

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXXI – Nuova serie  
N.3/2023 (settembre-dicembre)

## INDICE

### SAGGI

MARCO RUOTOLO

*Riflessioni sparse su alcune “questioni aperte” nei rapporti tra Stato e Regioni* 957

FABRIZIO FIGORILLI

*Il principio di auto-organizzazione amministrativa previsto dal nuovo codice dei contratti pubblici* 969

FABIO TAORMINA

*La qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza* 993

SIMONA D’ANTONIO

*Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti di esame delle domande di protezione internazionale* 1009

RAFFAELE CAROCCIA

*La tassatività delle cause di esclusione ex art. 10 d. lgs. 36/2023: una nuova forma di nullità nel diritto amministrativo* 1039

GERARDO SOLA

*In tema di potestà normativa locale* 1093

EMANUELA DELLA CORTE

*Situazioni giuridiche sovraindividuali e forme di tutela giurisdizionale* 1139

MARCO GAETANO PULVIRENTI

*Atto politico e funzione di indirizzo politico. Riflessioni per un percorso ricostruttivo* 1185

## RECENSIONI

GINO SCACCIA

*Pasquale Pantalone, La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo, Napoli, Editoriale scientifica, 2023* 1229

*Saggi*



# Riflessioni sparse su alcune “questioni aperte” nei rapporti tra Stato e Regioni\*\*

di Marco Ruotolo\*

SOMMARIO: 1. Su alcune “questioni aperte” nei rapporti tra Stato e Regioni, a partire da un recente libro – 2. L’evoluzione del regionalismo attraverso il “filtro” della giurisprudenza costituzionale: a) alcuni “profili sostanziali” – 3. Segue: b) alcuni “profili processuali” – 4. Altre “questioni aperte” nei rapporti tra Stato e Regioni

## 1. *Su alcune “questioni aperte” nei rapporti tra Stato e Regioni, a partire da un recente libro*

Il breve contributo che si propone coinvolge tematiche assai care al Collega che qui si onora<sup>1</sup> e prende le mosse dai risultati di una ricerca riguardante le *Questioni aperte nei rapporti tra Stato e Regioni*, curata in forma di volume da Daria de Pretis e Carlo Padula<sup>2</sup>. Ne ripercorrerò brevemente i contenuti, cercando di aggiungere al riferimento agli stessi qualche riflessione su altre “questioni aperte” che sembrano affacciarsi nei rapporti tra Stato e Regioni.

---

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università Roma Tre, Dipartimento di Giurisprudenza.

\*\* Contributo destinato agli *Scritti in onore di Giovanni Serges*.

<sup>1</sup> Il *Diritto regionale* ha costituito materia di insegnamento del Prof. Giovanni SERGES sin dai tempi in cui era ricercatore presso la Facoltà di Scienze Politiche dell’Università di Roma “La Sapienza”, nonché oggetto di molteplici contributi che hanno attraversato il suo intero percorso di studi, dal suo primo lavoro intitolato *Giudizio amministrativo e conflitto di attribuzione fra Stato e Regioni*, in *Dir. e Soc.*, 1981, 635 ss., al più recente scritto su *Delegazione legislativa, legislazione regionale e ruolo del potere regolamentare*, in *Giur. Cost.*, 2017, 1082 ss.

<sup>2</sup> D. DE PRETIS, C. PADULA (a cura di), *Questioni aperte nei rapporti tra Stato e Regioni*, Torino, 2023.

2. *L'evoluzione del regionalismo attraverso il "filtro" della giurisprudenza costituzionale: a) alcuni "profili sostanziali"*

Il richiamato libro si divide in due sezioni dedicate, rispettivamente, ai profili sostanziali e processuali, nella costante ricerca di aspetti che non abbiano trovato un adeguato o compiuto assestamento nella giurisprudenza costituzionale.

Si parte con alcune considerazioni sul c.d. *punto di equilibrio*, riguardato sia come esito di un compromesso legislativo sia come approdo del giudizio su di esso<sup>3</sup>. Nello specifico contesto del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, ad entrare in gioco è, anzitutto, la classica tematica dello "standard minimo" la cui fissazione da parte dello Stato ben può trovare fondamento in una delle tante materie trasversali che sono enumerate nel secondo comma dell'art. 117 Cost. È un profilo che ha da sempre suscitato l'interesse della Corte costituzionale, specialmente nelle decisioni immediatamente successive all'entrata in vigore del "nuovo" Titolo V. La riflessione proposta al riguardo da Stefania Parisi sembra ben riassumere un'esigenza di differenziazione emergente, anche se forse non ancora nitidamente, dalla giurisprudenza costituzionale: «lo standard minimo è innalzabile, integrabile e quindi modificabile *in melius* mentre l'equilibrio è il frutto di un'operazione di bilanciamento che il legislatore regionale non può alterare»<sup>4</sup>. E il punto di equilibrio non trova spazio solo nelle materie esclusivo-trasversali, potendosi ben inverare in un principio fondamentale in una materia di potestà legislativa concorrente.

La chiave di volta sembra risiedere nella ricerca di un'adeguata dimensione del c.d. regionalismo cooperativo, ponendosi il problema dell'assenza di sedi organiche di raccordo in grado di incidere sulla dimensione legislativa. Come ha scritto Gennaro Ferraiuolo, la dinamica cooperativa è «destinata a scivolare dal piano della produzione normativa a quello del raccordo tra esecutivi, in una dimensione amministrativa»<sup>5</sup>. Si coglie così un punto fondamentale, opportunamente affiancato alla più generale considerazione circa le troppe ambiguità che ancora circondano la nozione di materia trasversale<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> S. PARISI, *La teoria del punto di equilibrio*, in D. DE PRETIS, C. PADULA (a cura di), *Questioni aperte*, cit., 3 ss.

<sup>4</sup> S. PARISI, *La teoria del punto di equilibrio*, cit., 15.

<sup>5</sup> G. FERRAIUOLO, *Materie trasversali e leale collaborazione*, in D. DE PRETIS, C. PADULA (a cura di), *Questioni aperte*, cit., 33 s.

<sup>6</sup> Il punto è sviluppato nel libro pure da F. CORTESE, *Livelli essenziali delle prestazioni*

Ecco allora che si impone una riflessione sul reale spazio di intervento regionale nelle materie esclusive statali, che si è provato a rivendicare nella ricerca – che mi sembra comunque di difficile realizzazione – di un «*nucleo minimo incomprimibile di contenuto per le competenze regionali*» da opporre proprio agli interventi trasversali statali<sup>7</sup>. È considerazione conseguente al rilievo della insufficienza delle sedi di raccordo tra Stato e regioni, alla invocazione della necessità di guardare alla dimensione dei raccordi in sede legislativa o (meglio) della rappresentanza regionale, proprio in quei procedimenti legislativi statali chiamati a concretizzare il punto di equilibrio tra istanze unitarie e istanze di differenziazione.

Sulla potestà legislativa concorrente si sofferma il saggio di Giacomo D’Amico, offrendo, tra i tanti, spunti rilevanti con riguardo al tema dei principi di coordinamento della finanza pubblica. Una sorta di nuova clausola di supremazia<sup>8</sup> che testimonia la persistente attualità di quelle esigenze unitarie che qualcuno voleva considerare spazzate via per effetto della scomparsa nel testo costituzionale del riferimento all’interesse nazionale<sup>9</sup>. Il tema si lega a quello dell’autonomia finanziaria regionale e alla distanza della pratica anche giurisprudenziale rispetto al modello delineato con la riforma del 2001. Sul punto è molto ricco il saggio di Monica Bergo, la cui lettura lascia nitidamente emergere la natura “ibrida” di un modello che per molti aspetti si conforma ancora al precedente regime costituzionale<sup>10</sup>.

*e procedimento amministrativo*, in D. DE PRETIS, C. PADULA (a cura di), *Questioni aperte*, cit., 57 ss., con specifico riguardo al tema dei livelli essenziali delle prestazioni considerato nella prospettiva della disciplina del procedimento amministrativo. L’esigenza unitaria emerge qui in modo prepotente nella direzione del consolidamento di una «potestà legislativa statale assai diffusa circa il tema procedimentale», come rileva nelle conclusioni del suo saggio.

<sup>7</sup> E. GIANFRANCESCO, *Attribuzione di potestà legislativa alle Regioni in materie esclusive statali*, in D. DE PRETIS, C. PADULA (a cura di), *Questioni aperte*, cit., 92.

<sup>8</sup> G. D’AMICO, *La potestà legislativa concorrente tra incertezze, precarietà e rinnovata centralità*, in D. DE PRETIS, C. PADULA (a cura di), *Questioni aperte*, cit., 120.

<sup>9</sup> È un rilievo ricorrente in dottrina. Tra i tanti, si veda proprio G. SERGES, *Legge regionale*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. IV, Milano, 2006, 3447: «alla scomparsa dell’interesse nazionale [...] può affermarsi che si sostituisca oggi un modello che consente, attraverso una intensa flessibilità del sistema ed in particolare delle materie affidate alla legislazione esclusiva dello Stato, la tutela, spesso assai pervasiva, di interessi unitari, con incidenza estesa anche nel campo della potestà residuale delle Regioni».

<sup>10</sup> M. BERGO, *L’autonomia finanziaria regionale tra modello costituzionale e pratiche giurisprudenziali. L’esperienza dei fondi settoriali*, in D. DE PRETIS, C. PADULA (a cura di), *Questioni aperte*, cit., 141.

Alle esigenze del coordinamento statale e alle sue implicazioni sul riparto delle competenze sono dedicati, poi, i lavori di Iannuzzi e Ambrosi. Andrea Ambrosi mette sul tappeto la questione centrale del coinvolgimento regionale nell'esercizio della funzione di indirizzo, anche nella prospettiva della realizzazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97<sup>11</sup>. Iannuzzi approfondisce il tema delle regole tecniche e del fondamento giustificativo della legittimità dell'intervento statale realizzato con atti formalmente regolamentari nelle materie di competenza concorrente o residuale. La problematica compatibilità con quanto statuito nel sesto comma dell'art. 117 conduce l'Autore a interrogarsi sul necessario recupero del principio del coordinamento tecnico, meritevole, a suo giudizio, di inserimento in Costituzione o almeno di una esplicita affermazione giurisprudenziale. Qui si pone anche la questione – assai importante – della regola tecnica che si fa “corpo unico” con la disposizione legislativa di riferimento e della difficoltà di un sindacato della Corte costituzionale sulla stessa<sup>12</sup>.

È un tema rispetto al quale mi pare ancora riscontrabile una consistente ritrosia da parte della Corte, propensa ad escludere la rilevanza, ai fini del suo giudizio, dell'esistenza di un diritto vivente di origine amministrativa, limitando questa nozione al solo consolidamento degli indirizzi della giurisprudenza. Note sono le riflessioni di Carlo Esposito e Gustavo Zagrebelsky in tema<sup>13</sup>, e davvero assai condivisibili sono le considerazioni offerte ormai trenta anni fa da Andrea Pugiotto<sup>14</sup>. La questione delle regole tecniche può ben essere inserita in questa più generale riflessione che coinvolge le circolari e gli atti amministrativi generali, non sembrando soddisfacente la formalistica risposta di chi afferma che l'obbligatorietà dell'interpretazione fornita dai vertici dell'amministrazione si dispiega solo nei rapporti gerarchici interni che ne caratterizzano le dinamiche, potendo la stessa essere “superata” (nella forma dell'annullamento o della disapplicazione, a seconda dei casi) dal giudice chiamato ad applicare la

<sup>11</sup> A. AMBROSI, *La funzione di indirizzo dopo il 2001*, in D. DE PRETIS – C. PADULA (a cura di), *Questioni aperte*, cit., 181,

<sup>12</sup> A. IANNUZZI, *Riparto di competenze regolamentari fra Stato e Regioni: problemi e proposte di soluzione*, in D. DE PRETIS, C. PADULA (a cura di), *Questioni aperte*, cit., specie 158 ss.

<sup>13</sup> C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, 605 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1986, I, 101 ss.

<sup>14</sup> A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994, specie 464 ss. e 518 ss.

legge. Il punto è che fino a che non si avrà quella “rimozione” sarà proprio l’interpretazione o lo sviluppo amministrativo ad essere “preferito” sulla base della presunzione della sua non contrarietà al dettato legislativo. Ove non venga all’attenzione del giudice o qualora questi, investito di specifica controversia, non la ritenga contraria alla legge, l’interpretazione offerta dall’Amministrazione finirà per essere, insomma, quella da “preferire” nella regolazione dei rapporti che ne costituiscono oggetto, esplicando un’efficacia sostanzialmente normativa, che spesso, in ragione dei contenuti, si dispiega anche nei confronti dei terzi<sup>15</sup>.

La norma, in altre parole, si trova proprio nella circolare o nella regola tecnica che specifica i contenuti della disposizione di partenza o di riferimento. Si può fare ancora finta di nulla rispetto a ciò? A me pare che la Corte sottovaluti il problema, ancora ritenendo possibile il “suggerimento”, nella forma della sentenza interpretava di rigetto, di soluzioni interpretative alternative rispetto a quelle consolidate nella prassi amministrativa<sup>16</sup>, cosa che non farebbe a fronte di un diritto vivente giurisprudenziale, ormai considerato, nella scia del risalente insegnamento crisafulliano, quale “resistenza insuperabile” alla ricerca di una soluzione conforme a Costituzione<sup>17</sup>.

### 3. *Segue: b) alcuni “profili processuali”*

Altrettanto interessante è la seconda sezione del libro, dedicata ai profili processuali.

Questa parte si apre con il saggio di Carlo Padula sulla possibilità di affermare una legittimità sopravvenuta della legge regionale, che fa il paio con la possibilità di dichiarare l’illegittimità della regionale “fino al momento” del mutamento del parametro di riferimento, che restituisca “competenza” all’intervento normativo che originariamente non l’aveva<sup>18</sup>. Ma come va considerato il vizio relativo al riparto di competenza? Se lo si trattasse alla stregua di vizio formale non vi sarebbe spazio per questa

<sup>15</sup> M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale*, II ed., Torino, 2022, 122 s.

<sup>16</sup> Ne è esempio recente la sent. n. 105 del 2023.

<sup>17</sup> V. CRISAFULLI, *Il “ritorno” dell’art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1961, 895.

<sup>18</sup> C. PADULA, *Il mutamento del parametro: la legittimità sopravvenuta delle leggi regionali*, in D. DE PRETIS, C. PADULA (a cura di), *Questioni aperte*, cit., 191 ss.

tesi, che richiede, come suo presupposto essenziale, l'adesione alla ricostruzione del vizio da incompetenza come vizio materiale o come *tertium genus*. La conclusione di Padula è netta: l'abrogazione o la modifica del parametro interposto può far venir meno il vizio della legge regionale, se del caso limitando temporalmente l'illegittimità riscontrabile prima della modifica del parametro.

Al saggio di Padula si lega quello di Marta Caredda, in una prospettiva teorica che ruota tutta attorno al rapporto tra abrogazione e invalidità sopravvenuta rispetto all'ipotesi di mutamento del principio fondamentale in materia di potestà legislativa concorrente. Qui, come è noto, la legge Scelba prevede l'abrogazione della legge regionale in caso di mancato intervento del legislatore regionale entro novanta giorni dall'entrata in vigore della legge recante il nuovo principio (art. 10 della legge 10 febbraio 1953, n. 62). Ma se il giudice non dovesse rilevare l'intervenuta abrogazione? La risposta di Caredda è che la Corte non si potrebbe sottrarre alla rilevazione del vizio sopravvenuto, peraltro assicurando la certezza del diritto attraverso il ricorso alla decisione di accoglimento, nella forma, appunto, dell'incostituzionalità sopravvenuta<sup>19</sup>. L'efficacia *erga omnes* della pronuncia di accoglimento della Corte appare sotto questo aspetto elemento dirimente per sancire la "preferenza" per la decisione di incostituzionalità, con un'argomentazione che mi sembra rievocare, seppure indirettamente, e avendo piena consapevolezza della diversità delle fattispecie, quella offerta in una nota sentenza riguardante la c.d. doppia pregiudizialità, ove si affermò la possibilità del sindacato di costituzionalità (senza necessità di previo ricorso alla Corte di giustizia) a fronte di disposizioni normative che fossero in potenziale contrasto sia con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sia con la Costituzione: in casi simili «va preservata l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte» (sent. n. 269 del 2017). Pure in questo saggio, come in quello di Padula, si arriva poi a trattare la questione della possibile modulazione degli effetti della decisione di incostituzionalità, opportunamente riguardata, nella scia del pensiero di Carlo Mezzanotte, come problema di diritto costituzionale sostanziale<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> M. CAREDDA, *Il mutamento del parametro: illegittimità sopravvenuta, abrogazione e principio di continuità nel rapporto tra leggi regionali e leggi statali*, in D. DE PRETIS, C. PADULA (a cura di), *Questioni aperte*, cit., 213 ss., in particolare 223. L'Autrice aderisce alla tesi sostenuta da A. PAOLETTI, *Leggi-cornice e Regioni*, Milano, 2001, 62 e, prima, da A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle Regioni*, Roma, 1974, 94.

<sup>20</sup> C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento*

Rilevanti sono le indicazioni che si traggono dalla lettura degli altri saggi: dall'invito di Caruso a evitare la qualificazione di «norme prive di portata precettiva» per negare la giuridicità di previsioni che altrimenti sarebbero soggette alla scure dell'incostituzionalità, evitando insomma l'inammissibilità per inidoneità lesiva della norma impugnata<sup>21</sup>, all'auspicio di Liberali per una diversa considerazione del rapporto tra la delibera con la quale l'organo legittimato (Governo o Giunta) ha deciso di impugnare e la redazione del ricorso, permettendo anche l'integrazione del parametro da parte della difesa tecnica, sia pure entro i confini della scelta politica (non dunque una delega in bianco per la determinazione dei parametri ma una possibilità di integrazione degli stessi pur sempre conforme agli obiettivi delineati nella delibera)<sup>22</sup>.

Davvero approfonditi e puntuali sono poi gli studi di Pieroni e Malfatti, rispettivamente dedicati al giudizio di parificazione del rendiconto generale e alla legittimazione della Corte dei conti a sollevare questione di legittimità costituzionale in tale sede e ai poteri istruttori nel giudizio in via principale. Per quanto riguarda il primo tema emerge l'estrema e comprensibile cautela della Corte rispetto alla legge statale di bilancio e la maggiore possibilità di intervento sulle determinazioni regionali, avendo la Corte chiarito che l'eventuale incostituzionalità di una «legge regionale sottesa al rendiconto, in considerazione della concatenazione dinamica del ciclo del bilancio, comporta che l'Ente sarà chiamato a rideterminare, sanandola, l'infedele determinazione del risultato di amministrazione dell'anno cagionata a cascata sugli esercizi successivi»<sup>23</sup>. Infine, nel saggio di Malfatti si mette in rilievo come l'uso degli strumenti istruttori abbia permesso di introdurre elementi di concretezza in un giudizio astratto quale quello in via principale, anche qui valorizzando, specie nelle controversie in materia finanziaria, le implicazioni del principio di leale collaborazione, nella prospettiva della sua concreta realizzazione. Il momento

---

*come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989, 44.

<sup>21</sup> C. CARUSO, *Norme innocue: l'inidoneità lesiva delle disposizioni legislative nel giudizio in via principale*, in D. DE PRETIS, C. PADULA (a cura di), *Questioni aperte*, cit., 235 ss.

<sup>22</sup> B. LIBERALI, *L'autonomia del difensore nell'individuazione dei parametri*, in D. DE PRETIS, C. PADULA (a cura di), *Questioni aperte*, cit., 253 ss.

<sup>23</sup> M. PIERONI, *Il giudizio di parificazione del rendiconto generale e la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questione di costituzionalità in tale sede*, in D. DE PRETIS, C. PADULA (a cura di), *Questioni aperte*, cit., 281 ss., specie 311.

istruttorio permette indubbiamente di rimediare ad eventuali omissioni nel deposito di documenti e comunque di creare un quadro conoscitivo rilevante ai fini della decisione, acquisendo una progressiva centralità nel giudizio in via principale<sup>24</sup>.

#### 4. *Altre “questioni aperte” nei rapporti tra Stato e Regioni*

Ripercorsi, sia pure sinteticamente, i contenuti del libro dal quale prende le mosse questo scritto, vorrei aggiungere alcune considerazioni su altre “questioni aperte”, che interessano in particolare il futuro del giudizio sulla legge regionale, riprendendo uno spunto di de Pretis e Padula presente nella introduzione al libro. I curatori rilevano, infatti, il leggero calo delle questioni concernenti i rapporti tra Stato e regioni nell’ultimo quinquennio, notando come le stesse stiano prendendo piede nel giudizio in via incidentale<sup>25</sup>.

Dalla lettura di comunicati stampa redatti a conclusione delle riunioni del Consiglio dei Ministri emerge chiaramente che, almeno nel primo periodo dell’esperienza del Governo Meloni, a fronte di molte disposizioni legislative regionali esaminate, la decisione politica è stata quasi sempre di non impugnarle.

È prevedibile, dunque, un calo sensibile del giudizio in via principale, almeno nella forma dell’impugnativa statale delle leggi regionali, che trova conferma nella direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 25 ottobre 2023<sup>26</sup>. La direttiva punta alla razionalizzazione della fase pre-contenziosa, chiedendo la collaborazione degli Uffici dei vari dicasteri competenti per materia nel valutare non solo i profili di incostituzionalità delle leggi regionali ma anche i margini di possibile negoziazione in vista di auspicabili modifiche degli atti legislativi regionali (indicando, «in un paragrafo finale, il suggerimento alla regione o alla provincia autonoma, nello spirito della leale collaborazione, di una

---

<sup>24</sup> E. MALFATTI, *Le recenti istruttorie*, in D. DE PRETIS, C. PADULA (a cura di), *Questioni aperte*, cit., 317 ss., specie 338 s.

<sup>25</sup> D. DE PRETIS, C. PADULA, *Questioni vecchie e nuove nei rapporti tra Stato e Regioni*, in ID. (a cura di), *Questioni aperte*, cit., XV.

<sup>26</sup> Sulla quale v. F. POLITI, *La direttiva sulla “razionalizzazione” della procedura governativa di esame delle leggi regionali. Prime considerazioni*, nella Rubrica *Lettere AIC* (11/2023) della *Rivista AIC*.

o più modifiche legislative, idonee a far venire meno le censure di incostituzionalità»). Sarà poi il Dipartimento per gli affari regionali, alla luce dei pareri raccolti, non solo a eventualmente proporre di impugnare, ma anche, per evitarlo, ad avviare le necessarie interlocuzioni con la Regione interessata. E qui sta un elemento davvero importante: anche «l'impegno ad abrogare» assunto dal Presidente della Giunta potrà essere considerato elemento rilevante nella scelta politica di non impugnare. Un impegno la cui forma è difficile da cogliere, visto che nella direttiva si scrive che, «nelle more di un accordo» in sede di Conferenza per i rapporti Stato Regioni «relativo alle modalità per l'assunzione dell'impegno», «si continuano a prendere in considerazione, di norma, gli impegni sottoscritti per ciascun ente territoriale dal rispettivo Presidente della Giunta».

Alla luce di questa direttiva, nonché della prassi di non impugnare alla quale facevo prima riferimento, è facile prevedere un drastico calo del giudizio in via principale, per effetto di una negoziazione anticipata (e preclusiva) rispetto alla proposizione del ricorso.

Qui si pone il problema, la questione aperta. Il vizio di incompetenza finirà per emergere, sempre più, nella sede, che non è ideale, del giudizio in via incidentale, a fronte – e questo è un elemento di criticità – di atti legislativi regionali che hanno già prodotto significativi effetti, non tempestivamente rimossi come si potrebbe nel giudizio in via principale, che comunque si situa a ridosso dell'entrata in vigore dell'atto secondo le prescrizioni dell'art. 127 Cost.

La razionalizzazione del contenzioso, se spinta oltre ragionevoli confini, potrebbe dunque produrre effetti non positivi, caricando sempre più il giudizio in via incidentale anche del compito di sindacare il rispetto del riparto di competenze tra Stato e Regioni. E conseguenze potrebbero aversi anche nel conflitto tra enti, ad esempio con la rimozione dello “sbarramento” dato dalla inammissibilità di ricorsi che abbiano per oggetto atti meramente esecutivi (o confermativi, riproduttivi, esplicativi) della legge, proprio in quanto l'interessato avrebbe dovuto tempestivamente impugnare la legge nei modi e nei termini di cui all'art. 127 Cost. Se l'interessato non impugna quasi più, come potrà reggere questo pur ragionevole “paletto”?

Vi è poi anche la questione, non secondaria e sempre riguardante la possibile “alterazione” del giudizio incidentale, dell'ampliamento della legittimazione della Corte dei conti nella sollevazione di questioni di legit-

timità costituzionale in sede di giudizio di parificazione. Dalla originaria esclusione di un possibile sindacato di costituzionalità attivato dalla Corte dei conti sulle leggi di spesa e di bilancio<sup>27</sup> si è arrivati, progressivamente, per effetto della valorizzazione del giudizio innanzi ad essa svolto (in quanto non più solo raffronto tra scritture contabili<sup>28</sup>), ad affermare una legittimazione a sollevare questione di costituzionalità sui predetti oggetti e non soltanto per violazione dell'art. 81, ma anche con riguardo a parametri attinenti al riparto di competenze tra Stato e Regioni<sup>29</sup>. In questo modo – nonostante la nobile motivazione di evitare il crearsi di “zone franche” nel giudizio di costituzionalità<sup>30</sup> – si è inevitabilmente creato un nuovo canale di accesso, ancorché nel sistema fosse già presente lo strumento del ricorso in via principale che ben consente un tempestivo sindacato sulle scelte legislative regionali che interessano il bilancio. Si è introdotta, probabilmente, una vera e propria nuova forma di controllo di legittimità sulla legge regionale, che rischia di contribuire ad alterare le specificità del sindacato incidentale<sup>31</sup>, rendendolo sempre più giudizio

<sup>27</sup> Sent. n. 142 del 1968.

<sup>28</sup> In particolare dopo l'introduzione delle specifiche previsioni costituzionali sull'equilibrio di bilancio e sulla sostenibilità delle finanze pubbliche (legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1), il giudizio di parificazione si configurerebbe come più ampio procedimento di verifica delle informazioni contabili rispetto al complesso della legislazione finanziaria, secondo quanto puntualmente descritto, tra gli altri, da G. RIVOCCHI, *Il giudizio di parificazione dei rendiconti e l'accesso alla giustizia costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 27/2021, 143 ss., specie 160 ss.

<sup>29</sup> Si vedano sentt. n. 196 del 2018 e 138 del 2019; già aperture si erano avute con la sent. n. 181 del 2015, ma su parametri riguardanti l'equilibrio di bilancio e i limiti all'indebitamento degli enti sub-statali (artt. 97, primo comma, e 119 Cost.).

<sup>30</sup> L'esigenza di illuminare le «zone buie» del controllo di costituzionalità era già stata predicata nella sent. n. 226 del 1976, che riconosceva, appunto, la legittimazione della Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità a sollevare questioni di costituzionalità. Ma – come opportunamente rilevato da M. PIERONI, *Il giudizio di parificazione*, cit., 307, nota 67 – la più recente giurisprudenza che ammette il sindacato sul «vizio competenziale» promosso dalla Corte dei conti in sede di giudizio di parificazione supera la predetta condizione (legittimazione giustificata dalla «esigenza di ammettere al sindacato costituzionale leggi che [...] più difficilmente verrebbero per altra via ad essa sottoposte»), «stante la legittimazione del Governo a sollevare, in via principale, entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione, ricorso di legittimità costituzionale (art. 127, primo comma, Cost.)».

<sup>31</sup> Si veda anche, in tema, A. CARDONE, *Quando portare la luce nelle “zone d'ombra” della giustizia costituzionale comprime l'autonomia regionale e incrina la tenuta dei modelli di controllo (di*

sulla “competenza”. Senza dimenticare che, in caso di accoglimento delle questioni, si potrebbero determinare “tardivi” travolgimenti normativi che possono incidere anche sull’affidamento maturato dai cittadini a seguito delle determinazioni regionali.

Il tempo ci dirà se queste (e altre) “alterazioni” si verificheranno o consolideranno, se si delinearanno, quindi, ulteriori “questioni aperte” capaci di riflettersi sulle modalità stesse del controllo di costituzionalità, specie nella parte che interessa il giudizio sul riparto delle competenze tra Stato e Regioni.

### Abstract

L’articolo esamina alcune “questioni aperte” nei rapporti tra Stato e Regioni, a partire dallo studio di un recente volume curato da Daria de Pretis e Carlo Padula. L’Autore si concentra, in particolare, su alcune problematiche che interessano il giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi regionali.

#### Reflecting on the “open issues” between State and Regions

The article examines some “open issues” between State and Regions, starting from the study of a recent book edited by Daria de Pretis and Carlo Padula. The Author examines, in particular, some problems concerning the constitutional judgment on regional laws.

---

*costituzionalità delle leggi e di sana gestione finanziaria degli enti territoriali*), in *Le Regioni*, 2019, 20 ss.



# Il principio di auto-organizzazione amministrativa previsto dal nuovo codice dei contratti pubblici\*

di Fabrizio Figorilli\*\*

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Il principio di auto organizzazione nella prospettiva interna ed europea. – 3. Il provvedimento di affidamento diretto ridefinito dal codice, ruolo della motivazione e i parametri posti a base della scelta. – 4. In house e servizi pubblici locali di interesse economico generale nel d.lgs. 201/2022. – 5. Le possibili forme di cooperazione fra stazioni appaltanti.

## 1. *Premessa*

Tra le novità che caratterizzano la novella introdotta con il D.Lgs. n. 36/2023, un posto di sicuro rilievo merita la scelta precisa, da parte del legislatore, di inaugurare la nuova disciplina con la definizione dei principi che regolano l'intera materia. Al riguardo, non sfugge l'opzione esercitata in tale sede e consistente nel riservare uno spazio preciso al c.d. principio di auto-organizzazione, di fatto cogliendo l'opportunità per mettere un punto fermo in un settore che a lungo ha alimentato dibattiti e prese di posizione (tra loro non sempre univoche) in ordine alla possibilità delle amministrazioni appaltanti di affidare a società *in house* l'esecuzione di lavori, ovvero lo svolgimento di servizi e forniture.

In questa prospettiva, l'art. 7 del nuovo Codice dei contratti pubblici si fa carico di fornire delle indicazioni utili ad inquadrare le vicende connesse al fenomeno dell'autoproduzione alla luce delle regole dell'ordinamento europeo sulla scia dei ripetuti e ben noti interventi del giudice del Lussemburgo, nonché della disciplina interna, oggetto di frequenti interventi del legislatore a loro volta sottoposti all'attento vaglio del giudice amministrativo, nonché della Consulta.

Ne emerge un quadro, sufficientemente articolato, all'interno del quale l'interprete è costretto a muoversi – auspicabilmente con rinnovata

\* Il testo del presente contributo verrà inserito nel Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici curato da S.Cimini e A.Giordano di prossima pubblicazione.

\*\* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Perugia.

agilità e sicurezza – mettendo insieme tutte le tessere di un mosaico che solo qualche mese prima, in occasione della riforma in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale, ha introdotto una serie di prescrizioni solo apparentemente differenti ma che necessariamente devono essere lette e coordinate con quelle qui prese in considerazione.

Infine, una particolare attenzione deve essere dedicata alla possibilità, prevista nell'ultima parte della disposizione che affronta le problematiche oggetto del presente studio, di consentire forme di collaborazione tra amministrazioni appaltanti individuando con sufficiente esattezza le condizioni in grado di derogare alla disciplina ordinaria per l'affidamento dei contratti pubblici.

## 2. *Il principio di auto organizzazione nella prospettiva interna ed europea*

Come appena accennato in premessa, l'art. 7 detta in apertura le coordinate attraverso le quali il legislatore ha voluto orientare la lettura di un principio pacifico in materia di contratti pubblici, e cioè quello di auto-organizzazione. Ed in questo senso si è espressa un'attenta dottrina che ha definito quest'ultimo come “principio recinto”<sup>1</sup>, confermando così una regola che da sempre accompagna l'attività delle amministrazioni in tale specifico settore, sebbene, nel nostro caso venga collegata “al rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”. Sembra dunque questa la prospettiva da considerare, come tale idonea a delimitare il perimetro all'interno del quale valutare i diversi ambiti oggetto dell'intervento riformatore.

Partendo dal piano della disciplina interna, non va sottovalutata una specificazione importante, in grado di fornire ulteriori elementi di valutazione, posto che il rinvio testualmente contenuto nei termini appena riportati è in linea con quanto testualmente affermato al succes-

---

<sup>1</sup> L'originale definizione è stata coniata recentemente da M. RENNA, *I principi*, in S. FANTINI- H. SIMONETTI, (a cura di) *Il nuovo corso dei contratti pubblici, Principi e regole in cerca di ordine (d.leg. 31 marzo 2023, n. 36)*, Città di Castello, 2023, 20-21, dove l'A., dopo aver spiegato la finalità dei c.d. “principi recinto” consistente nel “segnare il perimetro entro il quale le norme del codice sono destinate a trovare applicazione”, attribuisce al legislatore l'intento di ribadire l'orientamento della Corte Costituzionale in ordine alla compatibilità degli affidamenti *in house* rispetto alla disciplina delle procedure disciplinate dal Codice dei contratti. Su questi aspetti v. comunque *infra*.

sivo art. 4, allorché il legislatore ha avvertito l'esigenza di puntualizzare come "Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3". Come meglio si avrà modo di dimostrare nel corso dell'indagine, è questo un dato di rilevante per verificare se, e fino anche punto, la riforma abbia ribaltato il criterio precedente che vedeva un netto *favor* per l'affidamento all'esterno di lavori, servizi e forniture, relegando (per l'effetto) a ipotesi di eccezione i casi di autoproduzione.

Indubbiamente viene riaffermata l'autonomia che caratterizza le scelte dell'amministrazione in tale settore, sebbene in passato l'applicazione di detto principio avesse rappresentato l'occasione per eludere, in buona sostanza, le regole di libera concorrenza, creando così una sorta di corto circuito con i criteri imposti dal rispetto dei parametri comunitari.

Ed è proprio con riferimento a quest'ultimo profilo che la novella sancisce una tendenziale equidistanza tra le varie forme di affidamento dei contratti pubblici, ivi compresa la collaborazione tra enti disciplinata espressamente nell'ultimo comma dell'art. 7 del D.lgs. n. 36/2023<sup>2</sup>. In altre parole, il co. 1 di detta disposizione sembra riproporre, ancorché in maniera molto sintetica, la chiara indicazione già presente nella Direttiva UE del 2014 proprio con riferimento al "principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche "in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione"<sup>3</sup>.

Sul punto preme altresì richiamare quanto ribadito a più riprese dal giudice del Lussemburgo<sup>4</sup>, recentemente sollecitato anche dal nostro Con-

---

<sup>2</sup> Cfr., sul punto, quanto verrà meglio rappresentato al successivo § n. 5.

<sup>3</sup> Cfr. art. 2, Direttiva 2014/23/14UE, secondo la quale "la presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un levato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici".

<sup>4</sup> Intendiamo fare riferimento alla ormai celebre ordinanza della Corte di Giustizia, sez. IX, 6 febbraio 2020 in C-89/19- 90/19, C- 91/19-Rieco Spa con cui è stata ripresa l'interpretazione dell'art. 12, § 3 della Direttiva n. 2014/24/UE già contenuta nella sentenza c.d. Irgita, nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche contratto *in house*, all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività derivanti dal ricorso

siglio di Stato<sup>5</sup> con una richiesta di rinvio pregiudiziale avente ad oggetto, non a caso, i margini di libertà di cui godono le stazioni appaltanti nell'individuare le forme ritenute più idonee per stipulare contratti pubblici. La Corte di Giustizia ha fornito al riguardo una lettura puntuale dell'art. 12 della Direttiva da ultimo ricordata, evidenziando come quest'ultima "... non ha privato gli stati membri della libertà di privilegiare una modalità di prestazione dei servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito delle altre. Una siffatta libertà, infatti, implica una scelta che si effettua in una fase precedente a quella dell'aggiudicazione di un appalto e che, pertanto, non ricade nella sfera di applicazione della direttiva 2014/14"<sup>6</sup>. Fermo restando che il principio di auto-organizzazione deve comunque osservare il limite rappresentato dal rischio di un sostanziale aggiramento delle regole che assicurano la concorrenza a danno dei soggetti privati<sup>7</sup>.

È dunque sulla scia di tali conclusioni che il giudice europeo non ha rilevato alcun contrasto con il Trattato delle precedenti regole contenute all'art. 34, co. 20, d.l. n. 179/2012, poi ripreso dall'art. 192, D.lgs. 56/2016 (oggi abrogato dal nuovo Codice), nonché dall'art. 5, T.U. società partecipate, laddove l'opzione per gli affidamenti *in house* veniva sottoposta ad un onere motivazionale c.d. rinforzato, allo scopo di illustrare le ragioni della impossibilità di ricorrere ad operatori esterni in quanto tale scelta si presenterebbe vantaggiosa per la comunità di riferimento.

Infine, nella stessa direzione si colloca il nostro Giudice delle leggi chiamato a pronunciarsi a margine di una vicenda che ha posto la questione della possibile illegittimità delle scelte del legislatore proprio

---

all'operazione interna; al riguardo v. anche le pronunce richiamate alla successiva nt. 6.

<sup>5</sup> V., in merito, Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2019, nn. 293 e 296 (orrd.).

<sup>6</sup> Così, testualmente, Corte di Giustizia, sez. V, 22 dicembre 2022, C383/21 e C384/21, § 45, contenti anche puntuali richiami alla "sentenza del 3 ottobre 2019, *Irgita*, C285/18, EU:C:2019:829, punto 44; ordinanze del 6 febbraio 2020, *Pia Opera Croce Verde Padova*, C11/19, EU:C:2020:88, punti 41 e 47, nonché del 6 febbraio 2020, *Rieco*, da C89/19 a C91/19, EU:C:2020:87, punti 33, 39 e 40".

<sup>7</sup> Condivide questa lettura B. MAMELI, *In house providing – Il principio di autorganizzazione tra eccezione residuale e opzione di base*, in *Giur.it.* 2020, 1731 ss., la quale opportunamente richiama il punto 37 della sentenza *Rieco*, cit., secondo cui "la libertà degli stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE".

con riferimento agli aspetti da ultimo richiamati<sup>8</sup>. Più precisamente, la Consulta ha ritenuto pienamente legittimo il contenuto dell'art. 192 del vecchio Codice dei contratti, sia con riferimento alla piena compatibilità di detta disposizione con il divieto di c.d. *gold plating* (a sua volta ricompreso tra i criteri direttivi del D.lgs. n. 50/2016), sia chiarendo che lo speciale onere motivazionale imposto alle stazioni appaltanti che volessero ricorrere al modello *in house* “risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della concorrenza”<sup>9</sup>.

In questo contesto, per forza di cose tratteggiato per sommi capi, vanno pertanto inserite le considerazioni che seguono con riferimento alle modalità procedurali che la nuova disciplina impone alle amministrazioni nell'ipotesi di affidamento al proprio interno di contratti pubblici.

### 3. *Il provvedimento di affidamento diretto ridefinito dal codice, ruolo della motivazione e i parametri posti a base della scelta*

Occorre adesso prendere in considerazione quanto disciplinato nel comma 2 dell'art. 7 che, ancora una volta, offre l'occasione al legislatore per ritornare sul tema dell'*in house providing*.

Le vicende che hanno accompagnato questa tematica sono troppo note per poter essere ricostruite anche in questa occasione<sup>10</sup>. E ciò, ancora una volta, sia con riferimento alla lettura dell'istituto che è stata fornita nel tempo dalla Corte di Giustizia che dal giudice amministrativo interno.

Ci soffermeremo, pertanto, solo su alcuni aspetti, tuttora oggetto di riflessioni ed approfondimenti tanto sul piano teorico che in sede applicativa.

Sicuramente la nuova disciplina va nella direzione di un (parziale)

---

<sup>8</sup> Intendiamo fare riferimento a Corte Cost., 27 maggio 2020, n. 100.

<sup>9</sup> Così, testualmente, Corte Cost. n. 100/2020, cit., secondo cui da detta affermazione consegue che la disposizione sospettata di incostituzionalità da parte del Tar Liguria (quale organo remittente) non è in contrasto con il criterio previsto dall'art. 1, co. 1, legge delega n. 11/2016, come tale ricompreso nei normali margini di discrezionalità di cui gode il legislatore delegato nell'attuazione dei criteri di delega sopra ricordati.

<sup>10</sup> La letteratura sul tema è sterminata, per cui le citazioni che seguiranno si limiteranno agli autori che hanno affrontato le tematiche strettamente connesse alla nuova disciplina codicistica.

alleggerimento degli elementi che devono essere analizzati e spiegati rispetto alle regole dettate in materia dal precedente codice.

Più in particolare, viene meno l'elenco istituito presso ANAC delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società<sup>11</sup>. Come espressamente indicato nel testo oggi abrogato dalla riforma, l'obiettivo era quello di fornire ulteriori strumenti in grado di assicurare un livello maggiore di pubblicità e trasparenza. Allo stesso tempo, come spesso accade, l'aumento delle garanzie si traduce un incremento degli oneri procedurali determinando altresì una maggiore complessità dell'azione amministrativa, per cui non è da escludere che la decisione di sopprimere tale passaggio sia da collegare agli intenti semplificatori e di velocizzazione sottesi al principio del risultato nei termini sopra accennati.

Tuttavia, ciò che rimane al centro delle novità che sembrerebbero caratterizzare il nuovo testo è il ruolo attribuito alla motivazione del provvedimento con cui l'amministrazione decide di affidare a proprie società l'esecuzione di lavori, ovvero lo svolgimento di servizi e forniture.

Sono altrettanto note le discussioni sorte a margine dell'obbligo di "motivazione rinforzata" già presente nel D.lgs n. 50/2016, consistente in un ulteriore requisito rispetto a quelli già previsti dall'ordinamento europeo per legittimare il ricorso al modello *in house providing*<sup>12</sup>. Di qui la necessità di raggiungere un punto di equilibrio in materia, nel tentativo di ricostruire le coordinate di una disciplina che, ancora oggi, continua ad essere regolata in almeno tre testi normativi, di fatto vanificando – sotto questo aspetto – quegli intenti di semplificazione da ultimo evocati.

Il risultato di tale operazione ha indotto il legislatore a richiedere una motivazione che, rispetto al passato, non comporti più la necessità di

---

<sup>11</sup> Questo, in estrema sintesi, l'obbligo introdotto ai sensi dell'art. 192, co. 1, D.lgs n. 50/2016.

<sup>12</sup> Per una sintesi efficace e per una ricostruzione in chiave critica di detta problematica si rinvia al bel lavoro di A. MALTONI, *Oneri motivazionali differenziati richiesti per l'affidamento a società in house di attività aventi rilevanza economica e affidamenti in house "convenzionali"*, in *Federalismi.it*, n. 29/2023, il quale, molto opportunamente, sottolinea come le disposizioni antecedenti l'entrata in vigore del D.Lgs n. 36/2023 lasciassero trasparire (giustificando tale giudizio sulla scorta di puntuali riscontri giurisprudenziali *cuis per praticità* si fa rinvio) una evidente predilezione per un'impostazione pro-concorrenziale ad opera del legislatore italiano.

dimostrare le ragioni che determinano il fallimento delle soluzioni esterne, consentendo così aperta l'opzione in favore del ricorso all'autoproduzione. Risulta espunto, infatti, il riferimento espresso al "ricorso al mercato", già presente nell'art. 192, D.lgs n. 50/2016, lasciando intendere che il nuovo parametro di riferimento utile a definire i "vantaggi per la collettività" è quello della "congruità economica della prestazione", da declinare in funzione del raggiungimento degli "obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione", in un quadro d'insieme capace di assicurare "celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche"<sup>13</sup>.

Tuttavia, sulla base di un'analisi sinottica, non c'è molta differenza tra i due testi in quanto, ad eccezione del riferimento – giovi ribadirlo – alle "ragioni del mancato ricorso al mercato", la riforma ripropone con le stesse parole gli elementi che l'amministrazione appaltante deve necessariamente valutare<sup>14</sup>.

Peraltro, tale linea di tendenza era già presente all'interno della disciplina varata in occasione del PNRR il quale ha previsto forme di motivazione più alleggerite (rispetto a quella codificata dall'art. 192, cit.), proprio nella prospettiva di scegliere le soluzioni più idonee ad assicurare tempi rapidi e risparmi economici da comparare rispetto a *standard* nazionali o regionali<sup>15</sup>. L'aver riprodotto questa impostazione nel D.lgs. n. 36/2023 rappresenta un salto di qualità, consistente nell'estensione di una regola dettata per soddisfare esigenze specifiche causate dalla grave emergenza

---

<sup>13</sup> Queste, testualmente, le precisazioni contenute nel testo del co. 2, art. 7 del nuovo Codice dei contratti.

<sup>14</sup> La seconda parte del co. 2, art. 192, cit. così si esprimeva: "... le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche".

<sup>15</sup> Cfr. art. 10, co. 3, dl 31 maggio 2021, n. 77, secondo cui "Ai fini dell'articolo 192, co. 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la valutazione della congruità economica dell'offerta ha riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, di Consip SpA e delle centrali di committenza regionali".

sanitaria degli anni scorsi<sup>16</sup> ad una disciplina di carattere più ampio, nell'intento di superare alcuni impedimenti che da tempo caratterizzano l'azione amministrativa in materia di contratti (primo fra tutti imprimere una forte accelerazione nella realizzazione degli investimenti pubblici).

Pertanto, non del tutto condivisibili risultano quelle prese di posizione<sup>17</sup> che hanno intravisto, con eccessivo favore, il ritorno ad un'autonomia piena dell'impiego delle strutture *in house*, quasi si trattasse di un ritorno al passato. Al contrario, il nuovo Codice propone una rivisitazione della materia, mondata da riferimenti troppo espliciti all'obbligo di esplorare tutte le possibilità per affidare all'esterno la realizzazione di opere o la prestazione di servizi e forniture, imponendo comunque di valutare attentamente ed illustrare puntualmente le ragioni che hanno portato alla scelta dell'affidamento diretto, sulla base dei parametri sopra richiamati. Il che, in buona sostanza, non potrà esimere l'autorità dallo spiegare, alla luce di dati tecnici ed economici esaurienti, il motivo che ha comportato l'esclusione della soluzione esterna.

Sicuramente meno impegnativo l'onere motivazionale nell'ipotesi di "prestazioni strumentali", posto che la scelta maturata in tale direzione potrà anche essere effettuata mediante il ricorso ad una semplice comparazione con dati e *standard* forniti da Consip S.p.A, ovvero dalle altre centrali di committenza<sup>18</sup>. Più precisamente, la stazione appaltante potrà giovare di indicatori direttamente calcolati da soggetti esterni (ed in assenza dei dati ufficiali fare riferimento agli "standard di mercato"), con ciò rendendo nettamente più agevole la redazione della motivazione che vede nel vantaggio economico l'elemento centrale da considerare, unitamente

---

<sup>16</sup> Come tale applicabile alle sole opere, forniture e servizi realizzabili attraverso l'impiego delle risorse collegate al Piano medesimo.

<sup>17</sup> Con riferimento alle più recenti innovazioni previste dalle misure di rilancio economico dell'economia del Paese dell'ultimo periodo in chiave di semplificazione e di raggiungimento degli obiettivi individuati dai pubblici poteri alla luce delle nuove disposizioni previste dal D.lgs. 36/2023, v. la lettura fornita da I. CAVALLINI, E. RIVOLA, M. ORSETTI, *La nuova stagione delle società in house dopo il PNRR, la riforma del codice appalti e la legge concorrenza 2022*, in *Azienditalia*, 2022.

<sup>18</sup> Si sofferma sull'importanza e sulla volontà del legislatore di rendere più agevole il compito delle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dell'affidamento delle prestazioni strumentali, anche nella prospettiva di contenere il contenzioso, A. MALTONI *Oneri motivazionali ...*, cit., 43.

alle ricadute in termini di “economicità, celerità o di perseguimento degli interessi strategici”.

Provando a ricomporre le tessere di un mosaico sufficientemente articolato, emerge con chiarezza che nel nuovo *corpus* normativo il ruolo della motivazione negli affidamenti diretti assume (apparentemente) una diversa consistenza a seconda che l'affidamento diretto avvenga in via ordinaria, riguardi i servizi di natura strumentale, ovvero abbia ad oggetto un servizio pubblico locale di interesse economico per il quale il legislatore ha recentemente riservato una disciplina speciale oggetto del rinvio espresso contenuto al comma 3 dello stesso art. 7.

Sebbene tutto questo non vada nella direzione di una reale semplificazione – considerata la circostanza che tale materia è disciplinata all'interno di tre distinte fonti normative (peraltro tutte di carattere generale) – sembra potersi scorgere l'intento del legislatore di differenziare gli oneri motivazionali<sup>19</sup> sulla base delle diverse situazioni in cui l'opzione tra auto-produzione ed esternalizzazione viene ad essere esercitata<sup>20</sup>.

#### 4. *In house e servizi pubblici locali di interesse economico generale nel d.lgs. 201/2022*

Occorre adesso prendere in considerazione il rinvio alla disciplina speciale in materia di servizi pubblici locali di interesse generale, introdotta dal legislatore solo qualche mese prima con il D.Lgs n. 201/2022 ed espressamente richiamata nel testo della disposizione dedicata al principio di auto-organizzazione nel settore più generale dei contratti pubblici.

---

<sup>19</sup> Giustamente preoccupato il giudizio espresso da A. MALTONI, *op.loc.cit.*, il quale descrive l'attuale *puzzle* normativo in materia di *in house* come un “quadro piuttosto frastagliato ed anche disarmonico, essendo previsti ben tre diversi oneri motivazionali delineati in base ad un criterio di tipo ‘orizzontale’, ossia che fa riferimento al diverso ambito prestazionale oggetto di affidamento (i-e.: distinguendo tra SIEG che non costituiscono oggetto di affidamento da parte di enti locali e servizi strumentali), e di criterio di tipo ‘verticale’, basato sul valore economico del contratto, riguardante i SIEG affidati agli enti locali e dagli enti di ambito sovraumunale”.

<sup>20</sup> Efficace la rappresentazione che ne fa B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.* 2023, 1283 ss., allorché l'A. ripercorre in maniera innovativa l'evoluzione dell'istituto, soffermandosi sulle diverse prospettive discendenti dai diversi testi normativi in cui tutt'ora oggi è distribuita la disciplina su cui si basa la scelta tra “*make e buy*”.

Sotto questo profilo, di sicuro interesse si presentano quelle disposizioni della riforma che indicano, con inequivocabile chiarezza, l'*iter* logico giuridico che l'ente locale è tenuto ad osservare sia con riferimento alla decisione volta ad attivare un pubblico servizio di natura non obbligatoria, sia in ordine alla scelta delle relative modalità di gestione.

Quanto al primo aspetto, la nuova disciplina contiene una direttiva estremamente chiara, in grado di circoscrivere sensibilmente lo spazio valutativo riconosciuto in passato all'autorità procedente, fonte di quelle distorsioni in precedenza criticate. In questo senso va letta la possibilità di istituire "servizi di interesse economico generale diversi da quelli già previsti dalla legge in esito ad apposita istruttoria, avviata anche su istanza di cittadini e imprese, da cui risulti, sulla base di un effettivo confronto tra le diverse soluzioni possibili"<sup>21</sup>, lasciando intendere come la via che si intende perseguire sia quella di un robusto ridimensionamento dei margini discrezionali a disposizione dell'amministrazione procedente.

Trattasi, in altre parole, di un ulteriore passo in avanti in quanto le verifiche e gli accertamenti che l'ente locale è tenuto ad effettuare, prima di emanare le proprie determinazioni, assumono un ruolo centrale<sup>22</sup>. Pertanto, la previsione di un momento così articolato e complesso, all'interno del quale deve confluire una consistente mole di dati conoscitivi, si rivela imprescindibile per una corretta valutazione del pubblico interesse della collettività di riferimento, contribuendo ad una definitiva procedimentalizzazione dell'intera vicenda.

