che in essa si riconosce; il “retaggio culturale” è, e deve essere, dunque un *processo perpetuamente in itinere*, che non guarda solo al passato, ma soprattutto comprende azioni volte a creare reti di confronto, cooperazione e, infine, di integrazione<sup>10</sup>. È questo peraltro quanto emerge con tutta evidenza dalla *Convenzione Unesco per la salvaguardia del patrimonio immateriale* del 2003, ove espressamente si afferma come “il patrimonio culturale immateriale, trasmesso di generazione in generazione, è *costantemente ricreato* dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia e dà loro un senso d’identità e di continuità, promuovendo in tal modo il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana” (art. 2, par.1).

Certamente quello della “identità” è un discorso ampio, complesso e, come noto, per molti tratti pericoloso<sup>11</sup>. Nei limiti di queste riflessioni, ci si limita ad osservare come quando si parla di identità di una comunità, si fa necessariamente riferimento a qualcosa che unisce quel gruppo sociale indipendentemente dalla conoscenza personale, ossia, come è stato efficacemente rilevato, è ciò che fa sì che ci si riconosca senza conoscersi<sup>12</sup>, è il “sostrato spirituale e immateriale capace di legare una pluralità di individui e di gruppi in una comunità che condivide alcuni valori, tradizioni e rappresentazioni”<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Ancora F. JULLIEN, *op. cit.*, 39.

<sup>10</sup> In merito, F. RIMOLI, *op. cit.*, 507 “non si può incorrere nell’errore di considerare l’identità come un fattore statico, legato solo alla nazionalità, a *Volksgeist* esclusivo e neanche, più ampiamente, alla singola civiltà. Perché le grandi civiltà e le culture e subculture che in esse si esprimono, si sono formate e si sono sempre rigenerate dall’ibridazione, dalla contaminazione reciproca, secondo un paradigma dinamico che è infine all’origine dei frutti più preziosi della storia umana”.

<sup>11</sup> Non è un caso che i testi normativi utilizzino con grandissima cautela questa espressione. Nelle leggi Bottai e nel Testo unico 29 ottobre 1999, n. 490, non compariva affatto. Nel Codice appare pochissime volte: nella Parte II, sui beni culturali, compare solo negli artt. 7-*bis* e 52 in entrambi i casi in riferimento a quelle “espressioni di identità culturale contemplate dalle Convenzioni UNESCO”, di cui, dunque, è mutuata la terminologia; nella Parte III, sui beni paesaggistici, si ritrova negli artt. 131 e 138, come modificati dal d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63, che riprende la terminologia della *Convenzione europea sul Paesaggio* del 2000. Sottolinea T. MONTANARI, *Patrimonio culturale e identità*, in M. MALO, F. MORANDI (a cura di), *Declinazioni di patrimonio culturale*, Bologna, 2021, 20-21, come l’art. 9 sia l’unico dei principi fondamentali della Carta Costituzionale in cui compare il termine Nazione. Il fatto che tale termine si trovi collocato proprio in relazione alla cultura consentirebbe di affermare come l’idea di Nazione non si correli alla stirpe, alla religione, “all’impero del sangue, all’arte sapor di terra”, ma “allo sviluppo della cultura, alla ricerca, alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico. È la linea che parte da Ghiberti, ed è la linea di una identità inclusiva, di una identità mobile, di una identità fondata sulla cultura, e perciò per definizione mutevole e anzi testimone principe della straordinaria contaminatio che ha formato ciò che oggi chiamiamo identità italiana”.

<sup>12</sup> G. ZAGREBELSKY, *Fondata sulla cultura*, Torino, 2014, 5.

<sup>13</sup> E. CHITI, G. GARDINI, A. SANDULLI, *L’Ordinamento giuridico e la costruzione dell’identità culturale italiana*, in E. CHITI, G. GARDINI, A. SANDULLI (a cura di), *Unità e pluralismo culturale*, Firenze, 2016, 9.

Se quanto detto è vero, ne consegue come il riferimento all'identità consenta di mettere meglio a fuoco la multidimensionalità della cultura e, per quanto qui soprattutto di interesse, del patrimonio culturale che di essa è espressione: la connessione tra patrimonio culturale e identità, unica e composita al tempo stesso<sup>14</sup>, ne disvela cioè la natura relazionale, rendendolo un punto di incontro e confronto, di scienze e coscienze, di saperi e percezioni.

*Identità* non significa – non può e non deve significare –, infatti, omologazione delle diversità nel nome di una (artificiosa) unitarietà.

La cultura è, infatti, prima di tutto, relazione.

È relazione, prima ancora che tra saperi, tra soggetti, perché è dall'interazione di questi che essa sorge come comune sentire: è il rapporto che si instaura in un gruppo sociale che ne determina l'identità e dunque il suo patrimonio culturale, ossia l'insieme di quei valori in cui il gruppo stesso si riconosce e si aggrega.

È altresì relazione tra persone e istituzioni, e tra istituzioni tra loro, perché è nel dialogo tra queste che il patrimonio culturale trova la sua dimensione giuridica (in assenza di tale dialogo si avrebbe l'imposizione "dall'alto" di una cultura di Stato); se infatti spetta alle istituzioni, in collaborazione tra loro, di farsi garanti di fronte alla collettività tanto della sua tutela, quanto della sua funzionalizzazione alla promozione di cultura, è proprio nella collaborazione di queste con la collettività che tale obiettivo può davvero essere centrato, come dimostra, tra l'altro, il *favor* dell'ordinamento per il coinvolgimento delle forze sociali in collaborazione con le istituzioni (e non solo col Ministero della Cultura) proprio nell'ambito della valorizzazione, ossia in riferimento a quelle azioni finalizzate alla promozione di cultura<sup>15</sup>.

D'altro canto, la nostra Carta Costituzionale esprime, essa stessa, questa lettura. La Costituzione, infatti, rende uguali gli italiani, uguali ma non omologhi. La Costituzione italiana è, infatti, pluralista; la "promozione di cultura" non è l'imposizione di un'unica cultura (di Stato) in vista di un'uniformità statica, ma, come si è detto, è l'azione delle istituzioni, e prima di tutto dello Stato, mirata a rendere gli individui intellettualmente autonomi<sup>16</sup>. La cultura italiana è fatta

---

<sup>14</sup> Ancora efficacemente T. MONTANARI, *op. cit.*, 21 "La nostra identità è contemporaneamente locale, regionale, nazionale, senza contare tutte le vitali mescolanze che spargiano ogni rigido gioco, ed europea. È una realtà europea, occidentale, che a sua volta si apre all'universale cultura umana".

<sup>15</sup> Sul punto, doveroso è il richiamo almeno all'art. 7, c. 2, del Codice "Il Ministero, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali perseguono il coordinamento, l'armonizzazione e l'integrazione delle attività di valorizzazione dei beni pubblici" e, soprattutto, art. 6, c. 3 "La Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale".

<sup>16</sup> Sul punto, F. MERUSI, *sub art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, 436: "Nella nostra Costituzione tale principio ha voluto in primo luogo significare una negazione del monismo ideologico-culturale proprio dello Stato totalitario fascista".

(anche) di una combinazione di culture locali che dialogano tra loro, così come la cultura europea è, essa stessa, il risultato di un confronto tra culture locali<sup>17</sup>. Questo non significa che non vi siano tratti comuni o che questi tratti comuni non possano essere creati, in una visione necessariamente dinamica del dialogo culturale. Indica piuttosto che la diversità è una ricchezza perché genera confronto e dialogo e, come tale, va riconosciuta e protetta.

Pare significativo, peraltro, richiamare a questo proposito le chiare indicazioni in tal senso della *Convenzione Unesco sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali* del 2005, che esplicitamente afferma che “la diversità culturale rappresenta un patrimonio comune dell’umanità e che dovrebbe essere valorizzata e salvaguardata a beneficio di tutti” e che “la cultura assume forme diverse nel tempo e nello spazio e che questa diversità è riflessa nell’originalità e nella pluralità delle identità, così come nelle espressioni culturali delle società e dei popoli umani”<sup>18</sup>.

Il patrimonio culturale, dunque, deve essere protetto in quanto, secondo il disposto dell’art. 9, c. 2, Cost., bene “della Nazione”, nella sua “accezione soggettivistica, ideale e culturale propria della tradizione risorgimentale italiana, filosofica, letteraria e giuridica” e, pertanto, esso svolge una “funzione civile ed è parte integrante, costitutiva e irrinunciabile dell’identità nazionale”<sup>19</sup>. La stessa collocazione dell’art. 9 Cost. tra i principi fondamentali della Carta, considerata insieme alla finalizzazione di ogni tutela del patrimonio stesso alla “promozione di cultura” (secondo la ben nota lettura circolare dell’art. 9 Cost.<sup>20</sup>), ne chiarisce

<sup>17</sup> Analogamente, l’art. 167 TFUE, recita “L’Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune” (par. 1) e che, dunque “L’Unione tiene conto degli aspetti culturali nell’azione che svolge a norma di altre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture” (par. 4). Sul punto, M. AINIS, M. FIORILLO, *L’ordinamento della cultura*, Milano, 2022, 95 ss., nonché, se si vuole, C. VIDETTA, *Cultura e sviluppo sostenibile. Alla ricerca del IV pilastro*, Torino, 2018, 54 ss. (a cui si rinvia anche per i riferimenti in letteratura).

<sup>18</sup> *Unesco Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 20 ottobre 2005, Preambolo.

<sup>19</sup> Così, G. SEVERINI, *op. cit.*, 20-21.

<sup>20</sup> La lettura in senso circolare dell’art. 9 Cost. è ben nota. Si veda comunque, per tutti, sul punto M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991, 10, aveva osservato come la lettura unitaria della norma costituzionale andasse ricondotta anche alla considerazione che entrambi i commi avrebbero assolto alla medesima funzione ossia “quella d’introdurre nel nucleo di fini-valori della carta fondamentale il valore estetico-culturale: un valore cioè diverso e conflittuale rispetto ai valori dell’industria e del profitto dominanti nelle società contemporanee”; “l’art. 9 è in altre parole un cuneo attraverso il quale nel dettato costituzionale irrompe l’esigenza di assicurare il progresso culturale della comunità civile; e a tale esigenza deve piegarsi l’azione dei pubblici poteri” (i corsivi sono di chi scrive). A proposito della rilevanza della collocazione dell’art. 9 tra i principi fondamentali della nostra Carta Costituzionale, si leggano per tutti le belle parole del Presidente Carlo Azeglio Ciampi nel celebre discorso del 5 maggio 2003, in occasione della consegna delle medaglie d’oro ai benemeriti della cultura

il ruolo fondamentale che ad esso è attribuito dall'ordinamento, ossia quello di strumento indispensabile per la crescita spirituale dei cittadini. "La Repubblica promuove la cultura", esprime chiaramente come la funzione del patrimonio culturale sia quella di contribuire alla formazione dell'individuo sul piano intellettuale e morale e all'acquisizione della consapevolezza del ruolo che gli compete nella società: l'individuo è, per la nostra Carta fondamentale, prima di tutto, da *colère*, da *cultivare*, nel senso che la Repubblica è chiamata a promuoverne la crescita intellettuale e la coscienza critica in vista della piena realizzazione del principio democratico<sup>21</sup>.

### 3. *La difficile relazione tra diritto e cultura: il problema dell'individuazione di un "patrimonio culturale" giuridicamente rilevante*

Date queste premesse, è facile comprendere l'enorme ricchezza semantica e valoriale del lemma "patrimonio culturale". Tuttavia, proprio tale ricchezza e l'inevitabile indeterminatezza che ad essa è connessa, rendono ardua l'attività del giurista (del legislatore prima, ma dell'amministrazione subito dopo e, alla fine, del giudice) chiamato a confrontarsi con tale tema. In particolare, non può non cogliersi un certo imbarazzo del diritto di fronte alla cultura, costretto a fare difficili scelte di campo nel tentativo di perimetrare nozioni che, per loro natura, perimetro non hanno.

Se, infatti, scopo del diritto è quello di fornire certezze nei rapporti tra i consociati, la dimensione culturale costituisce una sfida complessa quasi impossibile da vincere, specie nel momento in cui si tratti di individuare cosa si intenda per "patrimonio culturale" in senso stretto, ossia quali siano le espressioni appunto identitarie a cui assegnare particolari gradi di protezione in vista di quella promozione di cultura richiesta dal primo comma dell'art. 9 Cost. e di cui si è detto.

È fatale infatti registrare la tensione tra una nozione che, riferendosi appunto alla cultura, non può che essere in divenire e, pertanto, relativa e soggettiva, da una parte<sup>22</sup>, e dall'altra l'esigenza di certezza sottesa alla previsione di

---

e dell'arte: "la presenza dell'articolo 9 tra i 'principi fondamentali' della nostra comunità offre un'indicazione importante sulla 'missione' della nostra Patria, su un modo di pensare e di vivere al quale vogliamo, dobbiamo essere fedeli. La cultura e il patrimonio artistico devono essere gestiti bene perché siano effettivamente a disposizione di tutti, oggi e domani per tutte le generazioni. La doverosa economicità della gestione dei beni culturali, la sua efficienza, non sono l'obiettivo della promozione della cultura, ma un mezzo utile per la loro conservazione e diffusione" (su <https://archivio.quirinale.it/aspr/discorsi/HIST-004-002534/presidente/carlo-azeglio-ciampi/consegna-medaglie-d-oro-ai-benemeriti-della-cultura-e-arte#n>).

<sup>21</sup> Efficacemente F. MERUSTI, *op. cit.*, 438 "lo Stato ordinamento deve creare i presupposti per il raggiungimento di un risultato".

<sup>22</sup> Sul punto v. *infra*, par. 4.

una norma di diritto che, prima di tutto, per poter essere utile ed efficace, richiede appunto un campo di applicazione certo. Il rischio è evidente: una nozione troppo restrittiva finirebbe inevitabilmente per non essere in grado di comprendere tutte le possibili espressioni di cultura e, diversamente, una nozione troppo ampia rischierebbe di aver contorni troppo sfumati e, dunque, di essere giuridicamente inutile.

Concentrando l'attenzione sui "beni culturali" quale componente del patrimonio, si può osservare come, proprio per le ragioni esposte, la scelta del legislatore non sia quella di disegnare il campo di applicazione del Codice sulla base di una definizione generale di culturalità, ma piuttosto quella di imporre l'individuazione a priori, con atto espresso, dei singoli, specifici, oggetti della tutela, con un'azione che se costituisce, ai sensi dell'art. 3 del Codice, la prima delle funzioni ad essa riconnesse, rappresenta prima di tutto l'azione necessariamente prodromica all'applicazione di ogni altra azione di protezione, conservazione o valorizzazione in assenza della quale il Codice resterebbe lettera morta<sup>23</sup>.

Tuttavia, proprio nel tentativo di circoscrivere un sicuro ambito oggettivo di applicazione del Codice, il legislatore deve effettuare una scelta di campo, che, come tale, esclude talune espressioni di culturalità (come l'arte contemporanea e il patrimonio immateriale) ovvero rinuncia a tutelare cose che, ancorché *ictu oculi* culturali, non siano riconosciute come tali finché non vi sia un espresso provvedimento amministrativo *ad hoc* (è quello che succede, per esempio, nel caso dei beni ex art. 10, c. 3, lett. a, ossia di *res* immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, appartenenti a soggetti privati, finché non vi sia un provvedimento di dichiarazione di interesse culturale).

Il sistema attuale, dunque, ridisegnando in parte quello previgente, stabilisce disposizioni specifiche che individuano esse stesse direttamente beni culturali (art. 10, c. 2, ma già le leggi precedenti che dichiaravano alcuni complessi come monumenti nazionali) ovvero che prevedono appositi provvedimenti amministrativi (la dichiarazione e la verifica di interesse culturale) deputati ad accertare in concreto, su specifiche *res*, la sussistenza di quei caratteri di culturalità enunciati dal Codice<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Il congiuntivo è d'obbligo, laddove si pensi alla questione dei beni "presunti culturali" e alla tutela dei cd. "beni minori".

<sup>24</sup> Ai sensi dell'art. 2 del Codice, rientrano nel "patrimonio culturale" sia i "beni culturali" sia i "beni paesaggistici" (art. 2, c. 1), i quali, a loro volta, sono rispettivamente da intendersi come "le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà" e come "gli immobili e le aree indicati all'articolo 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge". Significativamente già la Commissione Franceschini, nella Relazione aveva rilevato come, per l'esercizio dei poteri

Pur nel rigido sistema di tipicità che ne deriva, la questione è tutt'altro che risolta posto che il problema viene solo spostato sul momento della predeterminazione normativa dei caratteri che una *cosa* deve avere per poter essere ricompresa nel novero dei beni culturali. La questione, come si dirà anche meglio *infra*, è tutt'altro che semplice perché implica la possibilità di fissare, all'interno di una previsione normativa, idonee caratteristiche che guidino l'organo amministrativo nel momento in cui effettua concretamente la valutazione, perimetrandone la discrezionalità. Diversamente, proprio la connessione con l'idea di cultura finisce per rendere tale operazione particolarmente ardua.

Proprio guardando a tale sistema di identificazione è possibile, infatti, comprendere a fondo il problema (giuridico) che sorge laddove la definizione dell'ambito di applicazione di una disciplina legislativa, che tra l'altro ha come effetto la forte conformazione del diritto di proprietà, sia affidata all'applicazione di criteri fortemente soggettivi e opinabili.

Se la questione, infatti, sembra risolta dalla previsione di un rigido criterio di tipicità del bene culturale, di cui si è detto, per cui, come recita l'art. 2, c. 2, del Codice, sono beni culturali oltre alle cose indicate dagli articoli 10 e 11, anche "le altre cose *individuate dalla legge o in base alla legge* quali testimonianze aventi valore di civiltà", non mancano tuttavia ampie zone d'ombra.

Vale la pena evidenziare, infatti, come tale sistema conviva, all'interno dello stesso Codice, con l'esistenza di un'area di applicazione della disciplina che prescinde dall'esistenza di un provvedimento amministrativo (o di una legge specifica) che qualifichi esplicitamente una *res* come culturale. Il riferimento è naturalmente alla categoria dei beni cd. "presunti culturali", ossia di quei beni appartenenti a soggetti pubblici, territoriali e non, oppure a privati senza scopo di lucro, compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che siano opera di Autore non più vivente e la cui esecuzione risalga a più di 70 anni (art. 10, c. 1). Ad essi, in forza dell'art. 12, c. 1, si applica la disciplina codicistica a prescindere dall'esistenza di un provvedimento di verifica dell'interesse culturale (frutto di un procedimento la cui attivazione è meramente eventuale), con l'aggravante della inalienabilità assoluta e della conseguente nullità di ogni eventuale contratto stipulato in violazione di quella.

Vi è dunque un settore, tutt'altro che circoscritto, in cui il Codice trova applicazione in riferimento a beni, *rectius a res*, non specificamente qualificati, ma meramente supposti, come culturali.

Se dunque, l'ambito di applicazione del Codice da una parte è costituito

---

amministrativi e per l'assoggettamento agli obblighi previsti, è necessario "un apposito atto di riconoscimento di tale qualità (Dichiarazione dell'interesse culturale)" e che "(...) innovando profondamente si è inoltre ritenuto che ad un tale procedimento non ci debbano essere eccezioni" (*Relazione della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, pubblicata in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 135).

da beni, individuati in modo, per così dire, “puntiforme” da un provvedimento amministrativo (o, come si è detto, direttamente da una legge), che, per quanto soggettivo e opinabile, fornisce comunque una certezza sulla sussistenza della culturalità, dall'altra è costituito da un insieme di *res* di culturalità solo probabile che, per il solo effetto dell'appartenenza e dell'età, vengono assoggettate alla seconda Parte del Codice. L'incertezza dei confini della categoria di cui si tratta è tale che in dottrina è sorto un dibattito sulla necessità che sussista, a fianco dei criteri menzionati, anche quanto meno un *fumus* (ossia una parvenza) di culturalità<sup>25</sup>. Peraltro, come già osservato in altra sede<sup>26</sup>, anche laddove se ne volesse ritenere necessaria la sussistenza onde caratterizzare più specificamente il campo di operatività del regime di presunzione di culturalità, si tratterebbe comunque di valutazione soggettiva e largamente opinabile, la quale, tra l'altro, sarebbe compiuta non già (o quanto meno non solo) dagli organi del Ministero, specificamente competenti, ma da parte degli enti pubblici o privati senza scopo di lucro che di tali *res* siano proprietari, soggetti cioè privi di conoscenze tecniche specialistiche. Da qui la perdurante (e, verrebbe da pensare, accresciuta) indeterminatezza della categoria.

Se, comunque, è certamente vero, come non si è mancato di evidenziare, che il regime di presunzione è provvisorio, dato che il provvedimento di verifica – che dunque opera come condizione risolutiva (se negativa) o come conferma

---

<sup>25</sup> Sul dibattito, v. A. BARLETTA, *Sub art. 12*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 154-155. In senso affermativo, G. SCIULLO, *Patrimonio e beni*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Il Mulino, Bologna, 2020, 54. In giurisprudenza si veda Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2017, n. 2597, che ha respinto l'appello avverso una sentenza del Tar Campania, Napoli, sez. VII, 23 aprile 2010, n. 2088, che aveva respinto il ricorso proposto dalla Congregazione dei Servi di Maria di Sorrento avverso il provvedimento con il quale il Comune aveva subordinato l'autorizzazione a effettuare interventi edilizi di manutenzione su un immobile di proprietà della ricorrente, risalente nel tempo ma destinato a civile abitazione e privo di particolari caratteristiche di pregio, alla verifica di interesse culturale dell'immobile ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 42/2004. Per quanto qui di interesse, tra le ragioni dell'appello, la ricorrente aveva rilevato che la sentenza avrebbe errato nel considerare l'immobile, per il solo fatto della sua appartenenza a un ente ecclesiastico e dell'elemento temporale della sua realizzazione da più di cinquant'anni, assoggettato direttamente “*ex lege*”, sia pure soltanto in via provvisoria e precauzionale, alla disciplina relativa ai beni culturali, *senza che venisse fornita, tuttavia, indicazione concreta alcuna in ordine alla esistenza di elementi oggettivi in ordine all'interesse storico artistico del bene*. Ritiene il Consiglio di Stato che l'art. 12 del Codice avrebbe previsto una “misura di salvaguardia sui beni immobili indicati dall'art. 10, c. 1, del Codice, sulla base dell'appartenenza soggettiva e per il carattere risalente del bene, indipendentemente da una (prima) determinazione esplicita dell'organo statale competente sull'interesse storico-artistico del bene, apprezzamento che formerà oggetto della verifica d'interesse culturale di cui al citato art. 12”.

<sup>26</sup> Sia consentito il rinvio alle osservazioni già fatte in C. VIDETTA, *Riflessioni sulla verifica dell'interesse culturale alla luce delle esigenze di semplificazione delle procedure di dismissione del patrimonio immobiliare pubblico espresse dal decreto cd. Semplifica Italia*, in *Dir. econ.*, 2014, 309 ss.



(se positiva)<sup>27</sup> – fornirà certezza sull'effettiva consistenza culturale della *cosa*, eventualmente consolidandone lo *status*, ben è vero altresì che il procedimento di verifica potrebbe tardare ad essere attivato (o, addirittura, non essere mai attivato del tutto) oppure il relativo provvedimento potrebbe a sua volta, come talora succede, tardare ad essere adottato, con conseguente applicazione di un regime fortemente restrittivo delle facoltà dominicali del proprietario (e parallelamente impegnativo per gli stessi organi del ministero tenuti comunque a considerare il bene come culturale) a *res* la cui consistenza culturale è meramente ipotetica.

L'incertezza (giuridica) che ne deriva è chiaramente testimoniata dall'ampio contenzioso presente in materia incentrato sul regime dei beni, appunto, presunti culturali, laddove l'indeterminatezza del termine oggettivo di riferimento mal si concilia con le limitazioni del diritto di proprietà e, in particolare, col rigidissimo regime di inalienabilità assoluta degli stessi previsto dall'art. 54, c. 2, lett. a), di cui si è detto<sup>28</sup>.

Sulla base di quanto osservato appare dunque chiaro come, proprio a fronte della natura opinabile e relativa del carattere di culturalità, il diritto si trovi in difficoltà: qualora, infatti, manchi una specifica elencazione dei singoli beni oggetto della disciplina di tutela, finisce per crearsi un sistema in parte confuso che rende incerta la stessa applicabilità delle prescrizioni normative da parte dell'Amministrazione e, in definitiva, i contorni della proprietà degli enti pubblici e degli enti privati senza scopo di lucro. Sia detto per inciso come, a fronte delle considerazioni fatte, non sembri un caso che anche a livello internazionale sia proprio il sistema degli elenchi che ha prevalso, laddove la Convenzione Unesco di Parigi del 1972, sulla Protezione del Patrimonio culturale e naturale mondiale, prima, e quella del 2003, per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, poi, fondano l'applicazione delle Convenzioni stesse a beni, materiali e immateriali, precisamente individuati ed inseriti in apposite liste.

---

<sup>27</sup> Così Cons. St., sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3560.

<sup>28</sup> Sul punto, particolarmente significativa, Cons. St., sez. VI, n. 3560/2015. Su punto v. anche Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2017, n. 5950: la sentenza appare di interesse poiché da essa è facile evincere il trattamento non conforme alle prescrizioni previste dal Codice del 2004 per i beni rientranti nell'art. 10, c. 1, riservato ad un immobile di proprietà comunale di epoca risalente e, dunque, da ritenersi presunto culturale. La sentenza si segnala anche perché mette in rilievo come la stessa distinzione tra interesse culturale semplice, prescritta dall'art. 10, c. 1, e interesse particolarmente importante, di cui invece all'art. 10, c. 3, è meno scontata di quel che ci si potrebbe attendere. Afferma infatti il Collegio che dalla motivazione del provvedimento di vincolo deve evincersi, ancorché si tratti di bene rientrante nell'area di applicazione dell'art. 10, c. 1, "la singolarità del bene che si assume avere valore di testimonianza. La mera e generica circostanza tipologica che un fabbricato rappresenti una testimonianza di un tipo di costruzione di un particolare periodo storico non è di per sé elemento sufficiente a giustificare l'adozione di un provvedimento individuale e concreto, quale quello in questione. Qualsiasi fabbricato è di per sé testimonianza di un tipo di costruzione del proprio periodo nella zona in cui si trova".

#### 4. *Il bene culturale come nozione liminale: le coordinate dell'opinabilità*

Il sistema di individuazione dei beni culturali disegnato dal Codice presenta dunque delle zone grigie che dimostrano le criticità del sistema quando si esca dalla prospettiva dell'individuazione caso per caso degli oggetti della tutela.

A questo punto, va comunque rilevato che, anche a voler supporre di potere (e volere) eliminare dal campo di indagine l'ambito dei beni presunti culturali, la stessa applicazione dei singoli saperi specialistici non fornisce (per lo meno non fornisca sempre) un sicuro ancoraggio, mantenendo la valutazione un ampio margine di soggettività.

Dal punto di vista del diritto amministrativo, quello di *bene culturale* è, come noto, concetto giuridico indeterminato che, come già scriveva Giannini<sup>29</sup>, “è nozione liminale, ossia nozione a cui la normativa giuridica non dà un proprio contenuto, una propria definizione per altri tratti giuridicamente conclusi, bensì opera mediante rinvio a discipline non giuridiche”: spetta dunque allo specialista (e non al giurista) l'identificazione dei singoli beni culturali<sup>30</sup>.

Il concetto di “bene culturale”, tuttavia, a differenza di altri ambiti in cui il diritto deve fare necessariamente propri gli approdi di altri saperi specialistici, è sicuramente frutto di valutazioni la cui opinabilità è particolarmente ampia.

Niente di nuovo, invero, per lo studioso del diritto amministrativo, abituato a fare i conti con concetti giuridici indeterminati, discrezionalità e, per quanto rileva in questa sede, soprattutto con la discrezionalità tecnica (*rectius*, con valutazioni tecniche opinabili).

Alcune osservazioni consentono, tuttavia, di considerare questo tema pre-gno di proprie caratteristiche peculiari, imponendo un'indagine più attenta in merito.

*In primis*, non è ignoto allo studioso di diritto amministrativo il fatto che la valutazione circa la culturalità del bene sia normalmente additata come valutazione di discrezionalità tecnica, ma affatto tipica perché connotata da un margine di opinabilità particolarmente ampio, *rectius* eccezionalmente ampio; come si preciserà meglio nel prosieguo, infatti, essa comporta valutazioni latamente soggettive, come quella sul pregio estetico di un manufatto, che difficilmente possono trovare in nozioni specialistiche una guida che riduca apprezzabilmente il margine di tale soggettività e che, proprio per tale ragione, sono difficilmente permeabili dal sindacato di legittimità del giudice amministrativo<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 8.

<sup>30</sup> Si richiama la nozione di “bene culturale” espressa dal Codice all'art. 2, c. 2 (v., *supra*, nota n. 25), all'interno della quale è esplicito il riferimento a saperi specialistici.

<sup>31</sup> Significativamente in giurisprudenza, la recente Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, che evidenzia come «La nozione di bene culturale è un concetto giuridico indeterminato, per la cui definizione l'ordinamento giuridico fornisce solo generalissimi criteri: viene stabilito

Ad uno sguardo più attento, pare possibile rilevare come, a differenza di

che bene culturale deve essere una «testimonianza» materiale «avente valore di civiltà», rivestire un «particolare» o «eccezionale» interesse culturale tale da giustificarne il vincolo ed avere una certa vetustà. Il potere ministeriale di vincolo richiede, quale presupposto, una valutazione basata non sulle acquisizioni delle scienze esatte, bensì su riflessioni di natura storica e filosofica, spesso strettamente legate al contesto territoriale di riferimento, per loro stessa natura in continua evoluzione. L'esigenza di oggettività e uniformità di valutazione dei tecnici del settore (storici dell'arte, antropologi, architetti, urbanisti al servizio della pubblica amministrazione) non può non risentire del predetto limite epistemologico». Di rilievo su questo tema le articolate osservazioni di Tar Lazio, II-*quater*, 30 luglio 2008, n. 7757, che vale la pena riportare per esteso, ancorché circoscritte a opere considerate «d'avanguardia» (nella specie si trattava di un'opera di Picasso) «il giudizio (...) è infatti caratterizzato da estrema relatività e da irriducibile opinabilità, tali da non poter essere ridotti, in sede giurisdizionale, nemmeno mediante il ricorso alla consultazione di esperti: infatti, mentre il sindacato delle valutazioni in cui si esprime in generale la c.d. «discrezionalità tecnica» può essere condotto ricorrendo all'applicazione delle regole della disciplina interessata con un certo grado di oggettività e condivisibilità – pur essendo detto giudizio eventualmente suscettibile di mutamenti nel tempo dovuti all'affinamento degli strumenti con cui l'analisi viene condotta – il giudizio sul rilevante interesse storico-artistico di un'opera d'arte contemporanea, invece, risulta irriducibilmente caratterizzato da un elevato grado di mutevolezza non solo nei diversi periodi storici, in base al cambiamento dei valori estetici dell'epoca, ma, nello stesso periodo, in virtù della estrema soggettività degli stessi – com'è peraltro attestato dal drammatico «scollamento» delle valutazioni espresse dai critici e dal «gradimento» delle opere da parte dei cittadini – fruitori delle stesse che ha dato luogo a fatti di cronaca ed al vivace dibattito tra gli stessi studiosi sulla stessa possibilità di qualificare certi «prodotti artistici» come «opere d'arte». In tale prospettiva è stato altresì evidenziato che, nello scrutinio (di mera legittimità) di simili giudizi, l'insostituibilità del giudice agli organi amministrativi demandati alla loro formulazione è da intendersi in senso ancor più rigoroso, rispetto all'analogo caso dell'impugnazione delle cd. valutazioni «tecniche» dell'amministrazione, in quanto il giudizio sull'importanza «storico-artistica» di un'opera d'arte – che dalle prime si distingue per un elevato grado di soggettività ed opinabilità che non è solo quantitativo, ma pure qualitativo – trova l'unica fonte di legittimazione semmai, sul piano meramente organizzatorio, dalla modalità indirettamente «rappresentativa» della investitura degli esperti (storici e critici d'arte) deputati a formularli». Sull'ampiezza del margine di opinabilità, la giurisprudenza è sostanzialmente univoca e consolidata. Tra le moltissime, a mero titolo esemplificativo, si legga comunque Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 4747: «In linea di diritto, si osserva che il giudizio, che presiede all'imposizione di una dichiarazione di interesse (c.d. vincolo) culturale, è connotato da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, poiché implica l'applicazione di cognizioni tecnico-scientifiche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari (della storia, dell'arte e dell'architettura) caratterizzati da ampi margini di opinabilità. Ne consegue che l'apprezzamento compiuto dall'Amministrazione preposta alla tutela – da esercitarsi in rapporto al principio fondamentale dell'art. 9 Cost. – è sindacabile, in sede giudiziale, esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, ma *fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche*, sicché, in sede di giurisdizione di legittimità, può essere censurata la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il sindacato giudiziale non divenga sostitutivo di quello dell'Amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile. In altri termini, la valutazione in ordine all'esistenza di un interesse culturale (artistico, storico, archeologico o etnoantropologico) particolarmente importante, tale da giustificare l'imposizione del relativo vincolo ai sensi degli artt. 13, comma 1, e 10, comma 3,

altri concetti giuridici indeterminati che ritrovano nei saperi scientifici una guida per la loro concreta individuazione, quella di cui si va riflettendo costituisce una nozione fortemente relativa, che richiede al contempo profonde conoscenze nelle scienze umanistiche (per esempio, storiche, archeologiche, artistiche), ma che comunque resta largamente condizionata geograficamente, temporalmente, ma anche soggettivamente, al punto che è di tutta evidenza come la qualifica di culturalità risenta necessariamente e intensamente, nonostante i parametri di valutazione eventualmente predeterminati a livello ministeriale, della sensibilità personale di chi, in concreto, effettua la valutazione stessa<sup>32</sup>. Come è stato rilevato, infatti, si tratterebbe di un *Unbestimmter Rechtsbegriff* “privo di qualsiasi riferimento concreto per l’instabilità anche di quel profilo sostanziale che, invece, di solito, contribuisce a dar corpo ad una possibile declinazione nei canoni del discorso giuridico”<sup>33</sup>.

Anche per quanto riguarda, in particolare, la relatività temporale, potrebbe osservarsi come sia fenomeno piuttosto comune, e non peculiare dell’idea di culturalità, quello per il quale l’evoluzione delle conoscenze scientifiche spesso conduca ad attribuire nel tempo qualifiche diverse a medesime *res* (si pensi all’evoluzione degli studi scientifici che portano a considerare pericolose o inquinanti certe sostanze che in passato non erano ritenute tali). Nel caso di cui ci si occupa, tuttavia, ciò che determina la diversa concezione giuridica di culturalità non è tanto (o quanto meno non solo) lo stato dell’arte delle conoscenze specialistiche in questione, ma (a monte) la stessa percezione generale della culturalità.

---

lett. a), d.lgs. n. 42/2004, è prerogativa esclusiva dell’Amministrazione preposta alla gestione del vincolo e può essere sindacata in sede giurisdizionale solo in presenza di profili di incongruità ed illogicità di evidenza tale da far emergere l’inattendibilità della valutazione tecnico-discrezionale compiuta” (corsivo di chi scrive) .

<sup>32</sup> Sul punto, particolarmente pregnanti le osservazioni di F. RIMOLI, *op. cit.*, 508, secondo il quale il valore estetico-culturale “(...) dev’essere considerato, nei contenuti, secondo criteri di pluralismo e relatività assiologica, non strettamente dipendente cioè dall’evoluzione dei modelli estetici propri di una singola civiltà, essendo peraltro tutt’altro che oggettivo nella sua consistenza effettiva”; in ogni caso “il soggetto, laddove sia investito di un potere pubblico, deve riconoscere la relatività del giudizio estetico (come di quello etico). Il bello, in altri termini, non ha in sé alcuna assolutezza, oggettività, né naturalità: è frutto di un *Werturteil* inscritto nel contesto dell’ideologia dell’osservatore, che all’interno di un fenomeno dinamico di precomprensione interagisce ineludibilmente in forma circolare con l’oggetto osservato”; e se i funzionari dell’amministrazione o i giudici “difficilmente potranno fare a meno degli esperti in discipline extragiuridiche “estetiche, storico-antropologiche e così via)”, la loro valutazione “resterà, sul piano cognitivo e critico, almeno per i giudizi sul valore estetico-culturale di un oggetto o di un’opera, comunque opinabile in quanto soggettiva”.

<sup>33</sup> D. DONATI, *Governare l’inafferrabile. La cultura nella disciplina normativa e nella prassi amministrativa*, in *Munus*, 2017, 262-263, il quale rileva altresì che “mentre il rinvio ad elementi altrove definiti di solito conferisce al normativo una significativa capacità di adattamento ed evoluzione, l’ostinata, voluta e cosciente inafferrabilità dell’idea di cultura, dei fatti che la compongono, della sua interpretazione e percezione sembrano far prevalere l’inerzia del legislatore e l’incertezza dei suoi interpreti”.

A dimostrazione di tale osservazione, basti pensare a quanto è accaduto nel passaggio dall'idea di *bene storico-artistico* di cui alla legge Bottai a quella di *bene culturale* nell'accezione odierna fatta propria dal Codice dei beni culturali del 2004. Si è passati, infatti, da una dimensione "estetizzante e romantica"<sup>34</sup> propria delle leggi del 1939<sup>35</sup>, alla nozione fatta propria dal Codice di "testimonianza avente valore di civiltà", riconoscendo così il carattere di culturalità a qualunque *res* espressione di un certo momento storico e culturale<sup>36</sup>. Concettualmente, il passaggio è stato, come noto, segnato dagli studi della Commissione Franceschini che, nella prima delle sue Dichiarazioni proponeva, appunto, l'idea nuova di "Patrimonio culturale" consistente nell'insieme dei beni "aventi riferimento alla storia della civiltà" con la specificazione che "Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà". Con ciò si consacrava una nozione unitaria di bene culturale, che prescinde dalla concezione fondata sull'eccellenza, "a favore di un processo di democratizzazione del patrimonio storico e artistico della Nazione"<sup>37</sup>. Si è

<sup>34</sup> L'espressione è di G. MORBIDELLI, *sub art. 10*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 137.

<sup>35</sup> Tale concezione era invero alla base sia della l. 1 giugno 1939, n. 1089, *Tutela delle cose d'interesse artistico o storico*, sia della l. 29 giugno 1939, n. 1497, *Protezione delle bellezze naturali*.

<sup>36</sup> Sul punto, si vedano le osservazioni di A. BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 226, il quale evidenzia come in realtà il passaggio da una nozione estetizzante (propria delle leggi Bottai) ad una storicistica (propria del Codice del 2004 ma già promossa dalla Commissione Franceschini) non sia così netto, atteso come già nelle discipline di alcuni Stati preunitari fosse possibile rilevare la convivenza tra le due concezioni.

<sup>37</sup> Così, S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in ID, *L'Amministrazione dello Stato*, Milano, 1976, 152 ss. Sul punto, la letteratura è, invero molto ampia. Si veda, comunque, A. BARTOLINI, voce *Beni Culturali (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VI, Milano, 2013, 93 ss. anche in riferimento al progressivo ampliamento della categoria. Di sicuro interesse, in proposito, la lettura della *Relazione della Commissione d'Indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, cit., 119 ss. In essa, la Commissione evidenzia come lo stato generale di precarietà e decadenza del patrimonio archeologico, artistico, storico, ambientale, librario ed archivistico della Nazione sia da addebitarsi, soprattutto, a un difetto di impostazione del sistema di tutela ove, in particolare, occorreva porre attenzione al fatto che la legislazione e l'organizzazione della tutela fino a quel momento si erano concentrate in particolare sulle cd "cose d'arte" (progressivamente inclusive anche di beni di interesse archeologico e delle bellezze naturali), trascurando altri beni di documentazione storica o storico-culturale, con la conseguenza che, proprio questa diversificazione di concezioni normative e competenze, avrebbe ingenerato grave nocimento ad alcuni settori piuttosto che ad altri. Per questo motivo la Commissione ripropone il problema della "individuazione unitaria ed estensiva della tutela nel concetto di «testimonianza storica», in rapporto ad ogni categoria di documenti della storia della civiltà, compreso il suo ambiente, assumendo a tal fine il concetto e l'espressione beni culturali, e di auspicare per tali beni una disciplina ispirata a principi comuni e attuata da organismi armonizzati, pur nella varietà dei compiti e degli strumenti operativi" (pag. 130-131). Nella Relazione di accompagnamento, in particolare, si denunciava "una concezione amministrativa che, non distinguendo adeguatamente la specifica e differenziale qualità dei beni culturali da ogni altra categoria di beni, ha assoggettato fino ad oggi la disciplina dei beni

arrivati così a considerare culturali quelle *res* che costituiscono “testimonianza avente valore di civiltà”, allargando, e di molto, le maglie della nozione di “bene culturale”; si è dilatato altresì il margine di opinabilità della valutazione, al punto che, come è stato osservato, il Codice del 2004, più dei testi che l’hanno preceduto, si profonde in esemplificazioni (v. art. 10, c. 4), come a voler dimostrare i nuovi ambiti di interesse<sup>38</sup>.

Le conseguenze di tale evoluzione non sono irrilevanti ai fini del discorso che si va conducendo<sup>39</sup>.

In effetti, non può che convenirsi con chi ha rilevato come, se sotto la vigenza della l. 1089/1939 prevaleva una (restrittiva) « interpretazione estetizzante » della nozione giuridica di bene culturale, che riservava detta qualificazione soltanto alle cose dotate, in modo ben riconoscibile, di pregio storico-artistico e rarità eminenti, diversamente nel più recente periodo tale sistema presenta delle criticità applicative, visto proprio “l’ampliamento del concetto sociologico del bene culturale sottostante alla relativa nozione giuridica”, tale per cui, indipendentemente dall’effettiva sussistenza di un particolare pregio estetico, una *res* può essere considerata “culturale” per il fatto di costituire testimonianza di una manifestazione della cultura o della storia umana meritevole di protezione.

Tale concezione, evidentemente, rende oltremodo complesso delimitare in modo netto, la categoria dei beni culturali, dando piuttosto origine, anche da questo punto di vista, ad ampie zone grigie di confine dove il riconoscimento o meno del valore culturale dipende, in buona parte, dalla sensibilità dei giudizi individuali<sup>40</sup>.

---

culturali stessi a ordinamenti, norme contabili, stati giuridici del personale, erogazioni di bilancio, ecc., indifferenziati da quelli propri genericamente, a tutte le amministrazioni pubbliche: in contrasto palese, stridente e gravemente pregiudizievole con le esigenze affatto proprie a questo specialissimo settore; dal che deriva la maggior parte delle disfunzioni con le deprecabili conseguenze sopra ricordate” (pag. 132). È stato tuttavia rilevato dalla dottrina (L. CASINI, voce *Beni culturali (Dir. Amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. I, Milano, 2006, 680) come la portata della nozione “testimonianza avente valore di civiltà” sia limitata sul piano normativo in quanto di natura residuale. Essa, infatti, sarebbe riferita solamente “a chiusura e ad integrazione delle cose che presentano un interesse culturale”.

<sup>38</sup> Così G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 137.

<sup>39</sup> In giurisprudenza, particolarmente significativa Cons. St, sez. VI, 17 ottobre 2003, n. 6344: “Il bene culturale inoltre è la nozione che sostituisce ormai le vecchie categorie di cose d’interesse artistico o storico, di cose d’arte, di cose d’antichità, realizzando una considerazione unitaria della materia. Il bene “culturale” è protetto per ragioni non solo e non tanto estetiche, quanto per ragioni storiche, così sottolineandosi l’importanza dell’opera o del bene per la storia dell’uomo e per il progresso della scienza. Nell’interpretazione giudiziaria ed amministrativa degli artt.9 e 33 Cost. sembra inoltre definitivamente abbandonata la concezione estetizzante (o estetico-idealistica) del bene culturale (come del bene paesaggistico-ambientale), che era alla base della legge fondamentale del 1939, in favore dell’evoluzione della nozione che ne valorizza il significato di documento del tempo e dell’ambiente in cui è sorta, passando da un’accezione di tipo materialistico, legata alle cose *quae tangi possunt*, ad una diversa connotazione, di tipo immateriale, che vede nel bene un valore espressivo di un ambiente storico e sociale”.

<sup>40</sup> Sul punto N. AICARDI, *L’ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e*

5. *“I singoli punti di vista sul bene culturale fanno il patrimonio culturale”? La dimensione unitaria di un patrimonio apparentemente frammentato*

Sino a questo punto si è inteso mettere a fuoco quali siano le criticità del sistema del Codice nell'individuazione del patrimonio culturale della Nazione. Ne è emersa una dimensione fortemente frammentata caratterizzata da un'ampia soggettività delle valutazioni pur nella specificità delle competenze scientifiche di coloro che devono accertare di volta in volta la consistenza culturale delle singole *res*. Sembrerebbe dunque emergere un insieme di beni sostanzialmente scollegati tra loro, frutto di valutazioni specialistiche e opinabili del tutto indipendenti le une dalle altre, unificate sotto l'egida di un “patrimonio culturale” che stenterebbe ad andare oltre la mera sintesi verbale.

Tale approdo, condotto metodologicamente seguendo il dettato del Codice, genera facilmente anche un secondo equivoco, inducendo a credere che il patrimonio culturale individuato per così dire “chirurgicamente” dal legislatore<sup>41</sup>, esaurisca il tema.

Così ragionando, tuttavia, non si coglie il fenomeno in tutta la sua complessità.

Invero, se il patrimonio culturale come prodotto delle scelte codicistiche, rappresenta l'oggetto di un'attenzione peculiare del legislatore (che su di esso concentra appunto un'azione protettiva particolarmente penetrante), l'insieme dei beni culturali e di quelli paesaggistici così selezionati non è sufficiente a rappresentare interamente l'identità nazionale.

Tale rilievo non è generato solo dalla considerazione che l'identità, in quanto connessa alla cultura, non può che avere una prospettiva dinamica e, dunque, evolvere nel tempo. Infatti, a soddisfare le esigenze di “aggiornamento” della lista dei beni culturali e paesaggistici sarebbero sufficienti le disposizioni di cui agli artt. 2, c. 2 e c. 3, parte seconda, laddove dispongono che sono beni culturali

---

*nella valorizzazione*, Torino 2002, 29 ss. È di tutta evidenza come la particolare latitudine del margine di opinabilità sia particolarmente amplificata nei casi in cui gli organi del Ministero della Cultura siano chiamati non solo ad esprimere una valutazione circa la sussistenza di un interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico ai sensi degli artt. 10, c. 1 e 12 – ambito già di per sé particolarmente esteso e soggettivo –, ma soprattutto quando, in applicazione dei criteri dettati dall'art. 10, c.3, si tratta di stabilire la particolare importanza di tale interesse (es. art. 10, c. 3, lett. a) ovvero la sua eccezionalità (es. art. 10, c. 3, lett. e, riferito a collezioni o serie di oggetti), ovvero, ancora, a valutare la rarità e il pregio delle cose di interesse numismatico (art. 10, c. 4, lett. b), di manoscritti, autografi, carteggi, incunaboli, libri, stampe e incisioni (art. 10, c. 4, lett. c), di carte geografiche e spartiti musicali (art. 10, c. 4, lett. d), di fotografie, pellicole cinematografiche ed supporti audiovisivi in genere (art. 10, c. 4, lett. e). In merito, lo sforzo del Ministero nel predeterminare criteri per chiarire e perimetrare l'opinabilità della valutazione non fa che introdurre parametri (ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art. 10) che non sempre facilitano la valutazione stessa.

<sup>41</sup> Sul punto, v. *supra*, par. 3.

o paesaggistici anche le altre cose “individuate dalla legge o in base alla legge”, così consentendo di ricondurre al Codice anche future ulteriori e diverse scelte normative.

Il tema ha dimensione molto più ampia, che sicuramente include anche espressioni di culturalità che non rientrano sotto l’egida del Codice, in ragione di quelle “scelte di campo” compiute dal legislatore e di cui più sopra si è detto.

La realtà mostra peraltro come il patrimonio culturale, nella sua accezione più larga di insieme delle espressioni che rappresentano la cultura di un gruppo sociale, consista non già (*rectius*, non solo) nella selezione operata dall’ordinamento al fine di attribuire forme particolari di protezione, ma in ciò che è tale secondo la *percezione* del gruppo stesso<sup>42</sup>, indipendentemente dall’esistenza di un’espressa qualifica operata in tal senso dal legislatore (l’esperienza degli ecomusei è, in questa prospettiva, particolarmente significativa).

Se dunque *i singoli punti di vista sull’orso non fanno un orso*, ci si deve chiedere, ora, se *i singoli punti di vista sul patrimonio culturale facciano il patrimonio culturale*.

Nell’approccio al tema occorre invero tenere distinti due piani differenti.

Ad un primo livello, si ritrova l’idea di patrimonio culturale fatta propria dal Codice, ampia e complessa, ma frutto di scelte normative che, necessariamente, escludono ampie categorie di espressioni identitarie.

Prescindendo per il momento da tale considerazione, ben può osservarsi come l’idea codicistica di “patrimonio culturale” si ponga come categoria che vuole ricomporre al suo interno valutazioni opinabili frutto di saperi diversi. In altre parole, le singole parti, pur mantenendo ciascuna la propria specifica identità e natura, al contempo aspirano a fondersi in una realtà complessa che si presenta come somma di esse, il “retaggio identitario” della comunità sociale appunto. Il Codice dunque, esplicitamente, pare richiamare ad unità i vari contributi (necessariamente) settoriali, proponendosi come paradigma dell’unificazione di specializzazioni, le quali dunque non sono viste in prospettiva di reciproco antagonismo (o quanto meno di separazione), ma piuttosto come sintesi dialettica.

Se è, infatti, innegabile come il sistema giuridico del “ritaglio” e degli elenchi di “espressioni di culturalità” è forse irrinunciabile per conferire certezza alle disposizioni giuridiche, è altrettanto vero come l’ordinamento non possa dimenticare che le visioni parziali non diano conto della complessità del patrimonio culturale, che non è solo una somma algebrica di beni culturali e paesaggistici, ma un insieme poliedrico in cui le singole parti (e i singoli saperi) devono dialogare tra loro. Solo allora la considerazione del patrimonio culturale potrà dirsi davvero completa, ossia potrà costituire una sintesi di saperi e percezioni.

Dunque, *i singoli punti di vista sul patrimonio culturale non possono fare il patrimonio culturale*.

---

<sup>42</sup> V. *supra* nel testo.



Non si deve perciò pensare ad un'individuazione in modo puntiforme e disgiunto di singoli beni che, solo successivamente, tutti insieme considerati, vanno a costituire il patrimonio culturale; così facendo, infatti, quest'ultimo non potrebbe assumere una fisionomia propria ma esprimerebbe l'insieme di *res* differenti, sfumando quel *quid pluris* che le accomuna e che le rende effettivamente parte di un tutto. Occorre piuttosto capovolgere la prospettiva. Il significato più profondo del passaggio dalle "cose d'interesse artistico o storico" (di cui alla l. n. 1089/1939) e dalle "bellezze naturali" (di cui alla l. n. 1497/1939), al "patrimonio culturale" di cui all'art. 2 del Codice, già – come si è visto – anticipato dalla prima Dichiarazione della Commissione Franceschini, ne valorizza quella dimensione unitaria già invero insita nel collegamento espresso dall'art. 9, c. 2, della Carta Costituzionale, secondo quella che è stata definita come una "profetica intuizione costituzionale"<sup>43</sup>.

I singoli beni culturali sono tali perché collegati ad un'idea complessiva, quella di patrimonio identitario appunto, che preesiste rispetto all'accertamento del valore culturale in capo alla singola cosa e che, in definitiva, lo determina. Visto in questa prospettiva, nel concetto di patrimonio culturale si saldano davvero saperi e sensibilità all'interno di un ampio dialogo che, tra l'altro, emerge (o, forse, dovrebbe emergere) nel momento in cui soprattutto il patrimonio è chiamato ad assolvere la funzione che gli è propria, quella di strumento di promozione di cultura<sup>44</sup>.

L'idea di patrimonio culturale, anche se vista nella prospettiva (entro certi termini) limitata del Codice, si pone come sintesi perfetta di molteplici saperi (chiaramente indicati nel richiamo alle declinazioni del bene culturale di cui all'art. 2, c. 2 e agli artt. 10 e 11), il cui dialogo diviene fondamentale per garantire la tutela e la valorizzazione piena e consapevole di una realtà culturale composta e distribuita sul territorio, frutto di stratificazioni storiche di valori (di natura eterogenea) espressione di culture succedutesi nel tempo. La correlazione tra saperi specialistici differenti e sensibilità diverse rappresenta così la necessaria base conoscitiva comune su cui innestare efficaci interventi<sup>45</sup>.

Sul punto è significativo ricordare le belle pagine di Salvatore Settis secondo cui "quello che l'Italia offre non è solo la somma dei suoi monumenti, musei, bellezze naturali; ma anche e soprattutto il loro *comporsi in un tutto unico*, il cui legante non saprei chiamare meglio che «tradizione nazionale» o «identità nazionale», e cioè la consapevolezza del proprio patrimonio, della sua unità e unicità,

<sup>43</sup> Così M. CAMMELLI, *Introduzione*, in *Diritto del patrimonio culturale*, cit., 28.

<sup>44</sup> Come sopra si è rilevato, è infatti proprio il momento della valorizzazione quello in cui il Codice esplicita l'opportunità di una più ampia cooperazione sia tra enti pubblici sia tra questi e soggetti privati.

<sup>45</sup> Si pensi in via esemplificativa ai problemi di "gestione" del patrimonio culturale colpito dal terremoto, su cui B. ZANARDI, *Terremoto e centri storici*, in *www.aedon.mulino.it*, n. 2/2013.

della necessità di conservarlo *in situ*” e che “ogni cultura si definisce non «per distinzione» dalle altre, ma attraverso la *combinazione degli elementi che la compongono*, molti dei quali sono condivisi con altre culture o provengono da altre culture”<sup>46</sup>.

Invero tale lezione non sempre emerge chiaramente nelle pagine del Codice all’interno del quale non sembrano rintracciabili disposizioni che si riferiscano al patrimonio nel suo complesso valorizzandone la dimensione multidisciplinare.

Anche con riferimento al solo insieme dei beni culturali, sembrerebbe piuttosto sopravvivere una (vecchia) concezione puntiforme sia dell’individuazione sia delle azioni di protezione e conservazione, a scapito di una visione complessiva, in cui il bene sia visto davvero come parte di un tutto, all’interno del quale le azioni di tutela e valorizzazione si combinino in un dialogo complessivo<sup>47</sup>.

Con specifico riferimento al paesaggio, invero, si potrebbero cogliere più chiaramente aspetti unitari che, per questo, richiamerebbero l’importanza di un approccio multidisciplinare.

L’art. 131 del Codice, infatti, come riscritto dal d.lgs. n. 63/2008, definisce il paesaggio (si badi, il «paesaggio», non i «beni paesaggistici») come “territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall’azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni”. La dottrina ha evidenziato come nel passaggio dall’originaria formulazione della norma<sup>48</sup> a quella attuale, si potrebbero rilevare tre differenti dinamiche la prima delle quali è proprio quella della “tendenza a sfumare il riparto tra un tutto (il territorio) ed alcuni segmenti di pregio (i territori vincolati)”; d’altra parte, proprio la dimensione identitaria, non menzionata nella precedente versione della norma *de qua*, si porrebbe “quale profilo idoneo e sufficiente a giustificare la valenza paesaggistica di un territorio, *in quanto riassuntiva dei diversi processi di riconoscimento del valore simbolico, testimoniale od estetico di un territorio*, entro un processo in cui il carattere identitario viene assunto quale condizione morfologicamente riconoscibile e socialmente riconosciuta”<sup>49</sup>. Il paesaggio si

<sup>46</sup> S. SETTI, *Italia S.p.A. L’assalto al patrimonio culturale*, Torino 2002, 9 e 12. Il corsivo è di chi scrive.

<sup>47</sup> La stessa definizione di patrimonio culturale di cui all’art. 2, c. 1, del Codice (“Il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici”) si presta ad una duplice lettura: da una parte sembra saldare beni culturali e paesaggistici in un’unica dimensione complessiva, ma dall’altra sembrerebbe ridurre il patrimonio culturale ad una sommatoria di beni, individuati in quanto singoli, gli uni indipendentemente dagli altri. D’altro canto, questa ultima parrebbe la lettura a cui il Codice si è ispirato visto che sostanzialmente il patrimonio non è quasi mai trattato come un tutto diverso dalle sue parti.

<sup>48</sup> Art. 131, c. 1, d.lgs. n. 42/2004, testo originale: “Ai fini del presente codice per paesaggio si intende una parte omogenea di territorio i cui caratteri derivano dalla natura, dalla storia umana o dalle reciproche interrelazioni”.

<sup>49</sup> E. BOSCOLO, *Appunti sulla nozione giuridica di paesaggio identitario*, in *Urb. e App.*, 2008, 798. Critico sulla nuova nozione di “paesaggio”, P. CARPENTIERI, *Il secondo «correttivo» del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Urb. e App.*, 2008, 687 ss. Per una lettura del paesaggio in periodo precedente al Codice del 2004, v. per tutti M. IMMORDINO, *Paesaggio (tutela del)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1995, 573 ss.

porrebbe così proprio come una nozione unitaria che ingloba sia quella parte che il Codice considera particolarmente meritevole di attenzione (beni paesaggistici), sia altre parti, meritevoli di diversa considerazione, ma comunque rientranti in una visione unitaria del territorio identitario. Ne conseguirebbe, secondo la più avvertita dottrina, come proprio a fronte di tale rinnovata definizione, “il riconoscimento della rilevanza paesaggistica di un bene (puntuale od areale) e la valorizzazione di un paesaggio presuppongono operazioni più complesse rispetto al passato e *sovente richiedono il ricorso a saperi interdisciplinari* (si pensi agli apporti della semiologia e delle scienze demo-geo-antropologiche) che mettono in risalto i processi sociali di sedimentazione dei valori riconosciuti dalla comunità”<sup>50</sup>.

In entrambi i casi, comunque, pur nella rigidità del sistema e degli apparati, è possibile rintracciare qualche forma di attenzione alla dimensione multidisciplinare del patrimonio nella disciplina sull'organizzazione. Va vista con particolare favore, in questo senso, l'attribuzione delle funzioni di individuazione e di una larga parte delle misure di protezione alla Commissione regionale per il Patrimonio Culturale, organo collegiale a competenza intersettoriale<sup>51</sup>, che espressamente è chiamato a favorire “l'integrazione inter e multidisciplinare tra i diversi istituti, garantisce una visione complessiva del patrimonio culturale”<sup>52</sup>. Significativo per quanto di interesse, è altresì il ruolo del Consiglio superiore per i beni culturali e paesaggistici (art. 27, D.P.C.M. 169/2019), a composizione multisettoriale<sup>53</sup> e a cui è attribuita una importante funzione consultiva, tra l'altro, sui programmi nazionali per i beni culturali e paesaggistici (lett. a), sui piani strategici di sviluppo

<sup>50</sup> E. BOSCOLO, *loc. ult. cit.* (il corsivo nel testo è di chi scrive).

<sup>51</sup> D.P.C.M. n. 169/2019, art. 47, c. 4. “La Commissione è presieduta dal Segretario regionale, che la convoca anche in via telematica ed è composta dai soprintendenti di settore, inclusi i dirigenti degli istituti di cui all'articolo 33, comma 2, lettera a), e dal direttore regionale Musei operanti nel territorio della Regione. Tale composizione è integrata con i responsabili degli uffici periferici operanti in ambito regionale quando siano trattate questioni riguardanti i medesimi uffici. La partecipazione alla Commissione costituisce dovere d'ufficio e non è delegabile. La Commissione è validamente costituita con la presenza di almeno la metà dei componenti e delibera a maggioranza dei presenti”.

<sup>52</sup> Così significativamente la Relazione Illustrativa al DPCM 169/2019, in merito al ripristino delle Commissioni regionali per il patrimonio culturale: “Le Commissioni, che sono previste dalla legge (articolo 12 del decreto-legge n. 83 del 2014, convertito nella legge n. 106 del 2014), *assicurano la collegialità per decisioni importanti* – quali il vincolo o la verifica di interesse culturale – e avvicinano l'amministrazione ai cittadini e alle amministrazioni regionali e locali”.

<sup>53</sup> All'interno del Consiglio superiore sono significativamente rappresentate le varie competenze specialistiche attraverso i Presidenti dei comitati tecnico-scientifici D.P.C.M. n. 169/2019, art. 28 – “Comitati tecnico-scientifici. 1. Sono organi consultivi del Ministero i seguenti Comitati tecnico-scientifici: a) comitato tecnico-scientifico per l'archeologia; b) comitato tecnico-scientifico per le belle arti; c) comitato tecnico-scientifico per il paesaggio; d) comitato tecnico-scientifico per l'arte e l'architettura contemporanee; e) comitato tecnico-scientifico per i musei e l'economia della cultura; f) comitato tecnico-scientifico per gli archivi; g) comitato tecnico-scientifico per le biblioteche e gli istituti culturali”.

culturale e sui programmi di valorizzazione dei beni culturali, nonché sul Piano strategico «Grandi Progetti Beni culturali» e sul Piano nazionale per l'Educazione al patrimonio culturale predisposto dalla Direzione generale Educazione, ricerca e istituti culturali (lett. c), sui piani paesaggistici elaborati congiuntamente con le Regioni (lett. d), su questioni di carattere generale di particolare rilievo concernenti la materia dei beni culturali e paesaggistici (lett. f), su questioni in materia di beni culturali e paesaggistici formulate da altre amministrazioni statali regionali, locali, nonché da Stati esteri (lett. g).

È tuttavia dal diritto internazionale che derivano le suggestioni più interessanti su questi punti; è, infatti all'interno di esso che è possibile rinvenire un atteggiamento più attento verso i temi di cui si tratta, maggiormente focalizzato su una dimensione ampia di patrimonio culturale, quella di “*cultural heritage*”, al cui interno si riscontra una significativa valorizzazione tanto del dialogo interdisciplinare quanto di quella percezione sociale del valore culturale, che deve andare a sommarsi, *rectius a combinarsi*, con la valutazione specialistica di cui si è detto e che nel nostro Codice rimane fundamentalmente negletta.

Il riferimento è alla *Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società* (cd. Convenzione di Faro)<sup>54</sup>. Si tratta, come noto, di una Convenzione quadro e che dunque non può essere destinata ad operare immediate modifiche al sistema delineato dal Codice del 2004<sup>55</sup>. Deve tuttavia rilevarsi, ai limitati fini che qui interessano, come essa imponga di guardare al tema da una prospettiva innovativa che, invero, finisce per enfatizzare i profili di cui si va discutendo. Al di là degli aspetti problematici che una definizione così ampia pone sul piano giuridico<sup>56</sup>, in essa trova particolare valorizzazione proprio la dimensione al contempo multiforme e unitaria del *cultural heritage*, ove le varie componenti rivelano una sostanza comune nell'essere “riflesso ed espressione” dei valori in cui una certa comunità si identifica.

Di particolare rilievo nel corpo di queste riflessioni, è il ruolo assegnato proprio alla dimensione interdisciplinare del *cultural heritage* che risulta in primissimo piano fin dall'esordio del Preambolo, in cui espressamente si riconosce “la necessità di mettere la persona e i valori umani al centro di *un'idea ampliata e interdisciplinare di eredità culturale*”; conseguentemente le Parti sono impegnate *promuovere un approccio* alle politiche che riguardano la diversità culturale, biologica, geologica e paesaggistica al fine di

<sup>54</sup> *Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, siglata a Faro il 27 ottobre 2005, entrata in vigore il 1° giugno 2011, firmata dall'Italia il 27 febbraio 2013 e ratificata dall'Italia con l. 1° ottobre 2020, n. 133.

<sup>55</sup> Convenzione di Faro, Art. 6 – Effetti della Convenzione – “Nessuna misura di questa Convenzione potrà in alcun modo essere interpretata al fine di: (...)c. generare diritti immediatamente suscettibili di diretta applicabilità”.

<sup>56</sup> Per un commento critico alla Convenzione, v. G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *La ratifica della Convenzione di Faro «sul valore del patrimonio culturale per la società»: politically correct vs. tutela dei beni culturali?*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2021, 224 ss.

ottenere un equilibrio fra questi elementi che sia *integrato* (art. 8, lett. b) e sono impegnate altresì a incoraggiare la *ricerca* – sull’eredità culturale, sulle comunità di eredità, sull’ambiente e sulle loro interrelazioni – di tipo *interdisciplinare* (art. 13, lett. c).

Per altro verso, la Convenzione abbraccia una nozione allargata di *cultural heritage* in relazione alla quale assume un valore pregnante il ruolo della comunità (cd. comunità di eredità), sia dal punto di vista della valorizzazione della percezione del patrimonio sia, parallelamente, del ruolo che può giocare, interfacciandosi con la pubblica amministrazione.

Per *cultural heritage* si intende infatti “l’insieme di risorse ereditate dal passato che *alcune persone* identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione. Essa comprende tutti gli aspetti dell’ambiente che sono il risultato dell’interazione nel corso del tempo fra le popolazioni e i luoghi”. In relazione ad esso, la Convenzione incoraggia il particolare coinvolgimento della *heritage community*, ossia di “quel gruppo di persone che attribuiscono valore ad aspetti specifici del *cultural heritage*, che essi desiderano, nel quadro dell’azione pubblica, mantenere e trasmettere alle generazioni future”. In particolare, “ciascuno” – da intendersi come riferito a singoli e a gruppi, soggetti pubblici e privati senza distinzioni – deve essere incoraggiato a partecipare a tutte le fasi della vita dell’eredità culturale a partire dalla sua identificazione per arrivare protezione, conservazione e presentazione passando anche per lo studio e la sua interpretazione. All’interno di questo, la comunità di eredità assume una veste particolare proprio perché direttamente connessa con il *cultural heritage* in cui si riconosce e, pertanto, le Parti si devono impegnare ad implementare politiche idonee a prendere nella dovuta considerazione il valore che esse attribuiscono al patrimonio culturale in cui esse si identificano, (art. 12, lett. b).

Non si nega come proprio per valorizzare, potrebbe dirsi quasi all’estremo, la dimensione identitaria del *cultural heritage*, si sia fatta strada un’idea potenzialmente onnicomprensiva di “eredità culturale” che certamente necessiterà di rimediazioni da parte dei vari Paesi circa le modalità, nelle varie modulazioni possibili, con cui tradurre l’impegno sottoscritto in concrete indicazioni operative.

L’imperativo resta comunque quello di ampliare la prospettiva da cui si guarda al patrimonio culturale, in relazione alla sua individuazione, alla sua tutela e alla sua fruizione, valorizzandone la multidisciplinarietà e la relazione tra gli approcci e gli apporti della collettività, posto che se da essa il patrimonio culturale promana, è proprio da essa che deve provenirne il riconoscimento secondo un processo che valorizzi il legame identitario.

### Abstract

L'Autrice, prendendo spunto da un recente intervento del Prof. Mario Spasiano che evidenzia il necessario approccio multidisciplinare ai fenomeni e alla soluzione dei problemi ad essi connessi, si interroga sulla dimensione che tale discorso può assumere se riferito al patrimonio culturale. Il saggio cerca pertanto di mettere a fuoco il concetto di patrimonio culturale nell'ordinamento italiano evidenziando come esso possa effettivamente costituire una categoria unitaria anche se composta da beni individuati in base a conoscenze scientifiche diverse, le quali dunque non sono viste in prospettiva di reciproco antagonismo (o quanto meno di separazione), ma piuttosto come sintesi dialettica. L'A. si sofferma altresì sul fatto che il patrimonio culturale, come espressione dell'identità di un gruppo sociale, ha invero dimensioni più ampie di quelle fatte proprie dal Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004), e pertanto invita a cogliere le indicazioni contenute nella Convenzione di Faro ove l'espressione "*cultural heritage*" valorizza, molto di più di quanto faccia il legislatore italiano, sia il dialogo interdisciplinare sia la percezione sociale del valore culturale.

The dimension of cultural heritage between specialist and unified knowledge

The Author is inspired by a recent speech by Prof. Mario Spasiano that highlights the necessary multidisciplinary approach to phenomena and to the solution of the related problems and elaborates on the dimension that this approach can take in the field of cultural heritage. The article therefore deepens the concept of cultural heritage in the Italian legal system and highlights how it can effectively constitute a unitary category even if it is composed of goods identified on the basis of different scientific knowledge. The A. also focuses on the fact that the real idea of cultural heritage, as an expression of the identity of a social group, is broader than the one contained in the 2004 Code, and therefore urges to grasp the indications contained in the Faro Convention where the expression "cultural heritage" values, much more than the Italian legislator does, both the interdisciplinary dialogue and the social perception of cultural value.

# Lo *spoils system*: profili critici e spunti di riflessione tra evoluzione normativa, giudici e principi costituzionali

di Anna Maria Chiariello

SOMMARIO: 1. Alle origini del sistema delle spoglie e la sua tormentata disciplina. – 2. Principi costituzionali e *spoils system*. – 3. La vigilanza della Corte costituzionale e la sua giurisprudenza consolidata. – 4. Il recente parere del Consiglio di Stato: la questione del tempo e il ricorso ai medesimi principi. – 5. Dirigenza fiduciaria e dirigenza professionale. – 6. Rilievi critici e considerazioni conclusive.

## 1. *Alle origini del sistema delle spoglie e la sua tormentata disciplina*

L'attuale contesto politico e un recente parere del Consiglio di Stato tornano a sollevare l'attenzione sullo *spoils system*, istituto del nostro ordinamento da tempo conosciuto e da pari tempo oggetto di dibattito. Come si vedrà, a causa del suo uso distorto, tale istituto è stato altresì interessato da numerose decisioni giurisprudenziali, che ne hanno solitamente ridimensionato la portata, dando atto della delicatezza degli equilibri che vengono in rilievo.

Secondo una prima generica definizione, lo *spoils system*, o sistema delle spoglie, è un meccanismo giuridico che permette di sostituire i vertici burocratici delle pubbliche amministrazioni al mutare della compagine governativa che li ha nominati, sostanzialmente fidelizzando la dirigenza e rendendo più stretta la cinghia di trasmissione tra politica e amministrazione<sup>1</sup>.

Da questa prima definizione è possibile cogliere come l'istituto in esame si collochi all'interno del più ampio tema del rapporto tra politica e amministrazione e del principio di separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa, da intendersi quale distinzione tra l'azione del governo, in genere legata a una parte politica, espressione delle forze di maggioranza, e l'azione dell'amministrazione, che deve invece agire senza condizionamenti politici allo scopo di perseguire i fini pubblici stabiliti dalla legge.

Il principio di separazione tra politica e amministrazione<sup>2</sup> è stato accolto

---

<sup>1</sup> M. CLARICH, *Corte costituzionale e spoils system, ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione*, in *Astrid.it*, 2007.

<sup>2</sup> Sul principio di separazione tra politica e amministrazione, *ex multis*: M. CLARICH, *Riflessione sui rapporti tra politici e amministratori (a proposito del TAR Lazio, come giudice della dirigenza statale)*, in *Dir. amm.*, 2000, 361; F. BASSANINI, *Indirizzo politico, imparzialità della P.A. e autonomia della dirigenza*, in *Nuova Rassegna*, 2008, n. 21/22, 2257 ss.; N. DURANTE, *Spoils system e dirigenza pubblica*, in *Federalismi.it*, n. 17/2011, 2; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1, 39 ss.; C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione. Contributo allo studio dei rapporti tra politica ed amministrazione*, Torino, 2017.

nella nostra legislazione in modo sistematico solo all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, segnatamente in un primo momento dall'art. 51 legge 8 giugno 1990, n. 142, e successivamente dall'art. 2 decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, riservando le funzioni di indirizzo all'autorità politica e le funzioni di gestione alla dirigenza. In realtà, tale principio deriva direttamente dal nostro sistema costituzionale e in particolare dalla diversa rappresentazione delle responsabilità del Ministro rispetto a quelle del funzionario. Dalla lettura degli artt. 95, 97 e 98 della Carta si evince infatti un modello in cui la sfera politica e quella amministrativa e burocratica sono separate, pur permettendo in ogni caso all'organo politico di effettuare un'attività di indirizzo e verifica. Più nel dettaglio, da una parte l'art. 97, comma 2, prevede che nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari, e l'art. 98 stabilisce che i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione, dall'altra l'art. 95 sancisce che i Ministri sono responsabili individualmente degli atti dei loro dicasteri.

Nato negli Stati Uniti nell'Ottocento per fare fronte alla carenza di personale dirigente dotato di adeguata professionalità tecnica<sup>3</sup>, nel nostro ordinamento lo *spoils system* affonda le sue radici in un periodo storico di grande riforma dell'amministrazione<sup>4</sup>. Erano gli anni Novanta del secolo scorso quando l'esplosione del debito pubblico e il dissesto economico, nonché la crisi di fiducia nelle istituzioni imposero immediati e ravvicinati interventi riformatori della macchina amministrativa, afflitta da un'irrazionale distribuzione di compiti e funzioni tra i ministeri con conseguenti sovrapposizioni e duplicazioni, vuoti di competenza, inefficienze e dispersione di risorse.

Tra le riforme adottate in quel frangente speciale rilevanza in questa sede assumono quelle relative alla dirigenza pubblica. In particolare, mentre inizialmente i dirigenti generali erano titolari di incarichi a tempo indeterminato tali da assicurare loro sia stabilità sia autonomia rispetto alla politica, in un secondo momento, a opera dei decreti legislativi 31 marzo 1998, n. 80, e 29 ottobre 1998, n. 387, tali alti burocrati furono assoggettati al processo di privatizzazione del rapporto di lavoro già applicato alla generalità dei dipendenti pubblici e ai dirigenti non generali al fine di accrescere l'efficienza delle amministrazioni e razionalizzare il costo del lavoro pubblico<sup>5</sup>. In ragione di tale "seconda" privatiz-

<sup>3</sup> L'espressione "*spoils system*", pur se già in uso precedentemente, è stata resa nota nel 1832 da un discorso del senatore William Marcy, nel corso del quale, nel difendere una delle nomine del presidente Andrew Jackson, disse: "*To the victor belong the spoils of the enemy*" (ossia "al vincitore spetta il bottino del nemico"). Si veda C.J. FRIEDRICH, *The rise and decline of the spoils tradition*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1937, 189(1), 10-16.

<sup>4</sup> In realtà forme marginali di *spoils system* erano già presenti all'inizio del secolo scorso in relazione alla carriera dei prefetti e ai diplomatici. Si veda C. DI ANDREA, *Lo spoils system: noterelle sulla disciplina della dirigenza pubblica in Italia e spunti comparativistici*, in *Rassegna parlamentare*, 2003, 583 ss.

<sup>5</sup> Sulla privatizzazione del pubblico impiego, *ex multis*: M. CLARICH, D. IARIA, *La riforma del*



zazione gli incarichi dei dirigenti generali divennero a tempo determinato (con una durata da un minimo di due anni a un massimo di sette) e rinnovabili o meno alla scadenza indipendentemente dalla valutazione circa l'operato del dirigente. Sebbene motivata dall'esigenza di assicurare maggiori flessibilità e mobilità dei vertici dirigenziali, la riforma attuava dunque una sostanziale precarizzazione della dirigenza pubblica, attribuendo alla politica una certa forza rispetto a quest'ultima<sup>6</sup>.

Simultaneamente, l'art. 13 d.lgs. n. 80/1998 interveniva sull'art. 19 d.lgs. n. 29/1993, sancendo tra l'altro che gli incarichi di segretario generale di ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente "possono essere confermati, revocati, modificati o rinnovati entro novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo. Decorso tale termine, gli incarichi per i quali non si sia provveduto si intendono confermati fino alla loro naturale scadenza"<sup>7</sup>. Si introduceva così nel nostro ordinamento lo *spoils system*, pure se formulato in termini di possibilità. Si legava infatti la durata di determinati incarichi dirigenziali apicali, caratterizzati da una peculiare coesione con gli organi politici, alla permanenza in carica di questi ultimi, compensando di fatto l'introduzione del principio di separazione tra politica e amministrazione e la conseguente perdita di potere della prima a favore della seconda<sup>8</sup>.

Il menzionato art. 19 d.lgs. n. 29/1993 veniva poi trasposto nell'art. 19 decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, recante la codificazione della normativa sul rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, e il cui comma 8 riproduceva la disposizione di cui all'art. 13 d.lgs. n. 80/1998.

Tuttavia, dopo solo poco più di un anno, il sistema subiva importanti evoluzioni. Veniva infatti adottata una riforma che, contrariamente allo scopo del legislatore di ridefinire il difficile punto di equilibrio tra politica e amministrazione, fini invece per attribuire all'organo di governo notevole preponderanza

---

*pubblico impiego*, Rimini, 1994; S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lavoro*, 1993, I, 287 ss.; S. BATTINI, S. CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997; L. ZOPPOLL, *Dieci anni di riforma del lavoro pubblico (1993-2003)*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, 751 ss.

<sup>6</sup> Cfr. G. GARDINI, *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle Regioni sono legittime, ma la querelle resta*, in *Il lavoro nelle P.A.*, 2006, n. 3-4, 690 ss. Sulla "seconda privatizzazione" e la successiva questione della dirigenza, *ex multis*: M. D'ANTONA, *Lavoro Pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nella legge "Bassanini"*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1998, 45 ss.; S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modifica costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 12; C. COLAPIETRO, *Governo e Amministrazione – la dirigenza pubblica tra imparzialità e indirizzo politico*, Torino, 2004, 75-76; P. CHIRULLI, *Dirigenza Pubblica (riforma della)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2000.

<sup>7</sup> Art. 13, commi 3 e 8, d.lgs. n. 80/1998.

<sup>8</sup> G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, III, Torino, 2008, 151.

rispetto ai dirigenti, accentuando il carattere fiduciario del rapporto fra politica e amministrazione e fidelizzando questa alla prima<sup>9</sup>. In effetti la legge 15 luglio 2002, n. 145, innanzitutto, disegnava un più marcato *spoils system* per gli incarichi dirigenziali di vertice, destinati a cessare dopo novanta giorni dal voto di fiducia sul nuovo Governo<sup>10</sup>, secondo una formulazione che ancora oggi connota la norma in esame, dopo le integrazioni apportate da interventi legislativi successivi, poi dichiarati costituzionalmente illegittimi, con conseguente eliminazione<sup>11</sup>. Ledendo il principio della stabilità e affidabilità dei contratti, la legge del 2002 dettava inoltre un regime di *spoils system* c.d. *una tantum* avente ad oggetto tutti gli incarichi dirigenziali generali, prevedendo che tali incarichi cessassero al sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge e consentendo dunque al nuovo governo di sostituire *ad nutum* i dirigenti in carica<sup>12</sup>. Per quanto riguarda gli incarichi di livello dirigenziale non generale, invece, la medesima legge stabiliva la possibilità di attribuire un nuovo incarico entro novanta giorni dall'entrata in vigore della legge, decorsi inutilmente i quali l'incarico precedente si doveva intendere confermato<sup>13</sup>. Infine, veniva abolito il termine minimo di durata dell'incarico e la durata di questo veniva ridotta, mentre quello massimo era portato a cinque anni (tre per gli incarichi di livello generale)<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> S. BATTINI, *In morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 8, 913.

<sup>10</sup> Art. 3, comma 1, lett. i), l. n. 145/2002. Sulla l. n. 145/2002, *ex multis*: G. D'ALESSIO, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, 214 ss.; C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la L. n. 145/2002*, *ivi*, 937 ss.

<sup>11</sup> Così ad esempio è avvenuto con l'art. 2, comma 159 e comma 161, decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito con modificazioni nella legge 24 novembre 2006, n. 286, che distingueva tra: *spoils system* ordinario, il quale prevedeva la cessazione automatica degli incarichi dirigenziali allo scadere dei novanta giorni dal cambio di Governo, non solo per gli incarichi apicali, ma anche per quelli dirigenziali sia generali che inferiori affidati a dirigenti di altre pubbliche amministrazioni, nonché a personale esterno all'amministrazione e nominato per le sue particolari qualità professionali; e *spoils system* transitorio, il quale invece prevedeva che in sede di prima applicazione del rinnovato art. 19 (che amplia appunto le ipotesi di *spoils system*) gli incarichi conferiti prima del 17 maggio 2006 cessano, se non confermati, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto. Prendendo atto delle successive pronunce della Corte costituzionale (in merito si veda *infra* par. 3), l'art. 40, lett. g), decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, modificando l'allora art. 19, comma 8, d.lgs. n. 165/2001, ha eliminato la cessazione automatica degli incarichi di livello dirigenziale generale e non, a seguito del cambiamento del governo, limitandola ai soli incarichi apicali, in ragione dell'elevato contenuto fiduciario di tali funzioni, e tornando così alla fase antecedente all'introduzione dello *spoils system* ordinario e generalizzato introdotto dal d.l. n. 262/2006, ossia ripristinando l'automatica cessazione degli incarichi dirigenziali di vertice decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo, previsto dalla l. n. 145/2002.

<sup>12</sup> Tale norma è poi stata dichiarata incostituzionale con le sentenze della Corte costituzionale 23 marzo 2007, nn. 103 e 104.

<sup>13</sup> Art. 3, comma 7, l. n. 145/2002.

<sup>14</sup> In senso critico sulla l. n. 145/2002, *ex multis*: S. CASSESE, *Il rapporto tra politica ed ammini-*

## 2. *Principi costituzionali e spoils system*

Come anticipato, la disciplina sulla dirigenza pubblica, e in particolare quella relativa allo *spoils system*, ha sollevato ampi dibattiti e ha dato luogo a numerose pronunce giurisprudenziali. In particolare, più volte è stata messa in dubbio (e negata) la legittimità costituzionale delle norme relative all'istituto in esame, la verifica della quale richiede innanzitutto di ricorrere ai principi della Costituzione, parametri fondanti il nostro ordinamento, richiamati insistentemente nelle suddette pronunce.

Tra i principi costituzionali che vengono in rilievo nell'esaminare l'istituto dello *spoils system*, e oltre al principio di derivazione costituzionale della separazione tra politica e amministrazione<sup>15</sup>, vi è innanzitutto quello dell'imparzialità (art. 97, comma 1, Cost.), "valore essenziale cui deve informarsi, in tutte le sue diverse articolazioni, l'organizzazione dei pubblici uffici"<sup>16</sup>. Esso richiede all'amministrazione sia di non discriminare la posizione dei soggetti coinvolti dalla sua azione nel perseguimento degli interessi affidati alla sua cura (condotta negativa) sia di ponderare comparativamente tutti gli interessi coinvolti dalla sua azione al fine di realizzare gli interessi pubblici suddetti con il minore sacrificio degli altri interessi in gioco (condotta positiva). Lo stesso impone altresì che l'amministrazione sia strutturata in modo da assicurare una condizione oggettiva di aparzialità<sup>17</sup>. In considerazione di quanto precede il principio in esame impone dunque di garantire che l'amministrazione sia neutrale, svincolata dalla politica. Una tale prerogativa si scontra con lo *spoils system* laddove questo, in deroga al principio di separazione tra politica e amministrazione, apre la porta all'ingerenza dell'organo politico sul dirigente, il quale invece deve operare in modo autonomo.

---

*strazione e la disciplina della dirigenza*, in *Il lavoro nelle P.A.*, 2003, 231 ss.; F. BASSANINI, *Indirizzo politico*, cit., 2257 ss., secondo cui l'azzeramento dei contratti in corso e l'eliminazione della durata minima degli incarichi erano «due innovazioni-chiave, coerentemente volte a porre i dirigenti alla mercé delle scelte dell'autorità politica, da un lato rendendo precaria la validità del contratto, ma dunque anche la durata dell'incarico, dall'altra consentendo alla autorità politica di tenere costantemente "sotto schiaffo" il dirigente, mediante l'attribuzione di incarichi di cortissima durata». Sulla medesima legge si veda anche F. CARINCI, S. MAINARDI, *La dirigenza delle pubbliche amministrazioni. Una ricostruzione sistematica e comparata della normativa nei diversi modelli istituzionali*, Milano, 2004. In generale sull'evoluzione legislativa che ha caratterizzato la dirigenza si veda S. BATTINI, B. CIMINO, *La dirigenza pubblica italiana: fra privatizzazione e politicizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 1001 ss.

<sup>15</sup> Si veda il par. 1.

<sup>16</sup> Corte costituzionale, 15 ottobre 1990, n. 453.

<sup>17</sup> Sul principio di imparzialità, *ex multis*, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 48; A. CERRI, *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cura di L. LANFRANCHI, Milano, 1997, 199; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., VIII, Torino, 1993, 131 ss.; F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006, 194; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, 1989, 15, 1 ss. In generale sui principi dell'azione amministrativa: A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2008, 191 ss.

Il principio di imparzialità trova fondamento in ulteriori previsioni costituzionali. Tra queste rilevano l'art. 51, comma 1, Cost., secondo cui tutti i cittadini possono accedere agli uffici pubblici in condizioni di uguaglianza, e l'art. 97, comma 3, Cost., ai sensi del quale agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, che è dunque la forma ordinaria di accesso agli uffici predetti in quanto meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci. Tali disposizioni, che mirano a garantire l'amministrazione pubblica e i suoi dipendenti da influenze politiche o di parte in relazione all'accesso all'ufficio, confliggono evidentemente con un sistema quale quello delle spoglie, che permette di attribuire un incarico a personale esterno, che dunque non ha superato un concorso pubblico, sulla base di un rapporto fiduciario o dell'adesione politica, non tenendo conto del merito, dell'uguaglianza e di metodi di misurazione oggettiva.

Si colloca a fondamento del principio di imparzialità anche l'art. 98, comma 1, Cost., ai sensi del quale i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione. Tale disposizione – che, come noto, col termine “Nazione” intende “collettività” e non “governo”<sup>18</sup> – esclude quindi che i predetti impiegati siano al servizio del governo o di una parte politica. Suo scopo è garantire l'amministrazione pubblica e i suoi dipendenti da influenze politiche o di parte in relazione allo svolgimento della carriera<sup>19</sup>. Tuttavia, come per le altre disposizioni poste a fondamento del principio di imparzialità, anche la finalità del primo comma dell'art. 98 Cost. è passibile di essere disattesa dallo *spoils system*, laddove i vertici politici tendono a nominare personale del loro stesso orientamento e asservirlo alle loro politiche<sup>20</sup>.

Rileva ai fini della verifica della legittimità dell'istituto in esame anche il principio del buon andamento (art. 97, comma 1, Cost.), unito quasi in endiadi con quelli dell'imparzialità e della legalità<sup>21</sup>. Esso impone all'amministrazione di agire nel modo più adeguato e conveniente possibile<sup>22</sup> e si traduce nella necessità che la sua azione si svolga secondo principi (o criteri) di economicità (implicante l'ottimizzazione dei risultati in relazione ai mezzi a disposizione), efficacia (che richiede che l'azione amministrativa sia idonea al raggiungimento degli obiettivi)

<sup>18</sup> V. CERULLI IRELLI, *La funzione amministrativa tra politica ed amministrazione*, in *La dirigenza pubblica. Analisi e prospettive*, a cura di M.P. CHITI, R. URSI, Torino, 2007, 15 ss.

<sup>19</sup> Corte costituzionale 27 luglio 1993, n. 333.

<sup>20</sup> V. CAVANNA, *Sullo spoils system in tema di dirigenza pubblica*, in *www.ambienteditto.it*, 2006.

<sup>21</sup> Corte costituzionale 15 ottobre 1990, n. 453.

<sup>22</sup> Sul principio del buon andamento, *ex multis*, M.R. SPASIANO, *Il principio del buon andamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, 2012, 117 ss.; ID., *Il principio di buon andamento, dal meta-giuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *Ius Publicum*, 2011, 1 ss.; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979; P. CALANDRA, voce *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1988, 1 ss.

ed efficienza (che attiene al rapporto tra obiettivi raggiunti e risorse utilizzate), perseguendo la logica del risultato. Tale logica è un'azione conforme al buon andamento, che richiede che vengano garantite la continuità all'azione amministrativa e una valutazione dei risultati per il conseguimento dei quali è necessario che venga messo a disposizione un tempo adeguato, si scontrano con un istituto quale lo *spoils system* in cui ingerenze esterne sono in grado di deviare l'interesse collettivo e in cui l'incarico viene fatto cessare indipendentemente dalla valutazione dei risultati e spesso prima che si abbia avuto il tempo di attuare gli obiettivi.

Infine, all'interno dell'analisi che qui ci occupa, occorre prendere in considerazione anche il principio della responsabilità ministeriale di cui all'art. 95, comma 2, Cost., ai sensi del quale "i Ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri e, individualmente, degli atti dei loro dicasteri". Tale disposizione indica il Ministro da una parte quale vertice politico, dall'altra quale apice amministrativo del ministero, implicando una possibilità di intervento (condizionamento, controllo, ingerenza) sull'attività amministrativa di cui risponde in sede politica e dunque contrastando potenzialmente col predetto principio di imparzialità.

Analizzati i principi costituzionali che vengono in rilievo in materia, nella parte che segue si esaminerà la giurisprudenza della Corte costituzionale dedicata a più riprese a verificare il rispetto dei predetti principi da parte della normativa più volte rivisitata relativa allo *spoils system*.

### 3. *La vigilanza della Corte costituzionale e la sua giurisprudenza consolidata*

La Corte costituzionale si è più volte pronunciata sulla legittimità costituzionale del sistema delle spoglie. Da una parte, essa ha censurato i tentativi del legislatore di estendere l'ambito di applicazione del predetto istituto in quanto considerati causare la precarizzazione della dirigenza e violare i principi di imparzialità e buon andamento. Dall'altra, ha affermato che le disposizioni legislative che fanno conseguire al rinnovo dell'organo politico l'automatica decadenza dagli incarichi dirigenziali sono costituzionalmente legittime soltanto allorché riferite a incarichi di natura fiduciaria, in quanto tali attribuiti dall'organo politico *intuitu personae*, ossia sulla base di valutazioni personali orientate dalla necessità di assicurare coesione e sinergia con l'indirizzo politico<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> In generale, sulla giurisprudenza costituzionale in tema di *spoils system*: F. BACCHINI, *Lo spoils system e l'elemento della fiduciarietà: profili problematici e spunti di riflessione fra Corte Costituzionale ed evoluzione normativa*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2021, 813 ss.; G. SCACCIA, *Spoils system e giurisprudenza costituzionale*, in *Costituzione e spoils system. Il caso dei segretari comunali arriva alla Consulta*, a cura di N. MACCABIANI, Milano, 2018, 73 ss.; L. PANZERI, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale*

In effetti già dalla sua prima pronuncia in materia (sentenza 16 giugno 2006, n. 233)<sup>24</sup> la Consulta, confermando la validità dell'istituto, ha affermato che, se applicato a determinate posizioni dirigenziali apicali, esso contribuisce a “rafforzare la coesione fra l'organo politico [...] e gli organi di vertice dell'apparato burocratico [...] per consentire il buon andamento dell'attività di direzione dell'ente”. In altri termini, secondo la Corte la necessità che sia garantito il buon andamento è prioritaria rispetto al principio di imparzialità, che in teoria esclude vertici amministrativi ‘parziali’ verso l'esecutivo. Tuttavia, precisando che l'istituto in esame non può però infrangere lo spazio riservato all'indipendenza della pubblica amministrazione, la Consulta lo ha limitato alle sole posizioni apicali, escludendo tutti gli altri livelli dirigenziali. Proseguendo il suo ragionamento, la Corte ha altresì affermato che il sistema delle spoglie non può comportare una precarietà inaccettabile della dirigenza e ha di conseguenza escluso il possibile azzeramento dei vertici delle amministrazioni, in grado di dare luogo anche a una pericolosa dipendenza dell'amministrazione verso la politica<sup>25</sup>.

Con tale sentenza iniziava un percorso interpretativo in cui l'ambito soggettivo dello *spoils system*, nella sua forma pura della cessazione automatica dell'incarico in occasione del rinnovo dell'organo politico, è stato sottoposto a diversi aggiustamenti in considerazione delle funzioni attribuite ai dirigenti, le quali assurgono a parametro alla cui stregua definire l'ambito di legittima operatività dello *spoils system*.

In effetti, se la prima sentenza della Corte sembrava aprire la strada all'applicazione del sistema delle spoglie, le seguenti decisioni hanno invece provveduto a circoscrivere tale applicazione. Invero, pur sempre in continuità logica con quanto statuito nella pronuncia n. 233/2006, con la sentenza 23 marzo 2007, n. 103<sup>26</sup>,

---

*in tema di spoils system alla definizione del rapporto tra politica ed amministrazione*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 259 ss.; P. JORI, *Lo spoils system nello Stato e nelle regioni, secondo i principi formulati dalla giurisprudenza costituzionale*, in *LexItalia.it*, 2008.

<sup>24</sup> Con tale sentenza la Corte giudicava sul ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri avverso l'art. 1 della legge regionale della Calabria 3 giugno 2005, n. 12, in tema di decadenza *ope legis* delle nomine e degli incarichi dirigenziali conferiti dagli organi di indirizzo politico della Regione, al sopravvenire di ogni nuova legislatura.

<sup>25</sup> Cfr. S. BATTINI, *In morte del principio di distinzione fra politica ed amministrazione*, cit., 914, secondo cui tale sentenza costituirebbe “una dichiarazione di morte del principio di distinzione fra politica ed amministrazione” e il ragionamento della Corte costituzionale lascerebbe intendere che il buon andamento “postula (...) che fra la politica e la dirigenza di vertice vi sia ‘coesione’, non ‘distinzione’”.

<sup>26</sup> Sulla sentenza n. 103/2007, M. CLARICH, *Corte costituzionale e spoils system*, cit., che considera tale pronuncia “una rivincita della dirigenza pubblica nei confronti dello strapotere della politica a garanzia dell'imparzialità della pubblica amministrazione”: “la Corte costituzionale riscatta la dirigenza pubblica da un ruolo troppo subalterno, senza per questo prefigurare il ripristino del vecchio modello dei megadirettori generali inamovibili, in grado di mettersi di traverso ai ministri di turno (in passato, soggetti a una rapida turnazione dovuta alle crisi politiche frequenti). In

confermata con la successiva sentenza n. 104<sup>27</sup>, la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, l. n. 145/2002, che, come visto, sanciva una forma di *spoils system* c.d. '*una tantum*'. La cessazione automatica degli incarichi di funzione dirigenziale generale dopo sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge, ed in carenza di ogni garanzia procedimentale, veniva infatti ritenuta violare i principi di imparzialità e buon andamento, nonché quello di continuità a quest'ultimo collegato, rischiando di causare una disfunzione della macchina amministrativa e di permettere l'instaurazione di un legame fiduciario idoneo a impedire alla dirigenza un esercizio autonomo e imparziale dell'attività amministrativa.

Confermando e arricchendo i suoi precedenti arresti, con sentenza 20 maggio 2008, n. 161, la Consulta dichiarava illegittima anche la norma sullo *spoils system* transitorio applicato '*una tantum*' ai dirigenti di "altre" pubbliche amministrazioni in quanto in contrasto coi principi di buon andamento e imparzialità e con il principio di continuità dell'azione amministrativa, strettamente correlato al primo<sup>28</sup>. Secondo la Corte, la cessazione anticipata *ex lege* del rapporto impedisce la verifica della responsabilità dirigenziale sulla base di una valutazione dei risultati che il dirigente deve perseguire "nel rispetto degli indirizzi posti dal vertice politico, avendo a disposizione un periodo di tempo adeguato, modulato in ragione della peculiarità della singola posizione dirigenziale e del contesto complessivo in cui la stessa è inserita". E ciò a prescindere dalla tipologia di incarico, e segnatamente dalla circostanza che la norma in questione si riferisca a "incarichi conferiti a personale dipendente da 'altre' amministrazioni pubbliche".

---

fondo, il principio della distinzione tra politica e amministrazione assegna comunque ai politici, la cui legittimazione discende dai meccanismi della rappresentanza democratica, il compito di dettare le direttive e di valutare *ex post*, con tutte le garanzie del caso, i dirigenti in relazione ai risultati effettivamente perseguiti. Il principio della primazia della politica, rettammente inteso, non è in discussione"; F. MERLONI, *Verso una maggiore delimitazione dello spoils system?*, in *Astrid.it*, 2007; M. RUSCIANO, *Dirigenze pubbliche e spoils system*, *ivi*.

<sup>27</sup> Con la sentenza 23 marzo 2007, n. 104, la Corte censurava disposizioni regionali (art. 71, commi 1, 3 e 4, lettera a), legge regionale Lazio 17 febbraio 2005, n. 9, art. 55, comma 4, Statuto regionale Lazio, art. 96 legge regionale Sicilia 26 marzo 2002, n. 2) che stabilivano meccanismi di cessazione automatica degli incarichi analoghi a quelli censurati dalla sentenza n. 103/2007 ai danni rispettivamente dei direttori generali delle Asl e dei dirigenti della fascia più bassa. Sulle prime tre sentenze della Corte costituzionale in materia di *spoils system*: F.G. SCOCA, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoils system*, in *Giur. cost.*, 2007, 1017, secondo cui con tali sentenze il principio della separazione tra organi e funzioni politiche ed organi e funzioni amministrative sembra assumere valore costituzionale, in quanto diretta esplicazione dei principi di imparzialità e buon andamento.

<sup>28</sup> Con tale sentenza la Consulta dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 161, d.l. n. 262/2006, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. n. 286/2006, nella parte in cui dispone che gli incarichi conferiti al personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23 d.lgs. n. 165/2001 «conferiti prima del 17 maggio 2006, cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto». Si veda *supra* par. 1.

Invero, la natura “esterna” dell’incarico “non costituisce un elemento in grado di diversificare in senso fiduciario il rapporto di lavoro dirigenziale, che deve rimanere caratterizzato, sul piano funzionale, da una netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie”. Anche per i dirigenti “esterni”, infatti, il rapporto di lavoro con l’amministrazione che conferisce l’incarico deve essere “connotato da specifiche garanzie, le quali presuppongono che esso sia regolato in modo tale da assicurare la tendenziale continuità dell’azione amministrativa e una chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione”.

Nel medesimo solco, con sentenza 5 febbraio 2010, n. 34, la Corte costituzionale censurava un’ipotesi di *spoils system* applicato a direttori generali delle aziende sanitarie locali e al direttore generale dell’agenzia regionale per la protezione dell’ambiente. Secondo la Corte infatti tale istituto non può applicarsi in quanto le nomine dei predetti soggetti presuppongono una forma di selezione che, per quanto non abbia natura concorsuale in senso stretto, è, tuttavia, basata sull’apprezzamento oggettivo, ed eventualmente anche comparativo, delle qualità professionali e del merito, escludendo dunque che la scelta possa avvenire in base a una mera valutazione soggettiva di consentaneità politica e personale tra nominante e nominato. Pertanto in questi casi il carattere automatico della decadenza dall’incarico del dirigente è illegittimo in quanto incompatibile con i principi di imparzialità e del buon andamento, poiché pregiudica la continuità dell’azione amministrativa, introduce in quest’ultima un elemento di parzialità, sottrae al soggetto dichiarato decaduto dall’incarico le garanzie del giusto procedimento e svincola la rimozione del dirigente dall’accertamento oggettivo dei risultati conseguiti<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Con tale sentenza la Corte costituzionale dichiarava la parziale illegittimità dell’art. 1, commi 1 e 4, legge regionale Calabria 3 giugno 2005, n. 12, nella parte in cui dispone la decadenza automatica, alla data di proclamazione del Presidente della Giunta regionale, dei direttori generali delle aziende sanitarie locali e del direttore generale dell’agenzia regionale per la protezione dell’ambiente, nominati nei nove mesi antecedenti la data delle elezioni per il rinnovo degli organi di indirizzo politico. Essendo le nomine dei predetti soggetti subordinate al possesso di specifici requisiti di competenza e professionalità e, talvolta, essendo precedute anche da un avviso pubblico, esse “presuppongono una forma di selezione che, per quanto non abbia natura concorsuale in senso stretto, è tuttavia comunque basata sull’apprezzamento oggettivo, ed eventualmente anche comparativo, delle qualità professionali e del merito. Essa, quindi, esclude che la scelta possa avvenire in base ad una mera valutazione soggettiva di consentaneità politica e personale fra nominante e nominato. Ciò, del resto, è strettamente collegato al tipo di funzioni che i titolari degli uffici pubblici in questione sono chiamati ad esercitare. Essi non collaborano direttamente al processo di formazione dell’indirizzo politico, ma ne devono garantire l’attuazione. A tal fine, non è però necessaria, da parte del funzionario, la condivisione degli orientamenti politici della persona fisica che riveste la carica politica o la fedeltà personale nei suoi confronti. Si richiede, invece, il rispetto del dovere di neutralità, che impone al funzionario, a prescindere dalle proprie personali convinzioni, la corretta e leale esecuzione delle direttive che provengono dall’organo politico, quale che sia il titolare *pro tempore* di quest’ultimo”.



Seguendo lo stesso orientamento, con sentenza 5 marzo 2010, n. 81, la Corte costituzionale censurava un'ipotesi di *spoils system* transitorio, secondo cui gli incarichi di funzioni dirigenziali conferiti, tra l'altro, a persone di particolare e comprovata qualificazione in possesso di requisiti specifici, estranei alle amministrazioni statali, "cessano ove non confermati entro sessanta giorni" dalla data di entrata in vigore del decreto contenente la norma censurata. In particolare il caso di specie riguardava un incarico di direzione di uffici di livello dirigenziale non generale, attribuito a soggetto esterno all'amministrazione conferente, non dipendente, come dirigente, da altra amministrazione<sup>30</sup>. Secondo la Corte anche per tale tipologia di incarichi il rapporto di lavoro instaurato con l'amministrazione che attribuisce la relativa funzione deve essere "connotato da specifiche garanzie, le quali presuppongono che esso sia regolato in modo tale da assicurare la tendenziale continuità dell'azione amministrativa e una chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione". Ne consegue che la norma in questione, prevedendo l'anticipata cessazione *ex lege* del rapporto in corso, in mancanza di riconferma, violava, in carenza di idonee garanzie procedurali, i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità e, in particolare, il principio di continuità dell'azione amministrativa, strettamente correlato al primo.