La fondatezza di tale affermazione trova indiretta conferma nel fatto che la determinazione finalizzata all'istituzione di un nuovo servizio pubblico si configura sempre più come la logica conseguenza di una reale ponderazione comparativa tra le differenti opzioni astrattamente esercitabili, costringendo l'ente locale a decidere sulla scorta di tutti gli elementi

---

<sup>21</sup> Sono questi, in estrema sintesi, i passaggi più significativi contenuti nell'art 10, co. 3 e 4, D.Lgs 22 dicembre 2022, n. 201.

<sup>22</sup> Tutto ciò nonostante la versione approvata dal Consiglio dei Ministri non abbia integralmente riprodotto la formulazione contenuta nella bozza redatta dalla Commissione incaricata di predisporre il testo poi approvato dal Governo (coordinata dal Prof. G. CAIA), nel quale veniva specificato che: "La verifica preliminare sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica costituisce atto presupposto di tutte le deliberazioni dell'ente locale per l'organizzazione o la promozione dei servizi pubblici" (cfr. art. 18, co. 4).

emersi nel corso delle verifiche preliminari<sup>23</sup>, dandone poi conto nella motivazione analitica che dovrà accompagnare la decisione finale<sup>24</sup>.

In definitiva, il percorso ridisegnato dal legislatore può, a pieno titolo, essere ricondotto entro i classici binari delle potestà discrezionali attribuite dall'ordinamento ai pubblici poteri laddove questi ultimi siano chiamati ad emanare provvedimenti diretti a conformare le situazioni soggettive dei singoli destinatari.

Di conseguenza, alla luce di tale ultima considerazione, possiamo infine ipotizzare come l'attrazione nell'orbita dello statuto del procedimento amministrativo delle deliberazioni in materia di istituzione dei servizi pubblici locali debba necessariamente comportare l'osservanza di alcuni principi che da oltre trent'anni presidiano le modalità di esercizio dell'attività amministrativa. Di qui la necessità, rinvenibile in più disposizioni della recente disciplina, di imporre un obbligo di motivazione sempre più stringente, non solo per soddisfare le evidenti esigenze di pubblicità e trasparenza in un settore così importante e delicato per la vita dei cittadini, ma anche predisporre uno schema decisionale frutto di un percorso assai diverso rispetto al passato.

Per altro verso, il D.lgs n. 201/2022 contiene spunti meritevoli di attenzione anche per quanto attiene l'importante tematica delle modalità di gestione dei servizi pubblici, individuando dei criteri che gli enti locali devono considerare allorché sono chiamati a pronunciarsi su tale delicata questione.

Va subito detto che trattasi di un logico corollario di quanto appena

---

<sup>23</sup> Merita sottolineare come, non a caso, nella bozza di lavoro richiamata alla nt. precedente, l'art. 18 fosse stato intitolato "Verifiche preliminari per l'organizzazione e per la promozione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica", e ciò in quanto, all'interno di detta disposizione, venivano indicati con precisione tutti gli elementi che si sarebbero dovuti considerare nell'ambito di una "ricognizione gestionale quantitativa dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nei rispettivi territori e l'estensione quantitativa dell'impiego del modello dell'autoproduzione nonché gli oneri e l'impatto economico-finanziario conseguentemente gravanti sull'ente locale" (cfr., testualmente, art. 18, co. 1, bozza cit.).

<sup>24</sup> Sottolinea bene l'importanza che deve essere attribuita all'art. 17, co. 2 e 5, D.lgs 201/2022 A. MALTONI, *op.cit.* 44-45, il quale evidenzia la sostanziale continuità tra detta disposizione e l'art. 192, co. 2, D.lgs 50/2016 e, sottolineando la vera novità della riforma consistente nella valutazione di "... elementi di carattere economico ed elementi qualitativi inestricabilmente connessi gli uni agli altri", al punto da "comporre un quadro unitario, che deve sostanziare la decisione dell'amministrazione pubblica di autoprodurre".

accennato in ordine alla fase che precede l'istituzione del servizio pubblico nei termini sopra ripercorsi.

Più precisamente, tra gli aspetti da considerare, l'indicazione puntuale degli elementi che necessariamente devono essere valutati dall'ente locale per deliberare la modalità di gestione ritenuta più idonea, e con essa la "definizione del rapporto contrattuale"<sup>25</sup>. Trattasi, in buona sostanza, di una serie di parametri estremamente precisi ed esaustivi, in grado di tracciare il percorso che l'autorità locale è tenuta ad osservare per individuare il tipo di gestione ritenuto più idoneo allo svolgimento di un determinato servizio.

Tutto ciò si traduce in una valutazione preliminare (all'avvio della procedura di affidamento) che gli enti locali sono chiamati ad effettuare espressamente, alla luce dei "... risultati della eventuale gestione precedente e del medesimo servizio sotto il profilo della finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati"<sup>26</sup>, fornendone adeguato riscontro in sede di motivazione<sup>27</sup>.

Ed è proprio su questo decisivo momento che il legislatore ha ritenuto di dover ancora una volta insistere richiedendo, con riferimento alla disciplina degli affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea, "una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli artt. 7, 8 e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché

---

<sup>25</sup> È questa la precisazione contenuta all'art. 14, co. 2, D.lgs. 201/2022, cit., dove testualmente si afferma che "... l'ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili ...".

<sup>26</sup> Cfr., ancora, l'ultima parte dell'art. 14, co. 2, cit.

<sup>27</sup> "Degli esiti della valutazione di cui al co. 2, si dà conto, prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio, in un'apposita relazione contenente le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di affidamento prescelta, insieme all'illustrazione degli obblighi di servizio pubblico e le eventuali compensazioni economiche, inclusi i relativi criteri di calcolo, anche al fine di evitare sovracompensazioni"; così, testualmente l'art. 14, co 3, D.lgs n. 201/2022, cit.

agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi , anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house* ...”<sup>28</sup>.

Dalla semplice lettura di tali passaggi emerge con chiarezza la scelta di campo tesa a realizzare una netta riduzione dei margini discrezionali a disposizione dell'amministrazione locale, quale diretta conseguenza della puntuale indicazione degli elementi che devono concorrere alla scelta dell'ente in ordine al tipo di gestione prescelta, confermando lo strumento dell'obbligo di motivazione rafforzata che tante discussioni ha suscitato nel corso degli anni in seno alla giurisprudenza interna ed europea.

In questa prospettiva, la nuova disciplina introdotta nel 2022 dovrebbe condurre al superamento di gran parte delle incertezze che hanno accompagnato le soluzioni adottate per definire molte controversie aventi ad oggetto il ricorso all'autoproduzione per l'espletamento di servizi pubblici locali, in luogo del ricorso al mercato<sup>29</sup>.

Senza con ciò ripercorrere le linee evolutive (peraltro non sempre orientate nella stessa direzione) che hanno fin qui connotato il modello degli affidamenti diretti, è possibile rinvenire negli interventi legislativi

---

<sup>28</sup> Cfr., testualmente, l'art. 17, co. 2, D.lgs n. 201/2022, cit.

<sup>29</sup> Descrivono bene le opposte tendenze che negli ultimi decenni hanno condotto ai ripetuti e spesso contraddittori interventi legislativi M. RENNA, S. VACCARI *I servizi pubblici locali di interesse di interesse economico generale. Brevi riflessioni in tema di nozione, assunzione e forme di gestione a margine di un recente schema di testo unico*, in G. SCIULLO, G. SALA (a cura di) *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Napoli 2017, 178-179; per una ricostruzione molto dettagliata (ancorché basata sulle tendenze già in atto oltre un decennio addietro) del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui limiti derivanti al potere discrezionale delle amministrazioni locali in merito alla scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione, si rinvia a C. IAIONE, *Le società in house – Contributo a uno studio dei principi di autorganizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli 2012, 131 ss.

dell'ultimo periodo<sup>30</sup> una sorta di equilibrio precario<sup>31</sup> tra l'esigenza di individuare, per un verso, dei criteri in grado di vincolare la scelta delle amministrazioni a valutazioni concrete (quali la compatibilità economica del servizio, unitamente alla sua efficienza e convenienza anche in termini di qualità<sup>32</sup> e utilità sociale); per altro verso, facendo leva sul principio di autonomia delle autorità territoriali, lasciare a queste ultime ampi margini di scelta<sup>33</sup>, con tutto ciò che ne deriva sulle decisioni ispirate prevalentemente da obiettivi di natura prettamente politica.

In questo senso la diversità di orientamenti formatisi proprio con riferimento alla questione della motivazione della determinazione che approva l'impiego del modello *in house* è la dimostrazione più evidente

---

<sup>30</sup> Fermo restando il preciso intento del legislatore di ancorare la scelta di istituire un servizio pubblico locale a valutazioni economico-finanziarie nei termini già ricordati alla nt. 19, è sufficiente in questa sede richiamare i provvedimenti normativi degli ultimi anni, a partire dal D.Lgs 175/206 (T.U.S.P) e al coevo D.Lgs n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), per poi arrivare alla serie di interventi (con cadenza annuale) dettati dalla grave crisi pandemica che hanno condotto al D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici); al D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale); al D.L. 312 maggio 2021, n. 77 (*Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure); alla legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per la concorrenza e il mercato).

<sup>31</sup> Nonostante i ripetuti tentativi compiuti dal legislatore negli ultimi anni di pervenire ad un superamento della cronica instabilità, riprendendo una felice e celebre definizione coniata da F. MERUSI (*Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990) c'è da augurarsi che l'approvazione della riforma contenuta dello schema di D.lgs del Governo possa andare in porto e non subire le battute di arresto riservate nel 2016 ad analoga iniziativa intrapresa in attuazione della delega già prevista ex art. 19, L. n. 124/2015.

<sup>32</sup> Sulla qualità delle prestazioni come vero e proprio "principio di organizzatore dei servizi pubblici", particolarmente significative, tenuto conto del periodo in cui sono state formulate, si presentano le considerazioni di G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici* in L. MAZZAROLLI, A. ROMANO, G. PERICU, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, 2001, 962; sul rilievo di detto principio anche sul piano costituzionale cfr. G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici* cit., 203.

<sup>33</sup> Propendono per tale interpretazione. CAVALLINI, E. RIVOLA, M. ORSETTI, *La nuova stagione delle società in house dopo il PNRR... cit.*; M. PANI, C. SANNA, *Le società in house nel nuovo codice dei contratti*, in *Lexitalia*, 2023.

delle difficoltà, da parte degli interpreti, di muoversi all'interno di un reticolo di disposizioni tra loro spesso mal collegate<sup>34</sup>.

Si pensi all'applicazione che negli anni è stata fatta dell'obbligo di giustificare e rendere conoscibile la scelta della modalità di gestione da parte dell'ente affidante e della conseguente individuazione del soggetto gestore. Da un lato, abbiamo assistito ad un totale disconoscimento di detto obbligo, muovendo dall'assunto che la stessa Corte di Giustizia non richiederebbe una forma particolare di motivazione, trattandosi di una forma ordinaria di provvedimento con cui affidare concretamente il servizio, separandola – peraltro in via del tutto artificiosa e non condivisibile – da quella inerente la modalità di gestione medesima<sup>35</sup>. Allo stesso tempo, nonostante in passato lo stesso Consiglio di Stato si fosse dimostrato di diverso avviso<sup>36</sup>, tale indirizzo si è venuto consolidando.

È forse per tali ragioni che con due disposizioni specifiche<sup>37</sup> si è voluta puntualizzare la necessità di riproporre una motivazione rafforzata nell'ipotesi di affidamento *in house*. Tuttavia, non sono mancate – anche di recente – prese di posizione nelle quali, pur riaffermando la necessità di spiegare le ragioni della scelta effettuata, a tale adempimento è stato attribuito un valore meramente formale e non sostanziale<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Emblematico è il caso del differente approccio riservato dal legislatore in occasione dell'entrata in vigore delle modifiche apportate alla materia dell'*in house* da oltre un decennio, all'interno delle quali sembra potersi scorgere una sorta di predilezione, da parte delle amministrazioni locali, per i procedimenti di gara volti all'individuazione dell'aggiudicazione del servizio; ciò non di meno, se si legge con attenzione quanto sancito ex art. 4, co. 4, D.Lgs 19 agosto 2016, n. 175 (T.U.S.P.), l'impressione che se ne ricava è quella diametralmente opposta di un totale sostegno a favore degli affidamenti diretti a società in house; in questo senso v., da ultimo, A. GIUSTI *Commento all'art. 192, D.Lgs. n. 50/2016*, in G. FERRARI (a cura di) *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2022, 3307.

<sup>35</sup> Affermazione contenuta all'interno di un'articolata pronuncia del TAR Lombardia, sez. III, 12 gennaio 2015, n. 98, nonostante fosse già in vigore l'art. 1, co. 609, L. 23 dicembre 2014, n. 190 che indica con precisione gli elementi che l'ente locale è tenuto a considerare, predisponendo una dettagliata relazione che “deve comprendere un piano economico-finanziario ...” Su questi aspetti si rinvia alle perplessità già manifestate da F. BACOCOLINI *La gestione del servizio idrico integrato dopo le misure urgenti in materia ambientale*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2015

<sup>36</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374; Id., sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854.

<sup>37</sup> Intendiamo fare riferimento all'art. 34, co. 20, Dl. 18 ottobre 2012, n. 221, e all'art. 192, co. 2, D.Lgs n. 50/2016.

<sup>38</sup> In questo senso vedasi TAR Abruzzo-Pescara, 27 marzo 2018, n., 124 (poi rife-

Allo stesso tempo, non vanno ignorati quegli orientamenti che, viceversa, hanno sottolineato la centralità e l'importanza dell'elemento motivazionale nelle fattispecie che qui interessano, stigmatizzando il comportamento degli enti che si sono limitati a prendere in considerazione solo parametri astratti, nell'intento di giustificare la scelta finale sulla base di dati inidonei, in assenza delle valutazioni richieste dalla normativa vigente. Tutto questo in un contesto più generale, all'interno del quale l'individuazione della modalità di gestione di un servizio pubblico locale viene pacificamente ricondotta all'esercizio di una potestà discrezionale, come tale finalizzata "... alla tutela di un interesse generale e al perseguimento degli obiettivi di universalità, e socialità, di efficacia ed economicità del servizio"<sup>39</sup>.

Qualche dubbio, infine, sembra potersi ricavare da un raffronto tra il testo predisposto dalla Commissione Caia e quello poi sottoposto all'esame ed approvato dal Consiglio dei ministri. Ed invero, come già rilevato in precedenza, in giurisprudenza è stata avanzata l'ipotesi di mantenere distinto il momento in cui l'ente sceglie la forma di gestione da quello in cui viene realmente affidato il servizio.

Proprio nell'intento di evitare tale pericolosa separazione, la bozza della medesima Commissione aveva stabilito espressamente che "la delibera relativa di istituzione del servizio pubblico con organizzazione dell'ente locale medesimo viene adottata contestualmente alla delibera di affidamento per garantire la ponderazione approfondita della scelta"<sup>40</sup>. Purtroppo, tale precisazione è stata eliminata nella versione finale licenziata dal Governo, sebbene i puntuali richiami alla necessità di formulare una "motivazione qualificata" con i contenuti sopra descritti, dovrebbero comunque evitare il rischio di una valutazione "meramente enunciativa",

mato da Cons. Stato, sez. VI, 14 maggio 2019, n. 2275) che merita di essere segnalata per completezza ed esaustività degli argomenti trattati, soprattutto dove viene evidenziato che "l'obbligo di redigere la relazione discende da disposizioni particolarmente stringenti, già presenti nell'ordinamento, e ribadite ex art. 192, co. 2, C. Contratti". In questo senso, pertanto, i richiami del legislatore agli enti locali in ordine all'obbligo di fornire una motivazione puntuale in sede di adozione delle determinazioni attinenti l'istituzione e la gestione dei servizi pubblici di rispettiva competenza, ben può essere interpretato come una concreta inversione di tendenza rispetto ai timori paventati nella lucida, e come sempre acuta, analisi di M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir.proc. amm.*, 2017, 894, ss.

<sup>39</sup> Così, testualmente, Cons. Stato, sez. VI, n. 2275/2019, cit.

<sup>40</sup> Cfr. al riguardo, l'art. 19, co.2, Bozza di lavoro cit.

impedendo così un non auspicabile depotenziamento delle linee di fondo della riforma in questa sede illustrate.

Anche sotto questo profilo, pertanto, sembra potersi definitivamente archiviare la stagione che in passato aveva consentito ampi spazi di manovra agli enti locali in nome di una esasperata estensione del principio autonomistico riconosciuto agli enti locali e territoriali da parte della Carta fondamentale. L'analisi delle disposizioni in questa sede effettuata dovrebbe indurre ad un cauto ottimismo, favorendo la ricollocazione delle determinazioni in materia di attivazione, gestione e affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica in una dimensione più vicina all'attività tecnico discrezionale, tenuto conto delle valutazioni complesse ed articolate che i pubblici poteri sono obbligati ad effettuare in un settore così decisivo per tutti noi.

##### 5. *Le possibili forme di cooperazione fra stazioni appaltanti*

Per quanto concerne il tema delle forme attraverso le quali le amministrazioni pubbliche possono procedere agli affidamenti diretti nell'ipotesi di collaborazione fra più amministrazioni, la recente novella ha cercato di fare chiarezza, elencando specificamente le condizioni che devono sussistere per rendere ammissibile la deroga in punto di applicazione delle regole introdotte dal D.lgs n. 36/2023.

Più in particolare, il co. 4 della disposizione in commento sembra contenere tutti gli elementi frutto di una cospicua elaborazione giurisprudenziale che da diversi anni si è venuta consolidando in sede eurounitaria, avanti al giudice amministrativo italiano e, infine, ad opera dei pareri emanati da ANAC.

A tale proposito, è sufficiente richiamare le più recenti pronunce del giudice del Lussemburgo per comprendere come il legislatore si sia ispirato ad esse nel formulare la disciplina che qui interessa.

Come noto, il tema è stato affrontato a più riprese dalla Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto europeo degli appalti pubblici di svariate fattispecie nazionali – e segnatamente sul rispetto dei principi e delle regole concorrenziali – incentrate su rapporti contrattuali “diretti” tra persone giuridiche ascrivibili alla categoria delle amministrazioni aggiudicatrici aventi ad oggetto, principalmente, la pre-

stazione di servizi tecnici (o attività agli stessi assimilabili) o, in via residuale, forme di collaborazione nella gestione di servizi pubblici. Di qui, anche alla luce del previgente Codice dei contratti pubblici, la piena legittimità e conformità al diritto europeo di quegli accordi/convenzioni (in generale ex artt. 15 e 11 della legge 241/1990) riconducibili al modello legale degli accordi di cooperazione, tipizzato dalle direttive del 2014 (ma per vero già implicitamente ammesso dalle direttive del 2004).

Tra i più importanti precedenti da considerare con attenzione, una pronuncia della Corte di Giustizia con cui è stato ritenuto conforme al diritto europeo un contratto di collaborazione per la realizzazione di un termovalorizzatore tra quattro circoscrizioni amministrative in Germania senza seguire la procedura di gara di appalto allora prevista dalla direttiva 92/50<sup>41</sup>.

Anche successivamente, il giudice eurounitario ha ritenuto necessario tracciare la linea di demarcazione tra appalti pubblici e accordi istituzionali; ciò in quanto le amministrazioni hanno frequentemente rappresentato in termini di collaborazioni istituzionali rapporti contrattuali contenenti i caratteri degli appalti pubblici anche, e soprattutto, in ragione dell'attinenza a settori di mercato pienamente contendibili.

Emblematica, in tal senso, una pronuncia del 2012<sup>42</sup> che si sofferma diffusamente proprio sul discrimine tra “appalto pubblico” e “tipologie contrattuali” non ricadenti nella disciplina dettata dalle Direttive allora

---

<sup>41</sup> S tratta di Corte di Giustizia 9 giugno 2009, in causa C- 480/06 la quale ha messo in evidenza la necessità che anche le forme di collaborazione istituzionale non creino situazioni di discriminazioni tra operatori di un determinato settore di mercato, precisando come l'ordinamento europeo “*non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico*” fermo restando che dette forme di cooperazione devono rispettare “*l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, poiché l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati, cosicché nessun impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti*”.

<sup>42</sup> Cfr. Corte di Giustizia UE, Grande Sezione 19 dicembre 2012, in causa C-159/11 avente ad oggetto una pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione degli articoli 1, paragrafo 2, lettere a) e d), 2 e 28, nonché dell'allegato II A, categorie 8 e 12, della direttiva 2004/18/CE in relazione ad una controversia riguardante un contratto di consulenza tra l'Azienda Sanitaria Locale di Lecce e l'Università del Salento avente ad oggetto lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ed edifici ospedalieri.

vigenti. E ciò in quanto nei “contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l’adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi” le norme del diritto UE non sono applicabili sempre che ricorrano, cumulativamente, le seguenti condizioni: a) tali contratti siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata; b) nessun prestatore privato può beneficiare di in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti; c) la cooperazione da essi istituita è il frutto di considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d’interesse pubblico.

Sono questi, pertanto, gli aspetti fondamentali che devono essere esaminati per verificare la sussistenza e la conformità al diritto europeo delle forme di cooperazione orizzontale tra amministrazioni.

Lungo tali direttrici si è collocata anche la posizione dei giudici amministrativi nazionali, indubbiamente orientata ai dettami del diritto comunitario in materia di appalti pubblici. Infatti, tranne sporadiche eccezioni (che andrebbero comunque vagliate con estrema attenzione con riscontri documentali analitici), la delimitazione delle forme di collaborazione tra amministrazioni sottratte alla disciplina di derivazione europea è risultata alquanto netta.

Va tuttavia sottolineato il tentativo del legislatore di offrire un inquadramento di sistema alle fattispecie derogatorie. Di qui la loro riconduzione funzionale al principio generale di libertà dell’amministrazione nella gestione dei servizi di interesse pubblico (tra soluzioni interne di autoproduzione ed esternalizzazioni), con conseguente connotazione dei medesimi in termini di massima discrezionalità organizzativa, anche per questo ontologicamente distinti dagli appalti pubblici in senso proprio.

Di fatto, l’intervento del giudice amministrativo interno è stato invocato, soprattutto per contenere la propensione delle amministrazioni (recessiva negli ultimi anni) a rappresentare l’affidamento di servizi tecnici contendibili ritenendole prestazioni infungibili, come nelle vicende in cui oggetto dell’accordo era la componente della ricerca scientifica svolta dalle università<sup>43</sup>. A differenza delle pronunce della Corte di Giustizia,

---

<sup>43</sup> A puro titolo esemplificativo, si segnala la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 4 ottobre 2017, n. 4631, di remissione alla Corte di Giustizia della questione pregiudiziale oggetto della pronuncia, Corte di Giustizia, Ottava Sezione, 18 ottobre 2018, in causa C-606/2017, riguardante l’affidamento diretto, da parte dell’Unità sanitaria locale n. 3 e dell’Ospedale dell’Angelo di Mestre, all’Istituto Sacro Cuore – Don Calabria di Negrar della fornitura triennale del radiofarmaco a base di 18 F fluoro-desossi glucosio, denominato «fluorodesossiglucosio (18F) IBA).

per le quali l'illustrazione "caso per caso" è stata dettata dalla necessità di cogliere il consolidamento della posizione eurounitaria, la giurisprudenza interna sembra più attenta nel mettere in luce le peculiarità del caso concreto evidenziando, ove necessario, eventuali differenziazioni discendenti da singole fattispecie<sup>44</sup>.

Indicativo dell'orientamento assunto in questi anni da Palazzo Spada, il *leading case* del 2014 contenente, a sua volta, un'analisi dettagliata dei presupposti che permettono di derogare al diritto UE in materia di contratti di appalto pubblici<sup>45</sup>. In particolare, il passaggio sulla riconducibilità del rapporto fra gli enti che intendono collaborare alla fattispecie disciplinata ex art. 15, L. n. 241/1990, puntualizzando come gli accordi in parola dovrebbero risultare sempre e comunque finalizzati a "disciplinare attività non deducibili in contratti di diritto privato"<sup>46</sup>, nonché perseguire un interesse comune a più enti e per questo pienamente legittimati nell'impianto normativo europeo in applicazione del principio di libera amministrazione<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> La progressiva fissazione degli elementi indefettibili degli "accordi di cooperazione" ha trovato conferma – sia pure in via incidentale – in Consiglio di Stato, Sez. I, 26 giugno 2018, n. 1645, *Parere sull'affidamento diretto pubblico-pubblico delle concessioni autostradali*, ove infatti nell'esaminare le variegate forme di rapporti in house (in house a cascata, in house pluripartecipato, in house verticale, invertito o capovolto, ed in house orizzontale) escluse dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici (e delle direttive), si è soffermato sulla distinzione – nell'ambito dei rapporti orizzontali tra amministrazioni pubbliche – con gli accordi conclusi esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici (ex art. 5, comma 6, del Codice ora abrogato) annotando che "Tale cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici, con accordi di collaborazione, rimane al di fuori dell'istituto dell'in house, poiché non comporta la costituzione di organismi distinti rispetto alle amministrazioni interessate all'appalto o alla concessione, ma costituisce un modulo cooperativo, non istituzionalizzato in alcuna forma organizzativa" (corsivo ns.).

<sup>45</sup> Vedasi, al riguardo, Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2014, n. 3130, le cui argomentazioni sugli aspetti che qui interessano sono quasi sempre riportate per esteso nelle pronunce successive, di primo e di secondo grado.

<sup>46</sup> È qui evidente il riemergere della non sempre agevole distinzione tra l'attività contrattuale della amministrazione e l'attività amministrativa per accordi il cui riconoscimento è rappresentato dalla previsione di cui all'art. 11 della stessa legge 241, ovvero dalla categoria dei cd. "accordi amministrativi" alla quale vengono ascritti anche gli accordi tra amministrazioni (in primis ai sensi dell'art. 15 della legge 241 e artt. 30 e 34 del TUEL).

<sup>47</sup> Sul punto preme richiamare il Considerando 33, direttiva 2014/24/UE, ove si prevede che "la cooperazione potrebbe riguardare tutti i tipi di attività connesse alla

In altre parole, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la sussistenza di un accordo di cooperazione tra amministrazioni, in tutte quelle ipotesi in cui il rapporto è ispirato alla logica del coordinamento di convergenti attività di interesse pubblico fra più enti pubblici, e non a quella dell'acquisizione di prestazioni astrattamente reperibili presso soggetti privati<sup>48</sup>.

Non meno rilevanti le prese di posizione su tali profili da parte di ANAC la quale, chiamata a pronunciarsi in ordine a tale problematica, ha chiarito la sua posizione sul rispetto dei limiti già presenti nell'art. 5, co. 6, D.lgs. n. 50/2016, attenendosi fedelmente agli orientamenti maturati in seno alla giurisprudenza comunitaria ed interna. Anche per l'Autorità l'elemento centrale della disciplina rimane l'intento di salvaguardare il perseguimento di un interesse pubblico comune, da intendersi come premessa rispetto agli altri criteri che concorrono a determinare la deroga in merito all'applicazione dell'evidenza pubblica. Tutto ciò in linea con quanto stabilito ex art. 15, L. n. 241/1990<sup>49</sup>, evitando in ogni modo che oggetto delle prestazioni siano attività deducibili in contratti di diritto privato<sup>50</sup>, rischio particolarmente presente in quelle ipotesi in cui è previsto il pagamento di corrispettivi a qualsiasi titolo<sup>51</sup>.

---

prestazione di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti, quali i compiti obbligatori o facoltativi di enti pubblici territoriali o i servizi affidati a organismi specifici dal diritto pubblico. I servizi forniti dalle diverse amministrazioni partecipanti non devono necessariamente essere identici; potrebbero anche essere complementari”.

<sup>48</sup> Questa, in sintesi, l'idea di fondo che sta alla base di Cons. Stato, Sez. V, n. 1418/2017.

<sup>49</sup> Al riguardo v. Delibera ANAC 18 febbraio 2015, n. 7, laddove si sostiene che “l'accordo deve regolare la realizzazione di un interesse pubblico, effettivamente comune ai partecipanti, che le parti hanno l'obbligo di perseguire come compito principale, da valutarsi alla luce delle finalità istituzionali degli enti coinvolti”.

<sup>50</sup> In questo senso cfr. la recente Deliberazione ANAC 18 maggio 2023, n. 179, contenente una serie di richiami a precedenti pareri ai quali anche in questa sede si fa rinvio per praticità. Interessante rilevare come la casistica in materia di convenzioni tra soggetti pubblici e Università abbia offerto ampi spunti di riflessione tenuto conto delle questioni sottoposte all'attenzione della giurisprudenza e dell'Autorità medesima. Tra queste alcune sono risultate attinenti a rapporti tra amministrazioni pubbliche ed Università degli Studi, la cui configurazione come “operatori economici” (nella nozione lata, comprensiva anche di persone giuridiche pubbliche – segnatamente, i Dipartimenti universitari – legittimate ad offrire prestazioni sul mercato) ha di certo, in via di principio, ostacolato la riconducibilità di taluni rapporti alle forme di cooperazione orizzontale tra amministrazioni.

<sup>51</sup> Sempre nel richiamato parere n. 179/2023, ANAC ha ripreso un passaggio della

In conclusione, l'impressione che si ricava dalla lettura dell'ultimo comma dell'art. 7 qui preso in considerazione, ben può costituire un valido punto di approdo cui affidarsi in sede interpretativa, facendo leva sugli orientamenti maturati durante la vigenza della precedente disposizione inserita nel D.lgs. 50/2016, cui si è fatto cenno anche in questa sede. Con tutte le cautele del caso, ed in attesa dei necessari riscontri giurisprudenziali, la nuova disciplina sembra andare nella giusta direzione, colmando i dubbi suscitati dall'applicazione delle precedenti disposizioni oggi superate dalla recente novella.

### Abstract

Tra le novità che hanno caratterizzato il nuovo codice dei contratti pubblici, un posto di sicuro rilievo va riservato alle prime disposizioni contenenti una più puntuale definizione dei principi che regolano la materia, tra i quali quello della c.d. auto-organizzazione, così come codificato dall'art. 7, D.lgs n. 36/2023.

L'obiettivo del presente studio è quello di verificare attraverso quali modalità detto principio è stato ribadito nel nostro ordinamento rispetto al contenuto della direttiva 2014/23/UE, intervenendo ancora una volta sull'istituto degli affidamenti diretti e cercando di rinvenire un tratto comune nell'ambito delle differenti fonti normative che continuano a regolare tale materia, in particolare il recente D.lgs. n. 201/2022 richiamato espressamente dalla novella. L'analisi condotta in questa prospettiva, anche attraverso l'esame delle interpretazioni fornite dalla giurisprudenza interna ed europea, si sofferma inoltre sugli adempimenti che la stazione appaltante è tenuta ad osservare, con inevitabile restrizione dei margini di discrezionalità che residuano in capo alle amministrazioni nell'assumere le proprie determinazioni non più inquadrabili come decisioni di natura prevalentemente politica.

---

propria precedente delibera n. 7/2015, nella quale era stato affermato che “qualora un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come un operatore economico (ai sensi di quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 3 dicembre 2009, in C-305/2008), prestatore di servizi e verso un corrispettivo, anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi, non è possibile parlare di una cooperazione tra enti pubblici per il perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune, ma di uno scambio tra i medesimi”.

La ricerca, si conclude con l'illustrazione delle deroghe alla regola dell'evidenza pubblica, laddove l'oggetto del contratto sia frutto della cooperazione fra più amministrazioni, alle condizioni indicate nell'ultimo comma dell'art. 7 qui preso in considerazione.

### The principle of administrative self-organisation under the new public procurement code

Among the novelties that characterized the new public contracts code, a place of certain prominence must be reserved for the first provisions containing a more precise definition of the principles governing the matter, including that of so-called self-organization, as codified in Article 7, Legislative Decree n. 36/2023.

The purpose of this study is to verify the ways in which this principle has been reaffirmed in our legal system with respect to the content of Directive 2014/23/EU, once again intervening on the institution of direct awarding and attempting to find a common trait in the context of the different regulatory sources that continue to regulate this matter, in particular the recent Legislative Decree n. 201/2022 expressly referred to by the reform. The analysis conducted in this perspective, also through the interpretations provided by national and European case law, also focuses on the obligations that the contracting authority is required to observe, with an inevitable restriction of the margins of discretionary power that remain with the administrations in taking their own decisions that can no longer be framed as decisions of a predominantly political nature.

The research concludes by illustrating the exceptions to the rule of public procurement where the subject matter of the contract is the result of cooperation between several administrations, under the conditions indicated in the last paragraph of Art. 7 considered here.



## La qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza

di Fabio Taormina\*

SOMMARIO: 1. Brevi antefatti. – 2. I lavori della Commissione. – 3. L’articolato consegnato in bozza dalla Commissione al Governo e quello pubblicato in Gazzetta Ufficiale. – 4. Conclusioni.

L’argomento relativo alla qualificazione delle stazioni appaltanti<sup>1</sup> e delle centrali di committenza non dovrebbe (più) in teoria rivestire stringente attualità, all’indomani dell’entrata in vigore del “nuovo” codice dei contratti di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 vertendo su questioni che non trovano, di regola, la loro definizione in sede giurisdizionale.

In effetti, le problematiche che ruotano intorno al soggetto che può programmare, bandire, curare l’esecuzione di una procedura concernente l’acquisizione di servizi, lavori e forniture, ed in virtù di ciò stipulare validamente un contratto che abbia tale oggetto, si pongono a monte (rectius: sullo sfondo) rispetto a tutte le questioni controverse destinate a trovare la loro risoluzione nell’agone processuale.

Senonché il tema è stato assai dibattuto prima e durante i lavori della Commissione appalti ai quali chi scrive ha avuto il privilegio di partecipare e trova ancora oggi vasta eco, anche sulla stampa<sup>2</sup>, sia perché di rilevante impatto economico, che in virtù del suo inserimento nel Pnrr.

La peculiare impostazione di questo contributo risente delle ridette specificità; è sembrato utile, pertanto, strutturarlo nel seguente modo: si

---

\*Presidente di Sezione del Consiglio di Stato; Componente della Commissione appalti; Coordinatore del sottogruppo relativo alla Qualificazione delle Stazioni appaltanti e delle centrali di committenza.

<sup>1</sup> Oggi disciplinato agli artt. 62-64 del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36; in passato: artt. 37, 38, 39 e 43 del d.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

<sup>2</sup> Il Sole24 ore, 1 luglio 2023: “Nuovo codice appalti in vigore: il flop della qualificazione delle stazioni appaltanti. Da oggi esecutive le regole per i contratti pubblici approvati in Cdm a fine marzo. Ma poco meno di 2mila stazioni appaltanti su 26mila si sono accreditate. L’Oice: «Negli ultimi giorni boom per la pubblicazione delle gare»”.

cercherà, in prima battuta, di illustrare le ragioni sottese all'intervento normativo sul tema; secondariamente ci si concentrerà sulle problematiche emerse durante i lavori del sottogruppo della Commissione che maggiormente si è dedicato a questo argomento; infine, ci si dedicherà alla disamina dell'assetto normativo "disegnato" e delle ragioni di alcune "scelte" che sono state adottate e trasfuse nella bozza trasmessa al Governo.

### 1. *Brevi antefatti*

L'impegno volto ad approntare un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti era già contenuto nel decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (che prevedeva un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, e l'istituzione presso l'ANAC di un elenco delle stazioni appaltanti qualificate)<sup>3</sup>; esso, però non aveva (ancora) ricevuto attuazione, non essendo mai stato adottato il d.P.C.M. previsto all'art. 38, comma 2 del codice dei contratti suindicato<sup>4</sup>.

La ratio giustificativa di tale aspirazione riposava (già nel 2016, ma essa è stata posta a sostegno della reiterazione di tale volontà nel 2022) nel convincimento che in Italia vi fossero troppe stazioni appaltanti; che molte di esse, anche, probabilmente, a cagione della non elevata formazione professionale dell'organico, non fossero in grado di condurre in modo efficiente le gare bandite né a progettarle in modo conducente; che ciò ridondasse, a cascata, sulla incapacità di curare con la dovuta attenzione la fase esecutiva; che il sistema conducesse a diseconomie (queste ultime, in tesi, risolvibili attraverso un accentramento del processo acquisitivo di

<sup>3</sup> Legge 28 gennaio 2016, n. 11 recante deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23 Ue, 2014/24 Ue, 2014/25 Ue del Parlamento europeo e del Consiglio.

<sup>4</sup> Art. 38 comma 2: "*Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la semplificazione della pubblica amministrazione, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, di intesa con la Conferenza unificata e sentita l'ANAC, sono definiti i requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione all'elenco di cui al comma 1, in applicazione dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, tra cui, per le centrali di committenza, il carattere di stabilità delle attività e il relativo ambito territoriale. Il decreto definisce, inoltre, le modalità attuative del sistema delle attestazioni di qualificazione e di eventuale aggiornamento e revoca, nonché la data a decorrere dalla quale entra in vigore il nuovo sistema di qualificazione*".

lavori, beni e servizi); ingenerasse incertezza negli investitori; producesse, anche, un aumento esponenziale del contenzioso<sup>5</sup>.

Le preoccupazioni in tal senso erano state condivise dalle Istituzioni europee<sup>6</sup>.

La legge-delega 21 giugno 2022, n. 78 sottesa al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 recante “codice dei contratti pubblici” dedicava un apposito considerando sul tema<sup>7</sup>.

A comprova della centralità della tematica, possono altresì menzionarsi le seguenti, ulteriori, circostanze:

a) l’obiettivo di ridurre la frammentazione delle stazioni appaltanti, stabilendo gli elementi di base del sistema di qualificazione, imponendo la realizzazione di una piattaforma telematica come requisito di base per partecipare alla valutazione nazionale della capacità di acquisizione di commesse pubbliche, stabilendo incentivi all’uso delle centrali di com-

---

<sup>5</sup> È sufficiente analizzare i lavori parlamentari, protrattisi quasi nove mesi, che hanno preceduto il varo della legge-delega 21 giugno 2022, n. 78 per riscontrare l’affermazione; ma forse, anche una superficiale lettura di una qualsiasi rassegna stampa sul tema è sufficiente al riguardo.

<sup>6</sup> Non sembra superfluo rammentare che già il 13 aprile 2011 la Commissione europea aveva presentato l’Atto per il mercato unico (COM(2011)206) con il quale prospetta dodici azioni prioritarie per rilanciare il mercato unico europeo al fine di sfruttarne pienamente le potenzialità e consentire ai cittadini e alle imprese di beneficiare delle opportunità che esso offre in termini di crescita e sviluppo e che una delle dodici “leve” era stata individuata proprio negli appalti pubblici, alla stregua delle seguenti, icastiche, considerazioni: *“Gli enti pubblici spendono circa il 18% del PIL dell’UE in beni, servizi e lavori. Si tratta di una spesa pubblica essenziale per la ricrescita economica. La legislazione europea e le legislazioni nazionali hanno già aperto gli appalti pubblici ad una concorrenza leale la cui conseguenza è l’offerta ai cittadini di una qualità migliore ad un prezzo più basso. La Commissione propone di modernizzare questo quadro legislativo per arrivare ad una politica equilibrata, che promuova e sostenga una domanda di beni e servizi rispettosi dell’ambiente, socialmente responsabili e innovativi, per offrire procedure più semplici e flessibili alle amministrazioni aggiudicatrici e agevolare l’accesso alle PMP”*.

<sup>7</sup> C) *“ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l’accorpamento e la riorganizzazione delle stesse, anche mediante l’introduzione di incentivi all’utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l’espletamento delle gare pubbliche; definizione delle modalità di monitoraggio dell’accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti; potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali”*.

mittenza professionali esistenti e conferendo all'ANAC il potere di riesaminare la qualificazione delle stazioni appaltanti in termini di *procurement capacity* (tipi e volumi di acquisti) è stato direttamente inserito nel PNRR (misura M1C1-70);

b) la Presidenza del Consiglio e l'Anac nel dicembre 2021, hanno sottoscritto un protocollo di intesa (recante un espresso impegno, assunto anche nei confronti delle Istituzioni europee), all'adozione delle Linee guida entro il 30 settembre 2022;

c) in ottemperanza a detto impegno l'Anac ha, dapprima<sup>8</sup>, avviato l'attività di raccolta dati, monitoraggio, audizione degli stakeholders in virtù delle Linee Guida “*il cui obiettivo è individuare le modalità operative per l'attuazione – anche a fasi progressive – del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza da porre alla base del nuovo sistema di qualificazione che sarà reso operativo al momento dell'entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici*”; successivamente attraverso un affinamento di detto elaborato<sup>9</sup> ha emanato con deliberazione 28 settembre 2022, n. 441 le Linee guida vere e proprie recepite nel codice<sup>10</sup>;

d) è stata istituita presso la Presidenza del Consiglio una Cabina di regia “dedicata” a tali tematiche, ai cui lavori hanno costantemente partecipato numerosi componenti della Commissione e l'Anac.

---

<sup>8</sup> Linee guida 30 marzo 2022.

<sup>9</sup> Elaborato che già prevedeva un sistema di qualificazione incentrato su diversi livelli di capacità tecnico-giuridica-organizzativa basato su parametri oggettivi quali la pregressa esperienza, la presenza di apposite strutture organizzative presso l'ente dotate di personale con specifiche competenze e l'istituzione dell'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA).

<sup>10</sup> Trattasi dell'allegato n. II.4. L'art. 62 comma 3 del codice prevede in proposito che “L'allegato di cui al comma 2 indica i requisiti necessari per ottenere la qualificazione, e disciplina i requisiti premianti. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.4 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sentita l'ANAC, previa intesa in sede di e la Conferenza unificata, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice”. Il successivo comma 4 reca una “clausola di apertura” che così dispone: “L'allegato di cui al comma 2 può essere integrato con la disciplina di ulteriori misure organizzative per la efficace attuazione del presente articolo, dell'articolo 63 e del relativo regime sanzionatorio, nonché per il coordinamento, in capo all'ANAC, dei soggetti aggregatori”.

## 2. I lavori della Commissione

La Commissione nominata dal Presidente Frattini per redigere una bozza del codice dei contratti da consegnare al Governo, composta per la maggioranza da Magistrati amministrativi, si è giovata, come è noto, dell'apporto di numerosi esperti sia giuridici (tanti illustri Professori, e colleghi delle altre Magistrature) che tecnici.

Il sottogruppo che si è dedicato al tema in commento non ha fatto eccezione, ed anzi ha partecipato ai lavori un nutrito gruppo di lavoro di giuristi e tecnici della Banca d'Italia che ha fornito un contributo di elevatissima qualità e di importanza fondamentale.

Durante ripetute sessioni di lavoro sono stati affrontati numerosi "nodi", sia dogmatici che tecnici: tanto numerosi che sarebbe impossibile soffermarsi su ognuno di essi; al contempo, non è esagerato affermare che dal confronto con i tecnici e dalle osservazioni via via pervenute dagli operatori del settore sono via via emerse esigenze e problematiche che nessuno (certamente non lo scrivente, perlomeno) aveva preconizzato in precedenza, all'atto dell'avvio dei lavori.

Senza pretesa di completezza (anzi, nella certezza di ometterne qualcuna) le tematiche oggetto di un più approfondito focus sono state le seguenti (che verranno immediatamente declinate in forma di quesito):

- tenuto conto dell'incipit della lett. c) della legge delega (*"ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali"*) e tenuto conto della circostanza che la preliminare approfondita attività dell'Anac cui si è fatto prima riferimento si era concentrata sui settori ordinari, era possibile nel ristretto tempo assegnato alla Commissione per consegnare al Governo la bozza, approfondire le specificità dei settori speciali sino a disegnare un regime differenziato per questi ultimi?
- in un sistema mirante all'aggregazione soggettiva, si sarebbero dovute lasciare libere le stazioni appaltanti non qualificate (id est: quelle che all'esito del sistema disegnato non avrebbero posseduto i requisiti per qualificarsi) di rivolgersi ad un qualsiasi "soggetto qualificato" (stazione appaltante o centrale di committenza) per ottenere che quest'ultimo curasse la gara di loro interesse (in parole più semplici: il comune di Ustica poteva rivolgersi alla centrale di committenza di Tolmezzo)? Ovvero, per esigenze di programmazione si doveva disciplinare anche questo profilo?

- quale che fosse la soluzione al quesito b), come garantire che le stazioni appaltanti non qualificate comunque individuassero un “soggetto” qualificato che curasse la gara di loro interesse? Quid iuris laddove il soggetto interpellato non desse loro risposta e/o si dichiarasse indisponibile?
- sotto il profilo dogmatico: è corretto ipotizzare che il sistema di qualificazione ricomprenda anche i requisiti afferenti la fase dell’esecuzione? Oppure, tenuto conto che tutto ciò che avviene successivamente alla aggiudicazione definitiva (o, al più, alla stipula del contratto) ha un rilievo strettamente civilistico, il Legislatore doveva disinteressarsi del suddetto segmento (ovvero comunque, a tutto concedere, se anche avesse voluto interessarsene, un “codice dei contratti” non era la “sede propria”)?

E in ogni caso, se anche non si fosse ritenuto di aderire a tale prospettiva, non sarebbe stato logico su un piano concreto affidare l’attività materiale di esecuzione del contratto sempre e comunque al soggetto titolare dell’interesse che quel contratto mira a soddisfare (con ciò elidendo alla radice opzioni “estreme” volte a sostenere che il soggetto nel cui interesse viene svolta la gara, ove non qualificato per progettazione ed affidamento, non potesse neppure “ingerirsi” nella fase della esecuzione)?

quanto ai profili di più significativa pregnanza “politica”: era maggiormente rispettoso del mandato ricevuto disciplinare ogni profilo della normativa primaria, ovvero era preferibile, in limitati aspetti, disegnare la normativa “cornice” lasciando al decisore politico il compito di scegliere tra le possibili alternative prospettate?

quali conseguenze fare discendere sulla procedura di gara gestita da un soggetto qualificato, laddove quest’ultimo avesse perso la qualificazione prima della compiuta definizione della procedura medesima?

Si potrebbe proseguire nell’elencazione dei temi oggetto di approfondimento, ma sembra più utile, per ridurre il tutto ad unità, rappresentare che nella consapevolezza del chiaro mandato della legge-delega (lo si ripete: “*conseguire la loro riduzione numerica, nonché l’accorpamento e la riorganizzazione delle stesse*”) i lavori si sono concentrati su due versanti strettamente connessi.

Il primo, di cui subito si dirà, reso particolarmente significativo dalla contingenza temporale (l’incombente del PNRR e le scadenze temporali ivi stabilite) riposava nell’esigenza di assicurare l’immediata sostenibilità del sistema sin dal momento successivo alla entrata in vigore del codice

e comportava, nel breve periodo, l'esigenza di strutturare un sistema autosufficiente immediatamente esecutivo, suscettibile di essere messo "a regime" immediatamente, senza necessità di postergarne l'operatività alla emanazione di successivi atti normativi.

Il secondo, di più ampio respiro, atteneva alla necessità di ponderare il testo dell'articolato in corso di elaborazione alla luce delle affermazioni rese dal Legislatore comunitario nella (tutt'ora vigente) direttiva del 26 febbraio 2014, n. 24 all'ultima parte del considerando<sup>11</sup> 59 del quale, forse, è bene riportare integralmente il testo (non limitandosi a "confinarlo" in nota): *"nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione si registra una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione degli appalti. Questo obiettivo può essere raggiunto concentrando gli acquisti in termini di numero di amministrazioni aggiudicatrici coinvolte, oppure in termini di fatturato e di valore nel tempo. Tuttavia, l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI."*

2.3. Insomma, non sembra arbitrario affermare che l'obiettivo della riduzione del numero dei soggetti qualificati a compiere le attività di contrattualistica pubblica è stato perseguito tenendo costantemente in considerazione la possibile esternalità negativa rappresentata dalla menomazione delle possibilità di azione del comparto pubblico complessivamente inteso, (riduzione delle commesse affidate, più lunghi tempi di espletamento) ed avendo presente che l'inverarsi di tale deprecata evenienza avrebbe finito con il "tradire" l'obiettivo opposto di facilitare l'accesso alla contrattualistica pubblica, in termini quantitativi qualitativi e tempistici.

### 3. *L'articolato consegnato in bozza dalla Commissione al Governo e quello pubblicato in Gazzetta Ufficiale*

Quanto ai principali "nodi" elencati al punto 1) del precedente paragrafo si è così proceduto:

---

<sup>11</sup> Come è noto, secondo qualificate voci della Dottrina il "considerando" riveste un'importanza centrale nell'articolato normativo di matrice europea in quanto declina la ratio sottesa alla successiva prescrizione puntuale.

- in carenza dei dati (analisi di mercato, ricognizione delle gare espletate, audizione degli stakeholders etc. etc.) indispensabili per strutturare una disciplina differenziata, si è deciso di non dettare specifiche disposizioni per i settori speciali<sup>12</sup> e di disciplinare “per relationem” rispetto alla qualificazione “ordinaria” il partenariato pubblico privato (commi 17 e 18 dell’art. 62) prevedendo un livello superiore a quello minimo<sup>13</sup>;
- b) si è ritenuto preferibile non intervenire sulle modalità di aggregazione degli enti pubblici, (laddove si è fatto invece riferimento ad istituti di carattere generale già conosciuti dall’ordinamento, quale ad esempio l’unione fra comuni) e non prescrivere un rapporto obbligato fra stazione appaltante non qualificata ed ente qualificato di riferimento, anche in funzione di una generale e immediata sostenibilità del sistema;
- c) le preoccupazioni delle stazioni appaltante non qualificate (rectius: che probabilmente non avrebbero ottenuto la qualificazione) circa la necessaria individuazione di un soggetto (qualificato) che “curasse” la procedura per loro conto hanno trovato disciplina specifica nel comma 10 dell’art. 62 attraverso la previsione di una forma di silenzio assenso e un procedimento di individuazione affidato all’Anac<sup>14</sup>;

---

<sup>12</sup> È stato però previsto che ciò possa avvenire con modalità “semplificate” anche in un prossimo futuro: vedi nota successiva.

<sup>13</sup> Art. 62 comma 17: “Dall’applicazione del presente articolo e dell’articolo 63 sono esclusi le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi quando svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152. Con modifiche e integrazioni all’allegato II.4 possono essere disciplinati i criteri di qualificazione per gli enti e i soggetti di cui al primo periodo e le regole di iscrizione nell’elenco ANAC, oltre che le regole di funzionamento e gli ambiti di riferimento delle relative centrali di committenza. 18. La progettazione, l’affidamento e l’esecuzione di contratti di partenariato pubblico-privato possono essere svolti da soggetti qualificati per i livelli di cui all’articolo 63, comma 2, lettere b) e c); il comma 18 dell’art. 63 prevede, invece che: “I requisiti di qualificazione per l’esecuzione sono indicati separatamente nell’allegato II.4, che dispone altresì una disciplina transitoria specifica relativa a tale fase. Con modifiche e integrazioni all’allegato II.4. possono essere disciplinati dall’ANAC specifici requisiti di qualificazione per i contratti di partenariato pubblico-privato”.

<sup>14</sup> 10. Le stazioni appaltanti non qualificate consultano sul sito istituzionale dell’ANAC l’elenco delle stazioni appaltanti qualificate e delle centrali di committenza qualificate. La domanda di svolgere la procedura di gara, rivolta dalla stazione appaltante non qualificata ad una stazione appaltante qualificata o ad una centrale di committenza qualificata, si intende accolta se non riceve risposta negativa nel termine di dieci giorni dalla sua ricezione. In caso di risposta negativa, la stazione appaltante non qualificata

- d) la fase dell'esecuzione è stata fatta rientrare nel "fuoco" dei requisiti di qualificazione; sono stati previsti nell'allegato II.4 requisiti certamente non stringenti ai fini dell'ottenimento della qualificazione per tale segmento; è stato inoltre previsto alla lett. g) del comma 6 dell'art. 62 che le stazioni appaltanti non qualificate per l'esecuzione potessero comunque "partecipare" a detta fase (trattandosi di un contratto, è bene non dimenticarlo, che si svolge nel diretto interesse di queste ultime)<sup>15</sup>; a tanto si è addivenuti, anche sulla scorta di concretissime ragioni pratiche: gravare in toto le centrali di committenza anche di oneri esecutivi non era di per sé garanzia di maggior efficienza del sistema posto che esse non erano attributarie di una particolare esperienza nell'esecuzione dei contratti e, soprattutto, nell'immediato v'era un rischio di sostenibilità del sistema, visto il sovraccarico di compiti affidati alle medesime;
- e) la "bozza" consegnata dalla Commissione al Governo recava dei puntini di interpunzione in quei "passaggi" dell'articolato normativo ritenuti tanto sensibili da essere stati lasciati alla determinazione del decisore politico<sup>16</sup>;
- f) nel paese delle tante opere "incompiute" è sembrato doveroso prevedere (art. 62 comma 12) che *"se la qualificazione viene meno o è sospesa, le procedure in corso sono comunque portate a compimento"*.

Nel premettere che le definizioni dei concetti di stazione appaltante e centrale di committenza (rimaste nella sostanza invariate rispetto al 2016) si rinvengono nell'allegato I.1 del codice<sup>17</sup>, il sistema che ne è

---

si rivolge all'ANAC, che provvede entro quindici giorni all'assegnazione d'ufficio della richiesta a una stazione appaltante qualificata o a una centrale di committenza qualificata, individuata sulla base delle fasce di qualificazione di cui all'articolo 63, comma 2. Eventuali inadempienze rispetto all'assegnazione d'ufficio di cui al terzo periodo possono essere sanzionate ai sensi dell'articolo 63, comma 11, secondo periodo.

<sup>15</sup> Art. 62 comma 6 lett. g): *"qualora non siano qualificate per l'esecuzione, ricorrono a una stazione appaltante qualificata, a una centrale di committenza qualificata o a soggetti aggregatori; in tal caso possono provvedere alla nomina di un supporto al RUP della centrale di committenza affidante"*.

<sup>16</sup> Ad esempio, al comma 11 dell'art. 63 era stata "lasciata in bianco" con i puntini di interpunzione l'importo della sanzione massima che l'Anac può irrogare in ipotesi di condotte elusive della disciplina relativa alla qualificazione. Si veda anche il comma 2 dell'art. 3 dell'allegato II.4 sul regime transitorio: "2. Fermo restando quanto previsto ai commi 5 e 6 dell'articolo 62 del codice, in sede di prima applicazione e per i successivi mesi dall'entrata in vigore del sistema di qualificazione".

<sup>17</sup> Allegato I.1. recante Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli

disceso è di natura “aperta”<sup>18</sup> (id est: ogni soggetto munito dei prescritti requisiti può qualificarsi; non v’è un tetto massimo di stazioni appaltanti e centrali di committenza qualificate; e, quindi, non v’è alcun numero chiuso)<sup>19</sup>.

Esso muove da una domanda presentata dal soggetto che aspira a qualificarsi e culmina nell’attribuzione da parte dell’Anac del livello di qualifica per progettazione e affidamento e/o per l’esecuzione con durata biennale (con revisione dei presupposti alla scadenza ed onere dei soggetti istanti di aggiornare i dati e le informazioni).

Alle stazioni appaltanti non qualificate è stato lasciato un nucleo centrale di attribuzioni di non minimale spessore<sup>20</sup> che dovrebbe assicurare la complessiva sostenibilità del sistema e che si rinviene nel combinato disposto dei commi 1 e 6 dell’art. 62<sup>21</sup>.

---

strumenti: art. 1 comma 1 lett. a) “stazione appaltante”, qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice; art.1 comma 1 lett. i): “centrale di committenza”, una stazione appaltante o un ente concedente che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di supporto all’attività di committenza.

<sup>18</sup> Art. 63 comma 1 ”1. Fermo restando quanto stabilito dall’articolo 62, è istituito presso l’ANAC, che ne assicura la gestione e la pubblicità, un elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte, in una specifica sezione, anche le centrali di committenza, ivi compresi i soggetti aggregatori. Ciascuna stazione appaltante o centrale di committenza che soddisfi i requisiti di cui all’allegato II.4 consegue la qualificazione ed è iscritta nell’elenco di cui al primo periodo”.

<sup>19</sup> Così, testualmente, la relazione introduttiva: “il sistema complessivo delineato – in coerenza con il criterio direttivo c) della legge delega – ha natura “aperta” (e non “a numero chiuso”): tutti i soggetti che siano muniti dei requisiti necessari ottengono la qualificazione”.

<sup>20</sup> Uno “zoccolo duro di competenze” per usare l’espressione contenuta nella relazione generale che di seguito si riporta per esteso: “La configurazione dei poteri delle stazioni appaltanti non qualificate è disegnata con l’obiettivo di garantire uno “zoccolo duro” di competenze adeguato a fronteggiare una gran parte dei compiti rimessi a queste amministrazioni, anche in previsione della perdita della qualificazione per commesse di più elevato valore. In tal modo si persegue anche l’obiettivo di evitare il sovraccarico di compiti per le centrali di committenza, assicurando la complessiva sostenibilità del sistema fin dal suo avvio. E ciò, anche consentendo alle stazioni appaltanti qualificate di effettuare appalti congiunti e di svolgere attività di committenza ausiliaria, nell’ambito della quale è compresa la gestione di procedure di appalto in nome e per conto delle stazioni appaltanti non qualificate.”

<sup>21</sup> Art. 62 comma 1: “1. Tutte le stazioni appaltanti, fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, possono procedere direttamente e autonomamente all’acquisizione di forniture e servizi di importo non superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti, e all’affidamento di lavori d’importo pari o inferiore a 500.000 euro, nonché attraverso l’effettuazione di ordini a valere su strumenti di

Procedendo per sintesi, la disciplina<sup>22</sup> che se ne è fatta discendere è -nei tratti essenziali – la seguente:

- a) v'è un ambito oggettivo (art. 62 comma 1) della contrattualistica pubblica per il quale neppure mette conto discorrere di qualificazione: l'acquisizione di forniture e servizi di importo non superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti e alla soglia di cinquecentomila euro per i lavori<sup>23</sup>;
- b) per ciò che concerne l'ambito oggettivo esuberante tali cifre è richiesta la qualificazione e all'uopo si valutano tre (distinti) ambiti: progettazione; affidamento; esecuzione<sup>24</sup>;

---

*acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori<sup>25</sup>; art. 62 comma 6: “6. Le stazioni appaltanti non qualificate ai sensi del comma 2 dell'articolo 63, fatto salvo quanto previsto al comma 1, del presente articolo: a) procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza qualificata; b) ricorrono per attività di committenza ausiliaria di cui all'articolo 3, comma 1, lettera z), dell'allegato I.1 a centrali di committenza qualificate e a stazioni appaltanti qualificate; c) procedono ad affidamenti per servizi e forniture di importo inferiore alla soglia europea di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 14 nonché ad affidamenti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo inferiore a 1 milione di euro mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente; d) effettuano ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori, con preliminare preferenza per il territorio regionale di riferimento. Se il bene o il servizio non è disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno della stazione appaltante, oppure per ragioni di convenienza economica, la stazione appaltante può agire, previa motivazione, senza limiti territoriali; e) eseguono i contratti per i quali sono qualificate per l'esecuzione; f) eseguono i contratti affidati ai sensi delle lettere b) e c); g) qualora non siano qualificate per l'esecuzione, ricorrono a una stazione appaltante qualificata, a una centrale di committenza qualificata o a soggetti aggregatori; in tal caso possono provvedere alla nomina di un supporto al RUP della centrale di committenza affidante”.*

<sup>22</sup> Trattasi di tre articoli del codice: artt. 62, 63 e 64 che a loro volta richiamano l'allegato II.4.

<sup>23</sup> L'art. 62 comma 1 prima riportato in nota è esaustivo sul punto. Durante i lavori della commissione si è dibattuto su quale fosse la soglia da prendere in considerazione; l'alternativa era, ovviamente, quella di 40.000 euro prevista all'art. 36 del d. lgs. n. 50 del 2016 ovvero quelle previste dalla disciplina emergenziale (decreto-legge n. 76 del 2020: affidamento diretto di servizi e forniture, compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro e per lavori di importo inferiore a 150.000 euro); la prima bozza consegnata a settembre si era orientata su tale seconda opzione; la scelta finale, richiede la qualificazione per l'acquisizione di forniture e servizi di importo di importo superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti e alla soglia di cinquecentomila euro per i lavori.

<sup>24</sup> Art. 63 comma 5: “5. La qualificazione ha ad oggetto le attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione ai seguenti ambiti e riguarda: a) la

- c) tali ambiti sono indipendenti tra loro e sono a loro volta strutturati in distinti livelli crescenti (tre livelli per progettazione e affidamento di lavori, e del pari tre livelli per servizi e forniture; a parte è stata considerata la qualificazione per l'esecuzione);
- d) il comma 6 dell'art. 63 prevede infatti che *“le stazioni appaltanti e le centrali di committenza possono essere qualificate anche solo per l'acquisizione di lavori oppure di servizi e forniture. Le stazioni appaltanti e le centrali di committenza per svolgere attività di progettazione e affidamento devono essere qualificate almeno nella seconda fascia. Esse programmano la loro attività coordinandosi nel rispetto del principio di leale collaborazione”*;
- e) è sembrato utile indicare il regime delle “responsabilità” nel rapporto tra soggetto qualificato che cura la procedura e soggetto nel cui interesse essa si svolge<sup>25</sup>;
- f) una particolare disciplina è stata riservata alla formazione, nella considerazione (prospettata unanimemente da tutti i tecnici ed operatori del settore) che questo “passaggio” assuma una portata centrale per il buon esito della riforma<sup>26</sup>.

In ossequio alle esigenze di sostenibilità e autoesecutività che si sono prima sommariamente illustrate, è stata prevista una disciplina transitoria, in forza della quale per la progettazione e l'affidamento di lavori le stazioni appaltanti prive di qualifica possono eseguire i contratti fino alla fine dell'anno 2024 se sono iscritte all'AUSA e dotate di una figura tecnica che svolga le funzioni del RUP, con l'obbligo per il futuro di adeguarsi ai più rigorosi standard previsti dal citato All. n. II.4 (art. 63 comma 8). E sempre con lo sguardo rivolto alle ridette esigenze, al comma 4 dell'art.

---

*capacità di progettazione tecnico-amministrativa delle procedure; b) la capacità di affidamento e controllo dell'intera procedura; c) la capacità di verifica sull'esecuzione contrattuale, ivi incluso il collaudo e la messa in opera”*.

<sup>25</sup> Art. 62 comma 13: *“13. Le centrali di committenza e le stazioni appaltanti che svolgono attività di committenza anche ausiliaria sono direttamente responsabili per le attività di centralizzazione della committenza svolte per conto di altre stazioni appaltanti o enti concedenti. Esse nominano un RUP, che cura i necessari raccordi con la stazione appaltante beneficiaria dell'intervento, la quale a sua volta nomina un responsabile del procedimento per le attività di propria pertinenza”*.

<sup>26</sup> Art. 63 comma 10: *“10. In relazione al parametro di cui alla lettera b) del comma 7, la Scuola Nazionale dell'Amministrazione definisce i requisiti per l'accreditamento delle istituzioni pubbliche o private, senza finalità di lucro, che svolgono attività formative, procedendo alla verifica, anche a campione, della sussistenza dei requisiti stessi e provvede alle conseguenti attività di accreditamento nonché alla revoca dello stesso nei casi di accertata carenza dei requisiti”*.

63 sono state previste alcune “iscrizioni di diritto” e una “disposizione facultizzante” per eventuali future iscrizioni di diritto<sup>27</sup>.

#### 4. Conclusioni

Esigenze di continenza non consentono di soffermarsi approfonditamente sui commi 7 e 8 dell’art. 63, nell’ambito del quale sono precisate le caratteristiche dei requisiti richiesti per la qualificazione, e del pari non sembra possibile neppure per cenni approfondire il contenuto dell’allegato II.4 che “recepisce” le linee guida Anac (art. 1 “Il sistema di qualificazione delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti è regolato dalla delibera ANAC 28 settembre 2022, n. 441”): quanto a tali profili si fa pertanto integrale rinvio all’articolato.

L’auspicio è che gli attori pubblici e privati del mercato guardino senza preconcetti timori al sistema che si è sinora cercato di descrivere nei suoi tratti essenziali: la relazione alla Parte II del primo libro esprime peraltro il convincimento che qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori, digitalizzazione e trasparenza costituiscano “valide misure di prevenzione” della corruzione<sup>28</sup> ed è desiderio condiviso che ciò si avveri.

Come è fisiologico che accada il nuovo può talvolta creare inquietudine, se non addirittura paura: tutti noi, però, dovremmo confrontarci con

---

<sup>27</sup> Art. 63 comma 4: “Sono iscritti di diritto nell’elenco di cui al comma 1 il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Proveditorati interregionali per le opere pubbliche, Consip S.p.a., Invitalia – Agenzia nazionale per l’attrazione degli investimenti e lo sviluppo d’impresa S.p.a., Difesa servizi S.p.A., l’Agenzia del demanio, i soggetti aggregatori di cui all’articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, Sport e salute Spa. In sede di prima applicazione le centrali di committenza delle Province e delle Città metropolitane sono iscritte con riserva nell’elenco delle centrali di committenza qualificate. Eventuali ulteriori iscrizioni di diritto potranno essere disposte con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentita l’ANAC, previa intesa in sede di Conferenza unificata.”

<sup>28</sup> Così, testualmente la Relazione: “Va, infine, considerato che la digitalizzazione costituisce anche una efficace misura di prevenzione della corruzione in quanto consente trasparenza, tracciabilità, partecipazione, controllo di tutte le attività, in modo da assicurare il rispetto della legalità. Il settore delle commesse pubbliche rappresenta, infatti, un’attività fortemente esposta a condotte corruttive, in ragione del potenziale economico che esprime e, quindi, occorrono presidi efficaci e qualificati per fare in modo che le risorse stanziare non vengano distolte dal perseguimento degli interessi pubblici. La digitalizzazione potrebbe, quindi, in definitiva assicurare efficacia, efficienza e rispetto delle regole”.

tali sensazioni sforzandoci di tenere presente l'insegnamento di un grande filosofo cinese del VI secolo a.C. (*“ciò che per un bruco è la fine del mondo, per la farfalla è l'inizio della vita”*)<sup>29</sup>.

### Abstract

In Italia, il principio eurounitario secondo il quale “gli Stati membri dovrebbero potere prevedere che le stazioni appaltanti possano assicurarsi lavori, servizi e forniture da ( o attraverso l’intermediazione) di una centrale di committenza”, sebbene menzionato nella previgente legislazione (art. 38 c.III d.Lgs 18 aprile 2016 n. 50), era rimasto inattuato per circa sei anni.

Questo breve articolo si propone di chiarire i tratti essenziali della nuova disciplina legislativa che ha dato attuazione a tale principio che, peraltro, era stato ricompreso tra gli obiettivi fondamentali del Pnrr.

#### The qualification of contracting authorities and central purchasing bodies

The European principle according to which “Member States may stipulate that contracting authorities may purchase works, supplies and (or) services from or through a central purchasing body” although mentioned mentioned by the previous legislation (art. 38 c. III d.lgs 18 April 2016 n. 50) had remained unimplemented in Italy for six years.

This short article aims to clarify the essential terms of the new legislative framework that implement this principle which, moreover, was indicated as a milestone of PNRR.

---

<sup>29</sup> Lao Tse (o Laozi, Lao Tzu, Lao Tze o Lao Tzi).

**Bibliografia**

- B.G. MATTARELLA, *Codificazione e stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 365 ss.
- F. PATRONI GRIFFI, *La «fabbrica delle leggi» e la qualità della normazione in Italia*, in *Dir. amm.*, 2000, 97 ss.
- E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009
- M. MALO, *I testi unici nel quadro delle iniziative per la semplificazione e la qualità della normazione*, in P. CARETTI, A. RUGGERI (a cura di), *Le deleghe legislative*, Milano, 2003, 163 ss.
- D. CAPORTORTO, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento: la tripartizione dei poteri in “corto circuito” tra discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 3, 568 ss.
- D. ARAGNO, *La qualificazione delle stazioni appaltanti: un primo controllo sull’organizzazione della P.A.?*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it)
- B.G. MATTARELLA, *Controllo della corruzione amministrativa e regole di etica pubblica*, in *Riv. it. dir. pub. comun.*, 2002, 1031 e 1053
- F. PATRONI GRIFFI, *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2014
- F. PATRONI GRIFFI, *Battere la corruzione: una sfida impossibile?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2015
- A. MASSARI, *Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti nello schema di d.p.c.m.*, in *App. e contr.*, 2018, 4 ss.
- T. MATHÀ, *Innovazione negli appalti pubblici attraverso la professionalizzazione della committenza*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2021, 135 ss.
- V. GUERRIERI, *Quali vie per razionalizzare il sistema del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti e gli effetti sulla centralizzazione degli acquisti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018
- A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L’appalto di opere pubbliche*, Milano, 2021, 250 ss.
- B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 613 ss.
- L. DONATO, M. MACCHIA, *La qualificazione delle stazioni appaltanti. La luce in fondo al tunnel normativo*, Nota per il Gruppo di studio Astrid “La riforma del codice degli appalti pubblici (decreti delegati)”, coordinato da Vincenzo Cerulli Irelli e Giulio Napolitano, 5 ottobre 2022, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)



# Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti di esame delle domande di protezione internazionale

di Simona D'Antonio\*

SOMMARIO: 1. Tema ed obiettivo del lavoro. – 2. Il diritto ad una buona amministrazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE. – 3. Diritto ad una buona amministrazione e diritto al contraddittorio. – 4. Il diritto al contraddittorio nei procedimenti di protezione internazionale: il colloquio personale con il richiedente asilo. – 5. La *ratio* dell'istituto: tra garanzia rafforzata del contraddittorio e strumento di conoscenza di fatti complessi. 6. Il diritto al contraddittorio tra procedimento e processo. 7. Il carattere quasi giurisdizionale dell'attività delle commissioni territoriali. – 8. Considerazioni conclusive.

## 1. Tema ed obiettivo del lavoro

La disciplina dell'immigrazione, com'è noto, presenta aspetti di grande interesse per chi studia il diritto amministrativo<sup>1</sup>.

Tra i tanti profili che da tale prospettiva appaiono rilevanti, vi è quello dei procedimenti amministrativi in materia di immigrazione, per i quali si avverte l'esigenza di verificare lo stato dell'arte delle garanzie procedurali volte a tutelare i diritti e gli interessi degli stranieri destinatari dell'azione amministrativa, tema su cui la dottrina ha da tempo avviato una riflessione<sup>2</sup>.

Nell'ambito di tale problematica, una posizione del tutto peculiare occupano i richiedenti asilo, che rappresentano solo una parte, sia pure in

---

\* Professoressa associata di Diritto amministrativo, Università degli studi di Teramo.

<sup>1</sup> Per un inquadramento generale del tema nell'ottica dell'amministrativista si veda G. D'AURIA, *L'immigrazione e l'emigrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, Tomo Secondo, II ed., Milano, 2003, 1063 ss. e, più di recente, M. SAVINO, *Immigrazione*, in *Enc. dir., I Tematici*, III-2022, *Funzioni amministrative*, diretto da B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI, Milano, 599 ss., con un'ampia bibliografia.

<sup>2</sup> Sull'argomento cfr., da ultimo, A. BONOMO, *Stranieri, procedimento amministrativo e garanzie partecipative*, in *Dir. imm. cit.*, 2020, n. 2, 138 ss., cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici, tra i quali si veda L. GILI, *Straniero e partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, a cura di A. CROSETTI, F. FRACCHIA, Milano, 2002, 55 ss.

crescita, della totalità degli stranieri che chiedono di entrare e/o soggiornare nel territorio dello Stato italiano<sup>3</sup>. La peculiarità della posizione di tali soggetti è connessa, tra l'altro<sup>4</sup>, al carattere multilivello della disciplina cui sono sottoposti, dettata dal diritto internazionale, dal diritto dell'UE e, nel rispetto dei vincoli internazionali ed europei, dal diritto interno. Ci si riferisce alla disciplina della protezione internazionale, istituto che, pur trovando un fondamento costituzionale nel diritto di asilo sancito dall'art. 10, c. 3, Cost., non ne esaurisce il contenuto<sup>5</sup>.

Nel presente lavoro ci si vuole occupare della disciplina del procedimento amministrativo che si svolge dinanzi alle commissioni territoriali competenti a decidere sulle domande di riconoscimento della protezione internazionale<sup>6</sup>, dettata dal d. lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, come modificato

---

<sup>3</sup> Secondo l'Istat, sul totale dei nuovi permessi di soggiorno rilasciati in Italia nel corso del 2021 (241.595), i permessi per asilo e altre forme di protezione (quasi 31.000) rappresentavano appena il 12,8%. Tuttavia nel 2022, a fronte di un sensibile aumento del totale dei nuovi permessi (449.118), è cresciuta anche la percentuale dei permessi per protezione e asilo (202.000 circa), che ha superato il 45%. Su questo dato ha inciso notevolmente la guerra in Ucraina, che ha portato al rilascio di quasi 148.000 nuovi permessi per protezione temporanea. Si vedano, rispettivamente, il report del 25 ottobre 2022, reperibile in <https://www.istat.it/it/files//2022/10/Report-cittadini-non-comunitari-2022.pdf>; e il report del 17 ottobre 2023, reperibile in <https://www.istat.it/it/files//2023/10/Report-cittadini-non-comunitari-2023.pdf>.

<sup>4</sup> Come si vedrà *infra*, la peculiarità della posizione del richiedente asilo è esistenziale, prima ancora che giuridica.

<sup>5</sup> Sul rapporto tra diritto costituzionale di asilo e disciplina della protezione internazionale si vedano, per una sintesi e per le essenziali indicazioni bibliografiche, F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Diritto e immigrazioni. Percorsi di diritto costituzionale*, Bologna, 2022, 101 ss.; nonché M. NICOLINI, C. PANZERA, *Asilo*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, a cura di C. PANZERA, A. RAUTI, Napoli, 2020, 17 ss.

<sup>6</sup> Sul tema cfr. M. CONSIDO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, 2016; EAD., *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Dir. amm.*, 2017, n. 2, 393 ss.; G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, Torino, 2021; V. CARLINO, *L'accesso alla tutela giurisdizionale nella procedura per il riconoscimento del diritto di asilo. Un'analisi comparata sull'effettività in Italia e in Francia*, Padova, 2021. E' interessante osservare che in un saggio volto ad analizzare l'impatto del diritto UE sulle discipline degli Stati membri relative ai procedimenti amministrativi siano stati presentati come caso di studio proprio i procedimenti di presa in carico, riconoscimento e revoca della protezione internazionale: cfr. L. PARONA, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina dei procedimenti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4, 2021, 491 ss., in particolare 506 ss.

dal d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142, in sede di attuazione della direttiva “procedure” 2005/85/CE, poi sostituita dalla direttiva di rifusione 2013/32/UE. L’obiettivo dell’analisi è verificare se e in che misura la suddetta disciplina sia idonea a garantire quello che l’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE denomina diritto ad una buona amministrazione<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Il tema del diritto ad una buona amministrazione sancito dall’art. 41 della Carta è stato studiato da diverse prospettive e con differenti approcci metodologici. Nella dottrina italiana si vedano, senza pretese di completezza, R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto a una buona amministrazione*, in *L’Europa dei diritti*, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, Bologna, 2001, 284 ss.; . ZITO, *Il “diritto ad una buona amministrazione” nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e nell’ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, n. 2-3, 425 ss.; V. RAPELLI, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, 2004; M. A. SANDULLI, *Buona amministrazione e costituzione europea*, in *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, a cura di A. CELOTTO, Torino, 2004, 77 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, n. 3-4, 819 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITTI, G. GRECO, tomo I, II ed., Milano, 2007, 49 ss.; A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione procedurale. Contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, 2008; D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, in [www.Astrid-online.it](http://www.Astrid-online.it), 2008; D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, n. 3, 601 ss.; L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell’interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, n. 3-4, 789 ss.; L. PEGORARO, *Esiste un diritto a una buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull’(ab)uso della parola diritto)*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2010, n. 5-6, 543 ss.; S. VILLAMENA, *Mediatore europeo e “buona amministrazione” (Profili ricostruttivi della tutela del Mediatore europeo attraverso la buona amministrazione comunitaria)*, in *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO, Napoli, 2010, vol. II, 251 ss.; M.C. CAVALLARO, *Clausola di buona amministrazione e risarcimento del danno*, *ibidem*, 649 ss.; M. TRIMARCHI, *L’art. 41 della Carta Europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell’attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, n. 3, 537 ss.; A. GIUFFRIDA, *Il diritto ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012; D.U. GALETTA, *Riflessioni sull’ambito di applicazione dell’art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Dir. unione eur.*, 2013, n. 1, 133 ss.; C. CELONE, *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo ed italiano*, in *Dir. econ.*, 2016, n. 3, 669 ss.; P. PIVA, *Diritto ad una buona amministrazione, in Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, a cura di R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, Milano, 2017, 756 ss.; E.N. FRAGALE, *Il diritto (europeo) alla buona amministrazione ed il problema dell’autonomia delle pretese partecipative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, n. 5, 825 ss.; M. INGLESE, *Il Mediatore europeo e il diritto a una buona amministrazione: recenti sviluppi nel rapporto tra i cittadini e le istituzioni dell’Unione europea*, in

Per dare conto della scelta di vagliare il procedimento di protezione internazionale alla stregua del diritto ad una buona amministrazione, è opportuno innanzitutto soffermarsi su tale diritto.

## 2. *Il diritto ad una buona amministrazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*

Conviene muovere dalla considerazione che la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (d'ora in avanti, Carta), solennemente proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, è stata espressamente equiparata ai Trattati, quanto al suo valore giuridico, per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>8</sup>. Non si può quindi più dubitare del suo rango di diritto primario, sovraordinato sia al diritto derivato sia agli ordinamenti degli Stati membri, e dunque del carattere vincolante delle sue norme per il legislatore nazionale. Ne consegue che il diritto ad una buona amministrazione, sancito dall'art. 41 della Carta, è divenuto a tutti gli effetti parte di quel corredo di diritti e libertà fondamentali che l'UE riconosce e garantisce ai privati nei confronti dei poteri pubblici<sup>9</sup>.

D'altronde, la dottrina e parte della giurisprudenza hanno chiarito che

---

*Dir. unione eur.*, 2018, n. 2, 309 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, n. 2, 165 ss.; M. INTERLANDI, *La dimensione organizzativa dell'accoglienza degli immigrati nella prospettiva del diritto ad una 'buona amministrazione': il ruolo degli enti locali nel bilanciamento degli interessi della persona immigrata e delle comunità 'ospitanti'*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, n. 1, 301 ss.; M. CAPPAL, *Dal ne bis in idem europeo di diritto amministrativo al diritto alla buona amministrazione. Un itinerario di studio*, Napoli, 2023. Inoltre, nel panorama internazionale, si vedano B. TOMÁS MALLÉN, *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid, 2004; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006, 508 ss.; L. AZOULAI, *Le principe de bonne administration*, in *Droit administratif européen*, a cura di J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Bruxelles, 2007, 493 ss.; J. MENDES, *Good Administration in EU Law and the European Code of Good Administrative Behaviour*, in *Working Paper*, EUI LAW, 2009/09.

<sup>8</sup> Ci si riferisce alla modifica dell'art. 6, § 1, del Trattato sull'UE disposta dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

<sup>9</sup> In tal senso cfr. A. MASSERA, *Una disciplina europea del procedimento amministrativo?*, in *Lo Spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M.P. CHITI, A. NATALINI, Bologna, 2012, 189 ss.

il diritto ad una buona amministrazione non è riconosciuto dalla Carta solo nei confronti delle istituzioni dell'Unione, come sembrerebbe ad una prima lettura dell'art. 41, ma anche nei confronti delle istituzioni degli Stati membri, per lo meno quando tali istituzioni agiscano in attuazione del diritto dell'Unione<sup>10</sup>, secondo quanto dispone il successivo art. 51 circa l'ambito di applicazione della Carta<sup>11</sup>. In ogni caso, anche a voler accogliere la tesi opposta, la Corte di giustizia ha da tempo affermato che l'art. 41 riflette un principio generale del diritto dell'UE, che come tale vincola gli Stati membri in tutta la sfera di applicazione di quel diritto<sup>12</sup>.

Venendo ora alla disciplina italiana del procedimento di protezione internazionale, da quanto sopra osservato discende che la piena conformità all'art. 41 della Carta rappresenta un requisito di legittimità della medesima disciplina, non solo ai fini della rispondenza al parametro europeo, ma anche ai fini della legittimità costituzionale ex art. 117, c. 1, Cost., disposizione che subordina l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al necessario rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (oggi dell'UE), oltre che dagli obblighi internazionali.

Sebbene non manchino nella nostra Costituzione norme dalle quali possano farsi discendere le garanzie corrispondenti al diritto ad una buona amministrazione, così come scolpito dall'art. 41 della Carta, assu-

---

<sup>10</sup> Per questa tesi, in dottrina si vedano M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta Europea dei diritti fondamentali*, cit., 539 s.; C. CELONE, *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo ed italiano*, cit., 699 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi*, cit., in particolare 182 ss. In giurisprudenza, per l'applicazione del diritto alla buona amministrazione a procedimenti svolti da amministrazioni nazionali, si vedano Corte giust., sez. I, 22 novembre 2012, causa C-277/11; Corte giust., sez. IV, 8 maggio 2014, causa C-604/12. Vale la pena osservare che tali pronunce riguardano proprio i procedimenti di esame delle domande di protezione internazionale, oggetto del presente lavoro. *Contra*, nel senso che l'art. 41 della Carta "si rivolge unicamente alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione, e non agli Stati membri", cfr. Corte giust., sez. III, 17 luglio 2014, cause riunite C-141/12 e C-372/12; Corte giust., sez. V, 5 novembre 2014, causa C-166/13; Corte giust., sez. I, 22 settembre 2022, causa C-159/21.

<sup>11</sup> In tema di ambito di applicazione della Carta, l'art. 51, c. 1, prevede che "Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione".

<sup>12</sup> L'affermazione secondo la quale il diritto alla buona amministrazione è un principio generale del diritto dell'UE è presente ad esempio in Corte giust., sez. IV, 8 maggio 2014, causa C-604/12, cit., § 49; nonché in Corte giust., sez. I, 22 settembre 2022, causa C-159/21, cit., § 35.

mere quest'ultima disposizione a parametro di legittimità (anche) costituzionale della disciplina in esame presenta un valore aggiunto, in ragione della ricchezza dei suoi contenuti e del carattere esplicito e dettagliato della sua formulazione.

Vi si legge infatti che “ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione” (c. 1); e che “tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni” (c. 2). Segue la previsione del diritto al risarcimento dei danni cagionati dalle istituzioni o dagli agenti dell'Unione nell'esercizio delle loro funzioni (c. 3) e del diritto di comunicare con le istituzioni dell'Unione in una delle lingue dei Trattati (c. 4).

Com'è evidente, l'art. 41 della Carta codifica principi generali che l'ordinamento giuridico italiano ben conosce in materia di rapporti tra privati e pubblica amministrazione, quali l'imparzialità, la ragionevole durata del procedimento, il diritto al contraddittorio, il diritto di accesso, l'obbligo di motivazione, la risarcibilità dei danni cagionati nell'esercizio della funzione amministrativa. Vi sono però anche spunti innovativi, primo fra tutti il richiamo al principio di equità, che pur essendo da tempo studiato nell'ambito del diritto amministrativo, non appariva espressamente codificato nel nostro ordinamento con riferimento all'attività amministrativa<sup>13</sup>. Risalta poi, in termini di originalità, la previsione della buona amministrazione come contenuto di un diritto della persona, piuttosto che di un principio volto a regolare e limitare l'esercizio del potere pubblico<sup>14</sup>. Con

<sup>13</sup> Lo hanno osservato A. ZITO, *Il “diritto ad una buona amministrazione”*, cit., 434; L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione*, cit., 818 ss. In tema di equità nel diritto amministrativo si vedano inoltre C. CELONE, *Il valore dell'equità nell'amministrazione pubblica*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2017, n. 2, 651 ss.; V. CAPUZZA, *L'equità per il diritto amministrativo*, Napoli, 2018.

<sup>14</sup> Il rilievo è di A. ZITO, *Il “diritto ad una buona amministrazione”*, cit., 430 ss. Pone l'accento sul fatto che il diritto alla buona amministrazione sia riconosciuto dalla Carta non solo come diritto, ma come diritto fondamentale M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta Europea dei diritti fondamentali*, cit., 547 ss., il quale individua in questo la principale novità della disposizione in esame.

questi ed altri rilievi si è osservato che il diritto ad una buona amministrazione sancito dalla Carta e i corrispondenti principi vigenti nell'ordinamento interno non sono del tutto sovrapponibili, dovendosi pertanto riconoscere una valenza autonoma al canone europeo<sup>15</sup>.

### 3. *Diritto ad una buona amministrazione e diritto al contraddittorio*

Venendo ora all'obiettivo del presente lavoro, per stabilire se la disciplina del procedimento amministrativo in materia di protezione internazionale dettata dal d. lgs. n. 25/2008 sia rispettosa del diritto ad una buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta, sarebbe necessario chiarire preliminarmente il significato e la portata di tale diritto, in tutti i suoi contenuti, per poi verificare se ad esso si conformi la disciplina in questione nei suoi diversi aspetti, in particolare sotto il profilo della durata del procedimento, delle pretese partecipative, del diritto di accesso, dell'obbligo di motivazione, della risarcibilità dei danni e delle garanzie linguistiche.

Non potendosi qui svolgere in modo esaustivo un'analisi così vasta, ci si soffermerà su uno specifico profilo del diritto ad una buona amministrazione, che pare assumere una rilevanza particolare nel procedimento di protezione internazionale: il diritto di essere ascoltato prima che nei propri confronti sia adottato un provvedimento individuale pregiudizievole, previsto dall'art. 41, c. 2, lett. a) della Carta.

Il diritto di essere ascoltato è stato oggetto di una notevole elaborazione da parte della Corte di giustizia, che ne ha sempre affermato l'importanza e l'ampia portata nell'ordinamento giuridico dell'UE, chiarendo che esso si applica a qualsiasi procedimento amministrativo che possa concludersi con l'adozione di un atto lesivo degli interessi di un determinato soggetto. A tale soggetto deve essere garantita, nel procedimento, la possibilità di manifestare il proprio punto di vista sulla questione oggetto di decisione, in modo da poter influire sulla decisione medesima<sup>16</sup>. La

---

<sup>15</sup> Sul punto sia consentito rinviare a S. D'ANTONIO, *L'integrazione amministrativa nell'Unione europea attraverso i principi: il caso del diritto ad una buona amministrazione*, in *Un nuovo rinascimento per l'Europa: il ruolo della ricerca e della formazione*, Atti del V Forum Internazionale del Gran Sasso, a cura di E. BETTINI, D. TONDINI, vol. 5, parte 2, Teramo, 2023, 505 ss.

<sup>16</sup> Si veda per tutte Corti giust., sez. I, 22 novembre 2012, causa C-277/11, cit., §§ 85-88, e i precedenti ivi richiamati.

Corte ha denominato tale pretesa “diritto al contraddittorio”, riconducendola nell'alveo del “rispetto dei diritti della difesa”, a sua volta qualificato come “principio fondamentale” o “principio generale” del diritto dell'UE<sup>17</sup>. In tal modo il diritto di essere ascoltato ha assunto la valenza di principio generale, come tale applicabile in tutto l'ambito di applicazione del diritto eurounitario. Oltre che nei principi generali dell'ordinamento dell'Unione, la Corte ha individuato il fondamento del diritto al contraddittorio nelle disposizioni della Carta, con riferimento non solo agli artt. 47 e 48, relativi alla tutela giurisdizionale<sup>18</sup>, ma anche all'art. 41, relativo alla buona amministrazione<sup>19</sup>. Tuttavia, nelle pronunce in cui ha ritenuto che tale ultima disposizione sia riferibile solo alle istituzioni dell'Unione, e non anche a quelle degli Stati membri, ha fatto discendere l'obbligo delle amministrazioni nazionali di rispettare il diritto al contraddittorio dalla qualificazione di tale diritto come principio generale, piuttosto che dall'art. 41 della Carta<sup>20</sup>.

Si è consapevoli che nella formulazione dell'art. 41 il diritto di essere ascoltato costituisce soltanto una delle possibili manifestazioni, accanto al diritto di accesso e all'obbligo di motivazione, del diritto ad un trattamento equo ed imparziale. Si è pure consapevoli che il diritto ad un trattamento equo ed imparziale non esaurisce il contenuto del diritto ad una buona amministrazione, che comprende, come s'è visto, anche il diritto alla

---

<sup>17</sup> Sul diritto di essere ascoltato o diritto al contraddittorio come parte integrante del rispetto dei diritti della difesa, costituente principio fondamentale o generale del diritto dell'UE, cfr. ancora Corte giust., sez. I, 22 novembre 2012, causa C-277/11, cit., §§ 81-82; Corte giust., sez. V, 5 novembre 2014, causa C-166/13, cit., § 42; Corte giust., sez. V, 11 dicembre 2014, causa C-249/13, § 30; Corte giust., sez. III, 9 febbraio 2017, causa C-560/14, § 25; Corte giust., sez. II, 26 luglio 2017, causa C-348/16, § 34. In dottrina si veda P. PIVA, *Diritto ad una buona amministrazione*, cit., 761 e 771 ss., che osserva come il diritto di essere ascoltato sia connesso ai diritti della difesa e, su tale base, mette in luce lo stretto legame esistente tra il diritto di cui all'art. 41 della Carta e il diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 47.

<sup>18</sup> Si ricorda che l'art. 47 della Carta è rubricato “diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”, mentre il successivo art. 48 è rubricato “presunzione di innocenza e diritti della difesa”.

<sup>19</sup> In tal senso, si vedano le già citate Corte giust., sez. I, 22 novembre 2012, causa C-277/11, § 82; Corte giust., sez. V, 5 novembre 2014, causa C-166/13, § 43; Corte giust., sez. V, 11 dicembre 2014, causa C-249/13, § 31.

<sup>20</sup> Così Corte giust., sez. III, 17 luglio 2014, cause riunite C-141/12 e C-372/12, cit., §§ 67-68; Corte giust., sez. V, 5 novembre 2014, causa C-166/13, cit., §§ 44-45; Corte giust., sez. I, 22 settembre 2022, causa C-159/21, cit., §§ 34-35.

ragionevole durata del procedimento, al risarcimento dei danni e all'uso di una lingua dei Trattati nei rapporti con le istituzioni dell'Unione. Tuttavia, fermo restando il carattere essenziale di ciascuna di tali pretese, pare a chi scrive che il diritto ad un trattamento equo ed imparziale occupi, nell'economia dell'art. 41, una posizione di primo piano; e che al suo interno svolga un ruolo cruciale proprio il diritto di essere ascoltato<sup>21</sup>. Quest'ultimo infatti garantisce all'interessato, per dirla con la Corte di giustizia, "la possibilità di manifestare, utilmente ed efficacemente, il suo punto di vista durante il procedimento amministrativo prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi"<sup>22</sup>. Tale facoltà consente al potenziale destinatario del provvedimento pregiudizievole di tutelare in via preventiva i propri interessi, introducendo nel procedimento elementi idonei ad influire sul processo decisionale. D'altra parte, il diritto di accedere al fascicolo e l'obbligo dell'amministrazione di motivare le proprie decisioni appaiono strettamente connessi al diritto al contraddittorio, in quanto ne rappresentano, rispettivamente, strumento e corollario. L'accesso al fascicolo permette infatti all'interessato di conoscere gli atti e di disporre delle informazioni sulla cui base l'amministrazione sta formando la propria decisione, mettendolo così nelle condizioni di interloquire con essa in modo informato e quindi efficace<sup>23</sup>. Dal suo canto, l'obbligo dell'amministrazione di motivare adeguatamente la deci-

---

<sup>21</sup> Il diritto di essere ascoltato, e più in generale il diritto di partecipare al procedimento, costituisce una declinazione del principio del giusto procedimento, nel cui ambito si colloca in posizione centrale, esprimendone il tratto caratteristico o connotativo: in questi termini cfr. A. ZITO, *Il principio del giusto procedimento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, 2012, 509 ss. La sua previsione all'interno dell'art. 41 della Carta garantisce dunque la partecipazione in contraddittorio nell'ambito dei procedimenti amministrativi: in tal senso cfr. A. ZITO, *Il "diritto ad una buona amministrazione"*, cit., 437 ss., dove si osserva che la partecipazione prevista dall'art. 41 della Carta è più incisiva di quella consentita dalla l. n. 241/1990, presentando il carattere dell'oralità e svolgendosi in contraddittorio; dello stesso avviso è anche C. CELONE, *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo ed italiano*, cit., 685 ss.

<sup>22</sup> Cfr. ancora Corte giust., sez. I, 22 novembre 2012, causa C-277/11, cit., § 87 e la pregressa giurisprudenza ivi citata.

<sup>23</sup> Così Corte giust., sez. I, 22 settembre 2022, causa C-159/21, cit., § 55: "il diritto di accesso alle informazioni inserite nel fascicolo ha come scopo di permettere alla persona interessata, eventualmente tramite un consulente, di far valere, dinanzi alle autorità o ai giudici competenti, il proprio punto di vista in merito a tali informazioni e alla loro rilevanza per la decisione da adottare o adottata".

sione è in qualche modo una conseguenza del diritto al contraddittorio, il quale implica che l'amministrazione "presti tutta l'attenzione necessaria alle osservazioni della persona coinvolta, esaminando, in modo accurato e imparziale, tutti gli elementi rilevanti della fattispecie e motivando sufficientemente la sua decisione"<sup>24</sup>. Pare infatti potersi affermare che una motivazione sia adeguata quando al suo interno l'amministrazione prenda posizione sulle questioni emerse nel contraddittorio<sup>25</sup>.

#### 4. *Il diritto al contraddittorio nei procedimenti di protezione internazionale: il colloquio personale con il richiedente asilo*

Tanto premesso sul significato e sulla portata del diritto al contraddittorio e sulla sua centralità nel "sistema" dell'art. 41 della Carta, ci si può chiedere se, in che misura e in quali forme esso sia garantito nei procedimenti di protezione internazionale. Anticipando quanto emergerà dall'indagine, si può affermare che nella disciplina dei procedimenti in esame il diritto al contraddittorio riceve una tutela specifica e rafforzata attraverso l'istituto del colloquio personale con il richiedente previsto dagli artt. 12 ss. del d. lgs. n. 25/2008.

Procedendo per gradi, va preliminarmente osservato che la disciplina dei procedimenti aperti dalle domande di protezione internazionale presenta significativi tratti di specialità rispetto alla disciplina generale del procedimento amministrativo. La legge 7 agosto 1990, n. 241 vi trova infatti applicazione limitatamente alle disposizioni espressamente richiamate dall'art. 18 del d. lgs. n. 25/2008, vale a dire il capo I (con l'esclusione dell'art. 2, c. 2), il capo II, il capo IV-bis e il capo V, nonché gli artt. 7, 8 e 10 del capo III.

Ne consegue che l'attuazione del diritto al contraddittorio nei procedimenti in questione è in primo luogo affidata alle disposizioni della l. n. 241/1990 riguardanti la partecipazione dei privati al procedimento amministrativo, espressamente dichiarate applicabili dalla disciplina di settore. Si tratta delle disposizioni relative alla comunicazione di avvio del

---

<sup>24</sup> Così Corte giust., sez. I, 22 novembre 2012, causa C-277/11, cit., § 88, dove si parla di "obbligo di motivare una decisione in modo sufficientemente dettagliato e concreto".

<sup>25</sup> La correlazione tra obbligo di motivazione e diritto di essere ascoltati è colta anche da F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, cit., 74.

procedimento (artt. 7 e 8) e ai diritti di coloro che partecipano al procedimento (art. 10). Non è pertanto revocabile in dubbio che al richiedente asilo debba essere comunicato l'avvio del procedimento di esame della sua domanda, secondo le regole generali; come pure è incontestato il suo diritto di prendere visione degli atti del procedimento e di presentare memorie scritte e documenti che, ove pertinenti all'oggetto del procedimento, l'amministrazione avrà l'obbligo di valutare. Peraltro tali regole generali sono confermate da ulteriori disposizioni della disciplina di settore, in particolare dall'art. 17 e dall'art. 31 del d. lgs. n. 25/2008, relativi rispettivamente all'accesso c.d. endoprocedimentale e alla presentazione di memorie e documenti<sup>26</sup>.

Oltre agli strumenti partecipativi previsti dalla disciplina generale, al richiedente asilo è altresì riconosciuto il diritto di essere sentito dall'autorità procedente nell'ambito di un apposito "colloquio personale" sul merito della sua domanda di protezione, prima che su tale domanda sia presa una decisione<sup>27</sup>. Il colloquio personale rappresenta il fulcro dell'istruttoria del procedimento analizzato e, nel contempo, il "cuore pulsante" del sistema di garanzie previsto a favore di chi chiede asilo<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> L'art. 17 garantisce al richiedente, secondo quanto previsto dalle disposizioni applicabili della l. n. 241/1990, "l'accesso a tutte le informazioni relative alla procedura, alle fonti di prova utilizzate e agli elementi di valutazione adottati, che potrebbero formare oggetto di giudizio in sede di ricorso avverso la decisione della Commissione territoriale o della Commissione nazionale". A sua volta l'art. 31, primo periodo, prevede che "il richiedente può inviare alla Commissione territoriale memorie e documentazione in ogni fase del procedimento".

<sup>27</sup> L'istituto del colloquio personale è previsto e disciplinato dagli artt. 12 ss. del d. lgs. n. 25/2008, che traspongono gli artt. 14 ss. della direttiva "procedure" 2013/32/UE.

<sup>28</sup> In argomento, oltre agli Autori citati nella nota 6, cfr. M. VEGLIO, *Uomini tradotti. Prove di dialogo con richiedenti asilo*, in *Dir. imm. citt.*, 2017, n. 2, 1 ss.; M.C. LOCCHI, *Il diritto di essere ascoltati dei richiedenti la protezione sussidiaria: la Corte di Giustizia torna sul caso irlandese*, in *DPCE online*, [www.dpceonline.it](http://www.dpceonline.it), 2017, n. 2, 359 ss.; A. SCIURBA, *Ai confini dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'hotspot alla decisione della Commissione territoriale*, in *Questione Giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2018, n. 2, 145 ss.; F. GALLO, *Audizione e valutazione di credibilità del richiedente davanti alla Commissione territoriale*, *ibidem*, 158 ss.; C. PITEA, *La nozione di "paese di origine sicuro" e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Riv. dir. intern.*, 2019, n. 3, 627 ss.; F. QUASSOLI, C. UBOLDI, *La credibilità del richiedente protezione internazionale tra cultura del sospetto, intuizioni e dilemmi etici*, in *Dir. imm. citt.*, 2020, n. 2, 181 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Garanzie procedurali e diritto all'esame adeguato completo della domanda di protezione internazionale, con particolare riguardo all'ipotesi della "domanda manifestamente infondata"*, in *Le migrazioni e l'integrazione giuridica degli stranieri*, a cura di

Già prima dell'adozione della direttiva "procedure" 2005/85/CE, quando la materia del riconoscimento dello status di rifugiato era disciplinata in Italia dal d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, era previsto il diritto del richiedente asilo di essere sentito personalmente dalla commissione centrale competente a decidere, su impulso del richiedente o su iniziativa della commissione<sup>29</sup>. Questa fondamentale garanzia è stata confermata ed ampliata nel quadro normativo introdotto dalle direttive europee e dalla legislazione interna di recepimento. Il d. lgs. n. 25/2008, in conformità alla direttiva "procedure", prevede infatti come obbligatoria l'audizione del richiedente, salvo eccezioni<sup>30</sup>. Il colloquio è condotto, di norma, dal funzionario amministrativo con compiti istruttori, membro della commissione territoriale, che sottopone poi al collegio la proposta di decisione. L'audizione può essere omessa solo in due casi: quando la commissione ritiene di avere sufficienti motivi per riconoscere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria; quando risulti certificata l'impossibilità o l'incapacità del richiedente di sostenere il colloquio. Per motivi di salute debitamente certificati, o comunque per gravi motivi, il colloquio può essere rinviato; se il richiedente regolarmente convocato non si presenta al colloquio senza aver chiesto il rinvio, la commissione decide in base alla documentazione disponibile. Al richiedente deve essere "assicurata la possibilità di esporre in maniera esauriente gli elementi addotti a fondamento della domanda"<sup>31</sup>; può farsi assistere a proprie spese da un avvocato, il quale può essere presente al colloquio, prendere visione del verbale ed acquisirne copia. La fase della verbalizzazione del colloquio è disciplinata minuziosamente, anche al fine di consentire al giudice, in caso di ricorso, di rivedere e riascoltare l'audizione. Si prevede infatti che il colloquio sia videoregistrato e trascritto in lingua italiana<sup>32</sup>; e che in caso di ricorso giurisdizionale, il file

---

H. CAROLI CASAVOLA, Torino, 2021, 236 ss.; G. CONZA, *Come bilanciare la valutazione di credibilità e il dovere di cooperazione istruttoria nella procedura per il riconoscimento della protezione internazionale?*, in *ADiM Blog*, [www.adimblog.com](http://www.adimblog.com), settembre 2021.

<sup>29</sup> L'audizione del richiedente era prevista e disciplinata dall'art. 3 del d.P.R. 15 maggio 1990, n. 136, regolamento di attuazione dell'art. 1, c. 2 del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito in legge 28 febbraio 1990, n. 39.

<sup>30</sup> Si vedano oggi gli artt. 12 ss. del d. lgs. n. 25/2008 e i corrispondenti artt. 14 ss. della direttiva 2013/32/UE.

<sup>31</sup> Così l'art. 13, c. 1-bis, del d. lgs. n. 25/2008.

<sup>32</sup> L'art. 14 prevede inoltre che della trascrizione sia data lettura al richiedente, in

contenente la videoregistrazione e il verbale della trascrizione, conservato in un archivio informatico del Ministero dell'interno, sia messo a disposizione del giudice e sia reso accessibile al richiedente. Occorre tuttavia avvertire che le "specifiche tecniche" relative alla messa a disposizione del giudice del file in questione<sup>33</sup> non sono ancora state adottate, per cui il meccanismo previsto dalla norma non è ancora operativo<sup>34</sup>.

5. *La ratio dell'istituto: tra garanzia rafforzata del contraddittorio e strumento di conoscenza di fatti complessi*

A fronte di una legge generale sul procedimento amministrativo che non prevede la garanzia del contraddittorio orale<sup>35</sup>, l'audizione dell'interessato è indubbiamente un istituto che rimarca il carattere di specialità della disciplina del procedimento di protezione internazionale rispetto alla disciplina generale. Rilevato tale carattere, vien fatto di chiedersi quale sia la *ratio* dell'istituto, vale a dire per quali ragioni il legislatore lo abbia previsto e quale ne sia la funzione: la risposta a tali quesiti può contribuire a sciogliere il nodo principale del presente studio, vale a dire la conformità della disciplina in esame al diritto ad una buona amministrazione, sotto lo specifico profilo del diritto al contraddittorio. L'analisi che si sta conducendo, infatti, mira a stabilire se l'insieme delle garanzie partecipative previste a favore del richiedente asilo, con particolare riguardo al colloquio personale, fornisca una tutela adeguata al diritto al contraddittorio, considerato come aspetto del diritto ad una buona amministrazione.

Una prima ipotesi che si può formulare è che l'istituto del colloquio

---

una lingua a lui comprensibile e in ogni caso tramite interprete; che il funzionario che ha condotto il colloquio, in cooperazione con il richiedente e con l'interprete, apporti alla trascrizione le correzioni eventualmente necessarie; che il verbale della trascrizione sia sottoscritto dal presidente o dal funzionario che ha condotto il colloquio, oltre che dall'interprete, e che sia consegnato in copia al richiedente.

<sup>33</sup> Cfr. art. 14, cc. 5 e 8, del d. lgs. n. 25/2008.

<sup>34</sup> Sulle criticità connesse a questo aspetto, si veda G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale*, cit., 192 ss.