Ancora, sulla base degli stessi principi delle precedenti pronunce, con sentenza 25 luglio 2011, n. 246, la Corte censurava il meccanismo "a regime" di cessazione anticipata del rapporto di ufficio quale effetto automatico del mutamento di governo, applicabile ad incarichi dirigenziali, anche non apicali, conferiti a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione<sup>31</sup>. Secondo la Corte, il meccanismo "a regime" non si differenzia da quello transitorio, già dichiarato illegittimo con la sentenza n. 81/2010. La due rispettive norme infatti sono diverse solo per il fatto che una introduce un meccanismo di *spoils system* a regime, mentre l'altra uno transitorio. Tuttavia tale differenza, che attiene all'efficacia nel tempo della norma, non può indurre a una diversa conclusione in punto di legittimità costituzionale. Invero, "se è illegittima una norma che, per una sola volta e in via transitoria, disponga la cessazione automatica di incarichi dirigenziali, a prescindere da ogni valutazione circa l'operato dei dirigenti, a maggior ragione deve ritenersi illegittima una

---

<sup>30</sup> La Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 161, d.l. n. 262/2006, convertito, con modificazioni, nella l. n. 286/2006, nella parte in cui dispone che gli incarichi conferiti al personale di cui al comma 6, dell'art. 19, d.lgs. n. 165/2001, conferiti prima del 17 maggio 2006, "cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto".

<sup>31</sup> La pronuncia della Corte colpiva l'art. 19, comma 8, d.lgs. n. 165/2001, nel testo vigente prima dell'entrata in vigore dell'art. 40 d.lgs. n. 150/2009, nella parte in cui prevede che gli incarichi di funzione dirigenziale, conferiti ai sensi del comma 6 del medesimo art. 19, cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo.

disposizione che consenta di replicare un simile meccanismo per un numero indeterminato di future occasioni<sup>32</sup>.

In modo analogo, con la sentenza 11 gennaio 2016, n. 20, la Corte costituzionale ribadiva l'illegittimità costituzionale, rispetto all'art. 97 Cost., delle disposizioni che stabiliscono sistemi di decadenza automatica dalla carica, derivante da cause indipendenti dalle vicende del rapporto d'ufficio e scollegata dalla valutazione dei risultati. In particolare la Consulta censurava l'applicazione dello *spoils system* al direttore dell'ente regionale "Abruzzo Lavoro", in quanto figura tecnico-professionale, che non collabora direttamente alla formazione dell'indirizzo politico, ma che deve perseguire gli obiettivi determinati dagli atti di pianificazione e indirizzo degli organi di governo della Regione<sup>33</sup>.

Non diversamente, con sentenza 21 febbraio 2017, n. 52, la Consulta dichiarava l'illegittimità costituzionale di un caso di *spoils system* applicato all'incarico di comandante regionale dei vigili del fuoco. Sulla base della ricostruzione dell'incarico suddetto quale avente natura tecnica e non apicale, e in linea con la giurisprudenza precedente, la Corte affermava il sistema delle spoglie contrastante con l'art. 97 Cost. in quanto la cessazione dalla carica derivava da cause estranee alle vicende del rapporto instaurato con il titolare dell'incarico, non correlata a valutazioni relative ai risultati conseguiti all'interno di idonee garanzie procedurali<sup>34</sup>.

Contrariamente alle precedenti pronunce (eccetto la prima), ma sempre in linea con esse, la Consulta ha talvolta dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata davanti a sé in relazione a norme contenenti fattispecie di *spoils system*.

Ad esempio, la sentenza 28 ottobre 2010, n. 304, esaminava un sistema delle spoglie riguardante gli uffici di diretta collaborazione col Ministro<sup>35</sup>. Secondo la Corte l'applicazione del sistema delle spoglie a tali incarichi non è costitu-

<sup>32</sup> Corte costituzionale 11 aprile 2011, n. 124.

<sup>33</sup> La Corte censurava l'art. 2, comma 1, legge regionale Abruzzo 12 agosto 2005, n. 27.

<sup>34</sup> In particolare la Consulta dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 2-*bis*, legge regionale Valle d'Aosta 23 luglio 2010, n. 22, nella parte in cui estende all'incarico di comandante regionale dei vigili del fuoco l'art. 10, comma 1, della medesima legge (regime stabilito per incarichi di diretta collaborazione con l'organo di governo), prevedendo che tale incarico è revocabile in qualsiasi momento su richiesta del Presidente della Regione ed è, in ogni caso, correlato alla durata in carica di quest'ultimo. In merito a tale sentenza, S. DE GOTZEN, *Funzioni tecniche di attuazione dell'indirizzo politico e sottrazione del dirigente al regime dello spoils system*, in *Le Regioni*, 2017, 4, 825-832.

<sup>35</sup> La questione di legittimità costituzionale riguardava l'art. 1, comma 24-*bis*, decreto-legge 18 maggio 2006, n. 181, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 luglio 2006, n. 23, secondo il quale all'atto del giuramento tutte le assegnazioni di personale, ivi compresi gli incarichi anche di livello dirigenziale e le consulenze e i contratti, anche a termine, conferiti nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, decadono automaticamente ove non confermati entro trenta giorni dal giuramento del nuovo Ministro.

zionalmente illegittimo in quanto nell'ambito della separazione tra gli organi di indirizzo politico e gli organi di gestione gli uffici predetti "svolgono una attività di supporto strettamente correlata all'esercizio delle [...] funzioni di indirizzo politico-amministrativo". La peculiarità del loro ruolo esige un'intima compenetrazione e coesione volta alla compiuta definizione del predetto indirizzo, giustificando così il rapporto di natura strettamente fiduciaria tra l'organo di governo e tutto il personale di cui esso si avvale per svolgere tale attività, il quale si manifesta, da una parte, nella nomina *intuitu personae* e, dall'altra, nella cessazione di tali incarichi al termine della carica dell'organo di governo.

Ancora, con la dibattuta sentenza del 22 febbraio 2019, n. 23, la Corte dichiarava infondata la questione di legittimità costituzionale relativa allo speciale caso di applicazione dello *spoils system* al segretario comunale. Di tale figura – la cui scelta, pur discrezionale, a differenza di quella del direttore generale o del capo di gabinetto non è libera, ma presuppone un accertamento preventivo di specifiche competenze tecniche e giuridiche, attraverso l'iscrizione a un Albo di persone qualificate e selezionate a monte mediante concorso pubblico – è prevista la decadenza automatica al cessare, per qualunque ragione, del mandato del sindaco, lasciando piena libertà al sindaco neo-eletto di non confermare il segretario uscente, senza alcun onere motivazionale. Secondo la Corte la relativa norma costituisce un "riflesso di un non irragionevole punto di equilibrio tra le ragioni dell'autonomia degli enti locali, da una parte, e le esigenze di un controllo indipendente sulla loro attività, dall'altro" e per questa via la previsione di una decadenza automatica alla cessazione del mandato del nominante "non raggiunge la soglia oltre la quale vi sarebbe violazione dell'art. 97 Cost., non traducendosi nell'automatica compromissione né dell'imparzialità dell'azione amministrativa, né della sua continuità"<sup>36</sup>. Si trattava di un arresto giurisprudenziale non scontato, in relazione a una figura, quella del segretario comunale, dalla natura ambivalente e polimorfa, che somma e cumula più funzioni eterogenee: da quella di presidio della legalità all'interno dell'ente, a quella di consigliere giuridico-tecnico-contabile del sindaco, della giunta e del consiglio, a quella di organo di coordinamento, indirizzo e controllo degli uffici burocratici nell'attuazione degli indirizzi deliberati dal vertice politico, alle ulteriori funzioni attribuitegli

---

<sup>36</sup> La questione di legittimità costituzionale aveva a oggetto l'art. 99 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Tuel) nella parte in cui ricollega la durata della nomina a segretario comunale e provinciale a quella del mandato amministrativo del sindaco o del presidente della Provincia (comma 2) e prevede che la stessa nomina non possa comunque essere disposta da parte del sindaco o del presidente della Provincia prima di sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla data d'insediamento di questi ultimi, decorsi i quali il segretario in carica è da intendersi confermato (comma 3). In merito a tale sentenza C. NAPOLI, *La Corte costituzionale interviene sul rapporto tra vertice politico e vertice amministrativo dell'ente locale. Una nuova forma di bicefalismo per i segretari comunali e provinciali?*, in *Le Regioni*, 2019, 2, 501 ss.; M. GORLANI, *I segretari comunali e lo "spoils system": un compromesso non semplice (e non convincente) per una figura dai profili multiformi*, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 284-292.

dallo statuto o dai regolamenti o conferitegli dal sindaco, oltre a quelle elencate nell'art. 97, co. 4, Tuel. La Corte infatti riteneva non costituzionalmente illegittima la disposizione legislativa relativa alla decadenza automatica della figura in esame proprio dando rilievo soprattutto alla descritta eterogeneità di funzioni del segretario comunale, collocato sulla linea di confine tra politica e amministrazione, e al ruolo attivo e propositivo da esso svolto che gli permette di coadiuvare e supportare il sindaco e la giunta nella fase preliminare della definizione dell'indirizzo politico-amministrativo nonché di influenzarla<sup>37</sup>.

Alla luce dell'analisi svolta, scongiurando il rischio di un'eccessiva politicizzazione della dirigenza, la Consulta si dimostra un attento vigile in materia e un solido argine contro le ricorrenti tentazioni espansive di *spoils system* della maggioranza, naturalmente tendente ad aumentare la propria influenza sulla dirigenza ben al di là della circoscritta attività di collaborazione alla definizione dell'indirizzo politico. Secondo l'orientamento ormai stabile, la giurisprudenza consolidata della Corte sostiene in sintesi l'incompatibilità con l'art. 97 Cost. di disposizioni di legge, statali o regionali, che stabiliscono sistemi di revocabilità *ad nutum* o di decadenza automatica dalla carica, derivanti da cause estranee alle vicende del rapporto instaurato con il titolare dell'incarico, non correlati a valutazioni riguardanti i risultati conseguiti da quest'ultimo all'interno di idonee garanzie procedurali, allorché tali meccanismi siano riferiti a titolari di incarichi dirigenziali che comportino l'esercizio di funzioni tecniche di attuazione dell'indirizzo politico. Al contrario, le disposizioni legislative che al rinnovo dell'organo politico fanno seguire l'automatica decadenza di titolari di uffici amministrativi possono considerarsi conformi all'art. 97 Cost. soltanto se si riferiscono a titolari di organi di vertice dell'amministrazione, nominati *intuitu personae*, ossia sulla base di valutazioni personali coerenti all'indirizzo politico.

#### 4. *Il recente parere del Consiglio di Stato: la questione del tempo e il ricorso ai medesimi principi*

Con un recente parere richiesto dal Ministero dell'economia e delle finanze il Consiglio di Stato è tornato sul tema dello *spoils system*<sup>38</sup>, esaminandone un pro-

<sup>37</sup> In particolare, secondo la Corte "l'assistenza del segretario alle riunioni degli organi collegiali del Comune, con funzioni consultive, referenti e di supporto, non ha il mero scopo di consentire la verbalizzazione, ma anche quello di permettergli di intervenire, sia nel procedimento di formazione degli atti, sia, se richiesto, nella fase più propriamente decisoria, in relazione a tutti gli aspetti giuridici legati al più efficace raggiungimento del fine pubblico", e "il parere di regolarità tecnica su ogni proposta di deliberazione sottoposta a giunta e consiglio si configura quale intervento preliminare volto a sottolineare se e in che modo la proposta pone le corrette premesse per il raggiungimento dell'interesse pubblico volta a volta tutelato dalla legge".

<sup>38</sup> Consiglio di Stato, sez. I, 15 dicembre 2022, n. 1979.

filo che, seppure nuovo, viene affrontato con gli “strumenti” tradizionalmente adoperati in relazione a tale istituto. In particolare, a differenza delle sentenze della Corte costituzionale, riguardanti l’ambito soggettivo di applicazione del sistema delle spoglie, il parere del Consiglio di Stato analizza una questione relativa al profilo temporale del medesimo sistema.

Il punto controverso trae origine dall’art. 19, comma 8, d.lgs. n. 165/2001, come riformulato dalla l. n. 145/2002<sup>39</sup>, secondo cui “gli incarichi di funzione dirigenziale di cui al comma 3 cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo”. In merito, la domanda posta al Consiglio di Stato è se l’organo di governo, che non intenda rinnovare nell’incarico di vertice la persona che lo deteneva prima del voto di fiducia, debba attendere lo spirare dei novanta giorni, conseguendo per effetto legale la vacanza del posto di vertice e solo dopo “avviare l’*iter* procedurale necessario per l’attribuzione dell’incarico su quel posto ad altra persona, diversa da quella il cui incarico è nel frattempo in tal modo cessato” oppure se invece il procedimento di attribuzione dell’incarico a persona diversa possa prendere avvio durante il decorso dei novanta giorni e anche molto prima dello spirare del novantesimo giorno. In termini più sintetici, l’oggetto del quesito è se la disposizione richiamata consenta di limitare, sotto il profilo temporale, il “potere di scelta” degli organi politici, impedendone l’esercizio sino a che non siano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo o se, invece, si possano avviare le procedure di rinnovo durante il decorso dei novanta giorni e anche molto prima del novantesimo giorno.

Per rispondere al quesito Palazzo Spada ricorre alla natura dell’istituto, alla sua *ratio* e agli stessi principi che la Corte costituzionale ha posto alla base delle sue molteplici decisioni in materia.

Per quanto riguarda la natura dello *spoils system*, come visto, la giurisprudenza costituzionale chiamata più volte a delimitare l’ambito soggettivo di applicazione dell’istituto ha riconosciuto che il rapporto tra autorità nominante e dirigente soggetto a un legittimo sistema delle spoglie ha natura fiduciaria. L’incarico infatti da una parte viene affidato sulla base di una valutazione di tipo soggettivo, *intuitu personae*, sulla scorta di valutazioni personali di consentaneità con l’indirizzo politico, dall’altra cessa indipendentemente dalla valutazione dei risultati conseguiti e senza la necessità di un previo contraddittorio. In considerazione di quanto precede, secondo il Consiglio di Stato, la cessazione automatica dell’incarico, decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo, non ha il significato di impedire, in quanto funzionale al fondamento fiduciario del rapporto, la possibilità di recedere liberamente dallo stesso, anche prima di tale termine. In effetti, se la legittimazione delle figure dirigenziali apicali deriva dall’organo politico cui sono legate da vincolo fiduciario, allora tale legittimazione viene meno

---

<sup>39</sup> Art. 3, comma 1, lett. i), l. n. 145/2002.

nel momento in cui il nuovo Governo si insedia a seguito del voto di fiducia, con la conseguenza che l'organo politico può recedere dal rapporto anche prima del termine di novanta giorni da tale voto. In altre parole, già dal voto di fiducia la legittimazione delle figure dirigenziali apicali viene meno, con la conseguenza che non occorre aspettare ulteriori giorni per eliderla e dunque per recedere dal rapporto. La fiduciarità infatti implica di per sé che al momento dell'insediamento del nuovo esecutivo essa venga elisa, legittimando l'organo politico a recedere dal rapporto anche prima del decorso del termine di novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo.

Quanto precede va letto alla luce della *ratio* sottesa all'istituto in esame. Come noto, la ragione che giustifica lo *spoils system* e la conseguente deroga al principio della separazione tra politica e amministrazione è la necessità di garantire coesione e coordinamento tra indirizzo politico e dirigenza coinvolta nella formazione di quest'ultimo, o in altri termini, di garantire la funzionalità della dirigenza all'azione di governo, come indirizzo politico. Considerata tale *ratio*, secondo il Consiglio di Stato è con essa incompatibile ritenere che il nuovo organo politico sia vincolato dalle scelte del precedente fino alla decorrenza dei novanta giorni dal voto di fiducia, in quanto non verrebbero garantiti quella coesione e quel coordinamento necessari tra indirizzo politico e dirigenza coinvolta nella sua formazione. D'altra parte, *a contrario*, se il motivo che giustifica e legittima il sistema delle spoglie, di per sé derogatorio al principio di separazione fra politica e amministrazione, è, anche se in relazione solo a talune figure apicali, essere funzionale all'azione di governo, quale indirizzo politico, l'interpretazione per cui questa esigenza non possa trovare soddisfazione, e che dunque il nuovo organo politico sia vincolato dalle scelte effettuate dal suo predecessore fino a che sia decorso il termine di novanta giorni dal voto di fiducia sul Governo, mancherebbe di una ragione giustificatrice coerente con la stessa *ratio* dello *spoils system* nonché con la natura fiduciaria del rapporto, di per sé diretto a garantire coesione e coordinamento fra indirizzo politico e dirigenza coinvolta nella sua formazione.

Nell'argomentare il suo parere il Consiglio di Stato ricorre infine ai principi già utilizzati dalla Corte costituzionale nelle sue sentenze in materia. In particolare, secondo Palazzo Spada, l'esigenza di garantire coesione e coordinamento fra indirizzo politico e dirigenza coinvolta nella sua formazione, quale ragione che giustifica e legittima lo *spoils system*, da una parte, e l'esigenza di assicurare la celerità e l'efficienza dell'azione di governo, dall'altra, per essere pienamente funzionali al buon andamento della pubblica amministrazione, rendono intollerabile imporre all'autorità nominante uno *spatium deliberandi* esteso sino ai novanta giorni successivi al voto di fiducia sul Governo.

Alla luce delle illustrate argomentazioni il Consiglio di Stato interpreta l'art. 19, comma 8, d.lgs. n. 165/2001 escludendo che il nuovo organo politico debba

ritenersi vincolato dalle scelte del Governo precedente sino a che siano decorsi novanta giorni dal voto di fiducia sul Governo, derivandone due conseguenze. Da un lato, l'organo politico può effettuare il recesso dal rapporto anche prima dello scadere del termine di novanta giorni (spirato il quale la cessazione è automatica). Dall'altro, i titolari di posizioni subordinate a *spoils system* non vantano una posizione giuridica tutelata (ad esempio di affidamento) alla conservazione della posizione stessa durante i novanta giorni successivi al voto di fiducia. Essi infatti al momento dell'assunzione dell'incarico sono consapevoli che questo dipende dalla durata in carica del Governo, durata che non è predeterminabile.

In considerazione di tutto quanto precede, il parere in esame appare costituire un ulteriore tassello che compone il complesso mosaico dello *spoils system* dei dirigenti pubblici, inscrivendosi nell'ambito del più ampio tema del rapporto tra politica e amministrazione nonché del principio di separazione tra la sfera dell'indirizzo politico e quella della gestione amministrativa che lo governa, e trovando soluzione nel solco di quel filone di pronunce volte a garantire il rispetto di fondamentali principi relativi alla pubblica amministrazione, primo fra tutti quello del buon andamento.

##### 5. *Dirigenza fiduciaria e dirigenza professionale*

Come visto, lo *spoils system* costituisce un modello di selezione della dirigenza pubblica di tipo fiduciario, basato sulla scelta discrezionale operata dagli organi politici. In particolare, secondo questo modello, anche quando le norme richiedono, con riferimento alle diverse posizioni, il possesso di alcuni requisiti generali, l'incarico viene affidato sulla base di una valutazione soggettiva di consentaneità politica, *intuitu personae*, e cessa indipendentemente dalla valutazione dei risultati conseguiti e senza la necessità di un previo contraddittorio, dando luogo a una dirigenza "fiduciaria" appunto, attratta nell'orbita degli organi di indirizzo politico.

A tale modello si contrappone il modello c.d. neutrale o professionale, in cui la dirigenza viene selezionata in base a una valutazione oggettiva, ossia mediante concorso pubblico, corso-concorso o sulla base di un percorso di studi, e risulta attratta al modello di separazione fra politica e amministrazione. La predetta valutazione deve tenere conto dei criteri indicati nell'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, fra i quali vi sono le attitudini e capacità professionali del singolo dirigente e le esperienze di settore eventualmente maturate. L'incarico può essere revocato soltanto nei casi e con le modalità stabilite nell'art. 21, comma 1, dello stesso decreto legislativo, ossia sulla base dei risultati conseguiti e in conformità ai principi del giusto procedimento, riconoscendo all'interessato il diritto a intervenire nel procedimento e conoscere la motivazione di tale decisione. Una

dirigenza soggetta a tale tipo di selezione garantisce il rispetto del dovere di neutralità, che esige che, a prescindere dalle proprie personali convinzioni, il funzionario esegua in modo corretto e leale le direttive che provengono dall'organo politico, quale che sia il titolare *pro tempore* di quest'ultimo.

Ciascuno di tali due modelli presenta tuttavia aspetti critici<sup>40</sup>.

Per quanto riguarda il modello fiduciario, una prima criticità è rappresentata dalla possibilità che l'organo politico scelga dirigenti non competenti. Il compiersi di tale eventualità potrebbe tuttavia essere scoraggiato, almeno in parte, dall'effetto sull'opinione dei cittadini, quali componenti l'elettorato. In effetti la loro opinione dovrebbe essere tenuta in considerazione dagli organi politici al momento di decidere le nomine e dovrebbe spingere gli stessi a optare per persone dotate di adeguate capacità. Una seconda criticità è costituita dalla possibilità che, nominando dirigenti a loro legati da un vincolo di fedeltà, gli organi politici orientino la macchina amministrativa verso interessi individuali o di parte, invece che verso gli interessi pubblici della collettività.

Per quanto riguarda invece il modello neutrale, la principale criticità risiede nella possibilità che i dirigenti così selezionati si facciano portatori di una logica autoreferenziale, convertendosi in burocrati attenti solo alle proprie prerogative e non responsabilizzati circa i risultati.

In considerazione di quanto precede, la scelta del modello di selezione della dirigenza pubblica riveste fondamentale importanza in relazione al configurarsi dei rapporti tra politica e amministrazione, realizzando per il modello fiduciario una commistione tra tali due "poli" e per il modello neutrale una separazione degli stessi.

## 6. *Rilievi critici e considerazioni conclusive*

Istituto derogatorio al principio di separazione fra politica e amministrazione e non di per sé costituzionalmente illegittimo, il sistema delle spoglie, come visto, è legittimo solo se applicato a una ristretta cerchia di figure apicali<sup>41</sup> della dirigenza, sottoposte a uno statuto differenziato in ragione del rapporto fondato sull'*intuitu personae* tra l'organo politico che conferisce l'incarico e il

<sup>40</sup> Circa i due modelli si vedano: S. CASSESE, *Dirigenza pubblica in Italia*, in *Regioni e governo locale*, 1990, 4, 493 ss.; B. CIMINO, *Il nuovo ruolo della dirigenza pubblica e il nodo della selezione*, in *La dirigenza dello Stato e il ruolo della Scuola superiore della pubblica amministrazione*, a cura di B. MATTARELLA, Roma, 2009, 173 ss.; G. MELIS, *La dirigenza pubblica in Italia: anello (mancante) di congiunzione tra politica e amministrazione*, in *Scienza e Politica*, vol. XXVI, 2014, n. 50, 95 ss.; P. RACCA, *Spoils system e dirigenza pubblica (nota a sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 2017)*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, n. 3/2018, 247 ss.

<sup>41</sup> G. GARDINI, *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità*, cit., 702.



soggetto che lo riceve ed è responsabile verso il primo. Tramite le nomine di natura fiduciaria dei dirigenti da parte della politica lo *spoils system* comporta il controllo di quest'ultima sulla pubblica amministrazione. Tale controllo, se da un lato agevola – in quanto riconducibile al suddetto rapporto fondato sull'*intuitu personae* – la realizzazione delle politiche e degli obiettivi pubblici dell'esecutivo in carica permettendo a questo di selezionare i dirigenti considerati più idonei a tal fine, dall'altro può ledere i principi di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa, mettendo a repentaglio quella separazione tra potere d'indirizzo politico e potere amministrativo fortemente cercata dal legislatore del 1993, e ciò specialmente in ragione dell'accentuazione del carattere fiduciario del conferimento degli incarichi dirigenziali<sup>42</sup>.

Ciò posto, il succedersi di riforme e di pronunce giurisprudenziali in materia di *spoils system* rivela la difficoltà, costante lungo trenta anni dalla sua introduzione, di trovare un sicuro punto di equilibrio nel rapporto tra politica e amministrazione. Tale difficoltà, come detto fin dall'inizio, ha comportato il susseguirsi di molteplici e vivaci dibattiti in materia, oggi tornati alla ribalta in considerazione del particolare momento storico-politico. Che il sistema delle spoglie non funzioni bene è evidente. Sintomo e manifestazione ne sono sia le numerose pronunce giurisprudenziali, sia una pubblica amministrazione malfunzionante e instabile<sup>43</sup>, cui ha contribuito la combinazione del predetto sistema con la durata media di diciotto mesi degli esecutivi.

Sono molteplici i motivi che portano a considerare lo *spoils system* in termini negativi. Esso elide la separazione dei compiti tra politica e amministrazione e genera un atipico rapporto di fiducia. Contrasta con il principio di imparzialità e con quello del buon andamento in quanto le nomine avvengono su base discrezionale e non trasparente, fuori dalle logiche del concorso pubblico e del merito, e con un effetto "fidelizzatorio". Ledo la continuità dell'azione amministrativa, sottrae al soggetto decaduto dall'incarico le garanzie del giusto procedimento e svincola la rimozione del dirigente dall'accertamento oggettivo dei risultati conseguiti, mettendo in sostanza il dirigente stesso alla mercé dell'autorità politica. La precarizzazione delle figure apicali comporta che la funzione pubblica,

---

<sup>42</sup> W. CORTESE, *Nel ginepraio dello spoils system. Qualche notazione critica*, in *Dir. e proc. ammin.*, 2009, 2, 451; B. VALENSISE, *La dirigenza amministrativa tra fiduciarità della nomina ed il rispetto dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, 2002, 1211 ss., in cui si evidenzia come il legame fiduciario, tipico di un rapporto di diritto privato, strida sia col principio dell'indipendenza tipico del rapporto di pubblico impiego, sia coi principi di imparzialità e buon andamento.

<sup>43</sup> In questo senso S. CASSESE, *Spoil system, quel male che corrode la pubblica amministrazione*, in *Corriere della Sera*, 13 luglio 2018, che riconduce l'introduzione dello *spoils system* alla necessità di "compensare" la politica della perdita, a causa delle privatizzazioni, di "due grandi riserve per le proprie politiche di patronage, le banche pubbliche e le partecipazioni statali"; ID., *Adesso al Paese è necessaria una classe dirigente neutrale*, in *Corriere della Sera*, 10 gennaio 2023.

soprattutto di alto livello, tende a essere effimera e composta da persone fedeli alle forze politiche di governo, quando invece la Costituzione impone che i funzionari pubblici siano al servizio esclusivo della Nazione e che il metodo di selezione sia quello dei concorsi basati sul merito.

Se si intende accogliere le tesi che criticano lo *spoils system*<sup>44</sup>, occorre adottare un sistema che sia conforme alla Costituzione e innanzitutto al richiamato principio di imparzialità e che sia in grado di assicurare una dirigenza che risponda alla Nazione, come richiede l'art. 98 Cost., invece che a logiche politiche e di appartenenza. A tal fine occorre garantire all'amministrazione stabilità, capacità e neutralità, intervenendo innanzitutto sul suo sistema di selezione, da basare su parametri oggettivi, in grado di premiare la qualità e la capacità delle persone, ripristinando il principio dell'autonomia e della responsabilità dei dirigenti e modulando la carriera sulla base dei risultati conseguiti e oggettivamente misurati. In altri termini serve dare impulso con determinazione a una cultura del merito, della qualità, dei risultati, della valutazione nelle pubbliche amministrazioni, portando politici e burocrati ad adottare condotte virtuose<sup>45</sup>.

Alla luce della difficoltà di fornire risposte univoche, e in un contesto storico ed organizzativo in cui la debolezza della dirigenza costituisce una costante, il dibattito sull'opportunità, sulle modalità e sui limiti di operatività nell'ordinamento interno dello *spoils system* appare non solo di attualità, ma destinato a godere ancora di lunga vita. E ciò, probabilmente, anche perché può dirsi lo stesso in merito al connesso dibattito sulla portata del principio della separazione tra politica e amministrazione, in relazione al quale ancora non sembra possibile smentire che "dove in realtà finisca la politica e dove cominci l'amministrazione niuno sa dire con precisione, come niuno sa dire neppure come, in quale modo, con quali mezzi si deve separare questa indeterminata politica dall'ugualmente indeterminata amministrazione"<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> *Ex multis*, da ultimo, S. CASSESE, *Adesso al Paese è necessaria una classe dirigente neutrale*, cit.

<sup>45</sup> Si veda ad esempio W. CORTESE, *Nel grineprato dello spoils system*, cit., 475, in cui, tra le diverse soluzioni proposte, vi è quella di istituire, sul modello statunitense della *Civil Service Commission*, una sorta di autorità indipendente, al di sopra delle parti politica-amministrazione, capace di assicurare sia la separazione tra politica e amministrazione, sia l'osservanza del principio dell'imparzialità, sia la responsabilità di risultato. Tale organismo dovrebbe tenere un albo di funzionari e professionisti, di alta professionalità e specializzazione e di comprovata moralità, e da tale albo si attingerebbe per selezionare i dirigenti apicali. Ancora si propone ad esempio di modificare la durata degli incarichi dirigenziali, fissando un termine di scadenza di molto superiore a quello degli organi di governo, in maniera da aggirare la loro ingerenza.

<sup>46</sup> E. PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, 1899, 19.

### Abstract

Cogliendo l'occasione dall'attuale contesto storico-politico, lo studio intende fornire una ricostruzione critica dell'istituto dello *spoils system*. In particolare, partendo dalle origini di questo, l'indagine ne analizza la tormentata disciplina normativa e i profili di incostituzionalità ripercorrendo le pronunce della Corte costituzionale e soffermandosi sul principio della separazione tra politica e amministrazione, nonché sui principi costituzionali che incidono sulla materia e che rilevano anche ai fini dell'analisi del profilo temporale dell'istituto, oggetto di un recente parere del Consiglio di Stato. Alla luce di tale ricostruzione, lo studio svolge infine alcune riflessioni sull'istituto nella sua configurazione attuale, esaminandone i difficili equilibri e mettendone in rilievo i punti critici.

The spoils system: critical issues and considerations on regulatory evolution, judges and constitutional principles

Starting from the current historical-political context, this study intends to provide a critical reconstruction of the spoils system institution. In particular, starting from its origin, the study analyzes its awkward regulatory framework and profiles of unconstitutionality by retracing the rulings of the Constitutional Court and focusing on the principle of separation between politics and administration. The study focuses as well on the pertinent constitutional principles, also relevant in order to analyze the time aspect of the spoils system, recently object of an opinion of the Council of State. In the light of this reconstruction, the study finally focalizes on the institute of the spoils system as presently configured, examining its difficult balancement and highlighting its critical points.



# La parità di genere nel servizio pubblico televisivo, tra limiti in negativo e funzione promozionale

di Enrico Guarnieri

SOMMARIO: 1. Il problema della parità di genere fuori e dentro l'offerta televisiva: cenni introduttivi. – 2. Pubblico e privato nel sistema televisivo: una differenziazione teleologica? – 3. La parità di genere nei principi generali del d.lgs. n. 208/2021. – 3.1. La (promozione della) parità di genere nell'erogazione del servizio pubblico generale. – 3.2. Parità di genere ed emittenti private nelle delibere dell'AGCOM. – 4. Alcune osservazioni conclusive: il servizio pubblico generale televisivo attraverso la lente della parità di genere.

## 1. *Il problema della parità di genere fuori e dentro l'offerta televisiva: cenni introduttivi*

Se la parità di genere<sup>1</sup> costituisce un obiettivo a cui tendere, non v'è dubbio che un qualche deficit nel complessivo panorama ordinamentale vi sia. A partire dagli artt. 3, 29, 30, 31, 37, 48 e 51 Cost.<sup>2</sup>, la parità di genere dovrebbe peraltro

---

<sup>1</sup> Oltre a quanto richiamato nel corso dell'intero contributo, per alcune prime ed autorevoli coordinate sulla parità di genere si v. l'ampia ed approfondita lettura dedicata al tema da A. SIMONATI, tra i cui articoli e contributi si segnala, *inter alia*, *L'adozione del bilancio di genere: una sfida reale (e realistica) per banche e assicurazioni? Riflessioni sparse di una giurista*, in *Ist. fed.*, 2012, 461 ss.; *La parità di genere in Italia: la giuridificazione dell'uguaglianza sostanziale, fra tutela di diritti individuali e interesse della collettività*, in *www.nuoveautonomie.it*, 2015, 361 ss.; *La 'cittadinanza di genere': una possibile chiave di lettura dell'evoluzione normativa*, in *Diritto e genere: temi e questioni*, a cura di S. SCARPONI, Napoli, 2020; *La Costituzione "dimenticata". La parità di genere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 9 ss. La bibliografia in tema è comunque amplissima, pertanto, senza pretesa di esaustività si v., per una ampia visione d'insieme, S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere: temi e questioni*, cit., *passim*; F. SPITALERI (a cura di), *L'uguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino, 2013; sulla parità di genere anche in una dimensione amministrativistica si v., oltre a quanto già sopra segnalato, F. MANGANARO, *L'uguaglianza di genere nelle pubbliche amministrazioni e nelle Università*, in *www.nuoveautonomie.it*, 2019, 179 ss.; M. DE BENEDETTO, *Uguaglianza di genere, lingue e linguaggio: un punto di vista di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2019, 83 ss.; C. INGENITO, *La corporate governance delle società pubbliche*, in *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, a cura di R. MICCÙ, Napoli, 2019, 431 ss., spec. 449 ss.; M. BENEDETTI, G. BERTEZZOLO, H. CAROLI CASAVOLA, M. DE BELLIS, E. MORLINO e S. PELLIZZARI, *La parità di genere nella pubblica amministrazione*, Napoli, 2013; per le dinamiche inerenti al diritto costituzionale, cfr. di recente, tra i tanti, S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'uguaglianza di genere*, Napoli, 2020; B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza: una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, 2019.

<sup>2</sup> Per una approfondita analisi delle dinamiche e delle ragioni sottese ai ritardi nella realizzazione dei precetti costituzionali nel campo della parità di genere si v. A. SIMONATI, *La Costituzione "dimenticata". La parità di genere*, cit., 9 ss., spec. 26, in particolare laddove si afferma che una delle ragioni «risiede, pare di poter dire, nello scarso rigore con cui alcuni precetti costituzionali sono stati percepiti, a fronte della loro frequente configurazione come norme meramente programma-

costituire un apriori, un dato fisiologico a fronte del quale biasimare condotte, delegittimare disposizioni normative e scardinare prassi applicative a quello contrarie; non di certo un dato patologico attorno al quale costruire un complesso e articolato sistema di garanzie e tutele. Tutto questo nella teoria: solo nella teoria. Ed infatti, dal settore privato a quello pubblico, la disparità di genere rappresenta una costante<sup>3</sup>, sebbene siano trascorsi quasi trent'anni dall'adozione della Dichiarazione di Pechino – volta a «[r]ealizzare la uguaglianza dei diritti e la intrinseca dignità umana di donne e uomini» – e benché a supporto dell'obiettivo della parità di genere siano stati finanche creati organismi internazionali, quali l'Ente delle Nazioni Unite per l'Uguaglianza di genere e l'emancipazione femminile<sup>4</sup>.

D'altronde, che la parità di genere sia ancora un obiettivo in cerca di piena affermazione è un fatto comprovato, più o meno direttamente, dalle misure previste dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)<sup>5</sup>. Si pensi, tra le misure “dirette”, alla Missione 5 (*Inclusione e coesione*), che ha «un ruolo di grande rilievo nel perseguimento degli obiettivi, trasversali a tutto il PNRR, di sostegno all'*empowerment* femminile e al contrasto alle discriminazioni di genere», e la cui Componente 1 (*Politiche per il lavoro*) prevede «un progetto di sostegno all'imprenditoria femminile e un intervento specifico di definizione di un Sistema nazionale di certificazione della parità di genere». Oppure si pensi, tra le misure “indirette”, alla Missione 4 (*Istruzione e ricerca*), la cui Componente 1.1. (*Piano per asili nido e scuole dell'infanzia e servizi di educazione e cura per la prima infanzia*), prevedendo il potenziamento degli asili nido, mira ad incoraggiare «la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra vita familiare e professionale».

---

tiche. Sul fronte della tecnica giuridica, deve registrarsi l'influenza del mancato utilizzo in sede interpretativa del metodo sistematico: precisamente, non si è sufficientemente valorizzato il legame con il riferimento, nel combinato disposto degli artt. 2 e 4, comma 2, Cost., ai doveri di solidarietà, in particolare se preordinati al progresso della società».

<sup>3</sup> Per una panoramica “in dati” ed “in progetti” delle misure assunte a livello europeo si v. Commissione europea, *2021 report on gender equality in the EU*, Lussemburgo, 2021, nonché il monitoraggio Ue, *Come ridurre il divario retributivo di genere nell'UE*, accessibile dall'indirizzo web [www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/society/20200227STO73521/come-ridurre-il-divario-retributivo-di-genero-nell-ue](http://www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/society/20200227STO73521/come-ridurre-il-divario-retributivo-di-genero-nell-ue). Per uno studio comparato della materia cfr. P. PROFETA, *Parità di genere e politiche pubbliche: misurare il progresso in Europa*, Milano, 2021. A livello internazionale, cfr. il report *Progress made on the Strategic Plan 2018–2021* del Comitato esecutivo dell'Ente delle Nazioni Unite per l'uguaglianza di genere e l'emancipazione delle donne, reperibile all'indirizzo web «<https://annualreport.unwomen.org/en/2021>».

<sup>4</sup> Su cui si v. C. CARLETTI e M. PAGLIUCA, *Parità ed empowerment di genere: strumenti giuridici, programmi e politiche internazionali, regionali e nazionali*, Roma, 2020, 51 ss.

<sup>5</sup> Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria di Stato, *Studi e pubblicazioni: la disuguaglianza di genere in Italia e il potenziale contributo del Piano Nazionale Ripresa e Resilienza per ridurla*, 2021. In tema, si v. le osservazioni di C. TRIPODINA, *I perduranti ostacoli all'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne: dal Caso Oliva al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 5, 121 ss.

Ma è forse nel settore oggetto del presente studio – ossia il settore della offerta televisiva<sup>6</sup> – che è dato scorgere un ulteriore indice sintomatico del perdurante ritardo rispetto al conseguimento dell’obiettivo della parità di genere.

Secondo quanto ricavabile dalle statistiche elaborate dall’Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni (AGCOM) nell’ambito dei report sul pluralismo politico-istituzionale in televisione, la presenza femminile è infatti piuttosto contenuta tanto nell’offerta pubblica quanto in quella privata. Considerando uno degli ultimi report trimestrali a disposizione<sup>7</sup>, ed avendo riguardo ai dati concernenti il tempo di parola per genere nei telegiornali RAI, Mediaset, La7 e Sky, si rileva che le donne coprono rispettivamente (ed in media) il 15,75%, 15%, 12% e 19% del tempo complessivamente messo a disposizione dei soggetti politici e istituzionali. I dati migliorano – ma di pochissimo – quando si ha invece riguardo al tempo di parola per genere dei soggetti politici e istituzionali negli extra-tg: sempre in media, i dati si attestano attorno al 22% (RAI), al 21,75% (Mediaset), al 21% (La7) ed al 18% (Sky).

A livello locale – prendendo qui a riferimento il caso emiliano-romagnolo – secondo quanto rilevato dal Corecom Emilia-Romagna, il tempo di parola assorbito dalla presenza femminile nei telegiornali rimane nelle medie poc’anzi evidenziate: per i soggetti istituzionali, 17% (TGR) e 23% (emittenti locali); per i soggetti politici, 21% (TGR) e 27% (emittenti locali); per gli amministratori locali, 16% (TGR ed emittenti locali)<sup>8</sup>.

Se non v’è dubbio che il parametro dei soggetti politico-istituzionali risulti a tratti fuorviante – come di recente osservato dal Servizio studi della Camera dei Deputati, i ruoli considerati vedono infatti la componente maschile ancora maggioritaria<sup>9</sup> –, la percezione negativa poc’anzi ricavata rimane comunque

<sup>6</sup> Si evidenzia che il presente contributo, anche in ragione dei dati statistici e delle pronunce poc’anzi e di seguito richiamati, assume come campo di indagine esclusivo quello del settore televisivo: non già anche quello radiofonico e multimediale. È per questa ragione che i riferimenti all’ambito del servizio pubblico non contempleranno né la formula «servizio pubblico generale radiotelevisivo» né quella più ampia di «servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale» (di cui al d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208), ma soltanto quella (evidentemente “parziale”) di servizio pubblico generale televisivo.

<sup>7</sup> AGCOM, *Il pluralismo politico-istituzionale in televisione. Trimestre: 3 ottobre – 31 dicembre 2021*, accessibile dall’indirizzo web [www.agcom.it/documents/10179/25952154/Dati+monitoraggio+16-02-2022/f49c1daf-5f88-42e8-af2b-a3d300b1b280?version=1.0](http://www.agcom.it/documents/10179/25952154/Dati+monitoraggio+16-02-2022/f49c1daf-5f88-42e8-af2b-a3d300b1b280?version=1.0). Sebbene l’ampiezza della finestra trimestrale lì considerata (ottobre-dicembre 2021) abbia suggerito di far esclusivo riferimento al citato studio, si segnala che l’AGCOM pubblica mensilmente i propri report sul pluralismo politico-istituzionale all’indirizzo web «[www.agcom.it/pluralismo-politico-sociale-in-televisione](http://www.agcom.it/pluralismo-politico-sociale-in-televisione)»

<sup>8</sup> Corecom Emilia-Romagna, *Relazione consuntiva sull’attività svolta dal Corecom Emilia-Romagna nell’anno 2021*.

<sup>9</sup> Servizio Studi della Camera dei Deputati, *La partecipazione delle donne alla vita politica e istituzionale. Dossier n° 104*, 7 marzo 2022. In tema, cfr. A. FALCONE (a cura di), *Verso una democrazia paritaria: modelli e percorsi per la piena partecipazione delle donne alla vita politica e istituzionale*, Milano, 2011; S. LEONE, *L’equilibrio di genere negli organi politici. Misure promozionali e principi costituzionali*, Milano, 2013.

avvalorata dal più ampio monitoraggio sulla presenza e sulla raffigurazione della figura femminile nella complessiva programmazione Rai<sup>10</sup>.

Tra i molti ed interessanti dati che possono essere tratti, se ne riportano di seguito solo alcuni. Così, sebbene il monitoraggio attesti una apprezzabile attenzione da parte della Rai rispetto al tema in oggetto (una media di più di otto punti su dieci<sup>11</sup>), il report evidenzia pur sempre certune criticità: la *presenza* femminile vede una partecipazione elevata nei programmi di intrattenimento e nelle fiction (rispettivamente 41,1% e 41,9%), di poco inferiore nell'informazione (39,8% nelle rubriche dei telegiornali; 36,3% nei telegiornali; 35,3% nell'approfondimento informativo), per poi scendere drasticamente nei programmi culturali (31,8%) e sportivi (19,9%)<sup>12</sup>. Ma è forse soprattutto il dato concernente il *ruolo* rivestito nei programmi televisivi a marcare un certo scollamento rispetto alla esatta rappresentazione<sup>13</sup> della donna nella società<sup>14</sup>: le donne ospitate o intervistate in qualità di esperte sono solo il 22,3%, permanendo per converso un certo retaggio che implica una presenza femminile maggioritaria soltanto nei ruoli familiari (68,3%)<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Rai, *Monitoraggio rappresentazione della figura femminile, pluralismo di temi, soggetti e linguaggi e contributo alla creazione di coesione sociale nella programmazione Rai 2020*. Trattasi del monitoraggio adottato in ottemperanza dell'art. 9, comma 2, lett. c), del Contratto di servizio 2018-2022 (su cui v. *infra* par. 3.1.).

<sup>11</sup> Ivi, 17.

<sup>12</sup> Ivi, 19.

<sup>13</sup> Concetto, questo, evidentemente sbagliato, se ed in quanto assunto con l'intenzione (qui insussistente) di predicare la possibilità di fornire una univoca rappresentazione della donna nella società: sul punto, per una riflessione più estesa, si v. *infra* nt. 51.

<sup>14</sup> In tema cfr. F. BARCA, *Le disuguaglianze di genere nella società dello spettacolo*, in *Econ. cult.*, 2018, 163 ss.: in sintesi, con le parole dell'A., «come si evince dai dati raccolti in questo articolo [...], il quadro che emerge dall'osservazione delle disparità di genere in questi settori non è affatto rassicurante: le donne sono escluse dai ruoli apicali dell'audiovisivo, e la loro immagine riprodotta nella società dello spettacolo è ancora fortemente stereotipata o emarginata» (164).

<sup>15</sup> Rai, *Monitoraggio rappresentazione della figura femminile*, cit., 20. Si consideri però quanto segue: «[i]l dato di gran lunga più basso» – si osserva a p. 24 del citato monitoraggio Rai – «si registra nella fascia del mattino, caratterizzata dalla presenza di ampi contenitori. Il dato può essere connesso al persistere dell'idea di un pubblico più maturo, e spesso femminile, alla ricerca di contenuti convenzionali» (ivi, 24.). Ebbene, questa precisazione manifesta l'importanza di un fattore di cui non è possibile non tener conto: per quanto il principio di parità di genere, come si avrà modo di vedere a breve, informi di sé ampie fasce della programmazione (pubblica e privata), è comunque necessario considerare che le preferenze dello spettatore devono pur sempre essere attenzionate nella definizione dei palinsesti, anche in virtù del principio di attrattività (e di economicità) del servizio. D'altronde, come osservato da S. FOIS, *Rai-Tr: «governo» del monopolio pubblico, o «governo» di un servizio pubblico?*, in AA.VV., *Il servizio pubblico radiotelevisivo*, Napoli, 1983, 15 ss., spec. 38, il servizio pubblico radiotelevisivo, «in quanto conforme soltanto ad opportunità e specialmente in quanto intrinsecamente finalizzato a concorrere con quella libertà dei privati che normalmente si traduce in impresa economica, deve tradursi in un tipo di organismo destinato a, e capace di, operare nel mercato e secondo le regole del mercato». Più in generale, sul principio di economicità



Fin qui i dati (evidentemente, solo alcuni dati) di contesto, funzionali a comprendere la gravità del tema e l'urgenza di un intervento finalmente risolutivo; di qui in poi l'analisi giuridica settoriale finalizzata a inquadrare gli strumenti e le azioni poste a presidio della parità di genere nel sistema televisivo.

Doverosa è però una nota metodologica preliminare. La scelta di indagare le criticità della parità di genere nel settore televisivo – si avverte: secondo una prospettiva prevalentemente amministrativistica – è infatti motivata da una precisa ragione logica, prima ancora che giuridica: il sistema televisivo costituisce un cruciale vettore di informazioni e contenuti (un c.d. «quarto potere»<sup>16</sup>), capace di raggiungere una moltitudine di utenti, seppur in misura sempre più decrescente, considerata la progressiva affermazione delle piattaforme digitali<sup>17</sup>. Appare quindi evidente che il servizio televisivo rappresenta un banco di prova cruciale per le politiche della parità di genere, quelle potendo essere rafforzate o, ed al contrario, compromesse dai modi e dalla quantità della (dis)informazione su larga scala<sup>18</sup>. Eppure, si badi: altro è il fotografare una percezione di senso, ossia

---

nell'organizzazione e nell'erogazione dei servizi pubblici si v. G. CAIA, *Criterio di economicità e servizi pubblici locali nella prospettiva della XVIII legislatura repubblicana*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. I, *Studi introduttivi*, Bologna, 2018, 327 ss. Sulle dinamiche nella formazione dei palinsesti cfr. l'ampio e recentissimo lavoro di L. BARRA, *La programmazione televisiva: palinsesto e on demand*, Roma-Bari, 2022. Molto interessante e suggestiva è l'affermazione resa dall'A. alle pp. 45-46: «[l]a televisione, mezzo quotidiano, domestico e (grazie alla diretta, vera o presunta) immediato, si inserisce infatti con forza nelle vite degli spettatori, si adatta ai loro ritmi – in un processo imitativo, dipinti dei comportamenti del pubblico – e al tempo stesso influenza lo svolgersi degli stessi comportamenti, si inserisce nella routine e la modifica [...]. Il risultato è uno “specchio deformato del tempo sociale” [...] in cui è piuttosto difficile distinguere ciò che il mezzo televisivo “copia” e ciò che invece “crea”». In termini non dissimili, si v. A. GRASSO, *Storia critica della televisione italiana*, Milano, 2019, 20, e G. GRIGNAFFINI, *Regimi temporali nella televisione generalista*, in *Comunicazioni sociali*, 2003, 109 ss., spec. 114.

<sup>16</sup> Così la risoluzione del Parlamento europeo del 17 aprile 2018 sulla *Parità di genere nel settore dei media nell'Unione europea* (2017/2210(INI)), laddove si afferma, tra i considerando, che «i media agiscono come un quarto potere», quelli avendo «la capacità di influenzare e in definitiva plasmare l'opinione pubblica».

<sup>17</sup> Sulle tendenze che interessano il settore si v. di recente C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, M. BASSINI, M. CUNIBERTI e O. POLLICINO, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2022, nonché G.E. VIGEVANI, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale tra autonomia e pluralismo*, Torino, 2018.

<sup>18</sup> Non a caso l'art. 17, comma 1, della Convenzione di Istanbul del 2011, recante i principi «sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica», individua proprio nei media un settore strategico per influenzare e guidare le opinioni sulle donne e sul loro ruolo nella società: «[l]e Parti incoraggiano [...] i mass media, nel rispetto della loro indipendenza e libertà di espressione, a partecipare all'elaborazione e all'attuazione di politiche e alla definizione di linee guida e di norme di autoregolazione per prevenire la violenza contro le donne e rafforzare il rispetto della loro dignità». A livello domestico cfr. Corte costituzionale 21 luglio 1981, n. 148, secondo cui il mezzo radiotelevisivo «per la sua notoria capacità di immediata e capillare penetrazione nell'ambito sociale attraverso la diffusione nell'interno delle abitazioni e per

l'immagine del sistema televisivo (globalmente inteso) quale vettore privilegiato per la *promozione* della parità di genere; altro è la rappresentazione della cornice giuridica di riferimento, non essendo affatto certo che l'*an* ed il *quomodo* delle politiche sulla parità di genere si atteggino allo stesso modo nell'ambito di una pur sempre presente divaricazione tra "pubblico" e "privato".

## 2. *Pubblico e privato nel sistema televisivo: una differenziazione teleologica?*

È allora da questa divaricazione che conviene prendere le mosse. Operazione ai limiti della storiografia, se non fosse che nella struttura, anche evolutiva, della cornice normativa di settore è possibile scorgere il presupposto attorno al quale elaborare il pensiero: si fa evidentemente riferimento alla possibilità di qualificare le attività televisive delle emittenti pubbliche e private quali attività di servizio pubblico. Un dubbio, questo, che assume un certo interesse nella misura in cui è funzionale a comprendere *i)* se, una volta inclusa anche l'emittenza privata nel quadro del servizio pubblico televisivo, da ciò poi discenda un effettivo ed eguale assoggettamento alle regole sulla implementazione delle politiche sulla parità di genere<sup>19</sup>, *ii)* oppure, e per converso, se la diversa rispondenza alle regole sulla parità di genere celi (ovvero, sia sintomatica di) una persistente differenziazione tra "pubblico" e "privato" nell'offerta televisiva (v. *infra* par. 4).

Orbene, nell'*idem sentire* vi è una ricorrente percezione: quella secondo cui il servizio pubblico televisivo corrisponderebbe in sostanza alla attività espletata dalla RAI. Al di fuori dell'*idem sentire*, quella percezione si fa poi salda in una parte della dottrina: ad esempio, si è recisamente sostenuto che «il diritto dei privati alla diffusione radiotelevisiva non può mai e sotto alcun profilo essere considerato servizio pubblico», trattandosi all'inverso «di un vero e proprio diritto di libertà,

---

la forza suggestiva della immagine unita alla parola, dispiega una peculiare capacità di persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione pubblica nonché sugli indirizzi socio-culturali, di natura ben diversa da quella attribuibile alla stampa».

<sup>19</sup> Oltre alla bibliografia di seguito citata, sulla evoluzione del servizio pubblico radiotelevisivo si v. F. CARDARELLI, *Servizio pubblico radiotelevisivo*, in *La televisione digitale: temi e problemi. Commento al D.lgs. 177/05 T.U. della Radiotelevisione*, a cura di A. FRIGNANI, E. Poddighe e V. ZENO-ZENCOVICH, Milano, 2006, 157 ss.; O. GRANDINETTI, *Radiotelevisione (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 4795 ss.; G. GARDINI, *Dal "servizio pubblico" al "sistema" radiotelevisivo: la breve storia di un grande fallimento*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 637 ss., spec. 643 ss.; G. FARES, *L'apertura del mercato radiotelevisivo*, Torino, 2008; R. BORRELLO, *Alcune notazioni sull'attuale assetto del servizio pubblico radiotelevisivo in Italia*, in *Giur. cost.*, 2013, 3635 ss. Per un tentativo di ricerca della nozione (normativamente indefinita) di servizio pubblico radiotelevisivo cfr. F. BASSAN, *Il servizio pubblico nell'audiovisivo*, in *Diritto degli audiovisivi. Commento al nuovo Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici come modificato dal D.lgs. 15 marzo 2010, n. 44*, a cura di F. BASSAN e E. TOSI, Milano, 2012, 159 ss.

non funzionalizzato né funzionalizzabile»<sup>20</sup>; altrove, è stata paventata l'incostituzionalità, per violazione dell'art. 21 Cost., della qualificazione dell'informazione televisiva proveniente dalle emittenti private alla stregua di un servizio pubblico, giacché «se [...] la libertà d'informazione costituisce una facoltà rientrante nella libertà costituzionale di manifestazione del pensiero, dovrebbe discenderne che la finalizzazione dell'attività informativa al perseguimento di interessi generali [...] si pone in radicale contrasto con la proclamazione costituzionale dell'art. 21 Cost., che indiscutibilmente si ispira ad una logica "liberale"»<sup>21</sup>; *a fortiori*, è stata sanzionata come sostanzialmente «declamatoria e non giuridicamente vincolante» la sottoposizione della attività televisiva delle emittenti private agli stessi principi valevoli per la concessionaria pubblica (sul punto v. *infra*)<sup>22</sup>.

Ma perché è sorta l'esigenza di operare queste precisazioni? Vi sono addentellati normativi che consentirebbero di addivenire a posizioni diverse da quelle ora riportate?

In effetti, e come noto, forte dell'esigenza di garantire fondamentali libertà costituzionali<sup>23</sup>, la reazione dottrinale alla possibilità di qualificare l'attività televisiva delle emittenti private nei termini di servizio pubblico è originata, *inter alia*, da una (non troppo perspicace) disposizione di legge, che ha peraltro trovato recentissima (ri)collocazione nell'ambito del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208, recante il Testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi.

Il nodo, il punto della questione, è questo: «l'attività di informazione mediante servizio di media audiovisivo o radiofonico» – stabilisce oggi l'art. 6,

<sup>20</sup> S. FOIS, *Rai-Tr: «governo» del monopolio pubblico, o «governo» di un servizio pubblico?*, cit., 41, nt. 35.

<sup>21</sup> A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati. Due prospettive a confronto nell'interpretazione e nelle prime applicazioni dell'art. 7, co. 1, t.u. della radiotelevisione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 459 ss., spec. 480 (ma si v. anche 463 ss.).

<sup>22</sup> A. PACE, *Verso la fine del servizio pubblico radiotelevisivo?*, in *Europa e informazione*, a cura di M. MANETTI, Napoli, 2004, 9 ss., spec. 16, ma si v. anche le pp. 10-11, ove si è detto che «[m]entre la programmazione del servizio pubblico persegue delle "funzioni" (oltre a quell'informativa ed intrattenimento, anche quella formativa e culturale) allo scopo di presentare un "insieme equilibrato di intrattenimento, cultura, divertimento e informazione", la programmazione delle emittenti private si muove in una logica di "libertà". Conseguentemente, mentre la programmazione di servizio pubblico può ben essere caratterizzata dal doveroso rispetto di indirizzi e di limiti siamo dati che contenutistici, altrettanto non può dirsi per le emittenti commerciali [...].le quali dovrebbero pur sempre] versi muovere in piena autonomia imprenditoriale». Nello stesso senso cfr. ID., *Privato e pubblico nella radiotelevisione*, in *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato*, a cura di L. CARLASSARE, Padova, 2007, 5 ss.

<sup>23</sup> Riferendosi alla violazione dell'art. 21 Cost., A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati*, cit., 472, osserva per l'appunto che «[q]uando si tratti di diritti di natura individualistica, come appunto la libertà di manifestazione del pensiero (e, quindi, per quanto detto, la libertà d'informazione), sono infatti da ritenere incostituzionali quei limiti legislativi che non siano in grado d'invocare, in loro favore, specifiche norme costituzionali che tali limiti, direttamente o indirettamente, consentano». Cfr. anche C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 10.

comma 1, d.lgs. n. 208/2021 – «costituisce un servizio di interesse generale». Il dettato normativo non rappresenta peraltro una novità assoluta. Anzi. Già l'art. 1, l. 6 agosto 1990, n. 223 (c.d. legge Mammi), aveva riconosciuto il «carattere di preminente interesse generale» alla «diffusione di programmi radiofonici o televisivi, realizzata con qualsiasi mezzo tecnico»; al pari, l'art. 6, comma 1, l. 3 maggio 2004, n. 112 (c.d. legge Gasparri), aveva posto la corrispondenza tra «l'attività di informazione radiotelevisiva, da qualsiasi emittente esercitata» ed il «servizio di interesse generale»; opzione, questa, poi reiterata dal d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, il cui art. 7, comma 1, ribadiva a sua volta la *liaison* tra l'«attività di informazione radiotelevisiva, da qualsiasi emittente o fornitore di contenuti esercitata» ed il «servizio di interesse generale».

Stando al diritto scritto, la corrispondenza biunivoca RAI-servizio pubblico appare quindi una forzatura, nella misura in cui il legislatore *parrebbe* invece aver optato per un modello misto, caratterizzato dal concorso del pubblico e (limitatamente all'informazione) del privato nella erogazione delle prestazioni di pubblica utilità<sup>24</sup>.

Secondo altra parte della dottrina, pertanto, «la nozione di servizio pubblico», a partire dalla l. n. 223/1990, concorrerebbe «con quella di servizi di interesse generale», corrispondendo perciò «a tutta l'offerta radiotelevisiva e quindi anche a quella privata»<sup>25</sup>. In altri termini: per un verso il sistema televisivo conoscerebbe il servizio pubblico «generale»<sup>26</sup>, inerente all'intera attività televisiva svolta dalla concessionaria pubblica; per altro verso, esso vedrebbe la partecipazione del servizio di interesse generale erogato dalle emittenti private, quale servizio pubblico «parziale»<sup>27</sup> (perché circoscritto alla informazione). Così, sempre secondo una impostazione piuttosto ricorrente, l'attuale sistema sarebbe caratterizzato dal concorso tra un servizio pubblico in senso soggettivo – quello erogato dalla RAI – ed un servizio pubblico in senso oggettivo, ossia quello relativo alla attività di informazione<sup>28</sup> (v. però *infra* par. 4).

<sup>24</sup> Cfr. R. BORRELLO, *Alcune notazioni sull'attuale assetto del servizio pubblico radiotelevisivo in Italia*, cit., 3647: «[a] tale stregua si può distinguere un servizio di interesse generale informativo affidato a pubblico e privato e un servizio pubblico generale radiotelevisivo affidato solo alla concessionaria, dato dalla somma del primo (quanto all'attività informativa in senso stretto svolta dalla concessionaria pubblica) e del secondo, avente natura di pubblico servizio».

<sup>25</sup> F. GIGLIONI, *Il servizio pubblico radiotelevisivo*, in *Informazione e media nell'era digitale*, a cura di G. AVANZINI, G. MATUCCI e L. MUSSELLI, Milano, 2019, 219 ss., spec. 227 s.

<sup>26</sup> Secondo l'espressione impiegata dall'art. 6, comma 4, l. n. 208/2021.

<sup>27</sup> G. GARDINI, *Dal "servizio pubblico" al "sistema" radiotelevisivo: la breve storia di un grande fallimento*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 637 ss., spec. 648. Diversa è invece la terminologia impiegata da R. BORRELLO, *Alcune notazioni sull'attuale assetto del servizio pubblico radiotelevisivo in Italia*, cit., 3647, che definisce l'informazione tutta come «servizio pubblico informativo generale», mentre qualifica l'attività svolta dalla RAI come «servizio pubblico generale radiotelevisivo».

<sup>28</sup> Sulla odierna centralità del concetto di servizio pubblico nel sistema radiotelevisivo si v. B. CARAVITA, *Un'occasione da non perdere: ripensare in senso oggettivo il servizio pubblico*, in *www.federalismi*.

Il servizio pubblico generale ed il servizio di interesse generale, come sopra descritti, risultano peraltro sottoposti a *principi solo in parte comuni*.

Per quanto qui più rileva, *comuni* sono i principi recati dagli artt. 4 e 6, d.lgs. n. 208/2021. Ai sensi dell'art. 4, comma 1, costituiscono *principi generali*<sup>29</sup> a1) quelli riferibili ai precetti costituzionali di cui agli artt. 21 e 41 Cost., quali la libertà ed il pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva, la libertà di espressione e di opinione così come la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza limiti di frontiere<sup>30</sup>, fermo il rispetto «della dignità umana, del principio di non discriminazione e di contrasto ai discorsi d'odio», nonché la «promozione e tutela del benessere, della salute e dell'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore»; a2) quelli inerenti all'informazione, questa dovendo essere obiettiva, completa, leale (da cui il «contrasto alle strategie di disinformazione») ed imparziale (v. *infra pt. b1*) e b5)); a3) quelli relativi alla tutela dei diritti d'autore e di proprietà intellettuale; a4) quelli attinenti al pluralismo, essendo prevista «l'apertura alle diverse opinioni e tendenze politiche, sociali, culturali e religiose», nonché «la salvaguardia delle diversità etniche e del patrimonio culturale, artistico e ambientale, in ambito nazionale e locale»<sup>31</sup>. Per quanto riguarda invece, e più in

---

*it*, 2016, n. 1, 2 ss., spec. 5 ss.: «il punto che sta diventando sempre più cruciale è la discussione tra servizio pubblico in senso soggettivo e servizio pubblico in senso oggettivo. In altre parole, sembra sempre più urgente capire quanto servizio pubblico in senso oggettivo fanno gli operatori televisivi non pubblici. Ci si deve domandare se, quando i soggetti privati hanno obblighi di informazione, di *par condicio*, di contenuti della programmazione, non siamo in realtà di fronte ad una espansione di un'area che va considerata come "servizio pubblico" che si spalma in qualche modo su tutti gli operatori». Sulla diversità del servizio pubblico radiotelevisivo rispetto alla categoria generale del servizio pubblico si v. F. GIGLIONI, *Il servizio pubblico nel sistema televisivo tra esigenze democratiche e riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 965 ss.

<sup>29</sup> In quanto riferiti (dal punto di vista oggettivo) anche alle trasmissioni non informative) e (dal punto di vista soggettivo) a tutti i fornitori, a prescindere dalla loro "natura" giuridica.

<sup>30</sup> Sul tema, più in generale, si v. l'ampio lavoro di C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013.

<sup>31</sup> Secondo un celebre arresto della Consulta, trattasi di principi «alla cui osservanza sono dunque tenuti, alla luce delle pronunce di questa Corte, anche gli imprenditori privati, che operano nel settore, proprio in quanto "soggetti in grado di concorrere insieme al servizio pubblico nella realizzazione dei valori costituzionali posti a presidio dell'informazione radiotelevisiva (v. artt. 1 e 2 della legge n. 223 del 1990)» (così Corte costituzionale 7 maggio 2002, n. 155, con espresso richiamo a Corte costituzionale 26 marzo 1993, n. 112). Per G. GARDINI, *Rai e servizio pubblico radiotelevisivo: la "cultura italiana" in bilico tra unità, pluralismo e mercato*, in *Munus*, 2015, 185 ss., spec. 223, l'estensione a tutte le emittenti (private e pubblica) dei principi fondamentali del sistema radiotelevisivo (li, quelli definiti dall'art. 3, d.lgs. n. 177/2005, ma oggi corrispondenti a quelli previsti dall'art. 4, d.lgs. n. 208/2021) avrebbe sostanzialmente fatto «venire meno la specificità del servizio pubblico». Cfr. altresì A. PACE, *Privato e pubblico*, cit., 10, secondo il quale l'affermazione generalizzata di siffatti principi tradisce un dato di primaria importanza, giacché li «non si dice nulla – e non è un caso, data la pervicace confusione del privato col pubblico e viceversa – che evidenzia la specificità del ruolo dell'emittente del servizio pubblico radiotelevisivo».

particolare, l'*informazione* televisiva – la *sola* informazione televisiva, seppur riferita a tutte le emittenti (pubblica e private) – ai sensi dell'art. 6, comma 2, essa è chiamata a garantire *b1*) la «presentazione veritiera dei fatti e degli avvenimenti»; *b2*) la trasmissione giornaliera di telegiornali o giornali radio; *b3*) l'accessibilità di tutti i soggetti politici ai programmi di informazione «in condizioni di parità di trattamento e di imparzialità»; *b4*) la trasmissione di comunicati e dichiarazioni ufficiali rilasciati dagli organi costituzionali; *b5*) il «divieto di utilizzare metodologie e tecniche capaci di manipolare in maniera non riconoscibile allo spettatore il contenuto delle informazioni»<sup>32</sup>.

*Distinti*, perché riferiti al solo servizio pubblico generale, sono invece «gli ulteriori e specifici compiti e obblighi di pubblico servizio» a cui fa riferimento l'art. 6, comma 4, e a cui è dedicata la disciplina dell'art. 59. Trattasi di obblighi riferiti a *tutta* l'attività di servizio pubblico generale: con le parole del legislatore, l'ambito applicativo è quindi quello della «complessiva programmazione, anche non informativa, ivi inclusa la produzione di opere audiovisive europee realizzate da produttori indipendenti». Quanto al contenuto dei suddetti obblighi – cercando una improbabile sintesi di un elenco che individua ben diciassette compiti «ulteriori» rispetto a quelli ricadenti nel quadro dei principi comuni –, la previsione contempla: *c1*) *obblighi organizzativi e infrastrutturali*, tra cui, ad esempio, la «copertura integrale del territorio nazionale» per quanto attiene alla diffusione di tutte le trasmissioni televisive e radiofoniche (lett. *a*) e la «presenza in ciascuna regione e provincia autonoma di proprie redazioni» (lett. *p*)); *c2*) *obblighi di par condicio "ordinaria" e di informazione istituzionale*, quali, ad esempio, la garanzia dell'accesso alla programmazione complessiva a favore «dei partiti e dei gruppi rappresentati in Parlamento, e nei Consigli regionali, delle organizzazioni associative delle autonomie locali, dei sindacati nazionali, delle confessioni religiose» e la «trasmissione gratuita dei messaggi di utilità sociale ovvero di interesse pubblico», demandati dalla Presidenza del consiglio dei ministri (lett. *g*)); *c3*) *obblighi culturali*, tra cui, ad esempio, la garanzia di un «numero adeguato di ore», proporzionalmente distribuito «in tutte le fasce orarie, anche di maggiore ascolto», per le offerte radiotelevisive «dedicate all'educazione, all'informazione, alla formazione, alla promozione culturale» (lett. *b*) e *c*) e la realizzazione di trasmissioni radiotelevisive in lingua tedesca, ladina, francese e slovena per la tutela delle minoranze linguistiche residenti nelle province e regioni autonome (lett. *f*)); *c4*) *obblighi sociali*, tra cui, ad esempio, la «trasmissione, in orari appropriati, di conte-

<sup>32</sup> Sull'«imperativo costituzionale» a che «il diritto all'informazione», garantito dall'art. 21 della Costituzione, venga qualificato e caratterizzato, tra l'altro, sia «dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie» – così da porre il cittadino in condizione di compiere le proprie valutazioni avendo presenti punti di vista e orientamenti culturali e politici differenti – sia «dall'obiettività e dall'imparzialità dei dati forniti», sia infine «dalla completezza, dalla correttezza e dalla continuità dell'attività di informazione erogata», cfr. Corte costituzionale 26 marzo 1993, n. 112.

nuti destinati specificamente ai minori» (lett. *h*)), la «adozione di idonee misure di tutela delle persone portatrici di handicap sensoriali» (lett. *q*) e la «realizzazione di attività di insegnamento a distanza» (lett. *s*)).

Fermo quanto precede, gli elenchi sopra riportati, lungi dal compendiare informazioni a carattere meramente ricognitivo, consentono di trarre una prima conclusione utile allo sviluppo delle riflessioni che seguiranno: si intende fare riferimento alla differenziazione teleologica dell'attività erogata ai vari livelli "competenziali".

Ebbene, tra le previsioni sopra ricordate, l'unica disposizione capace – si crede – di descrivere l'orizzonte finalistico (e, per così dire, "pubblicistico") delle emittenti private può essere ricavata dalla disciplina recante i principi comuni in tema di informazione televisiva, laddove emerge con una certa evidenza come – al cospetto di limiti prettamente "negativi"<sup>33</sup> o «modali»<sup>34</sup> – detto fine si sostanzia soltanto nel «favorire» (*recitius*: nel non ostacolare) «la libera formazione delle opinioni» da parte dei telespettatori (art. 6, comma 2, lett. *a*)).

Diversa è invece la finalità del servizio pubblico generale (ossia la finalità di tutte le trasmissioni televisive RA1), quella essendo individuata dall'art. 6, comma 4, nel «fine di favorire l'istruzione, la crescita civile e il progresso sociale, di promuovere la lingua italiana e la cultura, di salvaguardare l'identità nazionale e di assicurare prestazioni di utilità sociale»<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Si pensi al divieto di non discriminazione (*supra* pt. *a1*) o al divieto di utilizzare metodologie di "manipolazione" (*supra* pt. *b5*).

<sup>34</sup> Così, ad esempio, l'obiettività, la completezza, la lealtà e l'imparzialità dell'informazione (v. *supra* pt. *a2*), *b1*), nonché la trasmissione quotidiana di tg e la garanzia di parità di accesso a tutti i soggetti politici (*supra* b3). Sulla legittimità costituzionale dei limiti modalali imposti alle emittenti private, cfr. Corte cost., n. 155/2002, laddove i limiti modalali sono definiti come limiti «inerenti alle modalità di svolgimento» delle trasmissioni, ossia come limiti che «attengono specificamente ai profili organizzativo-imprenditoriali dell'iniziativa economica, anziché a quelli contenutistici dell'attività di manifestazione del pensiero», tali per cui «non toccano la libertà di espressione, se non sotto il profilo del dovere di osservanza di un comportamento neutrale ed imparziale». Per F. GIGLIONI, *Il servizio pubblico nel sistema televisivo tra esigenze democratiche*, cit., 999, nel settore dell'informazione l'intervento della autorità pubblica «può riguardare solamente le procedure, i modi in cui l'informazione è offerta, mentre i contenuti sono rimessi a professionisti autonomi: il potere pubblico realizza la democrazia procedurale, la professionalità degli addetti garantiscono la libera determinazione dei contenuti»; in questo contesto, allora, i limiti modalali sono eletti a strumento di tutela della «verità» – quale garanzia di effettiva «libertà e democrazia» (su cui si v. peraltro S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004) – da intendersi «non tanto come una pretesa alla neutralità psicologica tra la comunicazione e il comunicatore, circostanza che appare davvero astratta, ma come pretesa di correttezza ed equilibrio nella produzione e manifestazione delle informazioni» (*ibidem*). Per l'elaborazione di una posizione contraria alla possibilità di operare una corretta distinzione tra limiti modalali e limiti di contenuto cfr. A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati*, cit., 472.

<sup>35</sup> Finalità, questa, da cui deriva – come si è visto (v. *supra* sub pt. *c1-c4*) e come si vedrà (*infra* in questo e nei successivi paragrafi) – la sottoposizione a penetranti obblighi di contenuto e quindi all'espletamento di compiti spiccatamente "attivi".

Da quanto precede pare quindi emergere una marcata differenziazione tra la matrice teleologica della complessiva programmazione del servizio pubblico generale e l'orizzonte finalistico delle emittenti private, quandanche ristretto al solo "servizio pubblico parziale".

Per quest'ultimo, infatti, la (presunta) funzionalizzazione è doppiamente ristretta: è ristretta dal punto di vista dell'oggetto del vincolo, investendo la sola attività di informazione (il servizio di interesse generale "dei" privati); ed è ristretta dal punto di vista più propriamente teleologico, il fine essendo (in sostanza) quello di garantire che lo spettatore non sia manipolato nella libera formazione delle proprie opinioni. Per l'emittente RAI (o, se si vuole, per il servizio pubblico generale), invece, la funzionalizzazione è doppiamente ampia: è ampia dal punto di vista dell'oggetto del vincolo, giacché attiene a tutta la attività televisiva; ed è poi ampia dal punto di vista teleologico, giacché al modello della trasmissione delle informazioni con fare "imparziale" si somma di tutta evidenza il compito di agire attivamente, ossia per la promozione di fini ulteriori (istruzione, crescita civile e progresso sociale), così da incarnare quel «ruolo specifico» che, secondo una parte della dottrina, «dev'essere qualitativamente diverso da quello svolto dalle televisioni commerciali»<sup>36</sup>.

Come si avrà modo di chiarire, la conclusione ora prospettata non è affatto ininfluenza sul piano dell'oggetto della indagine: questa distinzione tra le finalità del "servizio pubblico generale" e le finalità del "servizio informativo di interesse generale", infatti, anticipa e giustifica in gran parte la diversità dei metodi e modelli di implementazione delle politiche sulla parità di genere nel settore televisivo (*infra* parr. 3.1. e 3.2.).

### 3. *La parità di genere nei principi generali del d.lgs. n. 208/2021*

Ferma la surriferita differenza teleologica che intercorre tra la programmazione pubblica e quella privata, al fine comprendere se il *parterre* normativo riproduca corrispondenti differenze anche nelle forme e nei modi dell'implementazione della parità di genere "televisiva", l'operazione da svolgere in via logicamente preliminare consiste nella ricerca delle previsioni giuridiche di governo del settore televisivo poste a presidio dell'uguaglianza di genere.

Il compito può e deve essere anzitutto adempiuto muovendo dal d.lgs. n. 208/2021, nel cui alveo, a beneficio della sintesi, possono essere isolati almeno

---

<sup>36</sup> G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. Principi giuridici, strumenti, casi*, Milano, 2005, 149, il quale aggiunge che «[l]a giustificazione ontologica di un "servizio pubblico generale radiotelevisivo" risiede nella sua funzionalizzazione all'interesse generale, che si realizza attraverso una complessiva attività informativa, culturale ed educativa a favore dei cittadini, svolta con caratteri di obiettività, imparzialità e completezza».



due grandi principi giuridici più o meno direttamente rapportabili all'obiettivo della parità di genere.

Il primo grande principio a cui fare riferimento è quello del divieto di discriminazione, che, ai sensi dell'art. 4, comma 1, rappresenta un «principio generale del sistema dei servizi media audiovisivi» (v. anche *supra* par. 2). A questa previsione a carattere generale – l'oggetto del divieto non è infatti positivamente circoscritto ad alcun ambito – fanno poi seguito due disposizioni ancillari, riferite l'una alle comunicazioni commerciali audiovisive (art. 43, comma 1, lett. *c*), n. 2) e l'altra alle televendite (art. 47, comma 1), caratterizzate dalla perimetrazione del divieto, essendo fatto esplicito riferimento nell'un caso alle «discriminazioni fondate su sesso, razza o origine etnica, nazionalità, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale» e nell'altro caso al «sesso, etnia o nazionalità».

Il secondo grande principio è invece quello del divieto all'incitamento alla violenza, che, ai sensi dell'art. 4, comma 1, costituisce anch'esso «principio generale del sistema dei servizi media audiovisivi» e la cui estensione travalica i confini nazionali per estendersi anche ai servizi di media audiovisivi prestati dai fornitori esteri, i quali, in forza dell'art. 30, comma 1, lett. *a*), non devono farsi promotori di alcuna istigazione alla violenza o all'odio sulla base di uno dei motivi di cui all'art. 21 della Carta di Nizza (tra cui: sesso e tendenze sessuali), pena la sospensione dei relativi servizi (art. 7, comma 2, lett. *b*)).

Ulteriori addentellati sono poi variamente disseminati nel d.lgs. n. 208/2021. Così è certamente per il rispetto della dignità della persona (art. 4, comma 1), *regula iuris* che fa da cappello tanto al principio di non discriminazione quanto a quello che pone il divieto all'incitamento alla violenza. Ma non solo. Ed infatti, settorializzando le politiche della parità di genere, è nel “campo” dell'informazione televisiva in senso stretto che si rinvergono importanti previsioni, talvolta discendenti dai principi di cui sopra – è così per il principio secondo cui deve essere garantito «l'accesso di tutti i soggetti politici alle trasmissioni di informazione in condizioni di parità di trattamento» (art. 6, comma 1, lett. *c*)), evidente propaggine del principio di non discriminazione – talaltra aventi “radici” per certi versi autonome, come è per i principi (già sopra ricordati, cfr. *supra* par. 2) della «presentazione veritiera dei fatti e degli avvenimenti», del «divieto di utilizzare metodologie e tecniche capaci di manipolare in maniera non riconoscibile allo spettatore il contenuto delle informazioni» (art. 6, comma 1, lett. *a*) e *e*)), nonché della «obiettività e completezza della informazione» (art. 4, comma 1).

Da questa elementare ricognizione emerge un dato qui piuttosto rilevante: non solo si tratta di principi che (con l'eccezione di quello di non discriminazione) assumono una connessione per molti versi indiretta (sebbene pur sempre indubitabile) con l'obiettivo della parità di genere, ma, ed in maniera ancor più determinante, si tratta di principi che pongono una serie di *limiti*, per così dire,

soltanto in negativo. Altrimenti a dirsi, tra le previsioni sinora ricordate mancano i c.d. limiti in *positivo*<sup>37</sup> (secondo l'idea della funzione); mancano cioè azioni e approcci di tipo “*promozionale*”.

Lo si anticipa, l'osservazione è vera, ma solo in parte. Ovverosia, l'affermazione è credibile, ma solo e soltanto finché si permanga nel solco delle previsioni recate dal d.lgs. n. 208/2021<sup>38</sup>.

### 3.1. *La (promozione della) parità di genere nell'erogazione del servizio pubblico generale*

Il dubbio poc'anzi evocato induce a ricercare nell'ordinamento complessivo ulteriori previsioni funzionali a garantire la parità di genere nel settore televisivo.

Per quanto attiene al servizio pubblico generale, l'adempimento del compito è abbastanza agevole.

Al fine di comprendere quanto siano incisive le previsioni sulla parità di genere nel servizio pubblico generale sarebbe sufficiente dar conto del recentissimo Memorandum d'intesa *No Women No Panel 2022* (siglato, come da rubrica, «per promuovere una rappresentazione paritaria ed equilibrata nelle attività di comunicazione»)<sup>39</sup>: si pensi all'art. 2, comma 2, lett. *d*), a mente del

<sup>37</sup> Si accede evidentemente all'impostazione offerta da G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, 281 ss., in merito alla distinzione tra la funzione positiva e negativa espletata dalla legge rispetto alla attività dell'amministrazione pubblica, da un lato, e all'attività dei privati, dall'altro.

<sup>38</sup> Sebbene l'art. 117 Cost. rimetta alla competenza concorrente la materia dell'ordinamento della comunicazione e sebbene l'art. 11, d.lgs. n. 208/2021, attribuisca alle regioni la «potestà legislativa concorrente in materia di servizi di media in ambito locale» pur nel rispetto dei principi generali di cui agli artt. 4, 5 e 6 e di quelli definiti dal medesimo art. 11, è interessante segnalare come manchino in gran parte legislazioni regionali *ad hoc* in materia di servizi di media. Fa eccezione la l.r. Lazio, 28 ottobre 2016, n. 13 (*Disposizioni di riordino in materia di informazione e comunicazione*), laddove, per quanto qui più interessa si prevede: *i*) che tra le funzioni del Corecom Lazio vi sia quella di vigilare «in merito alle attività di propria competenza sul rispetto delle norme regionali in materia, garantendo, nell'ambito delle comunicazioni, il rispetto della dignità umana e dell'integrità della persona, eliminando ogni discriminazione diretta o indiretta basata su sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale» (art. 21, comma 2, lett. *m*); *ii*) che il Corecom Lazio promuove «anche attraverso la stipula di protocolli d'intesa, azioni e attività di formazione volte a diffondere un'immagine equilibrata di donne e uomini, contrastando gli stereotipi di genere nei media e favorendo la conoscenza e la diffusione dei principi di uguaglianza e di valorizzazione delle differenze di genere» (art. 21, comma 2, lett. *i*). Più in generale, sul ruolo delle autonomie territoriali nel settore dei media, anche in una prospettiva comparata, si v. M.E. MONACO, *Le autonomie territoriali ed il settore televisivo in Italia, Germania e Spagna*, in *Ist. fed.*, 2009, 145 ss.

<sup>39</sup> Il Memorandum del 2022 vede come parti aderenti la RAI (soggetto promotore), la Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento Pari Opportunità, il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, la Conferenza delle Regioni, l'Unione delle Province Italiane, l'Associazione Nazionale Comuni Italiani, la Conferenza dei Rettori delle Università Italiane, il Consiglio Nazio-

quale «[l]e Parti si impegnano a promuovere modelli e messaggi comunicativi che [...] promuovano il principio di uguale rappresentanza fra i sessi, garantendo parità di accesso negli spazi informativi o di comunicazione»; ma si pensi anche e soprattutto all'art. 3 che prevede l'obbligo di «promuovere l'equilibrio [si intende, numerico] tra uomini e donne negli eventi di comunicazione»<sup>40</sup>.

Eppure, a ciò non ci si potrebbe limitare. Utili indicazioni possono infatti essere ricavate dall'insieme delle prescrizioni definite *i)* dalla convenzione tra il Ministero dello sviluppo economico e la RAI per la concessione del servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale, *ii)* dal contratto nazionale di servizio tra il Ministero dello sviluppo economico (MISE) e la RAI, *iii)* nonché dalle linee-guida sul contenuto degli ulteriori obblighi del servizio pubblico generale radiotelevisivo.

Ancora una volta, non si tratta di una operazione meramente ricognitiva. Come si avrà modo di osservare, infatti, dall'insieme delle previsioni di seguito riportate emerge un tratto caratteristico nel rapporto tra il servizio pubblico generale e la parità di genere: si supera il modello dei limiti in negativo per abbracciare un approccio “più attivo”, ossia radicato attorno all'idea della *promozione*<sup>41</sup>.

Avendo riguardo alla convenzione per la concessione del servizio del 28 aprile 2017, sono principalmente due le disposizioni qui rilevanti. Anzitutto, l'art. 1, comma 6, secondo cui la RAI, non solo (in aderenza al modello classico della equidistanza) è tenuta all'adempimento del proprio compito «in tutti i generi della programmazione, secondo i principi di pluralismo, obiettività, completezza, imparzialità e indipendenza», ma è altresì chiamata a «*promuove[re] le pari opportunità* tra uomini e donne e assicura[re] il rigoroso rispetto della dignità della persona». In secondo luogo, l'art. 3, comma 1, lett. *v)*, che, al pari, obbliga la concessionaria a garantire «la *promozione* e la *valorizzazione* di una rappresentazione non stereotipata della figura femminile, nel rispetto della dignità culturale e professionale delle donne».

---

nale delle Ricerche, l'Accademia Nazionale dei Lincei, da un lato, e, dall'altro lato, la Rappresentanza in Italia della Commissione Europea e l'Unione per il Mediterraneo.

<sup>40</sup> È purtuttavia innegabile che il ricorso al sistema delle quote presenti criticità a margine ben sintetizzate da M. DE BENEDETTO, *Uguaglianza di genere, lingue e linguaggio*, cit., 101, quando ha affermato che «[d]a un punto di vista di stretto diritto amministrativo i meccanismi di “quota” sono semplici da attuare. Eppure, il tema della riserva di quote ha creato rilevanti tensioni teoriche, giacché genera una competizione tra concezione formale e sostanziale del principio costituzionale di uguaglianza e produce situazioni paradossali: in altri termini, per conseguire uguaglianza deve essere procurata una vera e propria *reverse discrimination*». Sul punto, per una bibliografia minima di riferimento si v. anche quanto annotato *infra* in nt. 58.

<sup>41</sup> In aderenza al disposto dell'art. 51, comma 1, Cost., laddove il limite negativo (il principio della parità di genere nell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive) è supportato dalla previsione secondo cui «la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini».

Aggiuntive ed utili indicazioni sono poi fornite dalle linee-guida sul contenuto degli ulteriori obblighi del servizio pubblico generale radiotelevisivo adottate d'intesa tra l'AGCOM ed il MISE<sup>42</sup>. Così è, ad esempio per il par. 15, n. 1, laddove si prevede che tra gli obiettivi del servizio pubblico generale vi sia anche quello del «superamento degli stereotipi di genere, nella direzione di *promuovere la parità* e di salvaguardare l'immagine della donna». Allo stesso modo si consideri poi il par. 15, n. 3, ove la promozione è insita nell'idea – tipica del diritto amministrativo – della funzionalizzazione delle risorse economiche, tenuto conto che, tra le «singole aree di attività» in relazione alle quali devono essere resi pubblici «i valori di allocazione del contributo pubblico» è ricompresa anche l'area della «parità di genere».

È però nel contratto nazionale di servizio 2018-2022 che è possibile identificare la più copiosa quantità di disposizioni funzionali al discorso qui intrapreso<sup>43</sup>. Ed infatti, sebbene non manchino previsioni “ordinarie” (coerenti cioè con l'approccio tradizionale<sup>44</sup>), sono ben maggiori quelle destinate alla *promozione* della parità di genere. È quanto avviene ad esempio all'art. 2, comma 1, lett. *b*), laddove lo schema tradizionale del rispetto del limite negativo (in specie, il dovere «di raggiungere le diverse componenti della società, prestando attenzione alla sua articolata composizione in termini di genere») è chiaramente torto nel senso finalistico dello «sviluppo di una società inclusiva, equa, solidale e rispettosa delle diversità». Ancor più esplicitamente si consideri l'art. 2, comma 1, lett. *c*), che prevede non solo il dovere della RAI di «veicolare informazioni volte a formare una cultura [...] del rispetto della diversità di genere e di orientamento sessuale», ma anche e soprattutto quello di veicolare informazioni «di *promozione e valorizzazione* [...] delle pari opportunità». Così è ancora per l'art. 8, comma 2, lett.

<sup>42</sup> È giusto il caso di avvertire che le ultime linee guida adottate risalgono al 2012 (Allegato A alla delibera AGCOM n. 587/12/CONS del 29 novembre 2012), sebbene il dettato legislativo preveda che la loro adozione debba avvenire «prima di ciascun rinnovo quinquennale del contratto nazionale di servizio» (art. 59, comma 6, d.lgs. n. 208/2021).

<sup>43</sup> Vero è, peraltro, che, ai sensi dell'art. 59, comma 1, d.lgs. n. 208/2021, il servizio pubblico generale è svolto dalla RAI sulla base non solo del contratto nazionale di servizio, bensì anche dei contratti di servizio regionali e provinciali (per le Province autonome di Trento e di Bolzano). Eppure, dall'analisi condotta, è risultato che la quasi totalità degli enti territoriali è risultata sprovvista dei relativi contratti di servizio. Le eccezioni investono per lo più le regioni a statuto speciale, soprattutto laddove l'esigenza principale è quella di definire misure di maggiore tutela delle minoranze linguistiche: è il caso della regione Sardegna dove al più è stata stipulata una convenzione tra la Presidenza del Consiglio e RAI Com s.p.a. (approvata con d.P.C.M. del 5 febbraio 2021), avente ad oggetto, per l'appunto, «la produzione e diffusione delle trasmissioni radiofoniche e televisive a tutela della lingua sarda, minoranza linguistica presente nella Regione autonoma Sardegna» (così l'art. 1 della citata convenzione).

<sup>44</sup> È il caso, ad esempio, dell'art. 9, comma 2, lett. *b*), laddove si fa applicazione del divieto di non discriminazione, prevedendo il divieto di «trasmettere messaggi pubblicitari discriminatori o che alimentino stereotipi di genere».

c), laddove si dispone che l'offerta dedicata ai minori debba «*promuov[ere] modelli di riferimento, femminili e maschili, paritari e non stereotipati*, mediante contenuti che educino al rispetto della diversità di genere e al contrasto della violenza». Più in generale, si può poi fare rinvio all'art. 9, rubricato per l'appunto «Parità di genere», ove le misure promozionali investono persino la struttura organizzativa, essendo previsto in capo alla RAI non solo il dovere di operare la *disclosure* dei dati sul rispetto della parità di genere (tramite l'adozione dei menzionati report annuali), ma anche il compito di «*promuovere la formazione tra i propri dipendenti, operatori e collaboratori esterni, affinché in tutte le trasmissioni siano utilizzati un linguaggio e delle immagini rispettosi, non discriminatori e non stereotipati nei confronti delle donne*» (comma 2, lett. a)).

Da quanto sin qui delineato, apparirà allora chiaro che, a differenza del quadro normativo ricavabile dal d.lgs. n. 208/2021, l'insieme delle previsioni destinate a regolare il servizio pubblico generale – comprensivo, lo si ricorda, dell'intera programmazione RAI – introduce un sistema di garanzie che doppia l'approccio fondato sul mero rispetto dei limiti negativi: non è più solo questione di divieti (su tutti, il divieto di discriminazione sulla base del genere), bensì ciò che rileva è anche e soprattutto l'idea della promozione e quindi l'assoggettamento ad adempimenti “attivi”, che vedono la concessionaria pubblica come parte attrice rispetto al raggiungimento di un risultato. Insomma, altro è l'approccio fondato sull'astensione (in specie, l'astensione dal compromettere l'obiettivo del conseguimento della parità di genere) e altro è l'approccio che reclama inneschi, interventi attivi e promozionali. Di ciò ne dà peraltro esatta riprova il Contratto nazionale di servizio pubblico, laddove il limite positivo della promozione è chiaramente distinto dal limite negativo posto dal principio di non discriminazione: così è all'art. 2, comma 3, lett. g), poiché l'offerta complessiva del servizio pubblico generale viene lì vincolata ad una serie di obiettivi, tra cui quello di «superare gli stereotipi di genere, al fine di promuovere la parità e di rispettare l'immagine e la dignità della donna», si badi, «*anche* [e quindi, v'è da aggiungere, non esclusivamente] secondo il principio di non discriminazione».

### 3.2. Parità di genere ed emittenti private nelle delibere dell'AGCOM

Radicalmente diverso è invece il caso della attività delle emittenti private. Vi è infatti ragione di credere che tanto i principi generali di tutta l'offerta televisiva quanto gli obblighi gravanti sul solo “servizio informativo di interesse generale” (v. *supra* parr. 2 e 3) non siano equiparabili allo strumentario ordinato in capo alla concessionaria pubblica e destinato a regolare il servizio pubblico generale<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Non a caso nel 2019, da un confronto tra associazioni di categoria e istituzioni (tra cui alcuni Corecom) è emersa la necessità di produrre un «Codice Donne e Media», sulla scia del Codice di autoregolamentazione TV e Minori, nonché l'esigenza di adottare disposizioni innovative per le

In effetti, anche al di fuori delle previsioni recate dal d.lgs. n. 208/2021, non è dato scorgere norme analoghe a quelle immesse dalla surriferita regolamentazione (*supra* par. 3.1.). Il caso del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità) è piuttosto emblematico. Si prenda l'art. 49, rubricato «Azioni positive nel settore radiotelevisivo»: quali sono quelle azioni che, con espressione formalmente riproduttiva dell'idea sottesa alla funzione di cui è incaricata la RAI, sono lì definite come «positive»? Ebbene, quelle azioni attengono soltanto al momento organizzativo in senso stretto: «[l]a concessionaria pubblica e i concessionari privati per la radiodiffusione sonora o televisiva in ambito nazionale» – statuisce l'art. 49 – «promuovono azioni positive volte ad eliminare condizioni di disparità tra i due sessi in sede di assunzioni, organizzazione e distribuzione del lavoro, nonché di assegnazione di posti di responsabilità».

Che l'implementazione delle politiche di parità di genere nell'emittenza privata non sia equiparabile alle dinamiche instauratesi in seno al servizio pubblico generale è un dato che può poi trovare conferme in alcune importanti delibere dell'AGCOM<sup>46</sup>.

Una prima delibera meritevole di attenzione riguarda la comminazione di una sanzione pecuniaria a Reti televisive italiane (RTI)<sup>47</sup> per la diffusione in fascia protetta di contenuti lesivi dello sviluppo psico-fisico dei minori, consistenti nella potenziale trasmissione di «un messaggio distorto volto a trovare nel “troppo amore” la motivazione che spinge alcuni uomini a comportamenti violenti e di rilevanza penale nei confronti delle donne». Orbene, il pronunciamento in esame contiene certamente precetti (sì valevoli a tutelare direttamente i minori, ma comunque) capaci di apprestare adeguati orientamenti in merito alla tutela delle donne nell'offerta televisiva, essendo stato sostanzialmente stigmatizzato «il rischio di [aver connotato] di normalità comportamenti aggressivi e lesivi della incolumità e della dignità della persona»; nulla però nella delibera in oggetto consente di trarre indicazioni circa la sussistenza di azioni positive da intraprendere nella programmazione delle emittenti private: come è evidente, si tratta di precetti inerenti alla sola violazione di limiti negativi (in specie, il dovere di non incitare alla violenza ed ai discorsi d'odio).

Egual è a dirsi per una seconda delibera con cui l'AGCOM ha più di recente emesso un richiamo all'emittente privata La7<sup>48</sup>. Se nella precedente pronuncia il caso interessava il principio del divieto all'incitamento alla violenza, qui a fare

---

emittenti private, ricalcando il modello prodotto dal surrichiamato art. 9 del Contratto di Servizio RAI, recante le misure per la promozione e tutela della parità di genere.

<sup>46</sup> In generale, sul potere sanzionatorio dell'AGCOM si v. F. MARINI BALESTRA, *Le sanzioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. FRATINI, Padova, 2011, 861.

<sup>47</sup> AGCOM, *Delibera n. 168/17/CSP*, 27 luglio 2017.

<sup>48</sup> AGCOM, *Delibera n. 147/21/CONS*, 29 aprile 2021.

comparsa è invece il principio della corretta rappresentazione della donna; un principio che, nel caso di specie, è risultato essere stato minato dall'avvenuta spettacolarizzazione di una vicenda processuale – caratterizzata, secondo l'accusa, da molteplici episodi di violenza sessuale a danno di alcune giovani donne –, essendo stata fornita una raffigurazione potenzialmente distorsiva della condizione delle donne oggetto degli abusi e, quindi, in definitiva «una sorta di vittimizzazione secondaria». Ancora una volta, però, ciò che emerge dalla decisione dell'AGCOM non è certo la sussistenza in capo alle emittenti private di un dovere di promozione del “reale” ruolo della donna nella società (su cui v. *infra* par. 4), come lascerebbe intendere il rinvio lì più volte operato alla delibera AGCOM recante raccomandazioni «sulla corretta rappresentazione dell'immagine della donna nei programmi di informazione e di intrattenimento»<sup>49</sup>: ed infatti, a discapito della genericità della rubrica della delibera or ora richiamata, le previsioni della raccomandazione premono sì nel senso della corretta rappresentazione della donna, ma nel solo ambito delle vicende concernenti episodi di molestie sessuali. Insomma, se per un verso non si fuoriesce dallo schema della informazione obiettiva e veritiera, per altro verso (ed è ciò che qui più conta) non si va oltre. Ed infatti, che il dovere incidente sulle emittenti private nel fornire una rappresentazione corretta e non stereotipata della donna sia altro dal (solo nominalmente) corrispondente obbligo imposto alla concessionaria pubblica è un fatto comprovato dalla surriferita delibera di richiamo all'emittente La7, laddove si evidenzia come «la valorizzazione di una rappresentazione reale e non stereotipata della molteplicità di ruoli del mondo femminile» e «la promozione di programmi che non inducano ad una fuorviante percezione dell'immagine femminile» siano «principi tutelati dal vigente “Contratto nazionale di servizio Rai” e [...] precisati anche negli “Orientamenti sul contenuto degli ulteriori obblighi del servizio pubblico televisivo Rai” dell'Agcom». Il che è equivoale ad ammettere che le azioni promozionali nell'affermazione della parità di genere appartengono ad un preciso (e diverso) ambito: quello del servizio pubblico generale<sup>50</sup>.

#### 4. *Alcune osservazioni conclusive: il servizio pubblico generale televisivo attraverso la lente della parità di genere*

Alla luce di quanto sin qui osservato, v'è più di una ragione per ritenere che le politiche di implementazione della parità di genere nel settore televisivo siano assoggettate a statuti giuridici niente affatto equiparabili.

Per come è posta la normativa, pare infatti evidente come tra l'attività di servizio pubblico generale (erogata dalla RAI) e l'attività delle emittenti priva-

<sup>49</sup> AGCOM, *Delibera n. 442/17/CONS*, 24 novembre 2017.

<sup>50</sup> Cfr. anche *infra* in corrispondenza delle nt. 55 e 56.

te – espletata dentro il o al di fuori del perimetro del c.d. servizio di interesse generale (informazione televisiva) – permanga una chiara differenziazione, che riflette in ultima analisi quella preliminare distinzione teleologica di cui si è detto *supra* par. 2.

Solo la prima è chiamata al duplice compito di non violare (componente negativa) e di promuovere (componente positiva) la parità di genere. Al contrario, per le emittenti private vige un regime diverso e più “mite”. Queste ultime sono unitariamente – ossia, dentro e fuori il c.d. servizio di interesse generale – sottoposte ad un primo e (più) generale limite negativo. Tanto nella attività di informazione, quanto nelle trasmissioni di intrattenimento, il privato è infatti chiamato a non violare i principi generali di cui all’art. 4, d.lgs. n. 208/2021: come ricordato (*supra* parr. 2 e 3), ferma restando la tutela della libertà di espressione, inclusa la libertà di opinione, tutti i servizi televisivi devono essere organizzati e trasmessi «nel rispetto della dignità umana, del principio di non discriminazione e di contrasto ai discorsi d’odio». Dal punto di vista della parità di genere, si tratta, con tutta evidenza, della protezione più debole, questa essendo assoluta, specialmente al di fuori della informazione, dal mero adempimento del rispetto del genere, escludendo qualsivoglia disparità di trattamento, qualsiasi pratica di “mortificazione” del genere ed ogni forma di incitamento alla violenza. Per l’attività di informazione delle emittenti private permane poi un regime poco più stringente: poiché secondo il combinato disposto degli artt. 4 e 6, d.lgs. n. 208/2021, l’informazione – ossia la presentazione dei fatti e degli avvenimenti – deve essere veritiera, allora anche la rappresentazione dei generi, se ed in quanto direttamente riconducibile al contenuto stretto della informazione (di quella specifica informazione), dovrà essere obiettiva. Nulla di più. E, se si vuole, è proprio qui che sta il “limite del limite”. Lì, infatti, la veridicità della rappresentazione non attiene, in sé e di per sé, alla corretta rappresentazione del ruolo della donna nella oggettiva complessità sociale (espressione, questa, che non sottende di certo un appello ad una “visione essenzialista” della donna, ovvero ad una visione che rivendica una “essenza femminile” su cui appiattare tutte le soggettività di quel medesimo genere)<sup>51</sup>. Lì, l’immagine della donna attiene, invece e

<sup>51</sup> Più precisamente, e come avvertito *supra* nt. 13, con l’espressione “corretta rappresentazione del ruolo della donna” non si intende sostenere che esista (anche solo la possibilità di fornire) una rappresentazione univoca e quindi “esatta e certa” del genere femminile. Al contrario, l’esattezza della rappresentazione si coniuga, quasi paradossalmente, ad una sorta di inesattezza, intesa come incertezza derivante dalla mancanza di un formante universale: l’esattezza di una rappresentazione, quindi, dovrebbe essere determinata dalla capacità di registrare e di manifestare le diversità della realtà, ossia ed in definitiva la completa ampiezza e multipolarità del ruolo della donna nella società. Non si tratta, peraltro, di ancorare il discorso alla (mera o presunta) diversità di genere, su cui si v., *inter alia*: P. PAROLARI, *Identità, transdifferenza, intersezionalità: (con)vivere da eguali nella diversità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2014, 471 ss., la quale avverte del problema delle differenze monoculari, tenuto conto che «di differenze se ne possono individuare tante quanti sono i possibili



per l'appunto, alla sola rappresentazione “del ruolo” della donna nella vicenda occorsa e in concreto selezionata dalla emittente (come dimostrato *supra* par. 3.2. dal caso dell'informazione sugli episodi di violenza sessuale). Il che non è di poco conto, considerando che nulla vieterebbe all'emittente di escludere – entro certi limiti<sup>52</sup> – quei fatti che possano raccontare (in senso più ampio e generale) una immagine nuova, aggiuntiva e più aggiornata del genere femminile<sup>53</sup>.