<sup>35</sup> Sulla mancata garanzia del contraddittorio orale nella disciplina generale del procedimento amministrativo cfr. A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, VII ed., Torino, 2021, 207 ss., in particolare 224; nonché S. CIMINI, *Partecipazione procedimentale: limiti di effettività della forma scritta e prospettive dell'oralità*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione*, cit., 25 ss.

personale abbia la funzione di rafforzare la tutela procedimentale del richiedente protezione, tenuto conto della condizione di intrinseca debolezza in cui tipicamente questi si trova.

Per definizione, il richiedente asilo è una persona che chiede protezione ad uno Stato diverso da quello al quale appartiene come cittadino (o nel quale aveva la dimora abituale, se è un apolide), per il timore fondato di essere perseguitato o per il rischio effettivo di subire un danno grave<sup>36</sup>, non potendo o non volendo, a causa di tale timore o rischio, avvalersi della protezione dello Stato di appartenenza. Si trova pertanto in una situazione di vulnerabilità, che verosimilmente si è aggravata durante il percorso effettuato per raggiungere il nostro Paese; raramente è in possesso di documenti idonei a supportare la rappresentazione degli elementi di fatto che costituiscono il fondamento della sua domanda; e comunque, anche in considerazione del contesto geo-politico, economico e sociale dal quale proviene, può non disporre degli strumenti o dei riferimenti culturali necessari per orientarsi ed affrontare consapevolmente il confronto con l'autorità amministrativa italiana.

Il richiedente versa insomma in una condizione di strutturale precarietà, che nei confronti dell'amministrazione precedente si atteggia come vera e propria "minorità"<sup>37</sup>, tale da esigere o perlomeno giustificare una tutela rafforzata delle sue pretese partecipative, e in particolare del diritto al contraddittorio.

Alla luce di tali considerazioni, il colloquio personale potrebbe essere inteso come strumento di garanzia rafforzata del contraddittorio a favore del richiedente asilo, reso necessario dall'esigenza di compensare la debolezza "istituzionale" che contraddistingue la sua condizione.

A conferma dell'ipotesi appena formulata si può osservare che nella disciplina in esame si rinvergono altri istituti, oltre a quello del colloquio personale, la cui funzione può essere individuata nel presidiare la

---

<sup>36</sup> Ci si riferisce ai presupposti necessari per ottenere il riconoscimento della protezione internazionale, nelle due forme dello status di rifugiato e dello status di protezione sussidiaria, rispettivamente individuati nel timore fondato di essere perseguitato e nel rischio effettivo di subire un danno grave, come meglio descritti dalle pertinenti disposizioni del d. lgs. 19 novembre 2007, n. 251 (se ne vedano in particolare gli artt. 2, 7, 8 e 14).

<sup>37</sup> In questi termini si esprime M. VEGLIO, *Uomini tradotti*, cit., 10 ss., che mette in evidenza l'asimmetria dei ruoli riscontrabile tra esaminatore e richiedente, parlando di "rapporto gerarchico tra chi emette il verdetto e chi lo subisce".

posizione del richiedente asilo nel suo rapporto non paritario – e a volte senz'altro squilibrato – con l'autorità decidente. Ci si riferisce alle “regole di giudizio” secondo le quali le commissioni territoriali devono valutare la domanda di protezione internazionale, stabilite dall'art. 3 del d. lgs. 19 novembre 2007, n. 251, anch'esse parzialmente derogatorie rispetto alle regole ordinarie del procedimento amministrativo. La disposizione in parola pone in capo alla commissione territoriale un espresso obbligo di cooperazione istruttoria con il richiedente, attenuando in misura corrispondente l'onere della prova gravante su quest'ultimo<sup>38</sup>. Come chiarito dalla giurisprudenza e dalla dottrina<sup>39</sup>, l'obbligo di cooperazione istruttoria implica il potere-dovere dell'autorità amministrativa – e di quella giurisdizionale in caso di ricorso – di attivarsi nella ricerca, nell'accertamento e nella valutazione di ogni elemento rilevante ai fini della decisione, ad integrazione del quadro istruttorio fornito dal richiedente. In questo ambito, la commissione può e deve acquisire e/o avvalersi delle informazioni sul Paese d'origine del richiedente (c.d. *Country of Origin Information – C.O.I.*), consultare esperti, disporre visite mediche, etc.

Il citato art. 3 del d. lgs. n. 251/2007 stabilisce inoltre che qualora non vi siano prove a supporto di talune delle dichiarazioni del richiedente, queste siano considerate veritiere ove ricorrano, a giudizio della commissione, alcune circostanze descritte dalla disposizione, le quali fungono da indici o indizi di veridicità delle affermazioni non provate. Si tratta o di comportamenti sintomatici di un atteggiamento di diligenza e buona fede del richiedente, come ad esempio l'aver fornito il maggior numero possibile

---

<sup>38</sup> L'art. 3 del d. lgs. n. 251/2007 prevede al c. 1 che “l'esame è svolto in cooperazione con il richiedente e riguarda tutti gli elementi significativi della domanda”; a sua volta l'art. 4 della direttiva “qualifiche” 2011/95/UE prevede al § 1 che “lo Stato membro è tenuto, in cooperazione con il richiedente, a esaminare tutti gli elementi significativi della domanda”. Si vedano inoltre l'art. 8, cc. 3 e 3-bis, nonché l'art. 27, c. 1-bis, del d. lgs. n. 25/2008.

<sup>39</sup> In tema di obbligo di cooperazione istruttoria e distribuzione dell'onere della prova nei procedimenti in discorso cfr., tra le tante, Cass. civ., sez. VI-1, 24 settembre 2012, n. 16221, secondo un indirizzo peraltro già chiaro in Cass. civ., sez. un., 17 novembre 2008, n. 27310. In dottrina, cfr. G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale*, cit., 187 ss.; V. CARLINO, *L'accesso alla tutela giurisdizionale nella procedura per il riconoscimento del diritto di asilo*, cit., 323 ss.; M. FLAMINI, *Il dovere di cooperazione istruttoria nel procedimento di protezione internazionale: il punto di vista del giudice di merito*, in *Questione giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2020, n. 3, 43 ss.; M. ACIERNO, M. FLAMINI, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Dir. imm. citt.*, 2017, n. 1, 1 ss.

di dettagli sulle ragioni della domanda, l'aver prodotto tutti gli elementi pertinenti di cui si dispone, l'aver presentato la domanda il prima possibile; o di giudizi relativi alla coerenza, plausibilità e non contraddittorietà delle dichiarazioni del richiedente, nonché alla sua generale attendibilità<sup>40</sup>. In altri termini, il legislatore prevede che le dichiarazioni del richiedente asilo siano considerate veritiere, anche se non suffragate da prove, quando l'autorità competente a decidere le ritenga coerenti, plausibili e non contraddittorie o quando la medesima autorità reputi attendibile la persona del richiedente. Sebbene non manchino letture decisamente critiche al riguardo, tese ad evidenziare il rischio di una discrezionalità troppo ampia in capo all'organo decidente<sup>41</sup>, si può affermare che la previsione di tali indici o indizi di veridicità valga comunque a sopperire alla fisiologica scarsità di prove (documentali o di altro tipo) con cui deve fare i conti il richiedente asilo, in modo da attenuare lo squilibrio che caratterizza il suo rapporto con l'amministrazione.

Le considerazioni che precedono in tema di “debolezza” del richiedente protezione sollecitano invero ulteriori riflessioni, a partire dal problema del relativo accertamento amministrativo. S'intende evidenziare il fatto che la suddetta condizione, nella quale si assume versi il richiedente asilo, non può essere data per presupposta, dovendo piuttosto essere accertata dall'autorità amministrativa competente ad accordare la protezione dello Stato italiano. La fragilità di chi cerca rifugio è parte integrante di quel fatto complesso che la commissione territoriale è chiamata a conoscere: un fatto che, per le sue peculiari caratteristiche, richiede l'impiego di strumenti conoscitivi specifici e adeguati.

Viene qui in considerazione il tema della natura dell'attività amministrativa di riconoscimento o diniego degli status di protezione interna-

---

<sup>40</sup> Cfr. Part. 3, c. 5, lett. a) – e) del d. lgs. n. 251/2007. Sulla valutazione della credibilità del richiedente e sul c.d. “beneficio del dubbio”, si vedano ad esempio Cass. civ., sez. III, ord. 13 giugno 2022, n. 19045; Cass. civ., sez. III, 12 gennaio 2021, n. 265. In dottrina, cfr. G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale*, cit., 180 ss.; L. MINNITI, *La valutazione di credibilità come strumento di valutazione della prova dichiarativa. Ragioni e conseguenze*, in *Questione Giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2020, n. 3, 22 ss. Sul rapporto tra valutazione di credibilità ed obbligo di cooperazione istruttoria cfr. Cass. civ., sez. III, ord. 12 maggio 2020, n. 8819, su cui si veda il commento di G. CONZA, *Come bilanciare la valutazione di credibilità*, cit.

<sup>41</sup> Cfr. ad es. M. VEGLIO, *Uomini tradotti*, cit., 9, secondo il quale “la discrezionalità dell'esaminatore viene elevata a criterio ermeneutico, si *fa legge*, con l'incombente presagio di arbitri e discriminazioni”.

zionale, che coinvolge la questione speculare della natura delle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari di quell'attività. Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità in diverse occasioni, si tratta di attività di carattere dichiarativo e di natura vincolata, avente ad oggetto diritti soggettivi fondamentali e indegradabili<sup>42</sup>. Sulla natura dichiarativa dell'attività amministrativa in questione la Cassazione si è soffermata, tra l'altro, nell'affrontare il problema dell'immediata applicabilità ai giudizi in corso della riforma della protezione umanitaria intervenuta nel 2018<sup>43</sup>. Sul carattere vincolato dell'accertamento e sulla consistenza di diritti umani fondamentali e indegradabili delle situazioni giuridiche soggettive sottostanti, la Suprema Corte si era già espressa nel riconoscere la giurisdizione del giudice ordinario in materia di respingimento, precisando che la pubblica amministrazione può far uso, nell'accertamento dei presupposti della protezione internazionale, "di una mera discrezionalità tecnica"<sup>44</sup>.

Tanto detto, se si riflette sull'oggetto dell'accertamento, si può agevolmente cogliere il carattere complesso e composito dell'attività conoscitiva che l'amministrazione deve svolgere per pronunciarsi sulla domanda di protezione internazionale. Si tratta infatti di accertare sofferenze, vessazioni, timori, paure, persecuzioni, rischi, danni gravi: un materiale variegato, fatto anche di emozioni e stati d'animo, che può essere sfuggente e comunque difficile da cogliere e cristallizzare nelle consuete forme scritte del procedimento amministrativo, mentre si presta ad una migliore e più intensa percezione grazie all'incontro diretto e al confronto verbale (e non verbale) con la persona del richiedente.

È infatti naturale che l'audizione di chi chiede asilo consenta, più e meglio di uno scambio cartolare di memorie e documenti, di entrare in

---

<sup>42</sup> Sul ruolo nevralgico svolto dalle pubbliche amministrazioni nella garanzia dei diritti fondamentali degli immigrati, ivi compresi i richiedenti protezione internazionale, si veda l'approfondita analisi di M. IMMORDINO, L. GIANI, *I diritti fondamentali degli immigrati tra emergenza rifugiati e crisi economico/finanziaria: quale ruolo per le amministrazioni?*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, a cura di F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO, Torino, 2019, 74 ss.

<sup>43</sup> Ci si riferisce al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° dicembre 2018, n. 132. Si veda Cass. civ., sez. I, 19 febbraio 2019, n. 4890, che ha confermato, con particolare riferimento alla protezione umanitaria, "la natura meramente ricognitiva dell'accertamento da svolgere in sede di verifica delle condizioni previste dalla legge".

<sup>44</sup> Cfr. Cass. civ., sez. un., ord. 10 giugno 2013, n. 14502; Cass. civ., sez. un., 17 giugno 2013, n. 15115.

contatto non solo con vissuti personali, ma anche con contesti sociali e culturali lontani e per lo più sconosciuti a chi deve ascoltare e stabilire se vi siano le condizioni per accordare la protezione richiesta. Si può dunque concludere che il colloquio personale non è solo mezzo di garanzia del diritto al contraddittorio, ma anche efficace veicolo di conoscenza dei fatti, strumento specifico di quella peculiare attività conoscitiva che impegna l'amministrazione pubblica nei procedimenti in esame: un'attività che, in estrema sintesi, non è volta soltanto ad accertare fatti complessi, ma anche a "comprendere" vicende e situazioni personali intrise dei più diversi aspetti (psicologici, antropologici, di genere, sociali, culturali, politici, economici).

A tale proposito è evidente che nei procedimenti in parola assume importanza cruciale il rapporto umano che s'instaura tra il funzionario e il richiedente: una relazione comunicativa che dovrebbe svolgersi in un "ambiente" empatico e di reciproca fiducia<sup>45</sup>, oltre che nel rispetto del principio di cooperazione, al fine prioritario di raccogliere informazioni attendibili e di qualità, da porre a fondamento di una decisione giusta<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Il tema dell'empatia nei rapporti tra pubblica amministrazione e stranieri è stato affrontato, in relazione ai diritti sociali degli immigrati e ai corrispondenti obblighi di prestazione della pubblica amministrazione, da A. ZITO, *Beni primari, diritti sociali degli immigrati e ruolo delle pubbliche amministrazioni*, in questa Rivista, 2013, n. 2-3, 223 ss. Con specifico riferimento al procedimento di protezione internazionale, cfr. M. VEGLIO, *Uomini tradotti*, cit., 12, che auspica nell'esaminatore un "atteggiamento incoraggiante ed empatico", ma non una "benevolenza paternalista" che finirebbe comunque per neutralizzare la dignità del richiedente (39). Contro "lo slittamento e in ultima istanza la traduzione della legge in benevolenza e il passaggio dal diritto alla compassione" cfr. anche F. QUASSOLI, C. UBOLDI, *La credibilità del richiedente*, cit., 204.

<sup>46</sup> Il richiamo all'obiettivo di una "giusta" decisione apre la questione problematica del rapporto tra livello logico-formale e livello assiologico-sostanziale del discorso giuridico, che sempre si collega al tema del procedimento amministrativo e in particolare al principio del giusto procedimento. Quest'ultimo principio, infatti, chiama in causa il nesso tra la struttura del procedimento e gli elementi di valore che inevitabilmente vi entrano, come spiegato da A. ZITO, *Il principio del giusto procedimento*, cit., 509. Si può qui richiamare l'idea che il diritto ad una buona amministrazione sia diritto ad una "buona decisione", nel senso di decisione imparziale, equa e sollecita: così F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, cit., 54 ss.

## 6. *Il diritto al contraddittorio tra procedimento e processo*

L'importanza del colloquio personale con il richiedente asilo, ai fini della garanzia del diritto al contraddittorio nei procedimenti in esame, è confermata ed enfatizzata dalla giurisprudenza di legittimità, nell'ottica di una visione d'insieme del procedimento amministrativo e del successivo eventuale processo giurisdizionale<sup>47</sup>.

Si fa riferimento ad una concezione unitaria del procedimento amministrativo-giurisdizionale volto al riconoscimento della protezione internazionale, che induce a considerare unitariamente la tutela fornita al richiedente nei due segmenti procedurali; in modo tale che le lacune della tutela giurisdizionale possano essere colmate con le garanzie apprestate in sede amministrativa, e gli eventuali deficit di tutela della fase amministrativa possano essere compensati dalle garanzie offerte nella fase giurisdizionale<sup>48</sup>.

Nel 2017 esigenze di speditezza e celerità della procedura hanno indotto il legislatore a prevedere, per il giudizio di impugnazione delle decisioni delle commissioni territoriali, un rito camerale nel quale di regola il giudice può non fissare l'udienza di comparizione delle parti<sup>49</sup>.

Già prima di tale riforma, la disciplina previgente era interpretata nel senso che il giudice non fosse obbligato a disporre l'audizione del richiedente asilo, dal momento che il giudizio era preceduto da un procedimento amministrativo nel quale era invece espressamente previsto l'obbligo di ascoltare il richiedente<sup>50</sup>. Questo indirizzo giurisprudenziale,

---

<sup>47</sup> Su questo tema cfr. ampiamente G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale*, cit. Si veda anche A. SCOGNAMIGLIO, *Garanzie procedurali*, cit., 240 s.

<sup>48</sup> Si veda Cass. civ., sez. I, 6 ottobre 2020, n. 21443, secondo la quale “l'eventuale carenza di terzietà dell'organo amministrativo (...) non si riverbera in vizio del procedimento o del suo provvedimento conclusivo, posta l'esistenza della successiva fase giurisdizionale a cognizione piena”.

<sup>49</sup> Ci si riferisce alla disciplina dettata dall'art. 35-bis del d. lgs. n. 25/2008, introdotto dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito in legge 13 aprile 2017, n. 46, che ha optato per il rito camerale, già previsto dalla disciplina originariamente dettata dall'art. 35 del d. lgs. n. 25/2008, dopo che il d. lgs. 1° settembre 2011, n. 150 aveva sottoposto i giudizi in parola al rito sommario di cognizione, secondo la disciplina di cui all'art. 19 del medesimo d. lgs. n. 150/2011. In argomento cfr. V. CARLINO, *L'accesso alla tutela giurisdizionale nella procedura per il riconoscimento del diritto di asilo*, cit., 311 ss.

<sup>50</sup> In tal senso, cfr. ad es. Cass. civ., sez. I, ord. 16 dicembre 2019, n. 33176 ed i precedenti ivi richiamati.

impennato sull'asserita "struttura bifasica" del procedimento di protezione internazionale, composto da una fase amministrativa necessaria e da una fase giurisdizionale eventuale, è stato confermato anche dopo la riforma del rito sopra menzionata, avendo ricevuto anche l'avallo della Corte di giustizia dell'UE<sup>51</sup>. In particolare i giudici di Lussemburgo, evidenziata la "stretta connessione esistente tra la procedura di impugnazione dinanzi al giudice e la procedura di primo grado che la precede", hanno precisato che il giudice può non procedere all'audizione del richiedente, ove non lo ritenga necessario, a condizione che al medesimo richiedente sia stata data la facoltà di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione nella fase amministrativa e che il verbale o la trascrizione del colloquio siano stati messi a disposizione del giudice, non configurandosi in tal caso violazione dei diritti della difesa.

La riforma del 2017 ha rafforzato il legame tra procedimento e processo nell'ottica della tutela del diritto al contraddittorio, prevedendo da un lato che il colloquio svolto nella fase amministrativa sia videoregistrato e che la videoregistrazione sia messa a disposizione del giudice, dall'altro che la fissazione dell'udienza in giudizio sia obbligatoria solo nei casi espressamente previsti, tra i quali vi è quello in cui la videoregistrazione del colloquio non sia disponibile. Tale disciplina è stata ritenuta dalla Cassazione conforme al principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. in virtù della "struttura bifasica del procedimento in materia di protezione internazionale", cioè sul presupposto che la verifica della piena garanzia del contraddittorio debba essere effettuata prendendo in considerazione l'intera sequenza procedimentale, composta da fase amministrativa e fase giurisdizionale<sup>52</sup>. E così il carattere camerale del rito e la non obbligatorietà dell'udienza sono compatibili con la garanzia del contraddittorio se il richiedente sia stato sentito dalla commissione territoriale e se la videoregistrazione del colloquio sia messa a disposizione del giudice; mentre l'udienza deve in ogni caso essere disposta, a pena di nullità del decreto che decide sul ricorso, in tutti i casi in cui la videoregistrazione non sia disponibile<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. Corte giust., sez. II, 26 luglio 2017, causa C-348/16, in particolare §§ 42 e 49.

<sup>52</sup> Così Cass. n. 21443/2020.

<sup>53</sup> Per l'affermazione del principio cfr. Cass. civ., sez. I, 5 luglio 2018, n. 17717, che però precisa, senza ulteriori spiegazioni, che l'obbligo di disporre l'udienza non implica automaticamente l'obbligo di dar corso all'audizione del richiedente. Su questo distinguo, e sui casi nei quali invece deve ritenersi che vi sia anche obbligo di audizione, si

Lo stesso modo di ragionare ha portato la Suprema Corte a ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della riforma del 2017 nella parte in cui ha cancellato la possibilità di proporre appello avverso le sentenze di primo grado; e ciò non tanto per l'assenza di copertura costituzionale del principio del doppio grado di giurisdizione, che può ben essere sacrificato per esigenze di celerità, quanto per la presenza di una precedente fase amministrativa nell'ambito della quale "l'istante è posto in condizioni di illustrare pienamente le proprie ragioni attraverso il colloquio destinato a svolgersi dinanzi alle commissioni territoriali", per cui quando il giudice interviene "è stato già acquisito l'elemento istruttorio centrale – per l'appunto il detto colloquio – per i fini dello scrutinio della fondatezza della domanda di protezione, il che concorre a far ritenere superfluo il giudizio di appello"<sup>54</sup>.

#### 7. *Il carattere quasi giurisdizionale dell'attività delle commissioni territoriali*

Se si afferma che l'audizione del richiedente dinanzi al giudice possa essere omessa quando il medesimo richiedente sia stato sentito dall'organo amministrativo e la videoregistrazione di tale colloquio sia nella disponibilità del giudice, è evidente che si sta assegnando al colloquio in parola una funzione analoga a quella di un'audizione giudiziale. Così ragionando, si attribuisce carattere paraprocedurale al colloquio che si svolge nel procedimento amministrativo e, di conseguenza, si prospetta la possibilità di qualificare come "quasi giurisdizionale" o "quasi giudiziale" l'attività

---

veda Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2020, n. 21584, in *Giur. it.*, 2021, n. 4, 845 ss., con nota di C. CARIGLIA, *Note sull'obbligo di audizione dello straniero nel procedimento per la protezione internazionale ex art. 35-bis del D. Lgs. n. 25/2008*, 847 ss.; in termini Cass. civ., sez. I, ord. 12 febbraio 2021, n. 3746; Cass. civ., sez. III, ord. 7 settembre 2021, n. 24104. Per la nullità del decreto di fissazione dell'udienza che previamente disponga che non vi sarà audizione del richiedente cfr. Cass. civ., sez. II, ord. 16 novembre 2020, n. 25943; nel senso che l'audizione possa essere evitata solo in caso di manifesta infondatezza della domanda cfr. Cass. civ., sez. II, ord. 20 maggio 2020, n. 9228; Cass. civ., sez. III, ord. 3 novembre 2020, n. 24444; nel senso che la presenza di contraddizioni e lacune nel racconto del richiedente renda piuttosto obbligatorio per il giudice procedere all'audizione cfr. Cass. civ., sez. I, ord. 16 gennaio 2023, n. 1089; a maggior ragione quando vi siano indizi che la richiedente sia stata vittima di tratta, cfr. Cass. civ., sez. I, ord. 4 novembre 2020, n. 24573.

<sup>54</sup> Così Cass. civ., sez. I, ord. 5 novembre 2018, n. 28119.

amministrativa di accertamento dei presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale. Ora è lecito chiedersi se una simile ipotesi sia fondata, e su quali basi.

Va certamente dato atto che elementi a sostegno della suddetta ipotesi sono rinvenibili nel dato normativo, nella giurisprudenza e nella dottrina.

Quanto al dato normativo, sembra significativo innanzitutto che il d. lgs. n. 25/2008, sulla falsariga della direttiva 2013/32/UE, denominati “procedure di primo grado” i procedimenti amministrativi di esame delle domande di protezione internazionale, e “procedure di impugnazione” i giudizi che s’instaurano con la presentazione di un ricorso in sede giurisdizionale avverso la decisione dell’organo amministrativo. Tale linguaggio è chiaramente evocativo di una continuità strutturale e funzionale tra procedimento e processo, concepiti come due fasi – la prima necessaria e la seconda eventuale – di una fattispecie unitaria, complessivamente volta ad assumere una decisione sulla domanda di protezione. Va poi segnalata l’affermazione, contenuta nell’art. 4, c. 3-bis del d. lgs. n. 25/2008, che “ogni commissione territoriale e ognuna delle sue sezioni opera con indipendenza di giudizio e di valutazione”, espressione che nella legislazione italiana è tipicamente riferita alle autorità amministrative indipendenti<sup>55</sup>, in capo alle quali sono generalmente riconosciuti poteri quasi giudiziali<sup>56</sup>.

Quanto alla giurisprudenza, basti richiamare il già illustrato indirizzo della Cassazione relativo alla struttura “bifasica” del procedimento in discorso, dal quale emerge chiaramente come il colloquio svolto in sede amministrativa assolva una funzione assimilabile a quella di un’audizione giudiziale.

Anche in dottrina si rinengono spunti nel senso del carattere paragiurisdizionale dell’attività delle commissioni territoriali: queste ultime

<sup>55</sup> Senza pretese di completezza, si vedano: per l’Autorità garante della concorrenza e del mercato l’art. 10, c. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287; per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità l’art. 2, c. 5 della legge 14 novembre 1995, n. 481; per l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni l’art. 1, c. 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249. Tutte le citate disposizioni prevedono che le autorità ivi disciplinate operino “in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione”.

<sup>56</sup> Cfr. L. GIANI, *L’organizzazione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, cit., 129 ss., che individua nella titolarità congiunta di poteri normativi, esecutivi e di soluzione dei conflitti la caratteristica propria del modello delle amministrazioni indipendenti (154). Si vedano inoltre E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti*, in *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l’economia*, a cura di M. D’ALBERTI, A. PAJNO, Bologna, 2010, 107 ss.

sono state infatti definite “organi giustiziali”, il colloquio personale con il richiedente è stato denominato “interrogatorio” e l’intera procedura è stata indicata come “processo di accertamento dello status di rifugiato”<sup>57</sup>. D’altra parte sono state espresse perplessità sulla tesi che in qualche modo assimila procedimento e processo, manifestando il timore che l’analogia di funzioni istituita tra i due diversi “momenti” possa risolversi in una riduzione di garanzie a scapito di chi chiede protezione<sup>58</sup>.

Per prendere posizione sul problema prospettato occorre premettere che quando si parla di attività amministrative quasi giurisdizionali si accomunano invero fattispecie anche molto eterogenee tra di loro, come ad esempio alcune attività svolte da certe amministrazioni indipendenti, le attività inerenti all’esercizio dei poteri amministrativi sanzionatori<sup>59</sup> o quelle ricadenti nella c.d. funzione amministrativa giustiziale<sup>60</sup>.

Un primo elemento che accomuna tali attività è la loro natura “contenziosa”, vale a dire la loro funzionalizzazione alla risoluzione di conflitti. Si pensi al potere, spettante all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni o all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, di risolvere i conflitti sorti tra gli operatori economici del settore di riferimento o tra gli operatori economici da un lato e gli utenti dall’altro. Si pensi anche ai poteri sanzionatori attribuiti alle autorità amministrative indipendenti<sup>61</sup>, e più in generale ai poteri sanzionatori delle pubbliche amministrazioni, nel cui esercizio si instaura una sorta di controversia tra l’autorità chiamata ad accertare e sanzionare la violazione di una norma e il soggetto accusato di aver commesso la violazione<sup>62</sup>. Si pensi, ancora, alla funzione

---

<sup>57</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *In tema di protezione internazionale dello straniero*, in *Foro it.*, 2010, I, 3043 ss.

<sup>58</sup> In senso critico nei confronti della qualificazione della fase amministrativa come “quasi giurisdizionale” si è espresso G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale*, cit., 29 e, con particolare riferimento alla natura dell’organo decidente, 203.

<sup>59</sup> In argomento si veda S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017.

<sup>60</sup> Si rimanda sul tema al lavoro monografico di M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012.

<sup>61</sup> Cfr. E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti*, cit., 110, dove si rileva che “anche il potere di irrogare sanzioni amministrative nel caso di violazione delle regole del settore da parte di un’impresa può innescare una dinamica di tipo paraprocedurale interna al procedimento di accertamento dell’illecito”.

<sup>62</sup> Osserva S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio*, cit., 307, che nei procedimenti amministrativi sanzionatori “l’istruttoria non è rivolta tanto ad acquisire interessi, ma svolge

amministrativa giustiziale, essenzialmente identificabile con la materia dei ricorsi amministrativi, la cui caratteristica saliente è stata individuata nell'attitudine a risolvere un conflitto sorto tra un cittadino e la pubblica amministrazione<sup>63</sup>.

Pare di poter osservare che, se ci si fermasse al carattere contenzioso dell'attività quasi giurisdizionale, si dovrebbe senz'altro escludere da tale categoria l'attività amministrativa volta al riconoscimento della protezione internazionale, che di per sé non è finalizzata a risolvere conflitti o controversie.

Tuttavia vi è un'altra caratteristica, propria delle attività amministrative quasi giurisdizionali, che può essere riferita anche all'attività svolta dalle commissioni territoriali, ed è la seguente: si tratta di attività amministrative la cui funzione primaria consiste nell'applicazione imparziale del diritto obiettivo a tutela e garanzia di situazioni giuridiche soggettive, più che nel perseguimento di un determinato interesse pubblico<sup>64</sup>. Si è consapevoli che una simile generalizzazione presenta un certo grado di approssimazione, essendo discussa e discutibile innanzitutto la stessa categoria di "attività amministrativa quasi giurisdizionale" e poi la riferibilità a ciascuna

---

piuttosto un ruolo probatorio, nel senso che consente all'interessato colpito da una contestazione di dimostrare che non ha commesso il fatto".

<sup>63</sup> Così M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, cit., 1, secondo il quale "con l'espressione funzione giustiziale si suole intendere quell'attività della pubblica amministrazione volta a risolvere al proprio interno, in modo imparziale ed obiettivo, un conflitto con il cittadino, senza che esso venga portato innanzi al potere giudiziario".

<sup>64</sup> Con riferimento alle amministrazioni indipendenti, alcuni Autori parlano senz'altro di "amministrazione giustiziale" come quella che "tende a conciliare l'esigenza del perseguimento di interessi pubblici nel caso concreto con quella della piena tutela delle situazioni giuridiche coinvolte": così E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti*, cit., 134. In tema di poteri amministrativi sanzionatori si è osservato che "nella fase di accertamento della violazione sanzionabile (...) non vi è l'esercizio di una discrezionalità da parte dell'Autorità competente, dal momento che l'Amministrazione non deve operare alcuna scelta, né valutare alcun interesse pubblico, ma deve solo ricercare, in contraddittorio con l'interessato, la verità storica circa la sussistenza del fatto illecito e la responsabilità del suo autore": così S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio*, cit., 308. Quanto ai ricorsi amministrativi, la relativa attività è definita "di mera applicazione del diritto oggettivo in funzione della garanzia di interessi qualificati, diritti soggettivi e interessi legittimi (...) che il cittadino assume essere stati lesi da un precedente provvedimento amministrativo": così M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, VIII ed., Torino, 2020, 661.

delle attività ascrivibili al modello della caratteristica appena indicata<sup>65</sup>. Purtuttavia si ritiene utile tentare di individuare un tratto comune alle attività in questione, al fine di verificare se esso sia presente anche nell'attività delle commissioni territoriali e di ricavarne, in caso positivo, indicazioni relative alla disciplina del procedimento, con particolare riguardo al tema del contraddittorio. Tanto premesso, pare a chi scrive che l'aspetto saliente delle attività amministrative qualificabili come quasi giurisdizionali sia la loro funzionalizzazione prioritaria alla tutela di situazioni giuridiche soggettive (di soggetti privati) piuttosto che al perseguimento di un interesse pubblico specifico; carattere che può essere definito come neutralità<sup>66</sup> e che implica l'assenza di poteri discrezionali, la stretta soggezione al dettato normativo ed una disciplina del procedimento improntata ad una garanzia rafforzata del contraddittorio. Tutte le fattispecie in ipotesi riconducibili all'area delle attività amministrative quasi giurisdizionali, infatti, sono caratterizzate da una disciplina del procedimento che tutela con misure specifiche il diritto al contraddittorio. Tanto si dica non solo per la disciplina dei ricorsi amministrativi, nella quale la garanzia del contraddittorio assume forme tendenzialmente sovrapponibili a quelle del processo; ma anche per quella dei poteri amministrativi sanzionatori<sup>67</sup> e per i procedimenti delle amministrazioni indipendenti, nei quali il contraddittorio è garantito in misura maggiore rispetto alla soglia minima prevista dalla

---

<sup>65</sup> È controverso, in particolare, se l'attività delle amministrazioni indipendenti si risolva nella mera interpretazione ed applicazione di norme o sia invece connotata da un certo tasso di discrezionalità, funzionale alla cura di determinati interessi pubblici. Su questo problema si vedano L. GIANI, F. VETRÒ, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in *Diritto amministrativo*, cit., 519 ss., in particolare 547 s., dove si argomenta, con specifico riferimento all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a favore della seconda tesi.

<sup>66</sup> Sul concetto di amministrazione neutrale si veda, in relazione al tema della funzione amministrativa giustiziale, M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, cit., 53 ss. Tra le ragioni per le quali sono state previste amministrazioni capaci di agire in modo neutrale, secondo l'Autore, vi è il perseguimento di "scopi garantistici a tutela di alcune posizioni giuridiche del cittadino, in funzione dei quali si prospetta l'opportunità di istituire soggetti pubblici con competenze paragiurisdizionali, la cui neutralità si manifesta nel mancato perseguimento di un interesse pubblico specifico e nella collocazione indipendente dall'apparato statale" (57).

<sup>67</sup> La centralità del contraddittorio e l'importanza di una partecipazione anche orale nel procedimento amministrativo sanzionatorio sono state evidenziate da S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio*, cit., 306 ss.

legge generale sul procedimento amministrativo<sup>68</sup>, in molti casi anche in forma orale<sup>69</sup>.

Se ora si torna a considerare l'attività svolta dalle commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, è agevole rendersi conto di come essa non sia funzionalizzata alla cura di un interesse pubblico specifico, bensì ad accertare la titolarità di situazioni giuridiche soggettive, qualificabili come diritti umani fondamentali, al fine garantirne l'effettivo godimento. È coerente con tale affermazione in primo luogo l'assenza di poteri discrezionali in capo alle commissioni, chiamate non ad acquisire, valutare e ponderare gli interessi (pubblici e privati) in gioco, ma ad accertare fatti complessi, con l'apporto ove necessario delle pertinenti competenze tecniche, costitutivi di diritti soggettivi di carattere fondamentale. Ed è altresì coerente con quanto evidenziato la tutela particolarmente intensa del diritto al contraddittorio che la disciplina del procedimento di protezione internazionale appresta, segnatamente grazie all'istituto del colloquio personale.

Alla luce del carattere quasi giurisdizionale – nel senso sopra specificato di “neutrale” – dell'attività affidata alle commissioni territoriali, non solo risulta confermata la centralità del colloquio personale come strumento di garanzia del diritto al contraddittorio, ma emerge con la massima forza l'esigenza di adeguare al suddetto carattere anche la disciplina degli organi collegiali competenti ad assumere la decisione finale. Se il diritto al contraddittorio, alla luce di quanto sopra osservato e fermi restando i limiti che subito si vedranno, può dirsi in qualche misura garantito, non si può affermare altrettanto in merito all'indipendenza dell'organo. È infatti evidente che le commissioni territoriali, insediate presso le prefetture ed incardinate nell'amministrazione civile dell'interno, non presentano un profilo organizzativo compatibile con la qualità dell'indipendenza. Sono infatti composte da un funzionario della carriera prefettizia con funzioni di presidente, nominato dal Ministro dell'interno sentita la Commissione nazionale per il diritto di asilo, da un esperto designato dall'UNHCR e da due funzionari amministrativi con compiti istruttori nominati dal Capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero

---

<sup>68</sup> L'osservazione è di E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti*, cit., 108.

<sup>69</sup> Il contraddittorio orale è ad esempio previsto nei procedimenti che si svolgono dinanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, alle Autorità preposte alla vigilanza e alla regolazione dei mercati finanziari.

dell'interno, sentita la Commissione nazionale<sup>70</sup>. Tre dei quattro componenti del collegio sono dunque diretta espressione dell'amministrazione dell'interno, circostanza che esclude di per sé quella condizione di non esposizione all'indirizzo politico che dovrebbe caratterizzare le autorità indipendenti. Le commissioni territoriali sono inoltre sottoposte al potere di indirizzo e coordinamento della Commissione nazionale, che a sua volta è di nomina governativa<sup>71</sup>.

Per concludere, il riconoscimento del carattere quasi giurisdizionale dell'attività delle commissioni territoriali, inteso nell'accezione di carattere neutrale, non deve portare all'indebolimento delle garanzie del richiedente asilo, come accade seguendo la tesi del procedimento unitario a struttura bifasica fatta propria dalla Cassazione, bensì al loro deciso rafforzamento. Una possibile strada per raggiungere tale obiettivo sembra essere, a parere di chi scrive, quella di ridisegnare lo statuto organizzativo delle commissioni territoriali, al fine di renderlo compatibile con le caratteristiche dell'indipendenza che devono accompagnare l'esercizio di una funzione amministrativa neutrale.

#### 8. *Considerazioni conclusive*

Alla luce dell'analisi svolta, è ora possibile tentare di rispondere all'interrogativo dal quale si sono prese le mosse, se cioè la disciplina italiana del procedimento amministrativo in materia di riconoscimento della protezione internazionale sia conforme al principio di buona amministrazione, segnatamente sotto il profilo del rispetto del diritto al contraddittorio, così come garantito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Come si è sopra anticipato, si può iniziare a rispondere affermando che il diritto al contraddittorio insito nel diritto ad una buona amministrazione trovi attuazione e tutela nell'ordinamento interno mediante l'istituto

---

<sup>70</sup> Si veda l'art. 4, c. 3 del d. lgs. n. 25/2008.

<sup>71</sup> L'art. 5, c. 2 del d. lgs. n. 25/2008 prevede infatti che la Commissione nazionale per il diritto di asilo sia nominata con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta congiunta dei Ministri dell'interno e degli affari esteri; che sia presieduta da un prefetto e sia composta da un dirigente in servizio presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, da un funzionario della carriera diplomatica, da un funzionario della carriera prefettizia in servizio presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione e da un dirigente del Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno.

del colloquio personale con il richiedente asilo, disciplinato dagli artt. 12 ss. del d. lgs. n. 25/2008 in conformità alle corrispondenti disposizioni della direttiva “procedure” 2013/32/UE (artt. 14 ss.).

Ciò detto, tanto la disciplina del procedimento di esame della domanda, quanto la sua applicazione pratica, presentano importanti punti critici che non si possono non evidenziare, nella consapevolezza che qualunque scostamento tra il diritto al contraddittorio come garantito dalla Carta e la disciplina interna si risolve, per le ragioni esposte nella prima parte del presente studio, in un profilo di illegittimità eurounitaria e costituzionale della disciplina nazionale.

Va in primo luogo precisato che, data l'ampiezza di contenuti riconosciuta al diritto al contraddittorio nell'ordinamento dell'UE, il diritto di essere sentito dall'organo competente a decidere sulla domanda di protezione deve essere sempre garantito, con le due sole eccezioni tassativamente previste dalla legge: il caso in cui la commissione ritenga di avere sufficienti motivi per accogliere la domanda e il caso in cui risulti certificata l'incapacità o l'impossibilità del richiedente di sostenere il colloquio. Pertanto l'inciso contenuto nell'art. 12, c. 1 del d. lgs. n. 25/2008, secondo cui le commissioni territoriali dispongono l'audizione dell'interessato “ove possibile”, non può essere inteso nel senso di lasciare aperte ulteriori possibilità, diverse da quelle tassativamente previste, di non disporre la detta audizione.

Va poi ribadito quanto sopra sostenuto circa l'assenza del requisito dell'indipendenza nell'organo competente a decidere, che rappresenta un limite non trascurabile dell'intera disciplina. Ad aggravare tale rilievo vi è peraltro la previsione secondo la quale il colloquio personale con il richiedente si svolge di norma alla presenza del solo funzionario amministrativo con compiti istruttori che compone la commissione, non davanti all'intero collegio. La collegialità, che di per sé costituisce una protezione da interferenze esterne e dunque un presidio di imparzialità, dovrebbe rappresentare la regola, secondo quanto prevedeva la versione originaria della disposizione<sup>72</sup>, non già l'eccezione.

---

<sup>72</sup> La versione originaria dell'art. 12, c. 1 del d. lgs. n. 25/2008 prevedeva che la commissione potesse decidere di svolgere il colloquio alla presenza di uno solo dei propri componenti “su richiesta motivata dell'interessato”: s'intendeva dunque che, in mancanza di tale richiesta o qualora la commissione avesse ritenuto di non accoglierla, sarebbe stato sentito dall'intero collegio. Con il d.l. 22 agosto 2014, n. 119, convertito in legge 17 ottobre 2014, n. 146, la suddetta previsione è stata eliminata, ed è stato introdotto nell'art. 12 il c. 1-bis, a tenore del quale il colloquio si svolge di norma alla presenza di

Altro rilevante limite della disciplina esaminata è che il gratuito patrocinio a spese dello Stato, garantito al richiedente in sede processuale, non è previsto per l'assistenza legale nel corso del procedimento amministrativo<sup>73</sup>. Date le precarie condizioni economiche nelle quali solitamente versano i richiedenti asilo, ciò comporta di norma la mancanza di assistenza tecnica in una fase decisiva ai fini del riconoscimento o del diniego della protezione. Tale carenza è tanto più significativa quanto più si aderisca alla tesi della Cassazione, sopra esaminata, secondo la quale il colloquio svolto dinanzi alla commissione territoriale può di fatto sostituire l'udienza in sede giudiziale. Se a quel colloquio il richiedente arriva scarsamente o per nulla preparato, senza conoscere le regole del procedimento e le conseguenze dei suoi comportamenti, è evidente che la garanzia del contraddittorio rischia di rimanere una forma vuota<sup>74</sup>. Tra le regole procedurali la cui effettiva comprensione può risultare decisiva si possono citare, a titolo di esempio, la possibilità di chiedere che l'audizione si svolga dinanzi al collegio (art. 12, c. 1-bis); il diritto di chiedere un rinvio del colloquio per motivi di salute o per altri gravi motivi (art. 12, c. 3); le conseguenze della mancata presentazione al colloquio senza previa richiesta di rinvio (art. 12, c. 4); la facoltà di chiedere motivatamente di non avvalersi della videoregistrazione del colloquio (art. 14, c. 6-bis), con l'effetto di ripristinare la garanzia dell'audizione personale nell'eventuale fase processuale.

Un giudizio compiuto sullo stato dell'arte del diritto al contraddittorio nei procedimenti di protezione internazionale è reso difficile, tra l'altro, dalla circostanza che un tassello fondamentale del sistema ideato dal legislatore, costituito dalla trasmissione al giudice della videoregistrazione del colloquio svolto dinanzi alla commissione territoriale, è tuttora mancante, non essendo mai state adottate le specifiche tecniche relative alle modalità della suddetta trasmissione.

---

un solo componente, che poi presenta alla commissione una proposta di deliberazione; si svolge dinanzi al collegio, in via eccezionale, "su determinazione del Presidente, o su richiesta dell'interessato, preventivamente informato".

<sup>73</sup> L'art. 16, c. 1 del d. lgs. n. 25/2008 prevede infatti che, nel corso del procedimento di esame della sua domanda di protezione, "il cittadino straniero può farsi assistere, a proprie spese, da un avvocato".

<sup>74</sup> Secondo A. PROTO PISANI, *In tema di protezione internazionale dello straniero*, cit., la mancata previsione dell'obbligatorietà della difesa tecnica anche nella fase amministrativa è sospetta di illegittimità costituzionale. L'importanza di un'assistenza legale nella fase amministrativa è sottolineata altresì da G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale*, cit., 172 ss.

Ciò che si può rilevare, a conclusione dell'indagine, è un'attuazione senza dubbio incompleta del diritto al contraddittorio, date le significative criticità che si è tentato di porre in luce. Queste ultime dovrebbero essere superate in via primaria mediante un intervento di riforma normativa volto ad allineare la disciplina interna allo standard della buona amministrazione europea; secondariamente in via interpretativa, sciogliendo i nodi e colmando le lacune della disciplina vigente nel segno di un'effettiva garanzia del contraddittorio orale.

### **Abstract**

La disciplina italiana del procedimento amministrativo relativo al riconoscimento della protezione internazionale prevede che il richiedente asilo sia sentito dall'organo competente a decidere, prima dell'adozione della decisione. Il saggio analizza la disciplina di tale "colloquio personale" al fine di verificare se essa sia idonea a garantire il diritto al contraddittorio sancito dall'art. 41, c. 2, lett. a) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. La ricerca dimostra che la suddetta disciplina, pur apprestando una tutela specifica e rafforzata al diritto al contraddittorio, presenta importanti lacune e punti di debolezza che esigono un intervento di riforma o almeno una interpretazione adeguatrice.

#### The right to good administration in the procedures for examining asylum applications

The Italian rules on administrative procedure for the recognition of international protection state that the asylum seeker is heard by the competent authority before a decision is taken. The essay analyses the discipline of such "personal interview" in order to verify whether it is capable of ensuring the enforcement of the right to be heard enshrined in Article 41 (2, a) of the EU Charter of Fundamental Rights. The research shows that the aforementioned discipline, whilst providing a specific and reinforced protection for the right to be heard of the asylum seeker, has some important shortcomings and weaknesses, which require a regulatory reform or, at least, a corresponding interpretation.

# La tassatività delle cause di esclusione *ex art. 10 d. lgs. 36/2023*: una nuova forma di nullità nel diritto amministrativo

di Raffaele Caroccia\*

Sommario: 1. La nullità: concetto di teoria generale e disciplina sostanziale ai sensi dell'art. 21 *septies* l. 241/90. – 2. L'azione di nullità nell'art. 31 c.p.a. – 3. Clausole immediatamente escludenti dei bandi, tra annullabilità e nullità alla luce della giurisprudenza più recente della Plenaria. – 4. Il regime delle cause di esclusione nell'art. 10 d. lgs. 36/23. – 5. Conclusioni: maggiori vantaggi o svantaggi dal superamento dell'onere di immediata impugnazione?

## 1. *La nullità: concetto di teoria generale e disciplina sostanziale ai sensi dell'art. 21 septies l. 241/90*

Questo breve commento di una disposizione del d. lgs. 36/2023 inizierà – in modo all'apparenza singolare – da una possibile definizione di nullità.

In effetti, la definizione dei confini e dell'evoluzione di questo istituto è necessaria per comprendere il substrato della novella.

Tradizionalmente – con una nozione di teoria generale del diritto di ascendenza pandettistica, puntualmente recepita nel vigente cod. civ. – si individua, in sintesi brutale, la nullità come la più grave forma di invalidità che può colpire gli atti giuridici e da cui consegue l'improduttività originaria di effetti<sup>1</sup>.

La graduazione delle patologie possibili all'interno della categoria dell'invalidità, che comprende – oltre all'istituto qui in discorso – anche l'annullabilità, risponde a scelte concrete di politica del diritto.

---

\* Dottorando di ricerca in European studies, Università “Comenius” di Bratislava.

<sup>1</sup> Ancora insuperato è l'inquadramento del problema in termini generali operato da F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, IX ed., 1985, p. 244-254, cui si possono aggiungere: R. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. 28, Milano, 1978; B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964. Da un punto di vista giurisprudenziale obbligatorio è il riferimento a Cass. civ., SS. UU., sentt. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243. In diritto amministrativo restano centrali: A. PIRAS, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. 22, Milano, 1972; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993.

La forma di invalidità qui in esame può derivare da carenze strutturali dell'atto (nullità strutturale), da violazione di norma imperativa (nullità virtuale, in cui pare possibile incasellare anche l'illiceità della causa) o da puntuali disposizioni di legge (nullità testuale).

Le due ultime categorizzazioni si traducono in un analogo giudizio di relazione tra atto ed ordinamento, ma differiscono tra loro per lo sforzo ermeneutico richiesto all'interprete per rintracciarne la fonte ed i relativi effetti, maggiore nel primo caso ed inferiore nel secondo.

Il vizio opera di diritto, è insanabile – ad eccezione dei casi, in cui è possibile la conversione in altra fattispecie – e può avere una portata totale o parziale.

In quest'evenienza risulta attuabile la conservazione dell'assetto giuridico, se vi è un'etero-integrazione del regolamento giuridico ad opera della legge.

Tanto in omaggio alla c.d. *regula sabiniana*, a norma della quale “*utile per inutile non vitiatur*”.

Entrambe le ipotesi di limitazione della nullità obbediscono al principio della conservazione degli effetti giuridici.

Dalla particolare gravità del vizio derivano sia la possibilità di farlo valere da chiunque vi abbia interesse che la sua azionabilità in ogni tempo, con salvezza – nell'ordinamento italiano – degli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni restitutorie.

Tale limitazione risponde a ragioni collegate alla garanzia della certezza del diritto.

A questa ampia operatività della legittimazione processuale (che nell'ordinamento civilistico può essere derogata da disposizioni puntuali) corrisponde il potere di rilievo officioso della nullità.

Infine la sentenza, che riscontra il vizio qui in discorso, ha carattere di accertamento, in quanto rimedia ad uno stato di obiettiva incertezza giuridica.

Ribadire che la qualificazione di un atto come nullo è – nei limiti della ragionevolezza – di stretto diritto positivo giustifica l'introduzione nell'ordinamento di altre fattispecie di nullità definite di protezione o relative, le quali si aggiungono al vizio sopra tratteggiato, definito nullità assoluta o tradizionale, benché se ne discostino nei tratti essenziali<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Gli istituti delle nullità di protezione appartengono, soprattutto, al diritto del consumatore ed esulano dal tema del presente scritto; per un efficace inquadramento

Ad esempio, le nullità speciali si caratterizzano per la possibilità di essere fatte valere solo da categorie predeterminate di soggetti deboli, il cui interesse seriale fa aggio su quello generale.

Se questo è lo statuto della nullità (*rectius*, oramai delle nullità) nel diritto comune, nel diritto amministrativo questa causa di invalidità ha la sua (scarna, in quanto limitata ai soli presupposti e non alle loro conseguenze e, pertanto, foriera di dubbi più che di sicurezze) disciplina sostanziale all'art. 21 *septies* l. 241/90<sup>3</sup>.

---

dei problemi posti da queste figure si rinvia ad A. PISANI MASSAMORMILE, *Nullità di protezione e nullità virtuali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2017, p. 31 ss., che propende per la presenza attuale nell'ordinamento di una serie di fattispecie di invalidità più o meno gravi disposte su una linea ideale, le cui differenze prescindono da uno specifico *nomen iuris* e sono tarate sulle peculiarità del regolamento di interessi sotteso ai rapporti in cui operano. Questa proposta sembra essere di particolare rilievo per il tema qui trattato, come si metterà in luce *infra*. In argomento si vedano pure almeno: D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011.

<sup>3</sup> “È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”, in recepimento parziale della classificazione contenuta in Cons. st., sez. V, sent. 13 febbraio 1998, n. 166. In relazione a questa disposizione ed all'istituto della nullità in diritto amministrativo si vedano: A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002; M. TIBERII, *La nullità e l'illecito. Contributi di diritto amministrativo*, Napoli, 2003; M. D'ORSOGNA, *I problemi della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004; F. G. SCOCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi*, in *Atti della giornata di studio tenutasi a Caserta in data 20 maggio 2005 su “La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento”*, Napoli, 2005; M. R. SPASIANO, *Articolo 21 septies, Nullità del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La Pubblica Amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, p. 551 ss.; A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le l. n. 15 del 2005 e n. 80 del 2005*, Milano, 2005; R. CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2005; L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21 septies della l. n. 241 del 1990, introdotto con la l. n. 15 del 2005)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 543 ss.; G. PANZIRONI, *Profili problematici della nullità dell'atto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2006; B. GILIBERTI, *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2007, p. 1657 ss.; N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, p. 855 ss.; C. FELIZIANI, *Nullità del provvedimento amministrativo ex art. 21 septies l. n. 241 del 1990 e successive modifiche*, in *Foro amm. CDS*, 2008, p. 2740 ss.; S. DE FELICE, *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2009; F. LUCIANI, *Contributo*

Esso ha introdotto – a partire dal 2005 – in termini generali un’innovativa graduazione nella patologia degli atti amministrativi, intesa complessivamente come non conformità alla disciplina dei provvedimenti puntuali o dell’attività amministrativa in generale.

All’analisi della disposizione occorre premettere due notazioni preliminari.

### 1. La nullità rappresenta una forma di controllo e di reazione avverso

---

*allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010; M. C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012; G. FILANTI, *La nullità, le nullità e ... Itaca. Prolegomeni allo studio della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Persona e mercato*, 2013; F. CARDARELLI, V. ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla “nullità” del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla “nullità” civilistica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2014; G. MORBIDELLI, *Della “triplice” forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. pubb.*, 2015, p. 662 ss.; D. MASTRANGELO, *Note minime sulla nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Scritti in onore di F. Bassi*, I, Napoli, 2015, p. 123 ss.; A. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 796 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, p. 385 ss.; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 373 ss.; R. CHIEPPA, *Art. 21 septies*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 115 ss.; M. R. SPASIANO, *Perduranti profili di incertezza in ordine alla figura dell’atto amministrativo nullo per mancanza degli elementi essenziali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, p. 631 ss.; C. E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 43 ss.; F. G. SCOCA, *L’enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, 2021, p. 135 ss. Va ricordato che, prima dell’introduzione nel corpo della l. 241/90 di un’ipotesi di nullità a carattere generale, il legislatore aveva introdotto diverse fattispecie di nullità testuale, la più nota delle quali era quella prevista dall’art. 3 T.U. 1957 sul pubblico impiego, che sanzionava l’assunzione senza concorso. Tali iniziative erano giustificate dal fatto che la nullità si rivelava più funzionale come strumento di reazione avverso atti illegittimi, quando il soggetto leso dall’atto non aveva alcun utilità nel chiederne l’annullamento. A ragione di tanto il legislatore aveva scelto di ampliare la categoria degli individui legittimati alla contestazione attraverso appunto la nullità. Ciononostante, la giurisprudenza continuava a trattare queste ipotesi come annullabilità ed a ritenere atecnica la qualificazione operata dal legislatore. Solo Cons. st., Ad. pl., sent. 29 febbraio 1992, n. 1 ha ricondotto questa fattispecie alla nullità. La posizione è stata espressa nello stesso anno sempre dall’A.P. in sentt. 2, 5, 6, 10. Tutte le sentenze del G.A. qui citate sono in libera consultazione al sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Sulle fattispecie di nullità testuale ora presenti nell’ordinamento si veda M. L. MADDALENA, *Le ipotesi tipiche di nullità provvedimentoale*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 823 ss.

una manifestazione di potere autoritativo contraria al principio di legalità e non già di autonomia privata, come avviene nel diritto comune.

L'invalidità derivante dalla nullità dovrebbe, di conseguenza, colpire le fattispecie, in cui maggiore è il pregiudizio all'interesse pubblico e proprio per reagire alle quali è stato ritenuto necessario ampliare le possibilità di contestazione da parte degli amministrati.

2. La configurazione di una nuova forma di invalidità degli atti amministrativi non è stata semplice.

Tre erano le resistenze tradizionali ad ammettere nell'ordinamento amministrativo questa patologia, che è stato necessario – seppur solo parzialmente – superare.

a. Il primo scoglio alla configurazione dell'invalidità *de qua* è che, in questa branca del diritto pubblico, la violazione di legge non comporta la nullità, ma l'annullabilità.

Non a caso, quest'ultimo era l'unico stato viziato del provvedimento fino al 2005, in coerenza con il principio di legalità e con il carattere cogente e non dispositivo delle prescrizioni amministrative<sup>4</sup>.

Invero, con una singolare inversione concettuale e logica, l'esistenza di un unico tipo di regime di invalidità era la semplice conseguenza del fatto che il solo potere del G.A. era quello di annullare i provvedimenti illegittimi.

Da tanto deriva tutt'ora che scompare il campo di applicazione della nullità virtuale e restano possibili solo le fattispecie testuali o strutturali del vizio.

b. Un altro elemento giuridico, che aveva fatto escludere la predicabilità della nullità, è stato indicato nella declinazione pragmatica del principio di economicità, secondo cui sarebbe opportuno conservare il risultato dell'azione amministrativa anche a prescindere dai requisiti formali degli atti, mediante i quali l'azione della P.A. si è estrinsecata.

Tale conclusione si imponeva altresì per garantire la diuturnità della cura del pubblico interesse, resa quantomeno problematica da una forma di patologia degli atti che ne esclude la capacità di produrre effetti.

---

<sup>4</sup> Non ha avuto seguito il tentativo dottrinario di ricondurre alla nullità virtuale – interpretata come carenza di potere – la violazione di norme imperative o di norme di relazione, sforzo su cui richiama l'attenzione M. R. SPASIANO, *Articolo 21 septies cit.*, p. 572-573. Il fallimento dell'ipotesi è conseguenza della natura imperativa di tutte le disposizioni di diritto pubblico.

In effetti, le caratteristiche di esecutività e di efficacia immediate dei provvedimenti amministrativi rendono tutt'ora poco coerente con il quadro legislativo uno statuto nullo di questi ultimi<sup>5</sup>.

c. Il regime della nullità era, infine, tradizionalmente escluso nell'ordinamento amministrativo a ragione della necessità di ottenere in tempi ragionevoli certezza sull'assetto dei rapporti giuridici di diritto pubblico.

Tale esigenza era ed è antipodica alla possibilità di far valere la nullità in ogni tempo, caratteristica essenziale alla figura di teoria generale.

Da tutte queste ragioni discendono – in modo pressoché pacifico e pure nell'attuale contesto ordinamentale, che ha positivizzato l'istituto – alcune conseguenze: i. la natura eccezionale della nullità rispetto alla regola ora codificata nell'art. 21 *octies*, 1 c.<sup>6</sup>; ii. il fatto che le ipotesi di questa patologia costituiscono un *numerus clausus*.

Sempre in termini introduttivi, è stato osservato che la maggior parte delle ipotesi di nullità è volta – più che a proteggere il cittadino – a preservare l'Amministrazione (in specie per quanto attiene all'equilibrio delle finanze pubbliche) dai comportamenti dei suoi organi.

La nullità, pertanto, acquisisce un'impropria valenza sanzionatoria, perché incide non sul soggetto agente, ma sull'atto posto in essere da quest'ultimo<sup>7</sup>.

Altresì, è il caso di richiamare una recente interpretazione dottrinale, che ha proposto una definizione omnicomprensiva della *ratio* dell'istituto qui in esame.

La nullità andrebbe parametrata sullo statuto costituzionale della P.A.; quest'ultima riceve un conferimento *ex lege* di poteri finalizzati a consentire alle collettività di riferimento il godimento dei diritti fondamentali.

Pertanto, la legge avrebbe uno spazio anche nella qualificazione delle condizioni di rilevanza degli atti dei soggetti pubblici, visti quale modalità di espressione appunto del potere di volta in volta conferito.

<sup>5</sup> M. R. SPASIANO, *Articolo 21 septies cit.*, p. 555.

<sup>6</sup> “È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza”.

<sup>7</sup> C. E. GALLO, *Questioni attuali cit.*, p. 49.

La P.A. deve, dunque, essere rispettosa nel suo *agere* di tutti i vincoli dell'ordinamento costituzionale, con particolare riferimento sia alle libertà dei privati che alle autonomie pubbliche.

Proprio l'invasione in queste sfere sarebbe sanzionata dalla nullità, di cui viene suggerita una finalità complessiva di protezione dei soggetti pubblici e privati dell'ordinamento.

Anche secondo questa proposta dottrinale, il vizio, tuttavia, dovrebbe rimanere comunque eccezionale, perché caratterizzato da una grave difformità dal paradigma normativo<sup>8</sup>.

Quest'ultima notazione è forse l'unica pacifica in dottrina.

Risulta ora necessario indagare un secondo aspetto, che incide sull'originaria incapacità degli atti di produrre effetti a causa della loro nullità, il punto più problematico per una configurazione del vizio coerente con lo statuto dei provvedimenti amministrativi.

Prima dell'introduzione nel 2005 della disposizione prima citata – ad ulteriore prova della difficile configurabilità in questo ramo dell'ordinamento della patologia in discorso – le fattispecie provvedimentali invalide non inquadrabili nell'alveo della annullabilità per la radicalità del loro vizio erano fatte ricadere dalla giurisprudenza in quello dell'inesistenza (concetto di pura teoria generale e, pertanto, sprovvisto di aggancio positivo), il cui campo di operatività era, quindi, più ampio che nel diritto comune.

Il riferimento a tale categoria costituiva una valvola di sfogo del sistema, in quanto l'inesistenza sarebbe stata tesa a superare le rigidità causate dall'esistenza di sole nullità testuali (peraltro, trattate dalla giurisprudenza amministrativa – come ricordato in nota 3 – alla stregua di cause di annullabilità).

Tale escogitazione, altresì, era funzionale a radicare la *potestas iudicandi* dell'A.G.O., dacché l'atto inesistente non era ritenuto espressione di potere e, pertanto, incapace di incidere sui diritti soggettivi del destinatario, che restavano tali.

A scanso delle (pur valide) ragioni pratiche sopra sunteggiate, da un punto di vista dogmatico tale impropria equiparazione, tuttavia, scontava e sconta un difetto di fondo.

In un'ottica normativa, nullità ed inesistenza sono due condizioni

---

<sup>8</sup> A. ROMANO, *La nullità cit., passim*.

assai differenti tra loro<sup>9</sup>, giacché la seconda – a differenza della prima – comporta la radicale irrilevanza giuridica del provvedimento in conseguenza dell'assoluta insussumibilità dell'atto in una qualsiasi delle forme previste dall'ordinamento<sup>10</sup>.

La nullità, invece, ha a che fare con un'improduttività di effetti per difformità dal paradigma normativo di un atto, che resta comunque rilevante per l'ordinamento.

Di conseguenza, la nozione di nullità avrebbe a che fare con carenze giuridiche di un atto comunque esistente, quella di inesistenza con la mancanza pure di elementi materiali. Tale difetto dà solo rilevanza sociale o extra-giuridica all'atto<sup>11</sup>.

Accanto a questo primo profilo problematico della figura dell'inesistenza, non si può tacere pure di un altro risvolto scarsamente persuasivo: il riferimento all'inesistenza si risolveva in un argomento (*rectius*, in un *escamotage*) per attribuire sempre la giurisdizione – in violazione del criterio costituzionale, che lega la *potestas iudicandi* al tipo di situazione giuridica soggettiva lesa – all'A.G.O.

Malgrado le differenze suindicate tra le due nozioni, va ricordata un'assai autorevole e fortunata proposta dottrinarina, che tuttora tende – a scampo della scelta positiva, che pure potrebbe esser criticabile per non aver individuato gli elementi essenziali del provvedimento – a spingere nell'inesistenza i casi di nullità strutturale<sup>12</sup> (prima fattispecie positiva di cui ci occupiamo).

Siffatta teorica pare presentare, invero, un difetto di fondo, ulteriore al contrasto con il dato positivo: nel postulare che l'atto inesistente o nullo sia radicalmente improduttivo di effetti, essa si scontra con il tradizionale modo di equiparazione con cui è portata avanti

---

<sup>9</sup> Come messo in luce dalla riflessione di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. 24, Milano, 1965, p. 483 ss.

<sup>10</sup> C. FELIZIANI, *Nullità cit.*, p. 2745, ritiene che ancor oggi tale patologia sia configurabile nei casi in cui “*un provvedimento presenti un tale grado di incompletezza da non poter essere identificato neppure da un punto di vista materiale*”.

<sup>11</sup> L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina cit.*, p. 548.

<sup>12</sup> Non stupisce che L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina cit.*, p. 547, ritenga l'assenza di un elenco di elementi strutturali del provvedimento un pregio dell'art. 21 *septies*. Per una recente proposta di individuazione degli elementi essenziali del provvedimento si rinvia a A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, 2018.

l'analisi dei provvedimenti amministrativi, in forza del quale si equivalgono – quanto alla produzione di effetti giuridici – atti legittimi ed atti illegittimi in conseguenza della loro presunzione di conformità all'ordinamento.

La prospettiva interpretativa, nella sua versione originaria e nei suoi sviluppi, ha preso in esame tale criticità [che – a ben vedere – costituisce uno (se non il principale) dei già richiamati elementi di resistenza alla configurazione della nullità nel diritto amministrativo].

Si è affermato, dapprima, che l'atto nullo produrrebbe solo effetti materiali, a protezione dei quali la tutela sarebbe erogabile dall'A.G.O., fatti salvi i casi di giurisdizione esclusiva, poi – a ragione di un'analisi del potere amministrativo funzionale all'interesse pubblico e tarata sulle qualità degli atti, che permettono di conseguirlo – che anche all'atto nullo spetterebbe la produzione di effetti giuridici e ciò lo renderebbe equiparabile al regime ordinario del provvedimento<sup>13</sup>, con possibile *potestas indicandi* del G.A.

Tanto, però, renderebbe problematico un rifiuto di adeguarsi al provvedimento nullo ed esporrebbe il trasgressore a conseguenze di natura anche penale<sup>14</sup>.

Pertanto, è stato proposto che – per superare questi inconvenienti e malgrado la scelta positiva – avesse un senso mantenere la figura dell'atto inesistente, in quanto radicalmente improduttivo di effetti.

Tale escogitazione sarebbe in grado di proteggere i privati, esclusivamente però da atti aberranti. Questi ultimi potrebbero essere contestati senza limiti di tempo, dacché sarebbero idonei a produrre conseguenze giuridiche<sup>15</sup>.

Quindi, gli ultimi approdi dottrinari in tema di inesistenza confinano tale categoria a casi limite, oltre i quali sarebbe possibile rintracciare la patologia individuata dal legislatore nel 2005 nella sua versione strutturale.

Le fattispecie inesistenti, pertanto, dovrebbero essere caratterizzate da difetti anche maggiori di quelle che comportano la nullità.

<sup>13</sup> M. R. SPASIANO, *Art. 21 septies cit.*, p. 576.

<sup>14</sup> Per Cons. st., sez. V, sent. 28 ottobre 2011, n. 5799, i destinatari del provvedimento “*non possono sottrarsi agli effetti dell'atto, ovvero agire come se l'atto non esistesse e/o fosse improduttivo di effetti, ritenendo ovvero opponendo la nullità dello stesso, ma, onde tutelare le proprie posizioni giuridiche, hanno il potere di agire in giudizio al fine di ottenerne la declaratoria di nullità*”.

<sup>15</sup> F. G. COCA, *L'enigma cit.*, p. 160.

Sempre per limitare al massimo i possibili pregiudizi ai danni degli amministrati e nel silenzio della legge sugli elementi essenziali del provvedimento, la dottrina maggioritaria propone che le carenze strutturali di quest'ultimo, che ne comportano la nullità, riguardino: il soggetto, la forma ove richiesta, il contenuto e l'oggetto.

Non assume rilievo l'illiceità di uno dei predetti elementi e si precisa che possono essere colpiti da nullità con effetti di invalidità derivata sul provvedimento tutti gli atti della serie procedimentale<sup>16</sup>.

Le carenze, che comportano la nullità strutturale, devono comunque essere tali da non permettere una sanatoria dell'atto.

Da questo punto di vista, è stata osservata una forte tensione nella riforma del 2005 tra nullità ed irregolarità non vizianti di cui all'art. 21 *octies*, 2 c.<sup>17</sup>; al contempo, si è sottolineato come la novella restringa il campo di applicazione dell'annullabilità, stretta tra irregolarità non vizianti ed appunto nullità.

Il profilo patologico appena analizzato mima l'analogo vizio del contratto<sup>18</sup> e non è costruito sull'elemento caratterizzante il diritto amministrativo, cioè il potere, su cui invece sono tarate le altre due fattispecie, le quali – anche prima della novella del 2005 – erano state utilizzate dalla giurisprudenza<sup>19</sup>.

Il difetto assoluto di attribuzione (definizione nuova, invero) dovrebbe avere a che fare con i casi di incompetenza assoluta – cioè con quelli in cui viene emesso un atto espressione non del potere amministrativo, ma di quello legislativo o giudiziario, ovvero con quelli in cui l'organo che emana il provvedimento invade la competenza di un ufficio di un'altra P.A., ipotesi definite anche quali carenza di potere in astratto – e non più con la carenza di potere in concreto<sup>20</sup>, oggi causa di annullabilità.

<sup>16</sup> B. GILBERTI, *Profili cit.*, p. 1660.

<sup>17</sup> M. R. SPASIANO, *Art. 21 septies cit.*, p. 560.

<sup>18</sup> Nel senso di un'inutilità di un profilo di nullità dei provvedimenti collegato a loro carenze strutturali si esprime F. G. SCOCA, *L'enigma cit.*, p. 141. Tale scetticismo è giustificato, soprattutto, dalla prevalenza del dato funzionale su quello strutturale nel provvedimento amministrativo.

<sup>19</sup> F. G. SCOCA, *L'enigma cit.*, p. 141, le accomuna sotto la definizione di "ipotesi estreme di illegittimità".

<sup>20</sup> Per B. GILBERTI, *Profili cit.*, p. 1658 tale ipotesi sarebbe ora inquadrabile nella violazione di legge.

Tale ultima ipotesi è predicabile, soprattutto, in tema di espropriazione per pubblica utilità<sup>21</sup> ed è inerente a fattispecie, in cui il potere ablatorio è malamente esercitato dopo la scadenza dei termini previsti per la sua attivazione.

Questo profilo di nullità risponde – in termini di *ratio* – al principio di leale cooperazione tra le persone giuridiche e gli uffici pubblici, le cui rispettive sfere di competenza risultano tutelate da illegittimi sconfinamenti, anche al fine di garantire la democraticità dell'ordinamento<sup>22</sup>.

La nullità per violazione o elusione di giudicato – di gran lunga la più presente nei repertori giurisprudenziali – è stata forgiata dalla giurisprudenza amministrativa<sup>23</sup>, al fine di dare tutela in sede di ottemperanza avverso i fenomeni di illegittimo riesercizio del potere a seguito di un primo annullamento giurisdizionale. Essa è funzionale alla garanzia dell'effetto conformativo delle sentenze a fronte di un inadempimento totale o parziale della P.A., mascherato in sembianze provvedimentali e non costituente un comportamento meramente inerte.

L'istituto ha come finalità pratica principale permettere la contestazione dei provvedimenti emessi dopo una prima vicenda giurisdizionale in un termine decennale di natura prescrizione e non nell'ordinario termine decadenziale, e nell'ambito del giudizio di ottemperanza, forma – più incisiva, come noto – di giurisdizione di merito.

---

<sup>21</sup> In questi casi, la nullità sarebbe predicabile quale vizio dell'atto presupposto a comportamenti materiali della P.A., come mette in luce M. L. MADDALENA, *Comportamenti amministrativi e nullità provvedimento: prospettive di tutela tra G.O. e G.A.*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 543 ss. Si tratta – come evidenziato nel testo – di ipotesi ricorrenti soprattutto in tema di procedimenti e vicende espropriativi carenti di un elemento necessario della serie procedimentale, caratterizzazione che lascia aperte criticità in tema di giurisdizione. Sentenza pilota di quest'orientamento è Cass. civ., SS. UU., sent. 24 ottobre 1958, n. 3457.

<sup>22</sup> C. E. GALLO, *Questioni attuali cit.*, p. 50.

<sup>23</sup> Pionieristica è stata Cons. st., Ad. plen., sent. 19 marzo 1984, n. 6, in cui la nullità è stata ravvisata rispetto ad atti emanati quando dalla sentenza ottemperanda discendeva un preciso obbligo conformativo. Sulle differenze tra elusione e violazione del giudicato si veda S. S. SCOCA, *Violazione ed elusione del giudicato: differenza anodina o utile?*, in *www.giustamm.it*, 2012, cui *adde* G. CREPALDI, *La nullità del provvedimento per violazione od elusione del giudicato: profili sostanziali e processuali*, in *Foro amm. CDS*, 2011, p. 3720 ss. con ampi rinvii bibliografici.

Le nullità testuali non differiscono in nulla dall'analogo vizio del diritto civile: è nullo un provvedimento, quando vi sia un'espressa previsione di legge in questo senso.

L'esempio più noto è la forma scritta – richiesta appunto, a pena di nullità – degli accordi *ex art. 11 l. 241/1990*<sup>24</sup>.

Tirando le fila del discorso svolto in questo paragrafo, sembra che si possa concludere che il giudizio di invalidità resta una conseguenza di scelte *ad hoc* del legislatore e, pertanto, costituisce in prima battuta una questione di stretto diritto positivo.

Rispetto all'assetto legislativo, però, è sempre possibile avanzare considerazioni collegate alla teoria generale.

In particolare – oltre a rilevare la generale scarsa compatibilità tra il diritto amministrativo ed una patologia che comporti l'originaria inefficacia del provvedimento – una questione inerente ai rapporti tra nullità di diritto comune e nullità di diritto pubblico assai importante è la possibilità che anche in quest'ultima branca dell'ordinamento la patologia abbia assunto connotati non unitari, cioè si sia assistito all'emersione di nullità speciali.

Allo stesso modo, risulta ancora utile interrogarsi sull'inesistenza degli atti, al fine di verificare la possibilità di una radicale improduttività degli effetti.

Per tentare di affrontare la duplice questione dobbiamo passare ad un'analisi del diritto processuale amministrativo, cui sarà dedicato il successivo paragrafo.

## 2. *L'azione di nullità nell'art. 31 c.p.a.*

A fronte della disciplina di diritto sostanziale, dalla cui analisi anche sommaria emerge che lo statuto di questa forma di invalidità nel diritto amministrativo risulta assai diversificata rispetto all'ordinamento civile, la nullità nell'ambito amministrativo pone criticità anche sul piano processuale<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Art. 11, c. 2, I periodo l. 241/1990: "Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti".

<sup>25</sup> L'azione è disciplinata all'art. 31, cpv., c.p.a., a norma del quale: "4. La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata

Due premesse sono necessarie<sup>26</sup>.

- a. Prima del c.p.a. la disciplina processuale della patologia era costruita in modo pedissequo a quella civilistica, in assenza di indicazioni positive<sup>27</sup>.

Il c.p.a. ha fortemente innovato questo punto, tanto che la nullità amministrativa ha assunto – come anticipato – una connotazione originaria anche dal versante processuale.

- b. In buona sostanza, anche in questo ambito, vi era una forte ipotesi dogmatica contro la nullità, costituita stavolta dalla persistente primazia dell'azione di annullamento nel diritto processuale amministrativo.

Tale tipo di tutela era (condivisibilmente) vista come la migliore possibile contro il potere pubblico<sup>28</sup>.

---

*d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV*".

<sup>26</sup> Fondamentali in tema restano le osservazioni di V. DOMENICHELLI, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 1 ss., a cui aggiungere: F. LUCIANI, *Inefficacia e rilevanza giuridica dell'atto amministrativo. Considerazioni sull'azione di nullità di fronte al Giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2007; A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, *ivi*, 2007; P. CHIRULLI, *Azione di nullità e riparto di giurisdizione*, *ivi*, 2007; G. TROPEA, *Considerazioni sul trattamento processuale del provvedimento amministrativo nullo*, *ivi*, 2007; M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire e rilevanza d'ufficio della nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 999 ss.; S. VINTI, D. CAPOTORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008; A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 795 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010; A. CARBONE, *L'azione di nullità nel Codice del Processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2010; B. SASSANI, *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *www.judicium.it*, 2011; ID., *Riflessioni sull'azione di nullità nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 269 ss.; A. CARBONE, *Dubbi e incertezze sull'art. 31 del codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 1096 ss.; E. FOLLIERI, *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2012; F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012; A. CARBONE, *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 864 ss.; S. CASTROVINCI ZENNA, *Il lungo cammino verso l'effettività della tutela: l'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo*, *ivi*, 2017, p. 146 ss.

<sup>27</sup> F. G. SCOCA, *L'enigma cit.*, p. 143-144. Come si esprime M. RAMAJOLI, *Legittimazione cit.*, p. 1002, prima del c.p.a. era "facile percepire .... un implicito rinvio alla disciplina codicistica". F. VETRÒ, *L'azione cit.*, p. 153 ritiene che l'art. 31 c.p.a. abbia introdotto "una regolazione sostanzialmente nuova" dell'azione di nullità, contribuendo a slegarla dalla disciplina ordinaria.

<sup>28</sup> Esempio di quest'atteggiamento è quanto si legge in Cons. st., Ad. plen., sent. 26 ottobre 1953, n. 17: "Il Consiglio di Stato è giurisdizione chiamata normalmente ad annullare

Torniamo così alla dicotomia sottolineata in apertura: la nullità è *naturaliter* una forma di controllo su espressioni di autonomia privata, non su vicende autoritative.

Di conseguenza, nell'ambito ordinamentale in discorso l'esame giudiziario è visto come un qualcosa che intervenga sempre *a posteriori* ed in funzione *lato sensu* di sindacato su una manifestazione di potere già (pressoché) definita.

Di fronte ad un elemento tanto pervasivo – qual è l'autoritatività del provvedimento – ed alla tradizionale equiparazione in termini di produzione di effetti tra atti provvedimenti validi ed invalidi, scarsamente utile era considerata l'azione di accertamento<sup>29</sup>, qual è quella con cui si fa valere la nullità dei provvedimenti.

In termini di teoria generale, essa sarebbe finalizzata solo ad impedire la rilevanza giuridica definitiva degli effetti di un provvedimento quantomeno "claudicante".

A prescindere dall'ambito di giurisdizione esclusiva, in cui rilevano diritti, risulta quasi lapalissiano che una simile risposta difficilmente (soprattutto in caso di interessi a contenuto oppositivo) intercetti un effettivo bisogno di tutela avverso un potere, proprio a ragione della richiamata equiparazione – dal punto di vista di produzione degli effetti – tra atti validi ed invalidi.

Un risultato processuale di questo tipo non è, quindi, idoneo a tutelare l'amministrato.

A questa potenziale scarsa capacità satisfattiva del rimedio, si aggiungeva un'ulteriore criticità: l'azione di nullità era vista come potenziale cavallo di Troia per aggirare la tagliola del regime decadenziale di contestazione dei provvedimenti.

La centralità dell'azione impugnatoria, pur persistente, è andata in crisi quando, da un lato, sono cambiate le forme organizzative della P.A.

---

*atti e provvedimenti, espressi o taciti, della P.A. nell'esercizio di una potestà amministrativa, che, in singoli casi concreti, ledano in modo immediato ed attuale l'interesse sostanziale della parte. ... Quando pertanto si definisce il Consiglio di Stato come giurisdizione di annullamento, se ne pone in rilievo la natura peculiare, quale risulta dalla costitutività delle sue decisioni?*

<sup>29</sup> Tale forma di tutela – secondo la definizione di G. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, p. 3 – risponde al bisogno di chi "tende esclusivamente a procurarsi la certezza giuridica di fronte ad uno stato di incertezza che gli è pregiudizievole, all'uopo chiedendo che si dichiari esistente un suo diritto o inesistente il diritto altrui".

e, dall'altro, l'attività dei soggetti dell'ordinamento amministrativo è divenuta più pervasiva ed ha iniziato ad interfacciarsi soprattutto con interessi a carattere pretensivo.

A fronte di tale sviluppo si è affermata la necessità di una tutela a carattere e contenuto atipici, in cui la primazia della tutela costitutiva si attenuasse parzialmente.

Tutti questi cambiamenti hanno, inoltre, reso obsoleto il tradizionale processo di legittimità, andato incontro ad un lento tramonto<sup>30</sup>.

Sostanzialmente, l'evoluzione dei poteri attribuiti alla P.A. e della capacità di quest'ultima di incidere sui privati non è stata più ritenuta compatibile con la tipicità dell'azione di annullamento ed ha portato all'emersione di forme atipiche di tutela, capaci di dare una risposta più adeguata ed articolata alle situazioni giuridiche da proteggere.

A partire quantomeno dagli anni '80 del secolo scorso, nella problematica relativa alle domande proponibili innanzi al G.A., fortemente condizionata – come noto – dal dibattito sul risarcimento dell'interesse legittimo, si è così aperta una discussione anche su quella di accertamento.

Nell'ambito di quest'ultima sono state accomunate le domande di giustizia inerenti al silenzio inadempimento, al silenzio assenso e – appunto – alla nullità.

In quest'area, tuttavia, l'attenzione dedicata all'accertamento della nullità è stata inferiore rispetto a quella riservata alla tutela avverso l'inerzia della P.A., che ha costituito una sorta di calco in cui incasellare tutta la tutela a carattere dichiarativo.

Un'analoga cura non è stata riservata dal legislatore e dagli interpreti al tema della nullità, che ha faticato a trovare uno spazio d'analisi autonomo.

Ciò non stupisce, dal momento che la statuizione di mero accertamento è ritenuta poco soddisfattiva: per la tutela degli interessi pretensivi è necessaria una tutela anche condannatoria, per quelli oppositivi una costitutiva.

Da questa scarsa rilevanza resterebbero fuori i casi di accertamento del perfezionamento o del mancato perfezionamento di una fattispecie

---

<sup>30</sup> L'efficace immagine è tratta da L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 591 ss.

non provvedimentale produttiva di effetti giuridici (scia, silenzi<sup>31</sup>), in cui la tutela di solo accertamento sarebbe soddisfacente.

Invero, assai diverso è l'accertamento del rapporto amministrativo (specie in materia di interessi a contenuto pretensivo), che ha più a che fare con comportamenti produttivi di effetti giuridici o con fattispecie caratterizzate da discrezionalità esaurita o poteri vincolati<sup>32</sup>, con quanto capita con la nullità, che si esaurisce in un'analisi statica dei provvedimenti.

Questo elemento costituisce un punto di contatto con la tradizionale tutela impugnatoria.

La differente attenzione riservata alla tutela contro gli atti nulli rispetto a quella contro il silenzio non significativo persiste, benché la domanda di nullità dei provvedimenti costituisca l'unica azione esclusivamente dichiarativa prevista (come si vedrà *infra*) nel c.p.a.

In effetti, il giudizio sul silenzio è strutturato su due tempi, in cui l'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia della P.A. è solo il presupposto per la condanna della stessa all'emanazione del provvedimento, sempre che il potere sia arrivato ad un grado di maturazione tale da poter consentire al G.A. la condanna al *facere* della P.A.

Tale eventuale appendice ha portato parte della dottrina ad ipotizzare che questa particolare modalità di esercizio dell'azione sia fortemente condizionata dal contenuto ordinatorio e sia, quindi, scivolata

---

<sup>31</sup> L'azione di accertamento in relazione al silenzio non significativo è disciplinata dall'art. 31, c. 1-3, c.p.a.

<sup>32</sup> Il tema ha di recente trovato un'interessante ed originale proposta di definizione in A. VAVALLI, *Azione di annullamento e tutela dell'interesse legittimo pretensivo. Un nuovo modello teorico*, Torino, 2023. In argomento si vedano – senza pretesa di esaustività – anche: G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980; ID., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 481 ss.; G. ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti Giannini*, I, Milano, 1988, p. 1 ss.; S. MURGIA, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 244 ss.; B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, *ibidem*, 2002, p. 593 ss.; G. A. CALVERI, *La tutela di accertamento dell'interesse legittimo e il codice del processo amministrativo: occasione mancata?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012, il quale ritiene l'azione di nullità caratterizzata dall'autonomia dell'accertamento sulla mancata produzione di effetti giuridici; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 436 ss.; S. CASTROVINCI ZENNA, *Il lungo cammino cit.*

dalle azioni dichiarative nel campo della tutela a contenuto condannatorio<sup>33</sup>.

L'azione avverso il silenzio non significativo è stata, comunque, il campo che ha attirato le maggiori attenzioni degli interpreti e nel quale (non a caso) è stata incasellata anche la tutela avverso la scia dagli originari tentativi tesi a costruirla sul mero accertamento<sup>34</sup>.

Ciò è provato anche da un esame topografico del c.p.a., in cui alla nullità è dedicato solo il cpv. dell'art. 31<sup>35</sup>, per il resto incentrato proprio sull'azione avverso il silenzio, la quale è esercitabile – come noto – mediante un rito speciale disciplinato anche nel libro IV all'art. 117<sup>36</sup>.

A questa disposizione si aggiunge quella in ordine al giudizio di ottemperanza, nel cui alveo la nullità può esser fatta valere nei termini prescrizionali previsti per l'*actio indicata*<sup>37</sup>.

Invero, il codice contempla altre ipotesi di azioni tipiche a carattere dichiarativo<sup>38</sup>, che sono:

- 1) l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento previa conversione dell'azione di annullamento ai fini risarcitori<sup>39</sup>;
- 2) l'accertamento della cessata materia del contendere<sup>40</sup>;
- 3) la dichiarazione di inefficacia del contratto<sup>41</sup>.

Il silenzio del legislatore è problematico; eppure, esso ha permesso di costruire la disciplina di questa forma di invalidità in termini assai diffe-

---

<sup>33</sup> B. SASSANI, *Arbor actionum cit.*, p. 32-35.

<sup>34</sup> In tema si veda Cons. st., sez. VI, sent. 9 febbraio 2009, n. 717, pionieristica. L'esplorabilità di un'azione di accertamento – ritenuta atipica – è stata generalizzata da Cons. st., Ad. plen., sentt. 23 marzo 2011 n. 3 e 15 luglio 2011 n. 19.

<sup>35</sup> F. VETRÒ, *L'azione cit.*, p. 57 evidenzia come lo scarno testo legislativo non individui in modo certo nemmeno i criteri di riparto della giurisdizione.

<sup>36</sup> F. VETRÒ, *L'azione cit.*, p. 155 giustifica l'accostamento tra queste due azioni – obiettivamente non omogenee – con riferimento alla comune natura dichiarativa e senza che l'atto nullo possa essere equiparato attraverso una *fiction iuris* ad un silenzio non significativo.

<sup>37</sup> Art. 114, c. 4, lett. b) c.p.a., secondo cui il Giudice “*dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato*”.

<sup>38</sup> Secondo la tassonomia proposta anche da A. CARBONE, *Pluralità delle azioni cit., passim*.

<sup>39</sup> Ai sensi dell'art. 34, c. 3 c.p.a.

<sup>40</sup> Disciplinata dall'art. 34, c. 5 c.p.a.

<sup>41</sup> Ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., su cui richiama l'attenzione F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni cit.*, p. 7. Il richiamo alla declaratoria di inefficacia sarà ripreso al § 5.

renti da quelli in uso per gli atti negoziali e di avvicinarla alla tradizionale annullabilità dei provvedimenti, con dubbi sulla natura dichiarativa e non costitutiva della relativa azione<sup>42</sup>.

A dire il vero, centrale nel dibattito è stata la questione sulla natura tipica o meno della sentenza dichiarativa.

Non è risultata inconcepibile la tesi dottrina<sup>43</sup> e giurisprudenziale<sup>44</sup>, secondo cui il c.p.a. non darebbe spazio – almeno rispetto ad interessi legittimi – ad un’azione di accertamento come figura generale, ma solo nelle ipotesi nominate.

Questo è stato il punto, si cui anche per la presenza di “*sforbicatori ministeriali*”<sup>45</sup> si è concentrata la dottrina nei primi tempi successivi all’emanazione del c.p.a.<sup>46</sup>.

A questa interpretazione si contrappone quella di chi – in nome del

<sup>42</sup> F. G. COCA, *L'enigma cit.*, p. 144. A. CARBONE, *Dubbi cit.*, p. 1100, *contra* esamina criticamente l’ipotesi, secondo cui la nullità dei provvedimenti sarebbe una sorta di “annullabilità forte”, simile a quella prevista in diritto commerciale dall’art. 2379 cod. civ. per le delibere societarie. Tale suggestione parrebbe da escludere: l’atto resterebbe improduttivo di effetti e l’azione conserverebbe il carattere dichiarativo.

<sup>43</sup> B. SASSANI, *Arbor actionum cit.*, p. 24 ss.

<sup>44</sup> Da ultimo, si veda Cons. st., sez. V, sent. 16 gennaio 2023, n. 231, ove si legge – in una ricostruzione teorica, secondo la quale il sistema di giustizia amministrativa sarebbe improntato ad una sovra tutela delle ragioni del ricorrente e non conoscerebbe, almeno in linea teorica, spazi vuoti – che: “*il processo amministrativo è pur sempre, secondo una lettura costituzionalmente orientata della giurisdizione del G.A., al di fuori dei casi di giurisdizione esclusiva, un processo sugli interessi legittimi, incentrato sull’azione di annullamento ... deve ritenersi che, sulla base della disciplina codicistica e dello stesso (connesso) sistema processuale amministrativo elaborato dalla giurisprudenza, tale azione (scilicet di accertamento, n.d.r.) sia esercitabile soltanto nei casi tipicamente definiti dal legislatore o enucleabili dal contesto della disciplina di particolari istituti?*”.

<sup>45</sup> Secondo l’icastica definizione di R. CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in *Il Foro it.*, 2010, p. 271. La paternità della definizione di sforbiciatore è invero contesa; si veda anche F. MERUSI, *In viaggio con Laband*, in *www.giustamm.it*, 2010.

<sup>46</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni cit.*, p. 6, suggerisce *contra* che l’eliminazione dal progetto di c.p.a. delle azioni di accertamento e di adempimento sarebbe dipesa dalla consapevolezza che il sistema di tutela così come delineato nel codice è rispondente alla necessità di garantire una protezione effettiva. In disparte dalla questione posta dall’adesione all’una o all’altra scuola di pensiero, resta certo un dato: l’adozione del c.p.a. è stata effettuata attraverso un “*percorso sinuodale*”, come efficacemente si esprime F. VETRÒ, *L’azione cit.*, p. 125

principio di atipicità dell'azione – ritiene superflua un'indicazione specifica del tipo di tutela erogabile quale condizione della sua prevedibilità nell'ordinamento, in quanto la stessa va disposta purché ne abbisogni la difesa della situazione giuridica del titolare in conformità a quanto previsto nella Costituzione<sup>47</sup>.

Di conseguenza, la scelta del legislatore di indicare nel c.p.a. le azioni ammissibili viene ritenuta corretta non tanto perché in questo modo si creano delle forme tipiche di azione, quanto perché: i. il G.A. si trova così provvisto di un contenuto (invero ampio) di poteri decisori nei confronti del potere esecutivo; ii. lo statuto degli interessi legittimi azionabili, a differenza di quanto capita ai diritti soggettivi, non ha un contenuto sostanziale, ma acquista solidità in giudizio.

Questa prospettiva è sicuramente più aderente allo sviluppo dell'ordinamento secondo il principio di effettività e, proprio per questa ragione, è da preferire<sup>48</sup>.

La presenza di azioni di accertamento atipiche è stata giustificata anche con il richiamo che l'art. 39 c.p.a. fa al c.p.c.: pur in assenza di una disposizione *ad hoc*, costituisce un principio generale dell'ordinamento processuale la possibilità di agire con domanda di mero accertamento in presenza di un interesse diretto concreto ed attuale, argomento che si affianca a quello dell'effettività della tutela<sup>49</sup>.

Un ulteriore modo di giustificare la presenza delle azioni di accertamento “atipiche” si basa sul seguente ragionamento: dal momento che – anche in caso di giurisdizione esclusiva e nella richiamata assenza di una norma *ad hoc* nel c.p.c. – non si dubita della possibilità di una tutela di mero accertamento per i diritti soggettivi, non si vede per quale motivo essa debba essere esclusa per gli interessi legittimi, qualora essa sia idonea alla loro protezione.

D'altra parte, la tipologia di azione è stata già prevista dalla giurisprudenza in materia di silenzio non significativo<sup>50</sup>.

L'azione incontrerebbe solo il limite della non emulatività e dei

---

<sup>47</sup> E. FOLLIERI, *L'azione cit.*, p. 1.

<sup>48</sup> È il caso di mutuare anche in relazione al tema in esame la *ratio* argomentativa proposta da ultimo da G. COCOZZA, *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1321 ss.

<sup>49</sup> F. VETRÒ, *L'azione cit.*, p. 127 ss.

<sup>50</sup> Il riferimento è a Cons. st., Ad. plen., sent. 10 marzo 1978, n. 10

poteri amministrativi non esercitati ed avrebbe, quindi, un'atipicità moderata<sup>51</sup>.

Altra parte della dottrina ha evidenziato che la declaratoria di nullità avrebbe – in aggiunta al carattere dichiarativo – anche la capacità di condizionare l'attività amministrativa, in virtù dell'effetto conformativo connaturato alle sentenze del G.A.<sup>52</sup>.

Da tanto, è stato proposto di identificare nel vizio una forma di annullabilità qualificata e di ritenere anche gli effetti della sentenza simili, in quanto dall'accoglimento del ricorso deriva la formale espunzione dal mondo giuridico dell'atto e (soprattutto) dei suoi effetti.<sup>53</sup>

Di conseguenza, la portata della sentenza andrebbe ben oltre il contenuto di un semplice accertamento; per quello che riguarda i suoi effetti – demolitori e conformativi – essa sarebbe del tutto simile ad una pronuncia di annullamento e, quindi, dotata di portata costitutiva<sup>54</sup>.

La difficile identificazione degli effetti della sentenza dichiarativa ha sicuramente influito sulle scelte del legislatore, soprattutto nella parte in cui ha previsto un termine decadenziale – pari a 180 giorni – per la proposizione dell'azione di nullità.

Per gli atti emanati in violazione od elusione del giudicato vale invece un termine decennale, di natura prescrizioneale, quindi interrompibile<sup>55</sup>. Ai sensi di quanto previsto dall'art. 133, lett. a), n. 5 c.p.a. siamo innanzi ad un caso di giurisdizione esclusiva e non di legittimità.

In quest'ultima ipotesi la giurisdizione di merito dell'ottemperanza non sarebbe comunque incisa dall'esistenza di una giurisdizione esclusiva sulla nullità degli atti emanati in violazione o elusione del giudicato<sup>56</sup>.

L'individuazione di un termine decadenziale è contraddittoria con la

<sup>51</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni cit.*, p. 6.

<sup>52</sup> A. BARTOLINI, *Considerazioni sulla natura dell'azione di nullità nel processo amministrativo*, intervento nelle *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli*, sul tema "L'impugnabilità degli atti amministrativi", Siena, 13-14 giugno 2008, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2008

<sup>53</sup> B. SASSANI, *Arbor actionum cit.*, § 5 *passim*.

<sup>54</sup> Soluzione suggerita da F. VETRÒ, *L'azione cit.*, p. 178, che la giustifica con riferimento all'atipicità anche dei contenuti della tutela giurisdizionale.

<sup>55</sup> Cons. st., Ad. plen., sent. 4 dicembre 2020, n. 24.

<sup>56</sup> M. R. SPASIANO, *Articolo 21 septies cit.*, p. 575.

natura dell'azione di nullità, concettualmente imprescrittibile, e soprattutto pare aver fatto perderne la caratteristica distintiva dall'annullabilità, consistente nella non temporalità dell'agire.

Anche questa scelta sembra rispondere al *favor aerarii*, che ha portato alla cancellazione di un'azione generalizzata di accertamento dalla stesura definitiva del c.p.a. per evitare pregiudizi anche potenziali alle finanze pubbliche.

Invece, resta ferma la possibilità di eccepire la nullità senza vincoli temporali, al pari della rilevabilità *ex officio*.

In ordine al primo profilo, si può evidenziare che l'eccezione può fondatamente essere sollevata dal controinteressato, mentre risulta difficile immaginarlo da parte della P.A. che ha dato causa all'atto<sup>57</sup>.

Ancora più spinosa è la rilevabilità ufficiosa.

Essa va coordinata con il principio della domanda e con quello del contraddittorio<sup>58</sup>.

In effetti – come evidenziato da tempo in dottrina in una serrata analisi sui rapporti di pregiudizialità tra più atti amministrativi – sembra che tale possibilità si traduca in un ulteriore privilegio in favore della P.A., almeno nell'applicazione che ne dà il Giudice amministrativo. Quest'ultimo, infatti, rileva la nullità di un atto quando esso contrasti con la pretesa del privato, mentre – in applicazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato – ritiene l'amministrato onerato di una specifica contestazione in caso di nullità che possa favorirlo<sup>59</sup>.

Tale meccanismo finisce, di conseguenza, con il favorire esclusivamente il soggetto, cui è imputabile l'atto invalido.

La individuazione di termini sfalsati per agire in via diretta o per eccepire la nullità è tarata – secondo parte della dottrina<sup>60</sup> – sulle

---

<sup>57</sup> I delicati problemi esistenti in ordine a questo profilo sono esaminati da S. FOÀ, *Pubblica amministrazione ricorrente, domanda riconvenzionale e accertamento della nullità: tra diritto civile e codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2010, p. 1552 ss.; A. MARRA, *Accertamento del rapporto controverso e termine di decadenza (con uno sguardo all'azione di nullità nel nuovo codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1406 ss.

<sup>58</sup> F. VETRÒ, *L'azione cit.*, p. 240-241.

<sup>59</sup> M. RAMAJOLI, *Legittimazione cit., passim*. Interessanti riflessioni sulle conseguenze processuali del nesso di connessione tra atti amministrativi si devono a V. PAMPANIN, *Principio della domanda e limitazioni dell'onere di impugnare nel processo amministrativo di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 1332 ss.

<sup>60</sup> E. FOLLIERI, *L'azione cit.*, p. 3.

diverse esigenze di stabilità, che il legislatore ha graduato in questo modo:

- al primo posto stanno Amministrazione (problematicamente pure titolare di poteri di autotutela) e Giudice, che possono eccepire e rilevare la nullità in ogni tempo<sup>61</sup>;
- al secondo posto sta il cittadino che abbia ottenuto un giudicato, che gode di un termine prescrizione decennale nel quale far valere la nullità;
- al terzo posto il cittadino titolare di un interesse legittimo, che ha 180 giorni di tempo per una iniziativa di tal fatta<sup>62</sup>.

Per la tutela di un diritto soggettivo, nei casi di giurisdizione esclusiva, varrebbe infine il termine prescrizione decennale.

Risulta problematico conciliare questa regola processuale “composita” con il principio del giusto processo e con la parità delle armi tra le parti, che dovrebbero animare la disciplina processuale.

Pertanto, è stato osservato che l’ordinamento ha ritenuto che la funzionalità debba far premio sulla stretta legalità, con una scelta ritenuta inutilmente complessa<sup>63</sup>.

Da un altro punto di vista, la legittimazione all’azione andrebbe riconosciuta solo in presenza di un interesse personale, senza che rilevinò gli ulteriori caratteri dell’attualità e della concretezza<sup>64</sup>. Questo in ulteriore ampliamento della condizione dell’azione in esame, già più larga in diritto processuale amministrativo di quanto avvenga nei giudizi civili<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> In effetti, come osservato da F. G. COCA, *L'enigma cit.*, p. 144, risulta forse più utile fare riferimento alla posizione sostanziale e non processuale delle parti per giustificare il regime differenziato dei termini in cui far valere o eccepire la nullità.

<sup>62</sup> B. SASSANI, *Riflessioni cit.*, p. 273, ritiene che per il terzo leso da un provvedimento nullo sia possibile agire in qualunque tempo. La tesi non pare persuasiva, perché introduce un ulteriore elemento di differenziazione. Risulta forse meno eversivo ritenere che il terzo possa agire nel termine di 180 giorni dalla conoscenza degli effetti lesivi dell’atto nullo.

<sup>63</sup> F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell’interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 503 ss.

<sup>64</sup> E. FOLLIERI, *L’azione cit.*, p. 7.

<sup>65</sup> F. LUCIANI, *Processo amministrativo cit.*, *passim*. M. RAMAJOLI, *Legittimazione cit.*, p. 1010, evidenzia come la tradizionale ampia legittimazione al ricorso di annullamento nell’ambito processuale amministrativo renda quantomeno problematico interpretare la nullità come strumento di allargamento della platea di soggetti titolati all’azione e che essa non possa risolversi in un’azione popolare. A ciò la chiara Autrice aggiunge una

Invero, è difficile escludere la presenza di un interesse all'accertamento anche perché – oltre alla rimozione dell'incertezza sull'efficacia di un provvedimento, già sufficiente – si potrebbe anche voler evitare l'ingenerarsi di un legittimo affidamento sulla validità dell'atto in favore di terzi, altro interesse meritevole di tutela.

Un'ultima notazione in tema di giurisdizione, ulteriore profilo su cui il c.p.a. è silente.

A ragione del mancato perfezionamento della fattispecie, il provvedimento nullo è incapace di incidere sia su diritti soggettivi che su interessi legittimi perché manca un'espressione di potere; pertanto, l'art. 31 c.p.a. concede la possibilità di agire sia innanzi all'A.G.O. che al G.A.<sup>66</sup>.

Nel caso in cui si agisca innanzi al Giudice ordinario, varrebbe la normale disciplina della nullità civilistica specie per gli atti in cui rilevi un difetto di attribuzione, ipotesi in cui si fa questione non del cattivo uso del potere, ma dell'assenza di sua titolarità<sup>67</sup>.

Di conseguenza, lo spazio per l'uso di quest'azione innanzi al G.A. pare compreso alle fattispecie speciali di merito ed esclusive; in quella generale di legittimità sarebbe, ad ogni modo, possibile sia per il destinatario che per i terzi chiedere il mero accertamento del vizio dell'atto, con possibilità aggiuntiva di far valere i diritti innanzi all'A.G.O.<sup>68</sup>.

Da tanto lo scetticismo diffuso sull'utilità del rimedio.

Si è replicato che la previsione dell'azione comporta il riconoscimento di un interesse all'accertamento, che porta all'imprescindibilità di una sentenza di merito, e che esiste una giurisdizione amministrativa in materia, necessaria per dare un senso concreto alla disposizione<sup>69</sup>.

Essa sarebbe predicabile, ad esempio, nel caso in cui un titolare di un interesse legittimo a contenuto oppositivo chieda la declaratoria di

---

seconda condivisibile notazione, secondo cui l'ipotesi di nullità maggiormente presente nella pratica – ciò quella per violazione o elusione del giudicato – può esser fatta valere solo dalle parti di un precedente giudizio, caratterizzazione da cui fa discendere una disomogeneità originaria della patologia. Aderisce al suggerimento F. VETRÒ, *L'azione cit.*, p. 195.

<sup>66</sup> C. E. GALLO, *Questioni attuali cit.*, p. 49.

<sup>67</sup> C. E. GALLO, *Questioni attuali cit.*, p. 51.

<sup>68</sup> B. SASSANI, *Arbor actionum cit.*, p. 34.

<sup>69</sup> E. FOLLIERI, *L'azione cit.*, p. 3.

nullità di un atto che lo lede (è il caso di un commerciante, che contesti l'autorizzazione all'apertura di una grande struttura di vendita) e che permetterebbe il mantenimento di una situazione giuridica o, nel caso di interessi pretensivi, quando sia accompagnata da un'azione di adempimento.

3. *Clausole immediatamente escludenti dei bandi, tra annullabilità e nullità alla luce della giurisprudenza più recente della Plenaria*

Dopo aver tratteggiato lo sviluppo della disciplina della nullità in diritto amministrativo, si può passare all'analisi di un elemento alquanto specialistico, a cui ora si è ampliata la patologia in conseguenza del d. lgs. 36/2023, e che – fino a pochissimi anni fa – vi era del tutto estraneo.

Il riferimento è al trattamento delle clausole immediatamente escludenti, le quali impedivano ad un soggetto di partecipare ad un gara.

Pur nella non totale sovrapponibilità tra queste e le cause di esclusione, risulta impossibile esaminare le seconde senza aver ben chiaro quale sia stato il trattamento processuale delle prime.

In materia questo è l'orientamento oramai assestato del G.A.

Le clausole contenute nel bando<sup>70</sup> di gara o in un altro documento parte della *lex specialis*, che inibiscano ad un operatore o ad una categoria di essi la partecipazione, in quanto prevedono in modo illegittimo requisiti necessari per la partecipazione – al pari di quelle irragionevoli, che impediscano la formulazione di un'offerta non in perdita, o di quelle che non rendano possibile un calcolo di convenienza e facciano divenire la partecipazione estremamente gravosa al di là di qualsiasi considerazione

---

<sup>70</sup> Resta fuori dall'economia del presente contributo la questione sulla natura dei bandi di gara; sul punto ci si limita ad un rinvio a M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 53 ss.

economica<sup>71</sup> – causano una lesione immediata a chi si trovi impedito a partecipare in forza di una restrizione *contra ius* della concorrenza<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Va ricordato che la giurisprudenza si è caratterizzata per innumerevoli tentativi – tutti non riusciti – di ampliare al massimo il novero delle clausole immediatamente impugnabili o ritenere il bando sempre autonomamente e direttamente contestabile. Tutte le fughe in avanti sono state puntualmente rintuzzate dall'Adunanza Plenaria: non ha trovato pertanto cittadinanza un interesse a ricorrere basato sulla tensione alla partecipazione o alla corretta individuazione della platea dei concorrenti.