---

criteri in relazione ai quali si decide di distinguere fra sé e gli altri» (471); ma si v. anche gli scritti del volume *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, a cura di B. PEZZINI e A. LORENZETTI, Torino, 2019, tra i cui contributi, per quanto qui più rileva, si evidenziano almeno quelli di E. STRADELLA, *Differenza, genere, pari opportunità e costituzionalismo: possibili intrecci. Brevi note*, ivi, 367 ss., e di A. SCHILLACI, *Pensiero delle donne ed esperienza giuridica: alcune riflessioni*, ivi, 349 ss., laddove peraltro l'A. accoglie un invito che rievoca quanto qui poco sopra osservato, «vale a dire quello di procedere ad una considerazione dell'esperienza di vita delle donne [...] sufficientemente ampia da includere e attraversare le differenze che percorrono e animano all'interno la stessa condizione femminile» (355); nonché, si v. i contributi di L. GIANFORMAGGIO raccolti in *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH, Bologna, 2005, tra cui *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?*, ivi, 33 ss., *Correggere le disuguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'uguaglianza?*, ivi, 201 ss., e *L'identità, l'uguaglianza, la somiglianza e il diritto*, ivi, 85 ss., laddove l'A. ritiene «irragionevole sostenere che, se la differenza è un valore, non lo è l'uguaglianza, e viceversa» (88 s.) e laddove poi aggiunge che «la valorizzazione delle differenze non richiede che si ripudi l'uguaglianza, ma piuttosto che la si prenda sul serio» (90). La diversità a cui si fa riferimento è, pertanto e per così dire, infra-genere: attiene alla effettiva rappresentazione della donna nella realtà sociale, nella sua concretezza, varietà e completezza. Al contempo, per come qui intesa ed ancorata al crisma della completezza, la correttezza della rappresentazione non può sottendere una preconcetta aspirazione a che la donna rivesta un dato e anelato ruolo nella contemporaneità: ad ogni buon conto, anche questo aspetto – tributario degli studi di SIMONE DE BEAUVOIR, *Le Deuxième Sexe*, Parigi, Gallimard, 1949 – dovrebbe essere parte integrante dell'avanzamento culturale a cui è funzionalizzato il servizio pubblico generale nel settore televisivo. Per un'utile lettura di sintesi sulle correnti femministe nell'ambito di un discorso riferito alla rappresentazione dei generi nei media si v. FRANÇOISE BARRETT-DUCROCQ, *Il ruolo dei media nella rappresentazione della differenza dei sessi*, in *Problemi dell'informazione*, 2001, 289 ss.

<sup>52</sup> Si esclude ad esempio il «falso “soggettivo”» (sui cui rapporti con il «falso “obiettivo”» cfr. A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati*, cit., 481 s.).

<sup>53</sup> Rispetto a questo sistema v'è peraltro da evidenziare che l'intervento, regolatorio e/o sanzionatorio, dell'AGCOM non può che riflettere l'opzione di base prescelta dal legislatore: altrimenti a dirsi, si deve ammettere – ed anzi forse non è proprio possibile ritenere il contrario – che l'AGCOM non sia titolare di poteri funzionali ad imporre in capo ai privati di azioni positive ulteriori rispetto a quelle (già od eventualmente) previste dalla legge (sulle dinamiche del principio di legalità nel settore delle autorità indipendenti si v. il lavoro monografico di P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018). Oltre alle sintomatiche affermazioni riportate *infra* nel testo e nelle note che seguono, si consideri poi che non è un caso che il d.d.l. S.1707 *Disposizioni in materia di contrasto al linguaggio sessista nei media* avesse previsto, tra i poteri dell'AGCOM, proprio quello di «promuovere nel settore radiotelevisivo, sia pubblico che privato, le iniziative di sensibilizzazione al rispetto delle differenze di genere e della dignità delle donne, alla corretta rappresentazione della figura e del ruolo delle donne e alla rimozione di espressioni di discriminazione e degli stereotipi, lesivi della dignità delle stesse» (art. 4, comma 2).

Si badi, la descritta struttura, oltre a non rappresentare un sistema *sui generis* nella prospettiva comparata – la diversificazione, tra limiti negativi e positivi, delle politiche sulla parità di genere nei servizi televisivi trova infatti corrispondenza, ad esempio, nell’ordinamento spagnolo (cfr. *Ley de igualdad* n. 3/2007<sup>54</sup>) –, non rappresenta neppure una speculazione a carattere meramente dottrinale. Oltre a quanto già attestato (*supra* parr. 3 ss.), una delle migliori certificazioni di quanto sin qui sostenuto può essere tratta da una piuttosto recente delibera AGCOM, adottata a conclusione di un procedimento avviato contro la RAI per presunti inadempimenti degli obblighi di servizio pubblico generale<sup>55</sup>: soffermandosi sugli effetti pregiudizievole prodotti dalla diffusione di stereotipi di genere, l’Autorità ha per l’appunto sostenuto che il «rispetto della dignità della persona e dei principi di non discriminazione, anche di genere» implica per la RAI, ossia per il «garante dell’informazione», «non solo l’obbligo di non violare tali principi, ma ancor di più quello di promuoverne la adeguata tutela attraverso anche una azione educativa veicolando contenuti idonei allo scopo»<sup>56</sup>. La differenziazione tra limiti in negativo («non violare

<sup>54</sup> La *Ley de igualdad* n. 3/2007 ha infatti sottoposto il servizio pubblico al dovere di promuovere la parità di genere, assoggettando invece l’attività delle emittenti private al diverso “regime” del divieto di non discriminazione, rimettendo poi all’amministrazione pubblica il compito di promuovere l’adozione da parte dei privati di misure per contribuire al compimento della legislazione in materia. Più precisamente, ai sensi dell’art. 36 (*La igualdad en los medios de comunicación social de titularidad pública*), «[l]os medios de comunicación social de titularidad pública velarán por la transmisión de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres en la sociedad, y promoverán el conocimiento y la difusión del principio de igualdad entre mujeres y hombres»; al contrario, l’art. 39 (*La igualdad en los medios de comunicación social de titularidad privada*) prevede che «[t]odos los medios de comunicación respetarán la igualdad entre mujeres y hombres, evitando cualquier forma de discriminación» (comma 1), per poi aggiungere al comma 2 che spetta alle amministrazioni pubbliche «promover[...] la adopción por parte de los medios de comunicación de acuerdos de autorregulación que contribuyan al cumplimiento de la legislación en materia de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las actividades de venta y publicidad que en aquellos se desarrollen». Sempre a livello normativo, per una impostazione equivalente all’interno dell’ordinamento spagnolo si v. la *Ley* n. 15/2022 *integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, ed in particolare i commi 1 e 2 dell’art. 22 (*Medios de comunicación social y publicidad, internet y redes sociales*). Più in generale, sulla *Ley de igualdad* n. 3/2007 si v. C. SANCHEZ TRIGUEROS e A.V. SEMPERE NAVARRO (diretto da), *Comentarios a la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Cizur Menor, 2008, nonché, per una recente valutazione dei risultati ottenuti nel decennio che ha seguito l’introduzione della *Ley de igualdad*, cfr. A. VENTURA FRANCH, S. GARCÍA CAMPÁ (diretto da), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Cizur Menor, 2018.

<sup>55</sup> AGCOM, *Delibera n. 69/20/CONS*, 14 febbraio 2020.

<sup>56</sup> *Ivi*, par. 27 (carattere c.vo aggiunto da chi scrive). Similmente si consideri l’art. 5 del Regolamento recante disposizioni in materia di rispetto della dignità umana e del principio di non discriminazione e di contrasto all’*hate speech* (Allegato B alla delibera n. 157/19/CONS del 15 maggio 2019), con cui l’AGCOM ha disposto che la RAI «promuove la diffusione di contenuti che valorizzano i principi di rispetto della dignità umana, di non discriminazione, dell’inclusione e della coesione sociale, nonché di contrasto all’istigazione alla violenza e all’odio» (comma 1), mentre «i fornitori

*tali principi*) e limiti in positivo («*promuoverne la adeguata tutela attraverso anche una azione educativa veicolando contenuti idonei allo scopo*») non potrebbe essere più chiara.

Ecco quindi che quanto precede *i*) non solo conferma la più ampia portata della funzionalizzazione del servizio pubblico generale nel settore televisivo globalmente inteso<sup>57</sup>, giacché il compito di promuovere attivamente il ruolo della donna nella società civile, al di là delle singole vicende concretamente occorse e oggetto di specifica narrazione, riflette evidentemente il fine dell'avanzamento sociale e culturale della collettività; *ii*) non solo attesta la "ristrettezza" della direzione teleologica dell'informazione privata, poiché il mero fine di non distorcere la libera formazione delle opinioni si risolve semplicemente nella corretta rappresentazione dei generi nelle vicende esposte, oltretutto come logico nel rispetto dei principi generali di non discriminazione e di divieto all'incitamento alla violenza (cfr. *supra* par. 2); *iii*) ma consente altresì di assumere alcune conclusioni ulteriori. Ed infatti, è ora possibile fornire una qualche risposta ai dubbi sollevati in apertura del secondo paragrafo.

Lì ci si è anzitutto domandati se l'inclusione dell'emittenza privata nel quadro del servizio pubblico televisivo dovesse necessariamente implicare l'assoggettamento allo stesso *parterre* di regole governanti la parità di genere: per come si è evoluto il sistema, la risposta negativa apparirà oramai scontata e non bisognevole di ulteriori giustificazioni, seppur una diversa strada, quantunque complessa (investendo anzitutto la libertà di espressione), avrebbe purtuttavia potuto essere percorsa nel solco delle ampiamente dibattute (perché discusse) «*affirmative actions*»<sup>58</sup>.

di servizi di media audiovisivi e radiofonici, anche privati, sono [solo] invitati a promuovere iniziative aventi ad oggetto i temi dell'inclusione e della coesione sociale, della promozione delle diversità e dei diritti fondamentali della persona» (comma 2). A tal riguardo, si consideri la nota esplicativa contenuta nella delibera AGCOM n. 157/19/CONS: «[l]art. 5, premesso il rango costituzionale della tutela della dignità umana, intende promuovere iniziative volte a creare una consapevolezza anche culturale di tale diritto attraverso il contributo dei mezzi di informazione. Se la finalità è comune e condivisa, è indubbio che sulla concessionaria pubblica, in ragione della missione di cui è portatrice e del contratto di servizio, grava una maggiore responsabilità anche etica a promuovere i valori sottesi al presente provvedimento».

<sup>57</sup> Per una parte della dottrina, d'altronde, la più recente evoluzione del settore avrebbe via via virato «verso una rivalutazione della concezione "soggettiva" e "finalistica" del servizio pubblico, che ne sottolinei l'identità e la "diversità" rispetto agli altri soggetti che operano nel sistema audiovisivo» (G.E. VIGEVANI, *I media di servizio pubblico nell'età della rete*, cit., 285).

<sup>58</sup> Sul punto, e piuttosto di recente, si v. l'ampio ed autorevole ricorso che M. DE BENEDETTO, *Uguaglianza di genere, lingue e linguaggio*, cit., *passim*, fa allo strumentario delle «*affirmative actions*», ossia a quei «programmi di azione positiva che implicano anche la possibilità di limitare libertà o diritti degli individui in vista del conseguimento di più ampi obiettivi antidiscriminatori» (99). In tema la bibliografia è sconfinata: per tutti si v. A. POGGI, *Sulla riforma dell'art. 51 cost.: le quote alla prova della democrazia pluralista*, in *Quad. cost.*, 2002, n. 3, 619 ss.; A. CERRI, *Eguaglianza, giustizia ed azioni positive*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, 1999, n. 123, 7 ss.; C. BARBATI, *Le «azioni positive» tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1993, 1706 ss.; M. AINIS, *Azioni positive e principio d'eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1992, 582

Ci si è poi chiesti se, una volta esclusa detta equipollenza, la difformità applicativa delle regole sulla parità di genere fosse sintomatica di una persistente differenziazione tra “pubblico” e “privato” nell’offerta televisiva o, meglio a dirsi, di una persistente impossibilità di ricondurre, quandonche solo parzialmente, l’attività delle emittenti private nell’alveo del servizio pubblico televisivo. A tal riguardo la risposta si fa necessariamente più articolata.

Ebbene, seppur una parte della dottrina ritenga che il servizio pubblico televisivo conosca oggi il concorso tra il servizio pubblico generale ed il servizio di interesse generale delle emittenti private (*supra* par. 2), l’analisi del caso della parità di genere motiva l’assunzione di una precisazione, finanche di una potenziale rettifica. Altro è la missione del servizio pubblico generale e altro è il fine immediato del c.d. servizio informativo (privato) di interesse generale: ancora una volta come dimostrato dal “caso” della parità di genere, per il primo vi è una vera e propria missione, che consiste nell’avanzamento *lato sensu* culturale della società civile (cfr. art. 6, comma 4, d.lgs. n. 208/2021); per il secondo, invece, vige una vocazione, una logica ordinante, che è quella anzitutto commerciale<sup>59</sup>, la cui immissione nel quadro integrativo del servizio pubblico è avvenuta non già attraverso una imposizione di veri limiti positivi e di contenuto (come accaduto per il servizio pubblico generale), bensì per mezzo della applicazione di meri limiti modali e di vincoli in negativo, per così dire, rispettosi del disposto

---

ss. (dello stesso A., si v. *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quad. cost.*, 1999, n. 2, 359 ss., nonché *L’eccezione e la sua regola*, in *Giur. cost.*, 1993, 891 ss.). Imprescindibile è poi il rinvio a M. CARTABIA, *Le azioni positive come strumento del pluralismo?*, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. BIN, C. PINELLI, Torino, 1996, 65 ss., la quale – nel ricordare come il problema delle *affirmative action* investa campi ulteriori a quello della sola parità di genere («le azioni positive sono prese in considerazione in qualità di strumenti diretti a valorizzare o a governare la convivenza delle molteplici formazioni sociali, etniche, culturali, linguistiche, religiose, ecc. in cui si articola il tessuto sociale delle democrazie pluralistiche contemporanee», così a p. 67) – pone una seria critica alla interpretazione “più estrema” delle azioni positive, ossia a quella che radica automatismi tesi ad «assicurare il conseguimento di un risultato», rilevando per converso la necessità che le azioni positive mirino «alla rimozione di un ostacolo» (77) e quindi investano «prevalentemente» quegli ostacoli «di natura economica e sociale» (78).

<sup>59</sup> Cfr. A. PACE, *Privato e pubblico*, cit., nella cui interpretazione l’esclusione della possibilità di omologare la programmazione delle emittenti private a quella pubblica – ossia l’esclusione «che gli obblighi contenutistici (e soprattutto modali) possano essere pervasivi come quelli a cui è invece legittimamente assoggettabile l’emittenza pubblica» (10) – discende da una chiara impostazione del rapporto tra pubblico e privato (6 s.). Per un verso – si afferma – solo «[l]a programmazione del servizio pubblico persegue delle “funzioni” di interesse generale che caratterizzano intrinsecamente tutta l’attività della concessionaria» (12); per altro verso – si aggiunge – «[l]a programmazione delle emittenti private si muove invece in una logica di “libertà”» (14), ossia di «piena libertà “di fini” ed autonomia imprenditoriale» (15), sotto la pressante guida dell’*audience* (12): ragion per cui «mentre la programmazione di servizio pubblico può ben essere caratterizzata dal doveroso rispetto di indirizzi e di limiti sia modali che contenutistici [...] altrettanto non può dirsi per le emittenti commerciali» (15).

degli artt. 21 e 41 Cost. Il che – ed è ciò che più conta – suggerisce allora di rimeditare in merito alla effettività della partecipazione delle emittenti private al servizio pubblico televisivo. In concreto, la realtà – per come qui veicolata attraverso il caso della parità di genere – pare infatti convergere nel senso indicato da altra dottrina, ossia nel senso della insostenibilità della riconduzione dei “servizi informativi privati” alla nozione di servizio pubblico in senso oggettivo, giacché «solo il servizio pubblico generale radiotelevisivo costituisce, sotto il profilo sistematico, servizio pubblico», mentre per i servizi informativi delle emittenti private sarebbe più corretto discorrere di «meri obblighi», ossia di meri «limiti modali», «conformativi dell’attività di impresa»<sup>60</sup> e, qui si aggiunge, privi di una reale funzionalizzazione.

Di qui una postilla conclusiva.

Se l’irrinunciabilità del servizio pubblico in senso soggettivo non è realmente tale – trattandosi per i più, e per l’ordinamento europeo, di una opzione marcatamente politica<sup>61</sup>, finanche non sempre bastevole per la soddisfazione dell’interesse pubblico<sup>62</sup> – diverso è invece a dirsi per il servizio pubblico generale in sé. Il caso della parità di genere ha infatti dato conferma della indispensabilità di un servizio pubblico generale, realmente (ed unitariamente<sup>63</sup>) funzionalizzato a quel progresso sociale e culturale che la Consulta ha ripetutamente riaffermato come tratto caratteristico del servizio pubblico radiotelevisivo e del quale, non trattandosi di un prodotto economico, il mercato si può pacificamente disinteressare<sup>64</sup> (almeno fintanto che quel obiettivo, comprensivo della parità di genere, non divenga un prodotto economicamente profittevole). Un progresso sociale

<sup>60</sup> F. CARDARELLI, *Servizio pubblico radiotelevisivo*, cit., 192 ss.

<sup>61</sup> Così G. GARDINI, *Dal “servizio pubblico” al “sistema” radiotelevisivo*, cit., 654 (sebbene l’A., a p. 663, ammetta la propria preferenza per il mantenimento in vita di un «servizio pubblico, preferibilmente affidato ad una concessionaria controllata dallo Stato»). Cfr. anche F. CARDARELLI, *Servizio pubblico radiotelevisivo*, cit., 174 s., secondo il quale se «la necessità dell’erogazione di un servizio pubblico nel settore della radiotelevisione non implica affatto [...] un modello di servizio pubblico entificato», allora «l’entificazione» di quel servizio appartiene «sul piano della legittimazione formale, al diritto positivo».

<sup>62</sup> Come osservato da F. GIGLIONI, *Il servizio pubblico nel sistema televisivo tra esigenze democratiche*, cit., 983, «le garanzie di pubblico servizio non [devono] ritenersi soddisfatte con l’affidamento della gestione a un soggetto pubblico».

<sup>63</sup> Si conviene pertanto con A. PACE, *Privato e pubblico*, cit., 11 s., quando ricorda che il servizio pubblico generale «identifica un’attività, e non singoli prodotti culturali e informativi».

<sup>64</sup> Sovviene l’affermazione di G. GARDINI, *L’attività radiotelevisiva come servizio di interesse generale. Ruolo del regolatore e inadeguatezza del mercato*, in *Ist. fed.*, 2006, 131 ss., spec. 136 s., secondo cui «[n]on si può sperare che il mercato radiotelevisivo (e la disciplina della concorrenza strumentale al suo corretto funzionamento) promuova il pluralismo di fonti, la diversità di opinioni o il senso di identità nazionale: ciò, non perché il mercato funzioni male o racchiuda alcuni fallimenti interni, ma semplicemente perché questi obiettivi per il mercato televisivo non esistono. Non si tratta di prodotti economici, dunque il mercato se ne disinteressa». Nello stesso senso si v. ID., *Rai e servizio pubblico radiotelevisivo: la “cultura italiana” in bilico*, cit., 226.

e culturale, v'è poi da aggiungere, che può sicuramente contribuire in via più o meno (in)diretta, a rendere effettiva la parità di genere nel settore privato a prescindere dal concorso di simultanee azioni positive, tenuto conto che – prendendo a prestito una esatta osservazione resa sotto altri ma collaterali profili – la scarsa partecipazione delle donne alla vita politica e sociale (anche nell'ambito dell'offerta televisiva) non è già il problema, bensì è una «conseguenza» da prevenire operando al livello di quegli «ostacoli» che attengono ad «altri aspetti problematici della loro posizione nella società, primo fra tutti il particolare ruolo femminile nella gestione domestica e familiare, oltre che professionale»<sup>65</sup>.

E allora – con una chiosa a mo' di sintesi – se per un verso il servizio televisivo pubblico generale è funzionale (anche) alla promozione della parità di genere, le esigenze della parità di genere per altro verso contengono in sé stesse le ragioni del servizio pubblico generale. Si tratta di un mero indice sintomatico, è vero. Ma non è poco.

---

<sup>65</sup> M. CARTABIA, *Le azioni positive come strumento del pluralismo?*, cit., 78.

### Abstract

Il contributo intende analizzare, in una prospettiva giuridica, lo stato di affermazione del principio della parità di genere nell'offerta televisiva, evidenziando le diverse declinazioni che detto principio e le relative strategie di implementazione assumono, rispettivamente, nel quadro dei compiti e delle facoltà delle emittenti pubbliche e private. Muovendo dall'analisi dei dati statistici e della normativa di riferimento, lo scritto sostiene che il principio di funzionalizzazione in senso proprio sussista nel solo ambito del servizio pubblico televisivo generale: un assetto, questo, che determina, nel contesto del servizio pubblico televisivo generale, un modello di implementazione del principio della parità di genere diverso dal mero rispetto dei limiti negativi (ciò che è invece proprio del servizio di interesse generale delle emittenti private), in quanto articolato anche attorno alla prospettiva della funzione promozionale.

Gender equality in the public television service,  
between negative limits and promotional function

The paper aims at analyzing, from a legal perspective, the state of establishment of the principle of gender equality in the television broadcasting, highlighting the different declinations that this principle and its implementation strategies take, respectively, within the framework of the tasks and faculties of public and private broadcasters. Moving from the analysis of statistical data and the relevant regulations, the paper argues that the principle of functionalization in the proper sense exists only in the context of general public television service: an arrangement, this one, that determines, in the context of general public television service, a model of implementation of the principle of gender equality that diverges from the mere respect of negative limits (what is, on the contrary, proper to the service of general interest of private broadcasters), as it is also articulated around the perspective of the promotional function.





# I rapporti tra Stato e autonomie nell'infrastrutturazione digitale del Paese

di Pietro Stefano Maglione

SOMMARIO: 1. Alle origini delle telecomunicazioni: la municipalizzazione dei servizi pubblici e la “chimera giolittiana” della telefonia municipale – 1.1 Nascita e primi sviluppi del servizio telefonico tra gestione privata, promozione locale e progressiva “statizzazione” – 2. Reti e telecomunicazioni nel mercato liberalizzato: logica ed evoluzioni recenti – 3. L'infrastrutturazione digitale come “questione di Stato” (e di mercato) – 4. Il ruolo dei Comuni nell'infrastrutturazione digitale: l'autonomia locale come antagonismo di interessi – 5. Il ruolo dei Comuni nella promozione dell'accesso universale ad internet: l'autonomia locale come garanzia di prestazioni – 5.1 Interessi nazionali, interessi locali: dall'antagonismo alla convergenza

## 1. *Alle origini delle telecomunicazioni: la municipalizzazione dei servizi pubblici e la “chimera giolittiana” della telefonia municipale*

L'origine delle telecomunicazioni in Italia presenta diverse correlazioni con la municipalizzazione dei servizi pubblici. Il che può forse sorprendere, trattandosi di settore in cui l'intervento pubblico, nelle diverse sue forme assunte nel tempo, viene scontatamente ascritto alla dimensione nazionale. Eppure, proprio l'angolo visuale del ruolo assunto in origine dai Comuni in tale settore, nelle sue interrelazioni con l'intervento statale, suggerisce interessanti parallelismi con il tempo presente, come noto caratterizzato dalla centralità delle politiche pubbliche per l'ampliamento delle infrastrutture di rete di nuova generazione (NGN) per internet ad alta velocità.

I decenni a cavallo tra il XIX e il XX secolo sono individuati come fase in cui si riversa sulle amministrazioni comunali una pressante domanda di nuove prestazioni, connessa all'evoluzione tecno-industriale e dei bisogni delle comunità locali<sup>1</sup>. Tale domanda produce in quegli anni una forte sollecitazione all'implementazione di nuove tecnologie: il Comune diviene un “laboratorio della modernità”<sup>2</sup>, svolgendo un “ruolo propulsivo a favore dei propri cittadini”<sup>3</sup>.

Sfruttando la limitata autonomia loro riconosciuta, i Comuni elaborarono

---

<sup>1</sup> I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986, 2, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Napoli, 2015, 302, in termini generali osservava che «[l]o Stato che soddisfa bisogni dei cittadini sempre più complessi, che per far ciò moltiplica le sue amministrazioni ed interviene nell'economia divenendo imprenditore, costituisce il fenomeno che caratterizza, per certi versi, la moderna vicenda iniziale dei servizi pubblici».

<sup>2</sup> F. RUGGE, *Comuni e nuove tecnologie. Le macchine da scrivere e il telefono tra '800 e '900*, in Id. (a cura di), *Comuni e nuove tecnologie tra '800 e '900*, in *Amministrare*, XXX, n. 3, 2000, 286.

<sup>3</sup> F. LUCARINI, *Scienze comunali e pratiche di governo in Italia (1890-1915)*, Milano, 2003, 359.

quello che fu definito dai commentatori una sorta di “diritto (comunale)”<sup>4</sup>, anticipatore della legislazione statale<sup>5</sup> e delle tendenze autonomistiche che si sarebbero sviluppate in parallelo al progressivo affermarsi dello Stato sociale<sup>6</sup>. Per tale via il Comune, “massima istituzione sociale”<sup>7</sup>, contribuiva all’espansione delle attività di prestazione, nel tentativo di costruire nuovi strumenti di legittimazione dei poteri pubblici che integrassero quello elettorale, ancora imperniato su criteri censuali e pertanto incapace di rappresentare la nuova complessità dell’incipiente Stato pluriclasse<sup>8</sup>.

Si era dunque affermata l’idea che i Municipi potessero “assumere” attività economico-imprenditoriali qualificandole come pubblici servizi ed imponendone la municipalizzazione, intesa quale intervento dell’ente diretto a «*procacciarsi certi prodotti a un prezzo minore di quello ottenibile collo scambio in condizioni di libera concorrenza*»<sup>9</sup>, a beneficio della collettività.

<sup>4</sup> M.S. GIANNINI, *I comuni*, in ID., (a cura di), *I comuni (Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione)*, Vicenza, 1967, 11 ss., spec. 35; sul “ruolo importantissimo” che i servizi pubblici ebbero in tale “normazione” comunale, cfr. F.P. PUGLIESE, *La normazione comunale*, in *I comuni*, ult. cit., 204 ss. F. CALASSO, voce *Comune (Storia)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 169, parlò di un “quasi ritorno” al pluralismo giuridico che aveva caratterizzato l’età comunale tra la fine del XI e del XIII secolo nell’Italia centro-settentrionale.

<sup>5</sup> M.S. GIANNINI, *Autonomie comunali e controlli statali*, in I. ZANNI ROSIELLO (a cura di), *Gli apparati statali dall’unità al fascismo*, Bologna, 1976, 114.

<sup>6</sup> Sul passaggio dallo “Stato di diritto” allo “Stato sociale” a cavallo tra i due secoli, cfr. U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Milano, 1915, 271. È appena il caso di ricordare che, come affermerà la dottrina successiva, le due “forme di Stato” si pongono in termini non alternativi, ma di piena compatibilità e integrazione: v. per tutti V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, Padova, 1970, 58. Nondimeno, è proprio la creazione di (apposite) strutture per i servizi e di imprese pubbliche che «*segna uno dei tratti evolutivi da un tipo di Stato essenzialmente garantista ad un altro interventista, se non ancora solidarista o sociale*» (I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, cit., 31, 331). Sul collegamento fra servizi pubblici, Stato sociale e autonomie territoriali, tra gli altri, O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VII, Padova, 1940, 544 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1969, 127. Una prima teorizzazione del moderno Stato sociale “agganciata” alle attività di prestazione dell’amministrazione si ha già in S. SPAVENTA, *Giustizia nell’amministrazione (1880)* e ID., *Le Ferrovie e lo Stato (1876)*, entrambi in *La politica della Destra, Scritti e discorsi raccolti da Benedetto Croce*, Bari, 1910, 65 ss. e 205 ss.: «*Una società democratica (...) ha delle esigenze che impongono allo Stato un numero sempre maggiore di servizi (...) aventi per scopo di procurare condizioni e mezzi per cui ciascun individuo possa conquistarsi uno stato che sia in qualche modo corrispondente con la sua eguaglianza di diritto*» (67); «*lo Stato il quale dirige un popolo verso la civiltà (...) non si restringe solamente a distribuire la giustizia e difendere la società, ma vuole dirigerla per quelle vie, che conducono ai fini più alti dell’umanità*» (222), «*assumendo su di sé quanto ritenga storicamente opportuno*» (227).

<sup>7</sup> S. ROMANO, *Il Comune*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, pt. 1, 1908, 497, seppur in ottica già agganciata al “monismo relativo” proprio della teoria istituzionalistica, che ne definiva la posizione di “istituzione derivata”, identificava il Comune quale “*massima organizzazione sociale*”, riconosciuta dallo Stato “*nelle sue guarentigie di libertà e autonomia*”, “*caposaldo delle istituzioni giuridiche e politiche*”.

<sup>8</sup> M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 69 ss.

<sup>9</sup> G. MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, 1902, 48.

L'esigenza di connotare certe attività economiche nei termini del servizio pubblico si legava anche alla circostanza che alcune di tali attività, necessarie a soddisfare esigenze di vita vieppiù percepite essenziali, presupponevano l'esistenza di infrastrutture: l'entità degli investimenti occorrenti per la creazione delle reti e i rischi connessi alla loro (eventuale) titolarità privata ponevano le premesse per l'intervento pubblico<sup>10</sup>. Sotto tale profilo, la necessaria crescita del sistema amministrativo si poneva, da un lato, quale "fattore principale di sostegno all'industria"<sup>11</sup>, dall'altro, quale presidio di effettività dei servizi a beneficio della collettività, attraverso l'esercizio diretto pubblico o l'"intervento regolatore" costituito dalle prescrizioni contenute nella concessione<sup>12</sup>.

Tale vivacità amministrativa<sup>13</sup>, nota come "industrialismo municipale"<sup>14</sup>, a sua volta collocabile – non per tutti<sup>15</sup> – nel (più ampio) fenomeno del "socialismo municipale"<sup>16</sup>, venne presto convogliata nei binari di precisi modelli legisla-

<sup>10</sup> F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, in *Arch. giur.*, n.g. LIV, 1896, 304 ss.; M. MAZZIOTTI, *La posta, il telegrafo e il telefono*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. VII, pt. 2, Milano, 1914, 350 ss.

<sup>11</sup> E. ROTELLI, *Le istituzioni politiche e amministrative dell'Italia unita*, in ID. (a cura di), *Costituzione e amministrazione dell'Italia unita*, 1982, 54; sul punto anche S. CASSESE, *L'amministrazione dello Stato liberale-democratico*, in ID., *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974, 15 ss. Va osservato, tuttavia, che tra i commentatori del tempo non mancarono voci contrarie, che videro nell'estensione di quelle "prerogative" comunali di intervento «una usurpazione del campo razionalmente spettante al commercio o all'industria privata», cui seguiva l'«effetto di fiaccare lo spirito di libera iniziativa e volontaria associazione, (...) la leva del progresso civile» (P. BERTOLINI, *Fasi moderne del governo locale*, in *Nuova Antologia*, n. 1, 1902, 272).

<sup>12</sup> F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, cit., 307. Ma sempre P. BERTOLINI, *op. ult. cit.*, 273, osservava che, sebbene non mancassero «validi motivi in nome del bene collettivo» per un tale intervento, «nella più gran parte dei casi [era] esagerata la sfiducia nell'iniziativa privata, che forse non si [aveva] l'accorgimento di incoraggiare ed a cui invece si sbarra[va] la via». Per G. MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, cit., 179 ss., l'intervento comunale era imposto dall'esigenza di evitare il formarsi di monopoli privati in settori che assumevano crescente rilevanza sociale.

<sup>13</sup> M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 225, indica quello compreso fra 1882 e 1923 come «il periodo di maggior vivacità dell'autonomia locale».

<sup>14</sup> L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 400 ss., spec. 406; S. SEPE, L. MAZZONE, I. PORTELLI, G. VETRITTO, *Lineamenti di storia dell'amministrazione italiana (1861-2006)*, Roma, 2007, 99 ss.

<sup>15</sup> L. EINAUDI, *La municipalizzazione dei pubblici servizi (1902)*, in ID., *Cronache economiche e politiche di un trentennio (1893-1902)*, vol. I, Torino, 1959, 477. A. PIRAS, *La municipalizzazione (problemi delle municipalizzazioni)*, in M.S. GIANNINI (a cura di), *I Comuni*, cit., 370 sostenne che in Italia la "spinta" alla municipalizzazione non venne da movimenti di pensiero o azioni politicamente qualificate, ma dall'esigenza dei Comuni di liberarsi di taluni monopoli privati in attività che risultava più conveniente, anche per le finanze comunali, trasferire alle autorità locali per svolgere secondo gli interessi e i bisogni delle collettività interessate.

<sup>16</sup> G. MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, cit., *passim*; cfr. anche F. RUGGE, *Gli esordi della municipalizzazione in Italia. Appunti su Stato, autonomie e «socialismo municipale»*, in *Jus*, nn. 1-2, 1984, 195 ss. Evidenzia P. AIMO, *Stato e poteri locali in Italia*, 2ª ed., Roma, 2014, 85 ss., che al

tivamente previsti. La cd. legge Giolitti del 1903<sup>17</sup> sulla municipalizzazione dei servizi pubblici, ora intesa quale «*gestione diretta da parte del Comune di quei servizi pubblici che potrebbero essere esercitati da imprenditori privati*»<sup>18</sup>, si caratterizzò per i seguenti aspetti essenziali<sup>19</sup>: I) attribuiva la gestione diretta ai Comuni, così eliminando gli effetti dei regimi di monopolio (di fatto o di diritto) nell'erogazione da parte dei privati concessionari; II) individuava la nuova forma di gestione diretta, (tramite) le cd. aziende organo, enti pubblici economici privi di personalità giuridica che «*svolgono attività di rilevanza commerciale per il conseguimento delle finalità istituzionali dell'ente locale*»<sup>20</sup>; III) attribuiva al consiglio comunale la definizione dei servizi pubblici diversi da quelli ricompresi nell'elenco previsto dalla stessa legge<sup>21</sup>.

Se per un verso la Legge Giolitti “piegava”, riducendola, l'autonoma iniziativa municipale alla logica (almeno) della tipicità delle figure gestionali, secondo la concezione allora dominante nella giuspubblicistica che predicava l'assoggettamento dei Comuni alla legge statale<sup>22</sup>, per altro il catalogo dei servizi pubblici locali previsto dall'art. 1 della legge aveva carattere “aperto”<sup>23</sup> e il consiglio comunale<sup>24</sup>, una volta identificato un pubblico servizio, era evidentemente libero

---

“socialismo municipale” si affiancò, con confini non sempre netti, un “municipalismo cattolico”, che pure contribuì alla “socializzazione degli apparati” locali quale riflesso di una nuova “amministrazione degli interessi”.

<sup>17</sup> L. 29 marzo 1903, n. 103, “Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni” (in G.U. 3 aprile 1903, n. 78, 1381 ss.), con primo commento di C. CAMERA, A. MAGNANI, *Commento legge 29 marzo 1903, n. 103, sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte del comune*, Rocca San Casciano (FC), 1903. Sulla storica legge, oltre che sugli sviluppi dell'intera materia sino alla riforma dell'ordinamento locale del '90, resta fondamentale G. CAIA, voce *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 1 ss.

<sup>18</sup> U. BORSI, voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Nuovo dig. it.*, III, Torino, 1939, 802.

<sup>19</sup> F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2004, 38; G. PIPERATA, *Il lungo e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, n. 1, 2011, 38-39.

<sup>20</sup> M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Rin. amm. Rep. it.*, CIV, nn. 11-12, 1953, 621.

<sup>21</sup> L'elenco, contenuto nell'art. 1, co. 1, l. n. 103/1903, recava, come noto, l'indicazione di diciannove servizi: distribuzione di acqua potabile, illuminazione, fognature, di tramvie a trazione animale o meccanica, reti telefoniche, farmacie, nettezza pubblica, sgombrò dell'immondizia dalle case, stabilimenti per la macellazione, mercati pubblici, bagni e lavatoi pubblici, asili notturni, omnibus, *pubbliche comunicazioni*, forza motrice idraulica ed elettrica.

<sup>22</sup> Particolarmente evidente, tra gli altri, in O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1912, 279; V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 5ª ed., 1919, 240.

<sup>23</sup> M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, cit., 617; M. CARABBA, *L'intervento degli enti locali nell'economia: problemi giuridici*, Milano, 1966, 41; *contra*, nel senso del carattere tassativo dell'elencazione, l'opinione (poi rimasta isolata) di C. MEZZANOTTE, *Municipalizzazione dei servizi pubblici: legge e regolamento riguardanti l'assunzione diretta dei servizi municipali*, Milano, 1905, 19.

<sup>24</sup> Cfr. l'art. 10 l. n. 103/1903 e, più in generale, le disposizioni contenute nel Capo III, con-

di assumerlo direttamente, per sostituire ad un monopolio privato un monopolio pubblico<sup>25</sup>, ovvero per introdurre un fattore concorrenziale in un mercato connotato da una situazione di monopolio o di oligopolio<sup>26</sup>. Per l'assunzione diretta il consiglio comunale doveva accertare, anche giovandosi dell'elenco esemplificativo offerto dal legislatore, se una determinata attività avesse le caratteristiche del pubblico servizio<sup>27</sup>; la relativa deliberazione veniva quindi sottoposta ad un referendum<sup>28</sup>, con cui l'intera comunità locale – su cui gli effetti della decisione erano destinati a ricadere – veniva chiamata ad “esprimersi sull'utilità del servizio”<sup>29</sup>, così partecipando direttamente all'amministrazione della cosa pubblica<sup>30</sup>.

In tal modo, l'amministrazione locale veniva (anche) istituzionalmente chiamata a corrispondere ai nuovi bisogni delle comunità, conseguenti al passaggio in quegli anni da un'economia di tipo agricolo a una di tipo (almeno in parte) industriale<sup>31</sup>; e la domanda di servizi – illuminazione, tramvie, energia, reti telefoniche – che la società riversava sui Comuni si traduceva, come accennato, in una forte sollecitazione verso l'innovazione tecnologica<sup>32</sup>.

È in quest'ottica che la legge sulla municipalizzazione includeva tra i servizi pubblici locali anche la “*costruzione ed esercizio di reti telefoniche*” (art. 1, co. 1, n. 5).

cernente il “Procedimento per l'assunzione diretta dei pubblici servizi e per la costituzione delle aziende speciali”.

<sup>25</sup> F. SALVIA, *Il servizio pubblico. Una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2000, 537, osserverà come «*il monopolio pubblico [fosse] ritenuto, senza riserve, preferibile a quello privato*»; ma criticamente già U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, cit., 286, il quale, elencati vantaggi e inconvenienti della municipalizzazione, concludeva che i rischi di questa erano comparabili a quelli delle gestioni private: «*con la municipalizzazione non si evitano le frodi nella gestione dei pubblici servizi: alle frodi dei concessionari e degli appaltatori semplicemente si sostituiscono le frodi degli impiegati delle aziende municipali*».

<sup>26</sup> G. BOZZI, voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 371.

<sup>27</sup> L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 414, osservano a tal proposito, in linea con la tendenza segnalata nel testo, che alla legge Giolitti «*non furono estranei obiettivi di contenimento delle attività industriali dei comuni*».

<sup>28</sup> Previsto dall'art. 13, co. 1-2, l. n. 103/1903. Più avanti il r.d. n. 3047/1923 (su cui v. *infra*, nota 57) limiterà il referendum ai soli casi di “opposizione” alla proposta consiliare da parte di almeno un ventesimo degli elettori o di un terzo dei consiglieri comunali (art. 10, co. 1), peraltro escludendolo *tout court* in relazione alla scelta di assunzione diretta da parte delle Province (co. 2).

<sup>29</sup> C. MEZZANOTTE, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, cit., 176.

<sup>30</sup> L. EINAUDI, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, cit., 478; sul punto più di recente v. anche S. LICCIARDELLO, *Percorsi di diritto pubblico dell'economia. Territorio, beni e servizi*, Torino, 2008, 164.

<sup>31</sup> S. LICCIARDELLO, *I servizi pubblici locali*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 541. Come osservato da F. RUGGE, *Gli esordi della municipalizzazione in Italia. Appunti su Stato, autonomie, «socialismo municipale*», cit., 191, «*servizi pubblici locali si presentano quale conseguenza della rivoluzione industriale nella prospettiva di mutare della “qualità” e della “quantità” dei bisogni collettivi derivanti dal fenomeno dell'urbanesimo*».

<sup>32</sup> S. LICCIARDELLO, *Informazione e servizi pubblici*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto di informazione*, Torino, 2005, 48, nonché in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 527.

Sebbene, come si vedrà subito, una vera alternativa municipale alla telefonia di Stato non si realizzerà mai, il ruolo che i Comuni si troveranno a svolgere in questo settore non sarà esclusivamente quello di “utenti” delle nuove tecnologie (via via inserite nella propria organizzazione)<sup>33</sup>, ma anche quello di “promotori” delle stesse.

La scelta di considerare qui la telefonia (e le relative reti infrastrutturali) è presto detta: “antesignana” delle odierne telecomunicazioni e delle tecnologie di informazione e comunicazione (TIC), essa seguì al telegrafo quale parte di un nuovo “sistema tecnico” caratterizzato da un notevole aumento di velocità dei mezzi di comunicazione<sup>34</sup>. Il telefono si rivelerà, inoltre, come in quello stesso periodo anche la macchina da scrivere (entrambi all’origine dell’ideale linea storica che più avanti vedrà l’implementazione amministrativa dei computer e oggi delle tecnologie digitali *internet-based*), uno strumento prezioso per l’apprestamento di servizi comunali in cui era implicato, come supporto, un sapere tecnico all’avanguardia<sup>35</sup>: si pensi alla distribuzione del gas e dell’energia elettrica, alla costruzione dei sistemi idrici urbani, alla gestione dei trasporti locali, ma anche a servizi in senso lato, intesi quali compiti amministrativi “burocratici”, come quello anagrafico<sup>36</sup>.

#### 1.1. *Nascita e primi sviluppi del servizio telefonico tra gestione privata, promozione locale e progressiva “statizzazione”*

La legislazione sui telefoni, a partire dall’unificazione del Regno, si caratterizzò per la disciplina della costruzione e della gestione delle linee telefoniche, che vennero ben presto affidate a operatori privati. Per un verso, infatti, si riteneva che i servizi telefonici ricadessero nella sfera di attività di interesse pubblico e fossero perciò di pertinenza dello Stato; per altro, si attribuiva alla gestione statale un ruolo sussidiario all’iniziativa privata<sup>37</sup>.

In un primo momento, il servizio telefonico fu considerato come una specificazione di quello telegrafico, già in mano pubblica in forza di una normativa

<sup>33</sup> S. LICCIARDELLO, *Percorsi di diritto pubblico dell’economia*, cit., 193.

<sup>34</sup> B. GILLE, *Storia delle tecniche*, Roma, 1985, 448 s., il quale richiama l’attenzione su tale processo di “velocizzazione” come elemento di un nuovo “sistema tecnico” che vede nel telefono e nella macchina da scrivere i suoi principali referenti nel periodo considerato, che va dalla seconda metà dell’800 fino al secondo decennio del ’900.

<sup>35</sup> F. RUGGE, *Trasformazioni delle funzioni dell’amministrazione e cultura della municipalizzazione*, in AA.VV., *L’amministrazione nella storia moderna*, a cura dell’ISAP, arch. n. 3, vol. II, Milano, 1990, 1233 ss.

<sup>36</sup> A. GIUNTINI, *La modernizzazione delle infrastrutture e dei servizi urbani in Italia. Temi, risultati, obiettivi della ricerca*, in C.G. LACAITA (a cura di), *Scienza, tecnica e modernizzazione in Italia fra Otto e Novecento*, Milano, 2000, 127 ss. Sul punto, per uno sguardo all’oggi, v. *infra*, §3., in fine, spec. nota 161.

<sup>37</sup> M. MAZZIOTTI, *La posta, il telegrafo, il telefono*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. VII, pt. 2, Milano, 1914, 310: «il concetto dell’esercizio di Stato e quello dell’esercizio privato si sono continuamente alternati nelle sfere del Governo e del Parlamento».

preunitaria che aveva di fatto configurato un monopolio statale<sup>38</sup>. Tale opzione aveva ricevuto l'avallo del Consiglio di Stato, che in un parere reso all'inizio del 1883 aveva concluso: "1. che spetta allo Stato (...) il monopolio dei telegrafi e per conseguenza anche questo dei telefoni, i quali altro non rappresentano che l'applicazione di uno stesso principio per uso di corrispondenza e per la trasmissione del pensiero e della parola; 2. che come lo Stato (...) non può concedere l'impianto e l'esercizio telegrafico ad altri (...), così non può concedere a Società private l'esercizio della telefonia, salvi nuovi provvedimenti legislativi"<sup>39</sup>.

Tuttavia, poco dopo e nello stesso anno il (regio) decreto Baccarini<sup>40</sup> confermava un sistema di concessioni – già prefigurato da un decreto emanato due anni prima dello stesso Ministro dei Lavori pubblici<sup>41</sup> – ove l'intervento statale veniva configurato solo quale "facoltà" del Governo; il servizio pubblico, in particolare, veniva regolato in due distinti capitoli concernenti i collegamenti interni al comune (servizio pubblico urbano) e quelli tra comuni limitrofi (servizio pubblico interurbano).

Le vere ragioni della mancata gestione pubblica, che avevano di fatto rimesso i servizi telefonici in mano ai privati verranno rese esplicite dal Consiglio di Stato in una decisione del 1899<sup>42</sup>, nella quale si menzioneranno non solo (e non tanto), in conformità agli ideali liberali del tempo, il "giusto riguardo alle industrie esistenti", ma specialmente "le difficoltà che [lo Stato] avrebbe incontrato a poter sollecitamente introdurre nell'industria i perfezionamenti e le amplificazioni che ogni giorno la scienza suggerisce", tuttavia ribadendo "la necessità, in omaggio alla universalità dei pubblici servizi, di estendere senza probabile profitto, ma con sicura e grave spesa, il servizio telefonico anche ai piccoli centri".

Il contrasto fra i surrichiamati arresti della IV Sezione rifletteva quello, politico, tra orientamenti statalisti e pratiche liberiste, già riprodottosi sul piano normativo nel citato provvedimento del 1883. Tale ambiguità era poi confluita anche nella prima disciplina parlamentare della materia, introdotta nel 1892<sup>43</sup>, in cui si confermava il regime delle concessioni (la cui durata massima veniva estesa a 25 anni) ma si ribadiva che il Governo poteva esercitare direttamente comunicazioni telefoniche (art. 3) e procedere al riscatto delle linee concesse, senza indennizzo, decorsi 12 anni (art. 8).

<sup>38</sup> L. 23 giugno 1853, n. 1563 (in G.P. 7 settembre 1853, n. 121, XXI, 729 ss.).

<sup>39</sup> Cons. St., Ad. gen., 31 gennaio 1883, in *Foro it.*, 12, 1884, pt. IV, 11-14.

<sup>40</sup> R.d. 1 aprile 1883, n. 1335 (in G.U. 6 giugno 1883, n. 125, 2142 s.), poi marginalmente modificato dal r.d. 21 febbraio 1884, n. 2110.

<sup>41</sup> D.m. 1 aprile 1881 (in G.U. 5 maggio 1881, n. 99, 1509 ss.).

<sup>42</sup> Cons. St., IV sez., 8 aprile 1899, in *Foro it.*, 25, 1900, pt. III, 23-25. Cfr. anche Cons. St., IV sez., 15 dicembre 1899, in *Foro it.*, 25, 1900, pt. III, 17-18.

<sup>43</sup> L. 7 aprile 1892, n. 184 (in G.U. 21 aprile 1892, n. 95, 1649 ss.), integrata dal Regolamento di attuazione di cui al r.d. 16 giugno 1892, n. 288 (in G.U. 24 giugno 1892, n. 148, 611 ss.). Tale legge introduceva, oltre a quanto si dirà subito nel testo, anche una disciplina dei limiti massimi alle tariffe praticabili dagli operatori (art. 16).

Le concessioni (governative) erano “per servizio comunale” o intercomunale (art. 4). In tale contesto i Comuni esercitarono una penetrante azione di vigilanza sulle prestazioni delle aziende telefoniche, nonché una costante attività di supporto tramite sussidi materiali, quali i locali messi a disposizione dei concessionari perché vi fossero impiantate le prime centrali urbane<sup>44</sup>.

Senonché, si rivelò ben presto come, nel caso del servizio telefonico, il regime concorrenziale (ancorché contingentato) desse luogo, anche per i limiti tecnici del tempo, a svariati inconvenienti: da un lato, la circostanza che in molti comuni gli utenti si trovarono costretti a stipulare più abbonamenti<sup>45</sup>, dall'altro, l'infittirsi – specie nei centri urbani maggiori – della trama di cavi, canali e condutture cui l'ampliarsi dei servizi a rete (telefono, telegrafo, tramvie, elettricità, acque e gas, tramvie) andava assoggettando il contesto urbano<sup>46</sup>. A ciò, per altro, si aggiungevano i noti inconvenienti che, più in generale, caratterizzavano la gestione dei servizi in regime di concessione: pur a fronte di chiare e comprovate irregolarità dei privati concessionari – sia nella pratica dei prezzi, sia nella qualità dei servizi<sup>47</sup> – le amministrazioni locali non disponevano di strumenti efficaci per porvi rimedio<sup>48</sup>.

E così, nel quadro del ciclo favorevole all'intervento pubblico inaugurato, a livello centrale, dalla nazionalizzazione delle ferrovie<sup>49</sup> e, a livello locale, stilizzato dalla già richiamata municipalizzazione dei servizi pubblici, la gestione pubblica finì per informare il settore della telefonia<sup>50</sup>. Si trattò, tuttavia, di un processo di statalizzazione che sancì il tramonto di ogni ipotesi di gestione comunale diffusa dei servizi telefonici, benché, come visto, la legge sulla municipalizzazione dei servizi pubblici includesse tra questi la “*costruzione ed esercizio di reti telefoniche*”.

<sup>44</sup> L. RAVA, *Il telefono nella legislazione italiana*, Bologna, 1900, 34.

<sup>45</sup> U. PIPIA, *La questione telefonica. Il governo concede a Roma quello che nega a Milano*, in *L'elettricità. Rivista trimestrale*, n. 20, 1900, 103-104.

<sup>46</sup> G. BIGIATTI, A. GIUNTINI, A. MANTEGAZZA, C. ROTONDI, *L'acqua e il gas in Italia. La storia dei servizi a rete, delle aziende pubbliche e della Federgasacqua*, Milano, 1997, 22.

<sup>47</sup> G. RICCA SALERNO, *Finanze locali*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IX, Milano, 1915, 782, il quale auspicava l'esercizio diretto per «assicurare alla popolazione i benefici della regolarità e del buon mercato, conformemente ai bisogni dei vari luoghi, compensando, ove occorre, le perdite di alcuni quartieri coi guadagni degli altri, e distruggendo fin dalle radici i mali della speculazione privilegiata».

<sup>48</sup> M. PORTALUPI, *La municipalizzazione dei servizi pubblici*, Torino, 1900, 13, ove si individuava l'origine del problema nello strumento concessorio, stigmatizzato quale «*assurda fusione in un contratto di diritto privato di due volontà e di due interessi troppo eterogenei e troppo cozzanti tra di loro. L'una, la volontà pubblica, (...) guidata da vedute ampie, elevate, progressive, miranti al benessere e allo sviluppo della collettività cittadina; l'altra, la volontà privata, (...) egoista, assetata di danaro*».

<sup>49</sup> L. 22 aprile 1905, n. 137 (in G.U. 22 aprile 1905, n. 95, 1745 ss.).

<sup>50</sup> Ne riferisce diffusamente G. BALBI, *Le origini del telefono in Italia. Politica, economia, tecnologia, società*, Milano, 2011, spec. 97 ss.



Già un mese dopo il testo unico sulla telefonia<sup>51</sup> faceva chiaramente registrare tale tendenza “centralizzatrice”: da un lato, si ammetteva che fossero i Comuni a riscattare le linee private solo nel caso in cui a ciò non avesse provveduto il Governo<sup>52</sup>; dall’altro, la prevista facoltà per i Comuni e le Province di impiantare reti (urbane e interurbane) ad uso pubblico soggiaceva ad una specifica autorizzazione preventiva del Ministero delle Poste e dei telegrafi<sup>53</sup>. Tale orientamento statalista, coerente col quadro di investimenti pubblici nazionali già promossi per la costruzione di nuove linee<sup>54</sup>, porterà di lì a poco al riscatto delle linee telefoniche private, con la nazionalizzazione onerosa degli impianti dei due maggiori concessionari del tempo e, via via, di quelli minori le cui concessioni andranno in scadenza (con conseguente riscatto senza indennizzo). Già nel 1909 l’esercizio telefonico statale diverrà un’impresa pubblica di grande rilievo, con oltre 2.600 dipendenti, che arriveranno a quasi 3.200 alla vigilia della Grande Guerra<sup>55</sup>.

Dunque, a differenza di quanto avviene in altre realtà nazionali europee<sup>56</sup>, lo Stato prende in questa fase il ‘gioco’ nelle sue mani, portandovi il peso della propria supremazia, anche nei confronti dei Comuni. Tale ordine concettuale (e politico) non cambierà nemmeno con l’estensione alle Province nel 1923 della facoltà di assumere le attività di costruzione ed esercizio diretto, per mezzo di azienda speciale, di reti telefoniche<sup>57</sup>, né con la soppressione della Commissione Reale per l’assunzione locale diretta dei servizi<sup>58</sup>: novità che confluiranno, di lì a poco, nel nuovo testo unico sui servizi pubblici locali del 1925<sup>59</sup>.

Verrà anzi, a strettissimo giro, costituita l’Azienda di Stato per i Servizi Telefonici (ASST)<sup>60</sup>, dipendente dal Ministero delle Comunicazioni, cui saranno

<sup>51</sup> R.d. 3 maggio 1903, n. 196 (in G.U. 10 luglio 1903, n. 161, 2981 ss.).

<sup>52</sup> Cfr. Part. 14 t.u. leggi sui telefoni.

<sup>53</sup> Art. 60 r.d. 21 maggio 1903, n. 253 (regolamento attuativo del t.u. leggi sui telefoni).

<sup>54</sup> L. 15 febbraio 1903, n. 32 (in G.U. 17 febbraio 1903, n. 39, 673 ss.).

<sup>55</sup> G. ABIGNENTE, *La riforma dell’amministrazione pubblica in Italia*, Bari, 1916, 39.

<sup>56</sup> Cfr. sul punto A. FOLIGNO, voce *Telefono*, in *Dig. it.*, II, Torino, 1900-1904, 621 ss.; J. FOREMAN-PECK, J. MUELLER, *European telecommunications organizations*, Baden-Baden, 1988, 34 ss.

<sup>57</sup> Art. 1 r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047 (in G.U. 25 gennaio 1924, n. 21, 432 ss.), che modificava Part. 1 della legge Giolitti, cui veniva aggiunto un penultimo comma relativo appunto alle Province.

<sup>58</sup> Art. 1 r.d. 4 febbraio 1923, n. 253 (in G.U. 6 marzo 1923, n. 110, 815 ss.).

<sup>59</sup> R.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, “Approvazione del Testo Unico della legge sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province” (in G.U. 4 marzo 1926, n. 52, 982 ss.). La facoltà di riunire e coordinare in testo unico le disposizioni vigenti in materia era stata delegata al Governo dall’art. 23 r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047; tale delega era stata confermata per le disposizioni emanate successivamente dall’art. 8 l. 18 giugno 1925, n. 1094. Il t.u. riuniva e coordinava la legge Giolitti con i citt. r.d. n. 3047/1923 e r.d. n. 253/1923. In tema v. anche il r.d.l. 26 settembre 1925, n. 1674.

<sup>60</sup> R.d.l. 14 giugno 1925, n. 884 (in G.U. 17 giugno 1925, n. 139, 2479 ss.), conv. con l. 18 marzo 1926, n. 562 (in G.U. 3 maggio 1926, n. 102, 1821 ss.). L’Azienda opererà, come tale, sotto il controllo del Ministero fino all’inizio degli anni ’90 del secolo scorso, quando la normativa

attribuiti, oltre ai compiti di gestione dei servizi interurbani e internazionali non concessi all'impresa privata, anche quelli di vigilanza e controllo delle cinque concessionarie nazionali "di zona", individuate tramite bando adottato ai sensi del decreto governativo che riservava allo Stato, in via di principio, i diritti di impianto ed esercizio di linee telefoniche<sup>61</sup>.

I Comuni, dunque, non diventeranno mai i (principali) protagonisti della vicenda telefonica italiana, benché in molti avessero auspicato una gestione diretta esclusiva municipale<sup>62</sup>. Eppure, ritagliandosi spazi in una "scena dominata dalla statualità"<sup>63</sup> e da un modello di gestione per così dire "mista" (pubblico-privata) dal quale venivano progressivamente esclusi, essi continueranno comunque, come già prima della legge Giolitti, a svolgere un importante ruolo nella promozione di tale tecnologia.

Ciò in primo luogo, almeno fino al 1923, in relazione alle comunicazioni interurbane, ove la cooperazione tra Comuni aveva consentito loro di partecipare, nei termini previsti dall'art. 29 del t.u. del 1903, alla costruzione delle linee per il collegamento permanente tra più centri, da sempre trascurato dalle gestio-

---

comunitaria, imponendo la separazione tra attività di gestione dei servizi e funzioni di regolazione degli stessi (v. *infra*, §2.), condurrà alla sua trasformazione in "Iritel", società per azioni interamente controllata dall'IRI attraverso la *holding* di settore "STET S.p.A." (che negli anni '50 aveva acquisito anche le concessionarie di zona che non fossero già confluite in SIP nella seconda metà degli anni '20), fino al suo accorpamento con SIP avvenuto nel 1994, da cui nascerà Telecom Italia S.p.A.; alla privatizzazione formale così attuata seguirà, come noto, la dismissione delle partecipazioni pubbliche maggioritarie, connessa ai processi di liberalizzazione imposti dalle normative comunitarie (v. *infra*, §2., anche per alcuni riferimenti bibliografici).

<sup>61</sup> R.d.l. 5 aprile 1925, n. 431 (in G.U. 9 aprile 1925, n. 201, 2623 ss.), conv. con l. 21 marzo 1926, n. 597 (in G.U. 20 aprile 1926, n. 92, 1669). La riserva statale del "diritto" di impianto ed esercizio di linee telefoniche, affermata non senza enfasi dall'art. 1, si atteggiava, più correttamente, quale riserva di concessione (artt. 2 e 3) e di riscatto (artt. 5 e 6) degli impianti (e/o delle quote societarie, nel caso la concessionaria fosse una società per azioni: art. 7), i quali potevano essere altresì ceduti dietro prezzo o ammissione dello Stato cedente al capitale sociale (art. 11).

<sup>62</sup> L. RAVA, *Il telefono nella legislazione italiana*, cit., 46, e P. BRESADOLA, *La municipalizzazione del servizio telefonico urbano*, in *L'Elettricità – Rivista trimestrale*, n. 20, 1901, 84, richiamano adesivamente le parole di A. Raddi, secondo cui «sarebbe più opportuno e più consono ai tempi che, allo scadere delle attuali concessioni, il governo dovesse e potesse passare ai Comuni ed alle Province le linee telefoniche, con l'obbligo dell'esercizio diretto da parte di essi. Così sarebbe un passo in avanti verso quel decentramento amministrativo e verso l'attribuzione ai Comuni ed alle Province dei servizi pubblici che (...) dovrebbero essere la base del nuovo Comune italiano». Sulla figura di Amerigo Raddi e sul suo contributo all'innovazione dell'economia e dei servizi pubblici in Italia (fondò anche una rivista, "*La rivista tecnica dei pubblici servizi?*", che spaziava dall'approvvigionamento idrico allo smaltimento di rifiuti, dalle questioni energetiche ai trasporti e all'edilizia urbana, fino alle diverse materie di pertinenza municipale, quali ad es. mercati, macelli, cimiteri), cfr. A. GIUNTINI, *Infrastrutture urbane e ingegneria sociale. Prime note per una biografia di Amerigo Raddi (1853-1929)*, in *Ricerche Storiche*, nn. 2-3, 2003, 407 ss.

<sup>63</sup> F. RUGGE, *Comuni e nuove tecnologie*, cit., 297. In generale, sulla "statalizzazione" dei servizi (poi definiti) di telecomunicazione, cfr. G. FONDERICO, *Il comune regolatore. Le private e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, Pisa, 2012, 167 ss.

ni private per la sua minore redditività (come testimonia la circostanza che in seguito, nel contesto delle concessioni del 1925, la gara per la gestione dei servizi interurbani andrà diserta, restando tale gestione in capo allo Stato).

Inoltre, come già accennato, la promozione locale delle nuove tecnologie si realizzerà, indirettamente, anche tramite l'impiego del telefono (e della dattilografia) a fini di razionalizzazione dell'attività burocratica: la sua integrazione costituirà, da un lato, un presupposto per lo sviluppo e il potenziamento delle funzioni sociali del Comune e, dall'altro, un fattore propulsivo di diffusione di tali innovazioni nel tessuto economico-sociale. In altri termini, l'impiego di tali strumenti all'interno degli apparati consentirà, ad un tempo, di rendere l'amministrazione comunale capace di meglio (cor)rispondere alle esigenze di una "comunità moderna" e di stimolare l'ammodernamento della stessa, secondo meccanismi di reciproca contaminazione fra pubblico e privato che caratterizzano – da sempre e ancora oggi – la vicenda giuridico-amministrativa dell'innovazione tecnologica<sup>64</sup>.

In quest'ottica va letto, altresì, l'apporto dei "saperi speciali"<sup>65</sup> alla municipalizzazione delle funzioni amministrativa, secondo un'idea che andrà ad inquadarsi in una precisa cornice teorica negli anni immediatamente successivi al Primo conflitto mondiale, in consonanza con i postulati dell'organizzazione

<sup>64</sup> Come rilevano S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in ID. (a cura di), *La tecnificazione, "A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi"*, diretta da L. Ferrara, D. Sorace, vol. IV, Firenze, 2016, 7-8, ove la sensibilità dell'amministrazione ai cambiamenti tecnologici viene ascritta al suo carattere di "istituzione sociale" (evidente il richiamo all'espressione che S. Romano, qui citato *supra* alla nota 7, riferiva già un secolo fa ai Comuni). L'aspetto è posto in evidenza, più o meno esplicitamente, da molti contributi del filone dei cd. "PSI (*Public sector innovation studies*): v., per tutti, E.M. ROGERS, K. JOUNG-IM, *Diffusion of innovations in public organizations*, in R. MERRITT, A.J. MERRITT (a cura di), *Innovation in the public sector*, New York (*et alia*), 1985, 85 ss.; E.M. ROGERS, J.D. EVELAND, *Diffusion of innovations in public organizations, perspectives on national R&D assessment: communication and innovation in organizations*, in P. KELLY, M. KRANZBERG (a cura di), *Technological innovation: a critical review of current knowledge*, San Francisco, 1978, 275 ss.; R.M. WALKER, *Innovation type and diffusion: an empirical analysis of local government*, in *Public Administration*, vol. 84, n. 2, 2006, 311 ss.; ID., *Internal and external antecedents of process innovation: a review and extension*, in *Public Management Review*, XVI, n. 1, 2014, 44 ss.; S. BORINS (a cura di), *Innovations in government. Research, recognition and replication*, Washington DC, 2008 J. POTTS, T. KASTELL, *Public sector innovation research: what's next?*, in *Innovation: management, policy & practice*, vol. 12, n. 2, 2010, 122 ss.; J. BOURGON, *Public innovation and public purpose*, Ottawa, 2015. Un ordine concettuale analogo è ora sotteso in sostanza alle proposte di alcuni economisti, tra cui M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, trad. it., 3<sup>a</sup> ed., Roma-Bari, 2020.

<sup>65</sup> A. PEDRINI, *La città moderna ad uso degli ingegneri, dei sanitari e degli ufficiali tecnici di pubbliche amministrazioni*, Milano 1905, 237 ss. Ne riferiscono anche F. RUGGE, "Saperi speciali" e cultura della municipalizzazione agli inizi del secolo. Ipotesi di ricerca, in *Amministrare*, XXI, n. 1, 1990, 87 ss., e M. GIANNETTO, *I tecnici delle comunicazioni fra Età liberale e Fascismo*, in A. VARNI, G. MELIS (a cura di), *Burocrazie non burocratiche. Il lavoro dei tecnici nelle amministrazioni tra Otto e Novecento*, Torino, 1999, 15 ss.

scientifico del lavoro d'ufficio<sup>66</sup> e con i prodromi di visioni “efficientistiche” dell'amministrazione<sup>67</sup>. Basti pensare che, come riferiscono gli studi, nel 1905 il Comune di Milano aveva fatto stampare una “guida telefonica ai servizi municipali”, che consentiva ai cittadini di chiamare attraverso un centralino 161 numeri e di mettersi in contatto con ben 27 uffici<sup>68</sup>.

Infine, la spinta allo sviluppo della telefonia in ambito municipale veniva sollecitata, secondo uno “schema” tristemente noto al tempo presente, anche dall'emergenza: sanitaria, ma non solo. Gli studi riferiscono che nei maggiori Comuni, ancora fino al biennio 1924-1925, si avverte nelle sedi istituzionali (politiche) l'esigenza di rafforzare i collegamenti telefonici, che vengono estesi anche ai sobborghi per meglio fronteggiare situazioni emergenziali, quali focolai epidemici, incendi e incidenti sul lavoro, favorendo il tempestivo intervento delle autorità locali<sup>69</sup>. La dimensione territoriale dei “servizi” igienico-sanitari e di polizia locale pone in luce come il controllo dell'emergenza costituisca un aspetto specifico del più ampio controllo municipale sul territorio, cui il telefono offrirà in quegli anni un supporto rilevante<sup>70</sup>.

La municipalizzazione dello spazio urbano, dunque, si va realizzando con il suo assoggettamento alla trama di reti delle vere e proprie municipalizzazioni dei servizi – tramvie, acqua, gas, elettricità –, e la telefonia, seppur mai davvero municipalizzata in sé, viene parimenti ad integrare questo processo, in cui il Comune organizza la comunità cittadina, «*assurgendo a interprete della sua identità sul piano istituzionale*»<sup>71</sup>.

Già nella digressione sulla telefonia condotta sin qui può cogliersi un importante parallelismo con il presente: lo Stato avoca a sé l'intervento pubblico necessario alla promozione e diffusione di una nuova tecnologia di comunicazio-

<sup>66</sup> G. MELIS, *La cultura e il mondo degli impiegati*, in S. CASSESE (a cura di), *L'amministrazione centrale*, Torino, 1984, 375 ss.

<sup>67</sup> F. SODDU, *Tayloristi della scrivania: dalla «Rivista delle Comunicazioni» all'«Organizzazione scientifica del lavoro»*, in A. VARNI, G. MELIS, *Le fatiche di Monsù Travet. Per una storia del lavoro pubblico in Italia*, Torino, 1997, 155 ss. Può, con una certa approssimazione, dirsi che si trattò degli antecedenti culturali della teoria anglosassone del “*public management*”, che porteranno anche nel nostro Paese alle ben note riforme ispirate a logiche efficientistiche e di risultato, avviate negli anni '90, proseguite nel 2009 e ancora in corso.

<sup>68</sup> S. LICCIARDELLO, *Percorsi di diritto pubblico dell'economia*, cit., 193. Questo genere di iniziative possono considerarsi “archetipi” dei cd. servizi informativi oggi previsti dalla l. n. 150/2000, nonché forse dei cd. servizi digitali della P.A. contemplati dal Codice dell'amministrazione digitale (v. cenni *infra*, nota 161).

<sup>69</sup> F. RUGGE, *Trasformazioni delle funzioni dell'amministrazione e cultura della municipalizzazione*, cit., 1238.

<sup>70</sup> G. MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, cit., 278 ss.; G. ERNESTI, *L'immagine della città italiana dalla fine dell'Ottocento agli anni Venti*, in M. BIGARAN (a cura di), *Istituzioni e borghesie locali nell'Italia liberale*, Milano, 1986, 347 ss.

<sup>71</sup> F. RUGGE, *Comuni e nuove tecnologie*, cit., 305.

ne – anche valendosi di imprese private – allorché questa inizi ad essere percepita come indispensabile per lo sviluppo sociale ed economico e per la realizzazione della persona umana, al fine di garantirne l’uniforme presenza sul territorio nazionale, quindi evitare che sia assicurata in modo selettivo nei diversi contesti territoriali; i Comuni, nondimeno, mantengono un ruolo di compartecipazione all’attuazione di tali obiettivi che non è mai di mera esecuzione, essendo capace di esprimere una “forza creativa” che è connaturale all’autonomia politica che tali enti esprimono (v. *infra*, §§4., 5.).

## 2. Reti e telecomunicazioni nel mercato liberalizzato: logica ed evoluzioni recenti

Si daranno qui per acquisite le profonde trasformazioni che hanno attraversato l’ordinamento nel lungo periodo intercorso fra la prima nazionalizzazione della telefonia e l’evoluzione del settore TLC di cui si dirà brevemente in questa sede, incidendo sul modello di Stato (sociale) e sulle forme di intervento pubblico nell’economia, oltre che sui rapporti tra centro e autonomie territoriali: trasformazioni originate, essenzialmente, dall’avvento (e dalla progressiva attuazione) della Costituzione repubblicana, che ha ridefinito la forma di Stato in senso autonomistico, pluralistico e solidaristico, “nel segno di una nuova democraticità”<sup>72</sup>, ed in minor parte dal processo di integrazione europea<sup>73</sup>.

È noto che, dalle nazionalizzazioni post-belliche sino alle liberalizzazioni avviate negli ’90, i servizi di telecomunicazione e i relativi impianti ad uso pubblico hanno costituito oggetto di un pubblico servizio riservato in esclusiva allo Stato, solo in limitati casi affidato in concessione ad operatori (nella sostanza, oltre che nella forma) privati, diversi da organismi imprenditoriali riconducibili al monopolista pubblico<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> S. LICCIARDELLO, *Percorsi di diritto pubblico dell’economia*, cit., 166-167.

<sup>73</sup> Per i profili che qui interessano, attinenti essenzialmente alle dinamiche evolutive dell’intervento pubblico nell’economia nel periodo considerato (e in particolare al ruolo dell’IRI nella politica industriale italiana), può rinviarsi, per tutti, alle agili ricognizioni (sintetiche) di S. LICCIARDELLO, *op. ult. cit.*, 7 ss., e S. CASSESE, *La “recchia” costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia all’Unità ad oggi*, in ID. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, 4<sup>a</sup> ed., Roma-Bari, 2021, 11 ss. W. GASPARRI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, *Storia, paradigmi, principi*, Torino, 2022, 95 ss. Con riferimento al sostegno pubblico alla ricerca e allo sviluppo tecnologico del sistema industriale italiano durante il fascismo, anche con cenni ai servizi telefonici, si vedano i ricchi saggi di taglio storico e/o giuridico pubblicati in G. MORBIDELLI (a cura di), *Fascismo e modernizzazione*, Firenze, 2019; per la seconda metà del secolo, in chiave storico-economica, C. ANTONELLI, F. BARBIELLINI AMIDEI, *Innovazione tecnologica e mutamento strutturale dell’industria italiana nel secondo dopoguerra*, in AA.VV., *Innovazione tecnologica e sviluppo industriale nel secondo dopoguerra*, Roma-Bari, 2007, 78 ss.; sul settore delle telecomunicazioni in particolare, a partire dagli anni ’40 del secolo scorso, oltre a quanto accennato *supra*, nota 60, v. G. GERARDUZZI, *Il ruolo dei gestori nelle comunicazioni nazionali*, in V. CANTONI, G. FALCIASECCA, G. PELOSI (a cura di) *Storia delle telecomunicazioni*, vol. I, Firenze, 2011, 738 ss.

<sup>74</sup> Cfr. gli artt. 183 ss. d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 (come modificati dagli artt. 45 ss. l. 14

Una svolta epocale si ha con la progressiva liberalizzazione (economica)<sup>75</sup> del settore<sup>76</sup>, che a partire dagli anni '90 imbocca anche in Italia, non senza difficoltà, la via tracciata dalle istituzioni europee nel quadro del mercato unico<sup>77</sup>, inaugurando un nuovo modello di intervento pubblico – diverso rispetto all'azione diretta dello Stato monopolista/imprenditore fondata sull'art. 43 Cost. – destinato a estendersi ai settori fin lì sottoposti a privative pubbliche e a trovare il suo temperamento pubblicistico nella generalizzazione degli obblighi di servizio universale<sup>78</sup>, quale “regolazione sussidiaria”

---

aprile 1975, n. 103). Il servizio telefonico era disciplinato dalle norme del Titolo III del Libro IV (art. 275 ss.), e quello urbano in particolare dal Capo III dello stesso Titolo (artt. 281 ss.). Sul punto, per tutti, M. CAPANTINI, *La disciplina dell'accesso e dell'interconnessione*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, 199 ss.

<sup>75</sup> Per tale intendendosi la soppressione dei limiti (contingenti) all'ingresso nel mercato: l'esclusione dei diritti di privativa per la gestione del servizio è elemento cardine della liberalizzazione economica, ma questa non esclude la persistenza della (funzione di) regolazione del settore a garanzia dell'universalità ed accessibilità del servizio; è anzi vero che proprio nella regolazione conformativa delle prestazioni (che solo in via eventuale e occasionale coincide con quella pro-concorrenziale) permane il nucleo di “pubblicità” di questi servizi. Sul punto, tra gli altri, A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 1998, 648 ss.; S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2000, 389 ss.; G. CORSO, voce *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, t. III, Milano, 2006, 2492 ss.; F.G. SCOCA, *Relazione introduttiva*, in E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Torino, 2008, 1 ss.; M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, n. 3, 2012, 507 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela*, in *Giust.Amm.it*, n. 6, 2012; G. COCCO, *Liberalizzazioni*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, in “*A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*”, cit., vol. V, 287 ss.

<sup>76</sup> Preceduta dalla privatizzazione di ASST (v. *supra*, nota 60): cfr. E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in *La nuova costituzione economica*, cit., 329-330. Per uno sguardo di sintesi degli aspetti economici e dei riflessi sugli assetti proprietari pubblici, cfr. anche S. RANDI, *L'organizzazione dei servizi e il ruolo dell'industria*, in *Storia delle telecomunicazioni*, cit., 691 ss.

<sup>77</sup> Sulle politiche comunitarie di liberalizzazione, per tutti, G. DE VERGOTTINI, voce *Liberalizzazione dei servizi nell'Unione Europea*, in *XXI secolo*, a cura dell'Istituto della Enciclopedia italiana Treccani, Roma, 2009, 331 ss.

<sup>78</sup> Sul processo di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni (o “comunicazioni elettroniche”, secondo la dizione, che tuttavia è più ampia, emersa in sede comunitaria) non è possibile soffermarsi *funditus* in questa sede. Per i diversi profili rilevanti (apertura dei mercati, servizio universale, ruolo e campo di azione delle ANR e dell'ERG, convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione, approccio tecnologicamente neutrale e articolazione orizzontale della disciplina tra reti, servizi e contenuti), fino all'adozione del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, in G.U. 15 settembre 2003, n. 214, 3 ss.), può farsi riferimento ai seguenti atti comunitari: COM(1987)290, 30 luglio 1987, Libro Verde sullo sviluppo del mercato comune dei servizi e apparati di telecomunicazioni; Risoluzione 88/C 257/01, 30 giugno 1988, sullo sviluppo del mercato comune dei servizi e apparati di telecomunicazioni fino al 1992; dir. 88/301/CEE, 16 maggio 1988, relativa alla concorrenza sui mercati di terminali di telecomunicazioni; dir. 90/388/CEE, 28 giugno 1990, relativa alla concorrenza

rispetto alla capacità del libero mercato concorrenziale di assicurare a tutti i

nei mercati dei servizi di telecomunicazioni; dir. 90/387/CEE, 28 giugno 1990, sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni; dir. 96/19/CE, 13 marzo 1996, che modifica la direttiva 90/388/CEE al fine della completa apertura alla concorrenza dei mercati delle telecomunicazioni (cd. direttiva *full competition*); COM(1996)73, 13 marzo 1996, Servizio universale nelle telecomunicazioni nella prospettiva di un contesto pienamente liberalizzato. Elemento essenziale della società dell'informazione; dir. 97/33/CE, 30 giugno 1997, sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta; COM(1997)623, 3 dicembre 1997, Libro verde sulla convergenza fra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni normative; dir. 98/10/CE, 14 gennaio 1998, sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale e sul servizio universale delle telecomunicazioni in un ambiente concorrenziale; reg. 2000/2887/CE, 18 dicembre 2000, relativo all'accesso disaggregato alla rete locale; dir. 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (cd. direttiva accesso); dir. 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (cd. direttiva autorizzazioni); dir. 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (c.d. direttiva quadro); dir. 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (cd. direttiva servizio universale); decisione COM/2002/627/CE, 29 luglio 2002, che istituisce il Gruppo dei regolatori europei (ERG); dir. 2002/77/CE, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (cd. direttiva concorrenza).

In dottrina, fra i molti contributi in lingua italiana apparsi nel periodo considerato, cfr. F. CARDARELLI, *Riserva statale dei servizi di telecomunicazioni e disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Dir. inf.*, n. 1, 1995, 101 ss.; F. CARDARELLI, V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normativa, giurisprudenza*, Roma, 1997; F. CARDARELLI, E. PICOZZA, *La politica delle telecomunicazioni: profili amministrativi*, in *Dir. inf.*, n. 1, 1997, 91 ss.; G. VENTURINI, *Servizi di telecomunicazione e concorrenza nel diritto internazionale e comunitario*, Torino, 1999; F. CASTELLI, *Il servizio universale nelle telecomunicazioni*, Milano, 1997; P. CASSINIS, *Liberalizzazione dei servizi delle infrastrutture di telecomunicazioni in ambito comunitario: prime considerazioni sulla direttiva full competition*, in *Dir. inform.*, n. 2, 1997, 46, 249 ss.; A. TIZZANO, *L'azione comunitaria nelle telecomunicazioni: interventi recenti e prospettive future*, in *Dir. inf.*, n. 6, 1998, 917 ss.; ID., *Nuovi orientamenti comunitari nel settore delle telecomunicazioni*, in S. AMOROSINO, G. MORBIDELLI, M. MORISI (a cura di), *Istituzioni, mercato, democrazia. Liber amicorum. Per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, 637 ss.; F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, e in particolare il saggio di S. CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, 63 ss.; G. BOGNETTI, R. FAZIOLI (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Torino, 1999; ID., *Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria nel nuovo quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche*, in *Merc. conc. reg.*, n. 3, 2002, 561 ss.; S. FROVA (a cura di), *Nozione ed evoluzione del Servizio Universale nelle telecomunicazioni*, Milano, 1999; L. CARLASSARE (a cura di), *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, Padova, 2000; F. GIGLIONI, *La regolazione dell'accesso nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2001, 85 ss.; S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 2002, 689 ss., poi anche in ID. (a cura di), *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, 188 ss.; M. CLARICH, A. BOSO CARETTA, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, in *Dir. inf. inform.*, nn. 4-5, 2002, 685 ss.; F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, 2002; C. CAMBINI, P. RAVAZZI, T. VALLETTI, *Il mercato*

cittadini-utenti, anche in aree geografiche non profittevoli, servizi adeguati a prezzi accessibili<sup>79</sup>.

I servizi di telecomunicazioni vengono così a configurarsi quali servizi (a rete) organizzati in regime di concorrenza *nel* mercato non contingentato<sup>80</sup>

---

delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella U.E., Bologna, 2003; G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003; N. RANGONE, *Le telecomunicazioni*, in AA.VV., in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, 2003, 2391 ss.

Per l'evoluzione del settore nell'ultimo ventennio, v. *infra* nel testo, e in nota per riferimenti bibliografici.

<sup>79</sup> M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, n. 1, 1998, 181; analogamente N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, 21: «l'universalità della prestazione può essere definita come un obiettivo sociale imposto, nell'ambito del generale passaggio dai regimi speciali del servizio pubblico, alla disciplina del diritto comune». È proprio nel settore in esame, come noto, che il servizio universale viene definito per la prima volta quale «insieme minimo definito di servizi di determinate qualità disponibile a tutti gli utenti, a prescindere dalla loro ubicazione geografica, e, tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo abbordabile»: art. 2, par. 1, lett. g), dir. 97/33/CE, cit. Osserva M. Clarich che tale nozione, «problema tipico da Stato regolatore» (186), «rappresenta più che altro un "affinamento" della nozione di servizio pubblico tradizionalmente accolta nel nostro ordinamento» (187); per N. RANGONE, *Le telecomunicazioni*, cit., 2392 s., il servizio universale è un «sottoinsieme del servizio pubblico che consente di garantire il perseguimento degli obiettivi sociali non assicurati dal libero gioco del mercato». Sull'«ingresso» del servizio universale nell'ordinamento interno resta fondamentale G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002, *passim* e spec. 277 ss., dal quale emergono con maggior nitidezza le differenze con la nozione domestica di s.p.: «il servizio pubblico tradizionalmente inteso [...] è stato giuridicamente correlato e storicamente dipendente da quello di Stato [...]. Al contrario il servizio universale è nato in occasione delle politiche di liberalizzazione dei servizi a rete e si è sviluppato in seno alla disciplina della regolazione», 286). Sul servizio universale nelle telecomunicazioni, *ex multis*, i contributi in S. FROVA (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999, spec. quello di S. CASSESE, *La retorica del servizio universale*, 91 ss.; R. ZACCARIA, *Dal servizio pubblico al servizio universale*, in L. CARLISSARE (a cura di), *La comunicazione del futuro*, cit., 5 ss.; A. VALASTRO, *Le telecomunicazioni al "servizio" dell'informazione pubblica? Spunti per un ripensamento del servizio universale*, in F. MERLONI (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2002, 167 ss.; F. BRUNO, G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano, 2006, 613 ss.; M.L. MARINIELLO, *Il servizio universale nel settore delle comunicazioni elettroniche: attuali modalità di finanziamento ed ipotesi di riforma*, in *Dir. econ.*, n. 4, 2007, 721 ss.; G. DE MINICO, *Regulation, banda larga e servizio universale. Immobilismo o innovazione?*, in *Pol. dir.*, n. 4, 2009, 538 ss.; I. NASTI, *Il servizio universale e la tutela dell'utenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, Napoli, 2009, spec. 26 ss. (v. anche *infra* nel testo, in ordine alle novità introdotte sul punto dal «nuovo» Codice nazionale riformato nel 2021 in attuazione del Codice europeo del 2018).

<sup>80</sup> Su tale forma di concorrenza (*melius*, modello organizzativo di servizio «pubblico») progettata dalle politiche di liberalizzazione nell'ordinamento nazionale (e su quella contrapposta di concorrenza *per* il mercato), si veda la nota definizione limpidamente tratteggiata da M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 5ª ed., Bologna, 2022, 370-371; sul punto v. anche G. COCCO, *Liberalizzazioni*, cit., 290 ss. Per alcuni Autori anche la concorrenza nel mercato sarebbe una forma di «esternalizzazione», quindi di affidamento: così di recente A. MASSERA, *I servizi pubblici tra regola della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2019, 455, con la precisazione però che in queste ipotesi «l'area del servizio pubblico è strettamente circoscritta alla determinazione degli obblighi di servizio pubblico in capo alle imprese stesse». Al modello della concorrenza nel mercato (quindi della liberalizza-



(*i.e.*, quali servizi di pubblica utilità o necessità<sup>81</sup>), ossia erogati da operatori, in competizione tra loro, provvisti di apposita autorizzazione (vincolata) e sottoposti alla vigilanza e regolazione dell’Autorità di settore, secondo il modello del servizio “pubblico” in senso oggettivo o funzionale<sup>82</sup>, che prescinde da un atto di conferimento-affidamento in senso stretto (tradizionalmente ritenuto di natura concessoria) da parte della P.A.<sup>83</sup>. La modalità dell’intervento pubblico

zione economica) è essenzialmente ispirata ora la disciplina del nuovo testo unico sui SIEG locali di cui al d.lgs. n. 201/2022, spec. artt. 12-13 (v. cenni *infra*, §5.)

<sup>81</sup> La terminologia, mutuata dalla nota l. 14 novembre 1995, n. 481, è comune anche in letteratura per distinguere i servizi economici regola(menta)ti erogati nel mercato, sulla base di regimi di autorizzazione vincolata, da operatori privati sottoposti a obblighi di servizio o al servizio universale, da quelli (oggi perlopiù locali) sottoposti a riserva o contingenti ovvero comunque “assunti” con atto di autonomia, nei quali è l’attività materiale di prestazione (e non la regolazione per obblighi di servizio) ad essere imputabile alla titolarità pubblica, anche ove il servizio oggetto di affidamento a (uno o più) operatori privati: per tutti, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 1999, 371 ss.; Id., *I servizi “pubblici” economici nell’ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2010, 1 ss. Ai servizi “pubblici” del primo tipo, cioè di pubblica utilità, può intendersi riferita la seconda parte dell’art. 133, co. 1, lett. c) c.p.a. Si noti che il linguaggio normativo, pur in maniera episodica e a-sistematica, richiama spesso la distinzione tra “servizi pubblici” e “servizi di pubblica utilità” (o “necessità”), come ad es. l’art. 340 c.p. e ora gli artt. 840-*bis*, co. 3, 840-*quaterdecies*, co. 2, 840-*sexiesdecies*, co. 2, c.p.c. (introdotti dalla l. 12 aprile 2019, n. 31, in materia di *class action*); e così talvolta anche la giurisprudenza: v., ad es., Cass., SS.UU. civ., 28 aprile 2020, n. 8236, §32 (in *Foro amm.*, n. 10, 2020, 1834 ss.).

<sup>82</sup> Secondo un ordine concettuale che ha, almeno in parte, le sue ascendenze nella celebre elaborazione di U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, *passim* e spec. 31 ss., 46 ss., 152 ss., 430 ss., 493 ss. L’ossatura della teoria, fondata sugli artt. 43 e 41 Cost., non poteva che essere valorizzata e attualizzata con riferimento ai servizi dei mercati (liberalizzati) di pubblica utilità, come quello delle telecomunicazioni: v., *ex plurimis*, la nota monografia di L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, *passim* e spec. 228 ss., 302 ss., 315-316, ove l’attività “regolata” è individuata come uno dei tre regimi giuridici del “servizio pubblico”, accanto all’attività “libera” e a quella “riservata”. L’impostazione in parola ha talvolta riscontrato espressa adesione in giurisprudenza (non a caso alle soglie del nuovo millennio, da poco avviate le liberalizzazioni), anche da parte del Consiglio di Stato riunito in sede consultiva e giurisdizionale: Cons. St., Ad. gen., parere 12 marzo 1998, n. 30/98, secondo cui sarebbero servizi pubblici “*tutte le attività svolte da qualsivoglia soggetto, riconducibili ad un ordinamento di settore, sottoposte cioè a controllo, vigilanza o mera autorizzazione da parte di un’amministrazione pubblica*” (in *Foro it.*, III, 1998, 350 ss., con nota di F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, il quale però osserva [372, nt. 109] che solo in apparenza la linea adottata dall’Adunanza Plenaria accoglie l’esito estremo della teoria oggettiva, atteso che in essa il servizio pubblico finisce in sostanza per essere identificato con l’attività svolta dal soggetto pubblico piuttosto che con quella privata sottoposta a “programmazione e controllo”); v., altresì, Cons. St., Ad. plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1 (in *Foro it.*, III, 2000, 365 ss.). Da ultimo, Cons. St., sez. V, 13 luglio 2022, n. 5893, §§4.10-4.13 (in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) richiama pedissequamente l’impianto argomentativo della tesi oggettiva, che troverebbe riscontro nella “sintesi” tra mercato e “*valore sociale delle prestazioni*” realizzata dagli artt. 14 e 106 TFUE, donde la “*natura oggettivamente pubblica dei servizi economici di interesse generale*”, saldata alla dimensione funzionale dei SIEG.

<sup>83</sup> Ma nel senso che, proprio per ciò, non si tratterebbe più di “servizi pubblici in senso

nel settore in esame esprimono, in modo paradigmatico, il passaggio allo Stato regolatore<sup>84</sup>.

In uno scenario caratterizzato dalla progressiva convergenza tecnologica tra mezzi di accesso e contenuti e dalla sempre crescente “ibridazione” delle reti con le tecnologie digitali<sup>85</sup>, nel 2009 si realizza la terza stagione di riforma comunita-

---

proprio”, se al concetto (di servizio pubblico) intenda ancora attribuirsi un significato unitario sul piano dogmatico e ai fini dell’applicazione di certe discipline, restano a nostro avviso condivisibili le argomentazioni di R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, 5ª ed., Milano, 2008, 9 ss. (spec. 11-12, 17-18, 20-21, 30, 56-57), che inducono a ritenere necessario “scomporre” la nozione distinguendo (almeno) fra servizi pubblici e servizi di pubblica utilità, riferendo solo ai primi quelle discipline che richiamano il concetto di “gestori di servizio pubblico” presupponendo l’afferenza del gestore alla soggettività (organizzativa) pubblica, nei limiti del servizio oggetto di affidamento (così secondo noi, p.es., l’art. 2-*bis*, co. 3, d.lgs. n. 33/2013, l’art. 2, co. 2, lett. *b* C.A.D. ecc.). L’esistenza di due macro-modelli non stride – beninteso – con la indubbia presenza di fondamentali aspetti di disciplina e principi ad essi comuni, quali ad es. quelli della Dir. P.C.M. 27 gennaio 1994, “Principi sull’erogazione dei servizi pubblici” (in G.U. 22 febbraio 1994, n. 43, 12 ss.), su cui per tutti R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del servizio pubblico tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 979 ss.). Oltre al Villata, ci sembrano in questo senso, seppur con diverse accentuazioni, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, cit.; ID., *I servizi “pubblici” economici nell’ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, cit.; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, n. 1, 1999, 7 ss.; V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003, *passim* e spec. 178 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, *passim* e spec. 65 ss.; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio: tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, *passim* e spec. 306 ss.; F. MERUSI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 1 ss., e in *Dir. amm.*, n. 2, 2010, 313 ss.

<sup>84</sup> Sul “passaggio” allo Stato regolatore, oltre alla vastissima letteratura in tema di autorità indipendenti, cfr. A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, spec. 38 ss., anche per la distinzione tra “social regulation” ed “economic regulation” quali componenti differenziate, anche se integrate, del modello; M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazioni*, Bologna, 2008, spec. 29 ss.; G. DI GASPARE, *Diritto dell’economia e dinamiche istituzionali*, 3ª ed., Padova, 2017, spec. 43 ss. sui riflessi del passaggio da una costituzione economica democratico-sociale ad una liberal-democratica per effetto dell’*acquis* comunitario; M. BOMBARDELLI, S. PELLIZZARI (a cura di), *L’intervento amministrativo sui mercati: appunti per le lezioni*, Torino, 2019, e spec. ID., *Gli strumenti per l’intervento amministrativo sui mercati*, 53 ss., per una panoramica generale sui diversi (tipi di) strumenti con cui il modello si è attuato nell’ultimo ventennio. Sulla attuale “crisi” dello Stato regolatore, già prima della pandemia, cfr. M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1, 2018, 2 ss. Sulle recenti trasformazioni in atto conseguenti all’avvento della pandemia v. *infra*, nota 130.

Sulla regolazione tariffaria nel settore in esame, per tutti, A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione dei prezzi nelle comunicazioni elettroniche: recenti sviluppi giurisprudenziali*, in *Munus*, n. 2, 2016, 407 ss.

<sup>85</sup> Sul punto, tra gli altri, C. CAMBINI, A. GIANNACCARI, *Le telecomunicazioni nell’era della convergenza tra nuove regole e apertura del mercato*, in F. PAMMOLLI, C. CAMBINI, A. GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, 113 ss.; G. VANNUCCHI, *Cinquant’anni di telecomunicazioni digitali ed uno sguardo al futuro: la convergenza informatica-telecomunicazioni e le nuove architetture di rete*, in *Storia delle telecomunicazioni*, cit., 809 ss.

ria: il cd. *Telecoms package*<sup>86</sup>, senza mutare l'impostazione di fondo del *Framework* 2002<sup>87</sup>, rafforza le tutele del cittadino-utente, con una rivisitazione degli obblighi di servizio universale per l'accesso alla rete internet veloce, in un contesto in cui l'Europa sembra porre maggiore attenzione alla regolazione *pro-sociale* rispetto al passato in cui l'intervento appariva dominato dalla logica pro-concorrenziale<sup>88</sup>. Nel 2015 il regolamento sulla *net-neutrality*<sup>89</sup> introduce misure dirette ad assicurare "l'accesso ad un'internet aperta" secondo un approccio tecnologicamente neutrale, formalizzando il diritto di accedere ad informazioni e contenuti *on line* e diffonderli<sup>90</sup> e imponendo condizioni eque e non discriminatorie agli operatori nella fornitura del traffico dati per garantire la fruibilità universale dei servizi di accesso alla rete, tra cui il divieto di sovrapprezzi legati al *roaming* all'interno dell'Unione<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Dir. 2009/136/CE, del 25 novembre 2009, modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) 2006/2004 sulla cooperazione tra autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa per la tutela dei consumatori (in GU L 337 18 dicembre 2009, 11 ss.); dir. 2009/140/CE, del 25 novembre 2009, modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti e servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per reti e servizi di comunicazione elettronica (in GU L 337 18 dicembre 2009, 37 ss.); reg. (CE) 1211/2009, del 25 novembre 2009, che istituisce l'Organismo dei Regolatori Europei per le Comunicazioni Elettroniche (BEREC) e l'Ufficio (in GU L 337 18 dicembre 2009, 1 ss.). Entrambe le direttive sono state poi recepite, per gli aspetti qui considerati, con il d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70 (in G.U. 31 maggio 2012, n. 126, 29 ss.), che ha modificato il Codice di cui al d.lgs. n. 259/2003. In argomento, M. OROFINO, *Il Telecoms package: luci ed ombre di una riforma molto travagliata*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2, 2010, 513 ss.; A. RUBINO, *Banda larga: servizio universale e aiuti di Stato*, in G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, Napoli, 2010, 61 ss.; i contributi in F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010; B. ARGJOLAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2, 2011, 191 ss.

<sup>87</sup> Sul quale si veda *supra*, nota 78.

<sup>88</sup> M. OROFINO, *La politica europea delle telecomunicazioni (comunicazioni elettroniche): la nuova sfida della net-neutrality*, in *Eurojus.it*, n. 2, 2017, 7; F. GASPARI, *Città intelligenti e intervento pubblico*, in *Dir. econ.*, n. 1, 2019, 93 ss.

<sup>89</sup> Reg. (UE) n. 2015/2120, del 25 novembre 2015, che stabilisce misure riguardanti l'accesso ad un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione (in GUUE L 310, 26 novembre 2015, 1 ss.). Sulla disciplina introdotta dal regolamento, cfr. G. DE MINICO, *Net neutrality come diritto fondamentale di chi verrà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2016, 20 ss.; M. OROFINO, *La declinazione della net-neutrality nel Regolamento europeo 2015/2120. Primo passo per garantire un'Internet aperta?*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2016, 12 ss.; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017, 309 ss.

<sup>90</sup> Cfr. gli artt. 1, par. 1, 3 e 4 reg. (UE) 2015/2120.

<sup>91</sup> Cfr. gli artt. 1, par. 2, e 7 reg. (UE) 2015/2120.

Nel 2018 è infine adottato il “Codice europeo delle comunicazioni elettroniche”<sup>92</sup>, che, oltre a provvedere ad un riordino complessivo della materia, innova il previgente quadro includendo la promozione degli investimenti in reti fisse e mobili a banda ultralarga come obiettivo primario, da perseguire anche attraverso la rivisitazione dell’autorizzazione generale per la fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica, la limitazione dei diritti di uso individuali dello spettro radio e la semplificazione dei procedimenti autorizzatori per l’installazione di infrastrutture<sup>93</sup>, nonché mediante l’ampliamento delle competenze e il rafforzamento dell’indipendenza delle autorità nazionali di regolazione<sup>94</sup>, cui corrisponde il ridisegno e il potenziamento del ruolo dell’Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) e del suo Ufficio di supporto, oggetto di un apposito regolamento contestuale<sup>95</sup>.

In Italia è stato emanato alla fine del 2021 il decreto legislativo di recepimento<sup>96</sup> predisposto dal MISE<sup>97</sup>, con cui si è introdotta, tra l’altro, “una nozione di servizio

<sup>92</sup> Dir. (UE) n. 2018/1972, dell’11 dicembre 2018, che istituisce il Codice Europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione) (in GUUE L 321, 17 dicembre 2018, 36 ss.). Sui contenuti del Codice, cfr. F. DALLE NOGARE, *Regolazione e mercato delle comunicazioni elettroniche. La storia, la governance delle regole e il nuovo Codice europeo*, Torino, 2019, spec. 53 ss., 262 ss.; F. SARZANO, F. MARINI BALESTRA, *Comunicazioni elettroniche europee. Direttiva (UE) 2018-1972. 5G, fibra, cybersecurity, concorrenza e tutela degli utenti*, Milano, 2019; M. OROFINO, *La “multilevel” governance delle comunicazioni elettroniche 20 anni dopo il Framework 2002*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2022, 696 ss.; M. D’OSTINI, A. CARAVITA DI TORITTO, *Evoluzione del contesto normativo di riferimento (Le comunicazioni in ambito comunitario: obiettivi e interpreti)*, in G. CASSANO, G.E. CAZZATO, F. DI CIOMMO (a cura di), *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni*, Milano, 2023, 5 ss., e, per aspetti più specifici, gli ulteriori contributi nel medesimo volume.

<sup>93</sup> Su tutti questi aspetti, cfr. gli artt. 12 ss., 45 ss., 56 ss. dir. (UE) n. 2018/1972; v. anche *infra*, §3.

<sup>94</sup> Cfr., tra gli altri, gli artt. 5 ss. e 61 ss. dir. (UE) n. 2018/1972.

<sup>95</sup> Reg. (UE) n. 2018/1971, dell’11 dicembre 2018, che (re-)istituisce l’Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) e l’Agenzia di sostegno al BEREC (Ufficio BEREC), modifica il regolamento (UE) 2015/2120 e abroga il regolamento (CE) 1211/2009 (in GUUE L 321 del 17 dicembre 2018, 1 ss.). Cenni in F. MARINI BALESTRA, *Assetto istituzionale: la Commissione, le ANR, il BEREC (Le comunicazioni in ambito comunitario: obiettivi e interpreti)*, in *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni*, cit., 20 ss.

<sup>96</sup> D.lgs. 8 novembre 2021, n. 207 (in G.U. 9 dicembre 2021, n. 292, S.O. n. 43, 1 ss.). Su alcune rilevanti novità introdotte, oltre all’agile panoramica contenuta nella *Relazione annuale 2022* dell’AGCOM, cit., 16 ss., si possono vedere, per i profili di rispettiva pertinenza, A. BOSO CARETTA, M. D’ANDREA, B. DI SANO, *Contratti di comunicazione elettronica con gli utenti e ius variandi (AGCOM e consumatori)*, 1303 ss., T. PICA, *Privacy e comunicazioni elettroniche (Comunicazioni e privacy)*, 1481 ss., P. SERDENGECTI, A. DIANA, *L’accesso alla rete locale (Il mercato delle comunicazioni elettroniche)*, 224 ss., S. DE LUCA, *Rete fissa: verifica sui servizi regolati (AGCOM e reti)*, 281 ss., S. GUERRA, *Intercettazioni e prestazioni di giustizia (AGCOM e reti)*, 524 ss., (tutti in *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni elettroniche*, cit.

<sup>97</sup> Secondo quanto previsto dall’art. 4 l. 22 aprile 2021, n. 53 (legge di delegazione europea 2019-2020) (in G.U. 23 aprile 2021, n. 97, 1 ss.), che delegava il Governo “[all’adozione di un nuovo Codice delle comunicazioni elettroniche” (lett. a); tuttavia, il decreto di recepimento (v. la nota precedente) ha poi “mantenuto” come *sedes materiae* il Codice di cui al d.lgs. n. 259/2003, del quale sono sostitu-

*universale che rispecchi[a] il progresso tecnologico, l'evoluzione del mercato e della domanda degli utenti*", mediante l'inclusione nel perimetro dello stesso non solo dei servizi di connettività *ultra-broadband* (a banda ultralarga), ma anche di alcuni servizi di comunicazione interpersonale, con conseguente assoggettamento alla relativa disciplina della gran parte delle imprese c.d. "*over-the-top*", massimizzando così le indicazioni contenute nella direttiva<sup>98</sup>. La normativa di recepimento è naturalmente destinata ad un virtuoso intreccio con il programma di investimenti (nazionali) per la banda larga ultraveloce previsto dal PNRR, come si vedrà nel successivo paragrafo.

### 3. *L'infrastrutturazione digitale come "questione di Stato" (e di mercato)*

L'intervento pubblico diretto a promuovere la digitalizzazione della società e dell'economia si rivolge, in primo luogo, alle infrastrutture di telecomunicazione, essenziali affinché il mercato possa garantire un'adeguata offerta di servizi di accesso a internet (connettività)<sup>99</sup> e, quindi, indispen-

---

iti gli artt. 1-98 (Titoli I e II) e i relativi allegati tecnici. Lo schema di decreto predisposto dal MISE è consultabile, con allegato un quadro schematico dei contributi raccolti in fase di consultazione pubblica, al link <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/362840.pdf>.