<sup>72</sup> La bibliografia in materia di clausole escludenti è sconfinata. Qui ci si limita a segnalare alcuni contributi più interessanti, a cui si rinvia anche per un'individuazione delle pronunce giurisdizionali più significative: R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo (l'interesse legittimo tra interesse a ricorrere ed interesse legittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 422 ss.; R. VILLATA, *Novità in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione*, *ivi*, 1999, p. 912 ss.; F. MARTINELLI, M. SANTINI, *La lesività immediata delle clausole contenute nei bandi di gara: nuove ipotesi al vaglio del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 1225 ss.; F. SAITTA, *La legittimazione ad impugnare i bandi di gara: considerazioni critiche sugli orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. app.*, 2001, p. 536 ss.; S. BACCARINI, *Clausole "non escludenti" dei bandi di gara ed onere di impugnazione autonoma delle stesse: un inattendibile orientamento del Consiglio di Stato*, in *www.giust.it*, 2002; P. PIZZA, *Impugnazione diretta del bando, clausole immediatamente lesive ed interesse a ricorrere: una tutela giurisdizionale incerta*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 743 ss.; B. DE ROSA, *L'impugnabilità dei bandi di gara: in quali casi sussiste l'onere di immediata impugnazione*, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 394B ss.; G. MARI, *Sulla disapplicabilità delle clausole del bando di gara e sul principio di regolarizzazione*, *ivi*, 2002, p. 1133 ss.; C.E. GALLO, *Impugnazione, disapplicazione ed integrazione del bando di gara nei contratti della p.a.: una pronuncia di assentimento*, in *Urb. app.*, 2003, p. 428 ss.; P. PIZZA, *L'Adunanza plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 79 ss.; G. MARI, *L'impugnazione dei bandi di gara: due recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria e della Corte di giustizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2003, p. 1046 ss.; L. R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 809 ss., che per primo aveva ipotizzato la possibilità di un interesse a ricorrere per l'accertamento dell'illegittimità delle clausole escludenti; D. VAIANO, *L'onere dell'immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, *ivi*, 2004, p. 693 ss.; M. BERRA, *Impugnazione del bando di gara tra immediata lesività ed acquiescenza*, in *Urb. e app.*, 2004, p. 381 ss.; P. CHIRULLI, *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza "conservativa" e fermenti innovativi*, in *Giust. civ.*, 2004, p. 547 ss.; S. DE PAOLIS, *L'impugnativa del bando di gara e la presentazione della domanda di partecipazione: una soluzione legata alla qualificazione delle clausole della lex specialis*, in *Foro amm. TAR*, 2005, p. 2155 ss.; G. CREPALDI, *L'impugnazione delle clausole del bando che impediscono la partecipazione alla gara: i soggetti e l'oggetto*, in *Foro amm. CDS*, 2007, p. 2883 ss.; S. MONZANI, *L'onere di immediata impugnazione del bando riguarda le clausole impeditive della*

In via del tutto eccezionale, esse fanno sorgere, quindi, l'onere di tempestiva loro contestazione entro il termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione dell'atto amministrativo generale, senza che sia necessario attendere l'atto espulsivo, ed ampliano la legittimazione anche in favore degli operatori del settore e non dei soli concorrenti<sup>73</sup>.

---

*partecipazione ma anche quelle impeditive della concorrenza*, *ivi*, 2012, p. 3533 ss.; G. VELTRI, *Immediata impugnazione dei bandi di gara: regole, eccezioni, fermenti giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2013, p. 955 ss.; M. A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2016; R. CASINI, G. GAGLIARDINI, B. BIANCARDI, *L'onere di immediata impugnazione del bando e la necessità (o meno) di partecipazione alla gara: dall'Adunanza plenaria n. 1/2003 ai recenti sviluppi giurisprudenziali*, *ivi*, 2018, che si segnala per l'attenta ricostruzione dei tentativi da parte delle Sezioni semplici del Giudice amministrativo di appello di ottenere dalla Plenaria un ampliamento dei casi di immediata contestabilità; L. BERTONAZZI, *Note sull'impugnabilità dei bandi di gara o di concorso in attesa dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 2018; S. TERRACCIANO, *Immediata impugnazione dei bandi di gara: tra novità legislative e conferme giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1393 ss.; A. BERTI SUMAN, *L'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara e il ruolo dell'interesse strumentale nel (nuovo) contenzioso appalti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018; S. TRANQUILLI, *Brevi note sulla fine della parabola del revirement giurisprudenziale sull'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando "non escludenti"*, in *Foro amm.*, 2018, p. 331 ss.; A. MEALE, *La legittimazione all'impugnazione della lex specialis*, in *Urb. app.*, 2018, p. 785 ss.; N. BERTONAZZI, *Notarelle originali in tema di impugnazione dei bandi*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 959 ss., che ritiene il bando atto endoprocedimentale e non provvedimento e, quindi, mai direttamente impugnabile perché sarebbe solo l'esclusione a determinare l'arresto procedimentale; D. MARRAMA, *Le pretese al restringimento della concorrenza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, p. 1033 ss.; ID. *Clausole escludenti e domanda di partecipazione. Per la serie: a volte (... legittimamente ...) ritornano*, in *www.federalismi.it*, p. 97 ss., 2022. Nello scritto ci si concentrerà sulla procedure di gara; analogo tema è emerso anche rispetto ai bandi di concorso per il reclutamento del personale. Si veda Cons. st., sez. III, sent. 6 ottobre 2023, n. 8718 per una recentissima messa a punto dei problemi processuali posti dalle clausole in esame.

<sup>73</sup> Tale posizione è stata assunta – da ultima – da Cons. st., Ad. pl., sent. 26 aprile 2018, n. 4 ed è stata avallata anche da C. cost., sent. 22 novembre 2016, n. 245. Per una recente analisi sulle condizioni dell'azione in materia di contenzioso sugli appalti pubblici il rinvio è a M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 927 ss. Gli unici altri due casi di legittimazione riconosciuta agli operatori del settore consistono – come noto – rispettivamente nell'ipotesi in cui si contesti la mancata indizione di una procedura o, al contrario, in quella in cui si contesti in radice l'avvio di un procedimento selettivo. Si veda *ex plurimis* TAR Roma, sez. I bis, sent. 6 febbraio 2023, n. 2005.

Il mancato possesso del requisito è, infatti, una situazione di fatto immediatamente percepibile dal soggetto leso.

Tale dinamica di produzione degli effetti giuridici rende il bando non più contenente prescrizioni generali ed astratte, ma in questa sua parte speciali e concrete.

Di conseguenza, esse vanno subito contestate.

Ad essere frustrata immediatamente è, quindi, la tensione al bene della vita costituito dall'aggiudicazione. Essa non è mai conseguibile in simili evenienze, perché è la partecipazione stessa ad essere inibita, circostanza che fa sorgere un interesse al ricorso.

Dunque, per tutelare l'interesse non è necessario – secondo la giurisprudenza ora maggioritaria, mossasi in un'ottica di tutela incrementale – presentare una richiesta di partecipazione per dimostrare la legittimazione.

Una lesione all'interesse legittimo<sup>74</sup> così costruita limita, in effetti, la platea di legittimati al ricorso ai soli operatori del settore e fa sì che questo tipo di giudizio non sfoci in un'*actio popularis*.

Quindi, non risulta protetto l'interesse procedimentale alla legittimità della procedura o, in alternativa, alla corretta delimitazione della platea dei partecipanti, a difesa dei quali sarebbe stato possibile ampliare al massimo sia le possibilità di contestazione immediata del bando che il numero dei soggetti titolati alla formulazione di una tale domanda di giustizia.

L'anticipazione della contestazione parziale dei bandi è e deve restare, infatti, un'eccezione (obbediente alla logica dell'effettività della tutela) rispetto alla regola generale, secondo cui l'impugnazione di tale atto generale deve avvenire insieme al provvedimento che ne abbia dato applicazione (esclusione o aggiudicazione in favore del concorrente, per rimanere al campo delle gare pubbliche).

Nel caso delle clausole immediatamente escludenti, invece, il provvedimento espulsivo ha contenuto meramente dichiarativo e vincolato di una prescrizione già contenuta nel bando: pertanto, è da quest'ultimo (il quale costituisce un arresto procedimentale “in culla” ai danni del sog-

---

<sup>74</sup> Le poche pagine di questo scritto sono incompatibili con una discussione sulla natura attuale di questa situazione giuridica soggettiva. Pertanto, in questa sede si può effettuare solo un rinvio all'opera magistrale di F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

getto che avrebbe interesse a partecipare), che – a ben vedere – deriva la lesione rispetto a cui la domanda di partecipazione è del tutto neutra.

Così non è negli altri casi; e per supplire a tale carenza non sono mai stati ritenuti sufficienti richiami alla buona fede dei concorrenti, che avrebbero dovuto anticipare alla P.A. eventuali profili di illegittimità della documentazione di gara dalla stessa predisposta a pena di decadenza<sup>75</sup>.

L'omessa contestazione del bando ne cristallizza il contenuto, cosa che rende inammissibile per carenza di interesse e per tardività un ricorso contro l'esclusione.

Il vizio, da cui erano ritenute affette simili previsioni, era – e viene fuori il motivo per cui ci si è interessati di tale vicenda nel contributo che qui occupa – in modo pressoché totalitario l'annullabilità<sup>76</sup>.

Sul punto è necessaria un'ulteriore precisazione: acuta dottrina<sup>77</sup> ha, di recente, notato che nell'amplessima categoria delle clausole escludenti – i cui confini, in omaggio al richiamato principio dell'effettività della tutela, si sono costantemente ampliati – si può individuare una bipartizione.

Ci sarebbe un gruppo, che obiettivamente contemplerebbe previsioni puntuali rispetto a requisiti (ad esempio, l'iscrizione ad un albo), la cui carenza renderebbe del tutto inutile la partecipazione.

In questi casi, sarebbe del tutto superfluo inoltrare una domanda di partecipazione a ragione del divieto assoluto derivante dal bando; la richiesta di un simile adempimento si risolverebbe in un mero formalismo.

Quindi, la soddisfazione dell'interesse all'aggiudicazione (*rectius*, la *chance* o la “*opportunità strumentale*”<sup>78</sup> di tale esito) passerebbe necessariamente attraverso un nuovo esercizio di potere<sup>79</sup>. Ciò perché il vizio

<sup>75</sup> Contenuti, ad esempio, in Cons. st., sez. VI, ord. 18 gennaio 2011, n. 351.

<sup>76</sup> Assolutamente isolate erano le pronunzie nel senso di nullità di tali clausole, limitata per altro ai soli casi di contrasto con il diritto UE. Da tale vizio sarebbe derivato un potere di disapplicazione da parte del G.A. Si veda TAR Milano, sez. III, sent. 8 agosto 2000, n. 234.

<sup>77</sup> D. MARRAMA, *Clausole escludenti cit.*, *passim*.

<sup>78</sup> Secondo la proposta definitoria di D. MARRAMA, *Clausole escludenti cit.*, p. 120.

<sup>79</sup> Siamo quindi innanzi ad un interesse strumentale, declinazione la quale “*sottintende che la soddisfazione della utilitas, costituente il lato interno della posizione di interesse legittimo, potrà*

del bando ha a che fare proprio con l'impossibilità di formulare le offerte ed è così necessario che il procedimento si riapra da questa fase iniziale.

Il privato può, di conseguenza, solo aspirare ad un nuovo esercizio di potere a cui partecipare.

Così non è nei casi in cui l'adempimento imposto dalla clausola renda, comunque, possibile la partecipazione (ad esempio, una previsione che contempli la necessità dell'asseverazione di un piano economico finanziario per partecipare ad una gara).

In questa ipotesi, sarebbe necessario per il ricorrente differenziare da subito la propria posizione, con la presentazione di un'istanza di partecipazione.

Il Giudice amministrativo dovrebbe sterilizzare gli effetti della clausola in favore del solo operatore che è tempestivamente insorto contro la stessa, magari anche prevedendo in suo favore uno slittamento del termine per la presentazione della candidatura, e poi verificare con attenzione nel corso del giudizio l'andamento della procedura di gara, al fine di stabilire la persistenza dell'interesse al ricorso.

Qui si tutelerebbe direttamente l'interesse all'aggiudicazione, che potrebbe essere soddisfatto nella procedura già avviata dalla P.A., sicché l'esercizio di potere non avrebbe necessariamente bisogno di integrazioni o di una ripetizione.

Solo nel caso in cui – a fronte di un comportamento diligente dell'operatore, teso a conservare l'interesse all'aggiudicazione – tale esito non fosse più possibile, la tutela erogabile in favore del privato si colorerebbe di strumentalità ed imporrebbe il rinnovo (in tutto o in parte) della procedura.

In buona sostanza, si può affermare che l'interesse legittimo (che resta sempre lo stesso e riguarda – giova ribadirlo – il bene della vita aggiudicazione), nel primo caso, avrebbe un'espressione esclusivamente

---

*avvenire solo probabilmente, attraverso il riesercizio del potere conseguente all'annullamento giurisdizionale*", secondo la proposta definitoria di R. CAPONIGRO, *L'interesse legittimo strumentale nelle gare d'appalto*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2011.

strumentale, nel secondo caso finale e, solo in seconda battuta, strumentale.

Questa distinzione si impone per considerazioni dogmatiche, oltre che per evitare che il processo diventi un luogo in cui tentare impropriamente di lucrare un risarcimento per equivalente.

Per evitare sia inquinamenti tra le categorie sostanziali che usi strumentali del giudizio era stato proposto, quindi, di onerare *ex lege* i soggetti intenzionati a chiedere l'annullamento di una clausola non radicalmente inibitrice della partecipazione di presentare una domanda di partecipazione alla gara<sup>80</sup>.

A tale prima cautela sarebbe dovuta corrispondere un'articolazione delle richieste di giustizia coerente e che prevedesse esclusivamente come *extrema ratio* o come conclusione subordinata l'annullamento totale della procedura in luogo dell'intervento del Giudice sulle sole clausole escludenti.

Questa seconda cautela sarebbe valevole per tutti i casi di previsioni impeditive della partecipazione; essa – a seguito della riforma, di cui si riferirà nel § 4 – ha perso di interesse.

Così non è rispetto alla prima proposta, sulla quale si tornerà nei paragrafi conclusivi del presente scritto<sup>81</sup>.

Il costrutto giurisprudenziale relativo alle clausole escludenti era maturato nei primi anni 2000 ed aveva resistito in modo tetragono sino al 2020, quando era stato per la prima volta messo in discussione dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>82</sup>.

Sembra a chi scrive che su tale cambio di paradigma abbiano influito, da un lato, l'emersione (più risalente) di criteri sostanziali e non più solo formali per individuare il contraente nelle gare pubbliche,

<sup>80</sup> D. MARRAMA, *Clausole escludenti cit.*, p. 122-126.

<sup>81</sup> Non è ozioso sottolineare come la dottrina qui in esame avesse concluso proprio segnalando criticamente in nota 66 la soluzione proposta da Cons. st., Ad. pl., sent. 16 ottobre 2020, n. 22, su cui subito *infra*, come alternativa al meccanismo suggerito. La riforma, quindi, ha costituito per chi scrive l'occasione per riprendere il pensiero del suo Maestro e confrontarlo con le soluzioni scelte dal legislatore.

<sup>82</sup> Il riferimento è a Cons. st., Ad. pl., sent. 16 ottobre 2020, n. 22. Chi scrive si era soffermato sul pronunciamento e ne aveva messo in luce le criticità, derivanti sia dal carattere fortemente innovativo che dalla contaminazione tra le due forme di patologia del provvedimento, in R. CAROCCIA, *Risarcimento dell'interesse legittimo. Chance, tutela dell'affidamento e regole di validità e di responsabilità*, Torino, 2022, p. 179-183.

dall'altro, la volontà (più recente) di evitare un contenzioso preventivo e di concentrare lo stesso al solo momento dell'esclusione o dell'aggiudicazione.

La procedura di gara dovrebbe così divenire un luogo non di caccia all'errore, ma di selezione della migliore offerta.

La sentenza, da cui è partito il *revirement*, ha ritenuto nullo il bando nella parte in cui ha escluso per i soggetti che già non possedessero una simile certificazione la possibilità di ricorrere all'avvalimento per un'attestazione SOA e, in conseguenza di ciò, ha annullato il provvedimento espulsivo.

Va precisato che la clausola non era stata tempestivamente contestata, benché inibisse in radice all'operatore ricorrente la possibilità di partecipare.

Essa era – a ben vedere – sia una prescrizione a pena di esclusione (cioè, un onere posto in capo al soggetto) che una causa di esclusione (cioè, una qualità del soggetto in quanto si risolveva nel possesso di un determinato requisito).

A fronte di tale omissione, il Giudice amministrativo, sia in prime che in seconde cure, ha ritenuto la prescrizione base dell'esclusione nulla per contrasto con l'art. 83, c. 8 d. lgs. 50/16<sup>83</sup> – che prescriveva la tassatività delle prescrizioni a pena di esclusione<sup>84</sup> – in quanto essa si risolve in un divieto di avvalimento e, pertanto, l'ha disapplicata.

A questa prima statuizione è seguito l'annullamento dell'esclusione.

È interessante, in questa sede, concentrarsi sulla parte della sentenza, che riguarda il tipo di patologia da cui sarebbe affetta la sanzione espulsiva presente nel bando.

Dopo aver evidenziato che originariamente l'unico vizio degli atti amministrativi era l'annullabilità, la Plenaria ha sottolineato come il quadro sia cambiato in forza dell'introduzione prima dell'art. 21 *septies* nella l. 241/1990 e poi dell'art. 31 c.p.a. ed ha pure sintetizzato le caratteristiche della nullità amministrativa.

A questo punto, il massimo consesso del G.A. ha ritenuto possibile

---

<sup>83</sup> Si riportano gli ultimi due periodi della disposizione: “*I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*”. Si badi bene: prescrizioni a pena di esclusione e non cause di esclusione. Il legislatore ha introdotto una possibile confusione tra questi due elementi.

<sup>84</sup> Sulla tassatività delle prescrizioni a pena di esclusione si tornerà *infra*, § 4.

ricostruire un quadro unico del sistema delle nullità, sottolineando i punti di contatto tra la più grave patologia del diritto civile con quella del diritto amministrativo.

Da questo punto di vista, è stato notato un progressivo riavvicinamento sia tra le differenti patologie negoziali che tra le regole di validità e quelle di comportamento; si è aggiunto a tale prima considerazione che, in ambito amministrativo, la nullità può essere fatta valere solo in via giuziaria ed avrebbe una doppia conformazione.

La prima si verifica quando l'interesse del soggetto leso è soddisfatto da una pronuncia, che dichiari inefficace l'atto nullo.

La seconda avviene quando sia necessario annullare un provvedimento, di cui l'atto nullo costituisce il presupposto.

Questa seconda ipotesi si verifica nel campo della contrattualistica pubblica, in conseguenza della positivizzazione del principio di tassatività delle cause di esclusione<sup>85</sup>.

Di conseguenza, la nullità della clausola illegittimamente escludente ha una portata parziale, può essere fatta valere in ogni tempo ed impedisce alla P.A. di porre in essere atti che si fondino sulla stessa, a ragione dell'inefficacia di quest'ultima ed a prescindere da una sua tempestiva impugnazione<sup>86</sup>.

Dunque, il bando cessa, seppur solo parzialmente, di costituire una forma di auto vincolo della P.A.; tale effetto manca in conseguenza della nullità parziale, che lo rende improduttivo di effetti.

L'atto applicativo risulta, invece, annullabile e va contestato con le modalità ordinarie<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> È il caso di ricordare che il riferimento al principio di tassatività delle cause di esclusione era stato utilizzato da Cons. st., sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138 per suggerire alla Plenaria un'indiscriminata ed immediata impugnabilità dei bandi, in quanto esso avrebbe fatto emergere l'interesse alla partecipazione. Tale suggestione era stata scartata perché la nullità avrebbe potuto essere lamentata *sine die*, quindi in modo contrario all'anticipazione della contestazione di tutte le clausole dei bandi.

<sup>86</sup> “La nullità della clausola ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016 configura un'ipotesi di nullità parziale limitata alla clausola, da considerare non apposta, che non si estende all'intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa”.

<sup>87</sup> “Non vi è dunque alcun onere ... per le imprese partecipanti alla gara di impugnare (entro l'ordinario termine di decadenza) la clausola escludente nulla e quindi inefficace ex lege, ma vi è uno specifico onere di impugnare nei termini ordinari gli atti successivi che facciano applicazione (anche) della clausola nulla contenuta nell'atto precedente”.

Tale forma di nullità non è soggetta alla disciplina ordinaria *ex art.* 21 *septies* l. 241/1990, che riguarda i soli atti integralmente viziati e radicalmente improduttivi di effetti.

Non ci si può esimere dall'evidenziare un salto logico in questa parte della pronuncia e, in termini generali, la criticità circa l'affermazione di uno stretto rapporto tra la validità e l'efficacia di un clausola, di cui si predica la nullità e che è presupposto di un atto espulsivo, e l'annullabilità di tale secondo provvedimento.

In verità, il sopra descritto *revirement* non aveva avuto seguito granitico nella giurisprudenza del Giudice amministrativo d'appello.

Infatti, diverse massime avevano tenuto fermo l'orientamento tradizionale, mentre solo sparute erano le voci d'accordo con il nuovo corso<sup>88</sup>.

Anche i Giudici di primo grado si erano mantenuti fedeli alla costruzione originaria.

Il riferimento è in particolare ad una recente statuizione assai articolata e particolarmente persuasiva del Giudice Amministrativo partenopeo<sup>89</sup>, che pur non riguardando (almeno, asseritamente) clausole immediatamente escludenti ha a che fare con il rapporto (ricostruito in termini corretti) tra atto generale *in parte qua* illegittimo e provvedimento lesivo direttamente applicativo dello stesso.

Vediamo da vicino questo *decisum*.

Nella statuizione è stato giudicato inammissibile il ricorso avverso un'esclusione, la cui base era costituita da una prescrizione contenuta nel

---

<sup>88</sup> Per la riaffermazione dell'orientamento tradizionale in seno al Consiglio di Stato si veda: Cons. stato, sez. IV, sent. 15 febbraio 2022, n. 1107: “*La clausola del bando di gara che, ex art. 83, comma 8, d. lg. n. 50 del 2016, individua il livello minimo di capacità tecnica dell'impresa offerente ha natura escludente e non è nulla per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto stabilito dalla medesima norma*”. Per l'adesione all'orientamento innovativo, si veda: Cons. stato, sez. V, sent. 23 novembre 2020, n. 7257: “*Una clausola di un bando, ancorché prescrittiva di un requisito di idoneità professionale a pena di esclusione, non può essere disapplicata quanto risulti inopportuna o incongrua, ma solamente qualora sia nulla e quindi improduttiva di effetti giuridici, come nel caso in cui introduca a pena di esclusione un requisito di ammissione alla procedura non previsto dalla legge*”.

<sup>89</sup> La sentenza di cui *infra* è TAR Campania Napoli, sez. III, sent. 22 maggio 2023, n. 3106, su cui si veda per un commento G. VERICO, *L'impugnazione congiunta della clausola della lex specialis immediatamente lesiva e del provvedimento di esclusione vincolato*, in *IUS Amministrativo*, luglio 2023.

disciplinare di gara, che impediva – a pena di esclusione – la riduzione della cauzione provvisoria.

Tanto in violazione di quanto previsto dall'art. 93, c. 7 d. lgs. 50/2016<sup>90</sup>.

La disposizione non era stata impugnata tempestivamente, onere che

---

<sup>90</sup> “L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del 50 per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO9000. Si applica la riduzione del 50 per cento, non cumulabile con quella di cui al primo periodo, anche nei confronti delle microimprese, piccole e medie imprese e dei raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese. Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, anche cumulabile con la riduzione di cui al primo periodo, per gli operatori economici in possesso di registrazione al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS), ai sensi del regolamento (CE) n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, o del 20 per cento per gli operatori in possesso di certificazione ambientale ai sensi della norma UNI ENISO14001. Nei contratti relativi a servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 20 per cento, anche cumulabile con la riduzione di cui ai periodi primo e secondo, per gli operatori economici in possesso, in relazione ai beni o servizi che costituiscano almeno il 50 per cento del valore dei beni e servizi oggetto del contratto stesso, del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) ai sensi del regolamento (CE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009. Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 15 per cento, anche cumulabile con la riduzione di cui ai periodi primo, secondo, terzo e quarto per gli operatori economici che sviluppano un inventario di gas ad effetto serra ai sensi della norma UNI EN ISO 14064-1 o un'impronta climatica (carbon footprint) di prodotto ai sensi della norma UNI ISO/TS 14067. Per fruire delle riduzioni di cui al presente comma, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso dei relativi requisiti e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti. Nei contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, non cumulabile con le riduzioni di cui ai periodi precedenti, per gli operatori economici in possesso del rating di legalità e rating di impresa o della attestazione del modello organizzativo, ai sensi del decreto legislativo n. 231 del 2001, o in possesso di certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o di certificazione social accountability 8000, o di certificazione del sistema di gestione a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, o di certificazione OHSAS 18001, o di certificazione UNI CEI EN ISO 50001 riguardante il sistema di gestione dell'energia o UNI CEI 11352 riguardante la certificazione di operatività in qualità di ESC (Energy Service Company) per l'offerta qualitativa dei servizi energetici e per gli operatori economici in possesso della certificazione ISO 27001 riguardante il sistema di gestione della sicurezza delle informazioni. In caso di cumulo delle riduzioni, la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente”.

il Giudice ha ritenuto necessario in capo al soggetto poi inevitabilmente escluso.

Il provvedimento è stato qualificato, infatti, come meramente applicativo della clausola direttamente lesiva, rimasta non contestata benché essa avesse prodotto un pregiudizio immediato in capo al concorrente.

Questi avrebbe avuto da subito un interesse a presentare una cauzione dal valore contenuto, frustrato dal disciplinare, situazione sufficiente per ritenere rituale la domanda volta ad ottenerne l'annullamento parziale.

Ciò pure in caso di nullità dello stesso, vizio che non avrebbe reso inefficace questa sua parte.

Invece, l'operatore ha concorso con una cauzione di importo auto-ridotto.

Tale situazione ha portato alla sua necessaria esclusione.

La soluzione dei Giudici partenopei è convincente; chi scrive si sente di muovere un solo possibile appunto alla decisione.

La clausola è sì immediatamente lesiva, ma comporta pure una causa di esclusione immediata ed automatica del ricorrente, che non avrebbe potuto mai presentare un'offerta valida alla procedura a ragione della sua volontà (poi perpetrata) di modificare l'importo della cauzione in difformità dal disciplinare.

La distinzione tra clausole lesive e clausole escludenti, che si trova nella sentenza, forse è caratterizzata da un'eccessiva sottigliezza.

In effetti, l'imposizione di oneri *contra ius* (qual è sicuramente quello di una cauzione calcolata in un valore superiore a quello fissato dalla legge) è da tempo stata incasellata dalla giurisprudenza nelle clausole immediatamente lesive, se pur attinenti ad aspetti non soggettivi, ma oggettivi della modalità di partecipazione alla procedura<sup>91</sup>.

L'analisi deve, quindi, tener presente che il carattere lesivo o escludente di una prescrizione non può essere costruito solo sui convincimenti – giusti o sbagliati che siano – di un soggetto dell'ordinamento, ma deve essere riscontrato in virtù della presenza di elementi oggettivi e, comunque, individuati ad esito di un'interpretazione giurisprudenziale tassativizzante.

Quest'ultima ha individuato la clausola rilevante nel caso deciso dal Giudice partenopeo quale esempio di clausola immediatamente escludente.

---

<sup>91</sup> Per tutti, si veda Cons. st., sez. II, sent. 19 febbraio 2003, n. 2222.

#### 4. *Il regime delle cause di esclusione nell'art. 10 d. lgs. 36/23*

Veniamo ora alla novella.

L'art. 10 d. lgs. 36/2023<sup>92</sup> interviene in maniera alquanto netta nell'individuazione del profilo di invalidità delle cause di esclusione<sup>93</sup> differenti da quelle previste agli art. 94 e 95 della medesima fonte.

Invero, solo quelle previste in questi due articoli sono legittime.

Tutte le altre sono nulle, perché violative di un testuale divieto legislativo.

Se si è ben compreso, la disposizione riguarda in prima battuta requisiti di natura generale di capacità a contrarre speciale con la P.A.

La formulazione dubitativa è resa necessaria dal fatto che l'articolo fa riferimento anche ai requisiti tecnico-operativi e di natura economico-finanziaria.

In ordine a questi ultimi, è stato confermato il potere delle P.A. di

---

<sup>92</sup> “1. I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice. 2. Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte. 3. Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese”. Per una prima presentazione del testo del d. lgs. 36/23 si rinvia a M. A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, p. 69 ss. Sulla disposizione si veda TAR Roma, sez. II bis, sent. 3 gennaio 2024, che ha dichiarato nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione una prescrizione del bando che imponeva il sopralluogo, pena appunto l'esclusione. La statuizione ha rilevato che “nel nuovo codice il principio di tassatività ha una valenza ed un ambito applicativo più stringenti rispetto alla disciplina del previgente art. 83 comma 8 d. lgs. n. 50/16” in conseguenza della collocazione del principio tra i principi generali e “della strumentalità della tassatività rispetto al fondamentale principio dell'accesso al mercato, di cui all'art. 3 d. lgs. 36/23”.

<sup>93</sup> In ordine alle cause di esclusione ci si limita a segnalare: E. ROMANO, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, Torino, 2019 (evidentemente con riferimento al d. lgs. 50/206); S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2022 (anche qui con riferimento al d. lgs. 50/206) M. CORRADINO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici*, Milano, 2023; F. ARMENANTE, *Procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Milano, 2023.

introdurre richieste aggiuntive nel rispetto del consueto limite della ragionevolezza e della proporzionalità.

Invero – se si accede al carattere tassativo della nullità, uno tra i pochi punti fermi dello statuto di questa forma di invalidità nel diritto amministrativo – il prevedere requisiti speciali troppo elevati dovrebbe continuare ad essere fonte di annullabilità e non di nullità, in assenza della previsione specifica di tale sanzione inerente appunto ai requisiti speciali.

Di conseguenza, per questi ultimi dovrebbe continuare a valere il ragionamento esposto nella prima parte del § 3<sup>94</sup>.

Ci troveremmo, infatti, non innanzi a cause di esclusione generali, ma a clausole immediatamente escludenti.

Ma su questo punto il legislatore è stato quantomeno poco chiaro.

In effetti, la non completa perspicuità della novella – almeno per chi scrive – è riconducibile all'aver proposto per le cause di esclusione (almeno di tipo generale) il medesimo regime tassativizzante già previsto per le prescrizioni a pena di esclusione.

In via preliminare, risulta di conseguenza necessario tentare di separare questi due elementi.

Le prescrizioni a pena di esclusione riguardano oneri in capo ad un operatore che voglia prendere parte ad una gara.

Ad esempio, possono riferirsi a particolari modalità di confezionamento dell'offerta o alla necessità di contenere determinate relazioni in un *tot* di pagine.

Al contrario, le cause di esclusione dovrebbero riguardare aspetti che connotano ontologicamente l'operatore economico.

Più che ad un *facere* hanno dunque a che fare con un *esse*.

Ad esempio, possono riferirsi ad una situazione di inadempimento nei confronti dell'erario.

Il problema è che: i. una prescrizione a pena di esclusione – questo è il ragionamento che pare aver omesso il legislatore – può ampliarsi anche ad un requisito, cioè ad una qualità del soggetto; ii. entrambe sono veicolate in una clausola di un documento della *lex specialis*, la cui portata è più o meno direttamente espulsiva.

---

<sup>94</sup> In coerenza con l'orientamento pretorio già richiamato di Cons. st., sez. IV, sent. 15 febbraio 2022, n. 1107.

*Nulla quaestio*, se viene indicato in un bando una situazione di totale regolarità fiscale quale requisito di partecipazione, da cui deriverebbe l'impossibilità di formulare un'offerta anche in conseguenza di un solo centesimo di violazione tributaria definitivamente accertata.

È chiaro che la prescrizione introduce una causa di esclusione ed è, quindi, nulla.

Già più delicato è il ragionamento sui requisiti tecnico-operativi.

La disposizione è pericolosamente ancipite.

*Quid iuris?*

È verosimile che, in questo caso, l'operatore economico preferirà contestare immediatamente la causa di esclusione, confidando in una conversione – ai sensi dell'art. 32, c. 2 c.p.a.<sup>95</sup> – della sua azione da annullamento in nullità<sup>96</sup>.

Il dubbio permane anche in relazione ad ipotesi, in cui sia chiesto l'adempimento di specifiche formalità per la presentazione dell'offerta, sempre a pena di esclusione.

È il caso – ad esempio – di una particolare modalità di conduzione del sopralluogo.

In questi casi la clausola sarà nulla o annullabile?

Chi scrive ritiene la stessa nulla; però, anche qui è assai verosimile che per un minimo di prudenza gli operatori economici continueranno, quindi, a contestare tali clausole in via immediata.

Una ricognizione storica del tessuto positivo contribuirà a far emergere l'impropria sovrapposizione tra prescrizioni a pena di esclusione, cause di esclusione e clausole escludenti<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> “Il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali. Sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni”.

<sup>96</sup> Ciò anche in quanto confida nell'orientamento granitico del G.A. Si veda, da ultimo, TAR Latina, sez. I, sent. 17 settembre 2022, n. 730: “Non viola il principio di tassatività delle cause di esclusione la clausola del disciplinare di gara che prescrive a pena di esclusione l'inserimento nella busta dell'offerta tecnica di una scheda tecnica, in lingua italiana, dell'equipaggiamento di un'ambulanza veterinaria rispondente ai criteri previsti dal decreto del Ministero dei trasporti n. 217 del 9 ottobre 2012; ciò in quanto la declaratoria di nullità delle clausole di una procedura di gara per violazione del principio di tassatività si riferisce a quelle clausole che impongono adempimenti formali e non riguarda pertanto prescrizioni che attengono ai requisiti di capacità economico — finanziaria e tecnica ritenuti essenziali dalla *lex specialis*”.

<sup>97</sup> La sovrapposizione continua anche nella giurisprudenza più recente. Sul punto si veda Cons. st., sez. V, sent. 27 ottobre 2023, n. 9277, che aderisce all'indirizzo innovativo della Plenaria del 2020. Ivi, però, si legge che “in linea generale, la nullità, quale conseguenza

Il principio di tassatività delle prescrizioni a pena di esclusione<sup>98</sup> è stato introdotto nell'ordinamento italiano dall'art. 46, c. 1 *bis* d. lgs. 163/2006, aggiunto con il d.l. 70/2011, convertito con modificazioni dalla l. 106/2011.

I commi 1 *ter* del medesimo articolo e 2 *bis* dell'art. 38 lo hanno rinforzato nel 2014, a seguito del d.l. 90/14, convertito con modifiche dalla l. 14/2014.

La disposizione, che aveva carattere generale e si connotava per una forte carica sostanzialistica (al pari del soccorso istruttorio, la cui declinazione aveva iniziato in modo pressoché contestuale ad ampliarsi), aveva previsto l'impossibilità per le P.A. di introdurre – a pena di nullità – profili di esclusione (automatici o discrezionali) non previsti a livello normativo.

---

*della violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, colpisce le clausole con le quali l'amministrazione impone ai concorrenti determinati adempimenti o prescrizioni, ai fini della ammissione alla procedura di gara, che non trovano alcuna base giuridica nelle norme che (nel Codice dei contratti pubblici o nelle altre disposizioni di legge vigenti) prevedono cause di esclusione (comprese quelle che, pur non prevedendo espressamente – quale conseguenza – l'esclusione dalla gara, impongano adempimento doverosi o introducano, comunque, norme di divieto)".*

<sup>98</sup> Sul tema della tassatività dell'esclusione si vedano (senza pretesa di completezza): G. VIRGA, *Il divieto di "caccia all'errore" nelle gare, previsto dall'art. 46, c. 1 bis del codice degli appalti*, in *www.lexitalia.it*, 2011; C. E. GALLO, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici*, in *Foro amm. CDS*, 2011, p. 3733 ss., che ritiene che la disposizione tenda ad escludere l'esistenza di un potere della P.A. di introdurre nuovi profili espulsivi. A tale assenza di potere, corrisponderebbero un diritto soggettivo del partecipante, la possibilità della stazione appaltante stessa di disapplicare la clausola ed un'ampissima rilevanza d'ufficio; R. CODEBÒ, *Tassatività delle cause di esclusione: piccola rivoluzione in favore delle imprese*, in *Urb. app.*, 2012, p. 797 ss.; S. PONZO, *I limiti all'esclusione dalla gare pubbliche e la regolarizzazione documentale*, *ivi*, 2011, p. 2464 ss.; A. LEONI, *Sull'applicazione del codice dei contratti pubblici*, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. R067 ss.; B. GILBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione. L'art. 46 comma 1 bis d. lg. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma*, *ivi*, 2013, p. 1057 ss.; F. RISSO, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche ed il potere di soccorso istruttorio*, in *Foro amm., CDS*, 2013, p. 2528 ss.; L. DE GREGORIS, *"A lo parlare agi misura": potere di soccorso istruttorio e non tassatività del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto*, in *Foro amm.*, 2014, p. 2268 ss.; M. PIZZI, *Tassatività delle cause di esclusione e soccorso istruttorio*, in C. CONTESSA (a cura di), *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici. Le grandi tematiche del settore degli appalti pubblici nell'analisi giurisprudenziale*, Piacenza, 2019; ID., *Riflessioni sul principio di tassatività delle cause di esclusione: analisi critica della sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2020 alla luce della giurisprudenza europea*, *ivi*, 2020, p. 938 ss.; G. LA ROSA, *Sulla portata escludente dei patti di integrità e sul termine triennale di rilevanza della condotta penale*, in *Il processo*, 2022, p. 483 ss. Significative per comprendere i limiti dell'istituto sono state Cons. st., Ad. plen., sent. 25 febbraio 2014, n. 9, 30 luglio 2014, n. 16, sentt. 2 aprile 2020, nn. 7 e 8.

Tale scelta è stata riservata al solo legislatore, in una riduzione apparente della discrezionalità degli apparati amministrativi.

L'assenza di un *numerus clausus* di fattispecie fonte di potenziale esclusione aveva portato ad identificare più modestamente nella norma una disposizione capace di tipizzare il potere espulsivo, attivabile solo in presenza di una puntuale disposizione di legge (in coerenza con il principio di legalità), e ad escluderne la portata tassativa, destinata a rimanere solo letterale ed enfatica.

L'esclusione poteva derivare – oltre che da puntuale previsione di rango legislativo o regolamentare – da incertezza sul contenuto o sulle provenienza dell'offerta, da difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, da difformità relative al plico o ad altri elementi dell'offerta, quest'ultimo caso costituente una violazione del principio di segretezza.

La disposizione rientrava nell'ottica di rendere quanto più snello il procedimento di selezione del contraente, anche in coerenza con il principio di proporzionalità: ciò ha portato ad una lettura restrittiva anche delle cause di esclusioni legali, che potevano comportare l'esclusione solo nel caso in cui ciò realizzasse una violazione dei presupposti previsti originariamente dall'art. 46 d. lgs. 163/2006.

Restava (e resta, come visto) ferma la discrezionalità delle S.A. nell'individuare requisiti speciali di partecipazione nel rispetto del limite della ragionevolezza.

Nel 2023 vi è stata una confusione tra cause (sono sparite *tout court* le prescrizioni) di esclusione e clausole escludenti.

Risulta complicato (è uno sforzo richiesto all'interprete di volta in volta, che non è incasellabile in rigidi apriorismi) capire i confini tra i due istituti, non completamente positivizzati.

Non ci si può esimere dal notare una contraddizione ulteriore nel d. lgs. 36/2023.

È ancora previsto, in modo abbastanza eccentrico, il termine decadenza per l'impugnazione immediata dei bandi, contemplato ora dall'art. 120, c. 2 c.p.a.<sup>99</sup>.

La previsione – contestuale all'introduzione del d. lgs. 36/2023 e che

---

<sup>99</sup> Di seguito il secondo periodo del c. 2 della disposizione: “Per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara che siano autonomamente lesivi, il termine decorre dalla pubblicazione di cui agli articoli 84 e 85 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022 (oggi decreto legislativo 30 marzo 2023, n. 36)”.

riproduce il precedente c. 5 della disposizione, già positivizzante la regola di impugnazione immediata degli atti costituenti la *lex specialis* di procedura elaborata dalla giurisprudenza ed esaminata al § 3<sup>100</sup> – risulta di difficile spiegazione e di coordinamento quantomeno problematico con il portato dell'art. 10 qui in esame.

Tale elemento può essere interpretato o come una semplice disattenzione del legislatore o come una conferma ulteriore della slabbratura, a cui la novella sottopone il tessuto ordinamentale.

Certo è che, in presenza dell'art. 120, c. 2 c.p.a., resta sufficiente l'interesse ad ottenere una declaratoria di nullità *in parte qua* (o una caducazione parziale) del bando, che rende obiettivamente impossibile la partecipazione, per giustificare comunque un'impugnativa immediata.

Tanto sia rispetto alle cause di esclusione che alle clausole immediatamente escludenti.

L'ordinamento continua ad imporre una reazione immediata, che ha pure una base positiva a differenza del meccanismo esaminato nel § precedente, i cui contorni processuali restano quanto meno nebulosi.

Resta da approfondire a chi spetti la legittimazione, cioè se essa vada riconosciuta al partecipante o all'impresa del settore.

In conseguenza della novella, non sembra che sia più necessario ammettere una divaricazione tra chi – in presenza di clausole effettivamente escludenti – non deve presentare una domanda di partecipazione e chi – in ordine a previsioni che non rendano impossibile la partecipazione – deve formalizzare un'istanza per dimostrare il proprio interesse.

Alla luce della possibilità di agire per ottenere una sentenza di accertamento quantomeno rispetto alle cause di esclusione, sembra più coerente richiedere (a scanso della legittimazione generale che nell'ordinamento comune distingue la nullità) la formalizzazione di una domanda di partecipazione, altrimenti non si darebbe dimostrazione della titolarità di un interesse all'aggiudicazione.

Una legittimazione riconosciuta genericamente all'impresa del settore contrasta, d'altra parte, con quella di chi, una volta escluso, contesti

---

<sup>100</sup> Il Maestro dello scrivente, D. MARRAMA, *Clausole escludenti cit.*, p. 115, ipotizza in modo conseguente che il previgente c. 5 dell'art. 120 c.p.a. abbia dotato di dimensione positiva l'istituto di matrice pretoria dell'interesse strumentale.

il provvedimento espulsivo ed *in parte qua* il bando ad esso presupposto, ritenendo quest'ultimo nullo.

Entrambi i soggetti devono differenziare la loro posizione dal *quisque de populo* e l'unico onere che permette tale risultato è l'invio di una richiesta di partecipazione<sup>101</sup>.

Ipotizzare alternativamente che non occorra presentare domanda di partecipazione per ottenere la declaratoria di nullità della clausola darebbe la stura a suggestioni, secondo cui ad essere tutelato potrebbe essere l'interesse procedimentale<sup>102</sup> e non quello al bene della vita, sia pure anche solo in una dimensione strumentale.

La tutela è, di conseguenza, possibile solo a chi abbia la possibilità di ottenere un'aggiudicazione dopo la declaratoria della nullità della clausola escludente.

Tale soluzione sembra imporsi, se si accetta la problematica equiparazione tra tutte le clausole che comportano un profilo di esclusione (a carattere soggettivo o costituente un comportamento).

Se esse sono tutto nulle, è possibile chiederne l'accertamento di nullità.

Risulta infatti arduo immaginare l'assenza di un interesse diretto alla contestazione della clausola escludente, anche basato sulla volontà di evitare che siano emanati atti derivanti dal bando *in parte qua* nullo.

Per dimostrare di avervi interesse risulterà, quindi, necessario differenziare la propria situazione con una domanda di partecipazione.

In assenza di quest'ultima, è complicato ipotizzare una legittimazione.

Le domande di declaratoria di nullità provenienti da un non partecipante sembrano, di conseguenza, destinate all'inammissibilità.

Ovviamente, la *querelle* sulla necessità o meno della domanda di partecipazione si pone in termini parzialmente diversi, se invece si

---

<sup>101</sup> In analogia con la definizione di interesse pretensivo contenuta in D. MARRAMA, *Clausole escludenti cit.*, p. 112-120, ove si propone che tale situazione giuridica soggettiva andrebbe riconosciuta solo in capo a chi intende effettivamente prendere parte ad un procedimento selettivo.

<sup>102</sup> Una cui definizione potrebbe essere la seguente: "il "diritto" dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, nonché a formulare un'offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elaborate" ed il cui oggetto sarebbe "quello della competizione secondo il miglior rapporto qualità prezzo", secondo Cons. st., sez. III, sent. 2 maggio 2017, n. 2014. Tutte queste suggestioni sono state sempre respinte dall'Adunanza Plenaria; non pare che la nuova disciplina possa dare la stura di nuovo a simili tentativi dacché la soluzione ora scelta dal legislatore nulla ha a che fare con le condizioni dell'azione.

ritiene (forse più correttamente) necessario operare una distinzione tra cause di esclusione e clausole escludenti.

Ma tale posizione – a ragione dei suoi possibili risvolti pregiudizievole ai danni dei concorrenti – è destinata a rimanere un'ipotesi teorica.

A scapito di questi punti critici, si può affermare che l'art. 10 d. lgs. 36/2023 costituisce una normativa a tutela della concorrenza e che è inquadrabile quale disposizione di ordine pubblico economico.

Tale qualificazione sarebbe coerente con la patologia della nullità di tipo generale, di cui rappresenterebbe un'ipotesi testuale.

Non solo: essa consente di affermare che l'interesse ad un mercato concorrenziale è divenuto un elemento azionabile direttamente dagli operatori economici, in quanto strumentale al loro interesse all'aggiudicazione.

In alternativa ed in recupero di suggestioni dottrinarie risalenti, si può ritenere che la nullità costituisca una conseguenza della lesione ad un principio di rango euro-unitario<sup>103</sup>.

In questa seconda ipotesi saremmo, però, innanzi ad una nullità speciale oltre che parziale; in effetti, essa avrebbe carattere di protezione dell'operatore economico.

Tuttavia ed in entrambi gli inquadramenti, la nullità dovrebbe essere sempre oggetto di deduzione *ope actionis*, giacché non potrebbe essere utilizzata la rilevabilità d'ufficio per supplire ad una carenza di impugnazione da parte del ricorrente<sup>104</sup>.

L'interesse a ricorrere per ottenere la declaratoria di nullità del bando anche a ragione di questa definizione va riconosciuto necessariamente al solo concorrente e non già all'impresa del settore; l'illegittimità della clausola *ex se* pone in contestazione la soddisfazione del bene della vita aggiu-

---

<sup>103</sup> Sulla sorte di un simile schema ricostruttivo – invero mai fatto con convinzione proprio da giurisprudenza e dottrina – si rinvia a M. R. SPASIANO, *Articolo 21 septies cit.*, p. 573-574, che condivisibilmente ritiene tale suggestione non compatibile con lo statuto positivo della nullità.

<sup>104</sup> Il profilo è assai delicato; esso è magistralmente posto in luce da F. G. SCOCA, *L'enigma cit.*, p. 147-148, che – nell'evidenziare come l'impostazione della giurisprudenza sia poco persuasiva in tema di rilevabilità d'ufficio della nullità – conclude che essa è condizionata dall'ipoteca della perdurante primazia dell'azione di annullamento e pone seri dubbi di legittimità costituzionale, in quanto si traduce in un privilegio per la P.A.

dicazione, ma ha interesse ad ottenerla il solo partecipante<sup>105</sup>, che vuole evitarne l'applicazione o ottenere l'annullamento dell'atto applicativo.

Chi scrive ritiene che, a scapito dell'ambiguità del testo legislativo, ci troviamo di fronte ad una nullità di protezione, senza, però, che la qualificazione della patologia dipenda da una violazione dell'ordinamento europeo (la forma di invalidità risponde ad una scelta di politica legislativa nazionale) e senza che il Giudice possa procedere ad un accertamento d'ufficio.

Saremmo innanzi ad un nullità a carattere speciale di protezione del privato da fattispecie che ne prevedano l'esclusione oltre i casi individuati dalla legge.

Tale qualificazione è stata – a ben vedere – proposta sin dall'introduzione nell'ordinamento del principio di tassatività delle prescrizioni a pena di esclusione<sup>106</sup>.

Secondo questa linea teorica, queste fattispecie sarebbero caratterizzate da un esercizio di potere il cui presupposto è un atto nullo, che vizierebbe a monte il provvedimento di esclusione.

Quale che sia la classificazione della patologia *ex art.* 10 d. lgs. 36/2023 (cioè se nullità generale o speciale), siamo forse innanzi ad una previsione capace di rivitalizzare un istituto, che – tranne i casi di rilievo in sede di ottemperanza – non ha mai goduto di una particolare applicazione pratica<sup>107</sup>.

La *ratio* della disposizione è quella di aumentare l'approccio antiformalistico alla materia della contrattualistica pubblica, con una semplificazione degli adempimenti richiesti ai concorrenti, impostazione ermeneutica su cui da tempo si appunta l'attenzione della giurisprudenza pratica.

Tale scopo sarebbe contestualmente ricercato dal nuovo codice con l'aggregazione e la qualificazione della committenza pubblica e con l'introduzione di bandi o documenti tipo.

I primi commentatori<sup>108</sup> hanno sottolineato come la novella ha la finalità di recepire a livello positivo il portato della citata sent. A. P. n. 22/20.

In particolare, è stato evidenziato che ora non solo le regole formali, quelle che cioè disciplinano lo svolgimento della procedura, ma anche

<sup>105</sup> Tale approdo era stato suggerito già da A. BERTI SUMAN, *L'immediata cit.*, p. 26-34.

<sup>106</sup> C. E. GALLO, *Questioni attuali cit.*, p. 47.

<sup>107</sup> M. RAMAJOLI, *Legittimazione cit.*, p. 1000, segnala come l'istituto si caratterizzi per una elevata importanza teorica e per una limitata rilevanza pratica.

<sup>108</sup> M. LIPARI, *La tutela giurisdizione amministrativa e il precontenzioso ANAC nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it), 2023.

quelle che introducono requisiti sostanziali di partecipazione ulteriori a quelli previsti *ex lege* sarebbero affette da nullità e vizierebbero in via derivata l'atto applicativo.

In applicazione di una c.d. nullità parziale e della *regula sabiniana*, entrambe le ipotesi (prescrizioni a pena e cause di esclusione, traducendosi in clausole escludenti) dovrebbero essere considerate non apposte, cosa che rende non più necessaria la loro contestazione immediata.

Tale logica di conservazione degli effetti pare a chi scrive aderente al principio del risultato, sul quale è impostato il nuovo codice dei contratti<sup>109</sup>.

Il meccanismo non riguarda, di conseguenza, esclusivamente le prescrizioni a pena di esclusione, ma in modo assai generico le cause di esclusione, interpretate queste ultime ora anche quali prescrizioni che individuino “*positivamente determinati requisiti di ammissione*”<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Sul nuovo codice e, in particolare, sul ruolo che in esso ha assunto il principio di risultato in luogo di quello di concorrenza, si vedano almeno: F. TROPEA (a cura di), *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, Napoli, 2024; S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Milano, 2023; M. A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it), 2022; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, *ibidem*, 2023; A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it), 2023; F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRARCHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Il dir. dell'ec.*, 2023, p. 31 ss.; A. M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice per i contratti pubblici*, *ibidem*, 2023, p. 141 ss.; D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2023; L. CARBONE, *La scommessa del “Codice dei contratti pubblici” e il suo futuro*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2023; G. TULUMELLO, I. RAIOLA, F. GAMBATO SPISANI, P. NASINI, N. DURANTE, V. NERI, *Nuovo codice dei contratti pubblici: relazione relativa alle ricadute sul processo amministrativo*, *ibidem*, 2023; F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, *ibidem*, 2023, che identifica nel nuovo testo il passaggio da un concetto di concorrenza intesa in modo assoluto ad uno regolato in vista del risultato, analogamente a quanto capirebbe alla trasparenza; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2023. Per considerazione di più ampio respiro si rinvia a: M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001; F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016; D. CAPOTORTO, *Lo Stato “consumatore” e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 161 ss., che ritiene che ora gli enti del settore pubblico intendano conseguire con la disciplina *de qua* una cornice ampia di valori improntati alla protezione sociale, dell'ambiente e delle piccole imprese e volti a realizzazione uno sviluppo sostenibile.

<sup>110</sup> M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale cit.*, § 37, che ritiene che in precedenza il princi-

Tutte sarebbero escluse dall'onere di immediata contestazione, in quanto appunto non apposte ed inefficaci.

Ciò in coerenza con l'aver elevato a principio generale quello della tassatività delle cause di esclusione.

È ovvio che tale innovazione, se accolta in questo senso dalla giurisprudenza, avrebbe lo svantaggio di differire la decisione sulla legittima partecipazione del concorrente all'esclusione o all'aggiudicazione.

Comunque, essa altererebbe la costruzione giurisprudenziale di cui al precedente paragrafo, quantomeno non contrastante con il principio dell'effettività della tutela.

Si è visto perché questa prima analisi forse pecchi di un'eccessiva semplificazione tra concetti almeno parzialmente diversi ed ampli un dettato legislativo non del tutto chiaro.

5. *Conclusioni: maggiori vantaggi o svantaggi dal superamento dell'onere di immediata impugnazione?*

Avviamoci a qualche conclusione, necessariamente provvisoria.

La novità legislativa ha increspato le acque di uno stagno, che oramai si era assestato.

Proprio per questo, sembra che essa introduca più problemi di quanti ne risolve, come prova la resistenza della giurisprudenza amministrativa all'atteggiamento innovativo della Plenaria.

Si resta, di conseguenza, alquanto perplessi sull'effettiva necessità di una riforma nel senso analizzato nel presente scritto, tanto più che risulta assai problematico tracciare un confine netto tra prescrizioni a pena di esclusione, cause di esclusione e clausole escludenti.

Ma siamo davanti al problema – con cui oramai lo studioso del diritto amministrativo è purtroppo familiare – causato dalla contaminazione di quest'ordinamento speciale con le logiche generali<sup>111</sup>.

---

pio di tassatività si applicasse alle sole clausole da lui definite “*della ceralacca*”, cioè inerenti una particolare forma di estrinsecazione dell'offerta.

<sup>111</sup> La perplessità è in linea con quanto evidenziato da F. G. SCOCA, *L'enigma cit., passim*: la disciplina dell'azione di nullità è vista come una fonte di complicazione del sistema, di cui intende preservare le esigenze di funzionalità e, pertanto, è assai simile all'azione di annullamento. La novella invece accosta – almeno a giudizio di chi scrive – la nullità a quella speciale. Ovviamente, il pregiudizio è a quelle esigenze

Se la forma di invalidità delle cause di esclusione atipiche è la nullità, da ciò deriva l'improduttività parziale di effetti originaria del bando, la quale – secondo la giurisprudenza della Plenaria – può esser fatta valere in ogni tempo dai soli partecipanti.

Si assiste così ad una sfrangiatura delle nozioni di nullità e dell'azione per tutelarsi contro la stessa<sup>112</sup>; tale rilevazione permette di rispondere positivamente al primo dei quesiti formulati a chiusura del § 1.

Anche in diritto amministrativo si assiste all'emersione di nullità speciali (a tutela, finalmente, dei privati).

La nullità svela così la sua funzione di meccanismo giuridico di sanzione e di selezione degli interessi di volta in volta emergenti dal corpo sociale e fatti propri dal legislatore.

Essa si risolve altresì in una forte restrizione della scelta discrezionale delle stazioni appaltanti.

La tipicità delle cause di esclusione non è null'altro che un differente modo di definire la vincolatività della scelta sulle stesse, ora quasi integralmente ad appannaggio dell'ordinamento e non delle singole P.A.

Vi è in questo senso un'etero-integrazione spinta dei bandi.

La valutazione negativa nella massima forma di invalidità ora colpisce, però, esclusioni non più solo basate su carenze formali, ma che impediscono la selezione della miglior offerta, sia da un punto di vista della massimizzazione della concorrenza che (seppur in maniera mediata) dell'interesse della stazione appaltante all'esecuzione più efficiente dell'attività esternalizzata.

In questa ipotesi di nullità, sono coinvolti pertanto i valori costituzionali della libertà di iniziativa economica e di effettività della tutela, da un lato, e, dall'altro, quello di buon andamento.

Si potrebbe dire che la disposizione individua un equilibrio tra i due valori fortemente spostato a favore della prima coppia di essi: il regime di invalidità ha una funzionalità premiale della concorrenza, in coerenza sia

---

di sistema a cui il legislatore del 2010 aveva riservato un trattamento premiale. Corsi e ricorsi storici forse evitabili con una maggiore fedeltà alla specialità del diritto amministrativo.

<sup>112</sup> La logica scelta dal legislatore è quella così sintetizzata da L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 141, secondo cui esistono tante "azioni di nullità per quanti sono in concreto i fatti di nullità".

con l'art. 41 Cost. che con la libertà di stabilimento derivante dal diritto UE.

Pertanto anche per tale ragione, risulta complesso immaginare che la nullità si possa pronunciare *ex officio*, se in un giudizio contro l'esclusione non è stato impugnato *in parte qua* il bando.

Una simile soluzione – oltre a contrastare con il principio dispositivo – si risolverebbe in un eccessivo vantaggio della parte privata a tutto scapito della P.A.

Per tale motivo risulta, quindi, problematico pure ipotizzare che la stazione appaltante possa difendersi eccependo la nullità parziale di un atto a lei imputabile, invocando cioè una sanzione a carico dei propri provvedimenti.

Allo stesso modo, sembra quantomeno arduo immaginare che nel procedimento di selezione del contraente si possa non applicare la clausola, effetto per cui sono sempre necessari o un atto in autotutela o una sentenza.

La nullità, per il tramite dell'accertamento giudiziario, attua la legge e rimuove così l'incertezza, a cui il comportamento attizio della P.A. ha dato causa ai danni del privato.

Ciò si risolve in un vantaggio preminente di quest'ultimo<sup>113</sup>, esito che conferma la possibilità di incasellare l'ipotesi in una forma di nullità di protezione.

Per evitare scivolamenti nella giurisdizione oggettiva o nell'azione popolare, risultano però necessarie, da un lato, l'impugnazione del bando e, dall'altro, la presentazione di una domanda di partecipazione.

Dalla novella si ha l'impressione di un accentuato accostamento con la disciplina delle nullità speciali di diritto comune rispetto a quella contenuta nel c.p.a. e di un forte contestuale recupero della *regula sabiniana* (ciò non stupisce visto l'orientamento scientifico dell'estensore della sentenza della Plenaria citata al § 3, che è stato fatto proprio dal legislatore)<sup>114</sup>.

Inoltre, l'operatore non sarà in alcun modo impedito dal partecipare alla gara a ragione dell'inefficacia parziale del bando e, quindi, sarà carente o – forse meglio – non onerato di un interesse alla contestazione immediata dello stesso.

---

<sup>113</sup> S. MURGIA, *Crisi cit.*, p. 260.

<sup>114</sup> Si veda a riguardo G. P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, II ed., Milano, 2021.

Al contrario e più convincentemente, secondo l'impostazione tradizionale, l'interesse pretensivo all'aggiudicazione era immediatamente pregiudicato dalla clausola, che doveva essere espunta dall'ordinamento e superare così la lesione.

Il bando resta precettivo per il resto; questa situazione comporta qualche perplessità.

Veniamo così al secondo quesito posto in conclusione del § 1.

Il bando, che contiene una causa di esclusione in violazione del principio di tassatività, è efficace per quanto nullo. Non pare che ne possa essere predicata l'inesistenza.

Forse più che parlare di accertamento di nullità e sempre che si fosse voluto abbandonare la (convincente) soluzione dell'annullabilità, nella riforma sarebbe stato meglio utilizzare un termine tecnico, quale è quello di inefficacia, non a caso previsto dagli art. 121 e 122 c.p.a. in relazione alla privazione di effetti del contratto.

Il G.A. – in applicazione di questo meccanismo – avrebbe potuto dichiarare parzialmente inefficace il bando e, quindi, annullare l'esclusione.

A chi scrive, però, pare che la disposizione abbia perlomeno un pregio.

Un aspetto positivo della riforma è che l'interesse si colora di maggior concretezza dopo i tentativi di renderlo molto labile ed avente ad oggetto più che uno specifico bene della vita (aggiudicazione) la tensione – invero alquanto astratta – verso l'individuazione di una platea corretta o ristretta di concorrenti.

L'interesse tutelato diviene non più strumentale – come era nell'originaria concezione – ma finale al conseguimento del bene della vita, per il quale non è necessario un nuovo esercizio di potere, ma risulta indispensabile solamente emendare lo stesso esercizio di potere dagli aspetti, che ne hanno comportato la nullità.

Il cambiamento non è di poco conto ed attiene alle modalità di tutela di un interesse pretensivo, che diviene – almeno all'apparenza – molto più effettiva.

Tuttavia, la soluzione sposata dal legislatore non riguarda (come avveniva nell'impostazione tradizionale su cui *supra* § 3) una (o più) condizioni dell'azione, ma direttamente una forma di tutela<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> In modo del tutto corretto R. CASINI, G. GAGLIARDINI, B. BIANCARDI, *L'onere cit.*, hanno evidenziato come la problematica nella sua impostazione tradizionale attenesse alle condizioni dell'azione.

Questo aspetto è forse quello più problematico.

In effetti, almeno a chi scrive, sembra che nell'analisi debba restare centrale l'attualità dell'interesse, insieme alla corretta individuazione del suo oggetto.

La questione della forma di tutela erogabile resta sullo sfondo, anche a ragione del forte avvicinamento tra sentenza costitutiva e sentenza dichiarativa della nullità proposto dalla dottrina.

Se si ritiene che l'interesse abbia a che fare – più che con la mera possibilità di partecipare – con l'aggiudicazione della commessa posta a gara e, quindi, abbia una natura finale e non strumentale, il bando che contiene una clausola che illegittimamente inibisce la partecipazione di un operatore non causa una mera incertezza all'interesse, ma impedisce l'aggiudicazione perché priva addirittura della possibilità di partecipare utilmente.

L'interesse – in assenza di intervento in autotutela o del Giudice – non potrà mai essere soddisfatto, in quanto è radicalmente inibita la partecipazione.

Insomma, a scapito delle precisazioni del legislatore – che comunque non possono essere ignorate – la situazione sarebbe risolvibile con la caducazione *in parte qua* dell'atto generale, senza attendere per la sua contestazione il provvedimento espulsivo.

Un'altra difficoltà è identificare il corretto termine di esercizio dell'azione.

La costruzione della Plenaria n. 22/2020 aveva già tentato di superare il problema del ristretto termine – a rigore, 90 giorni dalla pubblicazione del bando, per effetto della dimidiazione *ex* artt. 119 e 120 c.p.a., dei 180 giorni ordinariamente previsti dall'art. 31 c.p.a. – per formulare un motivo di ricorso tendente all'accertamento della nullità quale presupposto della contestazione del provvedimento espulsivo e lo aveva reso imprescrittibile.

Il legislatore ha recepito *ex silentio* anche questa costruzione pretoria. È rimasto inevaso anche il punto più perplessa (e concatenato al termine di ricorso) della statuizione del vertice della Giustizia amministrativa.

La nullità determina inefficacia *ex lege* del bando, ma è causa di annullabilità dell'atto di esclusione.

Proprio tale costruzione aveva portato la dottrina ad ipotizzare convincentemente uno sdoppiamento di questa patologia nel diritto amministrativo<sup>116</sup>.

In effetti, nel caso forgiato dalla Plenaria l'accertamento della nullità sarebbe possibile in qualsiasi tempo per chiunque vi abbia interesse.

La nullità non sarebbe più contestabile, solo una volta decorso il termine decadenziale di impugnazione dell'atto applicativo.

Non è spiegato, comunque, il motivo per cui una causa di nullità del bando renda annullabile un provvedimento applicativo.

Chi correrà tale rischio? Non si reputerà più opportuno articolare un ricorso senza istanza cautelare e con possibilità di conversione dell'azione da nullità ad annullamento?

Né si può pensare – per tutte le ragioni segnalate – che il G.A. possa d'ufficio ampliare la propria cognizione al bando, in cui ravvisi un profilo di nullità.

Tale possibilità ripugna a tutta la tradizione del diritto amministrativo<sup>117</sup>.

In conclusione, la disposizione si traduce in un ulteriore elemento di specialità della disciplina della contrattualistica pubblica.

Risulta prevedibile per chi scrive che il nuovo modo di ragionare resterà confinato alle procedure di gara e non potrà essere applicato, ad esempio, a quelle di selezione del personale.

Da tanto una situazione poco spiegabile e sicuramente assai distante dai canoni della ragionevolezza: più che di specialità del rito e della materia, in effetti, sembra che oramai si realizzi una condizione di disegualianza ai danni di chi non opera in questo ristretto ambito.

Un ulteriore effetto della riforma è che le contestazioni forse saranno

---

<sup>116</sup> F. G. SCOCA, *L'enigma cit.*, p. 155-158, che distingue tra nullità-annullabilità, prevista all'art. 31 c.p.a., e nullità in senso tecnico, quale sarebbe quella qui in esame.

<sup>117</sup> Soluzioni analoghe sono del resto di tutto isolate in giurisprudenza; si veda TAR Roma, sez. II *ter*, sent. n. 7119/07. Sul tema, che esula per motivi di spazio dal presente contributo, si rinvia per tutti a G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 401 ss.

spostate o sulle esclusioni o sull'aggiudicazione, tentativo seguito dal legislatore probabilmente nell'ottica di deflazionare il contenzioso.

Tale sforzo non è però coerente con l'art. 120, c. 2 c.p.a., come messo in luce *supra*.

A chi scrive sembra che la soluzione – che si traduce in un intervento da parte del Giudice in uno stato più avanzato del procedimento – possa essere stata influenzata pure dalla logica del risultato, che innerva il nuovo codice.

Una notazione finale si impone a ragione di tutte le perplessità evidenziate.

La soluzione presente nel d. lgs. 36/2023 contrasta con quella che dovrebbe essere la riserva di legge in materia processuale; è stata prima introdotta una causa di nullità in via pretoria e, una volta che essa è stata positivizzata dal legislatore, quest'ultimo non ha effettuato un coordinamento tra disciplina sostanziale e processuale.

Soprattutto non ha inteso fornire chiarimenti in tema di condizioni e di modalità di esercizio dell'azione.

A ragione anche di tale carenza, il giudizio – almeno per il momento – su questa parte della riforma pare potersi caratterizzare più da ombre che da luci.

### Abstract

Questo scritto è un primo commento alla disciplina recata dall'art. 10 d. lgs. 36/23 in tema di cause di esclusione contenute negli atti di gara. Il legislatore, nella riforma del codice degli appalti del 2023, ha precisato che la previsione di profili di espulsione non tassativi è nulla ed ha dato il rango di principio a tale prescrizione. Ciò costituisce il recepimento di un indirizzo dell'Adunanza Plenaria, invero non consolidato, e, contestualmente, il superamento del livello abbastanza assestato sul quale si erano attestate la dottrina e la giurisprudenza che predicavano in modo concorde l'annullabilità delle clausole di esclusione illegittime. Sembra che il legislatore abbia introdotto una nuova causa di nullità ancipite tra testuale e di protezione, sulle cui conseguenze anche processuali ci si interrogherà.

The mandatory nature of the causes of exclusion pursuant to art. 10 d. lgs. 36/2023: a new form of nullity in administrative law and its procedural consequences.

This paper contains a first comment on art. 10 d. lgs. 36/23 regarding the juridical status of exclusion causes resulting from tender procedure documents. The Italian legislator, in 2023 public procurement code reform, specified that the provision of non-mandatory exclusion causes is null and has given this qualification the rank of principle. This change resulted in a transposition of a Plenary Assembly of State Council ruling, orientation which was indeed not consolidated. At the same time, there has been an overcoming of the fairly established assumptions of both doctrine and jurisprudence, which unanimously preached the annullability regime of illegitimate exclusion clauses. It so seems that the legislator has introduced a new cause of nullity somewhere in the middle between textual and protective nullity. The consequences of this change in the judicial field will also be questioned.



# In tema di potestà normativa locale

di Gerardo Sola\*

SOMMARIO: 1. La potestà normativa delle autonomie locali. – 1.1. (Segue). In particolare: la potestà statutaria delle autonomie locali. – 1.1.1. (Segue). Potestà statutaria delle autonomie locali e fonti di rango primario. – 2. La potestà regolamentare delle autonomie locali. – 2.1. (Segue). In particolare: i regolamenti organizzativi. – 2.2. (Segue). La disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni attribuite nella potestà di normazione del governo locale. – 2.2.1. (Segue). In particolare: la disciplina organizzativa delle funzioni fondamentali locali. – 3. Le antinomie tra regolamenti delle autonomie locali e legge statale. – 3.1. (Segue). Le antinomie tra regolamenti delle autonomie locali e regolamenti statali. – 4. Potere regolamentare locale e autonomia statutaria. – 5. Governo locale ed emergenza pandemica.

## 1. *La potestà normativa delle autonomie locali*

Le disposizioni del novellato Titolo V della Costituzione che disciplinano la funzione normativa degli enti locali – artt. 114, co. 2, concernente il potere statutario, e 117, co. 6, relativo al potere regolamentare – hanno dato luogo, nell'arco di circa ventidue anni, a molteplici interpretazioni<sup>1</sup>.

A grandi linee, la dottrina si è divisa, da un lato, tra coloro che ritengono che le disposizioni in parola, pur fornendo copertura costituzionale ai poteri normativi degli enti locali, non hanno inciso quanto ai loro rapporti con le fonti statali o regionali, e, dall'altro – per converso – coloro che sostengono che la novella costituzionale implichi la privazione, per il legislatore ordinario, della disponibilità della loro disciplina, e quindi la

---

\* Dottore di ricerca in Teoria e Storia delle Istituzioni politiche italiane e comparate

<sup>1</sup> Cfr. A. MORRONE, *Questioni di principio per la riforma costituzionale*, in *Federalismi.it*, 8/2014, 4, il quale sostiene come «La nuova lettera p) dell'art. 117 Cost., (...) consegna alla legislazione dello Stato praticamente tutto ciò che riguarda il 'sistema delle autonomie locali'». Come ha inoltre rilevato G. MOBILIO, *La disciplina sull' "area vasta" nella riforma della Costituzione: tra continuità nel segno della giurisprudenza costituzionale ed incertezze del legislatore*, in *www.gruppodipisa.it*, 5 (e si veda anche n. 25), il riferimento «all'ordinamento degli Enti locali» «si pone in linea con il *dictum* della Corte costituzionale, di cui la sent. n. 50/2015 rappresenta solamente l'approdo finale».

necessità di osservare le prerogative costituzionalmente garantite<sup>2</sup>. Inoltre, si registra la propensione ad attribuire maggiori spazi al potere statutario, rispetto al potere regolamentare.

Un'ampia disamina della potestà normativa delle autonomie locali, di per sé complessa<sup>3</sup>, verte – ulteriormente – sull'*interpositio legislatoris*, realizzata con la legge n. 131/2003, cd. legge “La Loggia”<sup>4</sup>, che, infatti, costituendo una diretta attuazione della riforma costituzionale, è suscettibile di orientare il medesimo itinerario ermeneutico della Carta fondamentale.

Le disposizioni costituzionali sugli enti locali sono rimaste, sostanzialmente, inattuatae per oltre quarant'anni, durante i quali, i Comuni e le Province hanno seguito a funzionare secondo le norme del Testo Unico della legge comunale e provinciale<sup>5</sup>.

Solo con l'entrata in vigore della legge 8 giugno 1990, n. 142, in materia di «Ordinamento delle autonomie locali»<sup>6</sup>, si è data concreta attuazione ai principi contenuti negli articoli 5, 118 e 128 – ora abrogato – della Costituzione. Una delle prioritarie innovazioni introdotte con la legge n. 142/1990 – trasfusa, poi, nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali» – è rappresentata dal riconoscimento dell'autonomia statutaria di Comuni e Province<sup>7</sup>, che quindi, nell'esercizio della propria potestà statutaria, sono

<sup>2</sup> La possibilità di tale duplice, generale, orientamento interpretativo e lo schierarsi della dottrina dall'una o dall'altra parte del fronte si sono manifestate assai presto. V., tra le altre, le autorevoli considerazioni di P. CARETTI, *Fonti statali e fonti locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 951 ss.

<sup>3</sup> La stretta interdipendenza, sul piano dell'interpretazione, e dunque dell'attuazione, tra gli artt. 114, 117, 118 e 119, Cost. è anch'essa generalmente riconosciuta. Cfr., ad esempio, F. PIZZETTI, *Le deleghe relative agli Enti locali*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, Regioni ed Enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003, 41 ss., 51-53.

<sup>4</sup> L. 5 giugno 2003, n. 131, recante “Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. (G.U. Serie Generale n. 132 del 10 giugno 2003)”.

<sup>5</sup> V. r.d. 3 marzo 1934, n. 383; cfr. G. VESPERINI, *I poteri locali*, Bari, 1999, 312, a memoria del quale, “Nei primi quaranta anni dell'età repubblicana, non sono mancati mutamenti nel sistema delle autonomie locali: tali trasformazioni, però, avvengono per aggiustamenti successivi, «senza scosse», come dimostra il fatto che la disciplina generale rimane, per tutto il periodo, quella del testo unico del 1934; inoltre le modificazioni sono il frutto di interventi settoriali, «scoordinati tra loro e non sostenuti da alcun disegno generale».

<sup>6</sup> Cfr. L. VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali*, Rimini, 1991.

<sup>7</sup> La potestà statutaria affonda le proprie radici durante l'età comunale. In tale fase,

in grado di auto-organizzarsi negli spazi consentiti dalla legge generale sull'ordinamento degli enti locali. Lo statuto stabilisce le norme fondamentali di organizzazione dell'ente, specifica le attribuzioni degli organi e detta i criteri generali in materia di organizzazione dell'ente<sup>8</sup>. Lo statuto è tradizionalmente considerato come una fonte di rango secondario che si inserisce nella scala gerarchica in posizione subordinata rispetto alla legge, ed è stato — altresì — inquadrato come fonte atipica di rango subprimario<sup>9</sup>.

Difatti, per un verso lo statuto, pur essendo inserito tra le fonti secondarie, si pone in posizione sovraordinata rispetto ai regolamenti degli enti locali. Per altro verso, una disposizione di legge costituisce un limite per l'autonomia statutaria degli enti locali nella misura in cui si configuri come norma di principio<sup>10</sup>.

A tacer di quale sia l'esatta classificazione formale della fonte statutaria, il rapporto tra legge e statuto non può essere interpretato solo in termini di gerarchia, ma anche — e soprattutto — in termini di

---

la città, «praticamente padrona assoluta della sua sorte, crea con piena libertà i propri ordinamenti, si dà proprie leggi (*statuta*), esercita la giurisdizione, impone tributi, batte moneta, stringe patti politici ed economici con altre città» (F. CALASSO, v. *Comune* (storia), in *Enc. Dir.*, VIII, 169). La crisi dell'ordinamento comunale, e conseguentemente dell'attività statutaria, inizia con l'assorbimento della città nelle signorie e nei principati. Il tramonto vero e proprio della potestà statutaria si verifica con l'avvento dello Stato moderno che, radicato nei principi dello Stato napoleonico, si caratterizza per un elevato grado di accentramento amministrativo, una penetrante gerarchizzazione e un rigido uniformismo organizzativo. Ed è così che le leggi emanate nel periodo 1865-1947 non prevedevano l'autonomia statutaria per gli enti territoriali perché si temeva che gli statuti potessero contenere disposizioni ispirate a concezioni politicamente diverse da quelle espresse dallo Stato unitario di allora (sul punto cfr. S. BACCARINI, *L'autonomia statutaria degli enti locali e la legge n. 142 del 1990*, in *Il Consiglio di Stato*, 1992, VI, 129; G. AREZZO DI TRIFILETTI, *Autonomia statutaria e regolamentare*, in *L'Amministrazione italiana*, 1992, 728).

<sup>8</sup> Art. 6, co. 2, d.lgs. n. 267/2000.

<sup>9</sup> Cfr. A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, Milano, 2005, 256; P. VIRGA, *L'amministrazione locale*, Milano, 2003, pp. 17 e ss.; G. ROLLA, *Diritto degli enti locali*, Milano, 2009, 37 e ss.

<sup>10</sup> La subordinazione della fonte statutaria soltanto alle norme di principio della legge statale emerge in particolare dall'art. 1, comma 3°, d.lgs. n. 267/2000 («La legislazione in materia di ordinamento degli enti locali e di disciplina dell'esercizio delle funzioni ad essi conferite enuncia espressamente i principi che costituiscono limite inderogabile per la loro autonomia normativa») e dall'art. 6, co. 1, d.lgs. n. 267/2000 («Lo statuto, nell'ambito dei principi fissati dal presente testo unico, stabilisce»).

concorrenza<sup>11</sup>. Comuni e Province, nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dello statuto adottano regolamenti in particolare «per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni»<sup>12</sup>. Agli enti locali, in attuazione del principio costituzionale di autonomia, sono stati attribuiti poteri normativi di auto-differenziazione, nell'ambito dei principi fissati dal legislatore statale, sull'organizzazione di propri uffici<sup>13</sup>.

L'espresso riconoscimento della potestà statutaria<sup>14</sup> e regolamentare<sup>15</sup> di Comuni e Province costituisce sicuramente un rilevante *aliquid novi* previsto dalla riforma costituzionale del 2001. La Costituzione nulla dispone, però, a differenza di quanto accade per gli statuti regionali<sup>16</sup>, su quali siano i contenuti e i limiti dello statuto locale.

È l'art. 4, co. 2, della legge 5 giugno 2003, n. 131 «Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3», che dà attuazione all'art. 114, co. 2 Cost. e all'art. 117, co. 6, Cost. in materia di potestà normativa degli enti locali,

---

<sup>11</sup> V. Consiglio di Stato, sez. I, parere 26 luglio 2000, n. 741, in <http://www.giustizia-amministrativa.it> ha affermato che dall'art. 1, co. 3, del d.lgs. n. 267/2000 discende «innanzi tutto che – almeno in via tendenziale – il rapporto gerarchico tra la fonte legislativa e quella statutaria si configura oggi in termini di concorrenza, nel senso che la legge statale si limita a fissare la normativa di principio rimettendo, nell'ambito di questi, allo statuto la disciplina specifica delle diverse fattispecie». Inoltre, il giudice amministrativo ha aggiunto che dalla norma in esame discende altresì che «le limitazioni legislative all'autonomia statutaria devono essere espressamente sancite»; in tal senso, cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2571; Tar Sicilia, Palermo 18 maggio 2007, n. 1374; Tar Lazio 14 gennaio 2009, 139; CGA, 9 febbraio 2009, n. 43; *contra* cfr. Tar Calabria, 7 dicembre 2007, n. 1959; Tar Calabria, 16 maggio 2008, n. 492; Tar Calabria, 16 maggio 2008, n. 493; Tar Veneto sent. 15 gennaio 2008, n. 62; Tar Veneto sent. 21 marzo 2008, n. 754; Tar Veneto sent. 5 maggio 2008, n. 1240; Tar Veneto sent. 31 luglio 2008, n. 2164; Tar Veneto sent. 6 agosto 2008, n. 2301; Tar Veneto sent. 6 agosto 2008, n. 2305.

<sup>12</sup> Art. 7, d.lgs. n. 267/2000.

<sup>13</sup> Si potrebbe criticamente osservato che se – astrattamente –, Comuni e Province sembrano godere di ampia discrezionalità di scelta nella determinazione del proprio ordinamento, viceversa, di fatto, gli spazi di autonomia risultano piuttosto limitati per effetto di una legislazione statale di principio che ha quasi interamente predeterminato la forma di governo, la competenza degli organi di governo e i loro rapporti reciproci.

<sup>14</sup> Art. 114, co. 2, Cost.

<sup>15</sup> Art. 117, co. 6, Cost.

<sup>16</sup> Art. 123 Cost.

definendo il contenuto necessario dello statuto<sup>17</sup> e indicando altresì i vincoli alla potestà statutaria. Infatti, tale norma prescrive che lo statuto debba essere «in armonia con la Costituzione e con i principi generali in materia di organizzazione pubblica, nel rispetto di quanto stabilito dalla legge statale in attuazione dell'articolo 117, co. 2, lett. p) della Costituzione». Mentre l'armonia con la Costituzione e il rispetto di quanto stabilito dalla legge statale nelle materie di cui all'art. 117, co. 2, lett. p)<sup>18</sup> costituiscono vincoli agevolmente ricavabili dal quadro costituzionale, viceversa, per l'espressione «principi generali dell'organizzazione pubblica» sorgono perplessità circa la legittimità costituzionale di tale limite<sup>19</sup>. Il limite dei «principi generali dell'organizzazione pubblica» potrebbe apparire come un nuovo limite, ossia non presente nel testo costituzionale.

Talché, la norma in esame dovrebbe indubbiamente considerarsi costituzionalmente illegittima perché il legislatore di revisione costituzionale del 2001, ha affidato alla potestà legislativa dello Stato tutto ciò che è meritevole di trattamento unitario. Di conseguenza, nessun altro strumento, diverso da quelli espressamente contemplati dal testo costituzionale, potrà essere utilizzato per imporre agli organi locali il rispetto delle esigenze unitarie.

Pertanto, l'unica interpretazione conforme al testo costituzionale è quella per la quale i «principi generali dell'organizzazione pubblica» sono quelli fissati dal legislatore statale o regionale sulla base di titoli di intervento, espressamente riconosciuti dalla Costituzione.

L'art. 117, co. 6, Cost. prevede che la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salvo delega alle Regioni. In tutti gli altri ambiti materiali, di competenza legislativa concorrente o residuale, la potestà regolamentare spetta alle Regioni. Tuttavia, Comuni, Province e Città metropolitane hanno potestà regolamentare «in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite».

---

<sup>17</sup> I «principi di organizzazione e funzionamento dell'ente, le forme di controllo, anche sostitutivo, nonché le garanzie delle minoranze e le forme di partecipazione popolare».

<sup>18</sup> Cfr. Q. CAMERLENGO, *Commento all'articolo 4*, in P. CAVALERI, E. LAMARQUE (a cura di), *L'attuazione del nuovo Titolo V, parte seconda della Costituzione – Commento alla legge "La Loggia"*, Torino, 2004, 83.

<sup>19</sup> Cfr. G. BALSAMO, *La potestà normativa degli enti locali secondo l'articolo 4 della legge 5 giugno 2003, n. 131, attuativa del nuovo Titolo V della Costituzione*, in <http://www.federalismi.it>

La dottrina prevalente ritiene che, nel nuovo assetto costituzionale, la potestà regolamentare spetti di regola all'ente titolare della corrispondente funzione amministrativa, cioè l'ente che è titolare della funzione amministrativa è titolare altresì del potere normativo relativo alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento della medesima<sup>20</sup>. Una tale lettura si basa sull'esplicito riconoscimento costituzionale del principio di sussidiarietà verticale in tema di funzioni amministrative<sup>21</sup> e, di conseguenza, sul venir meno del principio del "parallelismo" tra titolarità della funzione legislativa e titolarità della funzione amministrativa.

Infatti, l'art. 4, co. 4 della legge n. 131/2003 stabilisce che «la disciplina dell'organizzazione, dello svolgimento delle funzioni dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane è riservata alla potestà regolamentare dell'ente locale, nell'ambito della legislazione dello Stato o della Regione, che ne assicura i requisiti minimi di uniformità, secondo le rispettive competenze». Quindi, tale norma riserva ai regolamenti locali la disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni amministrative attribuite all'ente locale medesimo, mentre alla legislazione statale e regionale è affidato il compito di assicurare «requisiti minimi di uniformità» nelle diverse discipline regolamentari. Il riferimento normativo ai «requisiti minimi» non rappresenta un nuovo limite<sup>22</sup> alla potestà regolamentare

<sup>20</sup> Cfr. R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 370; A. D'ATENA, *Prime impressioni sul progetto di riforma del Titolo V*, in AA.VV., *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, Milano, 2001, 231; D. SORACE, *La disciplina generale dell'azione amministrativa dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Prime considerazioni*, in *Le Regioni*, 2002, 671; F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 409.

<sup>21</sup> Art. 118 Cost.

<sup>22</sup> Se diversamente i «requisiti minimi» costituissero un limite ulteriore rispetto a quelli previsti dal testo costituzionale allora la norma dovrebbe essere considerata costituzionalmente illegittima. Cfr. F. PIZZETTI, *Art. 4 – Attuazione dell'articolo 114, secondo comma, e dell'articolo 117, sesto comma, della Costituzione in materia di potestà normativa degli enti*, in AA.VV. (a cura di), *Legge "La Loggia" – Commento alla l. 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini, 2003, 94 il quale afferma che la norma in esame appare non solo di particolare complessità ma anche di incerta legittimità costituzionale; G. CORPACI, *La potestà normativa degli enti locali (Commento all'articolo 4)*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, Regioni ed Enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003, 108, il quale scrive che la formulazione della norma non appare comunque particolarmente felice.

ma è espressione del principio di legalità in base al quale, la legge – statale o regionale – che conferisce un determinato potere amministrativo può anche fissarne i criteri generali di esercizio. Per cui, i «requisiti minimi» costituiscono dei criteri che garantiscono una uniformità minima all'esercizio delle funzioni amministrative attribuite agli enti locali<sup>23</sup>. L'art. 4, co. 3 della legge n. 131/2003 stabilisce che l'organizzazione in generale degli enti locali «è disciplinata dai regolamenti nel rispetto delle norme statutarie».

Il potere regolamentare degli enti locali non ha per oggetto soltanto la «disciplina dell'organizzazione e delle funzioni loro attribuite» ma riguarda anche l'organizzazione in senso proprio dell'ente locale, per la quale non si fa menzione della fonte legislativa<sup>24</sup>. Comunque, l'assenza di qualsiasi accenno alla legge ordinaria non può indurre a ritenere che vi sia una riserva esclusiva di normazione locale per l'organizzazione degli enti locali.

I regolamenti non sono assoggettati al rispetto di ogni disposizione di legge ordinaria e regionale ma soltanto ai principi che essa espressamente qualifichi come «inderogabili» per le autonomie locali. *Mutatis mutandis*, essi sono assoggettati agli statuti, ma non a tutte le norme statutarie, bensì ai soli principi generali, che a differenza dei principi legali, non devono essere qualificati espressamente come «inderogabili».

I regolamenti, dunque, intrattengono un rapporto differenziato con la legge, sia statale, sia regionale e con lo statuto dell'ente: devono rispettare i principi espressamente inderogabili della prima e tutti i principi del secondo.

---

<sup>23</sup> Cfr. F. PIZZETTI, *Art. 4 – Attuazione dell'articolo 114, secondo comma, e dell'articolo 117, sesto comma, della Costituzione in materia di potestà normativa degli enti, cit.*, 94 precisa che i requisiti minimi possono esserci o non esserci, a seconda delle valutazioni compiute dal legislatore. Ciò significa che, in assenza dei requisiti in questione, il potere regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni può essere in qualunque momento esercitato.

<sup>24</sup> L'art. 7 del d.lgs. n. 267/2000 prevede che «Nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dallo statuto, il comune e la provincia adottano regolamenti nelle materie di propria competenza ed in particolare per l'organizzazione e il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni». Tale norma, pur non distinguendo tra regolamenti generali sull'organizzazione in senso proprio e regolamenti concernenti la specifica organizzazione e svolgimento delle funzioni attribuite, stabilisce inequivocabilmente che ogni regolamento locale è comunque tenuto a rispettare i principi fissati dalla legge e le norme statutarie.

1.1. (*Segue*). *In particolare: la potestà statutaria delle autonomie locali*

Una delle novità di maggior rilievo della legge n. 142/90 è costituita dall'introduzione di una potestà statutaria in capo ai Comuni e alle Province<sup>25</sup>. Ma l'autonomia statutaria, come configurata in tale legge, ancorché collegata agli articoli 5 e 128, ora abrogato, della Cost., è una potestà normativa autorganizzatoria di carattere fondamentale dell'ente locale, ma non assume tuttavia rilievo costituzionale. Infatti, la dottrina tradizionale riteneva che la Costituzione del 1948 non riconoscesse la potestà statutaria agli enti locali<sup>26</sup>. Diversamente, la dottrina più moderna riteneva che il sistema costituzionale imponesse al legislatore ordinario di procedere al riconoscimento dell'autonomia statutaria di Comuni e Province<sup>27</sup>. Con la riforma costituzionale del 2001 assumono rilevanza da un lato, la nuova formulazione dell'art. 114 Cost. co. 2, il quale riconosce che l'autonomia propria di Comuni, Province, e Città metropolitane si esprime nella possibilità di adottare «propri statuti», e la sua lettura alla luce degli artt. 1, co. 2, 5, e 123 Cost., dall'altro, il testo dell'abrogato art. 128 Cost.<sup>28</sup>. Difatti, il nuovo art. 114 e l'abrogazione dell'art. 128 configurano una potestà statutaria degli enti locali, oggi, sostanzialmente diversa da quella loro riconosciuta dal previgente testo costituzionale. Si può, infatti, affermare che la legislazione statale non può spingersi oltre la competenza espressamente riconosciuta dall'art. 117, co. 2, lett. p), Cost., in materia di «legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali»<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> V. legge n. 142/90, art. 4.

<sup>26</sup> Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1959, 71 e ss. L'Autore si esprimeva così: «l'ordinamento giuridico del Comune risulta determinato quasi completamente dalla legge: ciò esclude che a tale ente sia oggi riconosciuto quel potere statutario, che fu proprio degli antichi Comuni italiani».

<sup>27</sup> Cfr., F. BENVENUTI, *l'Unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, in *Atti convegno*, Firenze, 1965, I, 165; B. DENTE, *La riforma dell'ordinamento locale: alcuni aspetti problematici*, in *Esperienze amministrative*, 1972, dicembre, 40; F. STADERINI, *La potestà statutaria dei minori enti locali territoriali e la riforma della legge comunale e provinciale*, in *Foro amm.*, 1977, II, 274; G. ROLLA, *Brevi note sull'ordinamento statutario dei comuni e delle province*, in *Foro amm.*, 1990, 2956; ID., *Diritto degli enti locali*, cit., 36 ove si afferma che «anche se la Costituzione non parla di autonomia statutaria si deve considerare tale potestà come implicita nel riconoscimento dell'autonomia organizzativa».

<sup>28</sup> Il quale recitava così: «Le Province e i Comuni sono enti autonomi nell'ambito di principi fissati da leggi generali della Repubblica, che ne determinano le funzioni».

<sup>29</sup> Secondo il Consiglio di Stato, sez. V, 3 marzo 2005, n. 832, «È pur vero [...]

Il rafforzamento, sotto il profilo della funzione normativa statutaria, dell'autonomia degli enti locali nei confronti dello Stato risulta, poi, evidente leggendo l'art. 114, co. 2, Cost., in collegamento, con le disposizioni di cui al co. 1 del medesimo articolo, all'art. 123 e, all'art. 5 Cost. Infatti, l'art. 114, co. 1, Cost., nella sua attuale formulazione, esprime la «configurazione equiordinata degli elementi costitutivi della Repubblica» e la presenza tra questi, a pieno titolo, di Comuni, Province e Città metropolitane, oltre che Regioni e Stato<sup>30</sup>.

Ci si interroga in ordine alla previsione – o meno –, nella Costituzione, di una potestà legislativa regionale che delimita la funzione normativa statutaria degli enti locali. Pare potersi affermare che, se tale potestà legislativa ricorresse, essa apparterebbe sicuramente alla tipologia “residuale” di cui al co. 4 dell'art. 117 Cost.<sup>31</sup>. Ciò non di meno, sembrerebbe preferibile ritenere carente uno spazio di disciplina legislativa regionale generale<sup>32</sup>.

---

che l'art. 114, 2° comma, Cost. consacra l'autonomia degli enti locali, con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione, ma poi l'art. 117 Cost., nel ripartire la competenza legislativa tra Stato e Regioni, attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato la materia “legislativa elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali dei Comuni, Province e Città metropolitane”. Con la conseguenza che la determinazione degli organi di governo dei Comuni, con le connesse sfere di competenza, appartiene in via esclusiva alla legislazione statale.

<sup>30</sup> In tal senso, ad esempio, F. MERLONI, cit., 412 e 413; F. PIZZETTI, cit., 51. In proposito, anche la suprema Corte di Cassazione, SS.UU., 16 giugno 2005, n. 12868, ha avuto modo di affermare «La riforma del Titolo V della parte II della Costituzione ha comportato una incisiva modifica dell'assetto costituzionale degli enti locali, con la equiparazione degli enti territoriali – tutti significativamente menzionati nella stessa disposizione di cui al comma 2 dell'art. 114 – dal punto di vista della garanzia costituzionale e della pari dignità, il riconoscimento di una loro posizione di autonomia statutaria, così da delineare un sistema istituzionale costituito da una pluralità di ordinamenti giuridici integrati, ma autonomi, nel quale le esigenze unitarie si coordinano con il riconoscimento e la valorizzazione delle istituzioni locali», e che «Tale processo di trasformazione dell'assetto costituzionale ha direttamente coinvolto la natura, funzione ed i limiti della potestà statutaria del Comune».

<sup>31</sup> La questione, dunque, si intreccia con quella relativa alla natura, “esclusiva” ovvero comunque ‘concorrente’, di tale potestà legislativa regionale. Sul punto la tesi della natura comunque concorrente, sostenuta da G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Appunti di Diritto Amministrativo*, Napoli, 2015, pur minoritaria, appare meritevole di considerazione, in quanto sostenuta, da significativi argomenti letterali e logico-sistematici.

<sup>32</sup> Anche la Corte costituzionale, nella sent. 30 dicembre 2003, n. 377, ha affermato che «il nuovo testo dell'art. 117 della Costituzione ha sostanzialmente confermato, sul

Dal combinato disposto dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 4 della legge "La Loggia" sembra potersi ricavare una «riserva di statuto» in materia di regole generali di organizzazione dell'Ente, che opera pienamente negli spazi non occupati dalla potestà legislativa statale di cui all'art. 117, co. 2, lett. p), con esclusione di qualsiasi intervento del legislatore regionale<sup>33</sup>. Inoltre, in dottrina, si è osservato che il limite dei «principi generali in materia di organizzazione pubblica», può ingenerare il dubbio che si tratti di un ulteriore vincolo che la legislazione ordinaria sarebbe legittimata a porre<sup>34</sup>. Dubbio che verrebbe meno se l'espressione fosse intesa come specificativa del già affermato limite di armonia costituzionale, con riferimento ai principi generali che la Costituzione detta in materia di organizzazione pubblica, nell'art. 97.

Anche nel Tuel, in particolare nell'art. 6, in relazione alla precedente disciplina costituzionale, le disposizioni di legge potevano costituire limiti alla potestà statutaria solo se consistenti in autentiche norme di principio<sup>35</sup>. A maggior ragione, una volta che tale potestà è stata esplicitamente prevista in Costituzione, non si può ritenere che essa possa soffrire limitazioni ad opera della legislazione regionale.

Il medesimo Tuel, invero, si presenta portatore di una disciplina troppo dettagliata, sia rispetto all'abrogato art. 128 Cost., sia con riguardo al

---

punto, il previgente sistema, nel quale le regioni ordinarie, a differenza di quelle a statuto speciale, non avevano alcuna competenza in materia di ordinamento degli enti locali appartenenti al rispettivo territorio».

<sup>33</sup> Il secondo comma, a proposito dell'attuazione dell'art. 114, co. 2 della Costituzione, dispone che «lo Statuto, in armonia con la Costituzione e con i principi generali in materia di organizzazione pubblica, nel rispetto di quanto stabilito dalla legge statale in attuazione dell'articolo 117, co. 2, lett. p), della Costituzione, stabilisce i principi di organizzazione e funzionamento dell'ente, le forme di controllo, anche sostitutivo, nonché le garanzie delle minoranze e le forme di partecipazione popolare». Al successivo co. 3 si dispone, che «l'organizzazione degli enti locali è disciplinata dai regolamenti nel rispetto soltanto delle norme statutarie», mentre al co. 4, si afferma che la «disciplina dell'organizzazione, dello svolgimento e della gestione delle funzioni», «è riservata alla potestà regolamentare dell'ente locale, nell'ambito della legislazione dello Stato o della Regione, che ne assicura i requisiti minimi di uniformità, secondo le rispettive competenze».

<sup>34</sup> Così A. RUGGERI, *Note introduttive ad una lettura della legge La Loggia*, in B. CARAVITA DI TORITTO (a cura di), *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Milano, 2004, 1 ss., 24.

<sup>35</sup> Cfr. L. VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali: 1990-2000 dieci anni di riforme. Commento alla legge 8 giugno 1990, n. 142*, Rimini, 2000; F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, Padova, 2022.

nuovo impianto costituzionale delle autonomie locali<sup>36</sup>. Difatti, nell'art. 1, co. 1, si dispone che il Tuel «contiene non solo i principi ma anche le disposizioni in materia di ordinamento degli Enti locali».

La legge n. 215/2012, in materia di parità di genere negli enti locali, ha riformulato il comma 3 dell'art. 6 Tuel stabilendo che lo statuto detta norme per assicurare condizioni di pari opportunità tra uomo e donna, e per garantire – non solo promuovere – la presenza di entrambi i sessi nelle giunte e negli organi collegiali non elettivi del comune e della provincia, nonché degli enti, aziende e istituzioni da essi dipendenti.

Concludendo, tanto il Tuel previgente quanto la sua versione rivisitata, sono ricchi di disposizioni normative dettagliate che riguardano la sfera di autonomia organizzatoria degli enti locali, e, dunque, in contrasto con la riserva costituzionale di potestà statutaria<sup>37</sup>.

#### 1.1.1. (*Segue*). *Potestà statutaria delle autonomie locali e fonti di rango primario*

Il rapporto tra leggi statali e regionali e statuti degli enti locali è diventato vieppiù complesso con l'entrata in vigore del nuovo Titolo V della Costituzione. La legge costituzionale n. 3/2001 ha solennizzato la potestà statutaria e regolamentare delle autonomie territoriali, non ha, però dettato quelle disposizioni che potessero consentire di dotare di effettività la previsione costituzionale quale logico corollario dei rinnovati principi dell'autonomia.

Il Tuel, all'art. 1, co. 3, definisce lo statuto quale strumento normativo espressione dell'autonomia dei Comuni e delle Province sottogiacente

---

<sup>36</sup> Cfr. in proposito F. MERLONI, cit., 410, per il quale «il Testo unico, in sostanziale contrasto con il richiamato art. 128 Cost., perpetuava la tradizione dello Stato, prima liberale e poi fascista, di ricerca ostinata della uniformità dell'organizzazione e dell'azione amministrativa dei Comuni e delle Province attraverso la fissazione di una disciplina estremamente dettagliata [...] da considerarsi come l'esatta antitesi dell'autonomia locale, che veniva ad essere limitata da disposizioni ben lontane dai soli "principi" ammessi dalla norma costituzionale».

<sup>37</sup> Ad esempio, le disposizioni di cui: agli artt. 16 e 17 – relative, rispettivamente, ai «Municipi» ed al «Decentramento comunale»; all'art. 90 – relative agli «Uffici di supporto agli organi di direzione politica» –; al Capo II del Titolo IV, Parte I – relativo ai segretari comunali –; ed al successivo Capo III – relativo a «Dirigenza ed incarichi» (particolarmente l'art. 108, sul «Direttore generale») –. Quanto alle disposizioni sui segretari comunali, i timori nutriti dalla dottrina sulla base dell'art. 2, co. 4, lett. e della legge «La Loggia» paiono essersi rivelati fondati.

soltanto ai principi espressamente enunciati come tali nella legislazione in materia di ordinamento degli enti locali. La *ratio* della norma era quella di delineare un ambito giuridico generale all'interno del quale gli statuti potessero "liberamente esprimere e promuovere l'autonomia degli enti e realizzare un assetto corrispondente alle peculiarità del contesto sociale ed economico di riferimento"<sup>38</sup>.

Una lettura non sommaria del principio espresso nel Tuel, consentirebbe di affrancare lo statuto dal legame di subordinazione gerarchica, nella scala delle fonti, rispetto alla legge, sia statale sia regionale. In buona sostanza il rapporto legge-statuti sarebbe un rapporto non più di gerarchia ma di competenza, e quindi le diverse fonti regolatrici l'azione degli enti locali rinvergono la loro legittimazione nell'ambito statutario<sup>39</sup>. Difatti, il nuovo art. 114 Cost. ha ampliato l'autonomia normativa degli enti locali, al pari dell'art. 4 della legge n. 131/2003, subordinando l'esercizio della potestà statutaria al solo rispetto delle norme afferenti all'«organizzazione pubblica».

Quindi, esiste un rapporto legge-statuti in termini di competenza, al quale non corrisponde una conseguente tutela della potestà statutaria, cioè gli enti locali non possono impugnare direttamente leggi dello Stato o della Regione che violino la competenza ascritta agli statuti medesimi. Tale impossibilità di accesso al giudizio della Corte costituzionale, è espressione dell'inidoneità dello strumento statutario a resistere a disposizioni di legge con esso incompatibili, e impedisce, all'autonomia locale, di esplicitare gli effetti che la Costituzione aveva previsto, riconducendo, conseguentemente, lo statuto ad una posizione gerarchica di vera e propria sottoordinazione.

Infine, dall'entrata in vigore del Tuel e del medesimo Titolo V Cost. gli statuti sono intervenuti a disciplinare aspetti per i quali è stato il legi-

---

<sup>38</sup> V. Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza 16 giugno 2005, n. 12868 – Pres. Carbone, Rel. Luccioli – Comune di Roma c. Fralleoni.

<sup>39</sup> V. in tal senso C. Cass., cit., secondo cui: «nel nuovo quadro costituzionale risultante a seguito della modifica del Titolo V della Costituzione, lo statuto del Comune o della Provincia si configura come atto formalmente amministrativo, ma sostanzialmente come atto normativo atipico, con caratteristiche specifiche, di rango paraprimary o subprimary, posto in posizione di primazia rispetto alle fonti secondarie dei regolamenti e al di sotto delle leggi di principio, in quanto diretto a fissare le norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente ed a porre i criteri generali per il suo funzionamento, da svilupparsi in sede regolamentare».

slatore medesimo ad autorizzare la normazione statutaria, rimanendo gli istituti regolati dalla legge, senza possibilità di diversa disciplina in sede locale<sup>40</sup>.

## 2. *La potestà regolamentare delle autonomie locali*

La potestà regolamentare degli enti locali è prevista dall'art. 117, co. 6 della Costituzione che riecheggia formulazioni già presenti nella legislazione ordinaria approvata negli anni '90<sup>41</sup>.

Infatti l'art. 5 della legge n. 142/1990 prevede che «nel rispetto della legge e dello statuto, il Comune e la Provincia adottano regolamenti per l'organizzazione ed il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni». Tale articolo è stato poi modificato dalla legge n.

---

<sup>40</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 3 marzo 2015, n. 832, «Alla luce del nuovo riparto di competenze introdotto dalla L. cost. 3 del 2001, l'art. 6, 2° comma, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, va interpretato nel senso di attribuire alla potestà statutaria comunale il potere di specificazione delle attribuzioni degli organi “diversi” da quelli di governo...».