<sup>98</sup> Cfr. gli artt. 84 ss. dir. (UE) n. 2018/1972, l'art. 4, lett. c), l. n. 53/2021, cit., e ora gli artt. 94 ss. d.lgs. n. 259/2003, come mod. dal d.lgs. n. 207/2021; all. A delibera AGCOM n. 225/22/CONS, spec. 14; in particolare, sui nuovi artt. 94, co. 2, 98-*sexiesdecies*, 95 e 98-*viciesquater* v. AGCOM, *Relazione annuale 2022*, 29 luglio 2022, 18-19 (<https://www.agcom.it/documents/10179/27251843/Documento+generico+29-07-2022/c049d0cb-a8ae-4a07-8eb5-7389dd61c288?version=1.0>). L'ampliamento/aggiornamento del servizio universale in sede di recepimento della direttiva (*i.e.*, del Codice europeo), in senso conforme a quanto poi disposto con il d.lgs. n. 207/2021, era stato auspicato da diversi Autori, tra cui F. BASSANINI, A. PERUCCI, *Tutela della concorrenza e regolazione dei mercati digitali*, in *Riv. pol. econ.*, n. 1, 2020, 157 (nt. 26); A. MALTONI, A. VENTURI, *Investimenti e strumenti di investimento pubblici per la smart city*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Smart city. L'evoluzione di un'idea*, Milano, 2020, 468; M. OROFINO, *La "multilevel" governance delle comunicazioni elettroniche 20 anni dopo il Framework 2002*, cit., 709 ss. Sul servizio universale nel "nuovo" Codice ridisegnato dal d.lgs. n. 207/2021 (artt. 94 ss.), cfr. M. ZOTTA, *Servizio universale (AGCOM e reti)*, 408 ss., e F. ROSSI, *Il servizio universale come strumento dinamico di tutela dei diritti del cittadino-consumatore (AGCOM e consumatori)*, in *Trattato delle garanzie nelle telecomunicazioni*, cit., 1246 ss.

<sup>99</sup> Per scrupolo va precisato che, malgrado la frequente promiscuità terminologica, i servizi di telecomunicazione – e quelli di connettività in particolare – non sono in sé "servizi digitali" in senso stretto, bensì servizi che, offrendo (anche) l'accesso ad internet, si pongono ovviamente quale pre-condizione (tecnologica e, quindi, economica) per l'offerta e la fruizione di servizi/contenuti digitali propriamente intesi: questi ultimi sono, infatti, i servizi erogati e fruiti tramite *ICTs internet-based* (portali web, piattaforme, mobile *app* ecc.), ai quali si accede da *hardware* elettronici con connettività (tipicamente computer, *smartphone*, *tablet*, ma anche *smart tv*, consolle, visori *AR* ecc.). Non del tutto propriamente, quindi, e solo per comodità, si parla qui delle infrastrutture per i servizi TLC come di "infrastrutture digitali", in coerenza con il linguaggio spesso utilizzato dal legislatore (nella logica della "convergenza" e in considerazione delle caratteristiche di struttura

sabili per l'“ecosistema” digitale nazionale e per i correlativi diritti degli individui<sup>100</sup>.

e tecnologiche delle moderne reti di TLC, basate appunto sulla trasmissione digitale dei segnali). Infrastrutture digitali (pubbliche) in senso proprio sono invece quelle di cui si è detto in altra sede, come p.es. il Sistema pubblico di connettività, la Piattaforma digitale nazionale dati (PDND) e ora il Polo Strategico Nazionale (PSN) per il “cloud di Stato” (su cui si consenta rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici conformi, al nostro L' “apertura” dei dati come servizio pubblico: spunti ricostruttivi alla luce della nuova disciplina sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, in *Dir. econ.*, n. 2, 2022, 336 ss.), oltre a quelle che consentono il funzionamento dei “servizi” digitali nazionali pubblici (p.es., rilascio *on line* certificati ANPR, piattaforma notifiche digitali, piattaforma digitale erogazioni pubbliche ecc.) e dei cd. servizi digitali pubblici abilitanti (SPID, PagoPA, appIO).

Una conferma di quanto precisato si ricava ora dalla definizione di “servizi digitali” (privati) contenuta nella dir. (UE) n. 2019/770, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitali e servizi digitali, e nel d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173 (art. 1, co. 1), di recepimento della stessa, che modificando il Codice del consumo – con l'inserimento nel Titolo III Parte IV del nuovo Capo I-bis – ha introdotto una definizione di “servizio digitale” che si presta ad assumere una qualche valenza generale: tale è “1) un servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, archiviare i dati o di accedervi in formato digitale; oppure 2) un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale, caricati o creati dal consumatore o da altri utenti di tale servizio, o qualsiasi altra interazione con tali dati” (art. 135-octies, co. 2, lett. b, d.lgs. n. 206/2005 ss.mm.). Tale definizione offre, quantomeno, una chiave interpretativa “aggiornata” di quella di “servizi della società dell'informazione” (ricavabile dal combinato disposto di cui agli artt. 1, par. 2, dir. 1998/34/CE e 2, lett. a, dir. 2000/31/CE), confermando che i “servizi digitali” propriamente intesi non includono – bensì presuppongono – i servizi TLC di connettività; ciò emerge ora altresì dall'ambito (oggettivo e soggettivo) di applicazione del nuovo *Digital Service Act* europeo (reg. [UE] n. 2022/2065, del 19 ottobre 2022, regolamento sui servizi digitali, spec. art., par. 1, lett. g). Se così è, uguale conclusione non può che valere con riferimento alle infrastrutture presupposte, rispettivamente, alle due (diverse ancorché connesse) tipologie di mercati (TLC/connettività e servizi digitali *stricto sensu*).

<sup>100</sup> L'intervento pubblico in tale settore si correla ovviamente alla garanzia dell'accesso ad internet, “misura dell'agire del singolo individuo nella società dell'informazione” (M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008, 4) e oggetto di una “pretesa” individuale ancora di incerta qualificazione, ma la cui indubbia rilevanza costituzionale impone ai pubblici poteri, alla luce del principio di uguaglianza sostanziale, obblighi positivi per il contrasto del cd. “digital divide” (nelle sue diverse forme: rileva qui quello “infrastrutturale” o materiale; v. *infra*, nota 194). Sul punto, nell'ambito di una letteratura (perlopiù costituzionalistica) ormai sterminata (e, come detto, non univoca, come dimostrano le vicende relative all'inserimento in Costituzione del diritto di accesso ad internet, oggetto di svariate proposte – alcune molto note, come quella elaborata da S. Rodotà – mai approvate), si vedano S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2010, 337 ss.; ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 384 ss.; G. DE MINICO, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in ID. (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Napoli, 2010, 3 ss.; ID., *Diritti, Regole, Internet*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2011, 2 ss.; ID., *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012, 128 ss.; ID., *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *Forum quad. cost.*, n. 3, 2013, 2 ss.; ID., *Accesso a Internet tra mercato e diritti sociali nell'ordinamento europeo e nazionale*, in *Federalismi.it*, n. spec. 4, 2018, 127 ss.; ID., *Libertà digitali. Luci e ombre*, Torino, 2018, 38 ss.; ID., *Libertà in Rete. Libertà dalla Rete*, Torino, 2020, spec. 35 ss.; P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (in una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, 2012, 9 ss.; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in *Munus*, n. 1, 2011,

L'approntamento infrastrutturale costituisce, come noto, una tra le «*più antiche attività di disciplina dell'economia svolte dai pubblici poteri, (...) mai venuta meno nel corso dei secoli*»<sup>101</sup> e capace di “attraversare”, mutando le sue forme in parallelo a quelle dell'intervento pubblico nell'economia<sup>102</sup>, le stagioni delle privatizzazioni e (soprattutto) delle liberalizzazioni, permanendo quale «*attività di disciplina dell'economia di stretta attualità, connotata da una innovativa dimensione sovranazionale e da un*

---

121 ss.; ID., *L'accesso ad internet come diritto fondamentale*, in E. CASTORINA (a cura di), *Servizi pubblici, diritti fondamentali, diritto europeo*, Napoli, 2016, 695 ss.; ID., *Liberté, Égalité, Internet*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 2019, 13 ss.; ID., *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. inf.*, n. 3, 2020, 465 ss.; M. VILLONE, *La Costituzione e il “diritto alla tecnologia”*, *Dalla tecnologia ai diritti*, cit., 257 ss.; A. VALASTRO, *Le garanzie di effettività del diritto di accesso ad Internet e la timidezza del legislatore italiano*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Napoli, 2011, 45 ss.; L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Pol. dir.*, nn. 2-3, 2012, 263 ss., spec. 284; P. TANZARELLA, *Accesso a internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, 517 ss.; ID., *L'accesso a Internet è fondamentale, ma è davvero un diritto (fondamentale)?*, in *MediaLaws*, n. 1, 2021, 39 ss.; P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari, 2015, 61 ss.; G. D'IPPOLITO, *La proposta di un art. 34-bis in Costituzione*, in *Accesso a internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, cit., 65 ss.; M. PIETRANGELO, *Accesso a internet: un diritto ancora diseguale? Aggiornamenti e ripensamenti*, in M.R. ALLEGRI, G. D'IPPOLITO, *Accesso a internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Roma, 2017, 25 ss.; P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di internet. Con un ripensamento*, in AA.VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, vol. I, Genova, 2020, 41 ss. e spec. 45-46; A. POGGI, *Diritto a internet o diritto alla libertà di manifestazione del pensiero*, *ivi*, 131 ss.; O. POLLICINO, *The right to Internet access*, in A. VON ARNAULD, K. VON DER DECKEN, M. SUSI (a cura di), *The Cambridge Handbook of new human rights*, Cambridge, 2020, 263 ss.; M.R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso a internet: profili costituzionali*, in *MediaLaws*, n. 1, 2021, 65 ss.; A.M. GAMBINO, R. GIARDA, *L'accesso a Internet come diritto*, *ivi*, 103 ss.; A. LAMBERTI, *Emergenza sanitaria. Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti alla prova della pandemia*, in *Federalismi.it*, n. 6, 2022, 207 ss.

Si veda altresì il principio n. 20 del *Pilastro europeo dei diritti sociali* proclamato dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione il 16 novembre 2017 in occasione del Vertice Sociale di Göteborg (consultabile in [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)), che chiude il Capo III relativo alla “Protezione sociale e inclusione”, per cui “ogni persona ha il diritto di accedere a servizi essenziali di qualità”, tra i quali vengono incluse – insieme a “l'acqua, i servizi igienico-sanitari, l'energia, i trasporti, i servizi finanziari” – anche “le comunicazioni digitali”, prevedendosi “per le persone in stato di bisogno (...) un sostegno per l'accesso a tali servizi”. Il Pilastro è ora assistito da un *Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali*, lanciato dalla Commissione il 4 marzo 2021 quale risposta alla grave crisi sociale generata dalla pandemia Covid (COM/2021/102, in [www.eur-lex.eu](http://www.eur-lex.eu)). Per un primo bilancio e un quadro aggiornato degli obiettivi, v. ora la Relazione della Commissione – COM(2021)819, del 10 dicembre 2021, *Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale – Relazione annuale 2021 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, spec. parr. 2-6.

<sup>101</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1993, 53.

<sup>102</sup> Un'esautiva rappresentazione aggiornata degli strumenti e forme più recenti di intervento pubblico per le infrastrutture in Italia è contenuta nella Sezione tematica a cura di S. SCREPANTI, A. VIGNERI, *L'intervento pubblico per il sostegno, la promozione e il rilancio degli investimenti in infrastrutture e opere pubbliche*, in F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, 11 ss., con contributi delle stesse AA. e di altri, cui si farà riferimento anche nel prosieguo.

*multiforme intervento dei pubblici poteri*<sup>103</sup>. Nello specifico settore delle telecomunicazioni, l'ampliamento delle dotazioni infrastrutturali di rete<sup>104</sup> corrisponde ad «un interesse convergente di soggetti privati e pubblici»<sup>105</sup>: ad un elevato grado di liberalizzazione dell'attività<sup>106</sup> corrisponde, a monte, una «liberalizzazione pressoché totale

<sup>103</sup> S. SCREPANTI, *Le politiche infrastrutturali*, in *La nuova costituzione economica*, cit., 37.

<sup>104</sup> Come noto, non vi è nell'ordinamento positivo una definizione generale di infrastrutture, sicché il suo significato viene ricostruito, di volta in volta, con specifico riguardo ai singoli settori. Una parziale definizione, che realizza in sostanza una sintesi cumulativa delle nozioni di “opera pubblica” e “servizio pubblico”, è contenuta nell'art. 2, co. 2, d.m. 26 novembre 2010, in tema di perequazione infrastrutturale, istituto introdotto dall'art. 5 l. n. 42/2009 sul federalismo fiscale (modificata dalla l. n. 178/2020, legge di bilancio 2021, art. 1, co. 815, dal d.l. n. 77/2021, art. 59, e d.l. 121/2021, art. 15): v. per tutti R. GALLIA, *La perequazione infrastrutturale al tempo dell'autonomia differenziata*, in *Riv. gin. mezz.*, n. 1, 2020, 123.

Lo stesso è a dirsi per il concetto di rete, anch'esso privo di puntuali definizioni normative con valenza generale, nonostante la ben nota rilevanza che assume nella normativa europea e interna (tanto più ora che il nuovo t.u. sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, in attuazione della delega contenuta nella l. concorrenza 2022 – cfr. art. 1, co. 2, lett. b, l. 5 agosto 2022, n. 118 – prevede una disciplina parzialmente differenziata per i servizi a rete). La ragione per cui, nonostante tale rilevanza, un concetto generale di rete non sia mai stato puntualmente enucleato dal legislatore (e la dottrina ne abbia preso atto senza approfondire eccessivi sforzi per porvi rimedio), risiede nel fatto che nessuno ha mai potuto dubitare, per ragioni essenzialmente storiche connesse ai settori di incidenza del diritto comunitario, di quali fossero appunto i servizi a rete. Ai ristretti fini che qui interessano, si assume una definizione di rete come «*struttura o infrastruttura, concreta o astratta, un sistema di relazioni reciproche tra gli elementi della struttura e, infine, un centro che dirige tali elementi (e la struttura nel suo complesso) in vista di uno scopo*»: così F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005, 2. In senso analogo, tra gli altri, A. CAVALIERE, *Il servizio pubblico a rete*, in *Serv. pubbl. app.*, n. 1, 2005, 5 ss.; F. CINTIOLI, *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2007, 293 ss.; F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008, *passim* e spec. 1 ss., 112 ss., 120 ss., 127 ss.; e più di recente D. SIMEOLI, *La “rete” tra beni a destinazione pubblica e regolazione*, in E. CASTORINA (a cura di), *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, Napoli, 2016, 371, sempre con l'avvertenza che «*l'estrema eterogeneità dei settori e dei costrutti normativi non consente di ricondurre la “rete” ad uno schema ordinante che ne sappia illuminare caratteristiche dogmatiche e disciplinari comuni*».

<sup>105</sup> S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi “a rete”*, Milano, 2007, 43.

<sup>106</sup> Tra gli scritti successivi all'entrata in vigore del Codice interno del 2003 (e alla luce delle susseguenti stagioni di riforme europee di cui si è detto *supra*), cfr. anche, senza alcuna pretesa di esaustività, R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004; M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, cit.; G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni elettroniche tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2005, *passim*; M. LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2, 2005, 195 ss.; G. DELLA CANANEA, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2005, 601 ss.; F. BRUNO, G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, cit., 311 ss.; F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007, *passim*; M. RAGUSA, *Reti e servizi di pubblica utilità. Il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. soc.*, n. 2, 2007, 317 ss.; V.M. SBRESCIA, *L'Europa delle comunicazioni elettroniche*, Napoli, 2011; M. NUNZIATA, *Concorrenza e mercato nel sistema delle comunicazioni*, in *Giust.Amm.*



*in ordine alla realizzazione dei beni necessari per poterle prestare»<sup>107</sup> (impianti, antenne, tralicci, cablaggi ecc.<sup>108</sup>), sia pur in un quadro caratterizzato da una persistente centralità del “pubblico”, che si esprime in due distinti macro-ambiti: per un verso, nella disciplina dei relativi titoli abilitativi<sup>109</sup> e nella rilevanza delle normative di settore (in particolare quella urbanistico-edilizia) cui soggiacciono le relative opere, assimilate “ad ogni effetto” ad opere di urbanizzazione primaria<sup>110</sup>); per altro, nell’intervento statale di indirizzo e coordinamento strategico, che si realizza tramite la “leva” del finanziamento pubblico agli impianti privati<sup>111</sup> (oltre che,*

---

*it*, n. 3, 2013, 1 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. reg. merc.*, n. 12, 2014, 47 ss.; M. DE CATA, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, Milano, 2017, *passim* e spec. 1 ss. e 81 ss.; F. DALLE NOGARE, *Regolazione e mercato delle comunicazioni elettroniche*, cit., 9 ss.; A. GUERRIERI, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, Padova, 2021, *passim* e spec. 61 ss.; G. CASSANO, G.E. CAZZATO, F. DI CIOMMO (a cura di), *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni*, cit., *passim*.

<sup>107</sup> S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, cit., 44. Come evidenziato da M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 105, «il modello di concorrenza, verso il quale gli odierni sistemi di regolazione delle comunicazioni elettroniche tendono, è (...) quello della c.d. facilities-based competition, e cioè una competizione fondata, per quanto possibile, sulla costruzione di reti alternative a quelle dell’incumbent».

<sup>108</sup> Sull’evoluzione tecnica dei tipi di beni, materiali e immateriali, che costituiscono le infrastrutture di rete nel settore, v. A. CAROPPO, G. GAMERRO, *Le infrastrutture delle telecomunicazioni*, in *Storia delle telecomunicazioni*, cit., 705 ss.

<sup>109</sup> Artt. 45 ss. d.lgs. n. 259/2003, come modificato dal cit. d.lgs. n. 207/2021 (in attuazione del Codice europeo); prima di tali modifiche le corrispondenti norme erano, come noto, collocate agli artt. 87 ss. dello stesso d.lgs. n. 259/2003 (v. *supra*, §2.).

<sup>110</sup> Cfr. la lett. g-bis dell’art. 4, co. 1, l. 29 settembre 1964, introdotta dall’art. 3-bis d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. con l. 11 novembre 2014, n. 164 (in G.U. 11 novembre 2014, n. 262, S.O. n. 85, 28 ss.)

<sup>111</sup> Oltre ai contributi che saranno richiamati nel prosieguo per i profili di più stretta attinenza ai temi qui trattati (e a quelli già menzionati *supra*, §4.), cfr., *ex plurimis*, M. CLARICH, A. BOSO CARETTA, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, cit., 689 ss.; R. DE NICOLIS, *I titoli abilitativi ed il procedimento per l’installazione di infrastrutture per impianti radioelettrici nel codice delle comunicazioni elettroniche*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell’installazione di infrastrutture per telecomunicazioni*, Milano, 2004, 1 ss.; L. ZANETTINI, *L’installazione di reti e di impianti ad uso pubblico*, in *Codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., 380 ss.; M. CLARICH, *I titoli abilitativi nel nuovo sistema delle comunicazioni elettroniche*, in *L’evoluzione del sistema delle comunicazioni elettroniche tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 35 ss. L. SALTARI, *I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2005, 389 ss.; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, cit., 43 ss.; F. DONATI, *L’ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, cit., 183 ss.; G. DE MINICO, *Regulation, banda larga e servizio universale*, cit., 557 ss.; ID., *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, cit., 42 ss.; M. NUNZIATA, *Concorrenza e regolazione del mercato nel sistema delle comunicazioni*, in G. BRUNO (a cura di), *Diritto delle comunicazioni*, Torino, 2019, 177 ss.; C. BUZZACCHI, *La “banda larga” tra intervento pubblico e mercato*, in *Dir. pubbl. eur.*, n. 1, 2020, 240 ss.

In tema di *State aid* alle imprese del settore per la realizzazione di reti veloci, v. le Linee guida adottate dalla Commissione con la Comunicazione 2013/COM 25/01, *Orientamenti dell’Unione europea per l’applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga* (GU C 25/1 26 gennaio 2013, 1 ss.), che hanno sostituito le precedenti linee guida adottate

come visto *supra*, §2., e come si ribadirà in questa sede, indirettamente tramite il servizio universale), o nella realizzazione diretta, con assunzione degli oneri in capo allo Stato, di impianti di rete che, per le loro dimensioni o comunque per il loro carattere antieconomico, il mercato non può sostenere e che devono essere perciò attratti alla proprietà pubblica, ovviamente realizzati e gestiti in concessione da operatori privati scelti con gara<sup>112</sup>.

Un tale assetto istituzionale del settore, in sé astrattamente efficiente, non ha tuttavia evitato che la “via italiana” alle moderne infrastrutture TLC fosse in costante salita: è noto, in particolare, il tormentato percorso che nel nostro Paese ha caratterizzato la realizzazione delle infrastrutture per la banda larga, individuate come una priorità già nei primi anni 2000 ma ostacolate da numerosi fattori<sup>113</sup>, tra cui l’interferenza di competenze regionali<sup>114</sup> e locali (v.

---

nel 2009 (GUCE C 235 30 settembre 2009, 7 ss.). Sul punto v., tra gli altri, M. SIRAGUSA, G.C. RIZZA, *Politiche pubbliche di finanziamento dello sviluppo delle reti a banda larga e ultralarga e regole UE sul controllo degli aiuti di Stato*, in G. OLIVIERI, V. FALCE (a cura di), *Smart cities e diritto dell’innovazione*, Milano, 2016, 103 ss. Si segnala però che da novembre 2021 a febbraio 2022 è stata sottoposta a consultazione pubblica una proposta di revisione delle citate Linee guida (consultabile qui: [https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/7ec8482d-7657-4413-9c1a-88d74da2ca26\\_en?filename=HT.5766\\_Draft\\_Broadband\\_Guidelines.zip](https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/7ec8482d-7657-4413-9c1a-88d74da2ca26_en?filename=HT.5766_Draft_Broadband_Guidelines.zip)), la cui adozione è prevista tra la fine del 2022 e l’inizio del 2023: si prevedono nuove e più elevate soglie di finanziamento per le aree in cui, a prescindere dalla presenza di fallimenti di mercato (quindi anche nelle aree cd. competitive) non siano garantite certe velocità di connessione (almeno 1 Gb/s in *download*, 150 Mb/s in *upload*), un nuovo quadro dedicato per le reti mobili 5G, diverse semplificazioni procedurali e ulteriori misure finalizzate ad allargare le maglie degli aiuti consentiti.

<sup>112</sup> V. ancora, oltre ai contributi più recenti che si richiameranno nel prosieguo, G. DE MINICO, *op. ult. cit.*; V. AMENTA, *Politiche di sviluppo della banda larga negli Stati Uniti, in Europa e in Italia*, in *Inf. dir.*, n. 2, 2013, 63 ss.; M.L. MARINIELLO, “Net neutrality e qualificazione dei servizi di accesso alla banda larga dopo il “caso Verizon”: quale lezione per l’Europa?”, in *Munus*, n. 3, 2014, 533 ss.; M. NUNZIATA, *op. ult. cit.*; C. BUZZACCHI, *op. ult. cit.* Questo secondo modello di intervento basato sulla proprietà pubblica delle reti è stato ed è ancora, come si vedrà tra breve, centrale nelle recenti Strategie italiane per la banda larga e (ora soprattutto) ultralarga, trovando conferma anche nelle apposite linee di intervento previste dal PNRR, già in fase avanzata di attuazione, per la copertura delle zone a fallimento di mercato.

<sup>113</sup> Ne trattano, tra gli altri, S. FROVA, *La banda larga in Italia. Storia probabile di un’altra occasione perduta*, in *Merc. conc. reg.*, n. 3, 2010, 447 ss.; M. AVVISATI, *Banda larga: politiche regolatorie e digital divide*, in *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, cit., 105 ss.; A. TONETTI, *La nuova disciplina per lo sviluppo della banda larga: vera semplificazione?*, in *Merc. conc. reg.*, n. 1, 2011, 117 ss.; G. DE MINICO, *Le regole sulle reti di nuova generazione: autorità e politica*, in *Oss. Fonti*, n. 1, 2012, 7 ss.; V.M. SBRESCIA, *Infrastrutture, reti a banda ultralarga e governo democratico nell’economia europea*, in *Riv. giur. mezz.*, n. 3, 2013, 445 ss.; v. anche BANCA D’ITALIA, *La banda larga in Italia*, QEF – *Occasional paper*, n. 34, a cura di E. CIAPANNA, D. SABBATINI, 28 ottobre 2008, spec. 12 ss.

<sup>114</sup> Sul problematico ruolo e sulle competenze delle Regioni nella “governance” pubblica per la realizzazione degli impianti di banda larga e ultralarga, stante fra l’altro l’inerenza della materia delle comunicazioni alla potestà legislativa concorrente (art. 117, co. 3, Cost.), cfr. M. AVVISATI, *Autonomie territoriali e «ordinamento della comunicazione»*, Napoli, 2011, *passim* e spec. 23 ss. e 141 ss.; E. ALBANESI, A. CANEPA, *Internet e diritti*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e territorio: il valore delle autonomie*

qui *infra*), sofferita solo in parte da alcuni interventi di pur radicale semplificazione<sup>115</sup>.

Alcuni primi passi avanti si registrano, in sede di recepimento della direttiva n. 2014/61<sup>116</sup>, con il cd. “decreto fibra”<sup>117</sup> (che, tra l’altro, istituisce il Sistema informativo federato delle infrastrutture – SINFI: art. 4<sup>118</sup>), recante norme volte a ridurre i costi di installazione degli impianti ad alta velocità, specie di tipo 4G. Sul versante dell’intervento pubblico diretto per la realizzazione delle reti in fibra nelle aree cd. bianche, ossia a fallimento di mercato, l’adozione della *Strategia italiana per la banda ultralarga*<sup>119</sup> (la cui attuazione è affidata a Infratel Italia S.p.A.,

---

*nell’ordinamento repubblicano*, Torino, 2015, spec. 70 ss.; M. DE CATA, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, cit., 107 ss. Con specifico riferimento alle competenze regionali in materia di inquinamento elettromagnetico, v. anche qui *infra*, §4., come pure per gli accordi di programma stipulati fra le singole Regioni e il MISE per l’attuazione degli interventi per le reti di nuova generazione (nota 155).

<sup>115</sup> Si pensi, ad es., all’art. 5-*bis*, co. 1, d.l. 25 marzo 2010, inserito in sede di conversione ad opera della l. 22 maggio 2010, n. 73 (in G.U. 25 maggio 2010, n. 120, 56 ss.), con cui era stato introdotto nel Codice delle comunicazioni elettroniche l’art. 87-*bis*, che prevedeva il regime della DIA (poi SCIA), in luogo dell’autorizzazione prevista dall’art. 87, per l’installazione di apparati con tecnologia UMTS (e sue evoluzioni) su impianti preesistenti e per le sole modifiche delle caratteristiche trasmissive. Tale disposizione è stata recentemente abrogata dall’art. 1, co. 1, del cit. d.lgs. n. 207/2021 (di recepimento del nuovo Codice europeo), ma il suo contenuto si trova sostanzialmente riprodotto all’art. 45.

<sup>116</sup> Dir. (UE) n. 2014/61, del 15 maggio 2014, avente lo scopo di “*facilitare e incentivare l’installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità promuovendo l’uso condiviso dell’infrastruttura fisica esistente e consentendo il dispiegamento più efficiente di infrastrutture fisiche nuove in modo da abbattere i costi dell’installazione di tali reti*” (art. 1, par. 1).

<sup>117</sup> D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 33 (in G.U. 9 marzo 2016, n. 53, 8 ss.), su cui cfr. per tutti B. BRUNO, *Reti di comunicazione elettronica ad alta velocità*, in *Diritto delle comunicazioni*, cit., 440 ss.

<sup>118</sup> Cfr. il d.m. (MISE) 11 maggio 2016 (in G.U. 16 giugno 2016, n. 139, 46 ss.), e le Linee guida di AgID per la produzione dati del SINFI previste dall’art. 4, co. 3 d.lgs. n. 33/2016 e approvate a fine 2016 (consultabili qui: [https://www.sinfi.it/portal/download\\_files/documentazione/linee\\_guida\\_SINFI\\_ver\\_1.2\\_approvata\\_Comitato\\_20170522.pdf](https://www.sinfi.it/portal/download_files/documentazione/linee_guida_SINFI_ver_1.2_approvata_Comitato_20170522.pdf)). Il cit. decreto istitutivo è stato modificato con d.m. MISE 2 settembre 2019 (in G.U. 22 ottobre 2019, n. 248, 11 ss.).

<sup>119</sup> La *Strategia italiana per la banda ultra larga e per la crescita digitale 2014-2020*, che segue al Piano nazionale banda larga del 2012, è stata approvata dal Consiglio dei Ministri il 3 marzo 2015, in attuazione della normativa europea connessa alla programmazione FSE 2014-2020, che indirizzava gli interventi previsti dai Programmi operativi per l’Obiettivo tematico 2 dell’Agenda digitale europea del 2010, cioè “*migliorare l’accesso alle tecnologie dell’informazione e della comunicazione, nonché l’impiego e la qualità delle medesime*”. Per un quadro schematico della Strategia, in attuazione della quale è stato poi a stretto giro adottato il “Piano di investimenti per la diffusione della banda ultralarga” (del CIPE 6 agosto 2015, n. 65), v., *ex plurimis*, B. BRUNO, *Reti di comunicazione elettronica ad alta velocità*, 438 ss.; V.M. SBRESCIA, *Coesione sociale, e sviluppo dell’economia digitale*, in *Riv. giur. mezz.*, n. 2, 2018, 524 ss.; C. BUZZACCHI, *La “banda larga” tra intervento pubblico e mercato*, cit., 242 ss.; A. MIRAGLIA, *Gli interventi a sostegno degli investimenti nelle reti digitali di nuova generazione*, in *L’intervento pubblico per il sostegno, la promozione e il rilancio degli investimenti in infrastrutture e opere pubbliche*, cit., 55-56; G.C. RICCIARDI, A. VENTURI, *Investimenti e finanziamenti in infrastrutture digitali per le smart cities in una prospettiva comparata ed europea. Uno studio introduttivo*, in *Pol. dir.*, n. 4, 2020, 1115-1116.

società *in house* del MISE) imprime un significativo slancio alla proprietà pubblica delle nuove infrastrutture, da costruire e gestire in concessione<sup>120</sup>.

L'evoluzione tecnologica del settore, però, procede incessante e nel 2016 la Commissione adotta la Comunicazione sulla Connettività per il mercato unico digitale (c.d. *Gigabit Society*)<sup>121</sup> e il *Piano d'azione per il 5G*<sup>122</sup>, il nuovo standard di rete mobile<sup>123</sup>, individuando azioni coordinate a livello dell'Unione (in base a una rinnovata consapevolezza del ruolo strategico globale di tale nuova tecnologia<sup>124</sup>), compresa l'individuazione e armonizzazione del relativo spettro radio, al fine di garantire una copertura 5G ininterrotta in tutte le aree urbane e in tutti i principali assi di trasporto terrestre entro il 2025<sup>125</sup>. In Italia, nel 2018 vengono

<sup>120</sup> Le concessioni, aggiudicate tra il 2016 e il 2018 con la procedura ristretta di cui all'art. 61 d.lgs. n. 50/2016, per 14 lotti complessivi articolati su base regionale, anche aggregata, sono disponibili qui: <https://bandaultralarga.italia.it/documenti-e-dati/concessioni/>.

<sup>121</sup> Comunicazione della Commissione, 14 settembre 2016, "Connettività per un mercato unico digitale competitivo: verso una società dei Gigabit europei" – COM(2016)587.

<sup>122</sup> Comunicazione della Commissione, 14 settembre 2016, "Il 5G per l'Europa: un piano d'azione" – COM(2016)588.

<sup>123</sup> Il 5G costituisce sul piano tecnologico un notevole passo in avanti rispetto ai precedenti standard di rete mobile (3G e 4G/LTE): il significativo incremento della velocità di trasmissione (fino a 10 Gigabit/s) e i netti miglioramenti nelle latenze e nell'efficienza energetica, oltre a migliorare l'esperienza di qualsiasi utente, fanno sì che il nuovo standard abiliti applicazioni inedite sia in relazione a specifiche attività umane svolte a distanza (si pensi alla telemedicina operativa, sovente indicata dagli studi come una delle pratiche che riceverà maggiori benefici dal 5G), sia nel campo dell'*Internet of Things* e del *machine to machine*. Per le caratteristiche tecniche/tecnologiche del nuovo standard, anche a confronto con i precedenti, e per le sue applicazioni in atto o in potenza, v. con diversi approcci M. SAUTER, *From GSM to LTE advanced pro and 5G: an introduction to mobile networks and mobile broadband*, Hoboken, 2017; L. PETERSON, O. SUNAY, *5G mobile networks: a systems approach*, San Rafael, 2020; E. DAHLMAN, S. PARKVALL, J. SKOLD, *5G NR: the next generation wireless access technology*, 2ª ed., Amsterdam, 2020; M. PIZZUTI, *Dossier 5G*, Milano, 2020; T. HATT, E. KOLTA, *5G energy efficiencies. Green is the new black*, Londra, 2020. Utili indicazioni di sintesi anche in BANCA D'ITALIA, *Italia connessa*, QEF, *Occasional paper*, n. 573, a cura di E. CIAPANNA, G. ROMA, 28 luglio 2020, spec. 23 ss., e M. CUNDARI, *Sviluppi, problematiche e questioni emerse con l'arrivo del 5G*, in *Giust.Amm.it*, n. 10, 2021, 14 ss.

In costante aggiornamento la regolazione dell'AGCOM per l'adeguamento al 5G: cfr. da ultimo il Testo unico di revisione e semplificazione degli indicatori di qualità (*Key Performance Indicators* o *KPIs*), adottato con del. AGCOM 23/23/CONS dell'8 febbraio 2023, che ha, fra l'altro, modificato i predetti indicatori per tener conto dell'ormai ampia diffusione del 5G.

<sup>124</sup> All'intervento proattivo europeo nel settore, come già accennato (§2.), non sono ovviamente estranee nemmeno finalità di garanzia dei diritti della persona, seppur "veicolate" da politiche per lo sviluppo economico, secondo uno schema ormai tipico del modello politico-istituzionale eurounitario e della sua economia sociale di mercato. Si sofferma sulla necessaria dimensione sovranazionale (segnatamente europea) della normazione e regolazione promozionale relativa alle nuove tecnologie di accesso ad internet, in relazione alla tutela della persona, tra gli altri, G. DE MINICO, *Libertà digitali*, cit., *passim* e spec. 23 ss.

<sup>125</sup> Si è a ciò provveduto da ultimo, con Decisione di esecuzione (UE) n. 2022/173 della Commissione, del 7 febbraio 2022, relativa all'armonizzazione delle bande di frequenze 900 MHz e

assegnate le frequenze 5G, ma nei diciotto mesi successivi la nuova tecnologia latita ancora nella gran parte del Paese (essendo presente solo in alcune zone di uno sparuto numero di grandi città), a differenza di quanto avviene nel resto d'Europa: da un lato, si palesa una scarsa propensione degli operatori del settore ad effettuare gli investimenti necessari, dall'altro, pur dove tali investimenti siano effettuati, i lavori per la costruzione degli impianti radioelettrici (*i.e.*, delle infrastrutture fisiche) privati o per l'adeguamento di quelli preesistenti stentano ad essere avviati o completati e subiscono continui rallentamenti, sulla scia delle passate esperienze e per criticità di ordine "burocratico" analoghe a quelle sopra accennate<sup>126</sup>, tra le quali risalta il mancato rispetto dei termini di conclusione dei procedimenti abilitativi da parte dei Comuni<sup>127</sup>. Non risultano sufficienti ulteriori misure di semplificazione introdotte dal legislatore, come l'art. 8-*bis* d.l. n. 135/2018<sup>128</sup>.

Una graduale inversione di tendenza si ha a partire dall'avvento della pandemia<sup>129</sup>, quando in tutto il mondo matura – per ragioni talmente note da non dover essere esplicitate – la definitiva consapevolezza dell'imprescindibilità delle connessioni veloci senza soluzione di continuità territoriale; consapevolezza che

---

1800 MHz per i sistemi terrestri in grado di fornire servizi di comunicazioni elettroniche nell'Unione e che abroga la decisione 2009/766/CE (L 28/29 9 febbraio 2022). Con riferimento al nostro Paese, nel 2021 si è avuto il trasferimento al 5G di alcune bande di frequenza prima destinate alla trasmissione del segnale televisivo: ciò grazie al risparmio di spazio nelle frequenze, e quindi nella banda sfruttabile, derivato dal passaggio al digitale terrestre di seconda generazione (DVB-T2), finalizzato al *refarming* della cd. "banda 700 Mhz", che è stato così possibile destinare allo sviluppo di nuove reti 5G, come previsto dalla Decisione (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2017/899, del 17 maggio 2017, e dal PNRF per il 2018-2022. Sul punto indicazioni più approfondite in M. CUNDARI, *Sviluppi, problematiche e questioni emerse con l'arrivo del 5G*, cit., 17-18.

<sup>126</sup> Cfr. E. GIARDINO, *La realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica tra poteri statali e veti locali*, in *GiustAmm.it*, n. 11, 2017, 1 ss.; E. CIAPANNA, F. COLONNA, *Connettere l'Italia*, in *Riv. pol. econ.*, n. 1, 2020, 93 ss.

<sup>127</sup> S. DEL GATTO, *Le infrastrutture per la banda ultra larga e il piano per la copertura delle zone a fallimento di mercato*, in V. BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato digitale nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, Roma, 2022, 73: «La prassi di questi anni ha, purtroppo, evidenziato quanto il mancato rispetto dei termini da parte degli enti locali abbia ostacolato la realizzazione delle infrastrutture di TLC». Tali criticità sono evidenziate, con dati puntuali sui tempi di conclusione dei procedimenti, dalla Corte dei Conti, delibera 2 dicembre 2016, n. 21/G, «Il finanziamento degli interventi infrastrutturali per la banda larga 2007-2015», 8 ss.

<sup>128</sup> L'art. 8-*bis* d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, inserito in sede di conversione ad opera della l. 11 febbraio 2019, n. 12 (in G.U. 12 febbraio 2019, n. 36, 49 ss.), ha introdotto "Misure di semplificazione per l'innovazione" relative all'utilizzo di tecnologie di scavo a basso impatto ambientale (come quelle cd. "in minitriccea") per l'installazione di reti a banda ultralarga, con norme volte a mitigare il "rigore" del Codice dei beni culturali, del Codice della strada e del Testo unico dell'edilizia, anche riducendo i termini per il rilascio dei titoli autorizzatori richiesti per le opere necessarie.

<sup>129</sup> Sul ritardo del nostro Paese nell'infrastrutturazione 5G prima degli interventi scaturiti dalla pandemia, specie nelle aree cd. "a fallimento di mercato", v. ancora BANCA D'ITALIA, *Italia connessa*, cit., 13 ss., anche per i relativi dati territoriali.

si traduce, in Italia e in Europa, in un riscoperto protagonismo del pubblico (anche) in questo settore, quale “rete di protezione” della comunità vocata ad un nuovo e penetrante intervento pubblico nell’economia<sup>130</sup>.

Già l’art. 82 del cd. decreto Cura Italia<sup>131</sup>, “*al fine di far fronte alla crescita dei consumi dei servizi e del traffico sulle reti*” dovuta al distanziamento sociale, dispone che le imprese fornitrici di reti e servizi di comunicazioni elettroniche – qualificate come “*imprese di pubblica utilità*” (co. 5)<sup>132</sup> – “*intraprendono misure e svolgono ogni utile iniziativa atta a potenziare le infrastrutture e a garantire il funzionamento delle reti e l’operatività e continuità dei servizi*” (co. 2), “*adottano tutte le misure necessarie per potenziare e garantire l’accesso ininterrotto ai servizi di emergenza*” (co. 3) e “*soddisfano qualsiasi richiesta ragionevole di miglioramento della capacità di rete e della qualità del servizio da parte degli utenti*” (co. 4).

Viene così subito in evidenza che «*l’emergenza porta regolazione, e la regolazione spesso porta al servizio pubblico*»<sup>133</sup>. Non solo nella “forma” della regolazione conformativa dell’attività di impresa nel settore TLC, come nel caso dell’art. 82 d.l. n. 18/2020, ma anche attraverso forme di intervento rivolte a fornire direttamente utilità “materiali” ai cittadini<sup>134</sup>: lo Stato, infatti, si fa carico di svariati interventi finalizzati ad assicurare l’accesso alla rete (e ai dispositivi) a chi non ne abbia la

<sup>130</sup> U. FANTIGROSSI, PNRR e riforma dei servizi pubblici, in *Astrid*, 25 giugno 2021: «*La pandemia prodotta dal Covid 19 ha rimesso al centro dell’attenzione il ruolo dello Stato, essendo evidente anche ai più estremi sostenitori del mercato che senza la rete di protezione del pubblico non c’è via di uscita dall’emergenza pandemica e dalla crisi economica che ne è derivata*». Sull’intervento pubblico nell’economia alla luce delle trasformazioni indotte dal contesto pandemico, oltre ai contributi nel già richiamato volume a cura di F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA, *Lo Stato promotore. Come cambia l’intervento pubblico nell’economia*, si vedano fra molti F. MANGANARO, *L’intervento pubblico nell’economia al tempo della crisi pandemica*, consultato in *Astrid Rassegna*, n. 14, 2021, 1 ss., in corso di pubblicazione nel “*Liber amicorum per Marco D’Alberto*”; F. MARCONI, *L’intervento pubblico nell’economia e il mutevole ruolo dello Stato: il nuovo golden power tra competizione geopolitica e valutazioni economico-strategiche*, in *Federalismi.it*, n. 20, 2021, 39 ss.; F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell’economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2022, 1 ss.; F. SCUTO, *L’intervento pubblico nell’economia tra Costituzione economia e Next Generation EU*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2022, 916 ss.; E. BRUTI LIBERATI, voce *Industria*, in *Enc. dir.*, vol. III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 654 ss. Sul punto è interessante anche la visione di sintesi dei nuovi equilibri (e rispettivi ruoli) tra Stato e mercato, che si starebbero delineando nell’attuale fase dopo la parentesi neoliberista, proposta da G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022.

<sup>131</sup> D.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con l. 24 aprile 2020, n. 27 (in G.U. 29 marzo 2020, n. 110, S.O. n. 16, 39 ss.).

<sup>132</sup> V. *supra*, §2.

<sup>133</sup> M. DUGATO, voce *Servizi pubblici locali*, in *Enc. dir.*, vol. III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 1113.

<sup>134</sup> Sulla materialità delle prestazioni come carattere (necessario) del servizio pubblico che vale a distinguerlo dalle attività che costituiscono esercizio delle funzioni autoritative, si tornerà *infra*, §6.

possibilità<sup>135</sup>, e iniziative con analoghe finalità vengono intraprese anche a livello locale<sup>136</sup>.

Sulla scia della nuova Comunicazione della Commissione sul decennio digitale (cd. “*Digital compass 2030*”)<sup>137</sup>, ancora imperversante la pandemia, nel 2021 il PNRR “destina” la cifra senza precedenti di 6,7 miliardi per i progetti di infrastrutturazione digitale, che confluiscono ora nella nuova *Strategia italiana per la banda ultralarga* (cd. “*Gigabit Society*”)<sup>138</sup>, adottata poche settimane dopo e finalizzata a portare la connettività a 1 Gbps e il 5G su tutto il territorio nazionale entro il 2026 (in anticipo rispetto alla *deadline* europea, fissata al 2030)<sup>139</sup>. Tale

<sup>135</sup> Il riferimento è, ad es., al cd. “Piano voucher famiglie” (sul quale v. *infra*, §6, nota 229), ma anche alle iniziative per la “fornitura” di *tablet* o *laptop* in comodato d’uso gratuito agli studenti, necessitata nel corso dell’emergenza pandemica per garantire l’effettività del diritto allo studio dei non abbienti: tali misure sono state possibili grazie ad appositi stanziamenti per acquisti a ciò destinati, inizialmente per complessivi 140 milioni, previsti dall’art. 120 del decreto Cura Italia e dall’art. 21 del cd. decreto Ristori (d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. con l. 18 dicembre 2020, n. 176). Si veda, in proposito, il d.m. 7 agosto 2020, n. 89, che, in attuazione di quanto previsto dal d.m. 26 giugno 2020, n. 39 (Documento per la pianificazione delle attività scolastiche, educative, formative in tutte le Istituzioni del Sistema nazionale di Istruzione), ha dettato le Linee guida per la didattica digitale integrata che demandano ai singoli istituti scolastici l’adozione di un Piano per la didattica a distanza nel quale individuare, tra l’altro, i criteri per la concessione in comodato d’uso gratuito dei dispositivi di proprietà della scuola necessari all’erogazione del servizio in modalità DAD/DDI, con priorità riservata agli studenti meno abbienti. Per queste e altre iniziative simili, v. P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell’emergenza sanitaria*, in *Oss. fonti*, n. 3, 2020, spec. 294 ss.

Iniziative con finalità analoghe, aventi però quali beneficiari i giovani in quanto tali (e non in quanto studenti) ovvero altre categorie di destinatari, compresi i nuclei familiari, erano state promosse anche in passato, attraverso il diverso meccanismo degli incentivi all’acquisto: ne riferiscono A. PACE, *I progetti “PC ai giovani” e “PC alle famiglie”: esercizio di potestà esclusiva statale o violazione della potestà regionale residuale?*, in *Ginr. cost.*, n. 5, 2004, 3214 ss., e F.G. PIZZETTI, *Il progetto “pc ai giovani” nel quadro della promozione dell’egualianza digitale da parte dello stato e delle regioni*, in E. DE MARCO (a cura di), *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Milano, 2008, 37 ss.

<sup>136</sup> Cfr. M. DUGATO, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2020, 522-523; sul punto v. anche qui *infra*, §6.

<sup>137</sup> Comunicazione della Commissione, del 9 marzo 2021, *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale* – COM(2021)118.

<sup>138</sup> *Strategia Italiana per la Banda Ultralarga. ‘Verso la Gigabit Society’*, approvata il 25 maggio 2021 dal Comitato interministeriale per la transizione digitale (CITD) istituito con il d.l. n. 22/2021 (v. *infra*, nota 157), elaborata a cura del MITD e del MISE (consultabile qui: <https://assets.innovazione.gov.it/1622021525-strategia-bul.pdf>). La Strategia consta di sette interventi destinati alla popolazione nazionale nel suo insieme, ma anche a specifiche amministrazioni e servizi, quali sanità e scuole: Piani “Italia a 1 Giga”, “Italia 5G”, “Scuole Connesse”, “Sanità Connessa”, “Isole Minori”, Completamento Piano “Aree Bianche”, Piano “Voucher a sostegno della domanda” (su quest’ultimo v. *infra* nel testo, e §6., 229). Il relativo Piano di investimento, a cura della Presidenza del Consiglio, è consultabile al link [https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/IT-ALLA\\_Strategia\\_BUL-Piano\\_di\\_investimenti\\_fin.pdf](https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/IT-ALLA_Strategia_BUL-Piano_di_investimenti_fin.pdf).

<sup>139</sup> Obiettivi cristallizzati nel PNRR, M1C1, *sub*-Investimento 3.1 (Piano “Italia a 1 Giga”).

ambizioso traguardo, assistito da risorse finalmente adeguate, viene perseguito mediante un articolato piano di investimenti pubblici e privati tra loro complementari<sup>140</sup>, attuato tramite Infratel S.p.A.<sup>141</sup> e basato principalmente su un sistema “partenariale” di concessioni per la progettazione, realizzazione e gestione di impianti in fibra ottica a 1 Gbps e di reti 5G, aggiudicate in poco più di un

---

Cfr. sul punto, tra gli altri, G. BUTTARELLI, *La strategia italiana per la tecnologia 5G*, in *Lo Stato digitale nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., 75 ss.; P. SERDENGECTI, A. DIANA, *Le reti NGN (Il mercato delle comunicazioni elettroniche)*, cit., 237 ss.

<sup>140</sup> Cfr. più in dettaglio A. MALTONI, A. VENTURI, *Investimenti e strumenti di investimento pubblici per la smart city*, in *Smart City. L'evoluzione di un'idea*, cit., 455 ss., spec. 463 ss. e 473 ss.; A. MIRAGLIA, *Gli interventi a sostegno degli investimenti nelle reti digitali di nuova generazione*, cit., 55 ss.

<sup>141</sup> Come già precisato, Infratel Italia S.p.A. è una società *in house* del MISE (che la controlla tramite Invitalia S.p.A.) che opera quale soggetto attuatore dei Piani nazionali banda larga e ultralarga, anche con funzioni di committenza. Sul multiforme ruolo di Infratel, cfr. per tutti A. MIRAGLIA, *op. ult. cit.*, 56-57. Da ultimo, v. anche le *Linee Guida per il Soggetto attuatore Infrastrutture e Telecomunicazioni per l'Italia Spa (Infratel)*, predisposte dall'Unità Missione PNRR del Dipartimento per la Trasformazione Digitale e adottate dalla Presidenza del Consiglio l'8 agosto 2022, che forniscono all'organismo attuatore orientamenti tecnici e moduli operativi di *best practice*, al fine di implementare l'attuazione degli investimenti previsti.



anno<sup>142</sup>, oltre che sul modello cd. “a incentivo” (*gap funding*)<sup>143</sup>, nel quale operatori selezionati con gara ricevono sovvenzioni per realizzare le opere necessarie, mantenendo la proprietà delle reti.

In virtù dell'ingente finanziamento pubblico previsto per le aree “a fallimento di mercato” o a scarsa redditività<sup>144</sup>, le logiche solidali e perequative per le zone rurali e il Mezzogiorno, insite nel PNRR (il cui 40% delle risorse è destinato al Sud)<sup>145</sup>, si concretizzano in azioni volte a ridurre il divario infrastrutturale tra

---

<sup>142</sup> Si tratta, come visto, di una *governance* già “tipica” del settore in esame e dell'intervento statale correttivo del mercato, ma che solo ora sembra assumere i caratteri sistem(at)ici di un “modello”, inserito in una programmazione pubblica finalmente effettiva, anche perché presidiata dai meccanismi del *NextGenEU*. A fine giugno 2022, con l'aggiudicazione della gara per le reti 5G nelle zone cd. “a fallimento di mercato” e di quella per l'ultimo lotto del bando relativo al “Piano Italia a 1 Giga”, è stato centrato l'obiettivo del PNRR di affidare tutte le concessioni previste dalla Strategia italiana per la banda ultralarga. L'investimento pubblico complessivo è pari a circa 5,5 miliardi, quello privato a circa 2,2 miliardi. Lo stato di avanzamento dei lavori e delle opere completate nelle diverse aree del Paese può essere monitorato, anche con appositi grafici interattivi, al seguente *link*: <https://bandaultralarga.italia.it>; i dati relativi alla corrente copertura 5G nel nostro Paese possono essere raffrontati con la voce “5G mobile coverage” dell'ultimo indicatore *DESI* della Commissione UE, *Thematic Chapter*, 2022, 37, aggiornata a metà 2021.

In direzione di una “maggiore efficienza e celerità nella realizzazione di reti di telecomunicazioni”, qualificata come “preminente interesse nazionale”, la lett. c-ter) dell'art. 32, co. 1, d.l. 30 aprile 2022, n. 36, inserita in sede di conversione ad opera della l. di conversione 29 giugno 2022, n. 79 (in G.U. 29 giugno 2022, n. 150, 1 ss.), ha disposto – in conformità alle corrispondenti disposizioni delle vigenti direttive appalti e concessioni – che i contratti e concessioni nel settore TLC sono radicalmente esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici, e che gli operatori affidatari, “nell'esercizio della loro autonomia organizzativa e decisionale, assicurano [solo] l'applicazione di criteri di semplificazione, efficacia, trasparenza, non discriminazione e tutela dell'ambiente”.

I notevoli passi avanti fatti registrare dal nostro Paese nell'ultimo anno non possono, tuttavia, far velo all'esistenza di persistenti criticità: emblematico in tal senso è il caso di Open Fiber S.p.A., società oggi partecipata per il 60% da CDP Equity S.p.A. (Gruppo Cassa Depositi e Prestiti) e quindi a controllo pubblico, attiva solo come operatore infrastrutturale *wholesale* e aggiudicataria di numerosi lotti del “Piano BUL” per le zone cd. bianche e grigie, ma in forte ritardo sulle *milestones* del Piano e del PNRR, oltre che gravata da pesanti passività registrate nel conto economico degli ultimi bilanci di esercizio. Problemi che possono ovviamente compromettere parte della Strategia nazionale, esponendo il Paese al rischio di perdere fondi PNRR.

<sup>143</sup> Il 27 gennaio 2022 la Commissione ha approvato il regime di aiuti di Stato relativo al “Piano Italia a 1 Giga” (nota *prot.* n. DTD\_PNRR-1762P). Alla fine del 2022 sono state aggiudicate le gare relative a 14 dei 15 lotti (non anche quella relativa al lotto n. 15): ne dà conto la Corte dei conti, delibera 22 novembre 2022, n. 18/CACC, 10 ss.

<sup>144</sup> Su cui cfr. S. DEL GATTO, *Le infrastrutture per la banda ultra larga e il piano per la copertura delle zone a fallimento di mercato*, cit., 67 ss.

<sup>145</sup> Sulle finalità di riduzione dei “divari territoriali” e sugli ambiti di intervento del PNRR in favore delle aree economicamente depresse, v. tra gli altri S. STAIANO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2021, IV ss.; A. BARONE, *Il tempo della perequazione: il Mezzogiorno nel PNRR*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2, 2021, 7 ss.; R. GALLIA, *Il Pnrr e la perequazione infrastrutturale*, in *Riv. giur. mezz.*, n. 4, 2021, 1035 ss.; A. BARONE, F. MANGANARO, *PNRR*

le aree del Paese in un settore da cui dipende ormai in misura rilevante il complessivo grado di sviluppo dei territori<sup>146</sup>. Al contempo, sempre nell'ottica di coniugare solidarietà ed investimenti nel tessuto produttivo, vengono confermate e potenziate misure come il “Piano voucher” per agevolare l'acquisto di servizi di connettività veloce<sup>147</sup>.

Quanto alle reti di proprietà privata, per favorirne la rapida realizzazione si avvia un'intensa fase di riforme dirette a semplificare e accelerare il rilascio dei titoli abilitativi agli operatori; è tuttavia proprio il continuo susseguirsi di interventi del legislatore statale nell'ultimo triennio a testimoniare la difficoltà di pervenire ai risultati sperati.

Già il decreto Semplificazioni 2020<sup>148</sup> (art. 38, commi 1-5) aveva introdotto a regime un'attenuazione dei vincoli posti dalla disciplina urbanistico-edilizia e

---

e *Mezzogiorno*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2022, 148 ss.; F. MANGANARO, *Osservazioni sulla questione meridionale alla luce del PNRR e del regionalismo differenziato*, in *Nuove auton.*, n. 2, 2022, 395 ss. Sul punto si veda anche il doc. elaborato dal Servizio Studi della Camera dei deputati, *Il Mezzogiorno nel PNRR*, 22 settembre 2022, consultabile al link [https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1284711.pdf?\\_1667247261262](https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1284711.pdf?_1667247261262).

<sup>146</sup> Cfr. A. CLARONI, *Mezzogiorno, banda larga e divario digitale. Profili normativi e questioni aperte*, in *Riv. giur. mezz.*, n. 1, 2021, 215 ss.

<sup>147</sup> La misura del “Piano Voucher” per le imprese era stata già prevista dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, conv. con l. 21 febbraio 2014, n. 9 (in G.U. 21 febbraio 2014, n. 43, 56 ss.): “[a]l fine di favorire la digitalizzazione dei processi aziendali e l'ammmodernamento tecnologico delle micro, piccole e medie imprese (...), sono adottati interventi per il finanziamento a fondo perduto, mediante Voucher di importo non superiore a 10.000 euro (...) concessi ad imprese per acquisto di software, hardware o servizi che consentano il miglioramento dell'efficienza aziendale, la modernizzazione dell'organizzazione del lavoro, tale da favorire l'utilizzo di strumenti tecnologici e forme di flessibilità, tra cui il telelavoro, lo sviluppo di soluzioni e-commerce, la connettività a banda larga e ultralarga”. Essa ha tuttavia trovato scarsa applicazione fino al 2020, quando è stata finanziata a valere sulle risorse FSC (relative al periodo di programmazione 2014-2020) e configurata quale misura di sostegno alla domanda di connettività delle PMI, mediante incentivi per abbonamenti internet ad alta velocità di durata pari a 18 o 24 mesi. Dopo la prima finestra attuativa, nel corso della fase acuta dell'emergenza pandemica, il Piano è stato incluso nella nuova Strategia BUL, rifinanziato (sempre a valere su fondi europei) per complessivi 600 milioni ed esteso anche ai professionisti: v. il d.m. MISE 23 dicembre 2021, relativo al “Piano voucher fase due – Imprese” (in G.U. 9 febbraio 2022, n. 33, 27 ss.), modificato dal d.m. MISE 27 aprile 2022 (in G.U. 19 maggio 2022, n. 116, 14 ss.), che lo ha esteso anche ai professionisti; la misura è stata valutata compatibile con l'art. 107, par. 3, TFUE con Decisione della Commissione C(2021)9549 del 15 dicembre 2021. I potenziali beneficiari possono richiedere il voucher ad uno qualsiasi degli operatori accreditati, fino a esaurimento delle risorse stanziare e, comunque, non oltre il 15 dicembre 2022 (ma appare probabile la misura sarà rifinanziata per almeno un'ulteriore finestra nel 2023).

Un beneficio analogo (ma con diverso meccanismo attuativo e, soprattutto, finalità) – cd. “Voucher famiglie” – è destinato a persone fisiche e famiglie a basso reddito: se ne dirà *infra*, §6., spec. nota 229.

<sup>148</sup> D.l. luglio 2020, n. 76, conv. con l. 11 settembre 2020, n. 120 (in G.U. 14 settembre 2020, S.O. n. 228, 34 ss.).

da quella in materia di patrimonio culturale<sup>149</sup>, nonché, come si vedrà *infra*, §4., disposto un parziale “disarmo” degli enti locali sul fronte delle competenze di localizzazione degli impianti previste dalla legge quadro sull’inquinamento elettromagnetico.

L’art. 40 del decreto Semplificazioni-*bis* 2021<sup>150</sup> – primo intervento di rango primario attuativo del PNRR – ha poi previsto “Semplificazioni del procedimento di autorizzazione per l’installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica” e specifiche misure di “agevolazione per l’infrastrutturazione digitale degli edifici e delle unità immobiliari”, modificando il Codice delle comunicazioni elettroniche (commi 1-3) e introducendo rilevanti deroghe al d.lgs. n. 33/2016, al Codice dei beni culturali e ai regolamenti degli enti locali fino al 31 dicembre 2026 (commi 4-5). Su questo versante, il “nuovo” Codice delle comunicazioni elettroniche “riscritto” dal d.lgs. n. 207/2021 (v. *supra*, §2.) ha recepito lo stato dell’arte (non le predette *sunset provisions*, che vengono mantenute fuori dal *corpus* codicistico, ma che, ancorché anteriori ad esso, devono per ragioni di ordine logico-sistematico, abbinate al criterio di specialità, ritenersi in vigore fino alla data prevista), confermando in particolare – per gli interventi non soggetti a SCIA o CILA – la centralità dell’istituto del silenzio assenso ove non vengano in rilievo interessi cd. sensibili<sup>151</sup>.

Ulteriori disposizioni sono state introdotte nel corso del 2022 per favorire il dispiegamento di reti a banda ultralarga<sup>152</sup>. La legge annuale per il mercato e

<sup>149</sup> F. COSTANTINO, *Impresa e pubblica amministrazione: da Industria 4.0 al decreto Semplificazioni*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2020, 892, nt. 63: «Il Decreto si occupa in particolare di reti elettroniche, banda larga e 5G, e va ad integrare le misure emergenziali adottate nel cd. Decreto Cura Italia (...). Sono stati in particolare ridotti i termini per il rilascio delle autorizzazioni per l’installazione di infrastrutture di rete e per le istanze di occupazione del suolo pubblico (con l’eliminazione in questo secondo caso anche di alcuni pareri)». Sul punto, v. anche C. MEOLI, L. SALTARI, *Le infrastrutture e le reti di comunicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 2020, 746 ss.

<sup>150</sup> D.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. con l. 29 luglio 2021, n. 108 (in G.U. 30 luglio 2021, n. 181, S.O. n. 26, 38 ss.).

<sup>151</sup> Cfr. ora l’art. 46, co. 10, d.lgs. n. 259/2003 (già art. 87, co. 9, ante d.lgs. n. 207/2021). Come affermato dalla giurisprudenza, “[l]ale norma rappresenta una fattispecie procedurale di carattere speciale che esclude l’applicazione della normativa di carattere generale di cui al DPR 380/2001 e ‘assorbe in sé e sintetizza anche la valutazione edilizia che presiede al titolo’ (Cons. St. n. 1887/2018) ed esprime la volontà del legislatore di concludere il procedimento in un termine breve, per l’evidente favore che assiste il sollecito rilascio delle autorizzazioni relative alle infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici”: Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2021, n. 666, §8.1 (in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Sul punto, anche per l’analisi critica della portata restrittiva che la giurisprudenza attribuisce a questa (speciale) ipotesi di silenzio assenso (sotto il profilo delle condizioni per la formazione del silenzio), cfr. E. BOSCOLO, *Il silenzio-assenso in materia di telecomunicazioni*, in *Giur. it.*, nn. 8-9, 2021, 1928 ss.; L. MURGOLO, *L’arduo assenso tacito alle infrastrutture di telefonia mobile*, in *Urb. app.*, n. 3, 2021, 361 ss.

<sup>152</sup> In particolare, l’art. 7-*septies* d.l. 21 marzo 2022, n. 21, conv. con l. 20 maggio 2022, n. 51 (in G.U. 20 maggio 2022, n. 117, 109 ss.), ha stabilito che per l’installazione di alcune infrastrutture fisiche non è necessario produrre la documentazione tecnica relativa alle emissioni elettromagnetiche. Ulteriori norme di semplificazione sono state introdotte dal già citato art. 32 d.l. n. 36/2022,

la concorrenza 2022<sup>153</sup> ha previsto, tramite modifiche al citato d.lgs. n. 33/2016, ulteriori semplificazioni delle procedure per la realizzazione di infrastrutture di nuova generazione e per il “coordinamento” degli operatori negli interventi di realizzazione delle reti in fibra ottica, diretto tra l’altro ad evitare l’inutile duplicazione di opere di genio civile e a favorire la condivisione dei costi di realizzazione tra gli operatori<sup>154</sup>.

Risulta così evidente come l’obiettivo dell’infrastrutturazione digitale del Paese, pur avendo quali suoi “naturali” referenti i territori<sup>155</sup>, sia caratterizzato da un ruolo preminente dello Stato: gli interventi normativi e le iniziative messe in campo per realizzare tale obiettivo riflettono un nuovo centralismo, pur sulla carta declinato in un’ottica di coordinamento e collaborazione e non di gerarchia<sup>156</sup>, finalizzato a garantire sull’intero territorio nazionale i livelli essenziali di una prestazione – l’accesso ad internet veloce – divenuta ormai imprescindibile.

---

tra cui il divieto di oneri ulteriori per la modifica o spostamento di opere o impianti necessari per ragioni di viabilità o realizzazione di opere pubbliche (lett. *c-bis*) e le semplificazioni per lavori di scavo per la realizzazione delle reti a banda ultralarga, esentate dalla valutazione di incidenza (lett. *c-ter*); nonché dall’art. 30-*bis* d.l. 17 maggio 2022, n. 50, conv. con l. 15 luglio 2022, n. 91 (in G.U. 15 luglio 2022, n. 164, 81 ss.), che ha esteso la possibilità di esproprio prevista dal Codice delle comunicazioni elettroniche anche agli impianti ed opere già realizzati su beni immobili che siano detenuti dagli operatori in virtù di contratti privati. Per un quadro degli ultimi interventi legislativi per favorire l’infrastrutturazione 5G v. il doc. realizzato dal Servizio Studi della Camera dei deputati, *La banda ultralarga, il 5G e le comunicazioni elettroniche*, 5 agosto 2022, consultabile qui: <https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1104721.pdf>. Si segnala, infine, che ulteriori misure di semplificazione per la realizzazione delle infrastrutture di banda ultralarga sono contemplate nello schema di “decreto PNRR 3”, approvato dal Consiglio dei Ministri il 16 febbraio 2023 (21), prog. art. 20, commi 4-11 (testo consultabile qui: <https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-21/21834>, e spec. 43 ss. della Relazione illustrativa per le disposizioni richiamate).

<sup>153</sup> L. 5 agosto 2022, n. 118 (in G.U. 18 agosto 2022, n. 108, 1 ss.).

<sup>154</sup> Si veda il Capo VI della l. n. 118/2022, “Concorrenza, sviluppo delle infrastrutture digitali e servizi di comunicazione elettronica”, in particolare gli artt. 22-23.

<sup>155</sup> Già S. GRAHAM, S. MARVIN, *Telecommunications and the city: electronic spaces, urban places*, Londra-New York, 1996, 89 ss. evidenziavano come la “*natural sovereignty of municipalities over the urban space*” fosse tuttavia destinata, nel campo delle reti di comunicazione elettronica, a cedere inesorabilmente il passo a esigenze di promozione e regolazione uniforme di livello nazionale o sovranazionale. Un fenomeno che, come visto *supra*, §1.1, è “proprio” alla storia del nostro ordinamento fin dagli inizi del solo scorso, nonostante l’ovvia e ineliminabile – almeno all’attuale stadio delle tecnologie – dimensione “locale” delle reti e di parte del relativo mercato, anche “all’ingrosso”: cfr. P. SERDENGECI, A. DIANA, *L’accesso alla rete locale (Il mercato delle comunicazioni elettroniche)*, cit., 215 ss.

<sup>156</sup> Oltre a quanto si dirà nel successivo §4. in riferimento all’art. 8 d.lgs. n. 259/2003 e al “metodo PNRR”, tale aspetto è di particolare evidenza nei rapporti con le Regioni: si pensi, a titolo solo esemplificativo, al fatto che la realizzazione della “rete pubblica nazionale” per le cd. “aree bianche”, ossia a fallimento di mercato, si fonda sull’accordo tra Stato e Regioni siglato l’11 febbraio 2016 tra MISE, Presidenza del Consiglio e Regioni, seguito da appositi accordi di programma (consultabili qui: <https://bandaultralarga.italia.it/aree-bianche/accordi-con-le-regioni/>) per l’attuazione dei *target* finanziati dai fondi nazionali FSC e da quelli europei FESR e FEASR.

Del resto, il rafforzato “protagonismo” statale nel settore è consacrato sul piano normativo in numerose disposizioni introdotte negli ultimi anni, che hanno sancito il ruolo del Governo quale “perno” delle iniziative per la diffusione delle tecnologie digitali nel Paese<sup>157</sup>, frutto dell’acquisita consapevolezza della loro inerenza trasversale ai livelli essenziali delle prestazioni (e non al solo parametro competenziale della concorrenza<sup>158</sup>), ma anche della loro rilevanza strategica nella competizione economica globale e geopolitica: si pensi al recente ampliamento dei *golden powers*<sup>159</sup>, con l’inclusione tra le infrastrutture e *asset*

<sup>157</sup> Già l’art. 47, co. 1, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, conv. con l. 4 aprile 2012, n. 5 (in G.U. 6 aprile 2012, n. 82, S.O. n. 69, 1 ss.) affidava al Governo il compito di realizzare “azioni coordinate dirette”, oltre che allo sviluppo di servizi digitali della pubblica amministrazione (v. *infra*, nota 160), “a potenziare l’offerta di connettività a larga banda, a incentivare cittadini e imprese all’utilizzo di servizi digitali e a promuovere la crescita di capacità industriali adeguate a sostenere lo sviluppo di prodotti e servizi innovativi”. La *governance* statale dei processi di promozione dell’innovazione digitale si è poi notevolmente rafforzata nel periodo che precede e segue l’avvento della pandemia. Anzitutto, l’art. 8, co. 1-ter, d.l. n. 135/2018, cit., ha disposto (a partire dal 2020) il “rientro” presso la Presidenza del Consiglio – e quindi presso il Ministero “delegato” (MITD) e il relativo Dipartimento di supporto (DTD) – delle funzioni e dei compiti attribuiti in precedenza al Commissario straordinario per l’attuazione dell’Agenda digitale italiana, prevedendo che “per lo sviluppo e la diffusione dell’uso delle tecnologie tra cittadini, imprese e pubblica amministrazione, il Presidente del Consiglio dei ministri, o il Ministro delegato, individua, promuove e gestisce mediante la competente struttura per l’innovazione della Presidenza del Consiglio dei ministri progetti di innovazione tecnologica e di trasformazione digitale di rilevanza strategica e di interesse nazionale”. Più di recente, poi, l’art. 8 d.l. 1 marzo 2021, n. 22, conv. con l. 22 aprile 2021, n. 55, ha introdotto nell’art. 5, co. 3, della legge sull’ordinamento del Governo (l. n. 400/1998) la lett. b-bis), alla luce delle quale il Presidente del Consiglio, direttamente o conferendo delega ad un ministro (fino alla XVIII legislatura, il MITD), “promuove, indirizza, coordina l’azione del Governo nelle materie dell’innovazione tecnologica, dell’attuazione dell’agenda digitale italiana e europea, della strategia italiana per la banda ultralarga, (...) nonché della trasformazione, crescita e transizione digitale del Paese, in ambito pubblico e privato, (...), della connettività, delle infrastrutture digitali materiali e immateriali e della strategia nazionale dei dati pubblici”. Il co. 2 dello stesso art. 8 d.l. n. 22/2021 ha, inoltre, istituito il Comitato interministeriale per la transizione digitale. Nessuna particolare conseguenza, ai fini che qui preme evidenziare, ha la scelta del nuovo Governo insediatosi con l’inizio della XIX legislatura (scelta senz’altro in controtendenza rispetto al recente passato e agli altri Paesi europei) di non “confermare” il Ministero della transizione digitale e di riassorbire alla Presidenza del Consiglio le deleghe prima conferite al (soppresso) MITD, assegnandole ad un sottosegretario di Stato alla stessa Presidenza del Consiglio.

<sup>158</sup> È appena il caso di ricordare una volta di più che, a dispetto dell’elevato grado di dettaglio della disciplina statale contenuta nel Codice delle comunicazioni elettroniche e nelle leggi di settore a cui si è fatto riferimento (dettaglio più o meno giustificato dai parametri competenziali trasversali della concorrenza e dei LEP), l’“ordinamento delle comunicazioni” è materia di competenza legislativa concorrente (art. 117, co. 3, Cost.).

<sup>159</sup> Sul punto, tra gli altri, V. DONATIVI, *Il rafforzamento dei poteri speciali dello Stato (“golden powers”) nella legislazione di emergenza*, in S. RANDAZZO, R. MARTINO, V. DONATIVI, A. PANZAROLA, L. LAURETI (a cura di), *Il diritto di fronte all’emergenza*, Napoli, 2020, 77 ss.; A. SACCO GINEVRI, *I golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in *Giur. comm.*, n. 2, 2021, 282 ss.; F. MARCONI, *L’intervento pubblico nell’economia e il mutevole ruolo dello Stato*, cit., 39 ss.; R. TUCCILLO, *La tutela dell’interesse pubblico nell’era digitale: assets strategici e golden power*, in R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE,

strategici che abilitano l'intervento del Governo proprio delle reti 5G (insieme all'intelligenza artificiale e alle tecnologie di *cybersecurity*)<sup>160</sup>. Sotto altro profilo, indubbiamente connesso, il ruolo trainante e sempre più "precettivo" dello Stato (e della sua legislazione) nei confronti delle autonomie locali si manifesta anche sul piano della digitalizzazione dell'attività amministrativa e del progressivo ampliamento dell'offerta di "servizi digitali pubblici" ai cittadini<sup>161</sup>.

---

S. PREZIOSI, M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, mercato, amministrazione, giustizia*, Milano, 2022, 567 ss.; A. LALLI, *Effetti istituzionali e strutturali dell'espansione dei golden powers*, in *Dir. cost.*, n. 2, 2022, 101 ss.; S. DE NITTO, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2022, 553 ss.; A. SANDULLI, *La febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2022, 743 ss.; e sul 5G in particolare, M. CUNDARI, *Sviluppi, problematiche e questioni emerse con l'arrivo del 5G*, cit., 18 ss. (ma per un quadro aggiornato al 2022 v. la nota successiva).

<sup>160</sup> Tra i settori strategici che abilitano il Governo all'esercizio del *golden power*, secondo le norme del d.l. n. 21/2012, sono infatti ora compresi anche la banda larga 5G (decreto cd. Brexit n. 22/2019), l'intelligenza artificiale, la robotica, la *cybersecurity* ecc. (decreto – cd. Sicurezza cibernetica – n. 109/2019), che ha esteso il *golden power* alle società attive nei settori di cui all'art. 4, par. 1, lett. a), b), c), d) ed e) Reg. (UE) n. 2019/452 (tra gli altri, energia, trasporti, acqua, salute, sicurezza alimentare, accesso a informazioni sensibili, intelligenza artificiale, robotica, semiconduttori, cibersicurezza, nano- e biotecnologie). Si è così data attuazione anticipata al Reg. (UE) n. 2019/452. Ulteriori modifiche in materia di *golden power* e settori strategici sono state introdotte dalle disposizioni del Capo III del d.l. n. 23/2020, aventi tuttavia ad oggetto attività non strettamente connesse alle tecnologie digitali. Il d.P.C.M. 18 dicembre 2020, n. 179 ha poi individuato i beni e i rapporti "di rilevanza strategica per l'interesse nazionale" ulteriori rispetto a quelli già individuati con precedenti regolamenti: cfr. spec. l'art. 9 sui settori dell'intelligenza artificiale, della robotica e della *cybersecurity* (fra i quali sono incluse le "tecnologie critiche" relative alla *blockchain*, alla *big data analytics* e ai *chatbot*). Nuove modifiche, stavolta riguardanti proprio le reti 5G, sono disposte dall'art. 28 d.l. n. 21/2022 (cd. decreto Ucraina), cit., che ha interamente riscritto l'art. 1-bis l. n. 21/2012, disposizione introdotta dal d.l. 25 marzo 2019, n. 22, conv. con l. 20 maggio 2019, n. 41 (in G.U. 24 maggio 2019, n. 120, 1 ss.) che disciplina, appunto, l'esercizio dei "poteri speciali inerenti alle reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G": alla luce della recente modifica, che ha notevolmente ampliato e rafforzato i poteri in esame, l'impresa che stipuli accordi aventi ad oggetto l'acquisizione di beni o servizi relativi alla progettazione, realizzazione, manutenzione e gestione delle reti a banda larga 5G, o acquisisca componenti ad alta intensità tecnologica a ciò funzionali, deve notificare al Governo un dettagliato piano annuale, che può essere approvato, anche con imposizione di prescrizioni o condizioni, o, se ciò non risulti sufficiente ad assicurare la tutela dell'interesse nazionale, secondo criteri di proporzionalità e adeguatezza, non essere approvato, in tutto o in parte, con conseguente "veto" all'operazione.

<sup>161</sup> Il riferimento è ai "servizi" *on line* (art. 1, co. 1, lett. *n-quater* C.A.D.) e digitali (art. 7 C.A.D.) delle amministrazioni, inclusi quelli previsti anche da talune discipline di settore, oltre che ai servizi cd. "abilitanti", ossia SPID (art. 64 C.A.D.), PagoPA (art. 5 C.A.D.) e appIO (art. 64-bis C.A.D.). Sul punto, cfr. A. MASUCCI, *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative. Disciplina giuridica e riflessi sull'azione amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2003, 991 ss.; ID., *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici online. Lineamenti del disegno normativo*, in *Dir. pubbl.*, n. 1, 2019, 117 ss.; G. CAMMAROTA, voce *Servizi in rete della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. V, Torino, 2012, 616 ss.; ID., *Servizi pubblici online*, in G. CAMMAROTA, P. ZUDDAS (a cura di), *Amministrazione elettronica. Caratteri, finalità, limiti*, Torino, 2020, 55 ss.; C. BATINI, *Un'introduzione ai servizi di «Government»*,

#### 4. *Il ruolo dei Comuni nell'infrastrutturazione digitale: l'autonomia locale come antagonismo di interessi*

Il forte interventismo statale fin qui descritto ha inevitabilmente compreso alcuni spazi che, secondo il disegno costituzionale del Titolo V, sarebbero in astratto riservati alla funzione locale (o perlomeno attratti alla legislazione regionale), generando una qualche conflittualità. Tendenza che, su un piano più generale, si è manifestata paradigmaticamente nel corso della pandemia, in cui il fondamentale ruolo di garanzia dell'unità dell'ordinamento del Governo ha imposto significative ingerenze sulle diverse realtà territoriali, talvolta venendo in aperto conflitto con alcune le rivendicazioni dei Comuni<sup>162</sup>; un fenomeno in sé fisiologico entro certi limiti, connaturale alla forma di stato che configura l'autonomia come un principio (costituzionale) “a geometrie variabili”, sensibile alle fasi storiche e alle circostanze esterne che possono rimodulare la dimensione degli interessi pubblici in gico<sup>163</sup>.

Nell'ambito degli interventi per le infrastrutture di reti TLC, come visto, la tendenza appena segnalata si è manifestata con particolare intensità, puntando in

---

in *Amministrare*, XLII, n. 1, 2013, 37 ss.; B. MARCHETTI, voce *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir.*, vol. III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, spec. 90 ss.; B. BOSCHETTI, *La transizione della pubblica amministrazione verso il modello Government as a platform*, in A. LALLI (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Torino, 2022, 1 ss.; e da ultimo, con ricchi spunti di classificazione ed inquadramento dogmatico di tali “servizi”, il lavoro monografico di G. CARULLO, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Napoli, 2022, *passim* e spec. 4 ss., 67 ss. La tendenza segnalata nel testo si è manifestata, in particolare, nella previsione dell'obbligatoria adesione di tutte le amministrazioni – comprese quelle locali – alle piattaforme digitali pubbliche nazionali, con le modifiche introdotte nel C.A.D. dal d.l. n. 76/2020 e dal d.l. n. 77/2021; adesione facilitata da appositi finanziamenti a valere sulle risorse del PNRR, Missione 1, Misura 1.4.1. relativa all'Investimento 1.4 (“Servizi digitali e cittadinanza digitale”), i cui avvisi pubblici sono stati emanati nel corso del 2022.

<sup>162</sup> A titolo solo esemplificativo, si pensi all'ordinanza del Sindaco di Messina emanata, durante la “prima ondata”, ai sensi dell'art. 50, co. 5, TUEL, che limitava l'attraversamento dello Stretto imponendo a chiunque intendesse giungere in Sicilia dal Porto di Messina l'obbligo di registrarsi su un portale almeno 48 ore prima della partenza; ordinanza che è stata annullata dal Governo, previo parere favorevole del Consiglio di Stato (sez. I, 7 aprile 2020, n. 735, con nota critica di A. RUGGIERI, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello stretto di Messina*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2020, 224 ss.), con il potere di annullamento straordinario ai sensi degli artt. 138 TUEL e 2, co. 3, lett. p), l. n. 400/1988. Sulla vicenda, anche per gli ulteriori riferimenti, V. DI CAPUA, *Il potere governativo di annullamento straordinario e il mito della Fenice*, in *Dir. econ.*, n. 1, 2021, spec. 249 ss.

<sup>163</sup> Su questi aspetti, per tutti, v. G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3, 2020, 318 ss.; ID, *Gli spazi mobili dell'autonomia nell'ordinamento locale italiano*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2020, 645 ss.; F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato-Regioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2020, 333 ss. Il problema della “dimensione degli interessi” quale fondamento del riparto di attribuzioni fra Stato e (altri) enti territoriali politici è stato al centro di un vivace dibattito, specie negli anni '70-'80, di cui dà conto I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, cit., 57 ss.

sostanza i ripetuti interventi del legislatore statale ad introdurre «un sistema di regole e protocolli non opponibili dagli enti locali»<sup>164</sup>. Anche in un contesto così caratterizzato, tuttavia, l'autonomia locale ha espresso una “forza di reazione” rivendicando un ruolo di protezione di interessi pubblici potenzialmente confliggenti con quelli sottesi alle politiche statali di infrastrutturazione digitale. Emblematiche in tal senso sono le vicende relative all'applicazione della disciplina quadro sull'inquinamento elettromagnetico<sup>165</sup>, che come noto riserva allo Stato la determinazione dei valori-soglia di esposizione e degli obiettivi di qualità (art. 4, co. 1)<sup>166</sup>.

L'art. 8 della l. n. 36/2001 attribuisce alle Regioni “l'esercizio delle funzioni relative all'individuazione dei siti di trasmissione e degli impianti per telefonia mobile”<sup>167</sup>, mentre consente ai Comuni di adottare un apposito regolamento per assicurare l'ordinato insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici<sup>168</sup>. Un'operazione

<sup>164</sup> P. TANZARELLA, *L'accesso a Internet è fondamentale, ma è davvero un diritto (fondamentale)?*, cit., 45-46, in particolare richiamando il cd. “Piano Colao” (v. *supra*, §3).

<sup>165</sup> Legge 22 febbraio 2001, n. 36 (in G.U. 7 marzo 2001, n. 55, 14 ss.).

<sup>166</sup> Sul punto, per tutti, v. G. FIGUERA, *La localizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica*, Acireale (CT), 49 ss.

<sup>167</sup> Sulle competenze regionali in materia di inquinamento elettromagnetico non si pongono particolari problemi, essendo state precisate da tre non recenti (ma ben note anche ad altri fini) pronunce della Corte costituzionale (nn. 307 e 331/2003 e 103/2006), sulle quali cfr. F. DE LEONARDIS, *La Corte Costituzionale sulla necessità degli impianti di telecomunicazione*, *Foro amm. – CdS*, II, 2003, 2811 ss.; R. CHIEPPA, *L'ambiente tra principio di precauzione e nuove tecnologie: inquinamento elettromagnetico e installazione delle infrastrutture di comunicazione*, in *RSSEF*, nn. 8-9, 2004, 128 ss.; M. CERUTI, *La Corte Costituzionale detta il “decalogo” della buona legge regionale in materia di inquinamento elettromagnetico sulla base dell'inderogabilità (anche in melius) dei valori soglia statali*, in *Riv. giur. amb.*, n. 2, 2004, 258 ss.; M. MIGLIORANZA, *Inquinamento elettromagnetico e limiti alle competenze regionali, standard di protezione nazionale e legalità sostanziale*, in *Foro it.*, n. 5, 2004, 1371 ss.; M.A. MAZZOLA, *Inquinamento elettromagnetico e ripartizione della potestà legislativa tra Stato e Regioni*, in *Riv. giur. amb.*, n. 5, 2006, 682 ss.; E. BOSCOLO, *La riattribuzione di spazi al governo del territorio nella localizzazione degli impianti di telefonia mobile*, in *Urb. app.*, n. 1, 2008, 40 ss.; N. PIGNATELLI, *Inquinamento elettromagnetico e telefonia mobile: il riparto di competenze (costituzionali e amministrative)*, in *Giurisd. amm.*, n. 1, 2010, 173 ss.; R. DI PACE, *Inquinamento elettromagnetico*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. Ferrara e M.A. Sandulli, vol. II, Milano, 2014, 770 ss.; G. FIGUERA, *op. ult. cit.*, 92 ss.

<sup>168</sup> Sul punto, anche per riferimenti all(a rilevanza del) principio di precauzione *in subjecta materia*, si vedano, tra gli altri, G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2004, 1075 ss.; F. FONDERICO, *Tutela dall'inquinamento elettromagnetico e amministrazione “precauzionale”*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3, 2004, 335 ss., e in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, nn. 3-4, 2004, 907 ss.; M. ZUCCHERETTI, *Inquinamento elettromagnetico: ripartizione dei poteri e sua disciplina*, in *Riv. giur. ed.*, n. 2, 2004, 663 ss.; G.D. COMPORI, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. giur. amb.*, n. 2, 2005, 215 ss.; P. PORTINARI, *Il potere statutario e regolamentare comunale in materia di inquinamento elettromagnetico*, in *NRLDG*, nn. 11-12, 2005, 1315 ss.; *Id.*, *La pianificazione territoriale sovracomunale in materia d'inquinamento elettromagnetico*, in *NRLDG*, n. 5, 2006, 673 ss.; F. CASOLARI, *Politiche precauzionali ed esposizione a campi elettromagnetici artificiali: modelli gestionali dell'inquinamento elettromagnetico nel diritto internazionale*



senz'altro complessa, posto che, come affermato più volte dalla giurisprudenza amministrativa, la legge non consente ai Comuni di vietare *tout court* l'installazione delle reti né di vietarne l'installazione in aree genericamente individuate, dovendo questi individuare una possibilità di installazione alternativa e verificare, attraverso un confronto con gli operatori, che tale collocazione alternativa sia per loro sostenibile dal punto di vista economico e tecnico<sup>169</sup>.

Per “aggirare” tale ostacolo laddove ritenevano che gli insediamenti infrastrutturali potessero esporre a rischio la salute delle comunità residenti, i Comuni (*i.e.*, i sindaci) avevano negli ultimi anni adottato numerose ordinanze contingibili ed urgenti per vietare la realizzazione delle opere in questione (o inibirne la prosecuzione qualora si fosse formato, in base ai meccanismi di legge sopra richiamati, il relativo titolo autorizzatorio)<sup>170</sup>. Tali ordinanze, sempre annullate dal giudice amministrativo per difetto dei presupposti di urgenza di cui all'art. 54, co. 4, TUEL (il potenziale danno alla salute, derivante dall'esposizione ai campi elettromagnetici, non è infatti imminente), hanno comunque denotato un'interessante “vitalità” dell'autonomia locale in questo settore, seppur (*praeter legem* e) antagonista rispetto agli indirizzi della programmazione generale statale.

In questa nuova (ennesima) “tensione” fra centro e periferia è, in fondo, possibile cogliere il senso profondo – per certi versi pregiudiziale – della stessa autonomia territoriale, quale portatrice di istanze differenziate che possono anche porsi in senso antagonistico rispetto agli interessi che il livello di governo statale scelga o debba perseguire prioritariamente in un determinato momento storico<sup>171</sup>.

---

*e comunitario*, in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006, 381 ss.; F. MATTASSOGLIO, *Tutela della salute e inquinamento elettromagnetico: quale valore per i limiti legali?*, in *Foro it.*, nn. 7-8, 2007, 2125 ss.; R. VAIRA, *Aspetti urbanistico-edilizi dell'installazione degli impianti per la telefonia cellulare e forme di tutela degli interessi coinvolti*, in *Riv. giur. urb.*, n. 2, 2007, 88 ss.; C.M. GRILLO, M. FAVAGROSSA, *Profili giuridici in tema di inquinamento elettromagnetico*, in *Riv. giur. amb.*, n. 3, 2012, 377 ss.; P. BERTOLINI, *Principio di precauzione e localizzazione di impianti per la telefonia mobile*, in *Riv. giur. amb.*, nn. 3-4, 2014, 361 ss.; R. DI PACE, *Inquinamento elettromagnetico*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 770 ss.; G. MILO, *Localizzazione di infrastrutture per impianti di comunicazione elettronica e procedure autorizzatorie*, in *Giust.Amm.it*, n. 12, 2018, 1 ss.; e in particolare il già richiamato lavoro monografico di G. FIGUERA, *La localizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica*, cit., 23 ss. e 119 ss.

<sup>169</sup> Cons. St., sez. VI, 1 agosto 2017, n. 3853; Cons. St., sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 444; Cons. St., sez. VI, 3 agosto 2018, n. 4794; Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2019, n. 3679; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, 23 marzo 2021, n. 187; Cons. St., sez. VI, 2021, 11 gennaio 2021, n. 374 (in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)); ulteriori riferimenti ancor più recenti *infra*.

<sup>170</sup> Ne riferiscono ampiamente M. LEGGIO, *L'obsolescenza dell'ordinamento delle comunicazioni elettroniche alla prova delle nuove tecnologie: il caso del 5G*, in *Dir. econ.*, n. 1, 2021, spec. 349 ss.; P. OTRANTO, *La garanzia di accesso alla rete e la “città connessa”*, in *Riv. giur. ed.*, n. 3, 2021, 83 ss. (ove pure per la descrizione del contesto “politico” in cui le dette ordinanze sindacali furono adottate, spesso in correlazione ai movimenti di protesta e comitati locali “contro” il 5G).

<sup>171</sup> Già M.S. GIANNINI, voce *Autonomia pubblica (Teoria generale di diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, IV,

Come anticipato, però, lo slancio “pan-digitalizzante” della pandemia ha indotto il legislatore statale ad introdurre una specifica norma – l’art. 38, co. 6, decreto Semplificazioni 2020 – che ha escluso espressamente la possibilità per i Comuni di introdurre limitazioni alla localizzazione in aree generalizzate del territorio di stazioni radio per reti di comunicazione elettronica e, soprattutto, ha “in ogni caso” vietato loro “di incidere, anche in via indiretta o mediante provvedimenti contingibili e urgenti, sui limiti di esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, sui valori di attenzione e sugli obiettivi di qualità, riservati allo Stato”<sup>172</sup>. A ciò deve aggiungersi il già citato art. 40, co. 4, d.l. n. 77/2021, che consente gli interventi di posa in opera di infrastrutture a banda larga e ultralarga con la metodologia della microtrincea anche “in deroga ai regolamenti comunali” (il riferimento è qui, essenzialmente, ai regolamenti edilizi).

Una parte degli autori ha aspramente criticato tali interventi e molti degli altri di cui si è detto in precedenza, diretti a restringere le competenze comunali interferenti con la realizzazione degli impianti di rete: si è osservato che il legislatore statale, mosso dall’esigenza di facilitare il perseguimento delle proprie

---

Milano, 1959, 364-366, sosteneva che l’autonomia locale è proprio l’autonomia di indirizzo politico-amministrativo delle comunità locali, garantita fino al punto che può assumere un indirizzo “divergente” da quello statale: «Il tratto tipico dell’autonomia locale risiede nel fatto che l’organo fondamentale degli enti locali territoriali è il popolo in corpo elettorale e che conseguentemente essi derivano l’indirizzo politico-amministrativo non dallo Stato, ma dalla loro comunità, ossia dalla maggioranza della propria comunità. (...) In questo senso l’autonomia locale è autonomia politica, e gli enti locali hanno un potere di indirizzo politico-amministrativo, a differenza degli altri enti pubblici». Nello stesso senso, pregevoli le considerazioni di G. PALMA, *Indirizzo politico statale e autonomia comunale: tratti di una parabola concettuale*, Napoli, 1982, passim e spec. 176 ss., ove si parlava di “indirizzi politici locali” che si affiancano all’indirizzo centrale. Più di recente, tra molti, F. MANGANARO, *Il principio di autonomia*, in M. RENNA, F. SAIITA, (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 259 ss., cui si rinvia per l’accurata disamina dei principali snodi evolutivi del concetto, identifica l’autonomia istituzionale degli enti territoriali «nella capacità (...) di avere un autonomo indirizzo politico-amministrativo, individuando autonomamente gli interessi da perseguire» (262).

<sup>172</sup> Per effetto della novella, l’art. 8, co. 6, l. n. 36/2001 risulta così formulato: “I comuni possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l’esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici con riferimento a siti sensibili individuati in modo specifico, con esclusione della possibilità di introdurre limitazioni alla localizzazione in aree generalizzate del territorio di stazioni radio base per reti di comunicazioni elettroniche di qualsiasi tipologia e, in ogni caso, di incidere, anche in via indiretta o mediante provvedimenti contingibili e urgenti, sui limiti di esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, sui valori di attenzione e sugli obiettivi di qualità, riservati allo Stato ai sensi dell’articolo 4”. Sulla norma v. cenni anche in P. OTRANTO, *La garanzia di accesso alla rete e la “città connessa”*, cit., 85; M. CUNDARI, *Sviluppi, problematiche e questioni emerse con l’arrivo del 5G*, cit., 20-21; M. LEGGIO, *L’obsolescenza dell’ordinamento delle comunicazioni elettroniche alla prova delle nuove tecnologie*, cit., 351-352.

Deve ora segnalarsi che il già richiamato schema di “decreto PNRR 3”, approvato dal Consiglio dei Ministri il 16 febbraio 2023 (*supra*, nota 152), prevede un’ulteriore modifica dell’art. 8, co. 6, l. n. 36/2001, aggiungendo che il regolamento comunale è adottato “nel rispetto delle vigenti disposizioni di legge e, in particolare, degli articoli 43, 44, 45, 46, 47 e 48” del Codice delle comunicazioni elettroniche (prog. art. 20, co. 9).

finalità, stimolando di conseguenza gli investimenti privati, abbia di fatto eroso prerogative (amministrative) “tipiche” dei Comuni, con gravi perplessità non solo per l’attenuazione del controllo dal punto di vista edilizio, ma anche per la salute dei cittadini e la salubrità dell’ambiente, meglio valutabili secondo logiche di prossimità<sup>173</sup>. E si è aggiunto, da parte di altri, che quelle ordinanze dei sindaci, pur essendo illegittime, «avrebbero potuto anche essere lette e interpretate, anziché in una logica meramente “sovversiva”, in una logica di “collaborazione” con le altre istituzioni della Repubblica, in quanto dirette a sollecitare nuovi approfondimenti e nuovi interventi a livello statale»<sup>174</sup>.

Ad ogni modo, su un piano più generale resta un dato significativo posto in luce dalla giurisprudenza sopra richiamata (circoscritto, ma non eliso, dagli interventi del legislatore statale): la “persistente rilevanza del potere discrezionale comunale”, connessa alla potestà regolamentare di cui si è detto. Il regolamento *ex art. 8, co. 6, l. n. 36/2001* può, infatti, «introdurre e disciplinare, con riferimento all’esercizio del potere autorizzatorio comunale, elementi di discrezionalità amministrativa ulteriori rispetto alle indicazioni emergenti dalla legislazione statale»<sup>175</sup>. Ne deriva che la localizzazione degli impianti – a differenza dell’*an* della loro realizzazione – non può considerarsi del tutto libera o sottoposta a presupposti interamente vincolati dalla legge, ben potendo essere assoggettata dal regolamento comunale a valutazioni almeno in parte discrezionali, dirette a temperare i vari interessi pubblici e privati in gioco<sup>176</sup>. Inoltre, nella stessa (eventuale) indicazione di localizzazione alternativa, formulata in un contesto procedimentale “qualificato” dalla partecipazione degli operatori interessati, vengono in conto considerazioni che – trasponendo sul piano del singolo procedimento autorizzatorio la “logica” della “disciplina” regolamentare posta dallo stesso ente<sup>177</sup> – hanno

<sup>173</sup> F. GASPARI, *Infrastrutture tecnologiche, inquinamento elettromagnetico ed esclusione sociale tra principio di precauzione e omissioni legislative*, in *Pol. dir.*, n. 4, 2020, spec. 510 ss. e *passim*. Analoghe perplessità erano state espresse, con riferimento a precedenti interventi normativi dello stesso tipo, da G.D. COMPORTELLI, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell’inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, cit., 244-245.

<sup>174</sup> J. BERCELLI, *Poteri del Comune e localizzazione degli impianti di comunicazione elettronica. Equilibrio tra interessi, discrezionalità del potere, funzione organizzativa del procedimento*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2021, 12-13.

<sup>175</sup> *Ivi*, 15.

<sup>176</sup> Secondo la tradizionale impostazione gianniniana della discrezionalità amministrativa, che si assume qui (ancora) valida: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, poi ripreso in numerosi scritti dello stesso A., tra gli ultimi *Id.*, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 45 ss.

<sup>177</sup> Sulla potestà regolamentare comunale non è possibile soffermarsi in questa sede, ma è risaltante l’idea che essa esprima «frequente manifestazione di autonomia» dell’ente locale e che ne sia «comunemente accettata la natura normativa», quale «disciplina, in chiave di normazione di azione, dell’esercizio dei poteri amministrativi all’ente stesso attribuiti», posto che almeno in questa (classe di) ipotesi i regolamenti degli enti minori risultano «caratterizzarsi per la generalità e astrattezza» (AL. ROMANO, voce

inevitabilmente riguardo anche ai predetti interessi pubblici, che pure l'art. 8, co. 6, l. n. 36/2001 espressamente richiama. Il regolamento previsto da tale ultima disposizione può leggersi, infatti, quale strumento locale che concorre alla programmazione/pianificazione infrastrutturale di settore<sup>178</sup>, anche in funzione di

---

*Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, 1987, 35-36). Per la ricostruzione delle diverse posizioni in ordine al fondamento della potestà regolamentare locale, alla sua ampiezza e ai suoi rapporti con la legislazione statale e regionale, prima e dopo la riforma del Titolo V, cfr. A. CONTENTI, *Il potere normativo del Comune. I regolamenti comunali*, Sarzana (SP), 1970, *passim*; L. MAZZAROLLI, *Fonte-statuto e fonte-regolamento nella legge di riforma delle autonomie locali*, in *Dir. soc.*, n. 3, 1991, spec. 374 ss.; T. GROPPI, *Autonomia costituzionale e potestà regolamentare degli enti locali*, Milano, 1994, spec. 31 ss.; i contributi in A. PIRAINO (a cura di), *La funzione normativa di comuni, province e città nel nuovo sistema delle autonomie*, Atti del convegno di Trapani (3-4 maggio 2002), Palermo, 2002, e in particolare quelli di G.C. DE MARTIN, *La funzione statutaria e regolamentare delle istituzioni locali*, 142 ss., S. MANGIAMELI, *La funzione statutaria e regolamentare delle istituzioni locali*, 151 ss., I.M. MARINO, *La funzione statutaria e regolamentare delle istituzioni locali*, 177 ss.; C. CALVIERI, *Gli statuti ed i regolamenti degli enti locali tra riforma del titolo V e prossima revisione costituzionale*, in *Pol. dir.*, n. 4, 2004, 533 ss.; M. DI FOLCO, *La garanzia costituzionale del potere normativo locale. Statuti e regolamenti locali nel sistema delle fonti fra tradizione ed innovazione costituzionale*, Padova, 2007, *passim* e spec. 97 ss., 267 ss.; M.C. ROMANO, *Spazi e confini dell'autonomia regolamentare: i regolamenti dei comuni nell'art. 117, VI comma, Cost.*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2007, 851 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Problemi in tema di potestà normativa degli enti locali*, in *Ist. fed.*, n. 2, 2007, spec. 250 ss.; F. MERLONI, *Riflessioni sull'autonomia normativa degli enti locali*, in *Le Regioni*, n. 1, 2008, spec. 100 ss.; E. GIARDINO, voce *Regolamenti comunali*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. III, Torino, 2008, 741 ss.; L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2015, spec. 130 ss.; C. CORSI, *La potestà normativa degli enti locali nel progetto di riforma costituzionale*, in *Oss. fonti*, n. 2, 2016, spec. 13 ss.; D. NOCILLA, *A proposito di regolamenti comunali e di atti aventi contenuto normativo*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2016, 242 ss.; ampia è poi la produzione in tema di regolamenti comunali edilizi (la cui natura oggettiva resta tuttavia controversa), tributari e per la sicurezza urbana, oltre che su più recenti tipi regolamentari, come quelli per l'"amministrazione condivisa" (ad es., per l'affidamento in uso di particolari categorie di beni pubblici).

<sup>178</sup> Sulla programmazione in generale, qui per necessità indistinta dalla pianificazione (non solo per l'assenza di ricostruzioni largamente condivise che assegnino ai due concetti ambiti di rilevanza giuridica differenti, ma anche in considerazione della difficoltà di tenere nettamente distinti, anche in relazione alla potestà regolamentare comunale ex art. 8, co. 6, l. n. 36/2001, gli aspetti di programmazione [economica] "conformativa" del dispiegamento degli impianti di rete da quelli di pianificazione [urbanistica] "settoriale" del territorio che a questi si connettono), cfr. M.S. GIANNINI, voce *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 629 ss.; ID., *Il pubblico potere*, cit., 130 ss.; ID., *La programmazione come sistema giuridico*, in *Scritti*, vol. VI (1970-1976), Milano, 2005, 1088 ss.; M. CARABBA, voce *Programmazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 35 ss.; I.M. MARINO, *Sulla programmazione come «sistema giuridico»*, in *Dir. soc.*, n. 3, 1990, 427 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, 721 ss.; M. D'ORSOGNA, *Pianificazione e programmazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 4298 ss.; S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici dell'uso del territorio*, Torino, 2003, *passim*; N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna, 2007, *passim* e spec. il Cap. VI (79 ss.) sul settore TLC; F. BASSANINI, L. CASINI, C. IAIONE *et al.* (a cura di), *Programmazione, decisione e localizzazione degli impianti e delle infrastrutture strategiche. Proposte di riforma delle regole e delle procedure*, Roma, 2010, e spec. C. IAIONE, *La localizzazione degli impianti e delle infrastrutture strategiche: una rassegna critica dei procedimenti in vigore*, 57 ss., per gli aspetti (relativi al settore TLC) qui considerati; P.L. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*,

“conformazione” della successiva attività amministrativa<sup>179</sup> e quindi presupposto delle future decisioni puntuali<sup>180</sup>, e al tempo stesso quale strumento di governo (comunale) del territorio (e, forse, almeno indirettamente, dell’economia), rivolto ad assicurare che la “libera” iniziativa privata da assentire non si svolga in contrasto con i valori-limite dell’art. 41, co. 2, Cost.<sup>181</sup>, per come interpretati e invertei dall’ente con riferimento allo specifico territorio amministrato, beninteso nei limiti imposti dalla norma statale e nel rispetto delle scelte localizzative generali compiute, a monte, dalla Regione<sup>182</sup>.

Ecco che allora l’autonomia dell’ente locale si riespande, almeno in parte, trovando concreti spazi per affermarsi pur in una scena “dominata dalla staturalità”<sup>183</sup> e dalla liberalizzazione, ossia dalla convergenza tra interessi pubblici

---

Milano, 2012, 453 ss.; G.M. ESPOSITO, *Il governo delle programmazioni. Linee evolutive*, Bologna, 2019, *passim* (ma quest’ultimo in prospettiva parzialmente diversa da quella qui considerata).

Sulla dubbia natura “funzionale” del regolamento comunale di cui all’art. 8, co. 6, l. n. 36/2001 (prevale l’idea che si tratti di un atto normativo di pianificazione territoriale a carattere non strettamente urbanistico; idea che, come accennato nel testo, pur condivisibile, non ci sembra tuttavia idonea ad esaurirne ogni profilo finalistico), v. G. MANFREDI, *Regolamenti comunali sugli impianti di comunicazione e principio di legalità*, in *Urb. app.*, n. 11, 2006, 1287 ss.; R. DI PACE, *Inquinamento elettromagnetico*, cit., 2014, 776-777; G. FIGUERA, *La localizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica*, cit., 119 ss.

<sup>179</sup> F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2000, 79.

<sup>180</sup> R. DI PACE, *L’attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, n. 4, 2017, 647 ss.

<sup>181</sup> V. OTTAVIANO, *La regolazione del mercato*, I, *Principi costituzionali*, in *Scritti giuridici*, II, *Scritti in tema di diritto pubblico nell’economia*, Milano, 1992, spec. 86 ss., ove le scelte (e il metodo) di programmazione vengono indicate come strumenti atti a «compensare la ridotta generalità dei provvedimenti legislativi in materia economica, e ad evitare che le spinte particolaristiche, a cui sovente questi sono dovuti, agiscano solo in senso negativo», ed in tal modo la programmazione, «a prescindere dalla natura dello strumento», assume un «ruolo sussidiario» rispetto alla «riserva di legge» dell’art. 41, co. 3, Cost. Sul punto cfr. anche, tra gli altri, con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale, M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell’economia e la pianificazione economica nell’interpretazione dell’art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2008, 121 ss.

<sup>182</sup> Cons. St., sez. VI, 5 luglio 2022, n. 5591 (in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)), §11: “La legge quadro n. 36 del 2001 detta una disciplina volta a realizzare un equilibrio tra esigenze plurime, attinenti alla protezione ambientale, alla tutela della salute, al governo del territorio e alla diffusione sull’intero territorio nazionale della rete per le telecomunicazioni, in ragione del nesso di strumentalità tra impianti di ripetizione e diritti costituzionali di comunicazione. Il legislatore statale ha circoscritto la potestà pianificatoria dei Comuni, imponendo loro di dover dettare (in positivo) ‘criteri’ di localizzazione e non (in negativo) mere ‘limitazioni’ ostative. Lo stesso legislatore non ha inteso di certo conculcare l’autonoma capacità delle Regioni e degli enti locali di regolare l’uso del proprio territorio, tenendo conto della loro specifica morfologia e degli altri interessi indifferenziati ivi insistenti, sempreché tale potere regolamentare venga esercitato in modo da non frapporre ostacoli all’obiettivo della copertura dei servizi di comunicazione sul territorio e senza violare il principio della neutralità tecnologica”.

<sup>183</sup> L’espressione è quella, già richiamata *supra*, §2. (nota 63), di F. Rügge, che come visto in quella sede la riferiva all’intensificazione dell’intervento statale sul(le) reti del servizio telefonico, e alla conseguente obliterazione di prerogative comunali pure formalmente previste, agli inizi del secolo scorso: uno scenario, *mutatis mutandis*, non dissimile da quello – tutto contemporaneo – di cui si è detto in questo paragrafo.

di rilievo nazionale e interessi (economici) privati: ne sono strumenti “tipici” la discrezionalità – anche a monte “programmatoria”<sup>184</sup>, insita nella potestà di regolamentazione della localizzazione degli impianti – ed il metodo collaborativo, che si sostanzia nella partecipazione degli operatori ai procedimenti abilitativi e nel dovere di correttezza<sup>185</sup>, che impone al Comune di proporre sempre una collocazione possibile del futuro impianto<sup>186</sup>.

Non va per altro trascurato che, in questa materia, trova puntuale riconoscimento normativo anche nei rapporti fra i livelli di governo un principio di collaborazione, oggi previsto dall’art. 8 del “nuovo” Codice delle comunicazioni elettroniche (art. 5 ante d.lgs. n. 207/2021). Più in generale, la *governance* del PNRR, in attuazione del quale molti dei richiamati interventi statali “eccezionali” (i.e. ampiamente derogatori di preesistenti discipline ad applicazione locale) sono stati adottati, è sì caratterizzata da un forte ruolo di “regia” dello Stato<sup>187</sup>, ma le autonomie territoriali figurano quali “soggetti attuatori”, in un programma ispirato nel suo complesso al “metodo collaborativo”<sup>188</sup>, consacrato già in sede europea nei regolamenti *NextGenEU*<sup>189</sup>.

<sup>184</sup> R. DI PACE, *L’attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, cit., 669 ss., ove per l’inquadramento del concetto e per la distinzione, all’interno fenomeno dell’anticipazione delle scelte, tra attività di programmazione e attività di autovincolo (della discrezionalità).

<sup>185</sup> J. BERCELLI, *Poteri del Comune e localizzazione degli impianti di comunicazione elettronica*, cit., 1, 7-8, 16-17.

<sup>186</sup> Cons. St., sez. VI, 7 luglio 2021, n. 212 (in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)), relativa a un contenzioso tra Roma Capitale e un *carrier* avente ad oggetto il regolamento comunale di localizzazione degli impianti (giudizio nell’ambito del quale era stato peraltro sollevato rinvio pregiudiziale proprio in relazione all’art. 8, co. 6, l. n. 36/2001, dichiarato tuttavia irricevibile dalla Corte di Giustizia), §§8.1, 8.5, ove, nel solco della giurisprudenza già richiamata *supra*, si afferma che “*la disciplina regolamentare può stabilire anche divieti di installazione su ampie aree, purché ne sia possibile la localizzazione in aree alternative senza che ciò comporti difficoltà di funzionamento del servizio; è compito dell’amministrazione, nel confronto con gli operatori, garantire la corretta interpretazione, nei casi concreti, dei criteri stabiliti (...) Del resto solo il confronto tra le parti (...) può assicurare nel bilanciamento dei diversi interessi la pianificazione degli interventi e il corretto svolgimento dei procedimenti*”.

<sup>187</sup> Cfr. gli artt. 2, co. 3, e 3 d.l. n. 77/2021, cit., sulla nota “cabina di regia” per l’attuazione del PNRR, «*che delinea il ruolo delle Regioni e degli enti locali (Comuni) sotto la “regia” del Governo*» (A. MORRONE, *Per la Repubblica delle autonomie, in Europa, dopo la pandemia*, in *Ist. fed.*, n. 1, 2021, 76). Si vedano anche gli artt. 12 e 13 dello stesso d.l. n. 77/2021, che disciplinano, rispettivamente, i poteri sostitutivi e il meccanismo per il superamento dei dissensi, su cui cfr., anche per ulteriori riferimenti, C.B. CEFFA, *Il limitato ruolo delle autonomie territoriali nel PNRR: scelta contingente o riflesso di un regionalismo in trasformazione?*, in *Federalismi.it*, n. 24, 2022, spec. 64 ss. Per uno sguardo di sintesi, non senza riserve in punto di compatibilità con il principio autonomistico, v. anche M.C. CAVALLARO, *Dinamismo territoriale, coesione sociale e tutela dei diritti: il ruolo delle Regioni in tempo di crisi*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2, 2021, spec. 81 ss.

<sup>188</sup> Su questo modello, specie sul versante dell’intervento pubblico nell’economia, e sulla sua possibile (e auspicata) generalizzazione in futuro, v. per tutti E. BRUTI LIBERATI, voce *Industria*, cit., spec. 668 ss.

<sup>189</sup> M. MIDIRI, *Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano nazionale di ripresa e resilienza)*,

Si delinea così, anche nel contesto dell'intervento pubblico per le telecomunicazioni di nuova generazione, un sistema multilivello di programmazione e attuazione, conforme a criteri di competenza e sussidiarietà verticale<sup>190</sup>: ai macro-obiettivi generali fissati in sede europea, ora presidiati dai meccanismi del *NextGenEU*, corrisponde un (rafforzato) ruolo non solo di impulso, indirizzo e coordinamento, ma anche di intervento proattivo dello Stato; in tale contesto le autonomie locali, pur chiamate ad attuare questi indirizzi, non assolvono un ruolo meramente esecutivo ma, come evidenziato, conservano ineliminabili spazi di autonomia decisionale in ordine a profili – quali la concreta localizzazione degli impianti – che sottendono precise valutazioni discrezionali e interessi pubblici connessi ad altri concorrenti e non meno importanti interessi facenti capo alla comunità locale<sup>191</sup>, quali la salubrità dell'ambiente, la salute collettiva, l'ordinato assetto del territorio<sup>192</sup>, che operano quali limiti al “preminente interesse nazionale” all'infrastrutturazione di reti di nuova generazione<sup>193</sup>.

---

in *Federalismi.it*, n. 18, 2022, 158: «Il metodo collaborativo è già presente nel disegno istituzionale delineato dal regolamento UE 2021/241, che richiede la “consultazione dei portatori di interessi nazionali”: le autonomie regionali e locali sono menzionate assieme alle parti sociali, alle organizzazioni della società civile, organizzazioni giovanili ed “altri portatori di interessi”».

<sup>190</sup> P. TANZARELLA, *L'accesso ad Internet è fondamentale, ma è davvero un diritto (fondamentale)?*, cit., 44, evidenzia un «ampio coinvolgimento di altri attori pubblici: verso l'alto, con il sostegno della Commissione per pianificare gli aiuti di Stato, verso il basso, con quello delle Regioni e degli enti locali per potere intervenire nelle singole parti del territorio. (...) Quanto alle Regioni, l'accordo con esse si rende necessario per il trasferimento allo Stato dei fondi comunitari inizialmente assegnati a esse; mentre con gli enti locali è indispensabile la collaborazione per ricevere tutte le autorizzazioni nella fase esecutiva in modo da aprire e far operare i cantieri». Sugli accordi di programma Stato-Regioni per l'attuazione degli investimenti pubblici nel settore, v. *supra*, nota 156.

<sup>191</sup> Cons. St., n. 5591/2022, cit., §7.2: “[A]lle Regioni ed ai Comuni è consentito, nell'ambito delle rispettive competenze, individuare «criteri» per la localizzazione degli impianti di comunicazione – individuando cioè le aree del territorio dove meglio è possibile contemperare gli interessi di ‘salute, paesaggio, ambiente e diritti di comunicazione’ – mentre non è consentito prescrivere esclusivamente «limitazioni» alla localizzazione degli impianti (soprattutto se consistenti in criteri distanziali generici ed eterogenei) che rendano di fatto impossibile una copertura soddisfacente dei servizi di comunicazioni. Nel rispetto dei limiti anzidetti, la scelta urbanistica di localizzazione degli impianti costituisce espressione di ampia discrezionalità, sindacabile in caso di irragionevolezza e insostenibilità tecnica ed economica”. Sostanzialmente ricognitiva di tale orientamento è l'interpolazione dell'art. 8, co. 6, l. n. 36/2001 ora prevista dallo schema di “decreto PNRR 3” approvato dal Governo nel febbraio 2023: v. *supra*, nota 172.

<sup>192</sup> N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, cit., 98; G. FIGUERA, *La localizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica*, cit., 120 (ove si osserva che la competenza regolamentare ex art. 8, co. 6, l. n. 36/2001 «sembrerebbe confermare la tesi sulla centralità del livello amministrativo locale nella gestione dei nuovi pericoli per la società», richiamando sul punto A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006); F. GASPARI, *Infrastrutture tecnologiche, inquinamento elettromagnetico ed esclusione sociale tra principio di precauzione e omissioni legislative*, cit., 526-527. Analoghe considerazioni valgono, del resto, con riguardo ai “paralleli” settori dell'energia e alle diverse forme di programmazione infrastrutturale e pianificazione territoriale che per ciascun settore competono ai vari livelli di governo: cfr. già G. DE VERGOTTINI, *Localizzazione degli impianti energetici e tutela dell'ambiente e della salute*, Rimini, 1988, *passim*.

<sup>193</sup> Tale è qualificato da diverse disposizioni già richiamate in questo lavoro, tra cui l'art. 32, lett. c-quater), d.l. n. 36/2022, cit.

5. *Il ruolo dei Comuni nella promozione dell'accesso universale ad internet: l'autonomia locale come garanzia di prestazioni*

Su un altro versante, in un certo senso opposto a quello di cui si è detto fin qui, alcune attività dei Comuni sembrano rivolgersi a soddisfare esigenze almeno in parte analoghe a quelle dell'intervento statale nel settore, identificabili nella universalità e ubiquità delle prestazioni di accesso alle connessioni veloci. A questo proposito, rileva il ruolo che il servizio pubblico locale – in una particolare latitudine che il concetto sembra oggi assumere – riveste con crescente intensità proprio nella garanzia “finale” di accesso ad internet da parte del maggior numero di persone.

È bene precisare subito che tali forme di intervento locale ineriscono ad una dimensione solo latamente “infrastrutturale” dei servizi di accesso ad internet, collocandosi più in prossimità della diretta erogazione di questi ultimi. Si tratta, tuttavia, pur sempre di iniziative che concorrono alla riduzione dei divari digitali – territoriali e non – di tipo “infrastrutturale” o materiale<sup>194</sup>.

Il ruolo del servizio pubblico locale nella “garanzia” di accesso universale alla rete (internet) si esprime oggi, in un sempre maggior numero di Comuni, nell’“offerta” di servizi di *wi-fi* gratuito nei luoghi pubblici, predisposti anche grazie ad appositi fondi europei<sup>195</sup>. Talvolta anche su questo versante si registra

<sup>194</sup> Si suole scomporre il fenomeno del “*digital divide*” in due macro-tipologie: un divario “infrastrutturale” o “materiale”, che deriva dalla impossibilità o difficoltà di accesso ad una rete internet (avente certe caratteristiche, soprattutto di velocità e sicurezza, che la rendano adatta alle operazioni essenziali in un dato momento storico) o dalla indisponibilità di dispositivi *hardware* (computer, *smartphone*, *tablet*, ecc.) per la concreta fruizione di siti e applicazioni; ed un divario “cognitivo” o “culturale”, che riflette limiti inerenti a condizioni della persona, relative sia alla carenza delle competenze digitali di base in sé considerata, sia a fragilità di carattere psichico-intellettuale che precludono o rendono estremamente difficoltosa l’acquisizione di capacità di utilizzo degli strumenti digitali. Alla distinzione fanno riferimento, pur con varie sotto-categorizzazione e sfumature, tra gli altri, A.M. BUONGIOVANNI, *Il digital divide in Italia*, in AA.VV., *Digital divide. La nuova frontiera dello sviluppo globale*, 2003, 158; L. SARTORI, *Il divario digitale. Internet e le nuove disuguaglianze sociali*, Bologna, 2006, 12-13; E. DE MARCO, *Introduzione all’uguaglianza digitale*, in *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, cit., 25-26; P. OTRANTO, *Internet nell’organizzazione amministrativa*, cit., 15, 101, 122; P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell’emergenza sanitaria*, cit., 287; A.F. SPAGNUOLO, E. SORRENTINO, *Alcune riflessioni in materia di trasformazione digitale come misura di semplificazione*, in *Federalismi.it*, n. 8, 2021, 281; C. ACOCELLA, A. DI MARTINO, *Il rinnovamento delle competenze nell’amministrazione digitale*, in *Riv. dig. pol.*, nn. 1-2, 2022, 99, 105; P. PIRAS, *Innovazione tecnologica e divario digitale*, in *Dir. econ.*, n. 2, 2022, 124-125; v. anche *infra*, nel testo in corrispondenza delle note 227 e 232.

<sup>195</sup> Per una recente iniziativa di questo tipo promossa dalla Commissione nell’ambito del progetto “*WiFi4EU*”, che consente ai Comuni di richiedere *voucher* spendibili per l’installazione di *hotspot wi-fi* a fruizione gratuita negli spazi pubblici che ne siano privi, si veda il *link* <https://wifi4eu.ec.europa.eu/#/home>. Il progetto “*WiFi4EU*” è stato previsto dal Reg. (UE) n. 2017/1953, del 25 ottobre 2017, per “la promozione della connettività internet nelle comunità locali”.



un intervento “sussidiario” dello Stato: tali servizi sono in molti casi realizzati nell’ambito del progetto (di rete federata nazionale) “*Wi-fi Italia*”, che consente ai Comuni aderenti di installare *hotspot* con cui la connessione *wireless* viene resa disponibile alle rispettive comunità, che vi accedono tramite un’apposita *app*<sup>196</sup>. È dunque pur sempre l’iniziativa del singolo Comune che, in concreto, “abilita” l’utenza locale alla fruizione del servizio nei luoghi pubblici<sup>197</sup>, conferendo così una “nuova centralità alla piazza comunale”, quale “porta per l’accesso gratuito ad internet”<sup>198</sup>, e connotando quest’ultimo alla stregua di un “bene comune locale”<sup>199</sup>.

A prescindere dalle modalità di finanziamento e/o di attuazione, servizi di *wi-fi* gratuito – su aree più meno estese del territorio urbano – sono ormai assicurati da tutti i Comuni di maggiore rilevanza demografica<sup>200</sup> e da molti altri, anche in attuazione dell’art. 8-*bis* C.A.D., norma introdotta nel contesto della Riforma Madia<sup>201</sup> che prescrive alle amministrazioni di favorire la disponibilità di connettività internet presso gli uffici e i luoghi pubblici, “*in particolare nei settori*

<sup>196</sup> Cfr. P. OTRANTO, *La garanzia di accesso alla rete e la “città connessa”*, cit., 87-88.

<sup>197</sup> Sono moltissimi i Comuni, anche di piccole e piccolissime dimensioni, che hanno aderito alla rete: ad inizio 2023 risultano essere oltre 2.500 (v. <https://wifi.italia.it/it/>), anche per le modalità di adesione e di utilizzo degli hotspot, quasi 13.000). Il progetto è promosso dal MISE, oggi Ministero delle Imprese e del Made in Italy (del. CIPE 25 ottobre 2018, n. 61, FSC 2014-2020), e attuato tramite Infratel S.p.A. (*supra*, nota 141); i lavori di sviluppo della rete federata sono affidati al titolare del servizio universale, per i Comuni sotto 2.000 abitanti nell’ambito della convenzione reti locali CONSIP, per quelli più grandi a seguito di aggiudicazione della relativa gara.

<sup>198</sup> P. OTRANTO, *La garanzia di accesso alla rete e la “città connessa”*, cit., 88: «nella “città connessa” la rete restituisce una nuova centralità alla piazza comunale. Con il progetto “piazza Italia wifi” il Governo, partendo dai piccoli Comuni, sta già realizzando nelle piazze dei centri urbani punti di connessione gratuita alla rete a beneficio di chiunque, in una logica universalista. Ciò costituisce una vera rivoluzione, specie nelle aree più remote dell’Italia, che spesso non sono raggiunte da reti efficienti in grado di garantire la connessione su dispositivo fisso e/o mobile. La piazza – che tradizionalmente ha rappresentato, specie nelle comunità più piccole, il luogo di incontro per gli affari e per le relazioni interpersonali, lo scenario di dibattiti e comizi – si rivitalizza e diviene la porta per l’accesso gratuito a internet e, attraverso tale mezzo, al mondo tutto, tenuto, per così dire, in un palmo di mano».

<sup>199</sup> G. BERTONE, *La sfida del digitale come bene comune “locale”*, in A. CALIFANO (a cura di), *Ecosistemi digitali. Trasformazioni sociali e rivoluzione tecnologica*, Milano, 2019, 69-70; L. BONET RULL, *Towards a just digital transition. Urban digital policy in Europe after Covid-19*, in A.L. BONI, A.T. ZEVI (a cura di), “Next Generation EU” cities. *Local communities in a post-pandemic future*, Milano, 2021, 97 ss.

<sup>200</sup> Si pensi a “*DigitRoma WiFi*”, piattaforma di “*captive portal*” che, come si legge nella pagina dedicata sul sito istituzionale, eroga ai cittadini registrati “un servizio pubblico gratuito di connettività internet tramite gli accessi WiFi istituzionali dell’Ente o degli Istituti Scolastici coincidenti con sedi elettorali, presenti nel territorio di competenza amministrativa di Roma Capitale” (<https://www.comune.roma.it/web/it/scheda-servizi.page?contentId=INF98650>); a “*OpenWiFi Milano*”, nato già nel 2012 ma notevolmente potenziato nel 2020, che tramite quasi 700 *hotspot* copre oltre 370 aree della città, dal centro sino alle zone periferiche, abilitando l’accesso illimitato previa registrazione degli utenti (<https://www.comune.milano.it/servizi/wifi-gratuito-del-comune-di-milano>); a “*Firenze WiFi*”, con oltre 100 *hotspot* in funzione (<https://servizi.comune.fi.it/servizi/scheda-servizio/firenze-wifi>).

<sup>201</sup> Art. 9 d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179 (in G.U. 13 settembre 2016, n. 214, 1 ss.).

*scolastico, sanitario e di interesse turistico*”, anche ponendo a disposizione degli “*utenti*” porzioni di banda non utilizzata dagli stessi uffici<sup>202</sup>. Si tratta di una disposizione collocata nella “Carta della cittadinanza digitale” (Sez. II del Capo I C.A.D.) e che dovrebbe, come tale, contemplare un “diritto” di cittadinanza digitale a soddisfazione amministrativa, pur nella nota “debolezza” che ancora caratterizza (alcune di) tali “pretese”<sup>203</sup>. Quel che pare potersi ragionevolmente affermare è che questa “disponibilità di connettività” prevista a beneficio dei cittadini-utenti sia assimilabile, in buona sostanza, ad una “prestazione” resa dall’amministrazione al pubblico<sup>204</sup>, con modalità certamente non autoritative. La norma sembra “fondare”, quantomeno, una facoltà per i soggetti pubblici, e specialmente per i Comuni, di attivare un particolare tipo di servizio (al) pubblico, che si caratterizza quindi come servizio ad istituzione discrezionale<sup>205</sup>, assumendo il tratto di doverosità solo se e una volta che possa rinvenirsi una scelta politico-amministrativa dell’ente in tal senso<sup>206</sup>.

<sup>202</sup> Cenni sulla norma in M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell’amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, n. 10, 2016, 2558; C. BOCCIA, C. CONTESSA, E. DE GIOVANNI, *Commento sub Art. b-bis*, in *Codice dell’amministrazione digitale*, Piacenza, 2018, 81-82; P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell’emergenza sanitaria*, cit., 288-289; S. D’ANCONA, P. PROVENZANO, *Gli strumenti della Carta della cittadinanza digitale*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell’amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 226.

<sup>203</sup> Sul punto, per tutti, anche sui possibili itinerari per un loro “irrobustimento”, E.N. FRAGALE, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2022, 471 ss.

<sup>204</sup> E.N. FRAGALE, *op. ult. cit.*, 506: «In una realtà sociale (...) nella quale l’accesso alle nuove tecnologie digitali appare preclusa, per le ragioni più disparate, a fasce significative della popolazione, si pone, infatti, il problema di impedire che la tecnologia si trasformi essa stessa in fattore di complicazione e di esclusione, approfondendo disuguaglianze già esistenti: per questo motivo, specifiche previsioni del Cad mirano a soddisfare questa istanza (...) attraverso il riconoscimento di specifici diritti – quali la connettività alla rete Internet, sia pure con le limitazioni e alle condizioni previste dall’art. 8-bis, Cad, e l’alfabetizzazione informatica dei cittadini (...). Per questa parte, si tratta di diritti nei quali appare più evidente il profilo della prestazione resa dallo Stato e dalle pubbliche amministrazioni, in certa misura presente, comunque, anche negli altri».

<sup>205</sup> Oltre ai contributi richiamati alla nota successiva, per questa concettualizzazione v. di recente G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali. Contributo allo studio del potere decisionale degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 2018, 24-25.

<sup>206</sup> Sulle “fonti” (i.e., sul fondamento giuridico) del servizio pubblico, cfr. I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, cit., 164 ss.; ID., *Sul fondamento giuridico del servizio pubblico*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, vol. III, Milano, 1988, 259 ss. Sul binomio assunzione-doverosità nei servizi pubblici locali, e sul tratto politico-amministrativo della scelta, nella giurisprudenza più recente cfr. Corte cost., 29 maggio 2020, n. 103 (in *Federalismi.it*, n. 18, 2020, 1 ss.), §4.4; Cons. St., sez. I, parere 17 aprile 2019, n. 1389 (in *www.giustizia-amministrativa.it*), §2.1; Cons. St., sez. V, 28 giugno 2019, n. 4463 (in *www.giustizia-amministrativa.it*), §§7., 9.; Cons. St., sez. I, parere 3 agosto 2021, n. 1374, §3.1 (in *Riv. Corte conti*, n. 4, 2021, 223 ss.); v. anche Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369; C.G.A.R.S., 6 ottobre 2010, n. 1266; Cons. St., VI, 5 aprile 2012, n. 2021; Cons. St., sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4870; Cons. St., sez. V, 2 maggio 2013, n. 2396; Cons. St., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 6131; T.A.R. Friuli, sez. I, 12 luglio 2014, n. 321; T.A.R. Lombardia – Milano, sez. I, 9 maggio 2014, n. 1217; T.A.R. Lazio – Roma, sez. I, 26 ottobre 2015, n. 12179; Cons. St.,

In tutti questi casi l'amministrazione locale è ovviamente *provider* ma non *producer*<sup>207</sup>. Laddove non organizza un servizio dedicato, ma si limiti a rendere disponibile al pubblico la connessione *wi-fi* dei propri uffici in prossimità o all'interno degli stessi, essa in buona sostanza "adibisce" un servizio strumentale, del quale l'ente è fruitore, a servizio (al) pubblico, di cui lo stesso è "garante": il servizio *wi-fi* continuerà ad essere erogato dall'operatore affidatario all'amministrazione, ma, anche sulla base del contratto pubblico di fornitura, una parte di tale prestazione andrà a beneficio dell'utenza indifferenziata di quella amministrazione. Si tratta di uno schema in linea con il diritto europeo<sup>208</sup>, ma "eccentrico" rispetto all'ordinamento interno, che tradizionalmente mantiene una distinzione netta fra servizi (esternalizzati) interni-strumentali e servizi pubblici<sup>209</sup>.

Nei casi in cui invece sia predisposto un servizio *ad hoc* destinato ad essere fruibile – gratuitamente – in luoghi pubblici del territorio urbano, i Comuni procedono ad affidare con gara l'appalto (essendo il servizio gratuito, non potrebbe infatti esservi traslazione del rischio operativo-finanziario)<sup>210</sup> per la realizzazione

---

sez. V, 23 marzo 2018, n. 1867; Cons. St., sez. VI, 3 ottobre, 2019, n. 6643 (in *www.giustizia-amministrativa.it*); T.A.R. Lombardia – Milano, sez. III, 3 luglio 2020, n. 1274 (in *Foro it.*, VII, 2020, 1474 ss.); Cons. St., sez. II, 28 gennaio 2021, n. 851 (in *www.giustizia-amministrativa.it*).

<sup>207</sup> Riprendendo un'efficace terminologia che si attesta in dottrina, tra cui D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 4, 1997, 51 ss.

<sup>208</sup> Il diritto europeo non distingue infatti tra servizi rivolti all'amministrazione (servizi strumentali) e servizi rivolti ai cittadini (servizi pubblici): come osserva A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, Torino, 2018, 7, la nozione comunitaria di "servizi", mutuata dalle direttive appalti e concessioni, «*si riferisce a prestazioni che vengono rese alla pubblica amministrazione*»; nei Trattati e nelle direttive ciò che rileva, ai fini della disciplina degli affidamenti, è solo la scelta della P.A. di acquisire una certa prestazione, non rilevando che essa sia o meno (strettamente) inquadrabile come prestazione al pubblico e suscettibile di fruizione individuale. A prescindere dalla sussistenza di eventuali deroghe/restrizioni alla concorrenza, che chiamano in causa il concetto (più specifico) di SIEG e il relativo strumentario normativo, l'amministrazione è infatti "libera" di acquisire nel mercato e organizzare prestazioni, quali che siano i beneficiari, nel rispetto della disciplina sull'evidenza pubblica.

<sup>209</sup> Si tratta, tuttavia, di distinzione a nostro avviso recessiva, almeno in certi contesti di attività, come dimostrano i "servizi" di amministrazione "digitale" richiamati *supra*, nota 161, nei quali il profilo interno-strumentale e quello esterno-erogativo tendono, almeno in parte, a confondersi. E in questo senso un cenno è ora anche in F. MERLONI, *Data analysis e capacità conoscitive delle pubbliche amministrazioni*, in *L'amministrazione pubblica con i big data*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 112: «*Si ha servizio pubblico quando un servizio, assunto dall'amministrazione, viene affidato a un soggetto esterno che è poi responsabile dell'erogazione del servizio ai cittadini. Si consideri il caso dell'affidamento a concessionari di servizi on line, ovvero l'affidamento del servizio di accesso ai dati pubblicati (o di fornitura dei dati richiesti con l'accesso FOIA)*».

<sup>210</sup> È ormai da tempo sdoganata in dottrina l'idea che l'appalto possa essere considerato quale possibile modalità di gestione di pubblici servizi (locali), anche alla luce del criterio discrezionale tra concessioni e appalti individuato dalle direttive in materia di contratti pubblici, fondato sul rischio

dei lavori e la gestione degli *hotspot*<sup>211</sup>. Lo scenario dovrebbe tuttavia, anche in questi Comuni, evolvere presto verso la progressiva convergenza al già richiamato progetto di rete federata nazionale “*Wi-fi Italia*”. Vi sarebbe da chiedersi quali siano i riflessi (o reflussi) concorrenziali di simili iniziative “prestazionali” quando il “servizio pubblico” copra ampie porzioni del territorio comunale; ma si tratta di un aspetto complesso, sul quale non è concesso soffermarsi in questa sede.

Quel che preme evidenziare è piuttosto l’attivismo della dimensione comunale nella promozione di iniziative rivolte a favorire la disponibilità (diffusa) di connessione. In questa prospettiva può cogliersi un particolare aspetto del più generale rilievo secondo cui il servizio pubblico locale sembra in questo momento storico chiamato «*alla realizzazione di ogni esigenza collettiva, anche apparentemente lontana dai suoi campi tradizionali d’azione*»<sup>212</sup>. E infatti, persino in un settore che, come visto in apertura (§§1.1, 2.), è da oltre un secolo attratto nella sfera di intervento dello Stato e, per il resto, rimesso da ormai molti anni alla libertà di iniziativa economica privata (§3.), i Comuni concorrono a soddisfare il “bisogno” di

---

operativo-finanziario (alea economica) posto in capo all’operatore affidatario (concessione) o all’amministrazione affidante (appalto): cfr., per tutti, G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, cit., 105 ss.

<sup>211</sup> Si vedano, tra i Comuni del Sud, Catanzaro, Catania, Palermo (<https://www.comune.catanzaro.it/dall1-marzo-hotspot-wifi-gratuiti-in-citta/>; <https://www.comune.catania.it/informazioni/cstampa/default.aspx?cs=76156>; <https://turismo.comune.palermo.it/palermo-welcome-informazioni.php?tp=65&det=11>). In alcuni casi, come Palermo, sono presenti anche infrastrutture *wi-fi* proprietarie, gestite dalla società *in house* per i servizi ICT (Sistema Palermo Innovazione – Sispi S.p.A.: v. <https://sispi.it/it/web/guest/w/case-history-teca-digitale-due>).

Un (virtuoso) caso a sé, già da diversi anni, è quello delle “comunità di *wi-fi*” del Comune di Reggio Emilia, ove grazie ad iniziative provenienti dal terzo settore sociale sono state sperimentate ed attuate, tramite forme di collaborazione pubblico-privata che hanno coinvolto, oltre al Comune, l’organismo regionale *in house* ICT, “comunità *wi-fi*” di quartiere basate su infrastrutture di ripetizione dei segnali *wireless*, che hanno portato la banda larga in zone della città che ne erano sprovviste. Il servizio, promosso dall’amministrazione comunale tramite un’apposita delibera di giunta nel 2015 (difficile dubitare che si sia trattato di un atto politico di “assunzione”, nel preciso senso che il concetto ha nella teorica del servizio pubblico), è gestito da alcuni centri sociali (originari promotori), che riscuotono presso i residenti beneficiari un canone annuo ridottissimo, versando poi l’intero ammontare alla società regionale a copertura dei costi di gestione dell’infrastruttura. Il progetto, a rimuovere il divario digitale infracomunale, è stato persino premiato dall’Unione Europea, ma alla fine del 2021 il MISE ha diffidato i privati (sociali) che lo gestiscono ad interromperlo, contestando l’abusivo esercizio di servizi di comunicazione elettronica. Dà conto ampiamente della singolare esperienza reggiana di “*wifi* di comunità”, che aggiunge alle questioni qui esaminate la dimensione di servizio pubblico (locale) della sussidiarietà orizzontale, A. AQUILI, *La smart city e le infrastrutture digitali*, in *Munus*, n. 3, 3021, 661 ss.

<sup>212</sup> M. DUGATO, *L’intervento pubblico per l’inclusione, la coesione, l’innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Munus*, n. 1, 2022, 9 ss., riferendolo ad una serie di attività ad attuazione locale pianificate dal PNRR, quali la rigenerazione urbana, l’economia circolare e l’agricoltura sostenibile.

accesso alla rete delle comunità locali, in un'ottica di intervento “prestazionale” (di prossimità), complementare sia al mercato che all'iniziativa correttiva statale: estromesso dalla scena delle telecomunicazioni agli inizi del secolo scorso (§1.1), il livello comunale si (ri)appropria oggi parzialmente di uno spazio di prestazione alla comunità.

Il ruolo dell'autonomia locale in questo settore non è, dunque, solo quello di “controlimita” agli indirizzi di *deregulation* statale per la realizzazione degli impianti di nuova generazione (§4.), ma è anche un ruolo proattivo e “prestazionale”, che ricalca un modello di amministrazione “per servizi”<sup>213</sup> e che ha tra i suoi fini (anche) la riduzione delle diseguaglianze nell'accesso ad internet, specie da quando la pandemia ha messo a nudo il carattere fuorviante – «*vero unicamente in apparenza*» – dell'idea che in settori come i servizi di telecomunicazioni, «*caso tipico di adeguatezza e sufficienza del mercato*», «*nega in radice l'essenza del servizio pubblico*»<sup>214</sup>.

Una simile tendenza pare anzi destinata a rafforzarsi, assumendo ulteriori forme inedite nella cornice normativa ora delineata dal nuovo Testo unico sui servizi pubblici locali di rilevanza economica<sup>215</sup>, adottato alla fine dell'anno appena concluso in attuazione della delega contenuta nella legge sulla concorrenza 2022<sup>216</sup>. Tale *corpus* organico, che punta a superare le proverbiali instabilità e frammentarietà della disciplina dei SPL, prevede una sostanziale “gerarchia” dei modelli organizzativi e gestionali, improntata ai criteri di sussidiarietà economica e proporzionalità<sup>217</sup> (e in parte differenziata per i servizi a rete), muovendo dal modello della concorrenza nel mercato<sup>218</sup>. È anche inclusa fra i “Principi gene-

<sup>213</sup> L'espressione, anche nella variante “amministrazione di prestazione”, si rinviene in numerosi contributi: tra questi, A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, 174; G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *St. parl. pol. cost.*, v. 117-118, 1997, 30; B. BOSCHETTI, *Cittadino e utente*, in *Jus*, n. 1, 2003, 87, e ID., *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, Padova, 2007, *passim*; F. LIGUORI, *I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitan*, in *Munus*, n. 3, 2014, 447, ove si afferma che «[l'] amministrazione contemporanea, e quella locale in particolare, è prima di tutto “amministrazione di servizio” (Leistungsverwaltung)».

<sup>214</sup> M. DUGATO, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, cit., 522.

<sup>215</sup> D.lgs. 23 dicembre 2021, n. 201 (in G.U. 30 dicembre 2022, n. 304, 22 ss.), “Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”. Nel momento in cui si scrive non costano ancora contributi di rilievo scientifico sul nuovo t.u., che certamente non tarderanno ad arrivare. Nell'attesa, si rinvia al doc. elaborato dal Servizio Studi della Camera, 10 gennaio 2023, disponibile qui: [https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1356023.pdf?\\_1674820091038](https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1356023.pdf?_1674820091038).

<sup>216</sup> Art. 8 l. 5 agosto 2022, n. 118 (in G.U. 12 agosto 2022, n. 188, 1 ss.).

<sup>217</sup> Cfr. gli artt. 10-18 d.lgs. n. 201/2021, cit. Secondo un ordine concettuale che, a cavallo dei noti tentativi di privatizzazione e liberalizzazione del triennio 2009-2011, era stato sostenuto ed esaustivamente argomentato, tra gli altri, da F. MERLONI, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 633 ss.

<sup>218</sup> V. *supra*, nota 80. Appare evidente che l'impostazione accolta dal testo unico, che richiede la concorrenza nel mercato «*by default*», dovrebbe almeno in parte mutare i termini del dibattito

rali del servizio pubblico locale” la “promozione di investimenti in innovazione tecnologica”<sup>219</sup>.

Rileva in questa sede l’art. 11 del testo unico, rubricato “Promozione e sostegno degli utenti”, ove si prevede che, nel caso in cui all’esito dell’apposita istruttoria non risulti necessario istituire un servizio pubblico locale, alla luce dei criteri di sussidiarietà economica e proporzionalità/gradualità divisati dagli artt. 12 ss., gli enti locali possono perseguire analoghe finalità sociali tramite il riconoscimento di vantaggi economici, agevolazioni o titoli di acquisto agli utenti<sup>220</sup>.

Tale forma di intervento si colloca, per definizione, al di fuori del perimetro del servizio pubblico strettamente inteso, ma sembra iscriversi pur sempre – anche alla luce della *sedes materiae* – nel quadro di una “funzione pubblica di prestazione”<sup>221</sup> ispirata a finalità sociali e solidaristiche, in quanto rivolta, come

---

degli ultimi anni, polarizzatosi sul diverso scenario della concorrenza “per” il mercato e dell’alternativa tra autoproduzione *in house* ed esternalizzazione con gara dei servizi (e sulla sottostante dicotomia tra principio di autorganizzazione pubblica e concorrenza), alla luce (o all’ombra) della norma “uniformante” dell’art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016, indistintamente applicata sia ai servizi strumentali che ai SPL (oggi superata dagli artt. 14-17 del t.u.), oggetto di uno sterminato dibattito dottrinale e di numerose pronunce (quali Corte cost. n. 100/2020 e soprattutto l’ord. *Rieco* della Corte di Giustizia 6 febbraio 2020, oltre alla vastissima non sempre uniforme giurisprudenza amministrativa, tra cui Cons. St. nn. 138/2019, 1564/2020, 2102/2021, 3682/2021, 5351/2021, 7093/2021, 3562/2022, e il noto parere n. 1614/2021 sulla proposta – bocciata – di linee guida ANAC).

<sup>219</sup> Cfr. l’art. 3, co. 2, d.lgs. n. 201/2021, cit.

<sup>220</sup> Art. 11 d.lgs. n. 201/2021, cit.: “Nei casi in cui, in esito alla verifica di cui all’articolo 10, comma 4, non risulti necessaria l’istituzione di un servizio pubblico, l’ente locale può comunque promuovere iniziative per assicurare un adeguato soddisfacimento dei bisogni degli utenti, ferma restando la libertà di impresa degli operatori. Tali iniziative possono includere, nel rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione e della normativa europea sugli aiuti di Stato, il riconoscimento agli utenti di vantaggi economici, titoli o altre agevolazioni ai fini della fruizione del servizio”.

<sup>221</sup> Il concetto di “funzioni di prestazione” è utilizzato, tra gli altri, in D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 10<sup>a</sup> ed., 2021, 115 ss. (e riferimenti sparsi in tutto il Cap. IV della Parte Seconda), in linea con la nota impostazione generale di quella Scuola, che tende a ridurre l’area di autoritatività dell’attività (anche) provvedimentale. Nonostante si tratti di un aspetto obliterato dalla tratlizia distinzione, troppo rigidamente intesa, tra servizi e funzioni (considerate necessariamente) autoritative, anche il servizio pubblico è in sé una “funzione pubblica”, sia pur non autoritativa (rispetto agli utenti destinatari delle prestazioni), volta a fornire utilità: in questo senso, tra gli altri, I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, cit., 152 e *passim*; S. LICCIARDELLO, *Percorsi di diritto pubblico dell’economia*, cit., 176; ID., *I servizi pubblici*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo. Principi, organizzazione e azione*, Firenze, 2020, 308; E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg., Torino, 2012, 633. L’intendimento del servizio pubblico come (tipo di) funzione pubblica di prestazione è, del resto, il solo compatibile con la logica dei servizi di pubblica utilità e dei mercati liberalizzati, in cui non vi è più, di regola, una titolarità pubblica dell’attività (materiale) di prestazione e la “pubblicità” del servizio, che conforma e funzionalizza l’attività di impresa, risiede nelle diverse forme (e livelli) di regolazione pro-sociale, tra cui il servizio universale e il finanziamento degli obblighi di servizio e, talvolta, delle infrastrutture antieconomiche: v. *supra*, §2., 3., spec. nota 83.

il vero servizio pubblico, a garantire la fruizione di specifiche utilità “materiali”<sup>222</sup>, selezionate in sede politica, a cittadini che non potrebbero diversamente accedervi. Si tratta, con tutta evidenza, di (una tipologia di) interventi che i Comuni potevano già promuovere anche prima del testo unico, in quanto enti a fini generali<sup>223</sup>, ma che ora trae indubbiamente forza dall’espresso riconoscimento normativo, assurgendo ad attività “tipica” *lato sensu* prestazionale. Queste scelte saranno espressione dell’autonomia di indirizzo politico-amministrativo dell’ente, al pari di quella – diversa e alternativa – di istituzione/assunzione di un servizio pubblico in senso stretto<sup>224</sup>.

Se il terreno che legittima il servizio pubblico (locale) è l’inesistenza o il fallimento del mercato ovvero la sua inadeguatezza rispetto agli obiettivi sociali avuti di mira dall’ente pubblico<sup>225</sup>, per il quale il testo unico prevede ora soluzioni organizzative opportunamente graduate, lo spazio operativo dei sostegni economici all’utenza previsti dall’art. 11 d.lgs. n. 201/2022 è invece caratterizzato – e delimitato – dal corretto funzionamento del mercato e dalla presenza di situazioni di difficoltà, perlopiù economica, che possono coinvolgere nei diversi contesti territoriali fasce più o meno ampie della popolazione, che sono o potrebbero essere costrette a rinunciare a dei servizi essenziali in mancanza di un sostegno pubblico. Si è qui in un ambito di intervento “sussidiario” anche alla logica del

<sup>222</sup> Sul carattere necessariamente “materiale” (e non “giuridico”) delle utilità connesse alle prestazioni di servizio pubblico, già G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.*, II, 1933, 192 ss., ora in *Scritti giuridici*, Milano, vol. I, 1987, 135 ss., 155-156; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 209; S. CAITANEI, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 366; lo ribadisce, da ultimo, C.E. GALLO, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2020, 76-77.

<sup>223</sup> Nota questa concettualizzazione, poi ripresa da vari autori, presente in S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 2<sup>a</sup> ed., 100 ss.

<sup>224</sup> Su cui, tra i contributi recenti, G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, cit., 14 ss. e 92 ss.; F. CAPORALE, *Politica e amministrazione nei servizi pubblici locali: in cerca di un equilibrio tra rappresentatività ed efficienza economica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. III, Bologna, 2020, 421 ss.

<sup>225</sup> Dovendosi intendere il fallimento di mercato che (rende) legittima, anche ai fini dell’art. 106, par. 2, TFUE, la scelta di intervenire sul normale “gioco” concorrenziale, più che come *market failure* in senso strettamente economico, (anche) come “inadeguatezza” rispetto al conseguimento di specifici obiettivi-interessi selezionati e perseguiti dall’autorità amministrativa nazionale secondo valutazioni di carattere politico: cfr., anche per i riferimenti alla giurisprudenza di Lussemburgo, F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, nn. 1-2, 2013, 41-42; ID., *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, 7<sup>a</sup> ed., Torino, 2021, 5-6; A. MASSERA, *L’espletamento di funzioni e servizi pubblici tra esternalizzazione, autoproduzione e cooperazione*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, 2017, 96 ss.; ID., *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, cit., 450 ss.; A. PIOGGIA, *Servizi e disservizi. Piccolo contributo alla ricerca del senso pubblico del servizio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2017, 13; M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1, 2020, 52 ss., e in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. V, Napoli, 2020, 4947 ss.

servizio universale, spingendosi ad un livello di protezione che quest'ultimo non garantisce: nei casi contemplati dall'art. 11 cit., il mercato è (presuntivamente) adeguato, il servizio è (effettivamente) disponibile in quell'area e i prezzi (astrattamente) accessibili, ma, ciò nonostante, i limiti intrinseci di un'economia di mercato fanno sì che non tutti possano “permetterselo”, nel quadro dei propri *trade-off* di spesa. Situazioni tutt'altro che infrequenti, se si pensa alla crescita della povertà anche nel nostro Paese, alla grave (ennesima) crisi economica in atto e alle molte fragilità economiche che oggi più che mai richiedono forme di sostegno pubblico articolate su più livelli e con diverse modalità<sup>226</sup>.

Fra i sostegni economici ai cittadini promovibili nel prossimo futuro dagli enti locali ai sensi dell'art. 11 cit. potranno esservi, a sommosso avviso di chi scrive, anche quelli finalizzati a garantire l'accesso ad internet veloce alle fasce economicamente deboli delle relative comunità. Come già accennato, «*le diseguaglianze connesse al digitale possono discendere da differenti ragioni*» e, tra quelle riguardanti «*l'accesso alla rete in sé considerato*», vi è «*l'impossibilità di accedere in ragione dell'insostenibilità dei relativi costi*»<sup>227</sup>. E se con riferimento ai servizi di connettività (fermo quanto detto *supra* a proposito dei servizi comunali di *wi-fi* gratuito) non è certo pensabile, per diverse ragioni, un intervento dell'ente locale tramite l'istituzione di un SPL (nemmeno nella forma organizzativa “minima” dell'imposizione di obblighi di servizio agli operatori) – qui chiaramente precluso dalla dimensione “nazionale” del mercato e della regola(menta)zione pubblica (normativa e amministrativa), *i.e.* dalla complessiva fisionomia del settore –, pare invece ben possibile che gli enti locali intervengano con misure di sostegno alla domanda economicamente fragile, per rimediare a situazioni di difficoltà soggettiva che possono coinvolgere, nei vari contesti territoriali, nuclei familiari e singoli individui<sup>228</sup>.

In altri termini, sembra che ben possano simili iniziative pubbliche locali (comunali o metropolitane) innestarsi sulla “porzione” locale di un mercato

<sup>226</sup> C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021, *passim* e spec. 35 ss., 77 ss. e 196 ss.

<sup>227</sup> P. PIRAS, *Innovazione tecnologica e divario digitale*, cit., 125; analogamente ID., *L'Amministrazione digitale tra divari e doveri. “Non camminare davanti a me, ma al mio fianco”*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2, 2022, 424.

<sup>228</sup> Tali misure potranno riguardare, in abbinamento alle connessioni, anche i dispositivi elettronici (*tablet*, portatili), sulla falsariga del Piano statale “Voucher famiglie” (v. la nota successiva); e potranno essere attuate anche in collaborazione con gli istituti scolastici, le università, gli ospedali ed altre istituzioni pubbliche collegate al territorio, per far fronte ad esigenze più specifiche rilevate in quegli ambienti, come avvenuto in alcuni contesti in cui, nel corso della pandemia, i Comuni hanno attivamente contribuito all'obiettivo di dotare le scuole di dispositivi elettronici per la DAD da concedere in comodato agli studenti più in difficoltà (v. *supra*, nota 135); iniziative analoghe, almeno nelle finalità, continuano ad essere promosse da molti Comuni a beneficio di scuole in aree disagiate, ospedali ecc.



(nazionale) di pubblica utilità, come quello delle TLC ed in particolare dei servizi di connettività, se la loro modalità attuativa sia tale da non generare distorsioni concorrenziali, come lo stesso art. 11 cit. prescrive: a tal fine, occorrerà assicurare una libertà piena degli utenti beneficiari nella scelta dell'operatore, ponendo sullo stesso piano tutti i *carrier* attivi nello specifico territorio, anche nel rispetto della disciplina europea in tema di *state aid* (su cui comunque, per l'astratta legittimità di tali interventi, cfr. l'art. 107, par. 2, lett. a TFUE).

Proprio in questo settore, del resto, forme di intervento identiche a quelle ora prospettate sono state già promosse a livello statale, attraverso piani di sussidi economici per l'acquisto di abbonamenti internet a banda ultralarga (e *hardware* abbinati) per le famiglie a basso reddito, come il “Piano Voucher Famiglie”, già valutato compatibile con la normativa sugli aiuti di Stato<sup>229</sup>. Nella dimensione locale sembra, anzi, potersi esaltare meglio il carattere “mirato” di tali interventi, una

---

<sup>229</sup> Il riferimento è al “Piano voucher per le famiglie a basso reddito”, adottato dal MISE con d.m. 7 agosto 2020 (in G.U. 1 ottobre 2020, n. 243, 39 ss.), modificato dal d.m. 3 novembre 2021: intervento diretto a sostenere la domanda di servizi di connessione internet a banda ultralarga e di *hardware* collegato in favore di famiglie con reddito ISEE inferiore a 20.000 euro (art. 1, co. 2), beneficiarie di un contributo fino a 500 euro (sconto in fattura) applicato al costo della fornitura necessariamente integrata (cd. “bundle”) di un pc o *tablet* e del servizio di connettività (art. 3, commi 1-6). L'attuazione dell'intervento, finanziato in una prima fase per 200 milioni, è affidata ad Infratel Italia S.p.A. (*supra*, §3., spec. nota 141). Sulla legittimità del Piano – contestata da alcuni operatori del settore della vendita e noleggio di prodotti elettronici proprio con riferimento al necessario “abbinamento” tra servizio di connettività e servizio di fornitura del dispositivo, che li “tagliava fuori” dal circuito del contributo a tutto beneficio degli operatori TLC (che, come noto, vendono o forniscono in comodato anche gli *hardware*, con o senza piani abbinati) – si è pronunciato in senso favorevole il T.A.R. Lazio, sez. III-ter, dapprima in sede cautelare con ord. 23 novembre 2020 (su cui cfr. la nota di P. OTRANTO, “Piano voucher” del Governo, accesso a internet e tutela dei diritti costituzionali, in *GiustiziaInsieme.it*, 21 dicembre 2020, 1 ss.), e poi con sentenza 14 gennaio 2022, n. 391 (in *www.giustizia-amministrativa.it*): il T.A.R., anche con interessanti riferimenti normativi (interni ed europei) al principio di neutralità tecnologica, ha rigettato il ricorso e ritenuto legittima la scelta di finanziare soltanto la fornitura integrata (dispositivo e connettività), affermando che “la mancata previsione, come auspicato dal ricorrente, di due passaggi distinti ai fini della fruizione del contributo (uno presso il rivenditore di dispositivi elettronici e l'altro presso l'operatore di rete) non risulta illogica e sproporzionata, ma risulta coerente con l'interesse pubblico perseguito dalla misura, finalizzata a ridurre le situazioni di c.d. digital divide e ad assicurare, in modo celere, attraverso una procedura semplificata, l'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti (allo studio e al lavoro), che, nel contesto pandemico, sono esercitabili attraverso l'utilizzo di sistemi ed apparati di connessione ad internet”.

Ad aprile 2022 è stato posto in consultazione da Infratel S.p.A. il “Piano Voucher II – Famiglie”, ossia la seconda fase del Piano (la bozza è disponibile al seg. *link*: [https://bandaultralarga.italia.it/wp-content/uploads/2022/04/Voucher-famiglie-Fase2\\_Consultazione\\_apr22.pdf](https://bandaultralarga.italia.it/wp-content/uploads/2022/04/Voucher-famiglie-Fase2_Consultazione_apr22.pdf)); a dicembre 2022, tuttavia, non risulta ancora emanato il decreto di approvazione, né più a monte risultano noti gli esiti della notifica alla Commissione ex art. 108, par. 3, TFUE prevista per gli aiuti di Stato (alcune informazioni, che comunque non rivelano gli ultimi sviluppi dell'iter, si ricavano da T.A.R. Lazio, sez. IV-bis, 11 novembre 2022, n. 14750, in *www.giustizia-amministrativa.it*, relativa al rigetto di una istanza di accesso agli atti della procedura di consultazione presentata da un operatore TLC).

loro più precisa modulazione e “selettività”, anche in considerazione delle risorse concretamente destinabili allo scopo, pur sempre mantenendo criteri equi, trasparenti e non discriminatori (come impone, fra l’altro, l’art. 12 l. n. 241/1990). Molte potrebbero essere, per altro, le formule attraverso cui perseguire simili obiettivi anche a prescindere da un impegno di spesa dell’ente, con il coinvolgimento degli operatori in iniziative partenariali con “ritorno di immagine” e l’eventuale partecipazione della società civile e del terzo settore.

### 5.1. *Interessi nazionali, interessi locali: dall’antagonismo alla convergenza*

I due scenari “promozionali” sin qui descritti – uno in atto (servizi comunali di *wi-fi gratuito*) e l’altro in potenza (sostegni economici agli utenti per l’acquisto di connettività) – raffigurano la dimensione solidaristica e *lato sensu* “prestazionale” dell’intervento comunale nel settore, orientato alla “logica universalista” dell’accesso alla rete<sup>230</sup>. In questa logica si colloca, infatti, il ruolo centrale e per certi versi inatteso – complementare agli interventi statali nel settore (§3.) – che sta assumendo il servizio pubblico locale, inteso in un senso più ampio di quello proprio alla nostra tradizione giuridica, e cioè quale “strumento di intervento pubblico diffuso”<sup>231</sup> per la mitigazione delle nuove diseguglianze, che si impone anche alla luce del particolare contesto storico, in cui il divario digitale si presenta come una tra le forme più insidiose di emarginazione.

Il “bisogno diffuso” di connessioni adeguate – della cui rilevanza costituzionale nessuno ha più potuto dubitare quando la pandemia ha “traslato” in rete tutti i principali aspetti di vita, inclusi quelli inerenti all’esercizio di fondamentali diritti e libertà costituzionali (come il lavoro e lo studio)<sup>232</sup>, e condizionato anche la fruizione di altre prestazioni sociali a soddisfazione amministrativa<sup>233</sup> – sembra rientrare a pieno titolo tra quelle fragilità che il PNRR mira a rimuovere o attenuare anche tramite un “*mutato concetto di servizio pubblico locale*” che sostiene

<sup>230</sup> P. OTRANTO, *La garanzia di accesso alla rete e la città “connessa”*, cit., 88.

<sup>231</sup> M. DUGATO, voce *Servizi pubblici locali*, cit., 1113.

<sup>232</sup> Come rilevano, tra moltissimi, T.E. FROSINI, *Internet ai tempi del coronavirus*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2020, 204; C. LOTTA, *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19? Accesso a Internet e digital divide*, in *Riv. Gruppo Pisa*, n. 2, 2020, n. 2, 61; M. DUGATO, *L’intervento pubblico per l’inclusione, la coesione, l’innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano Nazionale Ripresa e Resilienza*, cit., 6-7. Più in generale, G. PIPERATA, L. SALTARI, A. SANDULLI, *Il ritorno del servizio alla comunità come munus publicum*, in *Munus*, n. 1, 2020, V, osservano che «[l]e vicende contemporanee dimostrano (...) quanto le attività di prestazione di servizi, in particolare quelle connesse alle garanzie dei diritti sociali, rappresentino, soprattutto nei frangenti anticiclici, specie se aggravate da shock esogeni, il cuore pulsante dello “Stato comunità” e non siano riducibili a una mera visione contrattualistica e mercatistica». Sulla natura dell’accesso ad internet come “diritto sociale”, oggi prevalente in dottrina seppur non pacifica, v. i contributi richiamati *supra*, nota 100 (da cui emerge il particolare impegno di G. De Minico nel sostenere, inizialmente da sola, tale qualificazione).

<sup>233</sup> M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Stato sociale, welfare e nuove fragilità*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2021, 839.

«l'integrazione e l'inclusione delle persone più vulnerabili, tenendo conto delle dimensioni familiari, individuali e sociali»<sup>234</sup>. In questa prospettiva, all'astratta accessibilità-universalità delle prestazioni rese dal mercato<sup>235</sup> si affianca l'accesso effettivo alla rete come risultato "finale" da assicurare anche *oltre* il mercato (a cittadini in carne e ossa, non a idealtipi di consumatori), presidiato da un complesso di "garanzie" pubbliche variamente articolate<sup>236</sup>, cui non partecipano i soli poteri statali (§3.) ma anche, in diverse forme, quelli locali.

Tali obiettivi non possono che precedere, sul piano (assio)logico, politiche e iniziative locali per la transizione alla "smart city" e per l'ammodernamento tecnologico dei territori<sup>237</sup>, anche al fine di preservare l'uguaglianza nella fruizione

<sup>234</sup> M. DUGATO, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 4, muovendo dalla considerazione secondo cui l'obiettivo principale del PNRR è contrastare le «fragilità che alimentano inaccettabili disuguaglianze, da conseguire mediante azioni volte all'inclusione, alla coesione, alla sostenibilità ed all'innovazione», afferma che «lo strumento principale intorno al quale ruotano le azioni è quello del servizio pubblico e, in particolare del servizio pubblico locale».

<sup>235</sup> Alla "universalità nell'accesso" ai (o accessibilità fisica dei) servizi pubblici si fa ora riferimento nella stessa definizione di SPL contenuta nell'art. 8, co. 1, lett. a) l. n. 118/2022, cit., nonché, ai fini di disciplina, negli artt. 1, co. 2, 17, co. 2, 18, co. 2, d.lgs. n. 201/2022, cit. (ma già così svariate disposizioni, vigenti o abrogate, come l'art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016, ove il riferimento agli obiettivi di "universalità e socialità", e l'art. 2, co. 1, lett. h) d.lgs. n. 175/2016). Fanno richiamo al "principio di universalità" dei servizi pubblici, *ex plurimis*, Cons. St., parere 1389/2019, cit., §2.1; Cons. St., parere n. 1374/2021, cit., §2.1.

<sup>236</sup> M.R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso a Internet*, cit., 66: «la nozione di accesso viene a coincidere con quella di accessibilità e lo scopo ultimo delle prestazioni pubbliche si traduce nell'attuazione di misure di vario tipo volte ad eliminare il divario digitale nelle sue diverse accezioni».

<sup>237</sup> È notazione comune alla pressoché totalità dei contributi di taglio giuridico in tema di smart city l'idea che sia preconditione del modello il carattere di universalità nell'accesso alla rete da parte dei cittadini della comunità locale, sul presupposto che la "smartness" dei nuovi paradigmi di città all'avanguardia si misuri, anzitutto, sul piano dell'uguaglianza, della coesione sociale, della minimizzazione dei rischi di esclusione: nell'ambito di una letteratura ormai sterminata (dalla quale, tuttavia, non sembra ancora emergere una precisa consistenza giuridico-amministrativa del concetto, benché senz'altro connesso a numerosi ambiti di intervento e investimenti previsti anche dal PNRR), tra i soli scritti in lingua italiana (o di autori italiani) e di taglio giuridico, cfr. almeno F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2015, 2 ss.; M. CAPORALE, *L'intelligenza si ripartisce o si divide? A proposito di smartness, livelli di governo e una certa idea di città*, in *Ist. fed.*, n. 4, 2015, 857 ss.; ID., *Dalle smart cities alla cittadinanza digitale*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2020, 30 ss., ora in versione aggiornata in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data*: cit., 261 ss.; E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, n. 2, 2016, 235 ss.; S. BOLOGNINI, *Dalla "smart city" alla "human smart city". Profili epistemologici e giuridici nello sviluppo del paradigma "smartness oriented"*, Milano, 2017; S. ANTONIAZZI, *Smart City: quadro generale di atti, programmi e competenze di livello sovranazionale, nazionale e locale*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La prossima città*, Milano, 2017, 479 ss.; ID., *Smart city: diritto, competenze e obiettivi (realizzabili?) di innovazione*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2019, 2 ss.; F. GASPARI, *Smart city, agenda urbana multilivello e nuova cittadinanza amministrativa*, Napoli, 2018, spec. 49 ss.; ID., *Città intelligenti e intervento pubblico*, in *Dir. econ.*, n. 1, 2019, 71 ss.; R. CAVALLO PERIN, G.M.

di tutti i servizi locali o organizzati su base locale, le cui modalità di erogazione sono destinate ad essere sempre più integrate con tecnologie digitali *internet-based*<sup>238</sup>.

In questo contesto “promozionale”, a differenza di quello “antagonistico” descritto in precedenza (§4.), l'autonomia locale, pur convergendo con gli indirizzi statali entro un orizzonte condiviso di garanzie pubbliche per l'accesso universale alla rete e agli strumenti digitali, rileva nella sua accezione più intensa, che non coincide con la discrezionalità amministrativa: se quest'ultima, almeno secondo la tradizionale impostazione gianniniana, è in vario modo “attribuita” da specifiche norme di legge<sup>239</sup>, l'autonomia locale è invece già “riconosciuta” dalla Costituzione (artt. 5 e 114)<sup>240</sup> e trova la sua massima espressione proprio nella possibilità di “assumere” interessi delle comunità di riferimento per soddisfarne i bisogni attraverso programmi di prestazioni<sup>241</sup>. È indifferente che tali interessi,

---

RACCA, *Smart cities for an intelligent way of meeting social needs*, in J.B. AUBY (a cura di), *Le future du droit administratif/The future of administrative law*, Parigi, 2019, 431 ss.; P. ANDREOZZI, *Le politiche di digitalizzazione e 'smart city'*, in *Riv. amm. rep. it.*, nn. 11-12, 2019, 629 ss.; G.F. FERRARI (a cura di), *Smart city. L'evoluzione di un'idea*, Milano, 2020; ID. (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, Milano, 2021; C. ACOCELLA, G. LANEVE, *Città intelligenti e diritti: nuove prospettive di consumo nel prisma della socialità*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 2, 2021, 105 ss.; A. AQUILI, *La smart city e le infrastrutture digitali*, cit., 641 ss.; G. DELLA CAVE, «Comunità intelligenti», *enti locali, mobilità sostenibile: le Smart City al cospetto del potere pubblico*, in *Dir. econ.*, n. 2, 2021, 385 ss.; L. PREVITI, *Smart city, mobilità, energia: nuove prospettive di sviluppo urbano al tempo della transizione*, in *Munus*, n. 1, 2022, 89 ss.; C. BENETAZZO, *Appalti innovativi e città del futuro tra innovazione e partecipazione*, in F. PIZZOLATO, G. RIVOSECCHI, A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Torino, 2022, 282 ss.; in lingua straniera, per tutti, i contributi pubblicati in *European Review of Digital Administration & Law*, n. 1, 2021, *Monographic Section "Smart cities"*, a cura di J.B. AUBY, M. ALMEIDA CERREIDA, S. DÍEZ SASTRE.

<sup>238</sup> V. BRIGANTE, *Digitalization and public services: critical notes concerning emerging ways of administering*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1, 2021, spec. 225 ss.; M. TOMASI, *Il volto umano della salute digitale nelle città intelligenti*, in *Le smart cities al tempo della resilienza*, cit., 519 ss.; A.G. OROFINO, G. GALLONE, *Pubblici servizi, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, in *Il diritto nell'era digitale*, cit., spec. 542 ss.; A.G. OROFINO, F. CIMBALI, *L'uso delle tecniche informatiche nella prestazione di servizi pubblici*, in *Giur. it.*, n. 6, 2022, 1526-1527. La rilevanza della questione è destinata a crescere man mano che (anche) nell'erogazione di servizi pubblici “tradizionali” saranno implementate forme di intelligenza artificiale: alcune prime considerazioni in A.M. CHIARIELLO, *AI and public services: a challenging relationship between benefits, risks and compliance with unavoidable principles*, in *European Review of Digital Administration & Law*, n. 2, 2021, spec. 198 ss.

<sup>239</sup> V. *supra*, nota 176.

<sup>240</sup> Come si osservava molto prima della riforma del Titolo V, con considerazioni che oggi non possono che valere *a fortiori* nel quadro del nuovo policentrismo autonomistico, l'autonomia locale, intesa in questa più ristretta (e propria) accezione, «trova “fonte” nel sistema costituzionale che vuole taluni enti pubblici espressivi degli interessi della propria comunità e del proprio territorio ed “autonomi” nel perseguirli»: I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, cit., 189.

<sup>241</sup> I.M. MARINO, *op. ult. cit.*, 156: «allorché l'ente politico assume (...) su di sé il compito [del servizio], questo diventa fine dell'ente e l'attività funzione, non strumento per raggiungere altri scopi pubblici, ma scopo pubblico essa stessa», così imponendosi «a soggetti pubblici o/ e privati di svolgere una certa attività (e in un certo

com'è oggi per il bisogno diffuso di connettività, abbiano rilievo nazionale e siano per ciò primariamente attribuiti alla cura del livello statale: la dimensione nazionale dell'interesse non predica infatti «che la sua tutela debba del tutto attribuirsi allo Stato», ma «[e] soltanto significativo della circostanza che l'interesse è tale da dover essere preso in considerazione, in primo luogo, dall'ordinamento statale», senza escludere che «esso abbia rilevanza negli ordinamenti dei minori enti territoriali e che questi enti possano (o debbano) averne attribuita la tutela o che partecipino all'identificazione dell'interesse medesimo»<sup>242</sup>.

Tanto nell'antagonismo quanto nella convergenza, le autonomie locali possono così aspirare ad inverare “città ribelli”, nel preciso senso di contesti politico-amministrativi capaci di orientare i fenomeni tecnologici di quest'epoca ed i loro ormai irrinunciabili strumenti abilitanti, come le reti veloci, per ristabilire l'uguaglianza e i diritti e promuovere l'inclusione, nell'ottica di uno sviluppo economico traguardato da obiettivi sociali e sottratto, almeno in parte, al dominio del mercato e della tecnica<sup>243</sup>, per fondare una nuova “legittimazione delle istituzioni mediante creazione di valore pubblico”<sup>244</sup>.

È anche per ciò che ogni prospettiva di riforma degli enti locali<sup>245</sup>, che non

---

*modo) non per perseguire risultati ulteriori, o per raggiungere ulteriori scopi, bensì quale fine d'interesse pubblico essa stessa» (162).*

<sup>242</sup> I.M. MARINO, *op. ult. cit.*, 151-152.

<sup>243</sup> L'espressione “città ribelli” per indicare il modello “solidaristico” di governo urbano delle tecnologie digitali sommariamente descritto nel testo, è tratta da F. BRIA, E. MOROZOV, *Ripensare la smart city*, trad. it., Torino, 2018, e argomentata in particolare nella Parte II sviluppata da F. Bria, 90 ss.

<sup>244</sup> M. MIDIRI, *Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano nazionale di ripresa e resilienza)*, cit., 160.

<sup>245</sup> Il dibattito sul futuro delle autonomie territoriali nelle riforme “post-pandemia” e nella stagione di attuazione del PNRR appare, perlopiù, incentrato sui rapporti tra Stato e Regioni (anche alla luce della recente proposta di legge per l'attuazione del regionalismo differenziato), ma l'esigenza di focalizzare l'attenzione anzitutto sugli enti locali è sottolineata da diversi Autori: F. MERLONI, *Il Titolo V, le Regioni e le riforme delle autonomie territoriali*, spec. 12 ss., e A. POGGI, *A vent'anni dalla revisione costituzionale del Titolo V: un bilancio con lo sguardo rivolto al futuro*, spec. 90 ss., entrambi in *Ist. fed.*, n. 1, 2021 (n. spec. “A vent'anni dalla riforma del Titolo V: un bilancio sulle autonomie territoriali dopo le stagioni della crisi”); M. DELLA MORTE, *Il futuro dei territori (e del Sud). Rilanciare rappresentanza e partecipazione per una migliore attuazione del PNRR*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2021, spec. 13 ss.; M. DE DONNO, *Ripensare le autonomie locali per attuare (davvero) il Titolo V della Costituzione: alcune riflessioni a partire dal Pnrr e dal disegno di legge delega per la riforma del Tuel*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2022, spec. 128 ss.; M. DI FOLCO, *Brevi note ricostruttive sugli sviluppi in tema di riforma del testo unico degli enti locali*, in *Oss. fonti*, n. 2, 2022, 471 ss. Si vedano, inoltre, i contributi pubblicati nel ricco volume di N. ANTONETTI, A. PAJNO (a cura di), *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia. Problemi e prospettive*, Bologna, 2022, in particolare G.C. DE MARTIN, *Le autonomie territoriali nell'amministrazione della Repubblica*, M. BORDIGNON, F. CERNIGLIA, *Regioni e autonomie locali nella prospettiva del PNRR*, G.F. GORI, P. LATTARULO, *Decentramento e investimenti pubblici locali negli scenari del PNRR*, e quelli in F. FABRIZI, A. POGGI, G.M. SALERNO (a cura di), “*Ripensare il Titolo V a vent'anni dalla riforma del 2001*” (sez. monografica in *Federalismi.it*, n. 2, 2022), spec. 148 ss. e 277 ss. A proposito di riforme, si ricorda che i lavori del gruppo di studio per la modifica dell'ordinamento degli enti locali, insediatosi il 6 luglio 2020

potrà non tener conto della prova che essi avranno dato di sé nell'attuazione del PNRR<sup>246</sup>, oltre a definire meglio (e rendere effettivo) il ruolo delle città metropolitane negli ambiti di intervento infrastrutturale<sup>247</sup>, dovrebbe muovere da scelte di sistema che valorizzino la loro “naturale” vocazione ad intercettare bisogni in contesti relazionali<sup>248</sup> e, saldando tale vocazione a strategie unitarie orchestrate nei loro fini generali dallo Stato<sup>249</sup>, ripensare un «*assetto autonomistico che, traendo legittimazione non già dall'alto bensì dal basso, valorizzi appieno la politicità del suo agire,*

---

e presieduto da A. Pajno, erano confluiti in un disegno di legge delega che includeva anche norme di immediata applicazione, tra cui varie modifiche di sistema al TUEL e alla legge Delrio (anche alla luce della sent. Corte cost. n. 240/2021, sulla quale v. tra gli altri L. MACCARRONE, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Riflessioni intorno alla città metropolitana anche alla luce della sentenza 240/2021 della Corte costituzionale*, in *Nuove auton.*, n. 2, 2022, spec. 653 ss.); il d.d.l. si è tuttavia “svuotato” nel corso dell'iter parlamentare e solo poche delle disposizioni in esso contenute, di modesta rilevanza sistemica, sono state poi introdotte con la l. 12 aprile 2022, n. 35 (in G.U. 29 aprile 2022, n. 99, 1 ss.).

<sup>246</sup> Per un primo bilancio e per le prospettive future (imminenti), si possono vedere i contributi in M. DEGNI (a cura di), *I comuni davanti alla sfida del PNRR*, Rapporto Ca' Foscari sui comuni, Roma, 2022.

<sup>247</sup> L'art. 1, co. 44, l. Delrio include tra le funzioni fondamentali della città metropolitana la “*promozione e coordinamento dei sistemi di informatizzazione e digitalizzazione in ambito metropolitano*” (lett. f), nonché la “*pianificazione territoriale generale, ivi comprese le strutture di comunicazione, le reti di servizi e delle infrastrutture appartenenti alla competenza della comunità metropolitana, anche fissando vincoli e obiettivi all'attività e all'esercizio delle funzioni dei comuni compresi nel territorio metropolitano*”. Come osserva M. INTERLANDI, *Il ruolo degli enti locali per lo sviluppo del territorio, nell'era della “ripresa” e della “resilienza”: verso nuovi assetti istituzionali?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1, 2021, 158-159, tali disposizioni configurerebbero la città metropolitana «quale ente di coordinamento delle amministrazioni locali, volto a promuovere lo sviluppo del territorio e tutte le condizioni, anche infrastrutturali, finalizzate alla gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di comunicazione», ma essa «non ha mai raggiunto l'obiettivo di sviluppare funzioni strategiche e di promozione per lo sviluppo economico di tali territori, assumendo la configurazione di una istituzione che si sovrappone a quella dei grandi comuni, senza apportare alcuna utilità in termini di miglioramento delle funzioni e dei servizi locali».

<sup>248</sup> G. PIPERATA, *Gli spazi mobili dell'autonomia nell'ordinamento locale italiano*, cit., 673-674: «bisogna evitare di farsi guidare solo “dall'incorreggibile esprit de géométrie degli ingegneri istituzionali” e cercare (...) di sostituire inutili misurazioni, solo funzionali ad una poco strategica actio finium regundorum tra Stato (e anche regioni) e autonomie locali, con scelte di sistema che tengano conto dei contesti relazionali in cui queste ultime operano e offrano strumenti per affrontare le dinamiche che i tempi e i nuovi bisogni impongono».

<sup>249</sup> M. INTERLANDI, *Il ruolo degli enti locali per lo sviluppo del territorio, nell'era della “ripresa” e della “resilienza”*, cit., 164, richiamando il saggio di R. RAJAN, *Il terzo pilastro. La comunità dimenticata da Stato e mercati*, trad. it., Milano, 2010, afferma che «lo Stato dovrebbe promuovere una più ampia capacità di autodeterminazione delle comunità locali e, al tempo stesso, rafforzare il suo ruolo di governo nazionale, per farle convergere nell'ambito di una strategia nazionale unitaria, sul piano dei diritti fondamentali e dell'uguaglianza sociale. Tale approccio, confermerebbe, quindi, che la “decentralizzazione” dei poteri alle comunità, costituisce una risposta necessaria al tema dei nuovi equilibri che la rivoluzione tecnologica impone alla società, soprattutto per continuare ad esprimere la nostra umanità».

*quindi, la responsabilità delle sue scelte al cospetto non già dello Stato bensì della sua comunità*<sup>250</sup>.

In questo modo, nei nuovi equilibri tra unità e autonomia, uniformità e differenziazione, che verranno a delinearsi nei rapporti tra Stato e Regioni<sup>251</sup>, il Comune, da sempre “luogo” di soddisfazione di diritti e bisogni, sarà forse sempre meno «limite dell’azione statale», ma sempre più – anche in quest’epoca – «*presidio e garanzia di libertà*»<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> E. GIARDINO, *Il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2021 (n. spec. *La Costituzione «dimenticata»*), a cura di S. CASSESE), 115 (cui pure dall’inizio, 89 ss., per l’accurata analisi, anche in chiave storica, del principio di autonomia locale nell’ordinamento costituzionale interno).

<sup>251</sup> Su cui si vedano, oltre ai lavori richiamati nelle precedenti note (spec. nota 245), i contributi in G. ARMAO, F. ASTONE, M. IMMORDINO, G. MOSCHELLA, V. PRUDENTE (a cura di), *Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano*, Napoli, 2022.

<sup>252</sup> S. ROMANO, *Il Comune*, cit., 500.

### Abstract

Il contributo, muovendo da una prospettiva storica, esamina le più recenti forme di intervento pubblico (statale) per il dispiegamento delle reti di telecomunicazioni di nuova generazione e per la garanzia di accesso ad internet veloce su tutto il territorio nazionale, per porre in luce il multiforme ruolo che in questi processi assumono i Comuni, “percepiti” dal legislatore statale (e dagli operatori) come un “ostacolo” all’infrastrutturazione digitale del Paese, da arginare attraverso norme di iper-semplificazione dei procedimenti autorizzatori e di limitazione del loro potere regolamentare in ordine alla localizzazione degli impianti. Eppure, nell’autonomia locale continuano a trovare tutela istanze dei territori e delle comunità locali che si pongono in un’ottica “antagonistica” rispetto all’imperante interesse nazionale all’approntamento delle reti per il digitale. Al contempo, i Comuni risultano co-attori proattivi della garanzia di accesso universale ad internet, attraverso autonome iniziative di prestazione che sembrano ritagliare al servizio pubblico locale spazi nuovi, estranei al suo tradizionale campo di intervento, che potrebbero trovare un qualche riconoscimento anche nel recentissimo testo unico sui SIEG locali.

#### The relationship between the State and local government in promoting the Country’s digital infrastructures

The paper, starting from a historical perspective, analyzes the most recent models of State intervention for the expansion of next-gen telecommunications networks and for the provision of fast internet access throughout the national territory, to highlight the multifaceted role of the Municipalities in these processes. The latter seem to be considered by the state legislature (and by economic operators) as “obstacles” to the country’s digital infrastructures and are counteracted by laws that over-simplify the authorization procedures and limit their regulatory power regarding the location of the installations. Nevertheless, local authorities keep granting protection to interests of local territories and communities opposing the national interest in building digital networks. At the same time, the Municipalities are “promoters” of universal internet access, through their own service initiatives which seem to give the local public service new spaces, different from its traditional field, which may also find foundation in the recent consolidated Act on local SGEIs.



# Circolari amministrative e «norme interne» alla prova dell'emergenza

di Gloria Francesca Pulizzi

SOMMARIO: 1. Le vicende degli atti amministrativi nella gestione dell'emergenza *sindemica*. – 2. La controversa natura giuridica delle circolari amministrative alla luce delle ricostruzioni teoriche sulle «norme interne». – 3. (...segue) l'atteggiamento ondivago della giurisprudenza sulle «norme interne». – 4. L'occasione (mancata) della giurisprudenza amministrativa nel dibattito sulla gestione domiciliare dei pazienti affetti da Covid-19. La sentenza del Consiglio di Stato del 9 febbraio 2022, n. 946. – 5. Considerazioni conclusive. La 'rilevanza legale' delle circolari amministrative tra esigenze concrete e nuove prospettive.

## 1. *Le vicende degli atti amministrativi nella gestione dell'emergenza sindemica*

Per descrivere la gravità della crisi che nel 2020 ha subito tutta la popolazione mondiale a causa dell'emergenza pandemica da Sars-CoV-2 è stata utilizzata l'espressione *sindemia*, al fine di evidenziare come gli effetti devastanti della diffusione del virus siano stati in realtà prodotti non da una pandemia – con questa intendendosi *una* manifestazione epidemica di larghissima estensione tale da coinvolgere diversi Stati e paesi<sup>1</sup> – ma da una *sindemia*<sup>2</sup>, ossia da una interazione sinergica tra due o più patologie, idonea a produrre effetti devastanti in un contesto già caratterizzato da eccessive disuguaglianze economiche e sociali<sup>3</sup>.

Prendendo a prestito dalla scienza medica tale concetto e volgendo lo sguardo alla prassi amministrativa di gestione dell'emergenza, non sembra eccessivo affermare che anche la situazione del panorama giuridico italiano, più che ad una pandemia, possa essere equiparabile ad una *sindemia*, proprio per il verificarsi di una (inevitabile) interazione tra più fenomeni “patologici”. Da un lato, una patologia in senso proprio, ossia la diffusione del Covid-19 e, dall'altro, una patologia latente nel sistema giuridico italiano, ossia la costante erosione dell'assetto del sistema delle fonti dovuta alla proliferazione di tecniche di regolazione non sempre pacificamente inquadrabili nel disegno costituzionale. Tale ultima patologia è dovuta, peraltro, ad almeno tre dei c.d. «fattori esogeni» di condizionamento

---

<sup>1</sup> Si veda la voce *Pandemia*, in *Enciclopedia medica italiana*, VIII, Firenze, 1956, XII.

<sup>2</sup> L'espressione è propria del linguaggio medico scientifico, introdotta negli anni Novanta del Novecento dal medico antropologo Merrill Singer per descrivere gli effetti negativi sulle persone e sull'intera società prodotta dall'interazione sinergica tra due o più patologie. Sul punto, si veda M. SINGER, N. BULLED, B. OSTRACH e E. MENDENHALL, *Syndemics and the biosocial conception of health*, in *The Lancet*, 2017, 389, 941-950.

<sup>3</sup> Nel contesto medico-sanitario, le due patologie che contribuiscono alla formazione della *sindemia* sarebbero date, da un lato, dalla diffusione del Covid-19 e dall'altro, dalle più gravi patologie cliniche delle quali negli ultimi anni si è registrata una netta accelerazione.

della produzione normativa<sup>4</sup>, identificabili nella maggiore persistenza di vincoli finanziari, scienza e tecnica.

La sinergia e l'interazione tra tali fenomeni hanno sicuramente scatenato un *effetto sindemico* nel momento in cui il legislatore e il Governo, sin dal febbraio 2020, hanno dovuto adottare le misure a carattere emergenziale per il contenimento e la gestione della crisi sanitaria dovuta al diffondersi del Covid-19.

Dall'osservazione della concreta prassi di gestione dell'emergenza, infatti, risulta chiaro che atti variamente denominati, neppure ascrivibili alle fonti di rango secondario, si siano sovrapposti caoticamente alla legge ed abbiano contribuito ad acuire le molteplici perplessità e incertezze circa la possibilità di individuare una corretta collocazione nel sistema delle fonti del diritto di tutti quegli atti che si muovono all'interno di spazi indefiniti, tra le aree giuridiche di *hard law* e di *soft law*, ponendosi ora come *comandi*, ora come *consigli*<sup>5</sup>.

Anche dal punto di vista soggettivo – ossia in relazione ai centri di produzione normativa – peraltro, l'*effetto sindemico* sembra aver mostrato l'avvenuto cambio di paradigma nell'assetto decisionale dei pubblici poteri, nel quale la pubblica amministrazione ha assunto un ruolo di primario rilievo, agendo essa stessa quale fonte di produzione di regole giuridiche. Come da più parti sostenuto per evidenziare alcune recenti tendenze di centralizzazione del potere, l'emergenza Covid-19 e, in modo specifico, la gravità della crisi sanitaria ma anche, parallelamente, della crisi economico-finanziaria avrebbero, infatti, prodotto un rinnovato protagonismo dello «Stato amministrativo»<sup>6</sup> e, segnatamente, delle sue dimensioni *organizzativa* e *funzionale*<sup>7</sup>, secondo quella accezione che già risalente dottrina denominava come «amministrazione regolatrice»<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Sul punto si rimanda alla relazione introduttiva al Convegno annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa» di A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 2, 509 ss. Sul problema del rilievo assunto dalla tecnica nell'adozione delle principali decisioni che hanno inciso sui diritti costituzionalmente garantiti durante la diffusione del virus, v. A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1, 119-133; G. TROPEA, *Norme tecniche e soft law*, in *Nuove autonomie*, 2022, 2, 425 ss.

<sup>5</sup> Si ricorda l'ormai noto contributo di G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. Amm.*, 2016, 3, 265 ss.

<sup>6</sup> Su cui di recente, G. TROPEA, *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Dir. Amm.*, 2021, 4, 885 ss.

<sup>7</sup> Sul punto, la dottrina in parola richiama M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Quaderni costituzionali*, 1986, 461 ss.

<sup>8</sup> Il fenomeno ha, in realtà, lontane radici. Sul punto, si rimanda a M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; S. A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 221 ss.; in chiave critica, M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, 2018, 4, 86 ss.; in chiave storico-comparata, B. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, 2001; ma il fenomeno dell'amministrazione

Il fenomeno si è reso ancor più evidente proprio nel momento in cui l'amministrazione, al fine di disciplinare le fasi più acute dell'emergenza pandemica, ha mostrato un *favor* per l'utilizzo di diverse tipologie di atti amministrativi, dai contorni non predeterminati dalla legge e non sempre inquadrabili nelle categorie tipiche dell'ordinamento, in ragione, però, della loro maggiore flessibilità e celerità nel regolare situazioni di estrema urgenza<sup>9</sup>. Sotto tale profilo, le modalità ed il contenuto di atti quali circolari, linee-guida, F.A.Q., raccomandazioni, codici di condotta e atti variamente denominati di *soft law*, hanno indubbiamente contribuito a sollevare ulteriori dubbi sulle metamorfosi del sistema delle fonti e, in modo specifico, sulla compatibilità costituzionale degli stessi, dal momento in cui se ne è registrata una efficacia sostanzialmente vincolante, a fronte di un *nomen iuris* che ne indicherebbe, come è noto, una totale inidoneità.

L'ascesa di tecniche di regolazione diverse non solo dalla legge, ma anche dalle fonti secondarie, sebbene il fenomeno venga specularmente assimilato alla proliferazione degli strumenti di *soft law*, manifesta, in realtà, tutta la propria problematicità in relazione alla possibilità di giustificare l'utilizzo di tali atti nei casi in cui essi incidano sui diritti costituzionalmente garantiti<sup>10</sup>. La principale rottura

---

regolatrice emerge da diverse tendenze, tra le quali si pensi anche ruolo preponderante che si accinge ad assumere nei sistemi giuridici d'oltre oceano, ma anche, sempre più frequentemente, in Europa, la c.d. *nudge theory* di derivazione statunitense. L'elaborazione della teoria si deve a R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Heaven, Yale University Press, 2008, trad. It. con il titolo *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2017. Si veda anche P. G. HANSEN, A. M. JESPERSEN, *Nudge and the Manipulation of Choice. A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy*, in *European Journal of Risk Regulation*, 4, 1, 2013, 3-28; D. TEICHMAN, E. ZAMIR, *Nudge Goes International*, in *The European Journal of International Law*, 2020, 1263 ss; sull'impatto della *nudge theory* sui diritti fondamentali, si veda, in particolare L. BOVENS, *The Ethics of Nudge*, in T. GRUNE-YANOFF, S.O. HANSSON, (eds.), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economic and Psychology*, 2009; D.M. HAUSMAN, B. WELCH, *Debate: To Nudge or Not to Nudge*, in *Journal of Political Philosophy*, 2010; in Italia, il fenomeno viene identificato con l'espressione «spinta gentile». Sul punto, si rimanda al recente studio monografico di A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021.

<sup>9</sup> Il frequente ricorso allo strumento delle circolari amministrative è dimostrato anche dalla creazione di un'apposita pagina internet del Ministero della Salute dedicata al Covid-19, rubricata «norme, circolari e ordinanze» (tutte, si noti, accomunate in una stessa sezione in cui il campo di ricerca richiede di selezionare il «Tipo norma» e tra queste inserisce oltre le leggi, anche comunicati, circolari e note). L'elenco di ben 86 pagine è consultabile al seguente link: <https://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/archivioNormativaNuovoCoronavirus.jsp>. Sebbene ciò abbia una valenza meramente descrittiva, già l'inserimento di tali atti in una sezione creata *ad hoc* ne denota una efficacia giuridica sicuramente peculiare. In Gazzetta Ufficiale si veda la «Raccolta di atti recanti misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19», consultabile al seguente link: <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglioArea/12>.

<sup>10</sup> Il problema della tenuta dell'intero impianto durante l'emergenza è stato oggetto di fervente dibattito nella dottrina costituzionalista, per cui si veda, *ex multis*, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 109-141; *contra*, A. RUGGIERI, *Il coronavirus*

di un punto di equilibrio – che sembra invece esser stato raggiunto quando si analizzano i diritti che rilevano in ambito economico, in ragione delle direzioni verso cui spingono la globalizzazione e il mercato<sup>11</sup> – si rinviene proprio là dove con tali atti siano state individuate le modalità concrete con le quali sono state effettuate le scelte di limitazione delle libertà, di gestione delle terapie, dei farmaci e delle misure sanitarie da adottare per fronteggiare la diffusione del Covid-19, anche nel bilanciamento con altri interessi di primario rilievo, come, primo tra tutti, la pubblica sicurezza.

Su un secondo profilo, attinente agli effetti, tali atti hanno ingenerato nel cittadino l'affidamento legittimo circa la vincolatività delle misure previste ed hanno così evidenziato un netto scostamento circa l'individuazione dei reali destinatari. Se, in un primo momento, gli atti amministrativi di gestione della pandemia sembravano esaurire i propri effetti nella sfera interna dell'amministrazione, in seguito il contenuto concreto ha invece profondamente inciso nei rapporti intersoggettivi.

A ben vedere, la confusione degli strumenti giuridici utilizzati e la loro attitudine a porsi come regole cogenti è emersa sin dalla fase genetica dell'emergenza<sup>12</sup>. Il Governo in carica, dopo un primo utilizzo della disciplina del sistema di protezione civile – in particolare dei poteri di ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile ai sensi dell'art. 25 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 – ha fatto ricorso a poteri di ordinanza disciplinati da diverse fonti – tra cui le ordinanze di cui all'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 – ed ha istituito poteri di decretazione in capo al Presidente del Consiglio dei ministri, in un'ottica maggiormente accentratrice<sup>13</sup>. Si pensi inoltre alle vicende

---

*contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, 369 ss.; G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1, III; I. A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2020; E. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 2021, 2, 65-83.

<sup>11</sup> Su cui si veda R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 31 ss.

<sup>12</sup> Su cui si veda la Delibera adottata dal Consiglio dei Ministri e pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, serie 1 febbraio 2020, n. 26, «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», Per una ricostruzione del dibattito sugli strumenti normativi utilizzati nella gestione della pandemia si veda M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALOMONI, *Sistema delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, 2021, 1, 400 ss., spec. 421; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, 3, 142 ss., spec. 158; C. PINELLI, *Considerazioni sulla scelta delle fonti del diritto per fronteggiare l'emergenza sanitaria del 2020*, in *DPCE*, 2020, 3, 4263 ss; Più di recente, si v. N. BRIGNOLI, *Il problema dei problemi: emergenza e ordinamento giuridico. Spunti sui risvolti ordinamentali dell'emergenza pandemica da Covid-19*, in *Nuove Autonomie*, 2022, 2, 549-582.

<sup>13</sup> In dottrina, si v. E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto tra Stato-Regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, 378 ss.

che hanno condotto all'intervento della Consulta, tra le quali ha suscitato un vivo dibattito la nota vicenda dei DPCM, risolta con la sentenza del 24 febbraio 2021, n. 37, con la quale la Corte ha fatto salve le misure di contenimento della diffusione del virus, ascrivendole alla competenza esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale *ex art. 117, co. 2, lett. g) Cost.*, anche nella parte in cui esse sarebbero state potenzialmente idonee a dar vita a vere e proprie fonti dell'emergenza<sup>14</sup>.

Ad accentuare il fenomeno di confusione normativa, dal punto di vista della concreta azione amministrativa nella gestione della crisi, sono state però le vicende che hanno caratterizzato l'utilizzo delle circolari amministrative per la migliore organizzazione delle situazioni di estrema urgenza da parte del Ministero della Salute e del Ministero dell'Interno in ragione della difficoltà di distinguere i casi in cui esse abbiano rispettato la loro tradizionale natura di «atti di organizzazione interna»<sup>15</sup> rispetto ai casi in cui invece esse abbiano assunto valenza normativa.

In questa sede appare quindi utile soffermarsi preliminarmente sulla incerta natura giuridica delle circolari amministrative, alla luce degli inquadramenti teorici succedutisi nel tempo, per poi esaminare, tramite un approccio analitico, come la continua dialettica tra natura teorica e prassi applicativa dell'istituto non consenta tutt'ora di raggiungere un punto di equilibrio ottimale dal punto di vista dogmatico.

Si tenterà, quindi, di verificare come in numerosi casi l'ambito di applicazione abbia oltrepassato la natura giuridica tradizionalmente riconosciuta all'atto ovvero se, alla luce delle recenti metamorfosi dell'ordinamento, possa essere accolta una nozione di potere normativo *in senso sostanziale*<sup>16</sup>. A tal fine, si terranno in considerazione alcune emblematiche pronunce della giurisprudenza amministrativa. Proprio nel contesto emergenziale, infatti, si sono inserite importanti controversie che hanno coinvolto il Ministero della Salute, i medici specialisti e i medici di medicina generale in merito alla vincolatività degli atti adottati per la gestione dei pazienti affetti dall'infezione Sars Cov-2.

---

<sup>14</sup> Sul punto, si veda il Considerando in diritto n. 13, in cui la Corte afferma che non può essere accolta la questione di costituzionalità del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19 e del decreto legge 16 maggio 2020, n. 33 «sia nella parte in cui tali disposizioni comprimerebbero l'autonomia regionale (artt. 117 e 118 Cost.), sia nella parte in cui darebbero vita a “fonti dell'emergenza”, ovvero i d.P.C.m., che non sarebbero contemplate dalla Costituzione, in lesione degli artt. 70, 76 e 77 Cost».

<sup>15</sup> Su cui si rimanda a G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1915, 329 ss.

<sup>16</sup> Ciò permetterebbe inoltre di giustificare il diverso utilizzo degli atti amministrativi sia dal punto di vista della loro compatibilità con i diritti e le libertà fondamentali, sia in relazione all'estensione della potestà normativa della pubblica amministrazione.

2. *La controversa natura giuridica delle circolari alla luce delle ricostruzioni teoriche sulle «norme interne»*

La natura giuridica delle circolari amministrative è notoriamente legata alla problematica delle «norme interne» della pubblica amministrazione<sup>17</sup>. Questa continua ad assumere un rilievo sempre più centrale nell'attuale assetto del sistema amministrativo italiano<sup>18</sup>, sia perché, come detto, le circolari oggi non sono *più solo* utilizzate per la regolazione dei rapporti tra i pubblici poteri, ma anche perché vengono, di fatto, ad incidere in maniera capillare anche nella regolazione dei rapporti tra pubblica amministrazione e amministrati<sup>19</sup>.

Proprio per tali aspetti le norme interne sembrano pervadere con sempre maggiore incisività un sistema delle fonti del diritto già in crisi<sup>20</sup>, in cui il fenomeno della fuga dalla legge<sup>21</sup> è stato da più parti giustificato in ragione della maggiore celerità e flessibilità di tali atti<sup>22</sup>.

Non potendo ripercorrere esaustivamente più di un secolo di elaborazioni teoriche nella materia *de qua*, si tenterà una ricostruzione dei filoni dottrinali che maggiormente hanno contribuito a comprendere i confini dell'istituto delle circolari amministrative secondo la pur vaga *categoria* delle norme interne.

<sup>17</sup> Sul punto, si v. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, 83 ss.

<sup>18</sup> Su cui di recente, M. ROVERSI MONACO, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020.

<sup>19</sup> M. P. CHITI, voce *Circolare amministrativa*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988.

<sup>20</sup> Su tutti, si veda, V. CRISAFULLI, voce *Fonti del diritto*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1969; ID., *Atto normativo*, in *Enc. Giur.*, IV, Milano, 1959, 239 ss.; F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, 1997, 61 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009; L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto (dir. Cost.)*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, 2008, 536 ss.; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993; P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007; ID., *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Napoli, 2009.

<sup>21</sup> Sul fenomeno della “fuga dalla legge” e dal regolamento, si veda U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17, l. n. 400/1988)* in *Scritti per Mario Nigro*, vol. I, Milano, 1991, 729 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007; R. ZACCARIA, *Introduzione*, a ID. (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, 2011, 13 ss.; B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2015, 2-3, 371 ss.; N. LUPO, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2017, 3, 2-24.

<sup>22</sup> Già da tempo, F. CAMMEO, in *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1905, 130, evidenziava i pregi ma anche i difetti degli atti espressione di volontà dell'amministrazione rispetto alla legge affermando che «in pari tempo la maggior facilità con la quale si manifesta la volontà dell'amministrazione in confronto alla volontà degli organi legislativi facilita la modificabilità delle norme, secondo i bisogni, la ricerca sperimentale delle regole più adatte alla vita sociale. Ciascuno di questi vantaggi può con un uso non corretto della facoltà regolamentare convertirsi in un danno: si può per abuso della facoltà regolamentare assorbire l'iniziativa individuale con un eccessivo accentramento, resistere alla sana influenza parlamentare, alterare con mutazioni non appariscenti ma profonde la volontà legislativa».

Storicamente, la *categoria* delle norme interne della pubblica amministrazione si caratterizza per essere, sin dalle prime teorizzazioni, un concetto di difficile definizione a causa dell'annosa discordanza di posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ma anche dalla concreta prassi amministrativa, soprattutto se considerata in relazione al sistema delle fonti del diritto. Infatti, i tentativi che in un'ottica relazionale si caratterizzano per aver prospettato una qualche potenzialità di tali atti ad assumere efficacia esterna – e hanno valorizzato un criterio materiale di fonte del diritto – hanno incontrato le resistenze degli orientamenti volti, al contrario, a salvaguardare il principio di legalità in senso formale. E proprio in relazione alla necessità di una distinzione con gli atti appartenenti al sistema delle fonti del diritto è stato possibile individuare, storicamente, il momento genetico della nozione di norma interna nell'ordinamento tedesco e, in particolare, nella distinzione tra *Rechtsverordnungen* (regolamenti giuridici) – qualificabili come fonti del diritto in senso proprio in quanto produttori di *Aussenrechtssätze* (norme giuridiche) – e *Verwaltungsverordnungen* (regolamenti amministrativi), ai quali, pur essendo riconosciuto carattere normativo, era attribuita valenza esclusivamente interna<sup>23</sup>.

Sulla scia dell'esperienza tedesca, anche in Italia è stata avvertita la necessità di una sistematizzazione teorica delle norme interne<sup>24</sup> nonostante le principali ricostruzioni giuridiche fossero ancorate alle teorie dei c.d. «poteri di supremazia special»<sup>25</sup>. Alla luce di ciò, anche gli atti espressione di tale attività erano ritenuti norme interne all'amministrazione pubblica e, nello specifico, regole prive di efficacia normativa nell'ambito dell'ordinamento generale statale<sup>26</sup>, «atti di un'autorità superiore che stabiliscono in via generale e astratta regole di condotta di autorità inferiori nel disbrigo di affari d'ufficio»<sup>27</sup>. La rilevanza che si attribuiva

---

<sup>23</sup> Si v. P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, vol. II, Tubingen, 1914, 87; G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Tubingen, 1888; *contra*, A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, 1927, 121; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, cit.

<sup>24</sup> G. ZANOBINI, *Norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, cit., 321 ss; L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Torino, 1982, 140 ss.

<sup>25</sup> In base a tali poteri, l'attività interna dell'amministrazione si esauriva in un rapporto di supremazia particolare i cui termini necessari erano la pubblica amministrazione nell'esercizio della propria attività autoritativa ed un complesso di organi o enti ad essa subordinati. Sul punto, S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, ora in ID., *Gli Scritti nel Trattato Orlando*, Milano, 2003, 24; ID., *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901; ID., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1918. Si veda inoltre, A. CATELANI, *Le circolari della pubblica amministrazione quali fonti normative per la crisi della pandemia*, in *Società e diritti*, 2021, 11, 40 ss., spec. 43, secondo cui il rapporto di supremazia particolare determinerebbe la legittimazione «attiva e passiva» delle circolari e il loro contenuto.

<sup>26</sup> F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teoria*, Milano, 1963, 7; ma prima ancora, G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, cit.; O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit.

<sup>27</sup> F. CAMMEO, *A proposito di circolari ed istruzioni*, in *Giur. it.*, III, 1920, 1. Sul punto, si v. O.

a tale tipo di attività era certamente rivolta ad orientare i rapporti tra i pubblici poteri ma, al di fuori di tale contesto, le norme così dette interne non erano idonee a produrre effetti giuridici nei confronti dei consociati<sup>28</sup>.

Tale concezione, tipica di una nozione di attività interna che assurgeva a valvola di sicurezza del principio di separazione dei poteri, era propria dello Stato liberale e del suo fondamento teorico<sup>29</sup>. Gli atti interni, infatti, in virtù della prevalenza delle concezioni proprie del soggettivismo pandettistico<sup>30</sup>, erano considerati estranei all'ordinamento giuridico generale e, conseguentemente, alla gerarchia delle fonti del diritto propriamente intesa ed erano, al più, considerati atti "puramente leciti"<sup>31</sup>, corrispondenti a dichiarazioni di volontà dei pubblici poteri ai quali però si attribuiva valore di comando.

I primi contributi italiani che hanno indagato le norme interne sulla scorta dell'esperienza tedesca, in riferimento alle circolari amministrative, mostravano, *in nuce*, una tendenza ad attribuirvi conseguenze giuridiche, ancorché mediate e indirette. Infatti, nonostante si negasse che nei confronti dei cittadini esse assumessero valore di fonte del diritto, si era giunti a riconoscere che la loro violazione potesse costituire eccesso di potere<sup>32</sup>, fondando la causa primaria di tali atti nella rispondenza all'interesse pubblico<sup>33</sup>.

Sebbene, in realtà, le ricostruzioni che qualificavano le circolari come *species* del più ampio *genus* di norme interne non fossero pervenute a soluzioni univoche in relazione alle caratteristiche e agli effetti giuridici che tali atti potessero assumere, erano tuttavia concordi nell'attribuire valore giuridico sostanziale di atto amministrativo *interno* contenente indirizzi di azione tra gli uffici.

La tesi gianniniana – che divenne prevalente tra gli orientamenti della dottrina dei primi anni Sessanta – privò di quel "valore sostanziale" le circolari, negando anche la loro qualificazione di atti interni. La ricostruzione si fondava

---

RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo. Introduzione e nozioni fondamentali*, vol. I, Napoli, 1912; G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino, 1913, 456 ss.; E. PERSUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Roma, 1917, 81 ss.

<sup>28</sup> M. P. CHITI, voce *Circolare amministrativa*, cit.

<sup>29</sup> Sul punto si veda, G. GIANFERROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2011, 3, 725 ss.; G. B. VERBARI, *L'attività amministrativa (interna) nello Stato liberale. Parte generale*, Roma, 1971.

<sup>30</sup> Come è noto, secondo tale concezione assumevano rilievo giuridico solo i rapporti, i procedimenti e gli atti che, non esaurendosi nel soggetto unitario, erano espressione della manifestazione della volontà dell'amministrazione verso l'esterno, ossia quegli atti che interferiscono – in senso modificativo – nella sfera giuridica soggettiva dei privati, creando in capo ad essi obblighi ovvero diritti. Sul punto, si veda S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995.

<sup>31</sup> L'espressione è risalente e si deve a A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917.

<sup>32</sup> Cfr., A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit.; Ma già F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, 3, 103 ss.

<sup>33</sup> G. SALEMI, *Le circolari amministrative*, Palermo, 1913.



sulla necessità di discernere l'atto avente valore giuridico dalla forma di comunicazione (*rectius*: notificazione<sup>34</sup>) dell'atto. Su tale base, l'Autore, discostandosi dalle precedenti teorizzazioni, ritenne che si trattasse di uno strumento neppure astrattamente accostabile alle fonti del diritto, in quanto le circolari rientravano nella categoria dei documenti meramente serventi alla «enunciazione discorsiva»<sup>35</sup> (*i.e.* alla notificazione) tra uffici di «ogni atto giuridico»<sup>36</sup>.

A seguito della ricostruzione gianniniana, che ravvisava nello strumento della circolare soltanto la misura della conoscenza, ogni potenziale effetto sino a quel momento attribuito alle circolari in relazione alla efficacia normativa, ai vizi degli atti adottati in violazione di esse, alla loro idoneità a ledere diritti soggettivi o interessi legittimi e alle possibilità di impugnazione, decadeva a seguito della radicale negazione del loro valore sostanziale<sup>37</sup>.

Nonostante l'impostazione gianniniana, si è assistito, durante il primo Novecento, al passaggio da una totale irrilevanza giuridica di tali atti ad una graduale affermazione della loro rispondenza all'indirizzo politico. Come da più parti sostenuto, l'attività interna – assolutamente libera<sup>38</sup> – si porrebbe al centro del rapporto tra politica e amministrazione proprio perché l'attività di indirizzo politico passa attraverso l'attività amministrativa interna per poi assumere valore giuridico esterno<sup>39</sup>.

La qualificazione delle circolari secondo l'uno o l'altro orientamento non ha tuttavia potuto prescindere dal modello generale di pubblica amministrazione vigente in un determinato momento storico. Ed è proprio attraverso l'osservazione dell'evoluzione dei rapporti organizzativi susseguirsi in momenti storici ben precisi, alcuni pure caratterizzati da episodi emergenziali, che si può apprezzare la contrazione ovvero l'espansione del valore sostanziale delle circolari e, più precisamente, dell'efficacia giuridica solo interna ovvero esterna di tali atti.

In contesti emergenziali, infatti, si è verificato il fenomeno per il quale non soltanto le circolari hanno assunto valore sostanziale di atti amministrativi interni, superando l'idea del mero strumento della notificazione teorizzato da

---

<sup>34</sup> Così M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, fonda la propria ricostruzione sulla rilevanza della distinzione tra «atto notificato», ossia gli atti normativi interni, direttive, ordini ecc., e lo strumento della «notificazione», ossia la circolare.

<sup>35</sup> M.S. GIANNINI, *Circolare*, cit.

<sup>36</sup> Secondo M.S. GIANNINI, *Circolare*, cit. 1, infatti, non vi era una caratterizzazione oggettiva delle circolari, in quanto tramite tale forma di comunicazione ogni sorta di atto giuridico poteva esser portato a conoscenza degli altri uffici purché fosse «strutturalmente una dichiarazione».

<sup>37</sup> Ad esempio, per ciò che attiene alla possibilità di configurare il vizio dell'eccesso di potere nel caso di atto emanato in violazione di una circolare, secondo M. S. Giannini, la violazione non si configurerebbe per violazione della circolare in quanto tale, ma per difformità della direttiva contenuta nella circolare e mediante essa notificata.

<sup>38</sup> G. B. VERBARI, *L'attività amministrativa (interna) nello Stato liberale. Parte generale*, cit., 1347.

<sup>39</sup> Sul punto, cfr. G. GIANFERROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione*, cit.

Giannini, ma, addirittura, la loro efficacia è sembrata espandersi sino al punto di incidere in maniera diretta nei confronti di soggetti non appartenenti all'organizzazione amministrativa.

Così, dopo un largo utilizzo di tali strumenti nell'esperienza fascista<sup>40</sup> finalizzato alla compressione dei diritti fondamentali, la problematica delle circolari si ripropone, in una veste differente, in relazione all'affermazione dei nuovi principi costituzionali e ai connessi mutamenti della fisionomia dell'amministrazione pubblica<sup>41</sup>. Il crescente pluralismo istituzionale e la tendenza alla procedimentalizzazione delle fasi antecedenti all'emanazione del provvedimento amministrativo hanno, infatti, dimostrato come l'amministrazione non sia un ordinamento «separato» dall'ordinamento giuridico generale, e che, invece, i criteri di azione seguiti dall'amministrazione devono essere improntati alla salvaguardia dei destinatari finali degli atti<sup>42</sup>.

In tale nuovo contesto, l'istituto della circolare ha continuato a legarsi strettamente alla nozione di attività interna come attività operante in quegli spazi lasciati liberi dalla norma e, proprio per tale caratterizzazione, è stato utilizzato come strumento di raccordo tra le pubbliche amministrazioni nell'attuazione di regole elastiche di buona amministrazione contenenti i criteri cui essa deve ispirarsi<sup>43</sup>.

Sebbene i tentativi ad opera della più illustre dottrina siano stati quelli di limitare la portata delle circolari, l'impostazione fornita durante i primi decenni del Novecento ha costituito il substrato su cui si sono innestati il valore legale delle

<sup>40</sup> Come riportato in un contributo di M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, cit., 96, durante il periodo fascista il significativo utilizzo di circolari amministrative al fine di reprimere la minoranza ebraica fu talmente incisivo che esse vennero definite come un «formidabile strumento» e, in relazione agli effetti concreti, si parlò addirittura di «stillicidio»; Sul punto, S. GENTILE, *Le leggi razziali: scienza giuridica, norme, circolari*, Milano, 2010, 231, secondo cui «la natura di questi documenti era varia: provvedevano ad illustrare alcuni provvedimenti (...) e a coordinarli, oppure attenuavano l'effetto di una disposizione, limitandone la portata o differendone l'entrata in vigore ma, molto più di sovente, aggravavano le disposizioni normative, forzando il dettato normativo anche notevolmente. Proprio in tale prospettiva, la circolare del 22 dicembre 1938, n. 70 ha apportato una *modificatio in peius* del contenuto normativo del Regio Decreto-legge del 17 novembre 1938, n. 1728, incidendo sulla libertà personale di ogni membro appartenente alla comunità ebraica. Si veda, *ex multis*, anche la circolare del 30 luglio 1940, n. 54299 con la quale venivano imposte restrizioni al rilascio delle licenze per il commercio.

<sup>41</sup> Più di recente, in tema di soccorso in mare dei migranti, si pensi al c.d. «Codice Minniti» del 7 agosto 2017, «Codice di condotta per le Ong impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare», considerato quale vera e propria circolare amministrativa. Sul tema, si v. di recente G. TROPEA, *La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*, in *Scritti in onore di M. Immordino*, e in *Nuove autonomie*, 2021, 663 ss.

<sup>42</sup> Su cui si veda il saggio di M. D'ALBERTI, *Amministrazione pubblica, governo e amministrati nel quadro costituzionale*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei pubblici poteri. Scritti in onore di Vincenzo Cerulli Irelli*, vol. I, Torino, 2021, 47 ss.

<sup>43</sup> Cfr. M. P. CHITI, *Circolare amministrativa*, cit., 2.

circolari e un loro possibile rilievo esterno<sup>44</sup>. Questa prospettiva, inoltre, rende inscindibile il rapporto tra pubblica amministrazione, atti e interesse pubblico. Se infatti il *proprium* della funzione amministrativa consiste nel perseguimento del pubblico interesse, tale funzione non può che esplicarsi attraverso gli atti da essa emanati. Pertanto, la previsione in una circolare rivolta all'amministrazione di compiere una determinata attività, con le modalità e con i limiti in essa previsti, comporta che proprio tali limiti, modalità e condizioni siano rispondenti all'interesse pubblico<sup>45</sup>. Ebbene, qualora l'amministrazione destinataria dovesse discostarsene opererebbe in contrasto all'interesse pubblico perseguito dalla circolare<sup>46</sup>. In tal caso potrebbe addirittura verificarsi un cortocircuito interno al sistema, in quanto si vedrebbe negata, a valle, la valutazione discrezionale operata dall'amministrazione a monte.

Nonostante nel tempo il concetto di attività amministrativa interna abbia acquisito maggior risonanza, il problema della portata assiologica della natura giuridica delle circolari amministrative non appare risolto dalla dottrina. Sul punto possono essere considerate le persistenti criticità connesse al tema della effettività della tutela dei diritti dei cittadini di fronte al comportamento dei pubblici poteri e alle necessità di prevedere maggiori garanzie quanto alla forma e al contenuto dell'attività interna<sup>47</sup>. Come si dirà *infra*, tuttavia, in uno scenario ulteriormente mutato come quello attuale – caratterizzato da un esasperato polcentrismo istituzionale e dell'utilizzo sempre più frequente di strumenti atipici – non può negarsi a priori valore giuridico sostanziale all'attività interna della pubblica amministrazione.

Non si può infatti dubitare che, rispetto all'inizio del secolo, ci si trovi in un contesto segnato dalla sempre maggiore incidenza di tale attività nei rapporti inter-soggettivi, legata alla più generale tendenza alla ri-espansione dell'intervento dei pubblici poteri. Ciò richiede di analizzare il tema della potestà normativa della pubblica amministrazione nel rapporto con la politica secondo una differente prospettiva, anche in relazione ad alcuni recenti tentativi di centralizzazione del potere<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> A favore di tale ricostruzione è stato infatti A. RUGGIERI, *Circolari amministrative e circolari di indirizzo politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1758 ss.

<sup>45</sup> Sul punto, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 225.

<sup>46</sup> Questa fu l'impostazione seguita da G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, cit., 321 ss.

<sup>47</sup> In realtà, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna, 1978, 541 ss., sostenne la tesi secondo cui le circolari a contenuto normativo potevano essere considerate come fonti *extra ordinem*. Secondo tale impostazione, quando la circolare presenta le peculiarità dell'atto normativo, essa rileverebbe nella gerarchia delle fonti assumendo «il grado proprio degli atti normativi che possono essere emanati dal soggetto che ne è autore» con tutte le conseguenze che ne deriverebbero sul piano della tutela giurisdizionale.

<sup>48</sup> Su cui da ultimo, G. TROPEA, *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Dir. Amm.*, cit., 885 ss.

3. (...segue) *l'atteggiamento ondivago della giurisprudenza amministrativa sulle «norme interne»*

La dubbia collocazione dommatica delle circolari ad opera della dottrina ha trovato speculare riscontro anche da parte della giurisprudenza amministrativa, i cui orientamenti si sono contraddistinti, storicamente, per una forte instabilità.

Con specifico riguardo alla delicata questione di una potenziale rilevanza esterna, la ricostruzione prevalente si è mostrata incline all'impostazione tradizionale<sup>49</sup> ed ha privato di effetti esterni tali atti. In questo contesto, gli interventi che invece si sono caratterizzati per una tendenza al riconoscimento dell'efficacia esterna delle circolari amministrative –riscontrabili al livello dei tribunali amministrativi regionali<sup>50</sup> – si sono scontrati con un tradizionale orientamento della Suprema magistratura amministrativa ancorato al rispetto del principio di legalità in senso formale, fermo nel sostenere l'inidoneità delle circolari a costituire fonte di diritto o di pregiudizi per i terzi<sup>51</sup> e corroborato dalla risalente giurisprudenza della Corte di cassazione<sup>52</sup>.

Tuttavia, salvo alcune più recenti pronunce, l'atteggiamento della giurisprudenza, indipendentemente dall'orientamento che è stato poi seguito, è sembrato miope.

<sup>49</sup> Sul punto, già il Consiglio di Stato, I, ad. plen. 30 novembre 1979, n. 29, aveva affermato che «le circolari sono inidonee ad apportare vincoli o vantaggi a terzi o a disciplinare i rapporti con l'amministrazione qualora non siano riprodotte o recepite in atti amministrativi emanati a tal fine», in *Foro amm.*, 1979, 1, 2118.

<sup>50</sup> Sul punto, già il Tribunale amministrativo regionale Lazio, III, 13 dicembre 1976, n. 504, sosteneva che «se è vero che alle circolari è di massima riconosciuta efficacia meramente interna, come atti partecipativi di determinazioni e direttive rivolte ad uffici subordinati, è anche vero che nella forma di circolari possono essere impartite disposizioni riguardo a situazioni che involgono l'interesse di soggetti estranei all'organizzazione degli uffici nell'ambito della quale sono emersi, assumendo così rilevanza esterna» in *Trib. Amm. Reg.*, 1977, 1, 62.

<sup>51</sup> L'orientamento è stato adottato, anche in epoca meno risalente, dal Consiglio di Stato, IV, 6 dicembre 2013, n. 5830; ma soprattutto dal Consiglio di Stato, IV, 16 giugno 2012, n. 3457 secondo cui «le circolari amministrative costituiscono atti interni, diretti agli organi ed agli uffici periferici, al fine di disciplinarne l'attività e vincolano, conseguentemente, i comportamenti degli organi operativi sotto ordinati, ma non i soggetti destinatari estranei all'Amministrazione, che non hanno neppure l'onere dell'impugnativa, potendo direttamente contestare la legittimità dei provvedimenti applicativi».

<sup>52</sup> *Ex multis*, Corte di cassazione, 5 giugno 1971, n. 1674, in *Foro amm.*, 1971, 1, 2961; Corte di cassazione, sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031; Consiglio di Stato, 6 dicembre 2013, n. 5830; più di recente, Corte di cassazione, trib., 11 luglio 2019, n. 18618; Corte di cassazione, sez. un., 30 settembre 2020, n. 20819 secondo cui «le circolari ministeriali in materia tributaria non costituiscono fonte di diritti e obblighi, sicché, ove il contribuente si sia conformato a un'interpretazione erronea fornita dall'Amministrazione finanziaria, non è esonerato dall'adempimento dell'obbligazione tributaria essendo esclusa soltanto l'irrogazione delle relative sanzioni e degli interessi, in base al principio di tutela dell'affidamento, espressamente sancito dall'art. 10, comma 2, della l. n. 212 del 2000».

È sembrato infatti sfuggire all'occhio esperto dei giudici amministrativi un aspetto che non può di certo essere considerato secondario per comprendere le ragioni profonde che stanno a fondamento dell'istituto e che consentono di far luce sulla sua diffusione.

A parere di chi scrive, non è infatti la sola rilevanza – interna ovvero esterna – dell'atto a spiegare la sua natura sul piano dommatico, quanto piuttosto la rilevanza degli effetti che esso è idoneo a produrre e degli effetti prodotti una volta adottato.

Ciò che dovrebbe tenersi in considerazione, pertanto, al di là della natura formale, non è il solo effetto che l'atto è in grado di dispiegare ma, ancor di più, le conseguenze che potrebbero aversi qualora l'atto adottato abbia prodotto i propri effetti e venga successivamente annullato in sede giurisdizionale.

In questa prospettiva, in alcune pronunce del Consiglio di Stato si intravede, seppur velatamente, una maggiore attenzione alla rilevanza, anche potenziale, degli effetti sostanziali dell'atto rispetto invece alla sua connotazione formale là dove, nel richiamare i tradizionali criteri di identificazione degli atti normativi, è stato affermato che la differenza tra le circolari e i regolamenti è tradizionalmente fondata sull'assunto in base al quale le prime «pur aventi contenuto normativo, presentano tuttavia solo “norme interne”, quindi caratterizzate da generalità e astrattezza, ma prive del requisito dell'efficacia verso l'esterno»<sup>53</sup>.

Negli orientamenti prevalenti, infatti, il richiamo ai criteri formali di identificazione degli atti normativi appare spesso funzionale a ridimensionare qualsivoglia «potestà impositiva» dell'amministrazione, sia nei confronti dei pubblici poteri, sia nei confronti dei terzi<sup>54</sup> (come nel caso delle circolari interpretative in relazione agli accertamenti tributari, in virtù del principio di legalità sotteso alla materia tributaria). Talvolta, però, la natura interpretativa delle circolari sembra giustificare una maggiore univocità degli orientamenti giurisprudenziali nel ritenere gli atti di stretta rilevanza interna rispetto ai casi in cui invece la circolare è in grado di incidere negativamente sulla legittimità dell'atto individuale<sup>55</sup>. Come

---

<sup>53</sup> Consiglio di Stato, IV, 16 febbraio 2012, n. 812.

<sup>54</sup> Con riferimento alla materia tributaria, si v., Corte di cassazione, sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031, con cui la Corte ha negato la portata vincolante della circolare dell'Agenzia delle Entrate interpretativa di una norma tributaria: «La circolare con la quale l'Agenzia delle Entrate interpreta una norma tributaria, anche qualora contenga una direttiva agli uffici gerarchicamente subordinati perché vi si uniformino, esprime esclusivamente un parere dell'amministrazione non vincolante per il contribuente».

<sup>55</sup> Nonostante i contrari orientamenti della giurisprudenza, secondo parte della dottrina, ritenere gli atti di interpretazione meramente interni è un vero e proprio equivoco. Tali atti e, in particolare, le circolari amministrative, avrebbero efficacia intersoggettiva nella misura in cui condizionano l'esercizio delle potestà discrezionali, producono effetti indiretti sugli interessi ai beni della vita ai quali esse attengono. Proprio nella materia tributaria, le circolari amministrative hanno talvolta influito sulle modalità di esercizio del diritto di azionabilità delle pretese, come accaduto

dimostra lo stesso intervento dell'Adunanza Plenaria del 14 novembre 2011, n. 19<sup>56</sup>, l'attribuzione di una «indubbia rilevanza esterna» ad alcune circolari dell'Agenzia della Direzione generale dei Monopoli di Stato è stata limitata ai casi in cui esse, lungi dall'esplicare una mera funzione interpretativa, erano idonee ad incidere, ancorché negativamente, sull'atto individuale. In tale contesto, la portata dell'intervento della Plenaria appare tuttavia ignorata dalle successive pronunce della stessa giurisprudenza amministrativa, là dove, con alcune recenti decisioni, ha negato il valore normativo o provvedimentale delle circolari amministrative<sup>57</sup>, in base alla mera rilevanza dell'atto (e non dei suoi effetti). Anche nel contesto medico-sanitario sono ormai noti gli effetti giuridici di atti atipici cui tradizionalmente non è attribuito valore cogente. Nonostante le linee guida in ambito sanitario siano formalmente definite dall'art. 5, co. 3 della legge 8 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli-Bianco) come «raccomandazioni»<sup>58</sup> di comportamento clinico a supporto dei medici e dei pazienti nel decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche, esse fungono, in realtà, da parametro per l'accertamento della colpa medica<sup>59</sup>. Infatti, la nuova disciplina, al fine di rispondere agli eccessi determinati dalla c.d. «medicina difensiva», ha previsto l'esclusione della responsabilità del medico in caso di morte o lesioni del paziente

---

con la circolare del Ministero delle finanze del 19 aprile 2000 con cui il Ministero ha allargato la possibilità di ulteriori forme di impugnativa nei confronti degli accertamenti tributari oltre alle ingiunzioni di pagamento, contro cui ai cittadini era riservato un brevissimo termine per ricorrere.

<sup>56</sup> Consiglio di Stato, ad. plen., 14 novembre 2011, n. 19, secondo cui le circolari «pur formalmente dirette agli organi periferici dell'amministrazione dei Monopoli di Stato, hanno indubbia rilevanza esterna. Non sono espressione di una mera attività interpretativa, in quanto tale suscettibile di «disapplicazione» da parte – teoricamente – degli organi periferici e del giudice, ma incidono negativamente sulla legittimità dell'atto individuale».

<sup>57</sup> *Ex multis*, Consiglio di Stato, IV, 4 dicembre 2017, n. 5664; Consiglio di Stato, IV, 17 dicembre 2018, n. 7098, secondo cui «le circolari costituiscono mere norme interne, (...) in quanto tali prive di rilevanza nell'ordinamento giuridico generale se non in via mediata e indiretta sotto il profilo dell'obbligo dei destinatari di tali norme di conformarsi ad esse e darne esecuzione».

<sup>58</sup> L'art. 5, co. 3, legge 8 marzo 2017, n. 24 recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie» le definisce espressamente quali «raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche».

<sup>59</sup> Tale orientamento è stato recentemente confermato dalla Corte di cassazione, 29 aprile 2022, n. 13510 secondo cui «in tema di responsabilità sanitaria (...) il c.d. «*soft law*» delle linee-guida – pur non avendo valenza di norma dell'ordinamento – costituisce espressione di parametri per l'accertamento della colpa medica, che contribuiscono alla corretta sussunzione della fattispecie concreta in quella legale disciplinata da clausole generali, quali quelle contenute negli artt. 1218 e 2043 c.c.». In dottrina, *ex multis*, G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Gelli-Bianco*, in *Contratto e impresa*, 2017, 3, 728 ss.; C.M. MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla legge Gelli-Bianco*, Milano, 2019.

nei casi in cui l'evento infausto sia derivato da una colpa non grave da imperizia nella fase esecutiva delle raccomandazioni contenute nelle linee guida. Di converso, proprio per la rilevanza che la legge "Gelli-Bianco" attribuisce alle linee guida, non è esclusa la responsabilità del sanitario neanche per colpa lieve da imperizia nella fase della individuazione della concreta procedura da seguire. Può essere notato che la novella legislativa tratti solamente la responsabilità colposa da imperizia proprio al fine di tutelare maggiormente il sanitario nei casi di colpa da imprudenza o da negligenza<sup>60</sup>. Tuttavia, anche nei casi in cui atti flessibili vengano utilizzati per escludere la colpa del medico, ad essi viene generalmente negato carattere precettivo, poiché, nello specifico contesto di riferimento, è fatta salva la libertà professionale di scelta del sanitario rispetto alla specificità del caso concreto, alle sue molteplici varianti e peculiarità e rispetto alla "relazione terapeutica" con il paziente<sup>61</sup>.

Quegli orientamenti che hanno utilizzato il riferimento ad una nozione di norma interna a "maglie larghe" al fine di evidenziare (quantomeno in via di principio) la capacità degli atti formalmente interni ad incidere nei confronti dei terzi<sup>62</sup>, ancorché tale rilievo sia solo indiretto si collocano, invece, in una direzione opposta. Pur senza che sia stata assunta una netta posizione, ciò che emerge dalle pronunce dei tribunali amministrativi regionali è che le circolari, così come la categoria delle norme interne cui esse vengono ricondotte, agirebbero come *longa manus* del potere normativo integrativo della pubblica amministrazione<sup>63</sup>, soprattutto nei casi in cui vincolino «necessariamente»<sup>64</sup> il soggetto alla relativa applicazione. Tali orientamenti sembrano, invero, essere maggiormente attenti

<sup>60</sup> Sul punto, si veda più diffusamente G. CANZIO, *Linee evolutive del sistema della responsabilità in ambito sanitario*, in *Dir. e soc.*, 2020,4, 647-665.

<sup>61</sup> Cfr. sul punto, Corte di cassazione, IV pen., 3 febbraio 2022, n. 7849.

<sup>62</sup> Sul punto, si v. Tribunale amministrativo regionale Lazio, II, 12 aprile 2019, n. 4816 «Le circolari che siano formalmente dirette agli organi periferici dell'amministrazione emanante, qualora risultino indirizzate ad un organo che non può disattenderle, ma che è obbligato ad applicarle, non presentano una rilevanza meramente interna, qualificandosi come atto dotato di effetti esterni nei confronti dei terzi e, in quanto tale, impugnabile da parte dei soggetti che se ne assumano lesi».

<sup>63</sup> M. P. Chiti, *Circolare amministrativa*, cit.

<sup>64</sup> TAR Lazio, n. 4816/2019, cit. Ma più di recente, si veda Tribunale amministrativo regionale Campania, V, 29 marzo 2021, n. 2103, nella quale il TAR, pronunciandosi in relazione alla possibilità, per un'amministrazione, di attingere alle graduatorie approvate da un'altra amministrazione per l'assunzione del personale ai sensi dell'art. 3, co. 61, legge 24 dicembre 2003, n. 350, ha sostenuto che la discrezionalità dell'amministrazione si sarebbe già in parte consumata nel momento in cui, fossero stati emanati «atti interni e circolari aventi valenza generale» da soggetti collocati in posizione apicale nell'ambito degli apparati amministrativi. Di tal che, gli uffici cui la circolare è rivolta sono onerati, nel caso in cui intendano discostarsene, da «un obbligo motivazionale circa le ragioni della non condivisione degli indirizzi espressi nella circolare medesima, pena l'eccesso di potere per carenza di motivazione e per contraddittorietà degli atti». In tale contesto, secondo i giudici, quanto indicato con le norme interne e le circolari, costituisce un «passaggio obbligato» per l'amministrazione.

all'effettivo funzionamento della prassi amministrativa in cui, sempre più spesso (e come già accaduto in passato), le circolari vengono utilizzate per fini diversi rispetto alla loro tradizionale vocazione poiché svolgono una vera e propria funzione *de facto* normativa e si impongono<sup>65</sup> nell'ordinamento giuridico.

La forte eterogeneità che ha caratterizzato gli orientamenti giurisprudenziali ai fini dell'individuazione della natura giuridica delle circolari e delle norme interne è stata resa ancora più problematica nell'emergenza; al punto da produrre momenti di forte tensione in relazione alla tutela dei diritti fondamentali e di grande attenzione nei confronti dell'operato della giurisprudenza.

In questo contesto, i giudici si sono mostrati scarsamente propensi ad annullare le circolari amministrative che sembravano incidere maggiormente in maniera diretta nella sfera giuridica degli amministrati, e che sembravano limitarne, in numerosi casi, la libertà personale. Anche in questo contesto di forte instabilità, infatti, si è riproposta la tradizionale dialettica tra i tribunali amministrativi regionali e i giudici di ultima istanza. Se i primi sono sembrati aver assunto un atteggiamento più audace, giungendo a riconoscere un carattere impositivo e impeditivo ad alcune circolari amministrative – ma più in generale agli atti “*soft*” di gestione dell'emergenza – gli arresti giurisprudenziali dei secondi sono sembrati caratterizzati da un atteggiamento maggiormente cautelativo, probabilmente al fine di evitare, in una situazione già critica, ulteriori cortocircuiti di sistema.

#### 4. *L'occasione (mancata) della giurisprudenza amministrativa nel dibattito sulla gestione domiciliare dei pazienti affetti da Covid-19. La sentenza del Consiglio di Stato del 9 febbraio 2022. n. 946*

Le questioni giuridiche inerenti al settore sanitario e, più nello specifico, le esigenze di una maggiore garanzia dell'effettività del diritto alla salute<sup>66</sup>, non solo nella sua dimensione individuale di accesso alle cure, ma anche nella connotazione solidaristica ed organizzativa<sup>67</sup>, hanno assunto un rilievo sempre maggiore nell'ambito degli orientamenti della giurisprudenza amministrativa proprio per la centralità del bene ultimo oggetto di tutela e per la sua inevitabile relazione con numerosi altri settori<sup>68</sup>. Si tratta, insomma, di una disciplina in cui i diritti costi-

<sup>65</sup> Sul valore dei «fatti normativi» si v. E. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, cit.

<sup>66</sup> Su tutti, M. LUCIANI, *Salute, I, Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 5; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002.

<sup>67</sup> Su cui M. LUCIANI, *Salute, I, Diritto alla salute, (dir. Cost.)* in *Enc. Giur.*, cit.

<sup>68</sup> Sul punto, si v. M. P. CHITTI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale* in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006, 1, 1 ss.



tuzionalmente garantiti si trovano a convivere con il ruolo sempre più incisivo giocato dalle pubbliche amministrazioni<sup>69</sup>.

Con il diffondersi dell'emergenza pandemica tali questioni hanno però assunto un rilievo ancora più centrale là dove, come accennato, hanno incontrato un contesto giuridico ed una produzione normativa caratterizzati da costanti incertezze e rispetto ai quali la reazione dell'ordinamento, nel tentativo di arginare la pandemia, non è sembrata la più idonea alla tutela dei diritti di libertà, sociali ed economici.

Tanto il legislatore ed il Governo quanto la giurisprudenza amministrativa, infatti, non è sembrato abbiano offerto risposte alle domande di chiarezza su questioni di carattere sistematico che la pandemia ha posto.

È proprio all'interno di tale dinamica che si inserisce un'importante controversia che ha coinvolto il Ministero della Salute e i medici specialisti e di medicina generale in merito alla vincolatività degli atti adottati per la gestione dei pazienti affetti dall'infezione Sars CoV-2. A fronte di una situazione di generale incertezza circa le più corrette modalità da adottare per la gestione dei soggetti contagiati dal virus, anche in ragione del sovraffollamento degli ospedali italiani, nell'aprile 2021 il Ministero della Salute diffondeva la circolare recante "*Gestione domiciliare dei pazienti con infezione Sars-CoV-2*"<sup>70</sup>, attraverso cui – dichiarando di fornire indicazioni operative sulla gestione domiciliare dei pazienti con sintomatologia lieve – dettava, in realtà, un lungo elenco di comportamenti che i medici erano invitati a seguire o, meglio, indicazioni in merito al trattamento terapeutico e farmacologico da non applicare nel *setting* del paziente. Tale circolare, con la quale l'amministrazione seguiva pedissequamente le linee guida promulgate

---

<sup>69</sup> Proprio in relazione al diritto alla salute, la necessità di un contemperamento con gli altri diritti costituzionalmente garantiti si intravedeva, seppur non chiaramente, nelle pronunce della Corte costituzionale. Come affermato da M. LUCIANI, voce *Salute, 1) Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, cit., 8, se la Corte costituzionale, nella sentenza del 4 gennaio 1977, n. 4 aveva sostenuto che il diritto alla salute prevalesse sul diritto di autotutela collettiva dei lavoratori, in una successiva pronuncia lo aveva subordinato al principio di buon andamento della pubblica amministrazione. Secondo Corte costituzionale 18 luglio 1983, n. 212, infatti, «Non v'è dubbio che il bene afferente alla salute sia da comprendere tra le posizioni soggettive direttamente garantite dalla Costituzione (sentenza di questa Corte n. 88 del 1979). Ma la tutela, connessa allo Stato dal precetto costituzionale, del diritto alla salute, riconosciuto come diritto fondamentale dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, può, ove necessario, incontrare limiti oggettivi: non soltanto nella stessa organizzazione dei servizi sanitari (sentenza di questa Corte n. 175 del 1982), ma ben anche nella esigenza della concomitante tutela di altri interessi, del pari costituzionalmente protetti: quale nella specie, l'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione (...).»

<sup>70</sup> Circolare del Ministero della Salute, Direzione generale della programmazione sanitaria e della prevenzione sanitaria (ultima visita 25 novembre 2022), con cui l'amministrazione aveva aggiornato le linee di indirizzo dettate con la prima circolare del 30 novembre 2020, indicando ai medici le modalità da seguire nella gestione del paziente affetto da Covid, o meglio, le terapie da non adottare.

dell’Agenzia Italiana del Farmaco recanti i principi di gestione dei casi Covid-19 nel *setting* domiciliare «tenuto conto della situazione epidemiologica sul territorio nazionale» e «sulla base delle emergenti conoscenze scientifiche»<sup>71</sup>, veniva tuttavia contestata dinanzi al giudice amministrativo da parte di alcuni medici di medicina generale e specialisti del Servizio Sanitario Nazionale, i quali lamentavano l’imposizione di un divieto contrario alla loro esperienza e autonomia professionale. La censura sollevata dai medici si riferiva espressamente alla parte della circolare in cui si prevedeva unicamente una «vigilante attesa» e la somministrazione di fans e paracetamolo, nonché alla parte in cui poneva indicazioni in merito al non utilizzo di tutti i farmaci che i medici erano invece soliti somministrare per la cura della malattia<sup>72</sup>.

Oltre che per il settore in cui è intervenuta, la pronuncia presenta numerosi profili di interesse, soprattutto se analizzata in relazione alle incertezze che continuano a caratterizzare le concezioni dottrinali e giurisprudenziali sulla vincolatività degli atti così detti «interni» della pubblica amministrazione.

Nel caso di specie, infatti, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, seppur con una pronuncia che non si contraddistingue per argomentazione, ha accolto il ricorso proposto avverso la circolare<sup>73</sup>. I giudici di prima istanza hanno posto pochi ma saldi punti fermi nella pronuncia, poiché hanno annullato la circolare proprio sul presupposto che le linee guida promulgate da AIFA e mutate con la circolare del Ministero della Salute<sup>74</sup> contrastassero con la professionalità del medico e con i relativi doveri deontologici «imponendo, anzi impedendo l’utilizzo di determinate terapie»<sup>75</sup> nella parte in cui, anziché limitarsi a dare indicazioni valide sulle terapie da adottare a domicilio «prevedono un lungo elenco delle terapie da non adottare»<sup>76</sup>. Pertanto, si sarebbe trattato, secondo l’opinione dei primi giudici, di un vero e proprio divieto terapeutico.

---

<sup>71</sup> Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), *Raccomandazioni AIFA sui farmaci per la gestione domiciliare di Covid-19*, ult. agg. 9 febbraio 2022.

<sup>72</sup> Sul punto, si v. in particolare pp. 11-12 della Circolare che, alla voce “Principi di gestione della terapia farmacologica”, “raccomanda” il non utilizzo di farmaci quali i corticosteroidi, l’eparina, l’idrossiclorochina e gli antibiotici. La circolare pone infatti una vera e propria suddivisione della terapia in relazione alla gravità della situazione clinica del paziente prevedendo farmaci per la terapia sintomatica, farmaci il cui utilizzo è riservato ad alcune specifiche fasi della malattia e una lista di farmaci «non raccomandati» (*rectius*: da non utilizzare) per il trattamento dei pazienti affetti dalla malattia.

<sup>73</sup> Tribunale amministrativo regionale Lazio, *III-quater*, 15 gennaio 2022, n. 419.

<sup>74</sup> Si v. più nel dettaglio, il testo della circolare sulla “*Gestione domiciliare dei pazienti con infezione da SARS-CoV-2*” aggiornata al 26 aprile 2021.

<sup>75</sup> Così, secondo il Tribunale, «da prescrizione dell’AIFA, come mutuata dal Ministero della Salute, contrasta, (...) con la richiesta professionalità del medico e con la sua deontologia professionale, imponendo, anzi impedendo l’utilizzo di terapie da questi ultimi eventualmente ritenute idonee ed efficaci al contrasto con la malattia COVID-19 come avviene per ogni attività terapeutica».

<sup>76</sup> T.A.R. Lazio, n. 419/2022.

Dopo l'iniziale annullamento della circolare impugnata, il Consiglio di Stato ha ribaltato la sentenza dei giudici di prime cure sulla base di una differente valutazione circa la cogenza degli atti impugnati, calibrata, però, sulle sole peculiarità e specificità del contesto in cui essi hanno operato e sui valori da esso emergenti.

In primo luogo, il Collegio ha dato seguito all'eccezione di inammissibilità promossa dal Ministero della Salute, la quale si basava, *inter alia*, e per ciò che in questa sede interessa, sulla «inidoneità della circolare impugnata a ledere gli interessi dei ricorrenti, in quanto recante indicazioni orientative, insuscettibili di incidere sull'autonomia prescrittiva del medico»<sup>77</sup>. Tale posizione era stata peraltro precedentemente assunta in sede di richiesta di misure cautelari allorché – come si legge nel Decreto<sup>78</sup> – è stato affermato che il documento contenesse «“raccomandazioni” e non “prescrizioni”», ossia comportamenti che «sembrano rappresentare le migliori pratiche, pur con l'ammissione della continua evoluzione in atto»<sup>79</sup>. Conseguentemente, allora, è stato affermato che non emergerebbe alcun vincolo circa l'esercizio del diritto-dovere dei medici di scegliere in scienza e coscienza la terapia migliore, in quanto i dati contenuti nella circolare costituirebbero meri «parametri di riferimento». Sulla base di ciò, la conseguenza dell'annullamento della circolare non sarebbe la medesima derivante dall'annullamento di un atto lesivo, ossia di un atto che avrebbe inciso sulle prerogative del medico, ma determinerebbe soltanto «il venir meno di un documento riassuntivo delle “migliori pratiche” che scienza ed esperienza hanno sinora individuato»<sup>80</sup>.

Se, da un lato, il decreto disvela una maggiore attenzione alle potenziali conseguenze derivanti dall'annullamento della circolare, dall'altro, richiamando la distinzione di cui *supra*, esso si limita a ricondurre tale eventualità alla rilevanza dell'atto, intesa nel suo senso formale di atto tradizionalmente non vincolante e non alla rilevanza degli effetti dell'atto. Gli effetti sostanzialmente prodotti dalla circolare censurata, in realtà, ancorché prodotti da un documento riassuntivo, sono stati – e lo si è visto a seguito dell'applicazione concreta dell'atto stesso – ben più incisivi, sia nei confronti dei Medici di medicina generale, sia nei confronti dei pazienti, ultimi effettivi destinatari di tali atti.

La medesima direzione è stata apparentemente percorsa anche successivamente dal Consiglio di Stato che, nel definire l'oggetto del giudizio, ha preliminarmente affermato, quanto alla cogenza della circolare, che essa si limita a raccogliere «le indicazioni degli organismi internazionali, i pronunciamenti delle

<sup>77</sup> Sul punto, par. 3 della sentenza.

<sup>78</sup> Consiglio di Stato, III, decreto monocratico 19 gennaio 2022, n. 19.

<sup>79</sup> Da questo punto di vista può evincersi come lo stesso Giudice sia consapevole che prima dello strumento concretamente utilizzato, il problema riguardi la solidità scientifica delle decisioni adottate. Sul punto, si v. A. MOLITERNI, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e l'instabile confine tra amministrare e giudicare*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, 2, 399.

<sup>80</sup> Cons. Stato, III, decreto n. 19/2022.

autorità regolatorie e gli orientamenti di buona pratica clinica (...) al fine di fornire un quadro sinottico, aggiornato ed autorevole, di riferimento»<sup>81</sup>. La circolare, così come le linee guida, pertanto, non sarebbe idonea ad imporre divieti o limitazioni all'utilizzo di farmaci, bensì – in virtù del richiamo al concetto di *refutabilità* delle linee guida in ambito medico sanitario – essa «si limiterebbe ad indicare linee di indirizzo basate sulle migliori evidenze di letteratura disponibili»<sup>82</sup>. Per tali ragioni, sul piano sistematico, il Collegio, disattendendo le aperture dell'Adunanza Plenaria n. 19/2011 circa una possibile rilevanza esterna delle circolari, ha inquadrato gli atti in esame all'interno di quella «complessa fenomenologia» di atti di *soft law*<sup>83</sup>, negandone *tout court* natura vincolante.

In verità, anche in tale ultimo caso brevemente esaminato, il tenore della sentenza dimostra come il Consiglio di Stato non abbia fondato la motivazione sull'analisi della effettiva sistematizzazione dommatica dell'atto ma, al contrario, abbia incentrato la propria motivazione sul contenuto effettivo della circolare omettendo di prendere (consapevolmente o meno) posizione sulla collocazione delle circolari nel sistema e sul “valore legale” da attribuire a tali atti.

Sotto questo profilo, infatti, non solo vengono più che diffusamente richiamati i principi costituzionali posti a fondamento dell'attività medico scientifica e dell'autonomia e responsabilità del medico nella relazione di cura e fiducia con il paziente, ma il fulcro della sentenza è costituito dal richiamo ai concetti di dignità, consenso informato e fine vita. Cruciale risulta, inoltre, l'invocazione del diritto alla salute «quale massima, primaria manifestazione della dignità umana»<sup>84</sup>, quasi a voler nascondere, dietro l'enfatizzazione del pur incontestabile valore costituzionale della personalizzazione del trattamento del paziente, la reale portata della questione. Attraverso la focalizzazione della motivazione sul contenuto dell'atto, il Collegio, di fatto, nulla ha tolto e nulla ha aggiunto alla richiesta di chiarezza sulla corretta sistematizzazione di tali atti nel sistema.

L'unico riferimento, sul piano strettamente giuridico, alla collocazione delle circolari, infatti, si rinviene là dove il Collegio ha sostenuto che le determinazioni di AIFA prima, e la circolare del Ministero dopo, costituiscono espressione della discrezionalità tecnica attribuita a tali soggetti. Conseguentemente, gli atti da essi adottati, in quanto esplicitazione delle funzioni attribuite dalla legge al Ministero, non sarebbero altro che adempimento del loro dovere istituzionale di «adottare strumenti di indirizzo e coordinamento generale» al fine di garantire una maggiore adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> Par. 6.1.

<sup>82</sup> Par. 6.7.

<sup>83</sup> Par. 9.4.

<sup>84</sup> Par. 12.1.

<sup>85</sup> Par. 24.3.

Con quanto affermato non si vuol intendere che i giudici abbiano voluto celarsi dietro l'analisi del contenuto concreto della circolare, ma non si può tuttavia negare che sia questo che derivi dall'atteggiamento del Collegio.

Un *non liquet* sulla effettiva collocazione nel sistema delle fonti delle circolari e sulla rilevanza dei relativi effetti ed un lunghissimo *obiter dictum*, in realtà decisivo, sul contenuto di tali atti, il cui sindacato, peraltro, avrebbe dovuto essere escluso per il fatto che non si versasse in una delle ipotesi di giurisdizione estesa al merito<sup>86</sup>.

Sotto tale profilo, non è trascurabile il dispositivo. Sebbene nei fatti la motivazione ruoti attorno alla fondatezza del ricorso, i giudici, in ragione della delicatezza sistematica della pronuncia, hanno dichiarato la sola inammissibilità ed anzi, proprio la presenza di una causa di inammissibilità ha consentito ai giudici di sindacare il contenuto, senza però farne *ratio decidendi*.

L'inammissibilità del ricorso, quindi, ha consentito al Collegio di dilungarsi in un *obiter dictum*, come tale, non richiesto, in funzione del quale, ad avviso di chi scrive, la pronuncia sembra porsi quasi come un parere offerto in sede giurisdizionale, né obbligatorio né facoltativo, ma di fatto vincolante. Proprio per le peculiari contingenze del momento drammatico in cui la sentenza è intervenuta, inoltre, essa sembra svolgere una funzione di indirizzo in relazione al contenuto di ulteriori, futuri, simili atti che potrebbero intervenire a disciplinare analoghe questioni.

Dal collegamento tra l'atteggiamento assunto dal Collegio e la sopra richiamata differenziazione tra la rilevanza dell'atto e la rilevanza degli effetti che l'atto concretamente adottato produce ed è in grado di produrre, allora, sembra potersi affermare che il Collegio abbia in tal modo offerto a sé stesso un precedente attraverso cui poter salvare atti la cui eliminazione, date le contingenze temporali, avrebbe prodotto un danno maggiore rispetto alla sopravvivenza, pur nella consapevolezza della indubbia rilevanza esterna degli stessi.

Alla luce delle considerazioni svolte, risulta evidente come i risalenti dilemmi relativi alla natura giuridica delle circolari e delle «norme interne» risultino ancora irrisolti. Anche quest'ultima occasione fornita dall'emergenza non è stata sfruttata pienamente per porre chiarezza sulla *vexata questio* della rispondenza del *nomen juris* dell'atto all'efficacia normativa e, nello specifico, all'antinomia ontologica sussistente tra la tradizionale nozione di *soft law* e il carattere cogente<sup>87</sup> degli atti esaminati; questione, questa, che richiede, ormai, una concreta, ma al contempo coraggiosa risposta di sistematizzazione.

---

<sup>86</sup> Su cui, si v. art. 134, decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

<sup>87</sup> Nel contesto medico-sanitario, peraltro, la vincolatività degli formalmente *soft* adottati durante l'emergenza è stata sostenuta da V. DESANTIS, *Il ricorso alle linee guida come (improprio) fattore di semplificazione normativa*, in *Corti supreme e salute*, 2020, 3, 627 ss.

5. *Considerazioni conclusive. La 'rilevanza legale' delle circolari amministrative tra esigenze concrete e nuove prospettive*

Il vivo dibattito attorno la collocazione dommatica delle circolari, alla luce delle ricostruzioni teoriche ma anche degli arresti giurisprudenziali susseguitisi nel tempo, mostra come, nonostante il tradizionale accostamento alle «norme interne», la loro forza normativa esuli dai meri atti interni nei numerosi casi in cui esse assumano un ruolo dispositivo o siano utilizzate a scopo precettivo; soprattutto là dove risulta evidente lo scostamento tra il destinatario formale degli atti e i soggetti terzi su cui sostanzialmente ne ricadono gli effetti.

Ciò si apprezza maggiormente se si tiene conto, tramite un approccio empirico, della prassi che ne ha tradizionalmente caratterizzato l'applicazione, come da ultimo dimostrato non solo durante le fasi dell'emergenza da Covid-19, ma anche nella fase *post-emergenziale*<sup>88</sup>. Oltre alle sopra richiamate circolari del Ministero della Salute, neppure possono essere trascurate le circolari emanate dal Ministero dell'Interno sulle misure di contenimento e di gestione della crisi sanitaria. Esse, sebbene formalmente interpretative o organizzative sono divenute oggetto di affidamento spontaneo da parte della collettività. I cittadini, infatti, hanno fatto affidamento in maniera generalizzata su un complesso regolatorio atipico, costituito da atti che, seppur formalmente rispettosi del principio di tipicità, si caratterizzano per essere flessibili e formalmente non vincolanti<sup>89</sup>.

Sin dalla fase iniziale dell'emergenza, infatti, oltre alle circolari del Ministero della Salute, anche le circolari del Ministero dell'Interno sulle misure di contenimento e gestione della situazione epidemiologica, sebbene finalizzate a dettare «chiarimenti» e fornire «indicazioni operative», sono state utilizzate in modo atipico, in ragione del fatto che si sono dimostrate innovative della fonte sovraordinata, ad esempio, attraverso l'individuazione dei casi in cui fosse «consentito» lo spostamento dalla propria abitazione per lo svolgimento di attività motorie<sup>90</sup> e hanno così ingenerato il legittimo affidamento di tutta la popolazione circa le limitazioni alla libertà di circolazione. I cittadini, infatti, hanno seguito i comportamenti in esse indicati per non incorrere in sanzioni.

<sup>88</sup> Su tale profilo, basti ricordare che nonostante la cessazione dello stato di emergenza (Decreto- legge 24 marzo 2022, n. 24), il quale costituiva la base legale per l'emanazione degli atti di gestione dell'emergenza, numerose pubbliche amministrazioni hanno continuato a farne largo utilizzo incidendo fortemente nei diritti di libertà personale. Sul punto, si vedano, ad esempio, le circolari con cui sono state emanate «*Regole sulla gestione dei contagi dopo la fine dello stato di emergenza*», nelle quali venivano espressamente previsti «obblighi» e «divieti» per il contenimento del virus nelle scuole e nelle università.

<sup>89</sup> Oltre il fenomeno delle circolari, si ricordi anche l'affidamento nei confronti delle *Frequently Asked Questions*, le c.d. F.A.Q. Su cui, Consiglio di Stato, I, 20 luglio 2021, n. 1275.

<sup>90</sup> Sul punto, si veda, *inter alia*, la circolare del Ministero dell'Interno del 31 marzo 2020, n. 15350/117.

Proprio il fondamentale principio del legittimo affidamento<sup>91</sup> – di cui il nostro ordinamento garantisce applicazione<sup>92</sup> – sembra costituire, sul piano dei principi, una utile chiave di lettura, sebbene non la sola e forse da sola non sufficiente, entro cui tentare una riconduzione a sistema di tali atti.

In tale prospettiva, è ormai evidente che la “rilevanza legale” delle circolari coincida sempre in maggior misura con quella esplicita dalla legge e dalle norme propriamente intese ed è pertanto astrattamente incidente nei confronti di tutti i consociati<sup>93</sup>.

Sembra possibile allora richiamare quella funzione di garanzia degli atti amministrativi che la dottrina tedesca, seguita anche dalla giurisprudenza, individuava nella *Selbstbindung der Verwaltung* (auto-limite dell'amministrazione)<sup>94</sup>. Tale teoria si fondava, infatti, su due direttrici strettamente connesse. Da un lato, le forme di autolimitazione che l'amministrazione imponeva al suo agire assurgevano, seppur indirettamente, a garanzia nei confronti degli amministrati e, dall'altro, l'amministrazione poteva discostarsene soltanto nei casi in cui sussistessero consolidate ragioni che dovevano essere adeguatamente esposte, con un onere

---

<sup>91</sup> L'inserimento della tutela dell'affidamento legittimo tra i principi fondamentali dell'Unione Europea è stato consacrato dalla nota sentenza Corte di Giustizia, 3 maggio 1978, causa C-112/77, *Topfer*.

<sup>92</sup> Il legittimo affidamento è stato valorizzato quale principio funzionale a garantire il principio di legalità nell'esercizio dei poteri *extra ordinem* del Governo dell'emergenza proprio per la sua capacità a costituire fonte di maggior tutela dei cittadini di fronte al potere “libero” amministrativo. Sul punto, si v. F. GIGLIONI, voce *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enc. Dir.*, Annali VI, cit., 54. Anche nella materia tributaria il problema del legittimo affidamento si è posto proprio con riferimento alla natura giuridica delle circolari, in ragione delle informazioni fornite al contribuente. Già nei primi anni duemila la dottrina, criticando l'orientamento della Cassazione (e in particolare Corte di cassazione, trib., 10 novembre 2000, n. 14619) incline a negare effetti vincolanti alle circolari, rilevava come «le circolari ministeriali, pur vincolanti per i soli uffici finanziari, si caratterizzano per la diretta incidenza sul comportamento del contribuente e ciò trova conferma nell'art. 5 dello Statuto del contribuente, che impone all'amministrazione finanziaria di portare a conoscenza del contribuente in modo tempestivo e con mezzi idonei le circolari e le risoluzioni adottate». S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 81.

<sup>93</sup> Cfr. A. CATELANI, *Le circolari della pubblica amministrazione quali fonti normative per la crisi della pandemia*, cit., 50; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

<sup>94</sup> Su cui si vedano M. WALLERATH, *Die Selbstbindung der Verwaltung, Freiheit und Gebundenheit durch den Gleichheitssatz*, Auflage, 196; H. J. MERTENS, *Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes*, Hamburg, Hansischer Gildenverl, Heitman, 1963; H. SCHOLLER, *Selbstbindung und Selbstfreierung der Verwaltung*, in *Verwaltungs Archiv*, 1968, 293; J. PIETZKER, *Selbstbindung der Verwaltung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1981, 2087; F. OSSENBHUL, *Selbstbindungen der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes*, Hamburg, Hansischer Gildenverlag, 1963, 857; B. RASCHAUER, *Selbstbindungen der Verwaltung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 40, 240; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, Becksche Verlagsbuchhandlung, 1995; Per la dottrina italiana, si veda P. M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990, 170.

motivazionale anche per quegli atti che, in base al *nomen*, non lo richiedevano per l'assenza di una efficacia vincolante.

Proprio in virtù della funzione di garanzia a tutela del legittimo affidamento<sup>95</sup> può essere compreso il *processo di obbiettivazione* delle decisioni amministrative così caratterizzate. L'efficacia che viene considerata esterna appare più come un'efficacia riflessa che, tuttavia, è logicamente consequenziale alla *ratio* della funzione amministrativa. Se infatti, in virtù dell'onere motivazionale, l'effetto "vincolante" della circolare si dipana all'interno degli organi dell'amministrazione nell'esercizio dell'attività amministrativa, anche i soggetti terzi, che vengono ad essere gli effettivi destinatari di tali attività, ne rimangono assoggettati o almeno condizionati. Confinare, al contrario, l'efficacia delle circolari negli atti di *soft law*, accogliendo la risalente e controversa teoria delle norme interne, imporrebbe di accettare l'esaurirsi della loro efficacia all'interno dell'apparato amministrativo, senza ripercussione alcuna nei confronti dei consociati. Tuttavia, verrebbe così svilita la causa prima che connota l'azione amministrativa.

Tali considerazioni, già vevoli per il funzionamento dell'istituto delle circolari, di certo non sembrano smentite e, al contrario, acquistano maggior rilievo proprio nel contesto emergenziale, in cui l'eccezionalità dei fatti, costituendo un imponente rischio per gli interessi di primario rilievo, ha ingenerato un'aspettativa della comunità nei confronti dell'autorità pubblica<sup>96</sup>.

Individuata secondo la prospettiva suddetta la ragione sottesa all'istituto delle circolari, risulta chiara la loro idoneità a disciplinare i rapporti intersoggettivi in maniera spesso più immediata e più efficace della legge. Essa consente anche di spiegare, sotto il profilo dommatico, le ragioni per le quali l'accostamento delle circolari ad atti con valenza normativa non sia stato, nel tempo, sviluppato oltre una certa misura. Una completa assimilazione delle circolari agli atti normativi, pur prescindendo dalle criticità che sul piano formale e sul piano più squisitamente costituzionale emergerebbero, avrebbe senza dubbio condotto ad un irrigidimento dell'azione amministrativa, incompatibile con i principi che la governano, quali, primi tra tutti, il buon andamento e l'efficienza dell'ammini-

<sup>95</sup> Per la dottrina tedesca a sostegno della tesi secondo cui l'efficacia esterna delle circolari sarebbe legata alla tutela dell'affidamento, si veda in particolare H. KLEIN, *Rechtsqualität und Rechtswirkung von Verwaltungsnormen*, in *Festschrift für E. Forsthoff*, München, 1967, 179 ss; ma anche in Francia, si è progressivamente giunti ai medesimi approdi allorché il *Conseil d'État* ha costruito la figura delle *mesures d'ordre intérieur* (ossia, le così dette direttive della discrezionalità), alle quali, nonostante fosse attribuita efficacia meramente interna, era comunque riconosciuta una rilevanza giuridica indiretta nei confronti della collettività. A sostegno della teoria, P. PAVLOPOULOS, *La directive en droit administratif*, Paris, 1978; *contra*, M. WALINE, «L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des «directives»» (*Conseil d'État, 11 décembre 1970, Crédit foncier de France*), R.D.P., 1971.

<sup>96</sup> Sul punto, si rimanda a F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enc. Dir.*, Annali VI, 2013, 45. Si v. anche, C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2005, 5-30.



strazione. In sintesi, i tentativi sopra richiamati – che storicamente hanno tentato di elevare le circolari al livello normativo – sono stati resi vani, come detto, dai vincoli che imponeva una concezione eccessivamente formalistica dell'atto<sup>97</sup>. Del resto, proprio l'elevato grado di tecnicità e l'immediatezza delle soluzioni prospettate da tali strumenti consentono di esaltare la funzione di integrazione e di supporto che essi svolgono nel complesso regolatorio, tale da suscitare la spontanea adesione non solo degli operatori cui sono rivolti, ma anche della collettività.

Sotto tale profilo, la duplice fuga, dalla legge e dal regolamento<sup>98</sup> che si è verificata da ultima con l'emergenza pandemica – in cui non soltanto sono risultate insufficienti le fonti primarie, ma anche quelle secondarie – ha richiesto l'utilizzo di un differente metodo di regolazione, caratterizzato dalla proliferazione di atti amministrativi a contenuto generale, sia in ragione della complessità tecnica delle decisioni da adottare, sia per le esigenze di celerità nel far fronte a situazioni di estrema urgenza.

Tali ragioni, se da un lato possono essere ascritte a contingenze di fatto incontestabili, d'altra parte sembrano da imputare ad un timido atteggiamento degli organi rappresentativi che, mancando di assumersi la responsabilità di affidare la decisione finale al sapere tecnico o scientifico, ha, invece, preferito che tali decisioni a contenuto normativo venissero sì adottate, ma attraverso atti (o addirittura a fatti, come nel caso delle F.A.Q.) non formalmente imposti e, quindi, non vincolanti, ma la cui osservanza è comunque stata ritenuta necessaria.

D'altra parte, le suddette esigenze di flessibilità, tecnicità e celerità delle decisioni, insieme all'atteggiamento degli organi rappresentativi, in un contesto di centralizzazione del potere, hanno contribuito ad aggiungere un maggior grado di persuasività alla pubblica amministrazione e hanno consolidato quel fenomeno per il quale, proprio in ragione dell'*auctoritas* dell'amministrazione, il processo di flessibilizzazione delle fonti consente, non solo che la pubblica amministrazione possa utilizzare atti tipici con finalità atipiche, ma anche che *meri fatti* assumano rilevanza giuridica<sup>99</sup>.

Proprio in questa prospettiva si attestano alcune tendenze della giurisprudenza amministrativa volte a riconoscere rilievo alle circolari. È stato affermato, infatti, che le circolari possano essere considerate «direttive» – quindi sottoposte a controllo preventivo di legittimità – nei casi in cui siano idonee a «garantire

---

<sup>97</sup> In questi termini, risalente dottrina faceva riferimento all'«essenza stessa del provvedimento». Si v. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 206.

<sup>98</sup> Come osserva S. FOÀ, *Le circolari amministrative nell'emergenza pandemica*, cit., 100.

<sup>99</sup> Il fenomeno ha radici risalenti. Sul punto, M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit.; in chiave critica, M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, cit.

unità di indirizzo e parità di trattamento per gli interessati»<sup>100</sup>. In tale ordine di considerazioni si collocano peraltro alcune ricostruzioni della dottrina, là dove, riconducendo l'istituto della circolare al novero delle «fonti terziarie»<sup>101</sup>, lo ha identificato nei «precetti a obbligatorietà condizionata»<sup>102</sup>, in quanto capaci di rendere obbligatori i comportamenti fin tanto che non si dia prova dell'opportunità di non attenersi.

Tali ultime ricostruzioni, al di là delle obiezioni che potrebbero essere sollevate sul piano dommatico, hanno evidenti ricadute anche sul piano del trattamento giurisdizionale. In ragione della idoneità propria di tale tipologia di atti a riconoscere in via generale una facoltà derogatoria in capo ai destinatari pubblici – ancorché subordinata ad uno specifico onere di motivazione –, l'inosservanza, come è noto, funge da parametro per sindacare l'illegittimità dell'atto per eccesso di potere<sup>103</sup>. Proprio sotto il profilo del trattamento, l'utilizzo di atti formalmente inadatti, ma sostanzialmente necessari, sembra aver reso eccessivamente oneroso per gli organi giurisdizionali assumere decisioni volte all'annullamento<sup>104</sup>.

Come visto nel caso giurisprudenziale offerto dalla circolare in tema di vigile attesa, infatti, l'annullamento in sede giurisdizionale sarebbe stato giustificato soltanto dall'esigenza del rispetto della legalità formale, poiché il sacrificio imposto al sistema sanitario sarebbe stato maggiore del beneficio ottenuto. In ciò, allora, si rinviene la rilevanza esterna di tali atti. I giudici amministrativi non hanno potuto rimuovere gli effetti da essi prodotti e hanno dovuto preferire, invece, il mantenimento di atti che, sebbene non illegittimi, di certo hanno condotto ad «ipotesi di confine» a causa della loro capacità ad incidere nella sfera giuridica dei terzi.

In conclusione, è dimostrato dalla lunga incerta tradizione che ne ha caratterizzato l'applicazione che si avverta il bisogno di un riposizionamento dommatico delle circolari – ma più in generale di tutti gli atti che vengono variamente ricondotti alla *soft law*. Tuttavia, nella ricerca di una sistematizzazione di tali atti, il problema dovrebbe esser posto in termini reali, valorizzando gli effetti sostanziali che l'atto esprime, rispetto, invece, ai soli elementi formali. In questa prospettiva, può ricordarsi l'insegnamento secondo cui «fatto e norma sono

<sup>100</sup> Corte dei conti, sez. contr., 4 ottobre 1995, n. 126.

<sup>101</sup> Su cui si veda ampiamente M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2015, 4, 23, 683-742.

<sup>102</sup> N. BOBBIO, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1960, 79.

<sup>103</sup> Su tutti, già F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, cit., 103 ss.

<sup>104</sup> Sulle difficoltà della giurisprudenza amministrativa e costituzionale nell'ambito delle controversie riguardanti la gestione normativa dell'emergenza Covid-19, si v. M. FRANCAVIGLIA, *La gestione normativa dell'emergenza Covid-19. Linee ricostruttive alla luce della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Dir. Pubbl.*, cit., spec. 126 ss.

inscindibilmente legati, nascono per così dire in simbiosi»<sup>105</sup> in quanto la *ratio* della norma non è che la realtà sociale, dalla quale non può prescindere.

D'altra parte, l'espandersi di poteri talmente incisivi in capo alla pubblica amministrazione non può prescindere, come detto, dalla premessa fondamentale secondo cui tali poteri costituiscono un aspetto, o meglio il portato, di un più ampio fenomeno di trasformazione del contesto regolatorio di riferimento, nel quale, a fronte della costante *complessificazione* dell'ordinamento<sup>106</sup>, l'autorità dello «Stato amministrativo»<sup>107</sup> assume un rinnovato valore. Il compito dell'amministrazione – nella sua dimensione organizzativa –, quindi, non è più soltanto quello di 'governare' e 'amministrare'<sup>108</sup>, ma quello di produrre regole di comportamento e farne rispettare la relativa applicazione tramite atti idonei allo scopo.

---

<sup>105</sup> Si rimanda all'elogio pronunciato da G. FERRARA in occasione della presentazione degli Scritti giuridici di Giuseppe Guarino presso l'Università La Sapienza di Roma, 22 novembre 1999, ultima visita 25 novembre 2022.

<sup>106</sup> Su cui si veda A. FALZEA, voce *Complessificazione giuridica*, in *Enc. Giur.*, Annali, I, Milano, 2007, 204, secondo il quale il prodotto del processo di complessificazione è l'insieme come "aggregato", cioè «una molteplicità di elementi tra loro collegati in modo da costituire un "complesso", capace di funzionamento unitario. Questo tipo di complessità, che sfocia nella presentazione del complesso umano nella modalità di un insieme, trova il suo luogo appropriato nella realtà operativa della vita sociale: è un insieme che si presenta come essenzialmente sociale, un fenomeno della complessità sociale». Si veda anche G. BOCCHI, M. CERUTI, *La sfida della complessità nell'età globale*, in G. BOCCHI, M. CERUTI (a cura di), *La sfida della complessità*, Milano, 2007; E. MORIN, *La sfida della complessità*, Firenze, 2018; Più di recente, in tema di complessità, si veda A. MOLITERNI, *Note minime in tema di complessità e diritto amministrativo*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti in onore di Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino, 2021, 810-830.

<sup>107</sup> In questa prospettiva, anche nell'ordinamento giuridico americano lo «Stato amministrativo» si va consolidando ponendo al centro la "domanda" di regolazione tecnica. Sul punto si veda in particolare, C. R. SUNSTEIN, A. VERMULE, *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*, Cambridge Ma. (U.S.), 2020.

<sup>108</sup> Così come affermava M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, in *Quad. cost.*, cit., 479, secondo cui lo Stato amministrativo si caratterizzerebbe anche per la sua dimensione *funzionale*, in cui l'amministrazione non soltanto si pone come amministrazione regolatrice e creatrice del diritto, ma, in tale chiave, anche la legislazione e la giurisdizione si trasformano in amministrazione. Pertanto, la legge e la sentenza sarebbero idonee a diventare «misure amministrative». Su tale profilo, di recente, si veda G. TROPEA, *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Dir. amm.*, cit., 910.

### Abstract

Le circolari amministrative costituiscono un istituto di difficile inquadramento dommatico. Nonostante esse vengano tradizionalmente ricondotte alle «norme interne» della pubblica amministrazione, dimostrano una indubbia capacità ad incidere sui diritti costituzionalmente garantiti. Lo scritto, ricostruendo preliminarmente la costante dialettica tra dottrina e giurisprudenza, esamina l'incessante utilizzo dell'istituto durante l'emergenza pandemica. In tale prospettiva, si sofferma sul caso giurisprudenziale in tema di gestione domiciliare dei pazienti affetti da Covid-19. Tale decisione, sebbene si caratterizzi per le peculiarità del contesto medico sanitario, consente una più ampia riflessione sulla portata sostanzialmente normativa di tali atti e sui principi che ne supporterebbero una differente collocazione sistematica, anche alla luce delle recenti tendenze di espansione dell'attività di regolazione amministrativa.

#### Administrative circulars and «internal rules» to the test of the emergency

Administrative circulars constitute an institution of difficult dommatic framing. Although traditionally traced back to the “internal rules” of public administration, they demonstrate an undoubted ability to affect constitutionally guaranteed rights. Reconstructing preliminarily the constant dialectic between doctrine and jurisprudence, the essay examines the incessant use of the institution during the pandemic emergency. From this perspective, it focuses on the jurisprudential case on the subject of home management of Covid-19 patients. This decision, while characterized by the peculiarities of the medical-health context, allows for a broader reflection on the essentially normative scope of such acts and the principles that would support a different systematic placement, also in light of recent trends of expanding administrative regulatory activity.

# Posibilidad y conveniencia de un nuevo derecho de secesión en las democracias constitucionales

de Gaspar González Represa\*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. ¿Es posible constitucionalizar un derecho de secesión? El debido respeto a los principios constitucionales y el carácter metaconstitucional de la secesión. – 3. ¿Es conveniente constitucionalizar un derecho de secesión? El conflicto entre el Estado de Derecho y la legitimidad democrática de la secesión. – 4. Conclusiones.

## 1. *Introducción*

Los estudios sobre la secesión de entidades infraestatales se nutren frecuentemente de dos grandes debates. Este capítulo se adentra, por un lado, en el debate sobre la capacidad de una democracia constitucional de regular un derecho de secesión y, por otro, en el debate sobre la conveniencia de dicho reconocimiento. Además, estas dos grandes cuestiones son las razones que habitualmente subyacen a la decisión del constituyente de prohibir la secesión, la cual proviene tanto de considerar la secesión como una opción política que un sistema constitucional no puede tolerar por su contradicción con varios principios constitucionales, como de consideraciones estratégicas, ocupando la idoneidad de constitucionalizar la secesión un lugar prioritario en los debates constituyentes<sup>1</sup>.

---

\* Doctor por la Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli* y la Universidad de Málaga. Actualmente, Profesor Sustituto en el área de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga.

Este capítulo corresponde a la ponencia, “Posibilidad y conveniencia de un nuevo derecho de secesión en las democracias constitucionales”, presentada el 16 de noviembre de 2022 en el seminario «Profili di attualità del costituzionalismo contemporáneo» del Dottorato in pluralismo giuridici: prospettive antiche e attuali, en la Università di Palermo, Italia.

Este capítulo se basa en la tesis doctoral, “Self-determination and secession in constitutional democracies. A study of the Spanish case” desarrollada en la Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*, bajo la supervisión de la Dra. Daniela Bifulco, en cotutela con la Universidad de Málaga, bajo la supervisión del Dr. Ángel Rodríguez-Vergara Díaz, y defendida en mayo de 2022.

Esta investigación se integra también en el proyecto «La génesis de nuevos derechos fundamentales en España en el marco del constitucionalismo global (IUSGENESIS)», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación– Agencia Estatal de Investigación/Proyecto, con la referencia PID2021-126875OB-I00, y por la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía (Ayuda ProyExcel\_00457 del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) – Convocatoria 2021), IP Dr. Rafael Naranjo de la Cruz.

<sup>1</sup> R. WEILL, *Secession and the prevalence of both militant democracy and eternity clauses worldwide*, en *Cardozo Law Review*, vol. 40, 2018, 977-985.

Canadá y Reino Unido acertaron al situar el debate de la secesión en el corazón del constitucionalismo democrático y el Estado de Derecho ante las demandas independentistas de Quebec y Escocia<sup>2</sup>. Cuando estos países articularon una respuesta para la secesión basada en estos elementos marcaron definitivamente el camino al resto de democracias para la migración de respuestas constitucionales. La Corte Suprema canadiense en el célebre dictamen *Reference re Secession of Quebec* de 1998 constató los principios que subyacían a la Constitución y que debían regir cualquier solución dada a la secesión: la democracia, el constitucionalismo, el Estado de Derecho, el federalismo y la protección de las minorías. Para el estudio de los dos grandes debates planteados es indispensable la consideración de estos principios, pues son comunes a otros muchos Estados constitucionales con regímenes liberal-democráticos, a los que se pretende dirigir este trabajo. No obstante, nos abstendremos de analizar los dos últimos, el federalismo y la protección de minorías, pues son reglas de juego o condicionantes de los otros tres principios, por lo que trabajaremos únicamente con los principios de constitucionalismo, Estado de Derecho y el principio democrático<sup>3</sup>. No obstante, aunque sean comunes a todos los sistemas constitucionales y sean los únicos que trabajemos en este capítulo, estos no son los únicos principios a considerar, pues cada sistema constitucional debe concretar el encaje constitucional de la secesión de acuerdo con su tradición jurídica y sus particularidades político-legales<sup>4</sup>. De este modo, el resto de Estados no deben copiar estrictamente lo hecho por Canadá o Reino Unido, pero sí deben responder a las mismas cuestiones que estos sistemas se atrevieron a abordar, atendiendo a los principios fundamentales de su propio sistema<sup>5</sup>.

## 2. ¿Es posible constitucionalizar un derecho de secesión? El debido respeto a los principios constitucionales y el carácter metaconstitucional de la secesión

En primer lugar, debe analizarse si la secesión es una aspiración política

<sup>2</sup> A. LÓPEZ-BASAGUREN, *La secesión de territorios en la Constitución Española*, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 25, Madrid, 2013, 96.

<sup>3</sup> A. LÓPEZ-BASAGUREN, *op. cit.*, 2013, 93-100.

<sup>4</sup> A. LÓPEZ-BASAGUREN, *op. cit.*, 2013, 99.

<sup>5</sup> Como los relativos a la titularidad de la soberanía, aunque la *Reference* recurrió escasamente a este principio. La concreta regulación constitucional que haga cada ordenamiento sobre el poder soberano y la adecuación a este de un derecho de secesión debe ser analizado en el estudio concreto de un sistema constitucional. En este capítulo únicamente trabajaremos con la encarnación jurídica de la soberanía, es decir, el poder de reforma constitucional (E. FOSSAS ESPADALER, *Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, 2014, 288; A. LÓPEZ-BASAGUREN, *op. cit.*, 2013, 90-91; *Reference re Secession*, párrafo 75). J. CORCUERA ATIENZA, *Soberanía y autonomía. Los límites del "derecho a decidir"*. *Comentarios de la STC 103/2008*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86, 2009, 334-336.

legítima en una democracia. Aquí se entendería por legitimidad la justificación político-moral de una aspiración y su consideración como justa y razonable. Justificar la satisfacción de una demanda independentista en aras de colmar una exigencia muy respaldada popularmente no es suficiente, puesto que la existencia de una mayoría no es por sí misma legitimadora de sus fines<sup>6</sup>. Aunque la política no puede desatender una amplia mayoría secesionista, la secesión debe encontrar mayor justificación que la de estar respaldada por una gran mayoría. Por tanto, independientemente del respaldo social a la secesión, para dilucidar si una aspiración independentista es legítima debemos preguntarnos si atiende a unas razones aceptables dentro del marco insoslayable de la democracia liberal y pluralista. Es doctrina mayoritaria la que respalda que la secesión es una aspiración que perfectamente encuentra cabida en una democracia liberal, siendo esta la perspectiva de la que parte este capítulo<sup>7</sup>. Si se trata, por tanto, de una aspiración legítima que puede permanecer dentro del debate público, debemos preguntarnos ahora si traspasa o no los límites del Derecho.

Frecuentemente los movimientos independentistas recurren al argumento democrático para legitimar la secesión y su encaje constitucional, lo que obliga a tener en cuenta las relaciones entre el principio democrático y el resto de principios constitucionales. En primer lugar, el encaje de la secesión por una democracia debe partir de la sujeción del principio democrático al constitucionalismo y al Estado de Derecho<sup>8</sup>, estando condicionada su aplicación como criterio prioritario para interpretar la Constitución. La relación entre estos principios es la de una plena interconexión, no pudiendo invocarse de forma aislada un principio y abstraerse de sus contradicciones con otros, como señaló la Corte Suprema canadiense. Por tanto, en el encaje constitucional de la secesión debe siempre valorarse las limitaciones impuestas al principio democrático por estos otros principios constitucionales<sup>9</sup>.

El conflicto entre la primacía de la Constitución y el principio democrático, o entre el Estado de Derecho y el principio democrático, ha sido tradicionalmente una de las cuestiones más problemáticas de la teoría constitucional y ha adquirido nuevamente gran protagonismo a raíz de los recientes episodios secesionistas. La supremacía de la Constitución sobre el principio democrático se

---

<sup>6</sup> M. ARIAS MALDONADO, *Sobre la legitimidad de la secesión territorial en el marco liberal-democrático*, en IDEES, número especial: *Catalunya – España: ¿del conflicto al diálogo político?*, Centre d'estudis de temes contemporanis, Barcelona, 2020 (Disponible en <https://revistaidees.cat/es/sobre-la-legitimidad-de-la-secesion-territorial-en-el-marco-liberal-democratico/> [último acceso: 8 de noviembre de 2022]).

<sup>7</sup> J. M. RUIZ SOROA, *Regular la secesión*, en *La autodeterminación a debate*, editado por J. J. Solozabal, Madrid, 2014, 174-177.

<sup>8</sup> *Reference re Secession*, párrafo 78.

<sup>9</sup> A. CALONGE VELÁZQUEZ, *El derecho de secesión en Canadá: una regulación jurídica completa y un problema político sin resolver*, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 25, Madrid, 2013, 115-116.

justifica en la preservación del propio sistema democrático y los derechos individuales y conlleva que la democracia se ejerza siempre por los procedimientos establecidos por la Constitución<sup>10</sup>. Sin embargo, los movimientos secesionistas en ocasiones han parecido sugerir que sea el principio democrático el que tome prioridad sobre la Constitución, apelando prejurídicamente a este principio para justificar la consecución de sus aspiraciones. De este modo, el principio democrático condicionaría la validez del propio sistema constitucional, que podría ser revocado por el pueblo aun por medios que vulneren los procedimientos y principios constitucionales<sup>11</sup>. No obstante, esta investigación no opta por dar tal prioridad al principio democrático.

La supremacía de la Constitución y del Estado de Derecho sobre el principio democrático supone que este actúe de acuerdo con los procedimientos previamente establecidos. Una democracia se ejerce conforme a unas reglas legales y constitucionales establecidas por procedimientos democráticos<sup>12</sup>, por lo que las consecuencias del principio democrático sólo podrán ser las previstas legalmente<sup>13</sup>. La simple expresión democrática de una amplia voluntad popular a favor de la secesión no produce efectos jurídicos por sí sola por muy amplia que esta sea<sup>14</sup>. Al no estar regulado previamente un derecho de secesión, la expresión democrática de una voluntad secesionista no podrá nunca producir efectos jurídicos<sup>15</sup>. Por ello, una entidad infraestatal no puede apropiarse de un derecho de secesión unilateral al margen de la legalidad bajo el pretexto de una manifestación democrática de una voluntad secesionista. De hecho, Canadá y Reino Unido abogaron en todo momento por el respeto al Estado de Derecho y rechazaron de forma tajante la existencia de un derecho de secesión unilateral.

La democracia se ejerce conforme a unas reglas legales y constitucionales aprobadas por procedimientos democráticos, los cuales son reformables también por procedimientos democráticos establecidos a tal efecto<sup>16</sup>. El constitucionalismo y el Estado de Derecho impiden que se modifique unilateralmente la legalidad para

<sup>10</sup> H. LÓPEZ BOFILL, *Hubris, constitutionalism, and "the indissoluble unity of the Spanish nation": The repression of Catalan secessionist referenda in Spanish constitutional law*, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, 3, Oxford, 2019, 945-946; B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *La acomodación constitucional de la secesión: el caso español*, en *Fundamentos*, 10, Oviedo, 2019, 250.

<sup>11</sup> A. BAR CENDÓN, *Hubris, constitutionalism, and "the indissoluble unity of the Spanish nation": A reply to Héctor López Bofill*, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, 3, Oxford, 2019, 973-976.

<sup>12</sup> A. BAR CENDÓN, *op. cit.*, 973-976.

<sup>13</sup> A. LÓPEZ BASAGUREN, *op. cit.*, 2013, 95.

<sup>14</sup> A. CALONGE VELÁZQUEZ, *op. cit.*, 115-116.

<sup>15</sup> *Reference re Secession*, párrafo 87, "The democratic principle identified above would demand that considerable weight be given to a clear expression by the people of Quebec of their will to secede from Canada, even though a referendum, in itself and without more, has no direct legal effect, and could not in itself bring about unilateral secession".

<sup>16</sup> A. BAR CENDÓN, *op. cit.*, 973-976.



el reconocimiento de un derecho de secesión, debiendo reconocerse la legalidad vigente y transformarla por los cauces democráticos existentes<sup>17</sup>. El constitucionalismo exige que cualquier reforma constitucional cumpla siempre con los procedimientos de reforma establecidos y las mayorías cualificadas fijadas para ello. Eludir los límites formales al poder de revisión constitucional para reconocer un derecho de secesión supondría actuar al margen de la legalidad constitucional y recurrir a la vía de los hechos bajo la justificación de una voluntad popular coyuntural.

En el Derecho Comparado se pueden distinguir dos tipos de encaje constitucional de la secesión. Por un lado, la opción de considerar que la secesión es una opción política que el sistema constitucional puede tolerar y a la que se puede encontrar encaje sin reformar la Constitución. Este es el caso de Escocia y la celebración del referéndum de 2014 o el caso de Canadá con Quebec<sup>18</sup>. Cuando no sea posible encontrar encaje a la secesión de este modo por su contradicción con principios y preceptos constitucionales, la otra opción es reformar la Constitución para regular un derecho de secesión y salvar su contradicción con ciertos preceptos constitucionales, modificando aquellos principios estructurales afectados por este derecho para evitar una falta de coherencia que perjudique su funcionalidad<sup>19</sup>. No obstante, en ambos tipos de encaje constitucional de la secesión haría falta en principio una posterior reforma constitucional tras el ejercicio del derecho por una entidad infraestatal que culmine el proceso secesionista ajustando el marco constitucional vigente a un nuevo ámbito territorial y personal de aplicación.

Estos dos tipos de encaje constitucional de la secesión son dos modos distintos de regular los efectos jurídicos de una expresión democrática de una voluntad popular a favor de la secesión. La elección por una u otra de estas alternativas y la necesidad de la reforma constitucional para reconocer un derecho de secesión dependerá de las contradicciones entre este y los principios constitucionales fundamentales. En el primer caso, una voluntad secesionista produce efectos jurídicos en base a un acuerdo democrático y una regulación no integrada en la Constitución, proveyendo a la secesión de la necesaria cobertura legal. Esta opción es posible siempre que no se produzcan contradicciones con la Constitución, no siendo necesaria, por tanto, su reforma, y dando cobertura legal a un concreto proceso de secesión. En cambio, en el otro supuesto una manifestación democrática de una voluntad secesionista produce efectos jurídicos en base a la regulación constitucional de un derecho de secesión realizada mediante una previa reforma de la Constitución. En estos casos las contradicciones de la secesión con la Constitución solo son salvables previa reforma, siendo un derecho ejer-

<sup>17</sup> M. MEDINA ORTEGA, *Derecho de secesión en la UE*, Madrid, 2014, 186-187, 193-195.

<sup>18</sup> A. MACIVER, *Metaconstitutionalising Secession: The Reference and Scotland (In Europe)*, en *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession, Legacies of the Quebec Secession Reference*, editado por G. DELLEDONNE y G. MARTINICO, Cham, 2019, 115-117.

<sup>19</sup> B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREJEDO, *op. cit.*, 260.

citabile por todas aquellas entidades infraestatales legitimadas para ello de acuerdo con la regulación dada. La necesidad de la reforma constitucional para reconocer un derecho de secesión junto a la posibilidad de que dicha reforma se lleve a cabo son dos cuestiones cruciales y ampliamente discutidas. Para dar respuesta a ambas deben tenerse en cuenta las particularidades de cada sistema político, el diseño constitucional respecto a la secesión y los límites materiales a la reforma constitucional, factores todos ellos que nos obligan a realizar distintas consideraciones.

En primer lugar, debemos analizar aquellas Constituciones que prohíben la secesión, diferenciando entre aquellas que lo hacen de forma explícita y aquellas otras implícitamente. Mientras que la necesidad de la reforma es evidente en aquellas Constituciones que prohíben la secesión explícitamente, esto genera mayores dudas en las prohibiciones implícitas. No obstante, considerar que una reforma constitucional podría eludirse en estos casos constituye una interpretación muy forzada, pues siempre existiría una clara contradicción con un precepto constitucional. Si la reforma para el encaje constitucional de la secesión es necesaria en cualquier Constitución que la prohíba implícita o explícitamente, la distinción entre aquellas Constituciones que consideran el correspondiente precepto una cláusula de intangibilidad y aquellas otras que no, resulta esencial para valorar la posibilidad de la reforma y, eventualmente, del encaje constitucional de la secesión. En aquellas Constituciones que prohíben la secesión sin establecer una cláusula de intangibilidad al respecto, la secesión contradice la Constitución, pero si el poder de revisión constitucional no cuenta con límites materiales no se podría sostener a priori que mediante una reforma no se pueda salvar dicha contradicción. El reconocimiento de un derecho de secesión sería posible de forma implícita al reconocer la Constitución procedimientos para su reforma y no establecer límites materiales al respecto. En cambio, en aquellas Constituciones en las que la prohibición de la secesión constituye una cláusula de intangibilidad, la secesión no es legalmente posible al no poder reformarse el precepto que la prohíbe, no encontrando cauce legal alguno para desarrollarse, ni siquiera mediante la reforma constitucional, por lo que en estos casos nunca será posible acomodar la secesión. Este es el caso de Francia<sup>20</sup>, Portugal<sup>21</sup> o Italia<sup>22</sup>, que declaran irreformable el principio de integridad territorial.

---

<sup>20</sup> Artículo 89 de la Constitución francesa.

<sup>21</sup> Artículo 288.a) de la Constitución portuguesa.

<sup>22</sup> En base a la interpretación de la Corte Constitucional italiana del artículo 5 en relación con el 139 de la Constitución en la Sentencia 118/2015, del 25 de junio de 2015, “La unidad de la República es uno de los elementos más esenciales del ordenamiento constitucional que debe ser excluido incluso de los poderes de revisión constitucional” (G. DELLEDONNE y M. MONTI, *Secessionist Impulses and the Italian Legal System: The (Non) Influence of the Secession Reference*, en *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession*, editado por G. DELLEDONNE y M. MARTINICO, Cham, 2019, 185-207). “L’indivisibilità della Repubblica è un limite assoluto che nessuna maggioranza parlamentare (e nemmeno l’organo nella sua unanimità), può in alcun modo travalicare, se non al costo di produrre una drastica e definitiva rottura dell’ordinamento costituzionale” (C. DE FIORES y D. PETROSINO, *Secessione*, Roma, 1996, 98-99).

Por tanto, la pregunta de si es posible constitucionalizar un derecho de secesión debe reformularse a si existen o no límites materiales a la reforma constitucional que impidan reconocer dicho derecho. En el párrafo anterior nos hemos referido a los límites materiales a la reforma impuestos por el poder constituyente de un Estado, aquel núcleo estable e irreformable que se pretende sustraer del debate<sup>23</sup>. Estos límites se derivan de la propia configuración del sistema político e impiden una alteración de los elementos esenciales del sistema democrático que dé lugar a otra fórmula estatal, en este caso, de la integridad territorial del Estado. Sin embargo, además de este tipo de límites materiales a la reforma, debemos distinguir aquellos otros límites aplicables a todas las Constituciones<sup>24</sup>, pues derivan del concepto normativo liberal de Constitución y de los principios inspiradores del constitucionalismo moderno<sup>25</sup>. Por tanto, a la hora de valorar si una reforma constitucional que reconozca un derecho de secesión es posible será esencial tener en cuenta ambos tipos de límites materiales a la reforma.

Debemos tratar ahora aquellas Constituciones que ni regulan ni prohíben la secesión y se mantienen en silencio, con las cuales resulta más difícil pronunciarse sobre la necesidad de su reforma. A priori podría parecer que la reforma se podría omitir al no existir una contradicción con un precepto constitucional. Sin embargo, esta constituye también una interpretación muy forzada que debemos descartar, pues la *Reference* sostuvo que en las Constituciones que guardan silencio sobre la secesión se debe evitar una interpretación literal del texto<sup>26</sup>. La Corte canadiense fue más allá de una lectura superficial de la Constitución, pues esta abarca también el conjunto de principios constitucionales implícitos que subyacen al texto<sup>27</sup>. La *Reference* desplazó la imperatividad del texto constitucional en beneficio de un mayor entendimiento de sus principios generales, que constituyen el verdadero espíritu de la Constitución<sup>28</sup>. Es necesaria la consideración de estos principios constitucionales subyacentes para esclarecer si es necesaria la reforma constitucional para encontrar encaje a la secesión<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> K. HESSE, *Concepto y cualidad de la Constitución*, en *Escritos de Derecho Constitucional*, editado por P. CRUZ VILLALÓN y M. AZPITARTE SÁNCHEZ, 2011, 25-26.

<sup>24</sup> Esta distinción se analiza en J. RUIPÉREZ ALAMILLO, *Una cuestión nuclear para la teoría del Derecho Constitucional: sobre la reforma de la Constitución y sus funciones en el Estado Constitucional Democrático*, en *Anuario da Faculdade de Direito*, 1, 1997, 481-482.

<sup>25</sup> J. RUIPÉREZ ALAMILLO, *Constitución y autodeterminación*, Madrid, 1995, 115-123.

<sup>26</sup> G. MARTINICO, *A Message of Hope: A Legal Perspective on the Reference*, en *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession*, editado por G. DELLEDONNE y G. MARTINICO, Cham, 2019.

<sup>27</sup> *Reference re Secession*, párrafo 148: "The Constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitutional enactment, without more, may be misleading. It is necessary to make a more profound investigation of the underlying principles that animate the whole of our Constitution".

<sup>28</sup> A. LÓPEZ-BASAGUREN, *op. cit.*, 2013, 93.

<sup>29</sup> *Reference re Secession*, párrafo 84.

Sin embargo, estos mismos principios subyacentes que determinan la necesidad de la reforma para acomodar la secesión en las Constituciones que guardan silencio sobre esta pueden también condicionar su posibilidad actuando como límites materiales implícitos a la reforma<sup>30</sup>. De este modo, tanto los límites derivados del concepto normativo liberal de Constitución y del constitucionalismo moderno como aquellos establecidos por el constituyente de una comunidad política, pueden ser explícitos o implícitos, derivando estos últimos de los mencionados principios constitucionales subyacentes y siendo los que sumen una mayor complejidad a la hora de interpretar la posibilidad de una reforma constitucional para regular un derecho de secesión. Además, los principios constitucionales subyacentes deben tenerse en cuenta para valorar la necesidad de la reforma constitucional y su posibilidad no sólo con las Constituciones. Ante la imposibilidad de reformar la Constitución y de acomodar la secesión en cualquiera de los diseños constitucionales analizados por la existencia de límites materiales a la reforma, ya sean explícitos o implícitos, en ocasiones se ha teorizado sobre un proceso constituyente no constituido. La entrada en escena de un nuevo poder constituyente para sustituir al poder constituyente anterior provocaría la aparición de un nuevo sistema constitucional<sup>31</sup>. La legitimidad de la nueva Constitución que emane de este proceso dependería de la efectividad de sus preceptos y no del procedimiento seguido para su aprobación, que no será el previsto para la reforma. La ruptura de la Constitución como pacto político fundacional de forma deliberada por el Estado matriz y el desarrollo de un nuevo proceso constituyente daría lugar a una nueva Constitución reconociendo un derecho de secesión. Sin embargo, esta posibilidad siempre supondrá legitimar futuras violaciones de la legalidad constitucional por el propio sistema<sup>32</sup>.

Uno de los principios subyacentes de cualquier Constitución es el de la firme intención de estabilidad y permanencia<sup>33</sup>, presumiéndose que en su elaboración va implícita una voluntad de perpetuación tanto de unos contenidos normativos en sentido material, como de la propia Constitución como norma suprema<sup>34</sup>. La Constitución refleja la organización política que el constituyente de un pueblo da a este, siendo su supremacía dentro del ordenamiento un mecanismo para preservar una concreta configuración del poder, la propia democracia y los dere-

---

<sup>30</sup> B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREJEDO, *op. cit.*, 274.

<sup>31</sup> G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derecho y Fuerza*, en *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, 2000, 108-120.

<sup>32</sup> C. DE FIORES, *op. cit.*, 98-99.

<sup>33</sup> B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREJEDO, *op. cit.*, 258-260.

<sup>34</sup> Discurso de Abraham Lincoln en su toma de posesión como Presidente de los Estados Unidos, "Perpetuity is implied, if not expressed, in the fundamental law of all national governments. It is safe to assert that no government proper, ever had a provision in its organic law for its own termination".

chos individuales<sup>35</sup>. Una Constitución es el pacto fundacional de una comunidad política y un marco regulador de una convivencia con propósito de perpetuidad y estabilidad, la cual trata de garantizar, razón por la que la mayoría de Constituciones prohíben la secesión<sup>36</sup>. Por tanto, la unidad del Estado debe considerarse consustancial a la voluntad de estabilidad y permanencia de una Constitución<sup>37</sup>. Una buena prueba de ello tendría lugar cuando la secesión encontrase encaje constitucional y se produjese un proceso secesionista en el país. En estos casos hemos sostenido la posibilidad de una reforma constitucional, que sería la segunda para aquellos sistemas que han constitucionalizado un derecho de secesión, en la que se ajustaría el marco constitucional a la nueva realidad resultante tras quebrar la unidad nacional. Sin embargo, deben tenerse en cuenta las contradicciones entre dicha reforma y el concepto de Constitución. Si una Constitución aspira a fundar y garantizar una convivencia y esta se fractura, esta Constitución ya no podría ejercer como norma suprema de una organización política, pues ha sido incapaz de garantizar la razón misma de su existencia. Si la Constitución representa el inicio de una nueva convivencia, la secesión supondría su final y, por tanto, el de la vida efectiva de una Constitución. De este modo, sería necesario una nueva Constitución para ese Estado matriz resultante, que será el inicio de otra nueva convivencia y expresará un nuevo compromiso de permanencia y estabilidad que la anterior Constitución no pudo garantizar. La integridad territorial equivaldría entonces a una cláusula de intangibilidad implícita de la Constitución y la secesión se culminaría con el ejercicio del poder constituyente originario<sup>38</sup>. Además de las contradicciones de la reforma con el concepto de Constitución, deben destacarse también las contradicciones con el concepto de reforma constitucional. Si la Constitución articula la existencia de un Estado, de un pueblo y de un orden político, la reforma constitucional pretende garantizar la continuidad de todos esos elementos, no pudiendo aprobarse una reforma constitucional que rompa la continuidad del Estado al contradecir su función principal. Dicha contradicción plantearía la necesidad de un nuevo proceso constituyente en lugar de un proceso de reforma constitucional una vez ejercido un derecho de secesión.

Constatada la necesidad de un nuevo proceso constituyente tras una secesión, debemos continuar analizando la necesidad y posibilidad de la reforma en el proceso previo de encaje constitucional de la secesión. La *Reference* sostuvo que, aunque no se produjese una contradicción de la secesión con un precepto constitucional concreto, la reforma constitucional era necesaria, ya que durante la convivencia de la entidad infraestatal con el resto del país se habían establecido

---

<sup>35</sup> H. LÓPEZ BOFILL, *op. cit.*, 944.

<sup>36</sup> B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 258.

<sup>37</sup> A. LÓPEZ-BASAGUREN, *op. cit.*, 2013, 88-93.

<sup>38</sup> B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 272-273.

unos estrechos vínculos y valores compartidos cuya ruptura se produciría con la secesión, pudiendo canalizarse semejante alteración únicamente a través de una reforma constitucional<sup>39</sup>. La conclusión de la *Reference* es acertada, pero además de la contradicción de la secesión con los frutos de esta convivencia es necesario retrotraerse al origen de dicha contradicción, que es la voluntad de estabilidad y permanencia de la Constitución que funda dicha convivencia. La secesión supone una importante contradicción con dicha voluntad, por lo que será lógico considerar a priori que la reforma constitucional para acomodar la secesión sería siempre necesaria, independientemente del diseño constitucional al respecto<sup>40</sup>. Aunque esto no tiene incidencia para las Constituciones que prohíben la secesión, pues ya habíamos señalado la necesidad de la reforma en estos casos, sí tendría importancia en las Constituciones que guardan silencio sobre la secesión, en las que la necesidad de la reforma dependía de los principios constitucionales subyacentes.

Aun interpretando la *Reference* que dicho principio de auto-preservación inherente a toda Constitución hacía necesaria su reforma para acomodar la secesión, no consideró que la imposibilitase<sup>41</sup>. El reconocimiento de un derecho de secesión en una Constitución supone una contradicción con el concepto de Constitución<sup>42</sup>. Se suele afirmar que reconocer un derecho de secesión equivaldría a legalizar una especie de derecho de autodestrucción de la Constitución y de la convivencia en común, estando el Estado cuestionado permanentemente<sup>43</sup>. La inclusión de un derecho de secesión en una Constitución le otorgaría transitoriedad, estando siempre su vigencia condicionada al ejercicio de este derecho<sup>44</sup>. Por tanto, es necesario reflexionar sobre si la contradicción de la secesión con el concepto de Constitución haría imposible la reforma constitucional para encontrarle encaje constitucional. En esta hipótesis habría que admitir que la secesión nunca podría ser acomodada, ni con reforma constitucional ni sin ella. Por tanto, la secesión de entidades infraestatales sería una opción metaconstitucional, que sobrepasa los límites de una Constitución o, más bien, de su concepto. Esta hipótesis nos llevaría a asumir que la secesión en sí misma significa inevitablemente revolución, lo que explicaría que las Constituciones se mantengan en

<sup>39</sup> A. LÓPEZ-BASAGUREN, *op. cit.*, 2013, 92.

<sup>40</sup> G. LOMBARDI, Estudio Preliminar, en: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución vs ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 2009, XV-XXVI.

<sup>41</sup> F. PALERMO, *Towards a Comparative Constitutional Law of Secession*, en *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession, Legacies of the Quebec Secession Reference*, editado por G. DELLEDONNE y G. MARTINICO, Cham, 2019, 265.

<sup>42</sup> C. DE FIORES, *op. cit.*, 99.

<sup>43</sup> J. DE MIGUEL BÁRCENA, *Justicia Constitucional y secesión. El caso del proceso soberanista catalán*, Madrid, 2019, 314-315.

<sup>44</sup> N. GONZÁLEZ CAMPAÑA, *Secesión y constitucionalismo comparado*, en *Revista de Derecho Político*, 106, Madrid, 2019, 109-110.

silencio o directamente la prohíban<sup>45</sup>. La secesión no se podría someter a reglas jurídicas, siendo una cuestión de hecho que se desarrolla al margen del Derecho. La Corte Suprema estadounidense en el caso *Williams v. Bruffy* de 1887 afirmó que la validez de los actos posteriores a un intento de secesión dependía de que la revolución finalizase con éxito, esto es, una política de hechos consumados. La Corte consideró una revolución una cuestión fáctica y que, por tanto, la viabilidad del nuevo Estado dependía de que en la práctica la secesión fuese reconocida internacionalmente. Por tanto, si el intento de secesión por medio de una revolución fracasa en establecerse de forma permanente sobre un territorio, los actos posteriores carecerán de validez<sup>46</sup>. En cambio, si la secesión tiene éxito y es reconocida, los actos posteriores serán los de un nuevo Estado independiente<sup>47</sup>.

### 3. *¿Es conveniente constitucionalizar un derecho de secesión? El conflicto entre el Estado de Derecho y la legitimidad democrática de la secesión*

Aunque Canadá y Reino Unido encauzasen la secesión por medios constitucionales bajo la inspiración del principio democrático<sup>48</sup>, la consideración de un sistema como democrático no conlleva en ningún caso la concesión de un derecho de secesión para las entidades infraestatales o la tolerancia de esta. Un Estado no es más democrático por reconocer un derecho de secesión ni va a dejar de serlo por no conceder dicho derecho o directamente prohibir la secesión, lo que de lo contrario nos llevaría a negar el carácter democrático a un gran número de países<sup>49</sup>. Partiendo de que reconocer un derecho de secesión es una posibilidad por la que opta el constituyente, la valoración de la idoneidad de dicha opción es una cuestión recurrente en la doctrina<sup>50</sup>. En la función del Derecho de canalizar expectativas sociales y políticas, constitucionalizar un derecho de secesión supone el modo más radical de canalización jurídica de una aspiración secesionista, por lo que es especialmente importante valorar su idoneidad. De este modo, se produce un intenso debate sobre la conveniencia de constitucionalizar la secesión o de abstenerse a hacerlo basado en infinidad de argumentos extralegales<sup>51</sup>,

<sup>45</sup> A. MACÍVER, *op. cit.*, 115-117.

<sup>46</sup> H. LÓPEZ BOFILL, *op. cit.*, 963.

<sup>47</sup> N. GONZÁLEZ CAMPAÑA, *op. cit.*, 113-114.

<sup>48</sup> E. ALBERTÍ ROVIRA, *La reforma constitucional y el futuro del Estado Autonómico. En especial, el problema constitucional planteado en Catalunya*, en *La organización territorial del Estado*, actas del XIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, editado por J. TUDELA ARANDA, 2016, 263-265.

<sup>49</sup> T. GINSBURG y M. VERSTEEG, *From Catalonia to California: Secession in Constitutional Law*, en *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 15, 2019, 35.

<sup>50</sup> T. GINSBURG y M. VERSTEEG, *op. cit.*, 9; A. Calonge Velázquez, *op. cit.*, 116-117.

<sup>51</sup> Á. RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, *Moving towards independence breaching the Law: self-determination*

a pesar de que sería muy difícil pronosticar las inciertas consecuencias prácticas del reconocimiento de un derecho de secesión y de que sería necesario un escrutinio país por país.

Los detractores del reconocimiento de un derecho de secesión sostienen que su simple previsión constitucional podría entorpecer la estabilidad de un país cuyo futuro e integridad dependería de las entidades territoriales que lo conforman<sup>52</sup>. El encaje constitucional de la secesión supondría una perturbación para el sistema democrático y la dinámica institucional que pondría en peligro su funcionamiento<sup>53</sup>. Una potencial secesión crearía incertidumbre política, afectando inevitablemente a la capacidad del Estado de iniciar proyectos<sup>54</sup>. Las entidades infraestatales que puedan ejercer el derecho de secesión ostentarían una posición sumamente favorable para ejercer presiones estratégicas al Estado con un derecho como herramienta de negociación de la que carecerían otras regiones que no cumplan los requisitos para ejercer dicho derecho. Estos comportamientos estratégicos degradarían la política ordinaria y la gestión pública, así como el fin de una Constitución comprometida con el éxito de una vida en común<sup>55</sup>. El reconocimiento de un derecho de secesión haría que, ante cualquier promesa incumplida por el Gobierno central, la entidad infraestatal tuviese un poder de coacción amenazando con ejercer el derecho y abandonar el Estado por cualquier beneficio que pudiera reportarle<sup>56</sup>.

Hay autores que sugieren ciertos argumentos a favor de reconocer un derecho de secesión desde una aproximación pragmática, partiendo de que el constituyente nunca puede estar interesado en albergar una región contra la propia voluntad de esta<sup>57</sup>. Aunque los movimientos independentistas en Reino Unido y Canadá tuvieron lugar en sistemas constitucionales con muchas particularidades, estos son dos ejemplos que demuestran que encontrar encaje constitucional a la

---

*and secession in Catalonia*, en *Rassegna di diritto pubblico europeo*, vol. XVII, 2019, 363-368.

<sup>52</sup> El clásico trabajo de C. SUNSTEIN, *Constitutionalism and Secession*, University of Chicago Law Review, 58, 1991, 633-670, escrito durante el desmembramiento de la Unión Soviética al principio de los años 90, es un artículo muy referenciado en el debate sobre la idoneidad de constitucionalizar un derecho de secesión. Sunstein es un firme partidario de que las Constituciones no otorguen un derecho de secesión por los posibles chantajes por parte de los sujetos legitimados para este derecho y la consiguiente inestabilidad en el Estado, que limitaría la capacidad de afrontar proyectos a largo plazo. No obstante, Sunstein sí reconoce ciertas situaciones en las que dicha alternativa podría ser beneficiosa.

<sup>53</sup> R. WEILL, *op. cit.*, 915.

<sup>54</sup> N. W. BARBER, *The Constitutional regulation of Scottish secession*, en *Oxford Legal Studies Research Paper Series*, 38, 2015, 2-3.

<sup>55</sup> C. SUNSTEIN, *op. cit.*, 648-650.

<sup>56</sup> T. GINSBURG y M. VERSTEEG, *op. cit.*, 22-23.

<sup>57</sup> "A Nation should never have interest in containing a region against the will of its People. If the will of this part of State is become independent, its secession must be enabled. If doubts arise about national borders, consult the population of the area in dispute" (E. Renan, 1983).



secesión puede llegar a mejorar la estabilidad política y reducir el apoyo popular a la secesión<sup>58</sup>. Además, el encaje constitucional de la secesión canalizaría jurídicamente y mitigaría las tensiones territoriales, forzando al independentismo a realizar un análisis de costes y beneficios de la secesión, algo que no haría si dicha cláusula no estuviese reconocida y que podría llevarle a rechazar por sí mismo la secesión. Además, el simple hecho de que un sistema constitucional otorgue la posibilidad de secesionarse haría desaparecer una de las principales quejas del independentismo, el poder decidir sobre el futuro de su región<sup>59</sup>. Otro importante argumento a favor de reconocer un derecho de secesión es que otorgaría significancia constitucional a las regiones más pequeñas, protegiendo su posición dentro de un gran Estado frente a otras regiones vecinas más poderosas e influyentes<sup>60</sup>.

Algunos partidarios de constitucionalizar un derecho de secesión sostienen que paradójicamente su reconocimiento podría ser una herramienta útil para impedir que la secesión tenga lugar<sup>61</sup>. Algunos autores han señalado que, en lugar de una prohibición explícita de la secesión en la Constitución, el modo más efectivo para impedirla es regular un complejo procedimiento para la independencia que la haga imposible en la práctica<sup>62</sup>. Por tanto, el encaje constitucional de la secesión por algunos Estados respondería en mayor medida a razones estratégicas y políticas y a una firme intención de impedirla, al igual que en aquellos que directamente la prohíben<sup>63</sup>. No obstante, la gran trascendencia de un acto de secesión justifica este tipo de requisitos sumamente estrictos. Además, aunque aceptemos que la regulación de la secesión sea utilizada en ocasiones como un método para impedirla, no puede equipararse con aquellas Constituciones que directamente la prohíben.

La presunción por los autores de numerosos inconvenientes del encaje constitucional de la secesión conlleva a la propuesta de otros mecanismos con-

---

<sup>58</sup> Á. RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, *op. cit.*, 363-367.

<sup>59</sup> D. WEINSTOCK, *Constitutionalizing the Right to Secede*, en *The Journal of Political Philosophy*, vol. 9 (2), Malden, 2001, 200-203.

<sup>60</sup> N. W. BARBER, *op. cit.*, 1-4. Barber, al igual que Sunstein, expone numerosas razones para rechazar el encaje constitucional de la secesión y el reconocimiento de un derecho. Sin embargo, no niega la existencia de ciertos beneficios de reconocer este derecho en determinadas circunstancias.

<sup>61</sup> El reconocimiento de un derecho de secesión en la Constitución etíope o, incluso, la aprobación de la *Clarity Act* canadiense han sido algunos de los ejemplos citados por la doctrina en este sentido. Esta última fue considerada una interpretación abusiva de la *Reference* por el Gobierno federal en aras de constreñir un proceso secesionista. Esto se debe al arduo procedimiento y los requisitos excesivamente estrictos para la secesión fijados por la *Clarity Act*, tales como la exigencia de claridad en la pregunta, una imprecisa regla de una mayoría clara, la dudosa imparcialidad de la Cámara de los comunes a la hora de valorar los dos elementos anteriores y la ingente cantidad de asuntos a tratar en las negociaciones.

<sup>62</sup> D. WEINSTOCK, *op. cit.*, 197-201.

<sup>63</sup> R. WEILL, *op. cit.*, 932-933.

stitucionales que satisfagan las aspiraciones independentistas. Partiendo de que constitucionalizar la secesión debe ser considerado un último remedio, nos preguntamos en qué supuestos concurren las circunstancias necesarias para recurrir a él. Este capítulo propone que estos serían aquellos casos en los que una amenaza secesionista represente un reto contra la aplicabilidad de un ordenamiento y su eficacia en un territorio, dificultando gravemente la gobernabilidad de un país sin existir otra solución constitucional efectiva que solucione dicha amenaza<sup>64</sup>. Debemos preguntarnos, por tanto, cuándo una aspiración secesionista podría representar tal desafío hasta el punto de hacer aconsejable reconocer un derecho de secesión en la Constitución. En este epígrafe abogamos por que el conflicto entre legalidad y legitimidad, disociación planteada por la *Reference*, determine dichas situaciones extraordinarias y, por tanto, la conveniencia de acomodar la secesión<sup>65</sup>.

Antes de profundizar en el conflicto entre legalidad y legitimidad debemos esclarecer el concepto de legitimidad al que recurriremos, referido tanto a la propia legalidad como a una aspiración política, en este caso la secesión de una entidad infraestatal. Aunque la legalidad pueda ser interpretada de modos diversos, su expresión escrita pone límites a su significado. Sin embargo, la gran dimensión subjetiva de la legitimidad hace que pueda hablarse de distintos significados de esta<sup>66</sup>. Respecto al significado de legitimidad en relación a la legalidad, legitimidad equivale a la razón por la que los destinatarios obedecen la norma jurídica de forma espontánea, lo que se debe a una dimensión justificadora o de obligatoriedad moral. Una norma es legítima si tiene un contenido justo, razonable o moralmente justificado<sup>67</sup>. De este modo, la legitimidad de la norma se traduce en la predisposición de una sociedad a obedecerla voluntariamente sin necesidad de recurrir a la fuerza<sup>68</sup>. En este sentido, la legitimidad está íntimamente conectada a la eficacia, esto es, al cumplimiento de una norma por sus destinatarios. La eficacia de la legalidad, en definitiva, se podrá obtener mediante su legitimidad o mediante el uso de la fuerza. Por otro lado, respecto a la legitimidad de la secesión como aspiración política podemos diferenciar a su vez tres significados de legitimidad. Legitimidad entendida como justificación político-moral de dicha aspiración, a la que hicimos referencia al principio del epígrafe anterior, por lo que aquí legitimidad equivale a justicia o licitud. En segundo lugar, legitimidad entendida como cumplimiento o conformidad con la ley, por lo que legitimidad

---

<sup>64</sup> Á. RODRÍGUEZ VERGARA DÍAZ, *op. cit.*, 364-365; B. Aláez Corral y F. J. Bastida Freijedo, *op. cit.*, 255-256.

<sup>65</sup> J. DE MIGUEL BÀRCENA, *op. cit.*, 63-64.

<sup>66</sup> X. ARBÓS MARÍN, *Legalidad y legitimidad en el 'procés'*, en IDEES, número especial: *Catalunya – España: ¿del conflicto al diálogo político?*, Barcelona, 2020, 1.

<sup>67</sup> L. PRIETO SANCHIS, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, 2011. 1º Ed. 2005, 100-103.

<sup>68</sup> M. WEBER, *Economía y Sociedad*, México D. F., 2014. 1º Ed. 1922, 1083-1085.

aquí equivale a legalidad. Y, por último, legitimidad entendida como respaldo democrático de dicha aspiración política en el territorio secesionista, pudiendo hablarse en este supuesto de legitimidad democrática.

El conflicto entre legalidad y legitimidad se traduce, en este caso, en un conflicto entre la legalidad que impide la secesión y la legitimidad democrática de esta, entendida como respaldo democrático a dicha aspiración política. Como hemos dicho anteriormente, los independentismos recurren al argumento democrático para justificar la secesión o su encaje constitucional. Si una colectividad ha prestado un apoyo mayoritario y constante a la independencia, esta cuenta con legitimidad democrática<sup>69</sup>. Sin embargo, debemos recordar que la expresión democrática de una voluntad popular no puede entenderse exclusivamente en base al principio democrático<sup>70</sup>. En una democracia cualquier acto debe ser conforme a la legalidad, por lo que la legitimidad democrática de la secesión no puede imponerse al margen de esta. El riesgo de esto sería la pérdida de legitimidad de sus reivindicaciones, aun contando estas con una gran legitimidad democrática, pues aquí la legitimidad se entendería como cumplimiento de la legalidad, por lo que la aspiración política dejaría de ser legítima por ser ilegal. Recapitulando, el argumento democrático de las aspiraciones secesionistas desafiará en muchas ocasiones a una legalidad que prohíbe la secesión y que supone un límite para su legitimidad democrática<sup>71</sup>. El carácter normativo de la Constitución obliga a los poderes públicos a cumplir con la legalidad constitucional, por lo que una secesión en contra de la legalidad debe ser rechazada por sufrir una gran pérdida de legitimidad por su ilegalidad<sup>72</sup>.

Del mismo modo que la legitimidad democrática de la secesión como aspiración política no se puede imponer a la legalidad, la legalidad no se puede imponer al margen de dicha legitimidad democrática. Por ello, la legalidad debe estar sujeta al test o prueba de legitimidad ante la expresión democrática de una amplia voluntad popular a favor de la secesión<sup>73</sup>, debiendo lidiar de forma satisfactoria con dicha voluntad cuando presente sólidos fundamentos democráticos<sup>74</sup>. En

---

<sup>69</sup> En el caso de Escocia, el Gobierno británico reconoció la legitimidad democrática de las aspiraciones independentistas cuando el SNP obtuvo mayoría absoluta en las elecciones al Parlamento escocés de 2011 tras prometer en su *Manifiesto* que convocarían un referéndum independentista si obtenían un gran respaldo electoral (A. LÓPEZ-BASAGUREN, *Escocia y el referéndum por la independencia: algunas enseñanzas*, en *La autodeterminación a debate*, editado por J. J. SOLOZABAL, Madrid, 2014, 116-117).

<sup>70</sup> A. LÓPEZ-BASAGUREN, *op. cit.*, 104-105.

<sup>71</sup> N. GONZÁLEZ CAMPANÁ, *op. cit.*, 112-113.

<sup>72</sup> L. PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, 31-37; M. GONZÁLEZ PASCUAL, *Unión Europea y secesionismo, ¿silencio de los tratados? La identidad regional como parte de la identidad constitucional nacional*, en *Fundamentos*, 10, Oviedo, 2019, 384-386.

<sup>73</sup> A. LÓPEZ BASAGUREN, *op. cit.*, 2014, 118-119.

<sup>74</sup> *Reference re Secession*, párrafo 67, “(...) A system of government cannot survive through

ocasiones, los Estados intentan imponer la legalidad sin intentar adecuarla a la legitimidad democrática del independentismo, manteniendo una posición de inmovilismo frente a una clara expresión secesionista y negándose a encontrar encaje constitucional a la secesión. Paradójicamente, la cerrazón del Estado en su aspiración por conservar su integridad territorial amparándose obstinadamente en el precepto que la reconoce puede llegar a producir el efecto contrario<sup>75</sup>. El principal riesgo de imponer la legalidad al margen de la legitimidad democrática de la secesión es la pérdida de su propia legitimidad. La legalidad que el Estado impone ante una amplia manifestación secesionista para rechazar el encaje constitucional de la secesión puede hacer perder legitimidad a la Constitución o al sistema político en su conjunto, entendida esta como la razón para exigir obediencia. La legalidad deja de considerarse justa o razonable por aplicarse al margen de la legitimidad democrática de la secesión, por lo que deja de haber una predisposición de la sociedad a obedecerla<sup>76</sup>.

Ante la pérdida de legitimidad de la legalidad, la mayor amenaza para la estabilidad del sistema constitucional sería la aparición de fenómenos de desobediencia y el recurso a la secesión revolucionaria por los independentismos por haberse ignorado obcecadamente una amplia mayoría secesionista<sup>77</sup>. Un sistema político que rechace el encaje constitucional de la secesión con la contradicción con la legalidad como único argumento puede incentivar que un independentismo cargado de legitimidad democrática desista de la vía legal y opte por la vía de los hechos, a pesar de la consiguiente pérdida de legitimidad al imponer su legitimidad democrática al margen de la legalidad. La Corte Suprema estadounidense en el caso *Texas v. White* mencionó la revolución como vía para conseguir la secesión. Es curioso que la Corte Suprema canadiense en la *Reference* también aludiese a la hipótesis de la secesión al margen de la legalidad, aunque el nacionalismo quebequés nunca hubiese optado por la vía de los hechos. No obstante, la Corte se abstuvo de realizar valoración jurídica alguna sobre esta al hallarse en definitiva al margen del Derecho y cuyo éxito dependía enteramente del reconocimiento de la secesión en la práctica<sup>78</sup>. En la actualidad, el recurso a las vías de hecho no es admisible en la comunidad internacional, y menos aún el recurso a la fuerza armada en los procesos secesionistas. De hecho, en numerosas ocasiones que un ordenamiento nacional no ha colmado las aspiraciones secesionistas de

---

adherence to the law alone. A political system must also possess legitimacy, and in our political culture, that requires an interaction between the rule of law and the democratic principle. The system must be capable of reflecting the aspirations of the people. But there is more. Our law's claim to legitimacy also rests on an appeal to moral values, many of which are imbedded in our constitutional structure".

<sup>75</sup> H. LÓPEZ BOFILL, *op. cit.*, 967-969.

<sup>76</sup> L. PRIETO SANCHIS, *op. cit.*, 100-103; X. Arbós Marín, *op. cit.*, 2.

<sup>77</sup> H. LÓPEZ BOFILL, *op. cit.*, 968.

<sup>78</sup> M. MEDINA ORTEGA, *op. cit.*, 194-195; *Reference re Secession*, párrafo 142.

una entidad infraestatal el recurso a la vía de los hechos para lograr la secesión ha fracasado en conseguir reconocimiento internacional<sup>79</sup>. Aunque exista algún ejemplo de secesión revolucionaria que ha conseguido reconocimiento internacional, siempre quedará latente en estos casos que el proceso de secesión por el que se creó el nuevo Estado fue ilegal bajo el ordenamiento aplicable en el momento en el que se produjo<sup>80</sup>.

No obstante, la desobediencia de la legalidad, en este caso con una secesión revolucionaria, puede poner en riesgo su validez y existencia<sup>81</sup>. Los fenómenos de desobediencia que recurren a la secesión revolucionaria nos recuerdan que la validez de la legalidad o de un sistema constitucional puede peligrar por su falta de adaptación a nuevas exigencias sociales, convirtiéndose en una herramienta vacía e inservible. La continuidad y validez de un ordenamiento depende irremediablemente de su eficacia, esto es, que sea obedecido, lo que depende a su vez de su legitimidad<sup>82</sup>, siendo este factor el que eventualmente determine la conveniencia de acomodar la secesión, y de ahí la importancia del test de legitimidad al que está sujeta la legalidad<sup>83</sup>. De este modo, se podría reformular el conflicto entre legalidad y legitimidad como un conflicto entre legitimidad de la legalidad y legitimidad democrática de una aspiración política. En el caso que aquí nos ocupa, sería un conflicto entre la legitimidad de una Constitución que impide la secesión y la legitimidad democrática de las aspiraciones secesionistas de una concreta entidad infraestatal. Constatada la pérdida de legitimidad de la legalidad y el consiguiente riesgo de que aparezcan fenómenos de desobediencia, el otro método para garantizar su eficacia aparte de su legitimidad es el uso de la fuerza. Sin embargo, el recurso a mecanismos de coacción estatal para imponer la eficacia de un ordenamiento puede agudizar aún más la pérdida de su legitimidad y de la predisposición de la sociedad a cumplirlo<sup>84</sup>. Si el cumplimiento de la legalidad y, en consecuencia, su continuidad, acaban descansando exclusivamente en el uso de la fuerza en lugar de en su legitimidad, se constataría que la gobernabilidad del país está gravemente entorpecida.

Ante la constatación de una voluntad secesionista inequívoca, el Estado debe superar el carácter excesivamente formalista en la interpretación y aplicación de la Constitución a favor de un mayor entendimiento del principio democrático,

---

<sup>79</sup> Véase el escaso reconocimiento internacional que tuvo la Declaración Unilateral de Independencia de Cataluña en 2017 (“Reacciones internacionales tras la declaración de independencia en Cataluña”, *El País*, de 30 de octubre de 2017. Disponible online en [https://elpais.com/politica/2017/10/27/actualidad/1509118059\\_068644.html](https://elpais.com/politica/2017/10/27/actualidad/1509118059_068644.html) [Último acceso: 30 de julio de 2020]).

<sup>80</sup> Á. RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, *op. cit.*, 362; M. Medina Ortega, *op. cit.*, 208-209.

<sup>81</sup> L. PRIETO SANCHIS, *op. cit.*, 90-93.

<sup>82</sup> M. WEBER, *op. cit.*, 1083-1085.

<sup>83</sup> L. PRIETO SANCHIS, *op. cit.*, 100-103.

<sup>84</sup> B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 256-257.

como se hizo con Quebec y Escocia. Si una mayoría en un territorio desea la independencia el principio democrático impide oponer obstáculos formales frente a esa voluntad ni que esta sea ignorada<sup>85</sup>. Sería insostenible mantener un sistema constitucional a ultranza frente a una presión política y social de cambio, pues en última instancia dichos obstáculos pueden resultar inútiles frente a esta presión. La legitimidad democrática de la secesión no podrá conducir nunca a la vulneración de la legalidad que la obstaculiza, pero tampoco se podrá negar la posibilidad de reformarla<sup>86</sup>. Por tanto, la adaptación de la legalidad a las nuevas exigencias y expectativas sociales para garantizar su existencia y validez requerirá reconocer la posibilidad de cambio, y así garantizar dichas exigencias pacíficamente a través del Derecho. De este modo, la reforma de la legalidad, en este caso de la Constitución, será el mecanismo idóneo para dar respuesta al desafío que la secesión representa para su legitimidad, para su aplicabilidad y eficacia y, por consiguiente, para su existencia y validez, interiorizando a través de procesos reglados nuevas expectativas sociales<sup>87</sup>. La reforma para reconocer un derecho de secesión garantizará la legitimidad de la Constitución y su eficacia, pues si esta no se pudiese reformar quedaría desfasada, dando lugar a su inaplicación. La soberanía estaría aquí al servicio de la democracia para garantizar las expectativas de las mayorías y, en el ejercicio de esta función, su plasmación jurídica, el poder de reforma constitucional, pone a disposición los procedimientos para que dichas mayorías materialicen su deseo de ruptura reformando la Constitución y reconociendo un derecho de secesión<sup>88</sup>.

La reforma de la legalidad para reconocer un derecho de secesión es una decisión de mera oportunidad política dirigida a que la secesión deje de ser una cuestión extrajurídica que se desarrolla al margen del Derecho para convertirse en una cuestión jurídica. Si admitimos que la secesión se puede juridificar, la cuestión tratada en el epígrafe anterior, el regularla dependerá siempre de una decisión política íntimamente conectada con su idoneidad. La reforma de la legalidad para reconocer un derecho de secesión tendrá lugar cuando se constate que esta se ha vuelto desfasada e inservible y que es necesaria su reforma para evitarlo, siendo los inconvenientes de la pérdida de eficacia de la legalidad mayores que los inconvenientes de la secesión de una entidad infraestatal. A este respecto, la *Reference* argumentó que los conflictos políticos como la secesión sólo podían ser resueltos por la política y no por el Derecho<sup>89</sup>. No obstante, sí estableció

---

<sup>85</sup> F. RUBIO LLORENTE, “Un referéndum para Cataluña”, *El País*, 2012, Documento disponible online en [https://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731\\_659435.html](https://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731_659435.html) [Último acceso: 1 de abril de 2020].

<sup>86</sup> F. RUBIO LLORENTE, *op. cit.*

<sup>87</sup> B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 273.

<sup>88</sup> B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 257.

<sup>89</sup> El *amicus curiae* que defendía a la Provincia de Quebec en el procedimiento de la *Reference*

un marco jurídico para que las decisiones políticas se adoptasen, dejando que algunos elementos fuesen fijados por la propia política<sup>90</sup>. La legalidad será el cauce para encontrar una solución a la secesión, pero nunca proveerá de dicha solución, pues la política será quien lo haga.

Una Constitución funda una vida en común e intenta garantizar su continuidad. El reconocimiento de un derecho de secesión que posibilite la ruptura de dicha convivencia desnaturalizaría la Constitución, la cual no lograría que perdure dicha convivencia, por lo que es discutible que una Constitución que reconoce un derecho de secesión pueda ser considerada como tal. Esta contradicción de la secesión con el constitucionalismo sugiere la imposibilidad de reconocer un derecho de secesión, siendo la secesión una aspiración política que por su naturaleza no podría ser satisfecha por el Derecho y que debería colmarse por la vía de los hechos. Sin embargo, el constitucionalismo no debe mostrarse impasible ante la posibilidad de que las aspiraciones secesionistas nunca puedan ser satisfechas por el Derecho, pues la continuidad y validez de un sistema constitucional dependerá de su adaptación a las nuevas expectativas sociales mediante su reforma. La reforma constitucional para el reconocimiento de un derecho de secesión servirá en determinadas circunstancias para garantizar la validez y continuidad del sistema constitucional, adoptándose una postura proactiva en la defensa de la Constitución al atender sus problemas de legitimidad<sup>91</sup>. En este capítulo planteamos que el constitucionalismo se enfrenta al dilema de en qué circunstancias debe poner en juego su desnaturalización al regular un derecho de secesión posible para garantizar su existencia y validez ante las previsiones de una secesión revolucionaria. Respecto a los dos debates planteados al principio del capítulo, proponemos que el constitucionalismo decida en qué circunstancias debe priorizar la conveniencia de reconocer un derecho de secesión a la posibilidad de hacerlo, sacrificar la imposibilidad de constitucionalizar un derecho de secesión por la conveniencia cuando estén en riesgo la validez y continuidad de la Constitución. La conveniencia de acomodar la secesión y de reformar la legalidad viene marcada por el peligro de una secesión unilateral. El encaje de la secesión intentaría evitar así que un independentismo recurra a la vía de los hechos, lo que materializaría la pérdida de legitimidad de la legalidad y la convertiría en una herramienta inútil.

---

sostuvo que la Corte no era competente para responder las preguntas planteadas por ser cuestiones demasiado teóricas, políticas y no jurídicas. La Corte canadiense rechazó este argumento al decir que, “son de una importancia fundamental para el público, tocan el corazón mismo de nuestro sistema de gobierno constitucional, y no es tan impreciso y ambiguo como para que no puedan responder a ellas de forma ajustada al Derecho” (M. MEDINA ORTEGA, *op. cit.*, 190). Debe decirse aquí que toda cuestión constitucional es al fin y al cabo una cuestión política, por lo que, aun siendo cuestiones políticas son perfectamente justiciables (B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 259).

<sup>90</sup> A. CALONGE VELÁZQUEZ, *op. cit.*, 115.

<sup>91</sup> B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 272-273; X. Arbós Marín, *op. cit.*, 3.

Deben aclararse dos elementos que pueden parecer contradictorios. Esta investigación sostiene que las razones que justifican la imposibilidad de acomodar la secesión tienen que ceder cuando haya grandes argumentos que defiendan su conveniencia. Por ello, debe superarse la contradicción entre la secesión y el concepto de Constitución para garantizar la eficacia y continuidad de esta. Por tanto, se reforma la Constitución para encontrar encaje a la secesión y garantizar así la validez del sistema constitucional, amenazada por fenómenos de desobediencia independentistas que no observaban la legalidad que impedía la secesión. Sin embargo, cuando se ha encontrado encaje constitucional a la secesión y esta tiene lugar, su contradicción con los conceptos de Constitución y reforma constitucional impiden reformar la Constitución, siendo necesario aprobar una nueva Constitución. Estas contradicciones se han omitido para encontrar encaje a la secesión y garantizar la continuidad de la legalidad, pero cuando se ejerce el derecho de secesión se descarta la continuidad de la legalidad por las contradicciones de la secesión con los conceptos de Constitución y de reforma constitucional y se aprueba una nueva Constitución ¿Por qué en el primer caso estas contradicciones se omitieron para garantizar la continuidad de la legalidad y en el segundo supuesto no se omiten e impiden la continuidad de la legalidad, haciendo necesario aprobar una nueva Constitución?

Estos dos planteamientos no son contradictorios. La secesión se acomoda cuando la eficacia y continuidad de la legalidad están amenazadas por fenómenos de desobediencia. El sector independentista deja de considerar legítima la legalidad que obstruye la secesión, por lo que deja de cumplirla, pudiendo perder aquella su eficacia y validez. Por ello, la Constitución debe reformarse para anticiparse a esta pérdida. Sin embargo, la contradicción de la secesión con el concepto de Constitución sugiere que esta no puede reformarse para reconocer un derecho de secesión. Esta investigación opta por que estas contradicciones deben ceder cuando haya argumentos que apoyen la conveniencia de acomodar la secesión. Cuando la eficacia y continuidad de una Constitución están amenazadas, esta deberá reformarse y omitirse las contradicciones teóricas de dicha reforma. El encaje constitucional de la secesión se produce mediante una reforma constitucional y no mediante un nuevo proceso constituyente. La secesión se acomoda para garantizar la continuidad de la legalidad, por lo que aprobar una nueva Constitución que acabe con la continuidad de la legalidad no puede ser la solución, al ser el mismo problema que se pretendía evitar. No tendría sentido acomodar la secesión para garantizar la eficacia de la legalidad cambiando esta y acabando con su continuidad. Esta paradoja no se produce cuando un derecho de secesión ya regulado se ejerce. En este caso, las contradicciones entre la secesión y los conceptos de Constitución y de reforma constitucional no se pueden omitir, debiendo llevarse a cabo un nuevo proceso constituyente y no una reforma constitucional. Además, si se adoptase también una Constitución para



encontrar encaje a la secesión, habría tres Constituciones en un corto periodo de tiempo. Como dijimos anteriormente, el peligro de un proceso constituyente consensuado para acomodar la secesión sería el de legitimar violaciones de la legalidad por el propio sistema, y en este supuesto se estarían legitimando dos veces en un corto periodo de tiempo, al haber también un segundo proceso constituyente tras una secesión exitosa. Este segundo proceso no podría ser sustituido por una reforma constitucional por las contradicciones entre la secesión y los conceptos de Constitución y reforma constitucional, las cuales no pueden omitirse, puesto que la paradoja producida cuando se acomodaba la secesión no tendría lugar aquí.

#### 4. *Conclusiones*

Los independentismos han recurrido recientemente al argumento democrático para legitimar sus reivindicaciones, olvidando la interconexión del principio democrático con el resto de principios constitucionales de la que derivan importantes condicionantes. En primer lugar, los efectos jurídicos de una manifestación democrática solo pueden ser aquellos previstos legalmente, por lo que debe rechazarse de plano la posibilidad de una secesión unilateral. Para que una voluntad democrática a favor de la secesión tenga efectos jurídicos la secesión debe encontrar encaje constitucional. A priori este encaje tendría lugar bien mediante una reforma constitucional que regule un derecho de secesión y que salve las contradicciones con la Constitución, o bien sin necesidad de una reforma por la ausencia de contradicciones y mediante un acuerdo democrático que regule un concreto proceso de secesión. No obstante, en este capítulo se ha constatado la necesidad de la reforma constitucional para acomodar la secesión en todos los casos. Dicha necesidad se justifica bien por la contradicción con preceptos constitucionales, como es el caso de las prohibiciones implícitas o explícitas de la secesión, o bien por la contradicción con principios constitucionales subyacentes al texto, como la contradicción con el concepto de Constitución, lo que haría la reforma también necesaria para las Constituciones que guardan silencio sobre la secesión. Hemos constatado que el encaje constitucional de la secesión es imposible únicamente en aquellos sistemas en los que la prohibición de la secesión es una cláusula de intangibilidad, siendo posible en el resto de casos. No obstante, de la contradicción de la secesión con el concepto de Constitución puede derivar la interpretación de la secesión como un concepto metaconstitucional. La secesión nunca podría ser constitucionalizada al suponer el fin de la vida de una Constitución, por lo que la reforma constitucional para el encaje de la secesión siempre sería imposible, independientemente del diseño constitucional respecto a la secesión. Aquellos casos en los que sea imposible

acomodar la secesión esta siempre equivaldrá a revolución, por lo que será una cuestión de hecho cuyo eventual reconocimiento por el Derecho dependerá de su éxito, es decir, de la consolidación del poder de las nuevas autoridades en la región secesionista y su reconocimiento internacional.

Una Constitución funda la convivencia de una sociedad y trata de garantizar su perdurabilidad. La regulación de un derecho de secesión que permita quebrar dicha convivencia desnaturalizaría la Constitución, que ha fundado la convivencia, pero que no está garantizando que perdure. Por tanto, es discutible si una norma que se hace llamar Constitución pero que reconoce un derecho de secesión, puede considerarse realmente una Constitución. Esta contradicción de la secesión con el constitucionalismo apoya la hipótesis de la imposibilidad de constitucionalizar un derecho de secesión. La secesión sería una aspiración social que, por su propia naturaleza, no podría ser satisfecha por el Derecho y que debería encontrar solución por la vía de los hechos como una secesión revolucionaria. No obstante, el constitucionalismo no debe mostrarse imperturbable ante el hecho de que la secesión sea un conflicto irresoluble por el Derecho que pueda frustrar el fin último de este, el de la paz social. La existencia y validez del sistema constitucional dependerá de su adecuación a las nuevas expectativas sociales mediante su reforma. La reforma constitucional para el reconocimiento de un derecho de secesión servirá en última instancia para garantizar en determinadas circunstancias la validez y continuidad del sistema constitucional, adoptándose una postura proactiva y no reactiva en la defensa de la Constitución al atender sus problemas de legitimidad<sup>92</sup>. Lo que planteamos en este capítulo es que el constitucionalismo se enfrente con la secesión al dilema de en qué circunstancias debe ceder y poner en juego su desnaturalización al regular un derecho de secesión para garantizar su existencia y validez ante las previsiones de una secesión revolucionaria. De este modo, se impide que una interpretación teleológica de la Constitución limite una interpretación de esta adecuada a su función de canalización jurídica de expectativas sociales<sup>93</sup>. Proponemos, por tanto, respecto a las dos cuestiones planteadas en este trabajo, que el constitucionalismo decida en qué condiciones priorizar la conveniencia de constitucionalizar un derecho de secesión a la posibilidad de hacerlo, sacrificar la imposibilidad de constitucionalizar un derecho de secesión por la conveniencia cuando estén en riesgo la validez y continuidad del sistema constitucional.

La idoneidad de constitucionalizar la secesión y de reformar la legalidad viene marcada por el riesgo de una secesión unilateral. El encaje de la secesión equivaldría a racionalizar un proceso inevitable para así anticiparse a que un movimiento secesionista recurra a la vía de los hechos, lo que materializaría la pérdida de legitimidad de la legalidad y la convertiría en una herramienta inútil. Si

<sup>92</sup> B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 272-273; X. Arbós Marín, *op. cit.*, 3.

<sup>93</sup> B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 275-276.

se regula un derecho de secesión, los independentismos no necesitarán recurrir a la vía de los hechos y tenderán a someterse a las reglas de juego establecidas. Las demandas de secesión tendrán lugar haya o no haya cauce legal, pero si se produce en una situación de vacío legal las consecuencias serán peores. Aunque regular un derecho de secesión en la Constitución suponga una mayor probabilidad de que la independencia se produzca, se garantiza que los independentismos tiendan en menos ocasiones a la vía de los hechos<sup>94</sup>. Lo importante es a partir de qué amplitud una opinión popular a favor de la secesión que dote a esta de legitimidad democrática sería capaz de salvar incluso las contradicciones entre constitucionalismo y secesión para reconocer un derecho de secesión, centrando el debate en su conveniencia y no en la posibilidad de hacerlo. Por tanto, se debe reconocer un derecho de secesión cuando la Constitución corra el peligro de perder su eficacia y vigencia, suponiendo un grave peligro para la gobernabilidad de un país, a pesar del riesgo que conlleve contradecir el propio concepto de Constitución y desnaturalizar esta. La única solución para evitar que la legalidad acabé siendo una herramienta inservible y garantizar su eficacia será su reforma, consiguiendo así su adaptación a nuevas exigencias sociales, en este caso, unas aspiraciones secesionistas cargadas de legitimidad democrática. La valoración de la Constitución como inservible y falta de adaptabilidad a los nuevos tiempos y, por tanto, la necesidad de su reforma será una decisión de oportunidad política. La política es la encargada de abordar la aparición de aspiraciones secesionistas, aunque siempre actuando por los cauces legales establecidos.

---

<sup>94</sup> T. GINSBURG y M. VERSTEEG, *op. cit.*, 28-39.

### Abstract

#### Possibilità e opportunità di un nuovo diritto di secessione nelle democrazie costituzionali

Nei numerosi studi in materia di secessione è possibile rintracciare due questioni attorno alle quali si è concentrato il dibattito dottrinale. In questo capitolo si approfondisce, infatti, la prima questione, ossia, la possibilità per una democrazia di riconoscere in Costituzione un diritto di secessione. Più specificamente, ci si è interrogati sulla possibilità che la secessione possa essere costituzionalmente ammissibile e sulla relazione tra il principio democratico e gli altri principi costituzionali che sono coinvolti da tale riconoscimento; inoltre, si è approfondita l'ipotesi della secessione come idea meta-costituzionale. In merito alla seconda questione emersa nei dibattiti, ovvero, quella dell'utilità di rintracciare una base costituzionale alla secessione e del riconoscimento di un diritto autonomo, fondamentale in tal senso è la risoluzione del conflitto tra legalità e legittimità. I due grandi dibattiti richiamati sono le questioni che frequentemente giustificano la decisione del potere costituente di vietare la secessione; scelta che si basa sia sulla considerazione che la secessione è una opzione politica che un sistema costituzionale non può tollerare, sia su considerazioni strategiche e di carattere pratico-politico che portano alla sua esclusione.

#### Feasibility and convenience of a right to secede in constitutional democracies

Many studies on secession and the acknowledgement of a right to secede for sub-state entities in a constitution discuss two major topics. These are the two main questions that scholars contemplate when starting a research work and often seek to clarify. This dissertation is no exception. This section delves into the debate on the capacity of a constitutional democracy to acknowledge a right to secede for sub-state entities, and into the debate on the convenience of this constitutional scheme, whether it is advisable to recognise a right to secede. These two questions are at the centre of academic disputes and will structure this chapter. In addition, these two issues are basically the main reasons that usually underlie the constituent power's decision to prohibit secession. This constitutional scheme choice stems from the consideration of secession as a political option that a constitutional system cannot accommodate, but also from the fact that it is seen as undesirable during the constituent debates.

# El empleo del veto presupuestario como vía alternativa para rechazar proposiciones de ley en tiempos de fragmentación parlamentaria: precedentes, evolución jurisprudencial y afectación de nuevos derechos\*

di José Carlos Nieto-Jiménez

SOMMARIO: 1. Regulación y fundamento del veto presupuestario de proposiciones de ley en el Congreso de los Diputados. – 2. El veto presupuestario antes de la fragmentación parlamentaria. – 2.1. Los precedentes del ejercicio del veto presupuestario y el dictamen de la Secretaría General del Congreso en la II legislatura. – 2.2. Las Sentencias del Tribunal Constitucional de 6 de julio de 2006 y de 24 de julio de 2006, núms. 223 y 242. – 3. El veto presupuestario durante la fragmentación parlamentaria. – 3.1. El veto presupuestario a proposiciones de ley en la XII legislatura: datos, origen de dos conflictos entre órganos constitucionales y desnaturalización de su fundamento y limitaciones. – 3.2. El veto presupuestario a la luz de la precisada y ampliada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. – 3.3. Reflexión parcialmente crítica sobre la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de veto presupuestario. – 3.4. El veto presupuestario a proposiciones de ley en la XIV legislatura: datos provisionales, derechos fundamentales de nuevo en jaque y falta de adaptación del Congreso a la doctrina del Tribunal Constitucional. – 3.5. Propuesta de actualización del artículo 126 del Reglamento del Congreso de los Diputados

## 1. *Regulación y fundamento del veto presupuestario de proposiciones de ley en el Congreso de los Diputados*

El artículo 134.6 de la Constitución Española (en adelante, CE) dispone que «toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación». Ciñéndonos a las proposiciones de ley, la prerrogativa que el precepto viene a reconocerle al Ejecutivo para oponerse o manifestar su disconformidad con la tramitación de aquellas que impliquen tales repercusiones financieras se ha venido en denominar «veto presupuestario»<sup>1</sup>.

---

\* Financiación para la Formación del Profesorado Universitario procedente del Ministerio de Universidades. Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga. Esta publicación es parte del proyecto de excelencia «La génesis de nuevos derechos fundamentales en España en el marco del constitucionalismo global (IUSGÉNESIS)», ProyExcel\_00457 del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) – Convocatoria 2021, Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía, y del proyecto de I+D+i «La génesis de nuevos derechos fundamentales en el constitucionalismo global» PID2021-126875OB-I00R, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ «FEDER Una manera de hacer Europa».

<sup>1</sup> Expresión acuñada por J. GARCÍA MORILLO y P. PÉREZ TREMPES, *Legislativo vs. Ejecutivo autonómicos: el problema del control del “veto presupuestario”*, en *Parlamento y Constitución*, n. 2, 1998, 9 ss. Si bien la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC, en adelante) de 6 de julio de 2006, n. 223

La previsión constitucional del art. 134.6 CE se desarrolla en el Reglamento del Congreso de los Diputados (en adelante, RC), para las proposiciones de ley, en su art. 126.2, que sitúa la operatividad del veto antes de que sean sometidas al debate de toma en consideración: «ejercitada la iniciativa, la Mesa del Congreso ordenará la publicación de la proposición de ley y su remisión al Gobierno para que manifieste su criterio respecto a la toma en consideración, así como su conformidad o no a la tramitación si implicara aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios»<sup>2</sup>.

En el art. 126.3 RC, por su parte, se especifica el plazo del que dispone el Gobierno para oponer su veto de forma expresa, y el sentido del silencio en caso contrario: «transcurridos treinta días sin que el Gobierno hubiera negado expresamente su conformidad a la tramitación, la proposición de ley quedará en condiciones de ser incluida en el orden del día del Pleno para su toma en consideración».

De este modo, la aceptación por la Mesa del Congreso del eventual veto presupuestario comporta la no celebración del debate de toma en consideración; esto es, se «hurta a la Cámara esta posibilidad de debatir públicamente la proposición de ley»<sup>3</sup>, impidiendo en consecuencia que pueda, en su caso, tener lugar el inicio, técnicamente entendido, del *iter legis* de la proposición.

Configurado como una «característica muy relevante del parlamentarismo “racionalizado”», la facultad otorgada al Gobierno por el art. 134.6 CE trata de garantizar que «una vez aprobado el Presupuesto por la Cámara, la dirección y ejecución del mismo queda en manos del Gobierno, sin que el Parlamento pueda, sin la aquiescencia del Gobierno, modificarlo o desfigurar a lo largo de su vigencia anual»<sup>4</sup>. Esto es, sobre la base de la «función instrumental que el Presupuesto cumple al servicio de la acción del Gobierno»<sup>5</sup>, el fundamento

---

ya calificaba de veto la facultad del Gobierno atribuida por el art. 134.6 CE, desde la STC de 12 abril de 2018, n. 34, todas las que han recaído sobre la cuestión emplean sin ambages la expresión «veto presupuestario».

<sup>2</sup> La manifestación del criterio y la conformidad con la tramitación de las proposiciones de contenido presupuestario, en la que nos centramos, son «dos facultades del ejecutivo sustancialmente distintas. Así, mientras el criterio del Gobierno en relación con la toma en consideración en modo alguno condiciona la tramitación de la proposición de Ley, sino que se limita a dar a conocer a la Cámara su postura respecto a la toma en consideración de la misma en función de criterios de oportunidad, políticos o de otra índole, la conformidad presupuestaria del Gobierno para su tramitación si implica un aumento de los créditos o una disminución de los ingresos presupuestarios constituye una condición insoslayable para la misma que, en su caso, impide la celebración del debate plenario de toma en consideración». STC de 24 de julio de 2006, n. 242 (FJ. 3).

<sup>3</sup> Y. GÓMEZ LUGO, *Las funciones parlamentarias en un escenario fragmentado*, en *División de poderes en el Estado de partidos*, editado por I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y M. SALVADOR MARTÍNEZ, Madrid, 2021, 38.

<sup>4</sup> M. ARAGÓN REYES, *La organización institucional de las Comunidades Autónomas*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 79, 2007, 24.

<sup>5</sup> STC n. 34/2018 (FJ. 6).

constitucional del veto presupuestario ha de encontrarse en el aseguramiento de que el Gobierno «pueda desarrollar plenamente sus potestades sobre la ejecución del gasto, y, en suma, su propia acción de Gobierno (art. 97 CE)»<sup>6</sup>.

En este marco, el objetivo principal que se persigue en este artículo es analizar la evolución que en la dimensión práctica y jurisprudencial ha experimentado el instituto del veto presupuestario a lo largo de las diferentes legislaturas del Congreso de los Diputados, con especial atención a su empleo durante las últimas caracterizadas por la fragmentación y la polarización<sup>7</sup>, y a las consecuencias que pueden derivarse para los derechos fundamentales de los parlamentarios.

## 2. *El veto presupuestario antes de la fragmentación parlamentaria*

### 2.1. *Los precedentes del ejercicio del veto presupuestario y el dictamen de la Secretaría General del Congreso en la II legislatura*

Con anterioridad a la irrupción de la fragmentación en el Congreso de los Diputados, el veto presupuestario fue empleado en las legislaturas I, II y IX<sup>8</sup>. En la I legislatura, sin mayoría absoluta, sus Gobiernos se opusieron a la tramitación de veintitrés proposiciones de ley por entender que su aprobación podría suponer aumento del gasto público y/o disminución de los ingresos presupuestarios. En todos los casos la disconformidad del Gobierno fue aceptada por la Mesa, que acordó respecto de las proposiciones vetadas, que no procedía su toma en consideración. En la II legislatura, a pesar de la amplia mayoría absoluta de la que disfrutaba el grupo del Gobierno para rechazar las iniciativas que considerase, el Ejecutivo vetó veintidós proposiciones de ley *ex art.* 134.6 CE. Sin embargo, hasta en seis ocasiones, la Mesa del Congreso, aún estando controlada por el partido en el Gobierno, no aceptó el veto a las proposiciones «por no implicar aumento de gastos o disminución de ingresos presupuestarios del Presupuesto en vigor»<sup>9</sup>, acordando someter las iniciativas a su toma en consideración<sup>10</sup>. Tras

<sup>6</sup> STC de 26 abril de 2018, n. 44 (FJ. 4).

<sup>7</sup> Estas son la XI (2016), la XII (2016-2019), la XIII (2019) y la XIV (2019-2023), como se concluye en J. C. NIETO-JIMÉNEZ, *Fragmentación y polarización parlamentarias en las Cortes Generales españolas (2015-2019)*, en *Revista de Estudios Políticos*, n. 196, 2022, 189.

<sup>8</sup> Los datos que se expresan en materia de precedentes han sido extraídos de SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Informe de la Secretaría General sobre facultades de la Mesa respecto de la calificación de los escritos de disconformidad del Gobierno a la tramitación de proposiciones de ley*, en *Revista de las Cortes Generales*, n. 106, 2019, 339 ss.

<sup>9</sup> SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Informe de la Secretaría General sobre facultades de la Mesa*, cit., 345.

<sup>10</sup> En su reunión de 8 de marzo de 1983 la Mesa fijó el criterio «de que la oposición del Gobierno sólo es posible cuando una proposición de ley implique aumento de gastos o disminu-

el último veto impuesto al final de la II legislatura, en 1986, veintidós años tendrían que pasar para que un Gobierno volviera a hacer uso de la facultad que nos ocupa. De este modo, ya durante la IX legislatura, el Gobierno minoritario de Rodríguez Zapatero vetó veintitrés proposiciones de ley, decisión a la que le siguió la del órgano rector del Congreso en el sentido de acordar que no procedía la toma en consideración de las iniciativas en cuestión. Tan solo en uno de los casos, a consecuencia de la discrepancia del grupo proponente con el veto del Gobierno, que se reiteró en su disconformidad a pesar de que los autores entendían que no procedía al contener la proposición una disposición que difería su entrada en vigor al ejercicio siguiente al de su aprobación, la proposición, tras no atender el Gobierno la solicitud de la Mesa de mayor información sobre el veto impuesto, terminó siendo sometida a la consideración del Pleno<sup>11</sup>. Hasta aquí el repaso por los precedentes del empleo del veto presupuestario en la etapa anterior a la fragmentación, bastante contenido a lo largo de la diez primeras legislaturas<sup>12</sup>.

En ese mismo horizonte temporal es necesario situar algunas aclaraciones que al inicio de la II legislatura la Secretaría General del Congreso hubo de hacer sobre la interpretación de los artículos 111 y 126 del Reglamento del Congreso. Con apoyo en la doctrina científica y en los debates constituyentes, sostuvo aquel dictamen que la limitación que el veto presupuestario supone para la iniciativa parlamentaria opera «sólo en relación con el ejercicio presupuestario correspondiente, sin que se exija, por tanto, la conformidad del Gobierno para la tramitación de las iniciativas parlamentarias que se refieren a ejercicios posteriores»<sup>13</sup>. Apuntando que ni el Parlamento ni el Gobierno «pueden actuar discrecionalmente» en la esfera del veto presupuestario, se especificaba en el informe que la disconformidad del Gobierno había de ser «expresa y motivada»<sup>14</sup>.

---

ción de ingresos presupuestarios respecto del Presupuesto en vigor y no respecto de presupuestos futuros». SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Informe de la Secretaría General sobre facultades de la Mesa*, cit., 342.

<sup>11</sup> SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Informe de la Secretaría General sobre facultades de la Mesa*, cit., 350.

<sup>12</sup> En vista de los datos expresados, compartimos que «en la práctica parlamentaria española en el nivel estatal lo habitual ha sido que los sucesivos Ejecutivos hayan evitado la utilización de esta facultad, dejando que fuese la mayoría parlamentaria que lo apoyaba la que, en su caso, rechazase las proposiciones de ley provenientes de la oposición». I. M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de "veto presupuestario" del Gobierno*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 118, 2020, 277.

<sup>13</sup> SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Dictamen sobre la interpretación de los artículos 111 y 126 del Reglamento del Congreso referentes a tramitación de enmiendas y proposiciones de ley que impliquen aumento de gastos o disminución de ingresos*, en *Revista de las Cortes Generales*, n. 1, 1984, 181.

<sup>14</sup> SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Dictamen sobre la interpretación de los artículos 111 y 126*, cit., 185.



Otro aspecto interesante que ya en el documento se abordaba, y que resurgiría más de treinta años después, es el del margen de actuación de la Mesa ante el veto opuesto por el Gobierno a una proposición de ley *ex art.* 134.6 CE. Por una parte, se reconoce que «el tenor literal del precepto constitucional y su fundamento político aboga por la imposibilidad de la tramitación parlamentaria de una iniciativa a la cual el Gobierno no ha prestado su conformidad», toda vez que «la iniciativa financiera está atribuida al Gobierno»<sup>15</sup>. Sin embargo, acto seguido, admite el dictamen que «no obstante» lo anterior, «no puede impedirse a las Cámaras la valoración de la contestación del Gobierno, e incluso una decisión contraria a la disconformidad»<sup>16</sup>, aunque este espacio de apreciación reconocido a la Mesa se concibe como una facultad que «debe utilizarse sólo excepcionalmente»<sup>17</sup>, ceñida a «los casos manifiestamente claros en los que se produzca visiblemente un abuso de la facultad del Gobierno, y, especialmente, en el caso de que la iniciativa rechazada no esté motivada o no afecte al ejercicio presupuestario en curso»<sup>18</sup>. Puntualizaciones que, unidas al recordatorio que se incluyó en el informe sobre la posibilidad de plantear por el Gobierno un conflicto entre órganos constitucionales «en el supuesto de criterios encontrados entre el Gobierno y las Cámaras»<sup>19</sup>, como se podrá comprobar, no estaban muy alejadas de las que comenzarían a dar lugar e integrar la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) con posterioridad.

## 2.2. *Las Sentencias del Tribunal Constitucional de 6 de julio de 2006 y de 24 de julio de 2006, núms. 223 y 242*

Para completar el esquema que presenta el veto presupuestario antes de la fragmentación parlamentaria, hacemos sucinta referencia a los dos pronunciamientos que en ese periodo el TC emitió, si bien con ocasión de lo ocurrido en dos Parlamentos autonómicos<sup>20</sup>. Por una parte, la STC n. 223/2006 declaró la

---

<sup>15</sup> SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Dictamen sobre la interpretación de los artículos 111 y 126*, cit., 185.

<sup>16</sup> SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Dictamen sobre la interpretación de los artículos 111 y 126*, cit., 185.

<sup>17</sup> SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Dictamen sobre la interpretación de los artículos 111 y 126*, cit., 188.

<sup>18</sup> SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Dictamen sobre la interpretación de los artículos 111 y 126*, cit., 186.

<sup>19</sup> SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Dictamen sobre la interpretación de los artículos 111 y 126*, cit., 188.

<sup>20</sup> Un completo y crítico análisis de los mismos se efectúa por Á. MARRERO GARCÍA-ROJO, *El control del ejercicio por el Gobierno de la facultad de veto presupuestario (Comentario a la STC 223/2006, con consideración de la STC 242/2006)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 80, 2007, 309 ss.

inconstitucionalidad y nulidad de dos preceptos del Reglamento de la Asamblea de Extremadura que habían sido reformados, en cuya virtud se preveía la posible discrepancia entre el Consejo de Gobierno y la Asamblea «en relación con la circunstancia de que una enmienda o una proposición supongan un aumento de los créditos o una disminución de los ingresos» (FJ. 4), y se atribuía al Pleno la potestad para resolverla. Entendió el TC que con la regulación reglamentaria creada «Mesa y Pleno se erigen en jueces de si concurren o no las circunstancias que permiten al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura oponerse a la tramitación de iniciativas normativas que alteren el equilibrio presupuestario»<sup>21</sup>, lo que a su juicio suponía «modificar la regla prevista en el Estatuto de Autonomía de Extremadura, que [...] establece que corresponde al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura la conformidad para tramitar toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios, sin prever los límites a dicha potestad que se derivan de las normas recurridas». Para el TC es claro que «el órgano facultado estatutariamente para decidir si se produce o no [la alteración presupuestaria] es el Gobierno», «sin que puedan los órganos parlamentarios emitir un juicio sobre el carácter de manifiestamente infundada o no de tal oposición, puesto que al introducirse una norma que los habilita para realizar dicha tarea se está claramente trasladando la potestad de decidir del Gobierno a la Asamblea de la Comunidad Autónoma, alterando así el equilibrio de poderes previsto en el Estatuto de Autonomía».

Del mismo mes y año, la STC n. 242/2006 resolvió, y desestimó, un recurso de amparo con causa última en la decisión de la Mesa del Parlamento Vasco de aceptar la disconformidad presupuestaria expresada por el Gobierno de la Comunidad y, en consecuencia, no admitir la proposición de ley presentada por los recurrentes. Sin entrar en el fondo del asunto, el Reglamento del Parlamento Vasco contemplaba, a diferencia del RC, reglas acerca del papel de la Mesa en la materia que nos viene ocupando, lo que le llevó al TC a declarar que «resulta evidente que la Mesa del Parlamento Vasco tiene encomendado el control de la disconformidad manifestada por el Gobierno» (FJ. 3), y a reconocer que en el ámbito del veto presupuestario «la Mesa también debe ejercer su función genérica de calificación respecto a los documentos de índole parlamentaria remitidos por el Gobierno» (FJ. 3). Especial hincapié realizó el Tribunal en recordar que las decisiones de inadmisión de escritos y documentos parlamentarios han de estar «formal y materialmente motivadas, a fin de que tras ellas no se esconda un juicio sobre la oportunidad política, en los casos en que ese juicio esté atribuido a la Cámara parlamentaria en el correspondiente trámite de toma en consideración o en el debate plenario» (FJ. 4), con recuerdo del

---

<sup>21</sup> Este entrecomillado, y los que figuran hasta el final del párrafo, pertenecen al FJ. 6 de la sentencia.

carácter de tal motivación, que ha de ser expresa, suficiente y adecuada. Así mismo, se reproduce, para una mejor comprensión de la base jurisprudencial de la que parte el Alto Tribunal en 2018, un fragmento del FJ. 6 de la STC n. 242/2006, en la que el TC no solo reiteró la admisibilidad de un pronunciamiento del órgano rector de la Cámara «sobre el carácter manifiestamente infundado del criterio del Gobierno» sino que se aproximó al alcance e intensidad del eventual control:

«Aunque la propia normativa aplicable limita la conformidad del Gobierno a la concurrencia de un requisito material como la disminución de los ingresos o el aumento de los créditos presupuestarios que, de acuerdo con nuestra doctrina, abre las puertas a un control desde la perspectiva de la proporcionalidad y la razonabilidad, en este contexto es evidente que tanto la Mesa del Parlamento como este Tribunal deben limitarse a un control de una menor intensidad. Así, y sin que ello signifique renunciar a controlar otros aspectos objetivos como la presentación en tiempo y forma de la disconformidad del Gobierno, la Mesa del Parlamento no debe obstaculizar el ejercicio de esta facultad. En un caso como el presente, que se refiere a una disconformidad del Gobierno respecto a la tramitación de una proposición de Ley, y que se da en una Comunidad Autónoma que prevé algunas reglas adicionales sobre cuándo puede entenderse que se produce una alteración de las previsiones presupuestarias, es posible un pronunciamiento de la Mesa sobre el carácter manifiestamente infundado del criterio del Gobierno»<sup>22</sup>.

### 3. *El veto presupuestario durante la fragmentación parlamentaria*

Es el momento ahora de ahondar en el comportamiento del veto presupuestario durante la etapa de fragmentación parlamentaria. No empleándose durante las breves XI y XIII, distinguimos en nuestro análisis lo ocurrido en el periodo de las legislaturas XII y XIV<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> En el margen de decisión y control respecto del veto que se le reconoce a la Mesa se ha apreciado una contradicción entre la STC n. 242/2006 y la n. 223/2006, toda vez que esta última, primera en el tiempo, «había defendido el carácter “políticamente libre” del Gobierno en el ejercicio de dicha facultad». I. M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *El significado de la conformidad del Gobierno a las proposiciones de ley por aumento de créditos o disminución de ingresos*, en *Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones*, coordinado por E. ARANDA ÁLVAREZ, Valencia, 2017, 291.

<sup>23</sup> Los datos numéricos que se expresan a lo largo del epígrafe han sido extraídos de la web del Congreso de los Diputados <https://www.congreso.es/>.

3.1. *El veto presupuestario a proposiciones de ley en la XII legislatura: datos, origen de dos conflictos entre órganos constitucionales y desnaturalización de su fundamento y limitaciones*

En la XII legislatura tiene lugar una utilización vertiginosa de la facultad gubernamental conferida por el art. 134.6 CE, oponiéndose el veto presupuestario a proposiciones de ley hasta en sesenta y ocho ocasiones, triplicando la cifra alcanzada en la última legislatura en la que había sido utilizado, la IX. De manera más concreta centramos la atención en lo ocurrido durante la primera parte de la legislatura, la del Gobierno de Mariano Rajoy, pues fue en ella en la que el veto se opuso sesenta y siete veces, cincuenta y seis frente a proposiciones de ley parlamentarias<sup>24</sup> y once frente a proposiciones de ley de CCAA, en contraposición a la única ocasión en la que el Gobierno de Pedro Sánchez lo arguyó<sup>25</sup>. El desglose de los datos de esa primera parte de la legislatura es el que sigue.

Respecto de la tramitación de once proposiciones de ley el Gobierno expresó su disconformidad *ex* art. 134.6 CE, con la consiguiente aceptación del escrito por parte de la Mesa, que acordó que no procedía la toma en consideración de las mismas<sup>26</sup>. En tres ocasiones el Gobierno opuso el veto, la Mesa lo aceptó y el Tribunal Constitucional, en estimación de sendos recursos de amparo, ordenó retrotraer las actuaciones hasta el momento anterior al de la resolución de la Mesa<sup>27</sup>. Respecto de dos proposiciones de ley, se sucedieron el veto y la aceptación de la disconformidad por la Mesa, pero concurriendo solicitudes de reconsideración del acuerdo del órgano rector, las mismas fueron estimadas por la Mesa ya en tiempos del Gobierno de Pedro Sánchez<sup>28</sup>. Ocho veces el Gobierno vetó proposiciones de ley, la Mesa solicitó una mayor información al Ejecutivo sobre los motivos de su disconformidad, y finalmente el Gobierno de la segunda parte de la legislatura levantó los vetos<sup>29</sup>. Por su parte, treinta y seis vetos que habían recibido la anuencia de la Mesa del Congreso, sumados a los

<sup>24</sup> Todas presentadas por grupos parlamentarios de la oposición, salvo dos vetos que recayeron en sendas proposiciones presentadas por el Grupo Ciudadanos, que había votado a favor de la investidura.

<sup>25</sup> El veto, que contó con el beneplácito de la Mesa, se refería a la iniciativa con número de expediente 122/000243.

<sup>26</sup> Números de expediente: 122/000064; 122/000091, 122/000099, 122/000115, 122/000119, 122/000149, 122/000157, 122/000158, 122/000175, 125/000012 y 125/000013.

<sup>27</sup> Números de expediente: 122/000073, 122/000107 y 122/000124.

<sup>28</sup> Números de expediente: 122/000017 y 122/000171. Respecto de la proposición con número de expediente 122/000017 cabe precisar que el veto fue opuesto al inicio de la legislatura cuando el Gobierno todavía se encontraba en funciones.

<sup>29</sup> Números de expediente: 122/000002, 122/000014, 122/000039, 122/000049, 122/000195, 122/000197, 122/000203, 122/000209. Respecto de las proposiciones con número de expediente 122/000002 y 122/000014 cabe precisar que el veto fue opuesto al inicio de la legislatura cuando el Gobierno todavía se encontraba en funciones.

antes referidos, fueron levantados por el Gobierno tras aprobarse la moción de censura<sup>30</sup>. Además, tres vetos fueron retirados por el Gobierno después de haber expresado la disconformidad<sup>31</sup> y en otro caso, después de haberse comunicado la disconformidad y haberse solicitado por la Mesa mayor información, el grupo autor de la proposición de ley la retiró<sup>32</sup>. La Mesa del Congreso también rechazó una disconformidad por haberse presentado fuera del plazo establecido por el RC<sup>33</sup>.

En dos ocasiones, el Gobierno de Mariano Rajoy padeció la falta de mayoría en la Mesa del Congreso, al rechazar esta, con el voto en contra de los tres miembros del Partido Popular, la disconformidad presupuestaria del Gobierno (que se encontraba todavía en funciones cuando la manifestó el 14 de octubre de 2016), acordando someter las proposiciones de ley al trámite de toma en consideración por el Pleno<sup>34</sup>, por entender en ambos casos que el criterio del Gobierno no justificaba de forma objetiva y suficiente que las mismas implicasen aumento de créditos o disminución de ingresos del Presupuesto en vigor<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> Números de expediente: 122/000023, 122/000027, 122/000029, 122/000030, 122/000031, 122/000041, 122/000045, 122/000047, 122/000056, 122/000065, 122/000066, 122/000070, 122/000087, 122/000093, 122/000094, 122/000095, 122/000112, 122/000131, 122/000154, 122/000156, 122/000167, 122/000169, 122/000172, 122/000173, 122/000176, 122/000186, 122/000189, 125/000002, 125/000003, 125/000004, 125/000005, 125/000007, 125/000010, 125/000011, 125/000014, 125/000015. Respecto de las proposiciones con número de expediente 125/000002, 125/000003, 125/000004 y 125/000005 cabe precisar que el veto fue opuesto al inicio de la legislatura cuando el Gobierno todavía se encontraba en funciones.

<sup>31</sup> Números de expediente: 122/000081, 122/000125 y 122/000128.

<sup>32</sup> Número de expediente: 122/000006. La disconformidad por razones presupuestarias había sido manifestada al inicio de la legislatura por el Gobierno que aún estaba en funciones.

<sup>33</sup> Número de expediente: 122/000132.

<sup>34</sup> Se trataba de la «Proposición de Ley Orgánica sobre la suspensión del calendario de la implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa» y de la «Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados». Ambas presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista.

<sup>35</sup> El mismo día, 18 de octubre de 2016, en el que rechazó los dos escritos de disconformidad del Gobierno, la Mesa del Congreso encomendó a la Secretaría General de la Cámara la elaboración de un informe «a fin de poder tener un criterio de actuación sobre la motivación que el Gobierno ha de acompañar para que se atienda su petición, así como sobre el propio ámbito de competencia de la Mesa, teniendo en cuenta que afecta al ejercicio de la iniciativa legislativa de los grupos parlamentarios». Las principales conclusiones que tal informe alcanzó fueron las siguientes: «1.ª El Gobierno tiene legitimidad constitucional (art. 134.6 CE) y reglamentaria (art. 126.2 RCD), para oponerse a la tramitación de enmiendas o proposiciones de Ley que supongan aumento de gasto o disminución de ingresos. 2.ª Esta facultad, que está constreñida “al mismo ejercicio presupuestario”, debe ejercerse de forma expresa, suficientemente motivada y realizarse en el plazo de treinta días hábiles desde su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes. El silencio del Gobierno pone a la proposición de Ley en condiciones de ser incluida en el orden del día del Pleno para su toma en consideración (art. 126.3 RCD) 3.ª Sin embargo, de acuerdo con

Pese a los dos rechazos de los escritos de disconformidad por la Mesa, no es en la XII legislatura en la que más veces se produce esta discrepancia entre el Gobierno y el Congreso, pueden recordarse al efecto las seis ocasiones en las que ocurrió durante la II legislatura. No siendo inédito, lo sucedido en la legislatura XII hay que envolverlo en un clima de fragmentación, de polarización y de conflictividad alejado del existente en la II legislatura, donde la mayoría absoluta del Partido Socialista hacía impensable que el Gobierno del mismo partido se enfrentase en el TC a una Cámara por él dominada. Además, no puede desconocerse que al Gobierno de la II legislatura no le suponía el más mínimo incordio que la Mesa hubiese rechazado su veto a proposiciones de la oposición, puesto que contaba con mayoría más que suficiente en el Pleno para rechazar las que decidiese. *A sensu contrario*, la discrepancia entre el Gobierno y la Mesa del Congreso de la XII legislatura, con causa en la posición que en cada momento tomasen los dos representantes de Ciudadanos, sí que tiene trascendencia real para el Ejecutivo, avocándole a padecer un debate de toma en consideración en el que con alta probabilidad la Cámara haría suyas proposiciones de ley incómodas para la dirección política del Ejecutivo, lo que era frecuente en la primera mitad de la legislatura, y como ocurrió con las dos proposiciones que a pesar del veto presupuestario opuesto fueron finalmente tomadas en consideración con el voto en contra del grupo que sustentaba al Gobierno<sup>36</sup>. Lo apuntado pretende contribuir a una mejor comprensión de la causa que lleva al Gobierno a iniciar un proceso constitucional como el conflicto entre órganos constitucionales que luego abordaremos, se trataba de defender la virtualidad del veto presupuestario en aras de materializar la finalidad para la que se desplegaba, evitar el control negativo en el que se convirtió para el Gobierno sin mayoría de la primera parte de la legislatura el trámite de toma en consideración de proposiciones de la oposición; y, además,

---

los precedentes y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída sobre la materia, la Mesa, además de vigilar el cumplimiento de los requisitos formales por parte del Gobierno, puede, en el ejercicio de las competencias que le otorga el art. 31.1 4º y 5º RCD, examinar el contenido de la motivación aportada por el Gobierno; si bien, el control se ha de limitar, en los términos de la STC 242/2006 “a las decisiones que sean arbitrarias o manifiestamente irrazonables”. A estos efectos, la Mesa podrá requerir del Gobierno la aportación de motivación adicional o complementaria para que su decisión sea adecuada al ejercicio de sus competencias y no suponga, en ningún caso, eventual violación de los derechos fundamentales que, de conformidad con el art. 23.1 y 2 de la Constitución, asisten a los parlamentarios. 4.ª En todo caso, la Mesa no puede sustituir al Gobierno en el ejercicio de la prerrogativa constitucional y reglamentaria que éste tiene atribuida en los artículos 134.6 CE y 126.2 RCD [...]». SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Informe de la Secretaría General sobre facultades de la Mesa*, cit., 373 y 374.

<sup>36</sup> Ninguna de las dos terminó aprobándose, la relativa a la ley educativa caducó tras ochenta y una ampliaciones del plazo de enmiendas y la que proponía la modificación del Estatuto de los Trabajadores caducó pendiente de ser emitido el informe de la Ponencia, permaneciendo en esta fase de la tramitación desde el 19 de abril de 2017 hasta la disolución de la Cámara el 5 de marzo de 2019.

en el caso concreto, evitar una derrota política en el seno de la Mesa.

Así las cosas, el primer Gobierno de la XII legislatura empleó el veto presupuestario como instrumento que supliera su falta de mayoría en el Pleno para rechazar la toma en consideración de proposiciones de ley de la oposición, tratando de impedir que estas fueran siquiera sometidas a dicho debate en el plenario<sup>37</sup>. En otros términos, aquel Gobierno, con la colaboración de la mayoría de la Mesa del Congreso, vio en la revitalización del veto presupuestario el ardid adecuado para evitar que no fuese mayor el 62 %, finalmente alcanzado en aquel periodo, de proposiciones de ley asumidas por la Cámara a iniciativa de grupos parlamentarios que buscaban obstaculizar la acción del Gobierno y aprobar «un auténtico programa legislativo de la oposición»<sup>38</sup>. Por todo ello, la potestad gubernamental del art. 134.6 CE se vio desprovista, por la causa de su ejercicio, de su verdadera razón de ser y fundamento, pasando a ser el trámite en el que expresar el rechazo a propuestas legislativas, lo que corresponde, en su caso, decidir con la votación subsiguiente al debate de toma en consideración a los parlamentarios, cuyo *ius in officium* se cercenaba, al hurtarse la celebración de aquel, en su «vertiente esencial y más genuina [...], como es la del derecho a la iniciativa legislativa y a que las proposiciones de ley presentadas por los grupos puedan ser sometidas al debate de oportunidad política ante el Pleno de la Cámara»<sup>39</sup>.

Para ahondar en la crítica, el uso masivo que del veto presupuestario realiza el Gobierno minoritario de Mariano Rajoy, con la necesaria cooperación de la Mesa del Congreso salvo en los dos casos indicados, merece a nuestro juicio ser calificado como abuso, no solo por el elevadísimo número de veces que se empleó y se aceptó la disconformidad, que puede no ser del todo indicativo, sino porque en términos cualitativos, un examen liminar de las proposiciones de ley vetadas nos permiten concluir que en no pocas ocasiones la disconformidad expresada soslayaba con evidencia los, escasos entonces, dictados que la jurisprudencia constitucional había marcado en el año 2006, concretamente en lo referido a la necesidad de que el veto se refriese al Presupuesto en vigor en cada momento<sup>40</sup>, requisito que también se incluía en el informe que la Secretaría

---

<sup>37</sup> En este sentido de considerar al veto presupuestario «cauce alternativo al rechazo de la toma en consideración de las proposiciones de ley» se pronuncia Y. GÓMEZ LUGO, *Efectos de la fragmentación del Congreso en la función legislativa*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 126, 2022, 165.

<sup>38</sup> I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, *Parlamento, Gobierno, Ley y Reglamento, cuarenta años después*, en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, n. 31, 2018, 158.

<sup>39</sup> STC de 17 de septiembre de 2018, n. 94 (FJ. 7).

<sup>40</sup> «La ejecución de un presupuesto en curso supone la verificación de dos confianzas: de un lado la obtenida por el Gobierno con la investidura de su Presidente; de otro la concedida específicamente por la Cámara a su programa anual de política económica. [...] La segunda se conserva a lo largo del periodo de vigencia natural (o prorrogada) del presupuesto, de suerte que el Gobierno puede pretender legítimamente que las previsiones económicas en él contenidas se observen riguro-

General del Congreso realizó cuando en los primeros meses de la XII legislatura el veto presupuestario comenzó a desplegarse, con fecha de 28 de noviembre de 2016<sup>41</sup>; que respalda en práctica unanimidad la doctrina académica<sup>42</sup>; además de poder verificarse en los precedentes que se dieron en las legislaturas I, II y IX, y en el dictamen que la Secretaría General de la Cámara redactó en los comienzos de la II legislatura.

En ejemplo de lo enunciado, no se tuvo en cuenta a la hora de vetar y aceptar la disconformidad con la tramitación de proposiciones de ley que en sus respectivas disposiciones relativas a la entrada en vigor introducían algunas de estas fórmulas: «[...] excepto las medidas que impliquen un aumento de los créditos o una disminución de los ingresos en relación con el presupuesto vigente, que no entrarán en vigor, en la parte que comporte afectación presupuestaria, hasta el ejercicio presupuestario siguiente al de la entrada en vigor»<sup>43</sup>, «[...] en el ejercicio presupuestario siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”»<sup>44</sup>, «[...] excepto las medidas que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos del presupuesto del ejercicio en curso, que entrarán en vigor en el ejercicio presupuestario siguiente»<sup>45</sup>, «esta ley entrará en vigor el 1 de enero del ejercicio siguiente a la fecha de publicación de la presente ley en el “Boletín Oficial del Estado”»<sup>46</sup>. De este modo, los grupos parlamentarios pretendían eludir el veto gubernamental a las iniciativas, pero la reacción por parte del Gobierno fue «la extensión del ámbito de aplicación del art. 134.6 CE, al considerar que permitía al Gobierno vetar iniciativas con repercusiones financieras no sólo en el ejercicio presupuestario vigente sino también en los futuros, desnaturalizando así la potestad legislativa de las Cortes Generales y alterando el esquema de relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo»<sup>47</sup>.

---

samente en el curso de su ejecución». STC n. 223/2006 (FJ. 5). «Debe tenerse en cuenta que la finalidad de la disconformidad del Gobierno es garantizar la ejecución del programa económico aprobado con la Ley de presupuestos o prorrogado como consecuencia de la no aprobación de esta Ley». STC n. 242/2006 (FJ. 6).

<sup>41</sup> «Se deduce con claridad que a los requisitos formales (carácter expreso de la disconformidad; motivación de la misma; plazo de treinta días hábiles para su remisión), se le suma el hecho de que la oposición sólo es constitucionalmente lícita respecto del ejercicio presupuestario en curso». SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Informe de la Secretaría General sobre facultades de la Mesa*, cit., 360.

<sup>42</sup> Como se recoge en L. M. CAZORLA PRIETO, *Artículo 134*, en *Comentarios a la Constitución*, dirigido por F. GARRIDO FALLA, Madrid, 2001, 2323-2325.

<sup>43</sup> Las correspondientes al número de expediente 122/000064, 122/000070, 122/000091 o 122/000176.

<sup>44</sup> La correspondiente al número de expediente 122/000169.

<sup>45</sup> Las correspondientes al número de expediente 122/000073, 122/000107, 122/000112, 122/000115, 122/000119, 122/000156, 122/000173 o 122/000186.

<sup>46</sup> Las correspondientes al número de expediente 122/000065 o 122/000066.

<sup>47</sup> E. GÓMEZ CORONA, *Las potestades financieras de las Cortes Generales: del uso al abuso del*



Por tanto, puede decirse que el veto presupuestario no solo experimentó una modulación o desnaturalización en el fundamento de su ejercicio, sino también en la interpretación que de los contornos constitucionales de la propia potestad realizó el Gobierno y la Mesa, ampliando en favor del primero la facultad atribuida por el art. 134.6 CE, hasta el extremo de eludir ambas limitaciones apuntadas ya entonces por la jurisprudencia constitucional, los precedentes de la Cámara y el juicio de sus letrados; con merma del *ius ut procedatur* de los parlamentarios<sup>48</sup>.

### 3.2. *El veto presupuestario a la luz de la precisada y ampliada jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

Inmersos en lo ocurrido con el veto presupuestario en la XII legislatura, corresponde ahora abordar los pronunciamientos que con relación a las controversias suscitadas en aquel tiempo emitió el TC. A través de ellos, el Tribunal aporta una necesaria claridad en lo que respecta a la potestad gubernamental prevista en el art. 134.6 CE, a los requisitos formales y materiales de su ejercicio, y al margen de respuesta disponible por la Mesa. En este sentido, distinguiremos dos bloques de sentencias. Si bien todas las resoluciones se ocupan del veto presupuestario y siguen la estela de la doctrina sentada en la primera que veremos, la separación en bloques tan solo responde a un intento por nuestra parte de diferenciar aquellas que se centran en el alcance objetivo y la motivación exigible en el ejercicio gubernamental de la facultad atribuida por el art. 134.6 CE (primer bloque), de aquellas otras que son el producto de un análisis jurisdiccional focalizado en el alcance temporal del veto presupuestario (segundo bloque).

Dando inicio al primer bloque de sentencias, en la STC n. 34/2018 el TC resuelve el conflicto entre órganos constitucionales promovido por el Gobierno contra el Congreso, en relación con sus acuerdos por los que no aceptaba la disconformidad del Ejecutivo expresada frente a la «Proposición de Ley Orgánica sobre la suspensión del calendario de la implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa», acordaba someter al trámite de toma en consideración a la iniciativa y rechazaba el requerimiento del Gobierno en el que se le solicitaba que revocara su primera decisión<sup>49</sup>. En

---

*veto presupuestario sobre las enmiendas con repercusiones financieras*, en *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 28, 2018, 26.

<sup>48</sup> Esa es la expresión que en alguna sentencia, como la STC de 1 de febrero de 2016, n. 10 (FJ. 5), ha utilizado el TC para referirse de otro modo al derecho, mencionado anteriormente, a que las proposiciones de ley presentadas por los grupos parlamentarios puedan ser sometidas al debate de oportunidad política ante el Pleno de la Cámara.

<sup>49</sup> Salvo que se indique cosa distinta, los entrecorillados de la STC n. 34/2018 que a partir de este párrafo se contienen en el texto pertenecen a su FJ. 7. Un pormenorizado análisis jurídico

cuanto al alcance objetivo de la prerrogativa del Gobierno reconocida por el art. 134.6 CE, «cuyo efecto limitador de la actividad misma del Legislativo es evidente» el TC la ciñe «a los ingresos y gastos que estén efectivamente reflejados en el mismo presupuesto», esto es, «a aquellas medidas cuya incidencia sobre el presupuesto del Estado sea real y efectiva». Especialmente importante, por la confirmación que supone de la interpretación que en la práctica parlamentaria y la jurisprudencia se venía realizando, resulta la rotundidad con la que el Tribunal se refiere al alcance temporal del veto presupuestario, cuya idea nuclear reitera a lo largo de la sentencia:

«La conformidad del Gobierno ha de referirse siempre al presupuesto en vigor en cada momento, en coherencia con el propio principio de anualidad contenido en el mismo artículo [134 CE], entendiéndose por tal tanto el autorizado expresamente como incluso el que ha sido objeto de prórroga presupuestaria (art. 134.4 CE), pues no por ello deja de cumplir la función esencial de vehículo de dirección y orientación de la política económica del Gobierno».

«Consecuencia de lo anterior», continúa el Tribunal, «es que el veto presupuestario no podrá ejercerse por relación a presupuestos futuros, que aún no han sido elaborados por el Gobierno ni sometidos por tanto al proceso de aprobación regulado en el artículo 134 CE». En este sentido, se afana el TC por asegurar el concreto ámbito temporal que predica del veto presupuestario, cerrando la posibilidad de oponer un veto con el argumento de afectar la iniciativa legislativa de que se trate a los escenarios presupuestarios plurianuales referidos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, con los que «lógica y temporalmente» se encuentra conectado todo Presupuesto, al proclamar que «tal conexión plurianual no desnaturaliza el carácter anual del presupuesto, por lo que el ejercicio de la potestad del artículo 134.6 CE se restringe, igualmente, a la afectación de una medida al presupuesto del ejercicio en curso»<sup>50</sup>.

Además de lo indicado hasta el momento, resulta determinante para la racionalización del abuso que en la XII legislatura se realizó del veto presupuestario las exigencias que el TC anuda a la motivación que ha de contener la disconformi-

---

de la sentencia, en J. M. MORALES ARROYO, *El conflicto presupuestario Gobierno/Cortes Generales como perpetuum mobile*, en *Foro, Nueva época*, Volumen 22, 2, 2019, 313 ss.

<sup>50</sup> Aunque reclamando una mayor explicación por su parte, comparte el razonamiento del Tribunal I. M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Evolución de la doctrina*, cit., 292 y 293, quien considera que «tanto de una lectura literal del precepto como de la aplicación de un criterio sistemático (el art. 135 constituye un artículo aparte del 134, dedicado a la LPGE), como – muy especialmente – de la finalidad última que, como el propio Tribunal Constitucional ha venido señalando ya desde su primer pronunciamiento, constituye la razón de ser del veto presupuestario, que no es otra que el respeto al principio de anualidad presupuestaria (como, por otra parte, ocurre también en el derecho comparado), de la LPGE como vehículo de la política económica del Gobierno, en un sistema de parlamentarismo racionalizado como el nuestro, cabe defender un alcance temporal limitado del veto presupuestario, ceñido a los presupuestos en vigor».

dad del Gobierno. A partir de que «el Gobierno podrá oponerse sólo en aquellos casos en los cuales la medida propuesta, enmienda o proposición, incida directamente en el citado presupuesto», su motivación «debe expresar tal incidencia, precisando las concretas partidas presupuestarias que se verían afectadas». No cabe pues una genérica referencia al aumento de créditos o disminución de ingresos que sobre el Presupuesto en vigor supondría la aprobación de una proposición de ley, sino que el TC exige que «la motivación del Gobierno precise adecuadamente los concretos créditos que se verían directamente afectados, de entre los contenidos en el presupuesto en vigor»<sup>51</sup>.

Como añadido, si bien no desconoce el Tribunal el «amplio margen de apreciación» con que cuenta el Ejecutivo «en su estimación de si afecta o no, y qué medida, a los ingresos y gastos de su Presupuesto», en un claro intento por terminar de acotar el ejercicio del veto, el TC introduce en su argumentación la necesidad de que el Gobierno tenga «en cuenta que su eventual no conformidad, esto es, el veto presupuestario, tiene una incidencia directa sobre la propia función del Legislativo» y de que actúe «siempre de acuerdo con el principio de lealtad institucional». Podrían considerarse innecesarias, por obvias, estas últimas apreciaciones, pero dan cuenta de la voluntad del Alto Tribunal por circunscribir al máximo el ejercicio del veto a su espíritu constitucional, en clara defensa de la función legislativa parlamentaria y de los derechos de quienes la desempeñan.

Para finalizar la exposición de la doctrina que establece el TC en su STC n. 34/2018 recalamos ahora en lo que se refiere a las posibilidades que tiene para pronunciarse sobre la disconformidad del Gobierno la Mesa del Parlamento, del Congreso en el caso concreto. Ahondando en lo que ya comenzaba a dibujarse en la última de las sentencias de 2006, el TC no ve óbice en el silencio que el RC guarda al respecto para admitir un eventual «pronunciamiento de la Mesa sobre el carácter manifiestamente infundado del criterio del Gobierno, siempre y cuando resulte evidente, a la luz de la propia motivación aportada por éste, que no se ha justificado la afectación de la iniciativa a los ingresos y gastos contenidos en el propio presupuesto»; en ejercicio de «una limitada función de calificación del criterio del Gobierno, como parte de su función genérica de calificación en relación con los documentos de índole parlamentaria que le remita el Gobierno».

Consentido un control de la Mesa en los términos expuestos, el TC aboca al órgano rector a un complicado equilibrio cuando le atribuye la tarea de «velar

---

<sup>51</sup> «Si bien de las sentencias del 2006 se podía extraer la conclusión de que, si el Gobierno se oponía, se suponía *iuris et de iure* que se daba la afectación presupuestaria, de las últimas sentencias se puede deducir la posición contraria. La motivación del Gobierno debe ser exhaustiva, justificando de modo claro e indubitado que la presente iniciativa modifica los Presupuestos en curso, con lo que ello implica de desviación de la política económica del Ejecutivo». I. SAIZ ROS, *Freno del Tribunal Constitucional al abuso del veto presupuestario: análisis de la jurisprudencia constitucional en torno al art. 134.6. CE*, en *Revista de Derecho Político*, n. 110, 2021, 290.

por los derechos fundamentales de los parlamentarios, derivados del artículo 23 CE» y por «además y al mismo tiempo, la competencia que, en exclusiva, atribuye el artículo 134.6 CE al Gobierno». Quizás consciente de la indeterminación de las pretensiones precedentes, el TC condensa qué se espera constitucionalmente de la Mesa ante un escrito de disconformidad *ex art.* 134.6 CE:

«El tipo de control que la Mesa debe ejercer ha de ceñirse a comprobar que el veto ejercido es efectivamente de índole presupuestaria, de manera que encuentra encaje en los contornos del artículo 134.6 CE. Para ello, la Mesa debe verificar la motivación aportada por el Gobierno, pero sin que le corresponda sustituir al mismo en el enjuiciamiento del impacto, sino tan sólo constatar que el mismo es real y efectivo, y no una mera hipótesis. En suma, el objeto de este examen no es otro que constatar que se ha justificado por el Gobierno el cumplimiento de los requisitos, ya expuestos, del artículo 134.6 CE, en cuanto al objeto y el alcance temporal, y que por tanto concurre el requisito material contenido en la norma constitucional, esto es, la disminución de los ingresos o el aumento de los créditos presupuestarios».

De este modo, la Mesa habrá de comprobar que el escrito de disconformidad del Gobierno, emitido dentro del plazo reglamentariamente establecido, se encuentra motivado, que en dicha motivación se precisan las concretas partidas del Presupuesto en vigor al tiempo de presentarse la iniciativa que se verían directamente afectadas de llegar a aprobarse la proposición vetada, y que la necesaria conexión entre ambas que ha de justificarse es «inmediata, actual, por tanto, y no meramente hipotética»<sup>52</sup>. Resultando positivo el examen a realizar por la Mesa, sujeto a los parámetros indicados, podrá aceptar la disconformidad del Gobierno y no someter, en consecuencia, la proposición de ley de que se trate a la toma en consideración por el Pleno, en una decisión «formal y materialmente motivada»<sup>53</sup>. Por el contrario, «si la prerrogativa no se ha ejercido conforme a los requisitos señalados, la Mesa, por razones de legalidad, ha de no aceptar la disconformidad del Gobierno sin que ello deba entenderse como menoscabo de dicha prerrogativa»<sup>54</sup>.

Sobre la base de lo anterior, el TC desestimó el conflicto entre órganos constitucionales que propició la STC n. 34/2018, entendiendo que la decisión de la Mesa del Congreso de considerar que la motivación argüida por el Gobier-

<sup>52</sup> STC n. 34/2018 (FJ. 9).

<sup>53</sup> STC n. 242/2006 (FJ. 4).

<sup>54</sup> SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Informe de la Secretaría General sobre el ejercicio de la facultad del Gobierno prevista en los artículos 134.6 de la Constitución y 126 del Reglamento del Congreso de los Diputados después de la reciente jurisprudencia constitucional*, en *Revista de las Cortes Generales*, n. 106, 2019, 545. La STC n. 94/2018, que más adelante tratamos, contiene en su FJ. 5 una ilustrativa síntesis de la doctrina del Tribunal en lo que se refiere a las atribuciones de la Mesa respecto del ejercicio de la facultad de veto por razones presupuestarias, que ya empezó a esbozarse en la STC n. 242/2006 como se apunta en el texto y que es ampliada y actualizada a partir de la STC n. 34/2018.

no no era objetiva y suficiente no supuso un menoscabo de la competencia del Ejecutivo otorgada por el art. 134.6 CE, razonando para ello el Tribunal que el Gobierno no había precisado que la iniciativa vetada afectase a los ingresos presupuestados en vigor, que la pérdida de ingresos procedentes del Fondo Social Europeo que se aducía era «eventual» y «solo una hipótesis», impidiendo además «constatar la conexión inmediata con el presupuesto vigente» la falta de desglose anual (FJ. 9).

En aplicación de la misma doctrina, y con reproducción de los argumentos ya expuestos en la STC n. 34/2018, la STC n. 44/2018 desestimó el conflicto entre órganos constitucionales interpuesto por el Gobierno contra el Congreso, en relación con sus acuerdos por los que no aceptaba la disconformidad del Ejecutivo expresada frente a la «Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados», acordaba someter al trámite de toma en consideración a la iniciativa y rechazaba el requerimiento del Gobierno en el que se le solicitaba que revocara su primera decisión. También en este caso el TC respaldó la decisión de la Mesa del Congreso, toda vez que «con su motivación el Gobierno no justifica que la proposición de ley en cuestión incida directamente en el presupuesto en curso», al no «precisar adecuadamente las concretas partidas presupuestarias del presupuesto en vigor que se verían directamente afectadas por esa iniciativa legislativa limitándose a aportar una estimación de impacto económico», que se formula «en términos de hipótesis» o de «juicio hipotético» (FJ. 7).

Dada la semejanza existente respecto de la *ratio decidendi* de las SSTC núms. 34/2018 y 44/2018, hemos considerado aludir en este bloque de sentencias sobre veto presupuestario a la STC de 17 de diciembre de 2018, n. 139, aunque no es la que cronológicamente sigue a la STC n. 44/2018, como más adelante se comprueba. En el caso de la STC n. 139/2018 lo que se interpone ante el TC no es ya un conflicto entre órganos constitucionales sino un recurso de amparo por la vía del art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. También existe una diferencia con los antecedentes de las SSTC núms. 34/2018 y 44/2018, puesto que en los hechos que propician el recurso de amparo no se encuentra ya un rechazo de la Mesa del Congreso a la disconformidad presupuestaria manifestada por el Gobierno, sino que es de la anuencia de la Mesa respecto de ese escrito de veto de la que trae causa la vulneración que el TC termina declarando del derecho a ejercer las funciones representativas que señalan las leyes (art. 23.2 CE), en conexión con el de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (art. 23.1 CE).

El contexto fáctico, tal y como consta en los antecedentes de la sentencia, y los motivos que conducen al TC a la estimación del recurso de amparo, unidos a la reiteración y aplicación de la doctrina instaurada en las SSTC núms.

34/2018 y 44/2018 ya vista, son los siguientes: el Gobierno de la primera parte de la XII legislatura aplicó el veto presupuestario a la «Proposición de Ley sobre modificación de la regulación de la unidad de convivencia en determinadas situaciones, a efectos del acceso y mantenimiento en el percibo de las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva», presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, «por suponer la misma un aumento de los créditos presupuestarios», razón sustentada a la luz de un informe del Ministerio de Hacienda y Función Pública en el que se concluía, entre otros extremos, que la modificación que planteaba la proposición de ley «comportaría un incremento de gasto público que, dado el actual marco de consolidación fiscal, podría no ajustarse a los escenarios de los próximos ejercicios». Respectivamente, la Mesa del Congreso acordó el 24 de octubre y el 21 de noviembre de 2017 que no procedía la toma en consideración de la iniciativa en aceptación del veto y que fuera desestimada la solicitud de reconsideración planteada, por entender que la motivación del Gobierno era expresa, suficiente y no arbitraria. Los recurrentes consideraban que dichos acuerdos vulneraban el derecho fundamental del art. 23.2 CE «al aceptar el criterio de disconformidad del Gobierno con la tramitación de la proposición de ley, sin llevar a cabo un examen de la suficiencia de la justificación del mismo desde la perspectiva de la razonabilidad y de la ausencia de arbitrariedad». El TC, como se adelantó en el párrafo anterior, amparó a los diputados recurrentes, entendiéndolo que la afectación al Presupuesto que se contenía en la motivación del Gobierno «no se concreta como real y efectiva». Al contrario, para el Tribunal, el incremento del gasto público alegado «se efectúa en términos de mera hipótesis», esto es, a su criterio «la causalidad entre la aprobación de la proposición de ley y su impacto presupuestario está fundada en un mero juicio hipotético; en una mera posibilidad o conjetura»<sup>55</sup>. Por lo anterior, el TC estimó que la función de calificación que corresponde a la Mesa en el ámbito que nos viene ocupando «no se ha verificado adecuadamente, al tomar en consideración que la iniciativa legislativa [...] tenía un impacto real y efectivo sobre el presupuesto en vigor, siendo así que estaba basada en apreciaciones hipotéticas»<sup>56</sup>.

Tal y como se constató cuando se señalaron los datos de proposiciones de ley vetadas en la primera parte de la XII legislatura, en tres ocasiones el Gobierno opuso el veto, la Mesa lo aceptó y el Tribunal Constitucional ordenó retrotraer las actuaciones hasta el momento anterior al de la resolución de la Mesa del Congreso, lo que el TC hizo a través de la STC n. 139/2018, que acaba de ocuparnos, y a través de la STC n. 94/2018 y la STC de 11 de febrero de 2019, n. 17. Estas dos últimas integran un segundo bloque de sentencias en las que el TC tuvo ocasión de profundizar en los contornos constitucionales del veto

<sup>55</sup> STC n. 139/2018 (FJ. 6).

<sup>56</sup> STC n. 139/2018 (FJ. 7).

presupuestario, focalizando su labor jurisdiccional e interpretativa en el alcance temporal del mismo. En este punto debe traerse a colación la reflexión que en páginas anteriores realizábamos respecto del abuso del veto presupuestario durante la primera mitad de la XII legislatura en términos cualitativos, lo que sosteníamos sobre la evidencia de que en aquel periodo se mostró la disconformidad, por razones presupuestarias, con la tramitación de proposiciones de ley cuya entrada en vigor se preveía para ejercicios presupuestarios posteriores al vigente en el momento del registro de la iniciativa. Es en este contexto en el que deben situarse los hechos que dan lugar a las SSTC núms. 94/2018 y 17/2019, que profundizan en los límites temporales del veto presupuestario, que, por otra parte, habían quedado suficientemente perfilados en la STC n. 34/2018, en la que ya se cancelaba toda opción de aplicar la disconformidad bajo el pretexto de afectar la proposición de ley en su caso aprobada a escenarios presupuestarios plurianuales.

En la STC n. 94/2018, se resuelve un recurso de amparo promovido por el portavoz del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados, «contra el acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 28 de abril de 2017, que, con aceptación del criterio del Gobierno de la Nación, había resuelto la no procedencia de someter la proposición de ley para el cierre de las centrales nucleares instaladas en España que dicho grupo parlamentario había presentado para su toma en consideración por el Pleno»<sup>57</sup>. También se dirigía el recurso contra la decisión de la Mesa de 6 de junio de 2017 de desestimar la solicitud de reconsideración que se había formulado contra el primer acuerdo. La proposición de ley en cuestión preveía en su disposición final tercera: «Esta ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, excepto las medidas que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos del presupuesto del ejercicio en curso, que entrarán en vigor en el ejercicio presupuestario siguiente».

Dejando a un lado los argumentos sustantivos esgrimidos por el Gobierno para mostrar sus disconformidad por suponer la aprobación de la proposición un aumento de los créditos y una disminución de los ingresos presupuestarios, la reproducida disposición final tercera de la iniciativa no impidió el empleo del veto presupuestario ya que el Gobierno entendió que su aplicación debía «cuando menos entenderse referida a un escenario presupuestario plurianual con vigencia para tres ejercicios al que debe sujetarse la acción de gobierno, y este a su vez en el objetivo de estabilidad presupuestaria que, con idéntica vigencia, fija el Gobierno y somete a la aprobación de las Cortes Generales». Esto es, como sintetizan los antecedentes de la sentencia, el Gobierno sostuvo que «la limitación establecida en el artículo 134.6 CE no se refiere exclusivamente a los

---

<sup>57</sup> Los entrecorridos del presente y del siguiente párrafo pertenecen al apartado de antecedentes de la sentencia.

presupuestos en curso sino también cuando dicho efecto se demore a ejercicios presupuestarios futuros». La Mesa del Congreso aceptó la disconformidad del Gobierno y rechazó la reconsideración planteada frente a su decisión de no someter a la toma en consideración la proposición de ley, remitiéndose a los argumentos ofrecidos por el Ejecutivo para oponer el veto y esgrimiendo la ambigüedad e inseguridad jurídica de la fórmula contenida en la disposición final tercera, así como precedentes parlamentarios. En el aval que el órgano rector del Congreso otorgó al veto presupuestario ejercido con relación a ejercicios presupuestarios futuros sitúa el recurrente la vulneración del derecho consagrado en el art. 23.2 CE.

El TC no deja lugar a dudas en cuanto al mantenimiento y reafirmación de su posición respecto del ámbito temporal del ejercicio de la facultad de veto del art. 134.6 CE. Su extensión más allá del Presupuesto en curso, bajo el pretexto de salvaguardar el principio de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) y los concretos objetivos de estabilidad aprobados y referidos a los tres ejercicios siguientes, implica para el Alto Tribunal tres consecuencias (FJ. 7).

En primer lugar, «contraviene la doctrina de este Tribunal [...] que, con claridad, ha delimitado el ámbito temporal de la aplicación de la potestad gubernamental de referencia, que lo circunscribe al ejercicio presupuestario en curso», esto es, «a las partidas de gastos y previsión de ingresos presupuestarios, que hayan sido previamente aprobados por las Cortes Generales en la Ley anual de presupuestos generales del Estado y se refieran al presupuesto en vigor o al que lo esté en situación de prórroga»<sup>58</sup>.

En segundo lugar, «desnaturaliza la propia razón de ser de la potestad de veto del Gobierno», que, como se recuerda, reside en la confianza que el Parlamento ha otorgado al Gobierno para ejecutar el Presupuesto previamente examinado, enmendado y aprobado, momento a partir del cual se confía al Gobierno «el control de su efectiva realización, impidiendo cualesquiera actuaciones que puedan incidir negativamente en la realización de las partidas presupuestarias y sin que se vea sometido a iniciativas que interfieran en su ejecución». Sin embargo, «más allá en el tiempo del presupuesto aprobado y salvo prórroga de su vigencia, no puede aquel, con su facultad de veto, limitar a las Cortes Gene-

<sup>58</sup> «Y, ciertamente, parece lógico que así sea tanto desde el punto de vista técnico, como desde el político. Técnicamente, [...] el “veto presupuestario” tiene por objeto asegurar el equilibrio presupuestario en cuanto elemento central de la acción política del ejecutivo; llevar esa potestad a futuros escenarios presupuestarios no tiene justificación puesto que difícilmente puede garantizarse el equilibrio de algo aún inexistente. Pero es que, además, desde el punto de vista político, esa proyección *pro futuro* supondría colocar al ejecutivo en una posición que le permitiría predeterminar en buena medida la acción política de los venideros gobiernos y, sobre todo, restringir de forma extraordinaria al legislativo impidiéndole adoptar la mayor parte de las decisiones político-legislativas puesto que rara es la que no posee implicación económica alguna». J. GARCÍA MORILLO y P. PÉREZ TREMPES, *Legislativo vs. Ejecutivo autonómicos*, cit., 21 y 22.



rales a que, en el ejercicio de su autonomía reconocida constitucionalmente (art. 72 CE), puedan éstas adoptar iniciativas que no afecten al presupuesto en vigor, siempre que sean conformes con el bloque de constitucionalidad y de acuerdo con sus reglamentos orgánicos».

En tercer lugar, la decisión de la Mesa de aceptar el veto del Gobierno y no permitir el debate de toma en consideración de la proposición de ley, asumiendo «una argumentación que debe reputarse como contraria al sentido y alcance del artículo 134.6 CE», constituye a juicio del TC «una limitación contraria al ejercicio de la vertiente esencial y más genuina del *ius in officium* de los parlamentarios, como es la del derecho a la iniciativa legislativa y a que las proposiciones de ley presentadas por los grupos puedan ser sometidas al debate de oportunidad política ante el Pleno de la Cámara». Por todo ello, el TC estimó el recurso de amparo, declarando la vulneración del derecho del recurrente consagrado en art. 23.2 CE en conexión con el del art. 23.1 CE, anuló los acuerdos de la Mesa impugnados y retrotrajo las actuaciones hasta el momento anterior al de la primera decisión de la Mesa.

La STC n. 17/2019, por su parte, estimó un recurso de amparo para cuya resolución replicó la argumentación y el fallo pronunciado en la STC n. 94/2018, ante un caso similar que se planteó con relación al veto opuesto a la «Proposición de Ley de modificación del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, al objeto de fortalecer la negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales». En esta ocasión, además de proclamar la inconstitucionalidad de la extensión temporal del veto presupuestario llevada a cabo por el Gobierno y asumida por la Mesa del Congreso, el TC apreció el incumplimiento de los requisitos de motivación establecidos en su doctrina y la función de control que recae en la Mesa, calificándola de «abstracta y formalista» (FJ. 4)<sup>59</sup>.

A pesar de la semejanza que guardan con la fundamentación de la STC n. 94/2018, las SSTC núms. 17/2019 y 53/2021 incorporan un matiz novedoso en lo que se refiere al control que la Mesa ha de ejercer respecto de los escritos de veto presupuestario, concretamente en lo referido a la motivación (formal y materialmente exigida) de su eventual decisión de aceptar el veto y no someter la proposición de ley a la toma en consideración.

Tachada de «abstracta y formalista» la motivación contenida en el acuerdo

---

<sup>59</sup> En el mismo sentido argumenta y resuelve la STC de 15 de marzo de 2021, n. 53 (FJ. 6), que estima un recurso de amparo interpuesto para un caso análogo al que da origen al segundo bloque de sentencias sobre veto presupuestario, en esta ocasión ocurrido en la Asamblea Regional de Murcia. Un análisis de la sentencia en I. M. ABELLÁN MATESANZ, *El ejercicio de cargo público representativo: iniciativa legislativa parlamentaria vs. veto presupuestario gubernamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2021, de 15 de marzo. Recurso de amparo núm. 6546-2018*. (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021), en *Revista de las Cortes Generales*, n. 111, 2021, 599 ss.

de la Mesa y, por ende, incumplidora del control que le incumbe al órgano rector respecto de la disconformidad expresada por el Gobierno, el TC requiere en sus últimas sentencias que las Mesas parlamentarias hagan «explícitas las razones que permiten considerar acreditado el presupuesto material del impacto directo y actual de la proposición de ley en los créditos presupuestarios vigentes», no bastando, como en los casos de los que traen causa las sentencias, con que la Mesa entienda suficiente, razonable o no arbitraria la motivación del Gobierno con remisión a la misma<sup>60</sup>. Además, en caso de tener que resolver solicitudes de reconsideración planteadas respecto de su decisión de aceptar el veto gubernamental y acordar el no sometimiento de la proposición a su consideración plenaria, el TC viene a reclamar a la Mesa que ofrezca una «respuesta a los concretos argumentos dados por el grupo parlamentario acerca de que la iniciativa legislativa no supone un aumento de los créditos presupuestarios»<sup>61</sup>.

### 3.3. *Reflexión parcialmente crítica sobre la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de veto presupuestario*

Llegados a este punto realizamos una breve reflexión sobre la doctrina del TC instaurada en materia de veto presupuestario. En términos generales consideramos que la interpretación que el TC ha fijado sobre el alcance y los límites de la facultad de veto del art. 134.6 CE es, por un lado, necesaria, a efectos de clarificar los contornos de un instituto que se ha visto revitalizado con la irrupción de la fragmentación parlamentaria, completar las escasas reglas procedimentales establecidas en el RC y prevenir futuros nuevos abusos en su empleo por parte del Gobierno y su eventual mayoría en la Mesa del Congreso. Por otro lado, la interpretación sentada por el TC la calificamos de especialmente garantista y protectora del derecho del art. 23.2 CE en conexión con el del art. 23.1 CE. Esta conclusión, que se infiere de lo resuelto por el TC en las distintas sentencias tratadas y del sentido de sus argumentos siempre orientados a la salvaguarda de aquellos en lo que se refiere a participación en la potestad legislativa del Parlamento, es particularmente importante en un contexto de fragmentación y, sobre todo, de polarización parlamentaria, en el que el enfrentamiento político que inunda los órganos de gobierno y funcionales de las Cámaras deja más al descubierto que en épocas anteriores el *ius in officium* de los parlamentarios. De este modo, en última instancia la consolidada jurisprudencia constitucional abordada

---

<sup>60</sup> STC n. 53/2021 (FJ. 6). Esta sentencia, por tanto, «ha recalado la necesidad de que las Mesas, en el caso de plegarse al criterio del Gobierno, controlen el acuerdo del Ejecutivo mediante una motivación no formalista». M. CARRASCO DURÁN, *El Parlamento fragmentado, como Parlamento desracionalizado: investidura, formación de Gobierno y actividad legislativa*, en *Calidad democrática y Parlamento*, editado por J. TUDELA y M. KÖLLING, Madrid, 2022, 97.

<sup>61</sup> STC n. 17/2019 (FJ. 4). En el mismo sentido la STC n. 53/2021 (FJ. 6).

sobre veto presupuestario supone un espaldarazo para la función legislativa del Parlamento, sin que ello implique, en un complejo equilibrio para el TC, desamparar a la función de dirección política (art. 97 CE), con la que se conecta el fundamento mismo del veto presupuestario.

Sin perjuicio de lo anterior, la precisada, desde el año 2018, doctrina del TC sobre el veto presupuestario, nos despierta alguna inquietud concreta. Nos referimos a las amplias atribuciones que el TC otorga a las Mesas de las Cámaras sobre el control de los escritos de disconformidad del Gobierno, coincidiendo con un contexto en el que el conflicto independentista en Cataluña, entre otras cosas, implica un auténtico fortalecimiento del papel de las Mesas como órganos de control de la constitucionalidad de las iniciativas parlamentarias<sup>62</sup>. En esta línea, la interpretación sostenida por el TC viene a atribuir un auténtico deber a la Mesa para que rechace los vetos del Gobierno, previo control formal y material de la disconformidad en los términos que se han analizado, si la facultad del art. 134.6 CE no se ha ejercitado dando cumplimiento a los requisitos exigidos. En consonancia con lo expresado en el párrafo anterior, no entendemos desproporcionada la función que se espera de las Mesas en este sentido, en aras de dispensar una necesaria protección y salvaguarda de las facultades más elementales integradas en el *ius in officium* del parlamentario. Sin embargo, la inquietud que más arriba mencionábamos nos la despierta el caso en el que la Mesa estime la concurrencia de los requisitos exigibles en la motivación de la disconformidad gubernamental y, en consecuencia, proceda a aceptar el veto y no someter la proposición de ley a la toma en consideración. Si bien es claro que en ese caso la Mesa habría de motivar formal y materialmente su decisión, en muestra de la ausencia de cualquier indeseado juicio político en su resolución, no podemos compartir con las SSTC núms. 17/2019 y 53/2021 la necesidad de que la Mesa (del Congreso, en nuestro caso) explicita en su acuerdo inicial, objeto de publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, las razones que le llevan a considerar acreditado el presupuesto material del veto, tachando de abstracta y formalista una motivación en la que Mesa entienda razonable o no arbitraria la justificación del Gobierno con remisión a la misma.

En nuestra opinión, creemos más que suficiente, si de una «limitada función de calificación» se ha de tratar<sup>63</sup>, que la Mesa compruebe que el escrito de disconformidad del Gobierno, emitido dentro del plazo reglamentariamente establecido, se encuentra motivado, que en dicha motivación se precisan las concretas partidas del Presupuesto en vigor al tiempo de presentarse la iniciativa que se verían directamente afectadas de llegar a aprobarse la proposición vetada, y que la necesaria conexión entre ambas que ha de justificarse no es meramente hipotética. Si fruto de ese examen formal y material que jurisprudencialmente se fuerza

---

<sup>62</sup> Como se sintetiza en la STC de 16 de octubre de 2019, n. 115 (FJ. 6).

<sup>63</sup> STC n. 34/2018 (FJ. 7).

a realizar a la Mesa, esta estima que el veto es efectivamente presupuestario, cumple los requisitos, y decide no someter la proposición a la toma en consideración, la motivación formal que acompañe a dicho acuerdo habrá de expresar que el mismo ha sido adoptado a la vista de la motivación expresada por el Gobierno, en virtud de lo dispuesto en los arts. 134.6 CE y 126.2 RC y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Con estos parámetros entendemos colmada la exigencia de que la decisión de la Mesa se encuentre, expresa, suficiente y adecuadamente motivada<sup>64</sup>, teniendo en cuenta que las acciones que el TC espera de la Mesa en ejercicio del control técnico-jurídico que le atribuye del veto son las de «constatar» o «verificar la motivación aportada por el Gobierno», sin pretender de su parte un examen de mayor profundidad sustantiva, esto es, «sin que le corresponda sustituir al mismo [al Gobierno] en el enjuiciamiento del impacto»<sup>65</sup>.

Esas razones que las últimas sentencias del año 2019 y 2021 reclaman explicitar a las Mesas, que vendrían a constituir la motivación material de la decisión de la Mesa, no pueden ser otras que el desarrollo, con resultado positivo, del control formal y material, que las Mesas deben realizar sobre el escrito de disconformidad del Gobierno, cuyos elementos son de general conocimiento<sup>66</sup>.

Pretender que la Mesa, en otro giro de tuerca, aluda en la expresa motivación de su eventual decisión liminar de aceptar un veto presupuestario a cualquier otra razón concreta, difícilmente se haría compatible con la premisa de que «no corresponde [...] a la Mesa del Congreso, en ejercicio de su función de calificación, [...] sustituir al Gobierno en el enjuiciamiento del impacto presupuestario, sino tan sólo constatar que el mismo es real y efectivo, y no una mera hipótesis»<sup>67</sup>; además de resultar, a nuestro modo de ver, invasora de la autonomía parlamentaria constitucionalmente garantizada por el art. 72 CE<sup>68</sup>. Debe tenerse presente igualmente que una exposición razonada de los motivos

---

<sup>64</sup> STC n. 53/2021 (FJ. 5).

<sup>65</sup> STC n. 94/2018 (FJ. 5).

<sup>66</sup> En este mismo sentido la Mesa del Senado, ante la alegación de que uno de sus acuerdos por los que se aceptaba un veto presupuestario carecía de la motivación requerida por la CE y el TC al consistir en una referencia a la disconformidad del Gobierno, entendió cumplida en la «Resolución sobre la solicitud de reconsideración del Grupo Parlamentario Democrático (Ciudadanos, Agrupación de Electores “Teruel Existe” y Partido Regionalista de Cantabria) con número de registro de entrada 115.825» (incluida en el acta de la Mesa del 26 de octubre de 2021) la motivación que el TC reclama de los acuerdos de Mesa que acepten la disconformidad del Gobierno cuando la Mesa «fundamenta su acuerdo al constatar que el Gobierno ha manifestado su disconformidad en plazo y que está adecuadamente motivada», pág. 478.

<sup>67</sup> STC n. 139/2018 (FJ. 6).

<sup>68</sup> La cual, para el TC, «implica otorgar a los Parlamentos y, significativamente, a sus órganos rectores, un margen de aplicación en la interpretación de la legalidad parlamentaria que este Tribunal no puede desconocer». STC n. 34/2018 (FJ. 3), con reiteración en la STC de 18 de marzo de 2021, n. 69 (FJ. 5).

que condujeron al acuerdo inicial de la Mesa puede expresarse no solo en él sino también en la contestación de una eventual solicitud de reconsideración (art. 31.1 RC) e, incluso, en el acta de la reunión del órgano, como ha respaldado el TC<sup>69</sup>. De hecho, estimamos que es la resolución de la posible solicitud de reconsideración el lugar idóneo para profundizar y detallar los elementos que motivaron la decisión inicial de la Mesa dando debida respuesta, como satisfactoriamente requieren las SSTC núms. 17/2019 (FJ. 4) y 53/2021 (FJ. 6), a cada uno de los argumentos que esgriman los peticionarios de la reconsideración, que estarán agotando la vía parlamentaria antes de poder acudir al TC para defender su *ius ut procedatur*, contando la Mesa en su tarea con el posible auxilio de la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales<sup>70</sup>.

#### 3.4. *El veto presupuestario a proposiciones de ley en la XIV legislatura: datos provisionales, derechos fundamentales de nuevo en jaque y falta de adaptación del Congreso a la doctrina del Tribunal Constitucional*

Tal y como se avanzó al inicio del análisis del comportamiento experimentado por el veto presupuestario en el Congreso de los Diputados durante la etapa de fragmentación parlamentaria, realizamos ahora un breve comentario de la situación que se presenta en la XIV legislatura, aún en desarrollo cuando se escriben estas líneas.

En la XIV legislatura, el veto presupuestario se sigue empleando, quedan muy lejanas ya esas seis legislaturas (III-VIII) en las que su no uso constituía una práctica (omisi-va) reiterada. A 20 de febrero de 2023, transcurridos casi cuarenta meses de legislatura, la disconformidad a la que indirectamente se refiere el art. 134.6 CE ha sido utilizada por el Gobierno en veintitrés ocasiones, frente a las sesenta y siete en que fue esgrimido durante los veintitrés primeros meses de la XII legislatura, coincidiendo con su primer Gobierno. El dato es suficientemente ilustrativo de la preferencia del Gobierno de coalición por rechazar las proposiciones de ley de la oposición que estime en el trámite de la toma en consideración por el Pleno de la Cámara, y ello a pesar de la tentación que podría suponerle contar con una mayoría cómoda en la Mesa del Congreso (que

---

<sup>69</sup> Respectivamente, STC de 19 de noviembre de 2020, n. 173 (FJ. 3) y STC de 2 de octubre de 2019, n. 110 (FJ. 4).

<sup>70</sup> El art. 8.3 de la «Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 19 de julio de 2011, por la que se regula la composición y funcionamiento de la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales, creada por la Ley 37/2010, de 15 de noviembre, por la que se crea la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales» prevé que «en el Congreso de los Diputados, cuando el Gobierno manifestara su oposición a la tramitación de una Proposición de Ley por suponer aumento de los créditos o disminución de los ingresos del ejercicio en curso, la Mesa podrá recabar informe a la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales sobre el impacto presupuestario de la norma». BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 457, de 29 de julio de 2011, pág. 4.

acepta los veintitrés vetos) y el riesgo de contar con otra ajustada, frágil y heterogénea en el Pleno que ha de gestionarse votación a votación. Esta gestión ha devenido eficaz en tanto que el Gobierno no ha visto tomarse en consideración proposiciones de ley con el voto contrario de los dos grupos que lo sustentan, a diferencia de lo que sucedió en la primera parte de la XII legislatura, lo que constituye otro incentivo para reducir lo más posible el empleo del veto presupuestario<sup>71</sup>.

El dato de los veintitrés vetos en la XIV legislatura frente a los sesenta y siete opuestos en la primera parte de la XII también podría evidenciar la efectividad que despliega la doctrina del TC en la materia, aunque resulta complicado comprobar cualitativamente este extremo, además de porque el TC aún no se ha pronunciado sobre alguno de ellos, por la falta de transparencia que existe en este ámbito de la actividad del Congreso de los Diputados. En este sentido hay que tener en cuenta que el Congreso de los Diputados, a través de su página web, no publica en el expediente de cada iniciativa legislativa el escrito de disconformidad en su caso emitido por el Gobierno, no publica el acta completa de las reuniones de la Mesa con expresión de las intervenciones y el sentido de voto de sus miembros, y tampoco publica la, en su caso, resolución desestimatoria de las solicitudes de reconsideración planteadas contra la aceptación del veto por parte de la Mesa<sup>72</sup>; todo ello en sentido contrario de lo que ocurre en el Senado, que satisfactoriamente publica cada uno de esos documentos. Así, en el caso del Congreso, lo que puede conocerse es el acuerdo adoptado por la Mesa ante una comunicación de disconformidad *ex* art. 134.6 CE remitida por el Gobierno, a través de sus actas de acuerdos semanales que no son siquiera específicamente almacenadas en la web y a través de su publicación en el BOCG si se acepta el veto; y la respuesta de la Mesa, a través de las referidas actas, a la interposición de una solicitud de reconsideración del acuerdo inicial de la Mesa aceptando el veto, que consiste simplemente en dar traslado de la misma a la Junta de Portavoces como requiere el art. 31.2 RC, antes de proceder a su resolución, la que tampoco puede conocerse. En este contexto destacamos dos circunstancias.

Por un lado, dos de las proposiciones de ley vetadas retrasan en su redacción la entrada en vigor de las medidas «que impliquen un aumento de los créditos

---

<sup>71</sup> De las veintitrés proposiciones vetadas en la XIV legislatura, veintiuna provienen de grupos parlamentarios (con número de expediente 122/000026, 122/000035, 122/000050, 122/000058, 122/000061, 122/000094, 122/000127, 122/000157, 122/000159, 122/000200 -retirada por el grupo proponente-, 122/000205, 122/000207, 122/000209, 122/000219, 122/000232, 122/000238, 122/000245, 122/000251, 122/000260, 122/000265 y 122/000267), una de Comunidad Autónoma (con número de expediente 125/000001) y una, por primera vez, es iniciativa legislativa popular (con número de expediente 120/000003).

<sup>72</sup> En la legislatura XII lo más que se publica es la comunicación al autor de la solicitud de reconsideración de su estimación por la Mesa y su acto consecuente, que la proposición, sobre la que inicialmente había recaído el veto del Gobierno y su aceptación por la Mesa, se encuentra en condiciones de ser incluida en el orden del día del Pleno a efectos de su toma en consideración. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núms. 27-3 y 203-3, de 22 de junio de 2018.

o una disminución de los ingresos en relación con el presupuesto vigente [...] en la parte que comporte afectación presupuestaria, hasta el ejercicio presupuestario siguiente al de la entrada en vigor»<sup>73</sup>; y una tercera prevé su entrada en vigor «el 1 de enero del año siguiente a su aprobación, de manera que el impacto presupuestario derivado de esta se aplique al ejercicio presupuestario inmediatamente posterior a su entrada en vigor»<sup>74</sup>. A pesar de ello, y sin conocer el escrito de disconformidad del Gobierno y si se ocasionó algún debate en la Mesa, el órgano rector del Congreso aceptó los vetos<sup>75</sup>. Sin que conste solicitud de reconsideración ni interposición de recursos de amparo contra esos acuerdos, consideramos que la Mesa, por razones de legalidad, debería haber rechazado unas disconformidades que se sitúan fuera del alcance temporal constitucionalmente admitido de la potestad prevista en el art. 134.6 CE. Tomando como referencia a la STC n. 94/2018 (FJ. 7), aplicar extensivamente el ejercicio del veto presupuestario a proposiciones de ley cuya entrada en vigor y efectos se contemplan para un ejercicio presupuestario futuro constituye una contravención de la doctrina del TC; supone desnaturalizar la razón de ser de la facultad que el art. 134.6 CE reconoce al Gobierno, «limitar a las Cortes Generales a que, en el ejercicio de su autonomía reconocida constitucionalmente (art. 72 CE), puedan éstas adoptar iniciativas que no afecten al presupuesto en vigor»; y, en lo referido a la asunción del veto en estas condiciones por la Mesa, «una limitación contraria al ejercicio de la vertiente esencial y más genuina del *ius in officium* de los parlamentarios, como es la del derecho a la iniciativa legislativa y a que las proposiciones de ley presentadas por los grupos puedan ser sometidas al debate de oportunidad política ante el Pleno de la Cámara».

En relación con este último aspecto, cabe destacar que los múltiples conflictos jurisdiccionales que el acusado empleo del veto presupuestario ha propiciado en los últimos años han permitido al TC consolidar y otorgar especial protección a un derecho de los parlamentarios a que las proposiciones de ley presentadas por los grupos de los que forman parte puedan ser sometidas al debate de toma en consideración ante el Pleno, con el objeto de que la propuesta sea discutida y deliberada por tal órgano funcional<sup>76</sup>. Se afianza así tal potestad inherente a la función legislativa como concreción del derecho de iniciativa legislativa y como

---

<sup>73</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núms. 230-1 y 231-1, de 5 de abril de 2022.

<sup>74</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 284-1, de 21 de octubre de 2022.

<sup>75</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núms. 230-2 y 231-2, de 27 de mayo de 2022 y BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 284-2, de 16 de diciembre de 2022.

<sup>76</sup> Con anterioridad a la referencia que a este derecho se realiza en las SSTC núms. 94/2018 (FJ. 7), 17/2019 (FJ. 4) y 53/2021 (FJ. 6), la STC n. 10/2016 (FJ. 5) ya se refiere al *ius ut procedatur* de los parlamentarios, y al «derecho a que la propuesta presentada fuera convenientemente discutida y deliberada por la Cámara, sea cual fuere el resultado de esa deliberación», con un antecedente en la STC de 18 julio de 1995, n. 124 (FJ. 3).

vertiente del derecho fundamental previsto en el art. 23.2 CE<sup>77</sup>. Esto es, se sigue la senda iniciada por el reconocimiento en el ámbito de la función legislativa de determinadas facultades que se integran en el núcleo esencial *del ius in officium* de los representantes, como la de presentar proposiciones de ley<sup>78</sup> y la de que estas «se tramiten con los requisitos y a través de los procedimientos establecidos en la Constitución Española y en el Reglamento del Congreso de los Diputados»<sup>79</sup>. Este «derecho a la tramitación de las iniciativas legislativas conforme al procedimiento adecuado» comprende «el derecho a la calificación de la iniciativa», «el derecho a la admisión a trámite de la propuesta legislativa» y «el derecho a la decisión sobre la tramitación por el procedimiento adecuado»<sup>80</sup>. Tras esta sucesión de derechos entendemos que cobraría singular operatividad el relativo al sometimiento de las proposiciones de ley a su debate de oportunidad política, una vez recaída su calificación, admisión y la decisión de su tramitación conforme a los requisitos y a través del procedimiento establecido en la CE y en el RC. En este contexto, la decisión de la Mesa de aceptar el veto presupuestario del Gobierno sin ajustarse a los parámetros materiales y temporales fijados para su ejercicio, imposibilitando el debate de toma en consideración de la proposición, supone una limitación de la potestad a la que nos referimos, incluida en el núcleo esencial de la función representativa y determinante de una vulneración del derecho fundamental del art. 23.2 CE, impidiendo que la proposición de ley en cuestión atienda a uno de sus principales fines, el de operar «como un instrumento eficaz en manos de los distintos grupos políticos que integran el pleno de la Cámara, [...] que les permite obligar a que este se pronuncie acerca de la oportunidad de la iniciativa presentada, forzando a las distintas fuerzas político-parlamentarias a manifestar públicamente su postura y las razones políticas o de otra índole (incluida la eventual inconstitucionalidad de la misma), por las que han decidido apoyar o rechazar la propuesta legislativa sometida a su consideración»<sup>81</sup>.

Por otro lado, más allá de estas tres particularidades, creemos oportuno destacar la fórmula que con habitualidad emplea la Mesa del Congreso para expresar su acuerdo de aceptación del veto presupuestario remitido por el Gobierno:

«Expresada por el Gobierno su disconformidad, en virtud de lo dispuesto en los artículos 134.6 de la Constitución y 126.2 del Reglamento de la Cáma-

---

<sup>77</sup> «El ejercicio de la función legislativa por los representantes de los ciudadanos constituye, pues, «la máxima expresión del ejercicio de la soberanía popular en el Estado democrático. Puesto que la participación en el ejercicio de dicha función y el desempeño de los derechos y facultades que la acompañan constituyen una manifestación constitucionalmente relevante del *ius in officium* del representante». STC n. 17/2019 (FJ. 2).

<sup>78</sup> STC n. 53/2021 (FJ. 3).

<sup>79</sup> Auto del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2006, n. 85 (FJ. 6).

<sup>80</sup> Y. GÓMEZ LUGO, *El derecho a tramitar las iniciativas legislativas por el procedimiento adecuado*, en *InDret*, n. 4, 2009, 12 y 13.

<sup>81</sup> STC n. 53/2021 (FJ. 3).



ra, acordar que no procede la toma en consideración por el Pleno de la citada Proposición de Ley. Asimismo, comunicar este acuerdo al Grupo Parlamentario autor de la iniciativa y al Gobierno y publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales»<sup>82</sup>.

Esta fórmula, a la que indirectamente nos hemos referido al discrepar de las últimas apreciaciones del Tribunal Constitucional sobre la motivación de la decisión de la Mesa, es la misma que se empleó en las legislaturas IX y XII. No resulta coherente, sin desconocer la trascendencia y los deseos de la jurisprudencia constitucional existente sobre veto presupuestario desde el año 2018, que en la XIV legislatura, encontrándose consolidada esa doctrina, la Mesa del Congreso continúe empleando una expresión formal de su acuerdo similar a la que utilizaba cuando no existía aquella, o no se encontraba tan perfilada. A tenor de las indubitadas exigencias del Tribunal Constitucional y habida cuenta de su no incorporación e integración en el RC, estimamos oportuno, como poco, que el acuerdo de la Mesa por el que se decide no someter a la toma en consideración por el Pleno la proposición de ley vetada exprese que el mismo se adopta, además de a la vista del escrito de disconformidad y en virtud de las disposiciones aplicables, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>83</sup>. Solo de este modo puede darse verdadero cumplimiento a lo requerido por el TC, sobre todo en sus últimas sentencias sobre veto presupuestario como se vio, en orden a poder entender colmada la exigencia de que la decisión de la Mesa se encuentre, expresa, suficiente y adecuadamente motivada; todo en pro de la salvaguarda de los derechos fundamentales de los parlamentarios<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Por todos, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 186-2, de 5 de noviembre de 2021. Si el veto presupuestario se opone frente a una proposición de ley autonómica se suprime la referencia, de los sujetos respecto de los que se acuerda comunicar la decisión, al grupo parlamentario. En el caso de las iniciativas legislativas populares, el inciso final del acuerdo es «Asimismo, comunicar este acuerdo a la Comisión Promotora, a la Comisión de Interior y al Gobierno y publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales». BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 5-2, de 6 de marzo de 2020.

<sup>83</sup> No sería extraño que la Mesa tenga en cuenta y aluda en su acuerdo a una interpretación determinada sostenida por el TC, puesto que lo hace, por ejemplo, con ocasión de sus decisiones por las que inadmite solicitudes de creación de Comisiones de Investigación que tengan que ver con la Casa Real.

<sup>84</sup> Una de las conclusiones del informe emitido por la Secretaría General del Congreso tras la STC n. 34/2018 ya incidía en que la misma «constituye Jurisprudencia, que tiene una fuerza vinculante específica, por lo que la Mesa, en el ejercicio ordinario de las funciones de calificación de los escritos de índole parlamentaria, de conformidad con el art. 31 del Reglamento, debe considerar la referida jurisprudencia como parámetro para calificar, junto con el Reglamento, con arreglo a Derecho». SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Informe de la Secretaría General sobre el ejercicio de la facultad del Gobierno*, cit., 545.

### 3.5. *Propuesta de actualización del artículo 126 del Reglamento del Congreso de los Diputados*

Así las cosas, presumiendo que la consolidada jurisprudencia constitucional sobre veto presupuestario viene sirviendo a la Mesa del Congreso de parámetro, junto con el RC, para calificar los escritos de disconformidad del Gobierno, a salvo de la adición propuesta en el párrafo anterior respecto de la formulación del acuerdo de la Mesa en caso de aceptación del veto, hemos de reconocer que el clima de polarización existente también en la XIV legislatura y la incapacidad para forjar un representativo consenso no favorecen ni recomiendan proceder a una reforma siquiera puntual del Reglamento del Congreso. No obstante, de cara a un escenario posterior donde sea factible el acuerdo amplio de los grupos parlamentarios para emprender una reforma del RC con vocación de permanencia, nos permitimos esbozar una posible nueva redacción de su art. 126, dirigida a incorporar la doctrina del TC en materia de veto presupuestario<sup>85</sup>. La propuesta que sigue a este párrafo se inspira, con reproducción literal en algunos puntos, en la jurisprudencia del TC analizada; en la «Proposición de reforma del Reglamento del Congreso, por la que se modifican los artículos 111 y 126» presentada en la XII legislatura, antes de la STC n. 34/2018, por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea<sup>86</sup>; en la enmienda a la totalidad de texto alternativo presentada a la anterior proposición por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso<sup>87</sup>; en el art. 151.3 del Reglamento del Senado respecto del cómputo de los plazos; y en el art. 125 del Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia<sup>88</sup>:

- «1. Las proposiciones de ley del Congreso podrán ser adoptadas a iniciativa de:
- 1º. Un Diputado con la firma de otros catorce miembros de la Cámara.
  - 2º. Un Grupo Parlamentario con la sola firma de su portavoz.
2. Ejercitada la iniciativa, la Mesa del Congreso ordenará la publicación de la

<sup>85</sup> Compartimos que «no es que dicha operación proporcione mayor protección de los derechos políticos de los representantes, que ya quedan salvaguardados por la mera existencia de la doctrina del TC, pero sí confiere mayor inmediatez a la resolución de las controversias». J. RIDAO, *El “veto” o limitación de los derechos de participación de los parlamentarios en el procedimiento legislativo presupuestario. Una propuesta de revisión*, en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, n. 32, 2019, 184.

<sup>86</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 117-1, de 5 de mayo de 2017. La proposición caducó con el fin de la legislatura, víctima de las treinta y cinco ampliaciones del plazo de presentación de enmiendas a la totalidad y al articulado y, una vez celebrado el debate de totalidad, de las trece ampliaciones del plazo de presentación de enmiendas al articulado.

<sup>87</sup> El texto de la enmienda, debatida y rechazada en el Pleno del 20 de diciembre de 2018, puede leerse en <http://u.uma.es/ca0/>.

<sup>88</sup> Fue aprobado por su Pleno el 7 de marzo de 2019, por tanto, una vez recaídas varias sentencias del Tribunal Constitucional sobre veto presupuestario. En materia de veto presupuestario es el único reglamento parlamentario que incluye en su texto los principales postulados de la jurisprudencia constitucional en la materia.

proposición de ley y su remisión al Gobierno para que manifieste su criterio respecto a la toma en consideración, así como su conformidad o no a la tramitación si implicara aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios del ejercicio en curso. La respuesta del Gobierno deberá producirse dentro de los treinta días siguientes a la remisión, transcurridos los cuales el silencio se interpretará como de conformidad, quedando en ese caso la proposición de ley en condiciones de ser incluida en el orden del día del Pleno para su toma en consideración.

3. Cuando el Gobierno manifieste expresamente su disconformidad en la tramitación de una proposición de ley, dicha disconformidad habrá de motivarse, con indicación expresa de las concretas partidas presupuestarias que se verían afectadas, debiendo así mismo justificar el Gobierno, de forma inequívoca, la conexión directa, inmediata y actual en cuanto que referida al presupuesto que esté en vigor, entre las actuaciones que se derivarían de la aplicación en su caso de la norma propuesta y los ingresos y gastos presupuestarios que habrían de incrementarse o podrían disminuir.
4. Remitida en plazo la disconformidad motivada del Gobierno, en los términos previstos en el apartado anterior, la Mesa verificará que se ajusta a los requisitos allí establecidos. La concurrencia de los mismos facultará a la Mesa para acordar motivadamente que no procede la toma en consideración de la proposición de ley sobre la que ha recaído la disconformidad del Gobierno por razones presupuestarias, quedando concluida la tramitación. En caso contrario, la Mesa no aceptará la disconformidad del Gobierno, quedando la iniciativa en condiciones de ser incluida en el orden del día del Pleno para su toma en consideración
5. [misma redacción que el actual art. 126.4 RC]
6. [misma redacción que el actual art. 126.5 RC]».

### Abstract

L'uso del *veto presupuestario* come alternativa per respingere le proposte di legge in tempo di frammentazione parlamentare: precedenti, evoluzione giurisprudenziale e impatto sui nuovi diritti

Il presente articolo si occupa di analizzare l'uso che il Governo ha fatto della facoltà di pronunciarsi sulle proposte di legge che prevedano un aumento delle voci di spesa o una diminuzione delle entrate del bilancio statale. In particolare, l'analisi verterà sul ricorso al veto previsto dall'articolo 134, VI comma della Costituzione spagnola (*veto presupuestario*), strategicamente usato come alternativa alla mancanza di una maggioranza parlamentare sufficiente a bloccare le iniziative di legge promosse dall'opposizione e sulle conseguenze che tale prassi ha prodotto in merito ai diritti fondamentali dei deputati. Tale situazione ha caratterizzato le legislature nelle quali è stata rilevata un'elevata frammentazione. Inoltre, verrà svolto uno studio della giurisprudenza elaborata dal *Tribunal Constitucional* in materia e di come essa sia stata recepita dal Congresso dei Deputati. Infine, si vedrà come una possibile proposta per la risoluzione delle problematiche individuate nel presente contributo sia quella della riforma del Regolamento del Congresso dei Deputati per ciò che concerne il caso in cui il Governo opponga il veto *ex art.* 134.

The employment of the «budgetary veto» as an alternative to reject legislative proposals in times of parliamentary fragmentation: precedents, jurisprudential evolution and impact on new rights

In this article we analyze the use by the Government of their faculty of compliance in the process of legislative proposals that imply an increase of credits or decrease of budgetary revenues. The attention is centered around the use of the so-called «budgetary veto», as an alternative to the lack of parliamentary majority to reject the legislative initiatives of the opposition in legislatures with high levels of fragmentation and, in the consequences that result to the fundamental rights of the deputies. In addition, the precedents of its application, the evolution and enlargement of the jurisprudence created by the Constitutional Court in the matter, and its reception on the parliamentary practice in the Congress is studied. To conclude, a proposal of actualization of the current Regulation of the Congress regarding the procedure of disagreement for budgetary reasons is raised.

*La dottrina dialoga con la giurisprudenza*



# L'informativa antimafia dopo Corte cost. n. 180 del 2022: un'indagine in prospettiva costituzionale degli itinerari di riforma e della giurisprudenza amministrativa

di Marco Armanno

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. – 2. Le questioni sollevate dal TAR Calabria. – 3. La presunta violazione dell'art. 3 della Costituzione e il *self restraint* della Corte. – 4. La recente modifica normativa ed il futuro delle interdittive tra giudici e legislatore. – 4.1. Il rafforzamento del contraddittorio procedimentale. – 4.2. La prevenzione collaborativa come possibile strumento di attuazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa. – 5. Brevi rilievi conclusivi.

## 1. *Rilievi introduttivi*

Il tema delle interdittive antimafia, e in particolare della c.d. informativa antimafia, a distanza di anni dall'entrata in vigore della disciplina che lo ha introdotto nel nostro ordinamento, mantiene una rilevante attualità.

L'informativa antimafia rappresenta uno strumento di contrasto alla criminalità mafiosa ampiamente utilizzato, come mostrano i dati ricavabili dalle più recenti Relazioni della Direzione Investigativa Antimafia, ma che presenta, nella sua disciplina normativa, così come essa vive nella prassi e nella giurisprudenza, diversi profili di possibile attrito con la Costituzione. Nonostante ciò esse sono state oggetto di ampie e approfondite analisi della dottrina amministrativistica e penalistica<sup>1</sup>, assai meno dalla prospettiva del diritto costituzionale<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Si vedano almeno i fondamentali contributi raccolti nel volume di G. AMARELLI, S. STICHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019; J. P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019; A. BONGARZONE, *L'informativa antimafia nelle dinamiche negoziali tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2018; F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 14/2021, 56 ss.; M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020, e ID., *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, in *Foro amm.*, 2017, 2524 ss.; G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e «valori fondanti della democrazia»: il pericoloso equivoco da evitare*, in *www.giustiziainsieme.it*, 17 luglio 2020; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Sicurezza pubblica e funzioni amministrative di contrasto alla criminalità: le interdittive antimafia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2019; F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta «anticipata» alla criminalità organizzata*, in *www.giustamm.it*, 6/2018 e ID., *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 6/2013; M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *www.giustamm.it*, 3/2016 e ID., *Lo scettro alla prefettocrazia: l' indefinita pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della «filiera»*, in *Dir. econ.*, 2-2013, 619 ss.

<sup>2</sup> Un approccio del genere è, tuttavia reperibile in alcuni contributi, tra cui A. LONGO, *La*

Questa analisi interviene dopo una pronuncia d'inammissibilità a contenuto fortemente monitorio resa dal giudice delle leggi: la sentenza 19 luglio 2022, n. 180<sup>3</sup>. Essa rappresenta l'occasione per un'indagine in prospettiva costituzionale, data la crescente esigenza di trovare un punto di equilibrio, costituzionalmente sostenibile, tra contrasto alle infiltrazioni criminali, tutela di diritti costituzionalmente garantiti, tra cui senz'altro la libertà d'impresa e, in una prospettiva più ampia, l'esigenza di salvaguardia del tessuto economico, evitando che possano essere espulse dal mercato realtà imprenditoriali sostanzialmente sane. Quest'ultimo rischio è connesso alla struttura stessa dell'informativa antimafia il cui presupposto è costituito dall'accertamento da parte dell'autorità prefettizia «della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate»<sup>4</sup>.

La centralità del tema è confermata, del resto, dalla messe di pronunce del giudice amministrativo, così come da alcune sentenze della Corte costituzionale che hanno provato a fissare alcuni paletti in una materia nella quale la prassi svolge un ruolo fondamentale e sempre crescente.

Tra queste si segnala proprio la sentenza n. 180 del 2022 che consente di fare il punto sullo “stato dell'arte” e di individuare alcuni possibili elementi di sviluppo dell'istituto, anche in considerazione di talune modifiche normative recentemente intervenute.

Siamo in presenza di una decisione che “riaccende i riflettori” su una disciplina che è stata oggetto di un recente intervento normativo, di cui si dirà, attraverso il quale si è cercato di porre rimedio ad alcuni aspetti problematici ai quali già da un po' la dottrina e, da ultimo, anche la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato avevano rivolto la propria attenzione.

Si tratta di una sentenza in qualche modo “preannunciata” dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza 26 marzo 2020, n. 57.

Nell'importante pronuncia del 2020, il Giudice delle leggi non aveva sindacato nel merito, per ragioni legate alla formulazione dell'ordinanza di rimessio-

---

«massima anticipazione di tutela». *Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *federalismi.it*, 19/2019; A. CARIOLA, *Che contenuto ha la libertà personale? Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2021, 277 ss.

<sup>3</sup> Su cui cfr. R. PINARDI, *Moniti al legislatore e poteri della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, 2022, 72 ss. e E. ZUFFADA, *Informazione antimafia: la Consulta dichiara inammissibile una questione relativa alla mancata previsione in capo al prefetto di un potere di modulazione degli effetti dell'informativa interdittiva*, in *www.sistempenale.it*, 6 settembre 2022.

<sup>4</sup> Art. 84, c. 3 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 contenente il *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136* (per l'innanzi indicato semplicemente come Codice antimafia).



ne<sup>5</sup>, la mancata previsione della possibilità di esercitare in sede amministrativa i poteri previsti nel caso di adozione delle misure di prevenzione dall'art. 67, comma 5, del d.lgs. n. 159 del 2011, e cioè l'esclusione da parte del giudice delle decadenze e dei divieti previsti, nel caso in cui per effetto degli stessi vengano a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla sua famiglia.

In altri rilevanti passaggi della sentenza n. 57 del 2020, che pure conducevano alla declaratoria d'infondatezza della questione rimessa dal Tribunale di Palermo, il Giudice delle leggi svolgeva lo scrutinio di legittimità costituzionale delle misure legislative interdittive sulla base del principio di proporzionalità-ragionevolezza<sup>6</sup> e, in riferimento alle problematiche limitazioni alle libertà costituzionali da queste originate, riteneva salvo anche il principio di legalità sostanziale, valorizzando il diritto vivente giurisprudenziale in tema di controllo giurisdizionale sulla legittimità dei provvedimenti prefettizi<sup>7</sup>, l'esercizio dei poteri cautelari del giudice amministrativo e, infine, la temporaneità dell'informazione antimafia<sup>8</sup>.

Cionondimeno, con la sentenza n. 57 del 2020, la Corte costituzionale statuiva che proprio la mancata previsione sopra richiamata avrebbe meritato «indubbiamente una rimediazione da parte del legislatore»<sup>9</sup>. Alla luce di tale indicazione di evidente «tenore monitorio» era dunque facilmente prevedibile che, in assenza di un intervento del legislatore idoneo a eliminare o comunque ad attenuare tale trattamento differenziato rispetto a quanto previsto per le misure di prevenzione, la questione potesse ritornare alla Corte costituzionale.

E così è stato.

## 2. *Le questioni sollevate dal TAR Calabria*

Con la sentenza n. 180 del 2022 la Corte costituzionale decide alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate dal TAR Calabria, con ordinanza n.

---

<sup>5</sup> Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57, punto 7.2. del *Considerato in diritto*: «non può essere oggetto di una pronuncia specifica poiché non è dedotta in modo autonomo (non vi è infatti alcun riferimento al caso concreto), e come argomento integrativo e secondario dell'illegittimità dell'informazione interdittiva non ha una incidenza determinante».

<sup>6</sup> Corte cost., n. 57 del 2020, punto 6 del *Considerato in diritto*: «quanto al profilo della ragionevolezza, la risposta amministrativa, non si può ritenere sproporzionata rispetto ai valori in gioco, la cui tutela impone di colpire in anticipo quel fenomeno mafioso, sulla cui gravità e persistenza – malgrado il costante e talvolta eroico impegno delle Forze dell'ordine e della magistratura penale – non è necessario soffermarsi ulteriormente».

<sup>7</sup> Corte cost., n. 57 del 2020, punto 5 del *Considerato in diritto*, in cui si richiama e si insiste in modo particolare sugli orientamenti espressi dal giudice amministrativo.

<sup>8</sup> Corte cost., n. 57 del 2020, punto 7.2. del *Considerato in diritto*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

732 del 11 dicembre 2020 ed aventi ad oggetto l'articolo 92 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159<sup>10</sup>.

La disposizione era, per l'appunto, impugnata «nella parte in cui non prevede il potere del prefetto di escludere le decadenze e i divieti stabiliti dal comma 5 dell'art. 67 del medesimo decreto legislativo, quando valuti che, in conseguenza degli stessi, verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla sua famiglia».

I parametri costituzionali invocati erano gli artt. 3, primo comma (erroneamente indicato come comma secondo nell'atto di rinvio) sotto il profilo della irragionevole differenziazione rispetto a quanto previsto in materia di misure di prevenzione, nonché 4 e 24 Cost.

Le modifiche normative accennate sono intervenute solo dopo il deposito dell'ordinanza di rimessione decisa dalla Corte; sicché la Corte, escluso che esse potessero trovare applicazione nel giudizio principale, non ha dovuto procedere alla restituzione degli atti al giudice per un'eventuale rivalutazione della rilevanza e non fondatezza delle questioni.

Peraltro, il giudice delle leggi, osserva come le novità normative non si muovessero «nella direzione proposta dal rimettente», così confermando il proprio orientamento secondo il quale «non ogni nuova disposizione che modifichi, integri o comunque possa incidere su quella oggetto del giudizio incidentale di costituzionalità richiede una nuova valutazione della perdurante sussistenza dei presupposti di ammissibilità della questione e segnatamente della sua rilevanza e della non manifesta infondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale espressi dal giudice rimettente»<sup>11</sup>. In particolare ciò avviene nei casi in cui «la nuova disposizione non alteri affatto la norma censurata quanto alla parte oggetto delle censure di legittimità costituzionale, oppure la modifichi in aspetti marginali o in misura non significativa, sì che permangono le valutazioni del giudice rimettente in termini di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione»<sup>12</sup>.

Il giudice calabrese muoveva dal rilievo che gli effetti derivanti dall'adozione di un'informativa interdittiva, incidono in maniera pervasiva sull'attività svolta dai soggetti che ne sono colpiti, inibiti non solo ai rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione, ma anche ad attività private, sottoposte a regime autorizzatorio, che possono essere intraprese su segnalazione certificata di inizio attività da parte del privato alla Pubblica amministrazione (da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. III, 20 gennaio 2020 n. 452).

<sup>10</sup> Un'ampia analisi dell'ordinanza di rinvio è reperibile in R. DI MARIA, A. AMORE, *Effetti "inibitori" della interdittiva antimafia e bilanciamento tra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità costituzionale dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta*, in *federalismi.it*, 12/2021, 91 ss.

<sup>11</sup> Corte cost., sent. n. 180 del 2022, punto 4 del *Considerato in diritto*

<sup>12</sup> Corte cost., sentt. 13 giugno 2018, n. 125 e 21 luglio 2016, n. 203.

Da qui gli evidenti effetti inibitori di tali provvedimenti sul diritto al lavoro garantito dall'art. 4 Cost. che, rileva il TAR, è un «diritto fondamentale di tutti i cittadini, e se tale deve ritenersi anche per il detenuto, per il quale il lavoro costituisce altresì componente essenziale del trattamento rieducativo (Corte Cost. n. 532 del 2002), a maggior ragione lo si deve ritenere tale per soggetti colpiti da un provvedimento di natura cautelare e preventiva, finalizzato, appunto, a prevenire un evento che, per scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o invero, ma anche solo potenziale, emesso da un'autorità amministrativa sulla base della regola causale del “più probabile che non”, alla cui discrezionalità è rimessa l'attivazione del contraddittorio procedimentale e che, in ogni caso, nell'adozione del provvedimento in questione, non può tenere conto dell'eventualità che esso depauperi i mezzi di sostentamento che chi ne è colpito trae dal proprio lavoro».

Per quanto riguarda l'invocata incompatibilità della disposizione con il diritto di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione, il giudice rimettente osserva come «ai sensi dell'art. 67, co. 1, lett. g) del d.lgs. n. 159/2011, sia preclusa al soggetto colpito dall'interdittiva antimafia ogni possibilità di ottenere “contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali” (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. III, 4 marzo 2019, n. 1500; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 6 aprile 2018, n. 3)».

Orbene, proprio in ragione della gravità delle conseguenze derivanti dall'interdittiva, negare la possibilità di sottoporre all'autorità prefettizia le possibili conseguenze in termini di depauperamento dei mezzi di sostentamento suoi e della sua famiglia, avrebbe integrato la violazione anche dell'art. 24 della Costituzione.

### 3. *La presunta violazione dell'art. 3 della Costituzione e il self restraint della Corte*

La censura più solida appariva però quella fondata sull'art. 3 Cost., e proprio su questa la Corte ritaglia la propria decisione, ritenendo invece gli altri parametri invocati, artt. 4 e 24 Cost., meramente “ancillari”.

La decisione è di inammissibilità per discrezionalità del legislatore ma contiene un monito assai incisivo, tale da accostarla a una pronuncia di illegittimità accertata ma non dichiarata.

Il monito si fonda proprio su un'ampia motivazione nella quale la Corte, pur riconoscendo nella sostanza la fondatezza della questione rispetto all'invocata violazione dell'art. 3 della Costituzione, *sub specie* di irragionevole disparità di trattamento tra quanto previsto per le misure di prevenzione e quanto (non

previsto) per le interdittive, ritiene che tale *vulnus* non possa che essere colmato dal legislatore.

Dunque, si accerta che alla parziale identità di *ratio* che sorregge le misure di prevenzione e l'informazione antimafia non corrisponde la previsione di un potere del Prefetto analogo a quello riconosciuto al giudice ai sensi dell'art. 67, c. 5, quello cioè di escludere alcune decadenze e divieti previsti nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia. Anzi, aggiunge la Corte, le ragioni che stanno alla base della previsione riferita alle misure di prevenzione dovrebbero valere *a fortiori* nel caso dell'informativa antimafia, e cioè «nell'ambito di un procedimento finalizzato al rilascio dell'informazione interdittiva – fondato sulla rilevazione di elementi di pericolo non necessariamente già passati al vaglio della magistratura, e relativo ad attività economiche operanti spesso in un'area contigua, o addirittura solo potenzialmente contigua, alla criminalità organizzata»<sup>13</sup>.

La Corte, pur riconoscendo le ragioni addotte dal rimettente, dichiara la questione inammissibile, ritenendo che una pronuncia di accoglimento non possa costituire un rimedio idoneo a superare tale «ingiustificata disparità di trattamento»<sup>14</sup>.

Sono essenzialmente quattro gli ambiti nei quali la Corte ritiene che una propria eventuale pronuncia di accoglimento, almeno nei termini proposti dal giudice *a quo*, non possa sostituirsi alla valutazione politica del legislatore.

Il primo attiene all'individuazione del soggetto al quale spetterebbe la valutazione dell'impatto del provvedimento sulle condizioni economiche del destinatario, che sarebbe non più solo il giudice in sede di applicazione delle misure di prevenzione, ma anche il Prefetto per le informative antimafia. Dunque un vero e proprio trasferimento di un istituto dall'autorità giudiziaria a quella amministrativa, in assenza di un procedimento, di garanzie e di poteri istruttori tipici del giudice e del processo.

In secondo luogo, osserva la Corte, i profili di irragionevole disparità di trattamento emergono nel caso specifico da cui origina la questione di legittimità costituzionale, quello cioè di un'impresa individuale, ma potrebbero non porsi, o porsi in termini diversi nel caso di società di persone o di capitali. Da qui la necessità di stabilire un'eventuale estensione “differenziata” della previsione di cui all'art. 67, comma 5 che tenga conto delle diverse posizioni di eventuali soci o soggetti collegati all'impresa.

Operazione, anche questa, che non potrebbe che compiere il legislatore.

Ancora, e siamo al terzo argomento, l'estensione *tout court* della norma citata

<sup>13</sup> Corte cost., sent. n. 180 del 2022, punto 5 del *Considerato in diritto*.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

alle informative le priverebbe totalmente di efficacia, (cosa che non avviene nel caso delle misure di prevenzione in cui gli effetti in questione hanno carattere solo accessorio), e dunque per evitare tale conseguenza bisognerebbe operare un eventuale “ritaglio” dei divieti e delle decadenze previste dall’art. 67 del Codice antimafia tenendo conto delle condizioni specifiche del destinatario dell’informativa. Anche qui una manipolazione di ampiezza tale da richiedere l’eventuale intervento del legislatore.

Infine, tutte le suddette valutazioni, secondo la Corte, andrebbero coordinate con gli strumenti alternativi diretti a salvare l’impresa già esistenti (il controllo giudiziario), nonché con le nuove misure amministrative di “prevenzione collaborativa” prevista nell’art. 94 *bis* introdotto dalla novella del novembre 2021 e di cui si dirà oltre.

La Corte, peraltro, non chiude le porte a un proprio, possibile intervento futuro, lasciando così intendere come tutti gli argomenti a sostegno della inammissibilità non siano insuperabili in assoluto<sup>15</sup>.

E dunque, dando seguito a una tendenza che mira a rafforzare i semplici moniti che non di rado accompagnano le pronunce di inammissibilità per discrezionalità del legislatore<sup>16</sup>, precisa in conclusione «che un ulteriore protrarsi dell’inerzia legislativa non sarebbe tollerabile (...) e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente, nonostante le difficoltà qui descritte»<sup>17</sup>.

Tale determinazione è fondata su due argomenti fondamentali.

Da un canto la circostanza che, come accennato, un analogo monito era stata formulato (e rimasto inascoltato) nella sent. n. 57 del 2020; dall’altro, il particolare «rilievo dei diritti costituzionali interessati dalle odierne questioni».

Proprio in riferimento a questi la Corte osserva «come in contesti interessati da reali o potenziali infiltrazioni criminali, la possibilità di trarre sostentamento da attività economiche che potrebbero risultare legali e “sane” (ovvero essere rese tali anche perché opportunamente “controllate”) costituisce non solo oggetto di un diritto individuale costituzionalmente tutelato, ma anche interesse pubblico essenziale, proprio in nome della difesa della legalità e della necessaria sottrazione di spazi di intervento e di influenza alla criminalità organizzata»<sup>18</sup>.

Tale ultimo argomento appare di grande interesse: gli effetti dell’informativa, che immediatamente colpiscono solo l’impresa, hanno in realtà un impatto più ampio sul sistema economico complessivo, in particolare in aree del territo-

---

<sup>15</sup> Su questo modo di procedere della Corte si vedano i rilievi critici di R. PINARDI, *Moniti al legislatore e poteri della Corte costituzionale*, cit., 75 ss.

<sup>16</sup> Corte cost., sentt. 27 gennaio 2022, n. 22, 9 marzo 2021, n. 32, 14 febbraio 2013, n. 23 e 22 novembre 2013, n. 279.

<sup>17</sup> Corte cost., sent. n. 180 del 2022, punto 7 del *Considerato in diritto*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

rio deprese. Per tale ragione, l'interesse a mantenere un'impresa all'interno del mercato nel rispetto della legalità supera la dimensione meramente individuale dell'impresa, e la possibilità di modularne gli effetti, o di individuare strumenti alternativi rispetto alla misura interdittiva, risponde a un interesse di carattere generale che, a certe condizioni, può fare aggio sul pur fondamentale obiettivo di contrasto alla criminalità. Ed infatti, appare tutt'altro che remoto il rischio che misure così "invasive" possano produrre un ulteriore "inacidimento" del terreno economico, nel quale può più facilmente attecchire l'azione della malavita organizzata, innescandosi così, un circolo vizioso: la condizione di crisi economica favorisce l'infiltrazione malavitosa nelle imprese, ma lo strumento per contrastare quest'ultima può tradursi in un ulteriore aggravamento della prima, e dunque nell'incremento delle probabilità che l'"inquinamento" dell'economia sana si estenda e si rafforzi.

Si tratta di una ricostruzione dell'istituto e degli effetti che esso produce sul sistema che segna il superamento di una contrapposizione tra sfera individuale e sfera dell'interesse pubblico e generale, che ha costituito uno, e forse il più importante, filo conduttore del recente intervento di riforma.

#### 4. *La recente modifica normativa ed il futuro delle interdittive tra giudici e legislatore*

Nel panorama tracciato alla luce della giurisprudenza costituzionale richiamata si inserisce l'intervento normativo compiuto dal decreto legge 6 novembre 2021, n. 152 recante "*Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza a la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*" convertito con modifiche dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233 che, come detto, non è stato considerato rilevante ai fini della più recente decisione del giudice delle leggi, ma che si colloca nel quadro di una iniziativa riformatrice che ha recepito alcune delle sollecitazioni da tempo formulate dalla dottrina e, in tempi recenti, anche dalla giurisprudenza amministrativa.

Quanto a quest'ultima, rileva in modo particolare la sent. n. 4979 del 2020 del Consiglio di Stato che – superando la propria pregressa posizione di chiusura specie con riguardo al riconoscimento di un'adeguata garanzia del contraddittorio nel procedimento di adozione delle informative antimafia – ha per la prima volta richiamato espressamente il legislatore a intervenire su alcuni aspetti della disciplina in materia.

La decisione si segnala come momento di sintesi rispetto alle molteplici sollecitazioni provenienti già da tempo dalla dottrina.

Il Consiglio di Stato ammette infatti che gli strumenti di partecipazione assai angusti che la disciplina allora vigente riconosceva a favore del destinatario di una informativa antimafia potessero in alcuni casi determinare una compressio-

ne eccessiva del suo diritto di difesa, che trova un riconoscimento non solo in Costituzione, ma anche nella disciplina eurounitaria e convenzionale alla quale l'ordinamento italiano è tenuto ad adeguarsi.

Ciò si verificherebbe tutte le volte in cui non sussista l'urgenza del provvedere, e dunque in assenza di particolari esigenze di celerità del procedimento per bloccare un grave, incontrollabile o imminente pericolo di infiltrazione mafiosa.

Il giudice amministrativo ritiene, tuttavia, che il dato normativo allora vigente non consentisse né alla autorità prefettizia in sede decisoria né a sé stesso, in sede di controllo di legittimità del provvedimento, di realizzare tale bilanciamento in via interpretativa; e, che tale bilanciamento richiedesse dunque l'intervento normativo, reso peraltro ormai improcrastinabile «dall'aumento dei provvedimenti prefettizi negli ultimi anni».

Da qui il monito indirizzato al legislatore a trovare un nuovo punto di equilibrio tra interessi contrapposti, individuando alcune ragioni che potrebbero giustificare tale intervento, in una prospettiva che si potrebbe definire di sistema<sup>19</sup>.

Sono essenzialmente tre gli elementi che giustificerebbero, secondo il giudice amministrativo, tale rafforzamento del contraddittorio procedimentale, riferibili, rispettivamente, a ciascuno dei "protagonisti" dell'informativa: l'impresa colpita dalla misura interdittiva, il Prefetto e (nel caso di contenzioso) il giudice amministrativo.

La prima sarebbe posta nelle condizioni di spiegare e giustificare eventuali atti e comportamenti ritenuti sintomatici di infiltrazione mafiosa e anche, eventualmente, e sotto la supervisione dell'autorità prefettizia, di potere adottare già in sede procedimentale misure di *self cleaning* che evitino di giungere all'applicazione dell'informativa.

L'autorità prefettizia, d'altro canto, potrebbe disporre di ulteriori elementi di valutazione, da utilizzare per svolgere un'istruttoria più articolata che le consenta di intervenire con la misura interdittiva solo quale *extrema ratio*, e di motivarne in modo più completo e approfondito l'adozione.

Il giudice, a propria volta, ove chiamato in causa, potrebbe giovare di una pluralità di dati, risultanti anche dalla motivazione del provvedimento, sulla scorta dei quali potere operare il proprio sindacato «in questa delicata materia, croce-

---

<sup>19</sup> «Se queste sono le coordinate dell'attuale diritto positivo, non può tuttavia questo Collegio esimersi dal rilevare che un quantomeno parziale recupero delle garanzie procedurali, nel rispetto dei diritti di difesa spettanti al soggetto destinatario del provvedimento, sarebbe auspicabile, de iure condendo, in tutte quelle ipotesi in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire utili elementi a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale» (punto 37).

via di fondamentali valori costituzionali, eurounitari e convenzionali in gioco»<sup>20</sup>.

Ciò permetterebbe, in termini più ampi, di realizzare un ulteriore risultato, assai significativo: consentire il raggiungimento di una soglia di «determinatezza delle situazioni indicative di infiltrazione mafiosa, nell'ottica della c.d. *tassatività sostanziale*, meno assillante» o, addirittura, di superare tale ostacolo. Il giudice amministrativo, richiamando le parole utilizzate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ordinanza 26 maggio 2020 in C-17/20, rileva come il destinatario dell'informazione già nel corso del procedimento, potrebbe, sulla scorta degli elementi di cui venisse a conoscenza, «manifestare utilmente il proprio punto di vista *«in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione»*, anche quelli che, per la natura preventiva della misura, hanno un naturale, ineliminabile, margine di elasticità, e correggere così con le opportune misure, ove possibile, comportamenti o prassi che possono avvalorare il rischio di infiltrazione mafiosa»<sup>21</sup>.

Dalle premesse argomentative richiamate scaturisce la conclusione, chiara e condivisibile, secondo cui la lotta alla criminalità mafiosa a cui le misure interdittive mirano non debba tradursi in «un sacrificio *sproporzionato* dei diritti di difesa, anzitutto, e della libertà di impresa, perché solo la *proporzione* è condizione di civiltà dell'azione amministrativa ed evita che la normativa di contrasto all'infiltrazione mafiosa purtroppo endemica nel nostro ordinamento, come ogni altro tipo di legislazione emergenziale, si trasformi in un *diritto della paura* (...)»<sup>22</sup>, affidandosi al legislatore il compito di «individuare quanto prima un *proporzionato* punto di equilibrio, senza che la normativa italiana venga a collidere con il diritto eurounitario»<sup>23</sup>.

Dunque, provando a tirare le somme.

Innanzitutto, l'esigenza di un rafforzamento della partecipazione procedimentale è fondata su dati normativi ricavabili dalla Costituzione, nonché dal diritto dell'Unione europea e dal sistema convenzionale.

Tale esigenza, tuttavia, è destinata inevitabilmente a essere bilanciata con gli obiettivi che l'ordinamento assegna alle misure interdittive.

Da qui il ripetuto richiamo alle nozioni di *proporzione* e *proporzionalità*, che consente di configurare un modello di controllo adeguato della misura adottata.

Nella pronuncia richiamata si intravedono due strade percorribili, non necessariamente alternative tra loro.

Da un canto, la scelta di strumenti che impattino meno gravemente sulle posizioni giuridiche dei titolari delle imprese che ne sono destinatarie nei casi in cui il rischio di infiltrazione mafiosa appaia meno grave, in armonia con il prin-

<sup>20</sup> Punto 37.1.

<sup>21</sup> Punto 37.2.

<sup>22</sup> Punto 37.3.

<sup>23</sup> Punto 37.6.



cipio di proporzionalità e, in particolare, con l'esigenza di adottare, ove parimenti idonea a raggiungere l'obiettivo, un "*less restrictive mean*".

Dall'altro, ove l'adozione dell'interdittiva appaia invece necessaria, ritenendola come l'unica idonea al fine, la previsione di strumenti di partecipazione procedimentale, atti a garantire una soglia di tutela anticipata, e con la funzione anche di consentire una possibile valutazione dei diversi interessi coinvolti nella fase di adozione della misura interdittiva, per soddisfare l'ultimo passaggio del giudizio di proporzionalità, vale a dire quello della c.d. *proporzionalità in senso stretto*.

Ed effettivamente le novità introdotte con la riforma del 2021 provano a correggere alcuni difetti che si sono palesati nella applicazione concreta dell'istituto dell'informativa antimafia, muovendosi lungo le due direttrici fondamentali indicate nella pronuncia del Consiglio di Stato appena richiamate: il rafforzamento del contraddittorio procedimentale, e la previsione di strumenti alternativi da utilizzare nelle situazioni di "agevolazione occasionale".

Le modifiche di maggiore rilievo sono tutte contenute nel Titolo IV, rubricato *Investimenti e rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia*, e costituiscono una risposta proprio alle sollecitazioni del giudice amministrativo, come rileva anche la Relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del decreto legge.

Si tratta di interventi che non stravolgono i caratteri dell'istituto, ma che testimoniano una rinnovata sensibilità verso alcuni aspetti della disciplina in oggetto che hanno mostrato profili problematici nella loro applicazione ormai pluriennale<sup>24</sup>.

Innanzitutto, merita attenzione la circostanza che tali novità siano state introdotte da un decreto legge che contiene "*Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza a la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*"; ciò mostra la consapevolezza del nesso inestricabile che lega le misure di contrasto all'inquinamento mafioso dell'economia al procedimento di attuazione del PNRR, e dunque all'utilizzo delle risorse messe a disposizione per la ripresa postpandemica.

In tale scenario, la strada intrapresa della definizione di un procedimento che consenta un reale contemperamento tra interessi pubblici e privati coinvolti dalla adozione dell'informativa antimafia sembra essere quella giusta.

All'indomani della sua entrata in vigore, tuttavia, non sono mancate voci critiche che hanno sottolineato la "timidezza" della riforma, auspicando anche un nuovo intervento da parte del legislatore.

---

<sup>24</sup> Tra i primi commenti alla riforma si vedano, almeno, M. VULCANO, *Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 11.

In realtà, il tempo trascorso dalla loro introduzione nell'ordinamento è troppo breve per operare un bilancio, seppur parziale, e sarà perciò necessario attendere per valutare come tali nuovi istituti “vivranno” e si assesteranno nell'ordinamento, attraverso la dialettica tra prassi e giurisprudenza.

Certo è che la riforma – a differenza di quanto è avvenuto in molti altri settori – ha provato a tenere conto di alcune indicazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Ciò costituisce, già per sé, un elemento di valutazione positiva, potendo costituire l'inizio di un percorso di riforma basato su un dialogo costruttivo tra legislatore, giudici e operatori del diritto, e denota un approccio che cerca di superare la rigida contrapposizione tra sfera pubblica e privata, che si mostra insufficiente a risolvere la complessità della realtà economica, politica e sociale delle democrazie contemporanee.

Le condizioni nuove, e per molti versi drammatiche degli ultimi due anni, richiedono un particolare sforzo di rimodulazione di istituti che, pur perseguendo obiettivi meritori, hanno mostrato limiti e difetti sempre più manifesti.

Dalla riforma emerge l'acquisita consapevolezza che il danno che l'impresa subisce dalla adozione di una misura interdittiva è destinato a proiettarsi anche sulla collettività e sul sistema economico nel suo complesso, e che dunque la modulazione di tali effetti possa tradursi in un beneficio “di sistema”<sup>25</sup>.

Nel complesso, e nella prospettiva di indagine del diritto costituzionale, sembra potersi affermare che le due aree di intervento alle quali si accennerà partitamente possono essere lette come tentativi di realizzazione del principio di leale cooperazione che da poco ha trovato un riconoscimento nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 e, a livello apicale, dell'esigenza di tutela di diritti inviolabili e di adempimento di doveri di solidarietà richiamati nell'art. 2 della Costituzione, così come dei principi di ragionevolezza e proporzionalità ricavabili dall' art. 3 Cost.

#### 4.1. *Il rafforzamento del contraddittorio procedimentale*

Partendo dal primo ambito di intervento, l'art. 48 (*Contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia*) modifica la rubrica dell'art. 92 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, – che diventa “*Procedimento di rilascio delle informazioni antimafia*” –, sostituisce il comma 2-*bis* e aggiunge i commi 2 *ter* e 2 *quater*.

Il comma 2 *bis*, per effetto della novella, stabilisce che «*Il prefetto, nel caso in cui, sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2, ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione interdittiva ovvero per procedere*

<sup>25</sup> In tal senso anche M.A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informazione antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it), 24 maggio 2022.

*all'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis, e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione, da effettuare secondo le modalità previste dall'articolo 93, commi dal 7 al 9. In ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione di cui al presente comma elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose. La predetta comunicazione sospende, con decorrenza dalla relativa data di invio, il termine di cui all'articolo 92, comma 2. La procedura del contraddittorio si conclude entro sessanta giorni dalla data di ricezione della predetta comunicazione»<sup>26</sup>.*

Evidente è la scelta a favore di un'apertura al contraddittorio, da taluno definita come un vero e proprio capovolgimento prospettico, che trasforma il contraddittorio da eccezione in regola<sup>27</sup>, anche se non mancano in dottrina letture di tenore assai più critico, secondo le quali la riforma costituirebbe un modesto e malfermo passo in avanti rispetto all'esistente<sup>28</sup>.

Come sottolinea la Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione, tale «preavviso di interdittiva o della misura amministrativa di prevenzione collaborativa» sembra ispirarsi più al preavviso di rigetto di cui all'articolo 10-bis della legge n. 241 del 1990 (*Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*) che

<sup>26</sup> Il nuovo comma 2 ter prevede inoltre che «Al termine della procedura in contraddittorio di cui al comma 2-bis, il prefetto, ove non proceda al rilascio dell'informazione antimafia liberatoria:

a) dispone l'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis, dandone comunicazione, entro cinque giorni, all'interessato secondo le modalità stabilite dall'articolo 76, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, qualora gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale;

b) adotta l'informazione antimafia interdittiva, procedendo alla comunicazione all'interessato entro il termine e con le modalità di cui alla lettera a), nel caso di sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Il prefetto, adottata l'informazione antimafia interdittiva ai sensi della presente lettera, verifica altresì la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 e, in caso positivo, ne informa tempestivamente il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione. 2-quater. Nel periodo tra la ricezione della comunicazione di cui al comma 2-bis e la conclusione della procedura in contraddittorio, il cambiamento di sede, di denominazione, della ragione o dell'oggetto sociale, della composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la sostituzione degli organi sociali, della rappresentanza legale della società nonché della titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, il compimento di fusioni o altre trasformazioni o comunque qualsiasi variazione dell'assetto sociale, organizzativo, gestionale e patrimoniale delle società e imprese interessate dai tentativi di infiltrazione mafiosa, possono essere oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia.»

<sup>27</sup> N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, in *laministrativista.it*, 2.

<sup>28</sup> R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittiva antimafia* (nota Ordinanza TAR Lecce, sez. III, n. 116/2022), in *www.giustizainsieme.it*.

non a quello di cui all'art. 7 (*Comunicazione di avvio del procedimento*), se non fosse che, è stato ben rilevato<sup>29</sup>, il preavviso di rigetto disciplinato dalla legge sul procedimento amministrativo si applica solo «nei procedimenti ad istanza di parte» e «prima della formale adozione di un provvedimento negativo», e dunque solo dopo la fase del contraddittorio.

L'apertura al contraddittorio introdotta dalla riforma, per quanto chiara, non è, tuttavia, incondizionata.

Il primo limite che incontra – identico a quello generale previsto nell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 – è che *non ricorrono particolari esigenze di celerità del procedimento*, il cui accertamento è affidato a una valutazione discrezionale del Prefetto, anche se proprio l'inversione del rapporto tra regola ed eccezione lascerebbe intendere che la sussistenza di tali “particolari esigenze” debba essere adeguatamente motivata, e non possa ridursi al generico riferimento a quella «*insita nella prevenzione antimafia*»<sup>30</sup>.

Inoltre, si limita l'ambito oggettivo della comunicazione, che non può riguardare *elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose*. In questo caso, si è in presenza di un limite specifico, non derivante da alcuna disposizione generale che regoli il procedimento amministrativo; pertanto, e a maggior ragione rispetto a quello precedente, e alla luce della *ratio* della novella normativa, tale limite andrebbe interpretato in modo restrittivo, così da evitare un capovolgimento tra regola ed eccezione.

Infine, si definisce una precisa cadenza temporale della fase del contraddittorio: *un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione, da effettuare secondo le modalità previste dall'articolo 93, commi dal 7 al 9*, nonché la fissazione di un termine ultimo di sessanta giorni per la conclusione della procedura in contraddittorio; con l'ulteriore previsione, contenuta nel nuovo comma 2-*quater*, che nel periodo tra la ricezione della comunicazione di cui al comma 2-*bis* e la conclusione della procedura in contraddittorio, il cambiamento di una serie di elementi che riguardano l'assetto organizzativo e patrimoniale delle società e imprese interessate dai tentativi di infiltrazione mafiosa possono essere oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, cit., 2.

<sup>31</sup> Per la precisione si tratta del «*cambiamento di sede, di denominazione, della ragione o dell'oggetto sociale, della composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la sostituzione degli organi sociali, della rappresentanza legale della società nonché della titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, il compimento di fusioni o altre trasformazioni o comunque qualsiasi variazione dell'assetto sociale, organizzativo, gestionale e patrimoniale delle società e imprese interessate dai tentativi di infiltrazione mafiosa*».

A tal proposito si è acutamente rilevato come i termini assai stretti impediscano oggettivamente di potere ottenere l'accesso agli atti, nel caso in cui a esito della richiesta si debba formare il silenzio assenso<sup>32</sup>.

Cosicché il rischio concreto è quello di un contraddittorio pur sempre parziale, nel quale il privato potrebbe trovarsi a fornire elementi da valutare senza però conoscere il contenuto degli atti e delle informazioni in possesso della Pubblica Amministrazione.

Inoltre, l'obbligo di comunicazione interviene solo nel momento in cui l'autorità prefettizia «*sulla base degli esiti delle verifiche disposte (...) ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis*». Ciò sembrerebbe porre la parte privata in una posizione di svantaggio già "in partenza", difficilmente colmabile anche in ragione dei vincoli temporali appena richiamati.

Si tratta di una evidente soluzione di compromesso, dato che l'ulteriore anticipazione del contraddittorio avrebbe presumibilmente rischiato di poter ridurre l'efficacia delle verifiche che sono disposte al fine di acquisire elementi rilevanti a fondamento della misura interdittiva.

Quanto alla previsione contenuta nel nuovo comma 2-*quater*, si è parlato di una forma ulteriore di partecipazione, non già in chiave "difensiva" o "oppositiva", quanto "proattiva", diretta cioè a indurre l'impresa a porre in essere misure, genericamente definite di "self cleaning", che interverrebbero non già dopo l'adozione dell'interdittiva, al fine di ottenerne l'eventuale revoca (come già avviene) ma, a monte, prima che sia concluso il procedimento<sup>33</sup>.

Tale interpretazione non è, però, pacifica poiché il dato letterale potrebbe indurre a ritenere i cambiamenti stessi esclusivamente come elementi di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva, e non dell'informazione liberatoria o dello strumento della collaborazione preventiva di cui si dirà<sup>34</sup>.

È presto per dirlo, ma sembra che la nuova disciplina possa dare, anche solo rispetto alla disciplina vigente in materia di interdittive, un impulso diretto ad abbandonare la prospettiva di misure unilaterali adottate "in solitudine" dall'autorità prefettizia sulla base degli elementi acquisiti dal gruppo interforze, a favore di una dimensione diretta a valorizzare la funzione del contraddittorio, non solo nella fase processuale ma anche in quella procedimentale.

Al momento le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza sono piuttosto limitate, ma ci consegnano alcuni elementi di riflessione.

Al riguardo, va segnalata la sentenza n. 3 del 2022 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

<sup>32</sup> N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, cit., 2.

<sup>33</sup> N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, cit., 3.

<sup>34</sup> N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, cit., 5.

In essa il giudice amministrativo richiama gli artt. 92 e 93 così come modificati dal D.L. n. 152 del 2021, allora pubblicato da pochi giorni ed ancora in attesa di conversione e osserva, per quanto rileva ai nostri fini, come «Tale nuova disciplina (...) stempera le perplessità espresse dalla sentenza di rimessione in ordine all'adozione di un provvedimento “con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili” senza alcun contraddittorio endoprocedimentale»<sup>35</sup>.

Merita anche di essere richiamata la sentenza del TAR Emilia Romagna, Sez. I, 5 luglio 2022, n. 537, che, pur non riguardando una fattispecie direttamente regolata dalle nuove norme, le richiama in chiave interpretativa per decidere un ricorso promosso da una cooperativa avverso il diniego opposto dalla Pubblica Amministrazione all'accesso agli atti propedeutici all'emanazione di una interdittiva antimafia, e fondato sul «nesso di strumentalità tra la documentazione e la necessità di difendere sia in sede procedimentale che giudiziale il proprio interesse allo svolgimento della propria attività imprenditoriale anche con la pubblica amministrazione».

La decisione è di indubitabile interesse, per diverse ragioni.

Innanzitutto, “riaprire” in qualche modo la questione del nesso tra disciplina delle interdittive e diritto eurounitario, ritenendo applicabile alla fattispecie l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In secondo luogo, fonda la decisione di accoglimento sulla violazione dell'art. 111 Cost., opinando che «una preclusione assoluta ed incondizionata all'accesso alla documentazione amministrativa propedeutica all'emanazione di una misura interdittiva antimafia si porrebbe in aperto contrasto con il diritto costituzionalmente garantito ad un giusto processo, tenuto conto anche delle limitazioni esistenti in tema di sindacato giurisdizionale esercitabile dal g.a., dal momento che la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che l'ampia discrezionalità di apprezzamento riservata al Prefetto, a tutela delle condizioni di sicurezza ed ordine pubblico, può essere soggetta al sindacato del giudice amministrativo, solo sotto il profilo della sua logicità, in relazione alla rilevanza dei fatti accertati e, pertanto, nei soli limiti di evidenti vizi di eccesso di potere, dei profili della manifesta illogicità e dell'erronea e travisata valutazione dei presupposti».

Sicché, sembra far corrispondere alla riduzione dall'ambito del sindacato riconosciuto al giudice amministrativo, l'esigenza di un ampliamento delle garanzie del contraddittorio in sede procedimentale.

Infine, rileva – ed è il punto della decisione di maggiore interesse ai nostri fini – che «la recente novella di cui al decreto legge n. 152 del 6 novembre 2021 (...) pur nulla innovando in tema di diritto di accesso ha indubbiamente

---

<sup>35</sup> Cons. St., ad. plen., sent. 28 gennaio 2022, n. 3.

potenziato le garanzie procedurali introducendo altresì sia misure di “self cleaning” che il nuovo istituto della prevenzione collaborativa, al fine di relegare l'interdittiva antimafia ad “extrema ratio” secondo le indicazioni provenienti dalla più recente giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979). È ovvia la rilevanza del pieno accesso documentale anche al fine di garantire la piena operatività delle nuove disposizioni, nell'ambito di un rapporto di collaborazione (vedi anche l'art. 1 c. 2-bis L.241/90 come aggiunto dal d.l. 76/2020) tra la Prefettura e l'impresa nei cui confronti è stato aperto un procedimento di interdittiva».

In buona sostanza, dunque, la novella normativa, pur non trovando diretta applicazione, orienta il giudice verso un'interpretazione restrittiva dei casi di esclusione del diritto di accesso agli atti.

La discontinuità tra vecchia e nuova disciplina del contraddittorio emerge con evidenza anche dal TAR Sicilia (Catania), sez. IV, nella sentenza n. 2147 dell'1 agosto 2022<sup>36</sup>.

Anche in questa decisione, pur negandosi l'applicabilità della nuova disciplina *ratione temporis* al caso in esame, il giudice sottolinea la differenza tra quella previgente nella quale «l'attuazione del contraddittorio veniva rimessa alla valutazione discrezionale del prefetto» e quella nuova, derivata dalla «esigenza di trovare una soluzione mediana incentrata sul ristabilimento delle garanzie procedurali mediante un equo bilanciamento degli interessi contrapposti anche nell'ambito di misure di tipo emergenziale» che, «fermo restando il preminente interesse al contrasto preventivo alla criminalità organizzata, ha attuato un intervento di bilanciamento tra la tutela dell'ordine pubblico, *rectius* delle esigenze che le misure di contrasto preventivo alla criminalità organizzata impongono, e la tutela delle garanzie procedurali partecipative».

Si conferma, dunque, il “cambio di passo” compiuto dalla riforma.

In tutte le pronunce richiamate, pertanto, la nuova disciplina, seppur ritenuta non applicabile, ha comunque assunto – con sfumature ed esiti diversi – un qualche rilievo nella trama argomentativa posta a fondamento delle stesse.

Quanto ai casi di applicazione diretta della disciplina novellata in materia di contraddittorio, può richiamarsi, innanzitutto, la sentenza 20 luglio 2022, n. 626 del TAR Liguria, sez. I, secondo la quale il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 92 del codice antimafia è applicabile anche all'eventuale aggiornamento dell'interdittiva.

Osserva il giudice come «prima che venisse emanato il d.l. n. 152 del 2021, l'orientamento giurisprudenziale dominante, tale da poter essere considerato un vero e proprio “diritto vivente”, affermava che la comunicazione di avvio del

---

<sup>36</sup> In termini sostanzialmente identici si era già espresso il TAR Piemonte, sez. I, 10 maggio 2022, n. 462, punti 12 ss.

procedimento e il “preavviso di rigetto”, di cui agli artt. 7 e 10-bis della legge n. 241 del 1990, fossero adempimenti non necessari nei procedimenti per l'adozione di provvedimenti antimafia, in cui il contraddittorio procedimentale ha natura meramente eventuale, in ragione del fatto che essi sono tipicamente connessi ad attività di indagine giudiziaria e caratterizzati da ragioni di urgenza e da finalità di tutela, destinatari e presupposti, che possono rivelarsi in concreto incompatibili con gli ordinari istituti di partecipazione, la cui attivazione è rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione (tra le tante, si v. Cons. St., sez. III, sentt. n. 3182 del 2021, n. 7146 e n. 820 del 2020; TAR Campania, Napoli, sent. n. 2230 del 2021; tra le ultime pronunce di questo TAR si v. la sent. n. 30 del 2022)». E conclude osservando che «Se dunque, prima della riforma, si riteneva che quello dei procedimenti e dei provvedimenti antimafia rappresentasse un ambito speciale, eccezionalmente sottratto al rispetto delle norme in materia di partecipazione del privato previste in via generale dalla legge n. 241 del 1990 per la realizzazione del “giusto procedimento” – le quali, peraltro, si ricollegano al principio d'imparzialità di cui all'art. 97 Cost. e al “diritto ad una buona amministrazione” di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – con il recente intervento il legislatore ha ribadito l'applicabilità anche in questo settore del principio generale per cui prima di adottare un provvedimento, soprattutto se sfavorevole, occorre instaurare il contraddittorio endoprocedimentale con il privato destinatario, salvo vi ostino ragioni di urgenza».

Ancor più di recente, si segnala la sentenza n. 558 del 5 agosto 2022 resa dal TAR Calabria, Sez. Staccata Reggio Calabria, che annulla un'informazione interdittiva antimafia per violazione del comma 2-*bis* dell'art. 92 del decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159, come da ultimo modificato con l'articolo 48 del decreto legge 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni con legge 29 dicembre 2021, n. 233.

Nel percorso motivazionale merita una particolare attenzione la parte in cui si sottolinea come «lo scopo della comunicazione dei motivi ostativi al rilascio dell'informativa liberatoria, in sostanza, non è soltanto quello di consentire all'interessato la partecipazione al procedimento, che nella vigenza della precedente disciplina era sostanzialmente rimessa alla valutazione discrezionale dell'Autorità Prefettizia, ma anche e soprattutto di consentire all'impresa sospettata di agevolazione mafiosa solo occasionale, di evitare gli effetti di un'informazione interdittiva e di continuare ad operare, sia pur risultando sottoposta a vigilanza ed assumendo l'impegno di adoperarsi per una bonifica, sì da superare gli elementi di “compromissione” riscontrati».

In altri termini, continua il giudice, «il contraddittorio previsto dal legislatore assolve non solo alla funzione (per dir così classica) di consentire all'interessato di rappresentare all'autorità preposta le proprie ragioni al fine di sottrarsi



all'interdittiva, ma anche a quella di rendere possibile l'anticipazione alla fase amministrativa di misure organizzative atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale, con l'evidente obiettivo di non travolgere con l'interdittiva antimafia attività imprenditoriali sane, o quantomeno non del tutto compromesse».

La sottolineatura del legame tra i due obiettivi perseguiti dalla riforma non potrebbe essere più chiara.

#### 4.2. *La prevenzione collaborativa come possibile strumento di attuazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa*

L'altra gamba sulla quale si regge l'intervento riformatore è costituita dal nuovo art. 94 *bis* che introduce *Misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale*.

Anche qui siamo in presenza di una modifica normativa che recepisce alcune sollecitazioni provenienti dalla dottrina, e che prova a far fronte a uno dei più grossi limiti che la disciplina ha mostrato nella sua applicazione concreta.

A ben vedere, come appena accennato, la *ratio* sottesa a tale novità non è poi così distante rispetto a quella relativa al rafforzamento del contraddittorio, collocandosi anch'essa all'interno di una prospettiva di superamento di un modello "monolitico" di informativa come misure di carattere unilaterale, sostanzialmente sanzionatoria e rigida, in quanto priva di alternative che possano adattarsi alle condizioni specifiche dell'impresa che ne è colpita e al contesto spazio-temporale in cui essa opera.

Se il primo ambito di intervento risponde all'obiettivo di valorizzare il principio del contraddittorio in un settore che coinvolge la tutela di diritti fondamentali, il secondo costituisce una applicazione del principio di proporzionalità, consentendo l'adozione di misure alternative e con un impatto più ridotto sull'impresa che ne è destinataria nei casi in cui i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di *agevolazione occasionale*.

Dunque, anche qui il fine è quello di intervenire a tutela della legalità, nel modo più efficace possibile, ma anche determinando il minor sacrificio ai beni giuridici coinvolti dall'adozione della misura; tale obiettivo può realizzarsi se la Pubblica Amministrazione dispone di una serie di elementi che possono essere tenuti in considerazione ampliando lo spazio del contraddittorio procedimentale e, ove possibile, mediante il ricorso a strumenti alternativi a quelli interdittivi.

In tale scenario, persegue proprio tale ultimo scopo l'art. 49 del decreto legge n. 152 del 2021, che aggiunge al Codice antimafia l'art. 94-*bis* (*Misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale*).

Il nuovo 94-*bis* al comma 1, prevede che il prefetto, quando accerta che

i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a *situazioni di agevolazione occasionale*, prescrive all'impresa, società o associazione interessata, con provvedimento motivato, l'osservanza, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più misure organizzative e l'adempimento di obblighi di comunicazione al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente di una serie di atti ritenuti rilevanti come possibili indici di agevolazione da parte di organizzazioni criminali<sup>37</sup>.

Il medesimo articolo, al comma 2, stabilisce, inoltre, che «*Il prefetto, in aggiunta alle misure di cui al comma 1, può nominare, anche d'ufficio, uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, individuati nell'albo di cui all'articolo 35, comma 2-bis, con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa (...)*».

Si prevede altresì che le misure citate «*cessano di essere applicate se il tribunale dispone il controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 dell'articolo 34-bis e del periodo di loro esecuzione può tenersi conto ai fini della determinazione della durata del controllo giudiziario*» (comma 3).

Ai sensi del comma 4, poi, «*Alla scadenza del termine di durata delle misure di cui al presente articolo, il prefetto, ove accerti, sulla base delle analisi formulate dal gruppo interforze, il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, rilascia un'informazione antimafia liberatoria ed effettua le conseguenti iscrizioni nella banca dati nazionale unica della documentazione antimafia*».

Da notare, infine, che il comma 2 bis dell'art. 49 del decreto legge n. 152 del 2021 prevede che «*Le misure adottate ai sensi dei commi 1 e 2 possono essere in ogni momento revocate o modificate e non impediscono l'adozione dell'informativa antimafia interdittiva*». Si tratta di una previsione che è stata aggiunta in sede di conversione e che non è stata inserita nel corpo del Codice antimafia, a differenza delle altre richiamate.

Nel complesso, trovano accoglimento gli auspici di un intervento legislativo

<sup>37</sup> Per la precisione si tratta delle seguenti misure:

a) *adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale;*

b) *comunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente per il luogo di sede legale o di residenza, entro quindici giorni dal loro compimento, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, di valore non inferiore a 7.000 euro o di valore superiore stabilito dal prefetto, sentito il predetto gruppo interforze, in relazione al reddito della persona o del patrimonio e del volume di affari dell'impresa;*

c) *per le società di capitali o di persone, comunicare al gruppo interforze eventuali forme di finanziamento da parte dei soci o di terzi;*

d) *comunicare al gruppo interforze i contratti di associazione in partecipazione stipulati;*

e) *utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione di cui alla lettera b), nonché per i finanziamenti di cui alla lettera c), osservando, per i pagamenti previsti dall'articolo 3, comma 2, della legge 13 agosto 2010, n.136, le modalità indicate nella stessa norma.*

diretto a estendere alle interdittive gli strumenti delle c.d. misure di prevenzione patrimoniali miti, o del controllo giudiziario, che privilegino la finalità di recupero dell'impresa e della sua attività economica nei casi in cui i sintomi di una infiltrazione mafiosa mostrino la posizione di *complicità soggiacente* della stessa<sup>38</sup>.

In altre parole: nelle ipotesi in cui l'agevolazione abbia carattere meramente occasionale – come spesso accade per esempio nei casi in cui l'impresa risulti essere vittima di condizionamenti mafiosi, e non possa dunque esserle imputata la volontà di “scendere a patti” con la mafia al fine di poterne ricavare dei vantaggi – la logica punitiva e della prevenzione “forte”, diretta all'immediata espulsione della stessa dal circuito economico, cede il passo alla finalità di un reinserimento accompagnato dalla predisposizione di strumenti che consentano all'impresa di recidere definitivamente ogni legame con soggetti o attività contigue alla criminalità organizzata.

L'accertamento della sussistenza di tale presupposto, e dunque della *occasionalità* dell'agevolazione, è rimessa alla valutazione del Prefetto, il quale, prima della riforma, si trovava a decidere tra l'*opzione zero* e l'irrogazione di una misura informativa che, come si è mostrato, determina effetti di grave pregiudizio sul piano economico, non solo individuale ma anche generale. A esito della modifica introdotta dal D.L. n. 152 del 2021, si aggiunge la possibilità che, nei casi meno gravi, si ricorra a uno strumento volto a un reinserimento nel circuito dell'economia legale, graduale e “condizionato” al rispetto di alcuni obblighi, fermo restando che tale soluzione è sempre revocabile o sostituibile con l'adozione di una informativa.

Il Prefetto è così munito di un ulteriore mezzo di intervento che rende, almeno sul piano normativo, il sistema della “prevenzione amministrativa” consentaneo con il principio di proporzionalità: l'individuazione di un dispositivo idoneo al raggiungimento dell'obiettivo, necessario in quanto limitato alla misura minima di compressione della sfera giuridica dell'impresa interdetta e capace di realizzare un adeguato bilanciamento tra la finalità di contrasto delle attività illecite che inquinano il tessuto economico e gli altri interessi costituzionalmente rilevanti incisi dalla misura interdittiva.

Gli effetti dell'informativa, come si è osservato, ricadono nella sfera giuridica non soltanto del soggetto che ne è colpito, ma anche di tutti coloro che, a vario titolo, subiscono un danno dall'espulsione dell'impresa dal circuito economico, e determina, in una prospettiva di sistema e anche in considerazione dell'incremento progressivo dell'applicazione dell'istituto, un inaridimento del tessuto economico e lasciando ulteriori spazi all'economia criminale.

---

<sup>38</sup> G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e «valori fondanti della democrazia»: il pericoloso equivoco da evitare*, cit.

Quanto all'ambito dell'eventuale controllo giurisdizionale della valutazione prefettizia della sussistenza o meno di una agevolazione occasionale e, dunque, della scelta tra l'adozione di una misura interdittiva e di una collaborazione preventiva, esso «probabilmente si arricchirà di un parametro ulteriore, ricompreso nell'eccesso di potere, ossia quello della proporzionalità della misura applicata»<sup>39</sup>, dal momento che l'Amministrazione dovrebbe «dimostrare, attraverso un corretto adempimento degli oneri istruttori e motivazionali che la misura adottata risponde ai rigorosi canoni dell'adeguatezza e della proporzionalità»<sup>40</sup>.

Per completezza di analisi è da dirsi che la novella normativa è completata da alcune modifiche al regime del controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34 *bis* del Codice Antimafia, la cui applicazione è prevista, in alternativa alla amministrazione giudiziaria disciplinata dall'art. 34, nei casi in cui non sussistano i presupposti per adottare il sequestro o la confisca.

L'art. 34 *bis* individua, come presupposto per la sua applicazione, l'accertamento del carattere "occasionale" dell'agevolazione, analogamente a quanto previsto dal nuovo art. 94 *bis*, tanto che, a tale riguardo si è parlato di una esatta sovrapposibilità dei presupposti sostanziali del controllo giudiziario e delle misure amministrative di prevenzione collaborativa<sup>41</sup>.

Segnatamente, alla fine del comma 1 dell'art. 34 *bis*, è inserita la previsione secondo la quale «*Nel caso in cui risultino applicate le misure previste dall'articolo 94-bis, il tribunale valuta se adottare in loro sostituzione il provvedimento di cui al comma 2, lettera b)*, e dunque il *controllo giudiziario*.

Tale previsione fa da *pendant* a quella prevista dal comma 3 del nuovo art. 94 *bis* di cui si è detto, coordinandosi così i due strumenti.

Il comma 6 del medesimo art. 34 *bis* – secondo il quale le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo – è modificato, prevedendosi che il tribunale, oltre al procuratore distrettuale competente, e gli altri soggetti interessati, senta «*anche il prefetto che ha adottato l'informazione antimafia interdittiva*».

Infine il comma 7 dello stesso art. 34 *bis* è sostituito, prevedendosi che «*il*

<sup>39</sup> Così G. VELTRI, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 13 maggio 2022 che peraltro, alla luce dell'introduzione delle nuove "misure gestorie dinamiche" introdotte dal d.l. n. 152 del 2021, dubita dell'opportunità di mantenere il "ponte" tra l'informativa e il controllo giudiziario.

<sup>40</sup> M.A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informazione antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, cit.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

*provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del presente articolo sospende il termine di cui all'articolo 92, comma 2», e cioè il termine di trenta giorni dalla consultazione della banca dati nazionale unica per il rilascio dell'informazione antimafia, «nonché gli effetti di cui all'articolo 94», e cioè l'incapacità di contrattare con la Pubblica Amministrazione. La norma prosegue precisando che «Lo stesso provvedimento è comunicato dalla cancelleria del tribunale al prefetto dove ha sede legale l'impresa, ai fini dell'aggiornamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia di cui all'articolo 96, ed è valutato anche ai fini dell'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis nei successivi cinque anni».*

Se ne ricava una chiara indicazione a favore di un coordinamento tra le misure di amministrazione e controllo affidate all'autorità giudiziaria e quelle di competenza prefettizia, così da agevolare un intervento complessivamente più adeguato, evitando difformità, sovrapposizioni o duplicazioni di provvedimenti di natura giuridica parzialmente diversa, adottati talvolta in momenti differenti, ma con effetti almeno in parte sovrapponibili<sup>42</sup>.

Come rileva il Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 5624 del 6 luglio 2022, a differenza del sequestro e della confisca definite come misure “statiche”, «gli articoli 34, 34 *bis* e 94 *bis* disciplinano misure “correttive” e “dinamiche”, proiettate al futuro per contrastare l'esercizio distorto dell'attività aziendale e favorirne la continuità sui canali della gestione vigilata e protetta.

Dalla lettura combinata degli artt. 34, 34 *bis* e 94 *bis* risulta, sempre utilizzando le parole del giudice amministrativo, che «il codice antimafia ha introdotto un principio di progressività delle misure prevenzione, che si intensifica o si riduce in misura proporzionale al “bisogno di prevenzione” dell'operatore economico»<sup>43</sup>.

Peraltro i rapporti tra questi strumenti e l'informativa interdittiva hanno mostrato profili di incertezza. Lo dimostra la circostanza che l'ordinanza del Consiglio di Stato appena citata – come era del resto stato auspicato da attenta dottrina<sup>44</sup> – ha rimesso all'Adunanza Plenaria una questione che in questi anni è stata oggetto di soluzioni contrastanti: quella, cioè, del rapporto tra esito del giudizio amministrativo di annullamento dell'interdittiva e il controllo giudiziario ai sensi del comma 6 dell'art. 34 *bis* (c.d. controllo giudiziario a richiesta), posto

---

<sup>42</sup> Sul rapporto problematico tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario di cui all'art. 34 *bis* del Codice Antimafia, prima della riforma del novembre 2021, si veda Cons. St., sez. III, sent. 11 gennaio 2021, n. 319, e le osservazioni di R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *Interdittiva antimafia e controllo giudiziario* (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 11 gennaio 2021, n. 319), in [www.giustizainsieme.it](http://www.giustizainsieme.it), 12 febbraio 2021.

<sup>43</sup> Cons. St., sez. III, ord. 6 luglio 2022, n. 5624, punto 9.

<sup>44</sup> M.A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informazione antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, cit.

che quest'ultimo può essere richiesto solo a condizione che l'interdittiva sia stata impugnata<sup>45</sup>. Questione che è stata risolta dall'Adunanza Plenaria con la recentissima sentenza n. 8 del 13 febbraio 2023 nella quale si afferma che «*la pendenza del controllo giudiziario a domanda ex art. 34-bis, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non è causa di sospensione del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva*»<sup>46</sup>.

In termini identici si esprimono Cons. St., ad. plen., sentt. nn. 6 e 7 del 13 febbraio 2023.

In quest'ultima, peraltro, il Consiglio di Stato osserva come «il sistema delle misure preventive di competenza prefettizia si sia di recente arricchito di strumenti di risanamento dell'impresa interessata dal fenomeno mafioso analoghi al controllo giudiziario, in particolare con le «*misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale*» di cui all'art. 94-bis del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione». In essa il giudice coglie «l'identità di funzione rispetto all'istituto previsto dall'art. 34-bis del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159»<sup>47</sup>, aggiungendo, con un rilievo di particolare interesse, che «nel sistema amministrativo di prevenzione penale, ora informato al principio di gradualità, l'occasionalità dell'agevolazione mafiosa originaria può in ipotesi costituire ragione di illegittimità dell'informativa a carattere interdittivo, in ragione dell'alternativa costituita dalle misure meno invasive introdotte con il medesimo art. 94-bis (...)».

Dunque, la mancata valutazione prefettizia dell'occasionalità dell'infiltrazione mafiosa è espressamente individuata come possibile profilo di illegittimità dell'informativa adottata, attribuendosi così alla riforma introdotta una portata

---

<sup>45</sup> Il quesito posto era così formulato: «*Se l'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario, ai sensi dell'art. 34 bis, comma 6, del codice n. 159 del 2011, comporta che il giudice amministrativo – nel corso del giudizio di primo grado o di quello d'appello avente per oggetto la presupposta interdittiva antimafia – debba sospendere il giudizio, ai sensi dell'art. 79, comma 1, c.p.a., o debba rinviare l'udienza eventualmente già fissata?*».

<sup>46</sup> Cons. St., ad. plen., n. 8 del 2023 si pronuncia nel senso che «l'interdittiva svolge la sua funzione preventiva rispetto alla penetrazione nell'economia delle organizzazioni di stampo mafioso di tipo “statico”, e cioè sulla base di accertamenti di competenza dell'autorità prefettizia rivolti al passato» mentre il controllo giudiziario di cui al d.lgs. n. 159 del 2011 «persegue anche finalità di carattere “dinamico” di risanamento dell'impresa interessata dal fenomeno mafioso e quindi, secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia, oltre al presupposto dell'occasionalità dell'agevolazione mafiosa previsto dall'art. 34-bis, comma 6, del medesimo codice, richiede una prognosi favorevole del Tribunale della prevenzione penale sul superamento della situazione che ha in origine dato luogo all'interdittiva», la quale può anche non venire «annullata all'esito del giudizio di impugnazione devoluto al giudice amministrativo», accertandosi così «in chiave retrospettiva l'esistenza di infiltrazioni mafiose nell'impresa» di cui può quindi ancora persistere l'esigenza di risanamento «una volta accertata in via definitiva che l'impresa è permeabile al fenomeno mafioso».

<sup>47</sup> Punto 24 della parte in diritto.

prescrittiva ben definita, suscettibile di incidere sul futuro contenzioso amministrativo.

L'obiettivo delle "misure correttive" è quello di "decontaminare" le attività imprenditoriali sostanzialmente sane (o non del tutto compromesse) e restituirle al libero mercato, una volta depurate dagli agenti inquinanti, in un'ottica conservativa.

##### 5. *Brevi rilievi conclusivi*

Dalla giurisprudenza esaminata e dagli elementi fondamentali delle modifiche alla disciplina dell'informativa adottati alla fine del 2021 si coglie l'obiettivo di adeguare, nella maggior misura possibile, l'intervento dello Stato alle specifiche condizioni dell'impresa che ne è destinataria, così da raggiungere l'obiettivo dell'eliminazione dell'infiltrazione o del condizionamento con il minore pregiudizio possibile per l'impresa stessa e per il sistema economico nel suo complesso.

Un'indicazione in tal senso era del resto già contenuta in quella giurisprudenza che riteneva imprescindibile una «visione unitaria nella cui ottica, in una prospettiva complessiva degli istituti introdotti dal legislatore al fine di garantire che il mercato delle pubbliche commesse e la concorrenza tra le imprese siano immuni dagli agenti inquinanti indotti dagli interessi della criminalità organizzata, agli istituti di tipo interdittivo si affiancano quelli volti a consentire la perdurante operatività delle imprese che ne siano colpite, previa neutralizzazione dei fattori condizionanti la libera e socialmente utile esplicazione del diritto di iniziativa economica, anche ai fini della salvaguardia del tessuto imprenditoriale e dei livelli occupazionali»<sup>48</sup>.

Parimenti in dottrina si era auspicata un maggiore coordinamento tra le diverse misure con l'obiettivo di recuperare l'impresa al mercato<sup>49</sup>.

Dunque un *favor* per l'applicazione di misure dirette a sostenere un recupero delle imprese in una logica di leale collaborazione, di confronto piuttosto che di contrapposizione.

La giurisprudenza amministrativa, ancora in tempi recenti, indica l'informativa antimafia una misura preventiva con funzione di massima anticipazione della soglia di prevenzione, volta a colpire l'azione della criminalità organizzata impedendole di avere rapporti con la Pubblica amministrazione, definendola uno strumento agile nella forma e nei presupposti, idoneo ad intercettare, nell'immediatezza, i cambiamenti che le organizzazioni criminali mettono in atto per

<sup>48</sup> Cons. St., sez. III, 24 giugno 2021, n. 4844.

<sup>49</sup> In tal senso M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, cit.

insinuarsi nel libero mercato e piegare a proprio illecito vantaggio l'operare della p.a. lucrando sui flussi finanziari dalla stessa gestiti.

La nuova disciplina potrebbe condurre a una rilettura di tali elementi.

La "elasticità" dell'informativa antimafia, ripetutamente indicata come tratto identitario ineliminabile al fine di giustificare l'ampiezza del potere di valutazione prefettizia, è ora declinata dal legislatore della riforma attraverso la predisposizione di un apparato più ampio di strumenti capaci di evitare condizionamenti criminali del sistema economico.

Non più, pertanto, in una dimensione unilaterale, coercitiva, tale da attribuire alla Pubblica Amministrazione un'ampia e spesso difficilmente giustiziabile area di scelta nell'adozione dell'informativa, ma in una dimensione complessa e collaborativa che può risultare meno dannosa per l'impresa e, allo stesso tempo, più efficace di fronte alla varietà dei casi.

Il mutato approccio – che contraddistingue la novella legislativa – potrebbe consentire un adeguamento dell'intervento alla situazione specifica di un'impresa, in un determinato contesto economico e sociale e in presenza di alcune peculiari caratteristiche che, in tale contesto, presentano i tentativi di infiltrazione mafiosa nei confronti dell'impresa.

L'informazione antimafia interdittiva, inserendosi in un sistema di altre misure che possono anticiparla o sostituirla, sarebbe, per così dire, e al pari di queste ultime, adottata avendo riguardo alla gravità dell'infiltrazione e alla specificità del contesto spazio temporale in cui essa si realizza.

Ciò, del resto, altro non è che un'applicazione, in tale ambito specifico, delle virtualità ricavabili dall'art. 3 della Costituzione, tanto rispetto all'indicazione di trattare situazioni uguali in modo uguale e situazioni diverse in modo diverso, quanto rispetto a quello di introdurre limitazioni nella sfera delle libertà costituzionalmente garantite se e nella misura in cui ciò sia necessario, e dunque nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Tali novità, in attesa di riscontri applicativi e della lettura che di essi saprà dare la giurisprudenza, aprono la strada all'individuazione di soluzioni di maggiore equilibrio nella disciplina di strumenti che hanno mostrato una sicura capacità di contrasto alla criminalità organizzata, al prezzo però, spesso, di una compressione di altri diritti costituzionalmente garantiti e con effetti deleteri sul sistema economico complessivo.

Un prezzo che le sfide poste dall'emergenza sanitaria e dalla crisi economica, e dall'esigenza stringente di utilizzare le risorse rese disponibili dall'adozione di corpose misure di sostegno alle imprese, rischiano di rendere così alto da risultare, in ultimo, difficilmente sostenibile.



### Abstract

Il saggio affronta il nodo problematico sotteso alle misure interdittive antimafia e ai loro “racordi” con la disciplina del “codice antimafia” in chiave costituzionale: la necessità che tali misure non affiggano in modo sproporzionato l'effettivo esercizio delle libertà costituzionali, e non rendano difficilmente sostenibile il loro impatto sulle dinamiche del sistema economico. Si muove in particolare dall'analisi degli itinerari di giurisprudenza costituzionale di cui, in particolare, Corte cost. nn. 57 del 2020 e 180 del 2022 costituiscono gli ultimi approdi. Dalla giurisprudenza costituzionale esaminata e dagli elementi fondamentali delle modifiche alla disciplina dell'informativa adottati alla fine del 2021 si coglie l'obiettivo di adeguare, nella maggior misura possibile, l'intervento dello Stato alle specifiche condizioni dell'impresa che ne è destinataria, così da raggiungere l'obiettivo dell'eliminazione dell'infiltrazione o del condizionamento con il minore pregiudizio possibile per l'impresa stessa e per il sistema economico nel suo complesso.

L'analisi delle recenti modifiche legislative, ormai necessarie alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza amministrativa e dei moniti del giudice costituzionale, conducono a ritenere che l'informazione antimafia interdittiva, inserendosi in un sistema di altre misure che possono anticiparla o sostituirla, sarebbe, per così dire, e al pari di queste ultime, adottata avendo riguardo alla gravità dell'infiltrazione e alla specificità del contesto spazio temporale in cui essa si realizza.

La tesi di fondo è che ciò, del resto, altro non sia che un'applicazione delle virtualità ricavabili dall'art. 3 della Costituzione, tanto rispetto all'indicazione di trattare situazioni uguali in modo uguale e situazioni diverse in modo diverso, quanto rispetto a quello di introdurre limitazioni nella sfera delle libertà costituzionalmente garantite se e nella misura in cui ciò sia necessario, e dunque nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità in un ambito materiale in cui le opzioni legislative di contrasto dell'*emergenza* criminale intercettano le libertà più direttamente lese dalle conseguenze economiche dell'emergenza post-pandemica.

The anti-mafia notice after Constitutional Court No. 180 of 2022: a survey from a constitutional perspective of reform itineraries and administrative jurisprudence

The essay addresses the problematic knot underlying the anti-mafia interdiction measures and their “connections” with the discipline of the “anti-mafia code” from a constitutional perspective: the need that those measure do not harm in a disproportionate way Constitutional freedoms and do not endanger

deeply the functioning of the economic system. The A. considers the analysis of the itineraries of constitutional jurisprudence of which, in particular Constitutional Court Nos. 57 of 2020 and 180 of 2022 constitute the latest landfalls. Both the constitutional jurisprudence examined and the fundamental elements of the amendments to the regulation of disclosure adopted at the end of 2021, it emerges the need to adapt, to the greatest extent possible, the limitations to the Constitutional freedom of art. 41.1 Cost. to the specific conditions of the recipient enterprise, so as to achieve the goal of eliminating infiltration or conditioning with the least possible harm to the enterprise itself and to the economic system as a whole.

The analysis is conducted in the light of the recent legislative changes that were somewhat needed due to the evolution of administrative jurisprudence and of the warnings of the constitutional Court. The antimafia information is clearly put into context within a system of other measures that can anticipate or replace it. This means that this measure would be adopted in context and in connection with other measures regulated by the anti-mafia code, having regard to the seriousness of the infiltration and the specificity of the space-time context in which it takes place.

The underlying thesis is that this, after all, is nothing more than an application of the virtues to be derived from Article 3 of the Constitution, as much with respect to the indication to treat equal situations equally and different situations differently. Measures limiting constitutionally guaranteed freedoms can be regulated and enforced if and to the extent necessary to contrast organized crime, thus in compliance with the principles of reasonableness and proportionality in a material sphere in which the legislative options to counter the criminal emergency intercept the freedoms most directly harmed by the economic consequences of the post-pandemic emergency.

*Gli autori*

Marco Armanno

*Professore associato di diritto costituzionale, Università degli studi di Palermo*

Gaetano Armao

*Professore associato di diritto costituzionale, Università degli studi di Palermo*

Elisa Cavasino

*Professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli studi di Palermo*

Anna Maria Chiariello

*Dottore di ricerca in diritto pubblico, Università degli studi di Roma Tor Vergata*

Luciana De Grazia

*Professore associato di diritto pubblico comparato, Università degli studi di Palermo*

Marcella Gola

*Professore ordinario di diritto amministrativo, Alma Mater Studiorum Università di Bologna*

Maria Itziar Gomez Fernandez

*Profesora titular de derecho constitucional, Universidad Carlos III de Madrid, Letrada del Tribunal Constitucional*

Gaspar González Represa

*Profesor sustituto interino de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga*

Enrico Guarnieri

*Professore a contratto di public procurement, Alma Mater Studiorum Università di Bologna*

Nicola Gullo

*Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli studi di Palermo*

Antonino Longo

*Professore associato di diritto amministrativo, Università degli studi di Catania*

Laura Lorello

*Professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli studi di Palermo*

Pietro Stefano Maglione

*Dottorando di ricerca in diritto amministrativo, Università degli studi di Catania*

Rafael Naranjo de la Cruz

*Profesor titular de derecho constitucional, Universidad de Málaga*

José Carlos Nieto-Jiménez

*Investigador posdoctoral en derecho constitucional, Universidad de Málaga*

Gloria Francesca Pulizzi

*Dottoranda di ricerca in diritto pubblico, Sapienza Università di Roma*

Giuseppe Verde

*Professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli studi di Palermo*

Cristina Videtta

*Professore associato di diritto amministrativo, Università degli studi di Torino*