<sup>41</sup> Cfr. V. ITALIA, *I Regolamenti comunali sui contratti pubblici, il Codice dei contratti pubblici e le Linee guida dell'ANAC*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 1/2018, 5-12; E. DE MARCO, *Il regime costituzionale delle autonomie locali tra processi di trasformazione e prospettive di riforma*, in *Rivista Aic*, n. 2/2015, 17; U. DE SIERVO, *Statuti e regolamenti: nuove fonti normative di comuni e province*, in *Le Regioni*, 1991, 387 ss. e T. GROPPI, *Autonomia costituzionale e potestà regolamentare degli enti locali*, 1994. Per una rilettura dell'evoluzione legislativa cfr. L. PEGORARO, T. F. GRIPPONI, *Le fonti locali tra legislazione di principio e disposizioni di dettaglio*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2000*, Torino, 2001; C. PEZZULLO, *Regolamento comunale e affidamento in uso nella disciplina sui beni confiscati alla criminalità organizzata*, in *federalismi.it*, n. 31/2022, 68 e ss. Secondo l'A. “rileva il ruolo attribuito agli enti locali – ai sensi dell'articolo 48, comma 3, lett. c), del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (di seguito Codice antimafia o CAM) – di affidare in concessione i beni confiscati per finalità sociali ovvero economiche con vincolo di reimpiego dei proventi per finalità sociali. Il tema deve essere affrontato riprendendo, pur sinteticamente, la nozione di beni pubblici, considerandone le tre tradizionali categorie, in modo da introdurre i beni confiscati all'interno del corrispondente quadro teorico. All'analisi della qualificazione giuridica, che rappresenta il presupposto per affrontare il tema della gestione, seguirà l'esame della disciplina dell'affidamento in uso da due diverse angolazioni: il regolamento comunale, quale fonte del diritto locale espressione della potestà normativa dell'ente più prossimo ai bisogni del territorio, e la concessione in quanto strumento di gestione previsto dal Codice antimafia”. Sul potere regolamentare esercitabile dagli enti locali, v. *ex pluribus*, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 27 ottobre 2014, n. 5287.

265/1999 che ha richiamato il rispetto dei soli «principi fissati dalla legge e dallo statuto», e poi trasfuso nell'art. 7 del Tuel, che ha rafforzato l'area dell'autonomia degli enti locali.

Ancora, l'art. 2, co. 2 della legge n. 59/1997 prevede che «la disciplina della organizzazione e dello svolgimento delle funzioni e dei compiti amministrativi conferiti “in attuazione di tale legge” è disposta, secondo le rispettive competenze e nell'ambito della rispettiva potestà normativa, dalle regioni e dagli enti locali»<sup>42</sup>. Il nuovo art. 117, rispetto alle formulazioni già presenti a livello legislativo, sembrerebbe non alterare l'ambito di autonomia regolamentare degli enti locali<sup>43</sup>, che, specialmente per i Comuni è assai vasta, alla luce del criterio di sussidiarietà “verticale” sancito dall'art. 118, co. 1, Cost., il quale ha attribuito appunto ai Comuni, in via di principio, la generalità delle funzioni amministrative. Un principio già sancito dalla legge n. 59/1997<sup>44</sup> e anche dal Tuel<sup>45</sup>. Siffatto riconoscimento è, invero, temperato dal co. 2 dell'art. 118 Cost., ai sensi del quale “i comuni, le province e le città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze”<sup>46</sup>.

Inoltre, l'art. 117 Cost. non sancisce espressamente un richiamo al necessario rispetto delle leggi – statali o regionali –, o dei loro principi, da parte delle fonti locali, il quale è presente invece nelle formulazioni

---

<sup>42</sup> Per un accurato parallelo tra queste disposizioni e l'art. 117, 6° co., Cost., cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autonomia istituzionale e normativa degli Enti locali dopo la revisione del Titolo V, parte II della Costituzione. Il caso dei controlli*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2002, 445-482. Si discute, in dottrina, se e in che misura la disciplina contenuta nel testo unico e nella stessa legge n. 59/1997 sia ancora applicabile, dopo il nuovo Titolo V: cfr., tra gli altri, F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 409 ss.; P. CARETTI, *Fonti statali e fonti locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 951-956.

<sup>43</sup> Cfr. C.E. GALLO, *Le fonti del diritto nel nuovo ordinamento regionale. Una prima lettura*, Torino, 2001. L'Autore rileva che sul piano letterale l'attribuzione di potere regolamentare agli enti locali operata dall'art. 117, 6° co., Cost. sembrerebbe configurarsi come “addirittura più ridotta rispetto a quella attualmente esistente”; ma conclude poi nel senso che “la previsione costituzionale sia una previsione sintetica ma di identico contenuto rispetto a quella stabilita nell'art. 7 del testo unico”.

<sup>44</sup> Art. 4, co. 3, lett. a).

<sup>45</sup> Art. 13, co. 1.

<sup>46</sup> Cfr. G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 117 e 118 della Costituzione*, in *Le regioni*, 2002, 383 ss.

legislative. Di conseguenza ne deriva la questione se il nuovo art. 117, co. 6, Cost. costituisca una riserva di competenza in favore dei regolamenti locali, e quindi, se tali fonti siano fonti “primarie” o almeno “miste”<sup>47</sup>, e che le leggi – statali o regionali – potrebbero essere considerate cedevoli rispetto ai regolamenti locali. Secondo l’interpretazione di Vezio Crisafulli, dovrebbe ritenersi esistente “una riserva di autonomia regolamentare nei confronti della stessa legge”<sup>48</sup>. Ma ciò non vuol dire, che nella materia della disciplina dell’organizzazione e dello svolgimento delle funzioni degli enti locali sia escluso l’intervento del legislatore statale o regionale, ma solo che l’opera del legislatore è stata limitata da una riserva costituzionale in favore dei regolamenti e degli statuti comunali e provinciali<sup>49</sup>.

A fronte di chi ha osservato che «il limite di questa potestà non può essere certo costituito dall’esistenza di qualsivoglia portata nelle materie dell’organizzazione e della disciplina dello svolgimento delle funzioni locali, poiché in tal modo sarebbe vanificata la medesima *ratio* del riconoscimento costituzionale»<sup>50</sup>, vi sono le opposte posizioni di chi, invece, ha

---

<sup>47</sup> L’interrogativo è sollevato nell’intervento di G.C. De Martin e nella replica di A. Ruggeri nel seminario organizzato dall’associazione italiana dei costituzionalisti svoltosi a Bologna il 14 gennaio 2002 (i cui atti sono in AA.VV., *Il nuovo Titolo della Parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Milano, 2002, spec. 219 ss. e 311 ss.).

<sup>48</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 70 e ss.

<sup>49</sup> Nel senso che la potestà regolamentare si riferisca “a tutte le attribuzioni comunque spettanti agli enti locali cfr. P. CARETTI, *Fonti statali*, cit., 951; e G.C. DE MARTIN, *La funzione statutaria*, cit., 146. Più limitativa sembra la lettura proposta da G. TARLI BARBIERI, *Appunti sul potere regolamentare delle regioni nel processo di riforma del titolo V della parte II della Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2002, 485 ss., per il quale “il riferimento all’organizzazione è da intendersi in relazione allo svolgimento delle funzioni, e non già come sinonimo generale di “organizzazione dell’ente locale” poiché la materia organizzativa è di competenza dello statuto”. Inoltre, una parte della dottrina tende a riferire la disciplina contenuta nell’art. 117, 6° co. Cost. non solo ai regolamenti, ma anche agli statuti degli enti locali; altri, al contrario, lo negano.

<sup>50</sup> Cfr. G.C. DE MARTIN, in AA.VV., *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Milano, 2002, 219-225. L’A. pur riconoscendo che «la salvaguardia dell’autonomia regolamentare di comuni e province incontra un limite più penetrante, costituito dal potere legislativo istituzionalmente spettante al legislatore (statale o regionale, a seconda dell’ambito di competenza materiale) nella regolazione dell’esercizio di funzioni amministrative», tuttavia ritiene che «siffatto ruolo del legislatore non può peraltro arrivare a comprimere in toto (o quasi) il potere di autoregolazione locale, anche perché è innegabile che ora, con la copertura costituzionale

sostenuto che la potestà regolamentare «è, per sua natura, sottoposta alla potestà legislativa»<sup>51</sup>, quindi riconoscendo una certa valenza al principio di legalità<sup>52</sup>. Ma pur considerando sussistente il principio di legalità nell'ordinamento repubblicano in una accezione “sostanziale”<sup>53</sup>, non sembrerebbe che ciò debba necessariamente condurre a ritenere l'impossibilità di una riserva di disciplina normativa secondaria in capo agli enti territoriali locali.

Sulla scorta di queste considerazioni una parte della dottrina riconosce una sfera di disciplina normativa riservata agli enti locali in ordine all'organizzazione e allo svolgimento delle funzioni loro attribuite<sup>54</sup>.

---

data al riconoscimento già contenuto nella L. 59, si è affermato un orientamento in virtù del quale il titolare di una funzione amministrativa è da considerare, entro certi limiti, titolare anche di un potere di disciplina dell'esercizio delle funzioni stesse».

<sup>51</sup> Il Vandelli oltre a richiamarsi alla sottoposizione della potestà regolamentare alla potestà legislativa “per sua natura”, osserva, che «i Comuni si trovano in difficoltà ad esercitare le potestà regolamentari che già discendono dal Testo Unico. Il riferimento, tra gli Autori la cui tesi si avversa a Cerulli, peraltro, consente di prendere spunto per sottolineare l'apparente integrale chiusura all'autonomia regolamentare della tesi di Vandelli. Cerulli, infatti, riconoscendo che «la Regione (come ovviamente lo Stato) ha la capacità di disciplinare con propria legge i procedimenti di esercizio delle funzioni nelle materie di sua competenza legislativa», si era limitato a sostenere che «la potestà regolamentare dell'ente è da ritenere limitata allo svolgimento del procedimento nell'ambito interno all'ente medesimo».

<sup>52</sup> Sposta, invece, la discussione sul piano dell'istituto della “riserva di legge” F. MERLONI, *op. cit.*, il quale, dando atto dell'evidenza che «la Costituzione fa coincidere in modo chiaro potere regolamentare e potere amministrativo», osserva che «in questo senso solo si può parlare di una “riserva di potere regolamentare” in capo agli enti locali, riserva che non può certo predicarsi nei confronti della legge, statale e regionale, in tutti i casi in cui, sempre in base alla Costituzione si deve ritenere operante una riserva di legge».

<sup>53</sup> Tra i fautori dell'interpretazione che riconosce una sfera di riserva regolamentare agli enti locali sulla base dell'art. 117, co. VI, vi sono anche autori che, ritengono la sussistenza di un principio di legalità sostanziale nella Carta costituzionale repubblicana. Cfr., G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Principio di legalità e potestà normativa esclusiva degli enti locali*, in AA.VV., *Annuario 2004* (dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo), 2005, pp. 119; ID., *L'Atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003.

<sup>54</sup> Anche la Corte costituzionale, nella sent. 2 dicembre 2004, n. 372, ha affermato, che «La previsione statutaria [regionale] di un regime di riserva assoluta di legge regionale anziché relativa è [...] ammissibile purché sia limitata, per non comprimere eccessivamente l'autonomia degli enti locali, ai soli casi di sussistenza di “specifiche esigenze

Quindi, i regolamenti locali – al pari di quelli governativi – sono tenuti a rispettare le disposizioni legislative, purché queste siano conformi al riparto di competenze regolamentari tra i diversi livelli di governo che compongono la Repubblica, e sono lontani da quella condizione di “automatica subordinazione alla legge” che contraddistingue la tradizionale concezione delle fonti secondarie. Inoltre, non ottengono “una pari dignità formale”, non hanno nessun rapporto gerarchico con la legge e non possono essere assimilati alle fonti primarie<sup>55</sup>. Pertanto, ferma l'autonomia degli enti locali, ai loro regolamenti si riconosce una componente di subordinazione alle fonti statali e regionali, imposta da ragioni di unità e, una componente di separazione, tale da garantire l'autonomia degli enti medesimi.

La legge “La Loggia”, in merito alla potestà regolamentare, riconosce una sfera di disciplina costituzionalmente riservata agli enti locali, anche se, «il limite tra la fonte primaria e quella locale non è predeterminabile a priori». Comunque «la legge statale (o quella regionale) non potranno contenere una disciplina dettagliata che degradi il regolamento locale». Infine, l'esplicito richiamo del legislatore al testo ed al sistema della Costituzione, sembra sufficiente a garantire lo spazio dell'autonomia normativa locale<sup>56</sup>.

---

unitarie”, che possano giustificare, nel rispetto dei principi indicati dall'art. 118, primo comma, della Costituzione, la disciplina legislativa regionale dell'organizzazione e svolgimento delle funzioni “conferite”».

<sup>55</sup> Cfr. G.C. DE MARTIN, *La funzione statutaria*. Nel senso invece della primarietà delle fonti locali, cfr. gli interventi di I. M. MARINO e di A. PIRAINO, *La funzione normativa di comuni, province e città nel nuovo sistema costituzionale. Atti del Convegno (Trapani, 3-4 maggio 2002)*, 81 e ss. Sul versante opposto, nel senso che la potestà regolamentare è “per sua natura di livello secondario”, vale a dire “subordinata alla legge” e che “la legge può essere molto dettagliata, lasciando pochissimo spazio all'autonomia regolamentare”, cfr. E. BALBONI, *Gli scenari incerti dell'autonomia normativa locale in una disposizione di difficile interpretazione*, in *Federalismi.it.*, 2002, 2 ss.

<sup>56</sup> Cfr. A. CORPACI, *op. loc. cit.*, per il quale, tenendo «ferma la premessa del carattere puramente ricognitivo della norma», e dovendosi, quindi, escludere la possibilità «di una conformazione della potestà regolamentare degli enti locali da parte della legge statale o regionale, che vada al di là di quanto desumibile dal testo costituzionale», si deve, altresì escludere «che la legge debba enunciare “requisiti minimi di uniformità”, e che in assenza di tale specificazione il potere regolamentare non possa essere citato».

### 2.1. (Segue). In particolare: i regolamenti organizzativi

Atteso che l'art. 117, 6° co., allude soltanto ai regolamenti che servono per organizzare e svolgere le funzioni, si deve ritenere che i regolamenti «per il funzionamento degli organi e degli uffici»<sup>57</sup>, così definiti dall'art. 7 del Tuel, non siano coperti dalla previsione costituzionale. Ciò non di meno, se così fosse, resterebbe senza riferimento costituzionale proprio l'organizzazione dell'ente, da sempre considerato un profilo caratterizzante l'autonomia locale. Infatti, la Costituzione riconosce agli enti locali una potestà regolamentare ovviamente finalizzata anche all'organizzazione dell'ente<sup>58</sup>.

In particolare, l'art. 114, 2° co., prevede l'autonomia statutaria degli enti locali, che copre proprio l'ambito dell'organizzazione interna, e prefigura l'intervento dei regolamenti di attuazione dello statuto in materia organizzativa. Per cui i regolamenti organizzativi si avvalgono della copertura costituzionale indiretta dell'art. 114, 2° co., costituendo espressione del principio di autonomia previsto dall'art. 5 della Costituzione<sup>59</sup>.

Tutto ciò spiega perché i regolamenti di organizzazione non hanno mero valore interno ma assurgono a vere e proprie fonti del diritto. Ancorché esistono margini di sovrapposizione con i regolamenti per la

<sup>57</sup> Il regolamento di organizzazione previsto dall'art. 51, comma 1 della legge n. 142/1990 è stato sostituito dal regolamento sull'ordinamento generale degli uffici e dei servizi per effetto dell'art. 6, comma 1 della legge 127/1997 ora disciplinato dall'art. 89 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali. Sul tema cfr. E. BARUSSO, *Il regolamento degli uffici e dei servizi*, Milano, 1999; ID., *Il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi*, in AA.VV., *Riforme e regolamenti degli enti locali*, Milano, 2022.

<sup>58</sup> Va poi considerato che il potere di auto-organizzazione è proprio di ogni amministrazione pubblica in forza del principio di buon andamento sancito dall'art. 97 Cost. Infatti, prima della riforma, i regolamenti di organizzazione erano considerati espressione del principio di autonomia previsto dall'art. 128 Cost. e del principio di buon andamento e di imparzialità amministrativa di cui all'art. 97 Cost. Cfr. L. VERRIENTI, *Regolamenti e potere normativo degli enti locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, 1997, 58 ss.

<sup>59</sup> Sull'art. 114, 2° co., come fondamento della potestà regolamentare attuativa degli enti locali, cfr. C. CALVIERI, *Gli statuti ed i regolamenti degli enti locali tra riforma del titolo V e prossima revisione costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2004, 535. Viene considerato un limite della riforma del Titolo V il non aver distinto fra disciplina dell'organizzazione e disciplina dello svolgimento delle funzioni, in relazione alla quale gli enti locali potrebbero disporre di una potestà regolamentare di sviluppo della legislazione (F. MERLONI, *Intervento alla tavola rotonda virtuale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 425).

disciplina delle funzioni, quanto meno sul piano teorico la differenza è alquanto chiara, perché i regolamenti per la disciplina delle funzioni considerano i soli aspetti organizzativi e procedurali connessi all'esercizio delle funzioni amministrative.

La tesi della copertura costituzionale "indiretta" deve tener conto delle leggi statali relative agli organi di governo di cui parla l'art. 117, 2° co., lett. p)<sup>60</sup>. Poiché tali leggi disegnando un certo assetto del rapporto fra gli organi di governo condizionano inevitabilmente l'organizzazione degli uffici, quantunque devono limitarsi a disciplinare gli organi di governo senza entrare nel merito dell'organizzazione dell'ente, non possono influire sul modello e sulle regole di organizzazione degli apparati comunali<sup>61</sup>. Dunque, il modello e le regole di organizzazione sono di pertinenza del regolamento di organizzazione e, *ante omnia*, dello statuto che il regolamento deve attuare.

L'art. 117, 2° co., lett. p) sembra consentire l'intervento del regolamento statale, posto che si rientra in materia esclusiva statale. Ciò nondimeno, ammettendo i regolamenti statali relativi alle funzioni fondamentali e agli organi di governo degli enti locali, risulterebbe compreso l'ambito dei regolamenti locali sul piano organizzativo, e quindi, sia dei regolamenti di disciplina delle funzioni, sia dei regolamenti organizzativi. Motivo per cui sembra preferibile ritenere che in conseguenza del *favor* costituzionale per l'autonomia degli enti locali<sup>62</sup> non sono ammissibili regolamenti statali relativi alle funzioni fondamentali e agli organi di governo degli enti locali.

---

<sup>60</sup> Cfr. l'art. 4, comma 2 della legge n. 131/2003 secondo cui lo statuto stabilisce i principi di organizzazione e funzionamento dell'ente «nel rispetto di quanto stabilito dalla legge statale in attuazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione»: siccome a sua volta il regolamento locale è tenuto a rispettare lo statuto (comma 3), ecco che per il tramite dello statuto la legge n. 131/2003 estende ai regolamenti il vincolo delle leggi statali relative agli organi di governo.

<sup>61</sup> Cfr. A. CORPACI, *Gli organi di governo e l'autonomia organizzativa degli enti locali. Il rilievo della fonte statutaria*, in *Le Regioni*, 2002, 1030, secondo il quale «in forza della Costituzione non è predicabile riserva di fonte legislativa per l'organizzazione degli uffici delle amministrazioni comunali e provinciali». Coerente la conclusione che l'art. 97 Cost. non riguarda le regioni, che per quanto riguarda il riparto fra gli organi dei poteri di organizzazione fanno riferimento all'art. 123 Cost., e non riguarda neppure gli enti locali perché spetta agli statuti locali stabilire i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento di tali enti.

<sup>62</sup> Artt. 5, 114, 117, 6° co Cost..

In conclusione, la Costituzione configura un sistema complesso caratterizzato dall'esistenza di vari regolamenti locali sul piano organizzativo: regolamenti per la disciplina organizzativa delle funzioni fondamentali; regolamenti per la disciplina organizzativa delle funzioni attribuite; regolamenti organizzativi.

2.2. *(Segue). La disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni attribuite nella potestà di normazione del governo locale*

L'art. 117, co. 6 Cost. stabilisce che gli enti locali «hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite». L'art. 118, co. 2 Cost, stabilisce che queste funzioni siano «conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze». Quindi, i regolamenti locali sono competenti a disciplinare l'organizzazione e lo svolgimento delle funzioni amministrative che la legge conferisce all'ente locale. Inoltre l'art. 118 non attribuisce direttamente le funzioni ai comuni, ma determina i principi e le regole per l'attribuzione<sup>63</sup>. Difatti, «l'art. 117, co. 2, lett. p), comprende nella competenza legislativa esclusiva dello Stato la determinazione delle sole “funzioni fondamentali” di Comuni, Province e Città metropolitane, mentre l'art. 118, co. 1, attribuisce in via di principio ai Comuni, in tutte le materie, “le funzioni amministrative”», per cui «in virtù dell'art. 118 Cost., sarà sempre la legge, statale o regionale, in relazione al riparto delle competenze legislative, ad operare la concreta allocazione delle funzioni, in conformità alla generale attribuzione costituzionale ai Comuni o in deroga ad essa per esigenze di “esercizio unitario”, a livello sovracomunale, delle funzioni medesime»<sup>64</sup>. Si distingue, quindi, il piano

<sup>63</sup> Cfr. G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, cit., 1259; E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, 442; P. URBANI, *L'allocazione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Cost.*, in *Le Regioni*, 2003, 461. La circostanza che il nuovo art. 118 Cost. preveda il principio di sussidiarietà per ripartire le funzioni amministrative fra i vari livelli di governo, induce a pensare che «il nuovo sistema costituzionale determina, anche una forte riallocazione del potere regolamentare a favore dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane rispetto a quanto accadeva nel sistema precedente» (cfr. F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in C. BOTTARI (a cura di), *La riforma del Titolo V, parte II della Costituzione*, cit., 78).

<sup>64</sup> Così la sent. n. 72/2004, punto 2. *Cons. dir.* (la stessa frase si trova anche nella

della disciplina sostanziale, di competenza della legge, che consiste nella individuazione delle funzioni, dal piano della disciplina organizzativa e procedimentale delle funzioni locali, di competenza del regolamento locale, il quale deve predisporre le strutture e disciplinare le procedure necessarie<sup>65</sup>. Il regolamento dispone di un ambito che la legge può soltanto circoscrivere per mezzo del conferimento delle funzioni<sup>66</sup>.

La distinzione fra disciplina sostanziale e disciplina organizzativa/procedurale postula – talvolta – che all'interno del medesimo atto si distingua fra le disposizioni che cadono sull'uno o sull'altro piano, ma l'interpretazione dovrebbe viceversa risultare agevolata allorquando sia la medesima legge a precisare che le disposizioni regolamentari locali cadono sul solo piano organizzativo/procedurale<sup>67</sup>. Ove mai il regola-

---

sent. 73/2004, punto 2. *Cons. dir.*), nella sent. n. 172/2004 e nella sent. n. 43/2004 (punto 3.2 *Cons. dir.*). Sull'ipotesi secondo cui le funzioni amministrative sarebbero attribuite ai comuni direttamente dall'art. 118, comma 1 Cost. cfr., S. BARTOLE, *Introduzione. L'ordinamento regionale*, in S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI (a cura di), *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Bologna, 2003, 33, che la considera «un'ipotesi di lavoro allettante», ma la respinge per l'esistenza di una legislazione che distribuisce le funzioni fra i vari livelli di governo, legislazione che andrà rivista alla luce del nuovo testo costituzionale, e perché, per assegnare le funzioni ai livelli superiori al comune (sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza) non si potrà fare a meno di individuare a mezzo della legge le funzioni dei comuni.

<sup>65</sup> Si può pensare che l'art. 117 co. 6 Cost. alluda a due diversi tipi di regolamento, uno “di organizzazione”, e l'altro “per lo svolgimento delle funzioni”, ma l'interpretazione preferibile è che l'art. 117 indichi un unico tipo di regolamenti, che servono per organizzare e svolgere le funzioni. Comunque, nessuna delle due ipotesi tocca il rapporto fra regolamento e legge. In dottrina prevale l'idea che il 6° co. dell'art. 117 non si riferisca alla materia dell'organizzazione dell'ente locale, ma più limitatamente all'esercizio delle funzioni assegnate all'ente: G. TARLI BARBIERI, *Appunti sul potere regolamentare delle Regioni*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2002, maggio-agosto, 417 e ss.; M. ALI, *Regolamenti degli enti locali*, in *Enc. dir.*, agg. VI, 2002, 941 ss. che confronta la disposizione costituzionale con l'art. 7 del d.lgs. n. 267/2000.

<sup>66</sup> Cfr. A. DE ROBERTO, *La normativa regolamentare dopo il nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Studi par. e di pol. cost.*, 2002, nn. 136-137, 15. Il punto è affrontato anche dai nuovi statuti regionali: l'art. 36, comma 5 St. Lazio dispone «La legge regionale disciplina le funzioni di Comuni e Province nel rispetto della potestà regolamentare di tali enti, cui è riservata la disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite ai sensi dell'art. 117, 6° comma, della Costituzione».

<sup>67</sup> Come avviene, esemplificando, nel caso della l.r. n. 26/2004 dell'Emilia Romagna in materia di energia, secondo cui gli «enti locali esercitano il potere regolamentare in ordine alla organizzazione ed allo svolgimento delle funzioni ad essi attribuite» (art.

mento disciplina una materia estranea alla competenza dell'ente locale va censurato<sup>68</sup>.

In realtà, il piano sostanziale non si esaurisce nell'individuazione delle funzioni e nel loro conferimento agli enti locali. Al legislatore spetta pur sempre stabilire l'equilibrio degli interessi in gioco, cioè dettare la disciplina propriamente sostanziale della materia, per cui la legge è competente su tutti i profili sostanziali, sia quelli enunciati, vale a dire il conferimento delle funzioni, sia quelli non espressamente enunciati, ossia la disciplina sostanziale della materia. Non di rado sono le medesime leggi che rinviando ai regolamenti locali, altre volte, il regolamento locale viene adottato indipendentemente da un esplicito rinvio legislativo.

### 2.2.1. *(Segue). In particolare: la disciplina organizzativa delle funzioni fondamentali locali*

Riguardo alla disciplina organizzativa e procedurale delle funzioni locali, il novellato testo costituzionale valorizza il ruolo del regolamento locale, che può stabilire le modalità organizzative per lo svolgimento delle funzioni assegnate all'ente locale<sup>69</sup>.

*Rebus sic stantibus*, è d'uopo interrogarsi in ordine alla latitudine applicativa di tale valorizzazione e cioè se assuma — o meno — la forma di una

---

16, co. 6). In quest'ultimo caso, la legge dispone che “i regolamenti locali debbono uniformarsi ad alcuni principi e criteri direttivi, con una previsione che rischia di ledere la riserva a favore dei regolamenti locali relativamente alla disciplina organizzativa/procedurale delle funzioni”.

<sup>68</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 3095/2002 (in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, 1304 ss.) secondo cui le misure disposte dai regolamenti comunali non possono «in alcun modo prevedere limiti generalizzati di esposizione diversi da quelli previsti dallo Stato, né possono di fatto costituire una deroga generalizzata o quasi a tali limiti, essendo invece consentita l'individuazione di specifiche e diverse misure, la cui idoneità al fine della “minimizzazione” emerge dallo svolgimento di compiuti ed approfonditi rilievi istruttori sulla base di risultanze di carattere scientifico»

<sup>69</sup> Cfr. L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2014, che sottolinea l'estensione della potestà regolamentare locale dovuta al passaggio da una competenza su singole materie volta per volta indicate dalla legge, all'ambito dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni. Prima della riforma l'esercizio delle funzioni rientrava nella sfera di applicazione dell'art. 128 Cost. Cfr. E. ROTELLI, *Art. 128, in Commentario della Costituzione*, cit., 1990, 32 ss.

vera e propria riserva costituzionale a favore dei regolamenti locali. Infatti, le diverse letture dell'art. 117, 6° co., hanno delle conseguenze sul rapporto fra la legge e regolamento locale. La tesi che nega l'esistenza della riserva di regolamento, fa sì che il regolamento locale sia una fonte subordinata alla legge e che il rapporto sia regolato dal principio gerarchico<sup>70</sup>. La tesi della riserva di regolamento fa ritenere che il rapporto fra la legge e il regolamento locale sia governato dal criterio di competenza piuttosto che da quello gerarchico, e che sia venuta meno ogni gerarchia fra le leggi e le fonti locali, cosicché statuti e regolamenti di comuni e province sono da considerarsi «fonti primarie dell'ordinamento repubblicano».

Alla luce della distinzione tra piano sostanziale e piano organizzativo, sembra preferibile ritenere che la riserva di competenza esista soltanto su quest'ultimo piano<sup>71</sup>. Difatti, mentre il rapporto dei regolamenti sul piano organizzativo con la legge è regolato dal criterio di competenza, ai regolamenti sul piano sostanziale si applica il principio gerarchico integrato con il principio di competenza<sup>72</sup>. La riserva inibisce alla fonte legislativa di entrare sul piano della disciplina organizzativa delle funzioni locali, ma sulla scia delle riforme che hanno preso avvio con la legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, si è definito un «patrimonio di principi e di regole» che vincolano anche gli enti locali e le regioni<sup>73</sup>, e che costituiscono il parametro di giudizio dei regolamenti locali sul piano organizzativo.

Più in particolare, la riserva determina la “deflagrazione” della categoria dei regolamenti locali: quelli sul piano della disciplina organizzativa

---

<sup>70</sup> Al limite, integrato con il principio della competenza.

<sup>71</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Consolidamento delle riforme amministrative e innovazioni costituzionali: problemi attuativi e di integrazione*, in *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, a cura di G. BERTI, G.C. DE MARTIN, 129 ss..

<sup>72</sup> Sul «progressivo processo di erosione e di marginalizzazione» subito dal criterio di gerarchia per effetto della riforma del Titolo V, vedi F. PIZZETTI, *Attuazione e completamento del Titolo V della Parte II della Costituzione*, in L. CHIEFFI, G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, 73 e ss..

<sup>73</sup> Cfr. G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 484 ss., che sottolinea come sia «possibile individuare un nucleo essenziale di principi e regole che non solo trovano il loro immediato fondamento costituzionale nell'art. 97 della costituzione, in quanto esplicitazione dei principi fondamentali di imparzialità e buon andamento, ma che rappresentano anche il contenuto di altrettanti diritti di cittadinanza nei riguardi dell'agire amministrativo da assicurare in maniera eguale ai sensi dell'art. 3 della costituzione».

delle funzioni trovano una collocazione nel sistema delle fonti diversa da quelli sul piano della disciplina sostanziale, dato che ad essi si applica il criterio della competenza piuttosto che il criterio gerarchico integrato con quello della competenza e comporta conseguenze sia sul versante della legge che sul versante dei regolamenti locali.

Sul versante regolamentare, la conseguenza è che i regolamenti locali possono disciplinare solo le funzioni che la legge conferisce all'ente locale – e anche le cosiddette “funzioni libere”, non assegnate a nessun livello di governo – e, quindi, non possono disciplinare funzioni che siano state assegnate ad altri livelli di governo.

Sul versante legislativo, invece, la conseguenza è l'incostituzionalità della legge che non rispetti la riserva a favore del regolamento, e di conseguenza l'annullamento della medesima. Inoltre, l'art. 117, 6° co, configura una riserva che riguarda solo il profilo organizzativo, mentre per il conferimento delle funzioni rinvia implicitamente alla legge. Comunque occorre ragionare in termini di preferenza di regolamento, piuttosto che di annullamento della legge.

Ciò vuol dire che la competenza a dettare la disciplina organizzativa delle funzioni amministrative spetta al regolamento locale. La legge, statale o regionale, di riforma di una certa materia può però abrogare tale disciplina regolamentare qualora non sia funzionale rispetto alla nuova disciplina sostanziale della materia. A sua volta, l'ente locale può approvare successivamente un altro regolamento destinato a prevalere sulla legge, il quale deve essere anch'esso funzionale alla disciplina sostanziale della materia, ma può applicare principi diversi da quelli che ispirano la disciplina organizzativa della legge<sup>74</sup>.

Ovvero, il regolamento che pone la disciplina organizzativa delle funzioni locali prevale sulla precedente legge che contenga disposizioni del medesimo tipo. Ciò implica la deroga della legge, che peraltro continua ad applicarsi agli enti locali che non abbiano approvato una propria disciplina organizzativa delle funzioni<sup>75</sup>. Questa regola subisce un'eccezione allorquando sussistano esigenze unitarie e la legge disciplini essa stessa

---

<sup>74</sup> Ciò costituisce una differenza rispetto ai regolamenti locali sul piano sostanziale, che sono invece tenuti ad applicare i principi della legge (e sono di conseguenza censurabili in caso di loro violazione).

<sup>75</sup> Sulla cedevolezza applicata al rapporto fra regolamenti regionali e regolamenti degli enti locali cfr. G. ROLLA, *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Le Regioni*, 2002, 711.

le funzioni. In questa ipotesi, la legge subentra e prevale sul regolamento dell'ente locale, il quale non può poi approvare una nuova disciplina organizzativa allo scopo di sostituire quella della legge. In buona sostanza, nella regola prevale il regolamento, nella eccezione prevale la legge. Analogo è il caso in cui il legislatore privilegia determinati interessi sovracomunali, soprattutto in campo sanitario e dei beni culturali, determinando così una limitazione della competenza dei regolamenti locali di disciplina organizzativa delle funzioni<sup>76</sup>.

Esistono altre due eccezioni nelle quali non c'è addirittura spazio per il regolamento di disciplina organizzativa delle funzioni. La prima ipotesi è che si renda necessario spostare le funzioni amministrative verso livelli superiori di governo «per assicurarne l'esercizio unitario»<sup>77</sup>. La seconda ipotesi è che l'intervento legislativo sia imposto dall'esistenza di una riserva di legge<sup>78</sup>.

Quindi vi sono ragioni di opportunità che giustificano l'adozione delle norme cedevoli, le quali permangono anche nel contesto del nuovo Titolo V, che ha riservato ai regolamenti locali la disciplina organizzativa delle funzioni.

Considerando il legame tra i regolamenti di disciplina organizzativa delle funzioni e le funzioni amministrative attribuite agli enti locali, sembra logico ritenere che a ciascuna categoria di funzione amministrativa corrisponde un diverso tipo di regolamenti. Di conseguenza, bisogna distin-

---

<sup>76</sup> Quanto meno nel senso che «tali regolamenti non possono derogare alle norme legislative che prevedono la partecipazione al procedimento di soggetti che rappresentano interessi pubblici diversi da quelli dell'ente in questione», cfr. R. BIN, *L'amministrazione coordinata e integrata*, in *Le Regioni*, 2002, 1011.

<sup>77</sup> Com'è noto, l'art. 118, comma 1, intende stabilire il principio che l'attività di gestione amministrativa si svolge di norma a livello comunale, ma se questo risulta inadeguato all'esercizio di una certa funzione, essa va allocata ad un livello superiore sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza (in concreto, lo spostamento della funzione avviene sulla base del sempreverde criterio dell'interesse: così, R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, cit., 1240).

<sup>78</sup> In questi casi la riserva di legge prevale sulla riserva di regolamento, cfr. F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali*. Secondo la sent. n. 37/2004, punto 5 *Cons. dir.*, in forza della riserva sulle prestazioni patrimoniali imposte (art. 23 Cost.), la legge deve definire l'ambito in cui possono intervenire i regolamenti locali in materia di tributi locali, un ambito che, dice la Corte, deve essere «sempre necessariamente delimitato».

guere le funzioni attribuite<sup>79</sup>, quelle proprie<sup>80</sup>, quelle conferite<sup>81</sup> e quelle fondamentali<sup>82</sup>. Se le funzioni fondamentali coincidessero con le funzioni proprie, avremmo un unico tipo di regolamenti di disciplina organizzativa delle funzioni. Tale tesi non convince perché la lett. p) dell'art. 117, co. 2 e l'art. 118 riposano su piani diversi: mentre la lett. p) nasce dalla necessità di separare la sfera legislativa statale da quella regionale, l'art. 118 mira a distribuire le funzioni amministrative.

Nel primo caso, l'obiettivo è ripartire le competenze legislative fra Stato e regioni relativamente alle funzioni degli enti locali, e a tal fine si fa riferimento alle funzioni fondamentali assegnate dalla legge statale. Nel secondo caso, l'obiettivo è distribuire le funzioni amministrative, e a questo scopo si utilizzano le categorie delle funzioni proprie, conferite, attribuite. Quando si comparano le due disposizioni costituzionali giungendo all'identificazione fra funzioni fondamentali e funzioni proprie, si mettono a confronto dati eterogenei e perciò incomparabili<sup>83</sup>.

Riguardo alla portata dell'art. 117, co. 2, lett. p), occorre verificare se postuli un limite alla riserva di regolamento locale per la disciplina organizzativa delle funzioni, nel senso che i regolamenti locali per le funzioni fondamentali non dispongono di una competenza riservata perché sono vincolati dalla legge statale di definizione delle funzioni fondamentali degli enti locali.

Questa ipotesi presuppone che la legge statale sia libera di disciplinare le funzioni fondamentali senza doversi limitare a conferirle. Invero la riserva di legge statale in materia di funzioni fondamentali supporta la sola individuazione di tali funzioni<sup>84</sup>. La legge statale deve individuare e

<sup>79</sup> Cfr. art. 118, co. 1.

<sup>80</sup> Cfr. art. 118, co. 2.

<sup>81</sup> Cfr. art. 118, co. 2.

<sup>82</sup> Cfr. art. 117, co. 2, lett. p).

<sup>83</sup> La distinzione operata dalla lett. p) fra le funzioni fondamentali e le altre funzioni degli enti locali «non ha nulla a che fare con le (pseudo) distinzioni dell'art. 118. Il criterio di riparto delle potestà legislative è indipendente da ogni altra distinzione tra le funzioni degli enti locali» (cfr. G. FALCON, cit., 396). Che la categoria delle funzioni fondamentali non sia omogenea a quella delle funzioni proprie e conferite è rilevato pure da F.S. MARINI, *Il nuovo Titolo V: l'epilogo delle garanzie costituzionali sull'allocazione delle funzioni amministrative*, cit., 404, il quale ritiene che la legge regionale sia competente per l'allocazione delle funzioni "non fondamentali".

<sup>84</sup> Cfr. A. CORPACI, *La potestà normativa degli enti locali*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, 458; G. FALCON, *Funzioni amministrative ed*

conferire le funzioni fondamentali, ma spetta ai regolamenti locali disciplinarle; e dunque i regolamenti per le funzioni fondamentali non sono diversi, sotto questo profilo, dai regolamenti di disciplina organizzativa delle altre funzioni locali di cui parla il sesto comma dell'art. 117 della Costituzione.

Anche la legge di attuazione della riforma del Titolo V sembra circoscrivere il compito della legge statale alla sola individuazione delle funzioni fondamentali e, quindi, sembra portare ulteriori argomenti a favore del fatto che i relativi regolamenti sul piano organizzativo godono di una riserva di competenza. Ma considerando i principi e i criteri direttivi della delega si scopre però che alcuni di essi consentono al Governo di porre una vera e propria disciplina delle funzioni fondamentali, come è per la necessità di garantire il rispetto del principio di leale collaborazione tra i vari livelli di governo locale nello svolgimento delle funzioni fondamentali<sup>85</sup>. In relazione ai regolamenti relativi alle funzioni non fondamentali – o accessorie –, bisogna dire che nella categoria delle funzioni accessorie confluiscono le funzioni conferite e le funzioni proprie previste dall'art. 118, co. 2 Cost.. Le funzioni conferite sono quelle che, allo scopo di “assicurarne l'esercizio unitario”, la legge può sottrarre ai comuni per assegnarle ai livelli superiori di governo, cioè quelle che passano dai comuni alle province, che pure sono enti locali e quindi dispongono della potestà regolamentare tipica di questi enti.

La distinzione fra funzioni fondamentali e funzioni accessorie si spiega con la necessità, di assicurare una disciplina unitaria delle prime che in ragione della loro rilevanza, devono essere esercitate da tutti gli enti dello stesso livello secondo il principio di eguaglianza; mentre, per le funzioni conferite e per le funzioni proprie il legislatore può decidere di differen-

---

*enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*; secondo P. CARETTI, *Potestà regolamentare e riforma del Titolo V della Costituzione*, le leggi di conferimento delle funzioni amministrative «non dovrebbero avere un contenuto di dettaglio, tale da ridurre *a priori* ogni effettivo margine di autonomo intervento dei regolamenti locali nella disciplina delle funzioni conferite, ma solo una disciplina di principio, riferita soprattutto ai riflessi sui terzi della disciplina di una certa materia».

<sup>85</sup> Art. 2, comma 4, lett. d), la cui «attuazione può pur sempre implicare l'espandersi del ruolo del legislatore delegato, che potrebbe passare dall'individuazione delle funzioni fondamentali alla determinazione di alcuni penetranti aspetti delle stesse modalità di esercizio», cfr. F. PIZZETTI, *Le deleghe relative agli enti locali, in Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, cit., 73.

ziare fra gli enti dello stesso livello in base al principio di adeguatezza<sup>86</sup>.

Dalla distinzione fra funzioni fondamentali e funzioni accessorie non discende una diversa collocazione nel sistema delle fonti dei regolamenti che fanno riferimento all'uno oppure all'altro tipo di funzioni, infatti sia i regolamenti per le funzioni fondamentali che i regolamenti per le funzioni accessorie beneficiano della riserva per la disciplina organizzativa delle funzioni.

Parallelamente, il legislatore aveva definito in via provvisoria e per specifiche finalità le funzioni fondamentali nelle more dell'attuazione del disposto costituzionale: così l'art. 21, comma 3, della legge n. 42/2009, recante delega in materia di federalismo fiscale, che aveva provveduto all'individuazione provvisoria per la determinazione dei fabbisogni e delle spese degli enti locali; e l'art. 14, comma 27, del decreto-legge n. 78/2010, convertito con modificazioni dalla legge n. 122/2010, che aveva definito le stesse funzioni mediante rinvio alla precedente fonte normativa, a fini della gestione associata obbligatoria delle funzioni fondamentali.

La individuazione "a regime" delle funzioni fondamentali dei comuni, in attuazione dell'art. 117, comma secondo, lett. p), Cost., è avvenuta solo con l'art. 19 comma 1, lett. a) del decreto-legge n. 95/2012, convertito in legge n. 135/2012. Le funzioni così individuate comprendono sia quelle strumentali, relative alla gestione e organizzazione degli enti, sia quelle dirette alla comunità territoriale<sup>87</sup>. A tale individuazione è apposta

---

<sup>86</sup> Cfr. R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., 370 sottolinea che per le funzioni fondamentali «vale il principio di eguaglianza tra gli enti dello stesso livello», mentre le funzioni proprie «possono essere "differenziate", in base al principio di adeguatezza, tra gli enti dello stesso livello». Sul concetto di "funzioni fondamentali" cfr. A. D'ATENA, *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del Titolo V*, cit., 309 («sinonimo di funzioni indefettibili o più importanti; ovvero – il che è lo stesso – indefettibili, in quanto più importanti») e G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, cit., 397 (quelle che hanno «un peculiare rapporto con le caratteristiche e la ragione d'essere dell'ente. Le funzioni fondamentali sono quelle che lo caratterizzano come ente di quel determinato tipo, e che ne definiscono l'ambito di azione in termini tali che la sottrazione di ognuno degli ambiti definiti come fondamentali condurrebbe ad un mutamento significativo della fisionomia dell'ente»).

<sup>87</sup> In particolare, sono funzioni fondamentali dei comuni:

- a) organizzazione generale dell'amministrazione, gestione finanziaria e contabile e controllo;
- b) organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale;

una specifica clausola di salvezza delle funzioni di programmazione e di coordinamento delle regioni per le materie di legislazione concorrente e residuale e delle funzioni esercitate ai sensi dell'articolo 118 della Costituzione. Per quanto riguarda il conferimento di funzioni, la legge di riforma di province e città metropolitane, legge 7 aprile 2014, n. 56, c.d. legge "Delrio", oltre ad individuare per tali enti locali l'elenco delle funzioni fondamentali, ha stabilito una riassegnazione delle funzioni non fondamentali delle province in capo agli altri enti territoriali<sup>88</sup>.

In attuazione dell'art. 117, comma secondo, lett. p), Cost., l'art. 19 comma 1, lett. a) del decreto-legge n. 95/2012, convertito in legge n. 135/2012, ha provveduto alla individuazione delle funzioni fondamentali dei comuni. In definitiva, essendo le funzioni attribuite speculari a quelle conferite, i regolamenti che disciplinano le funzioni fondamentali e quelli che regolano le funzioni accessorie beneficiano della medesima riserva di competenza per la disciplina organizzativa di tali funzioni<sup>89</sup>.

- c) catasto, ad eccezione delle funzioni mantenute allo Stato dalla normativa vigente;
  - d) la pianificazione urbanistica ed edilizia di ambito comunale nonché la partecipazione alla pianificazione territoriale di livello sovracomunale;
  - e) attività, in ambito comunale, di pianificazione di protezione civile e di coordinamento dei primi soccorsi;
  - f) l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi;
  - g) progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali ed erogazione delle relative prestazioni ai cittadini;
  - h) edilizia scolastica per la parte non attribuita alla competenza delle province, organizzazione e gestione dei servizi scolastici;
  - i) polizia municipale e polizia amministrativa locale;
  - l) tenuta dei registri di stato civile e di popolazione e compiti in materia di servizi anagrafici nonché in materia di servizi elettorali, nell'esercizio delle funzioni di competenza statale;
- l-bis) i servizi in materia statistica.

<sup>88</sup> In fase attuativa, è stato sancito un accordo nella seduta della Conferenza unificata dell'11 settembre 2014, in base al quale Stato e Regioni devono valutare quali funzioni già esercitate dalle province siano da conferire alle città metropolitane, al fine di valorizzare tale livello quale elemento di innovazione istituzionale. Le residue funzioni sono conferite a livello comunale, definendo se debbono essere esercitate in forma singola o associata, ovvero, per quelle che richiedono un esercizio unitario, a livello regionale.

<sup>89</sup> Cfr. M. MASSA, *L'esercizio associato delle funzioni e dei servizi dei piccoli comuni. Profili costituzionali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 9 marzo 2012; F. PIZZETTI, A. RUGHETTI (a cura di), *Il nuovo sistema degli enti territoriali dopo le recenti riforme*, Santarcangelo di Romagna,

### 3. *Le antinomie tra regolamenti delle autonomie locali e legge statale*

Per quel che concerne il rapporto tra legge e regolamenti locali, prima della riforma la legge non poteva andare oltre la fissazione dei principi fondamentali ai sensi dell'art. 128 della Cost.<sup>90</sup>, perché sarebbe stata illegittima la legge che avesse compresso l'autonomia degli enti locali. In realtà, le dichiarazioni di illegittimità sulla base dell'art. 128 riguardavano soprattutto leggi regionali<sup>91</sup>. Ma il controllo di costituzionalità con il previgente Titolo V non risultava molto penetrante perché l'art. 128 non tutelava direttamente la potestà regolamentare degli enti locali, ed anche il rimando all'art. 5 della Cost., non mutava i termini della questione<sup>92</sup>.

Il rapporto con la legge regionale era caratterizzato dalla interferenza fra gerarchia e competenza, cioè la legge regionale non poteva sottrarre agli enti locali funzioni ad essi attribuite con legge statale e, perciò, gli enti locali disponevano di una "competenza riservata" nella disciplina di tali funzioni. Infatti, con la sentenza n. 319/1983 la Corte costituzionale ha statuito come «da disposizione contenuta nell'art. 128 Cost. indub-

---

2012; V. TONDI DELLA MURA, *La riforma delle unioni di comuni fra "ingegneria" e "approssimazione" istituzionali*, in *www.federalismi.it*, 2/2012; A.M. POGGI, *Unione e fusione di comuni*, in F. FABRIZZI, G.M. SALERNO (a cura di), *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, Napoli, 2014, 101 ss.; L. VANDELLI (a cura di), *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni*, Santarcangelo di Romagna, 2014; C. PINELLI, *Gli enti di area vasta nella riforma del governo locale di livello intermedio*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3/2015, 559 ss.; R. DI MARIA, C. NAPOLI, A. PERTICI, *Diritto delle autonomie locali*, Torino, 2019, 44 ss.; F. STADERINI, P. CARETTI, P. MILAZZO, *Diritto degli enti locali*, Padova, 2019, 113 ss.

<sup>90</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *La legge regionale nel sistema delle fonti*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1960, 269 nota 9. La dottrina sottolineava che le leggi generali ai sensi dell'art. 128 Cost. «sono vincolate al rispetto del principio di autonomia, e perciò dovranno attribuire ai Comuni e alle Province una potestà regolamentare in tutte le materie che, sotto il profilo della opportunità o della tradizione, possano essere attribuite a questi enti territoriali».

<sup>91</sup> Cfr. Corte Costituzionale, Sent. n. 157/1990, punto 3. *Cons. dir.* Per un'impostazione analoga cfr. sentt. n. 61/1994 e n. 212/1991 secondo cui dall'art. 3 della legge n. 142 del 1990, «non può trarsi l'attribuzione alla Regione del potere di disporre del contenuto e dell'estensione delle funzioni dei Comuni, per di più senza tenere conto del modo in cui esse si atteggiavano nella legislazione statale già vigente» (punto 4. *Cons. dir.*). Naturalmente, non mancano le sentenze di rigetto relative a leggi regionali: cfr., per es., sent. n. 204/1995.

<sup>92</sup> Significativamente la sent. n. 131/1985, nel considerare la violazione delle competenze comunali, rileva che «l'art. 5 Cost. afferma soltanto il carattere tendenziale del decentramento» (punto 3. *Cons. dir.*).

biamente sottrae al potere legislativo delle Regioni a statuto ordinario la disciplina della organizzazione degli enti territoriali, che rimane affidata esclusivamente al potere legislativo statale»<sup>93</sup>, quindi la Corte considera che l'autonomia degli enti locali debba essere intesa come «potere di indirizzo politico-amministrativo, il che esclude in principio ogni possibilità di ingerenza da parte di altri enti (quali lo Stato, le Regioni etc.) in ordine alle valutazioni discrezionali compiute dagli organi degli enti dotati di autonomia nell'esercizio concreto delle loro attribuzioni»<sup>94</sup>.

La dottrina propugnava un rapporto fra legge statale e regolamenti degli enti locali che non fosse governato dalla sola gerarchia<sup>95</sup>, e un'autonomia dei Comuni che fosse rimessa a «leggi generali organizzative» che ponevano principi a cui facevano riscontro disposizioni di dettaglio dei regolamenti locali<sup>96</sup>. Di qui l'esistenza di una «riserva di autonomia regolamentare nei confronti della stessa legge», quindi le fonti di autonomia appaiono dotate di propria competenza, però sulle stesse materie, sussiste una competenza – circoscritta a determinati contenuti – della fonte statale.

Quindi, «la gerarchia, almeno potenziale, non è, completamente eliminata e sostituita dalla separazione di competenza». I regolamenti locali continuano a essere fonti secondarie, ma, in forza del principio autonomistico fissato dagli artt. 5 e 128 della Cost., la legge non può «comprimere incondizionatamente la competenza normativa degli enti locali»<sup>97</sup>. Signi-

<sup>93</sup> Punto 6. “Cons. dir.”.

<sup>94</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sent. n. 77/1997, punto 7. “Cons. dir.”.

<sup>95</sup> Cfr. T. GROPPI, *Autonomia costituzionale e potestà regolamentare degli enti locali*, cit., 151, che richiama la formula della “gerarchia delle competenze” coniata da G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, vol. I. Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1990. Ma, non tutti condividevano l'idea che il rapporto fra legge statale e regolamenti locali fosse caratterizzato dalla compresenza di gerarchia e competenza. Una parte della dottrina sottolineava piuttosto la natura di fonti secondarie dei regolamenti locali e quindi riteneva che il rapporto fosse regolato dal solo principio gerarchico: R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. LUDICA, P. LATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993.

<sup>96</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, cit., il quale parla di «leggi generali organizzative (“che ne determinano le funzioni”», alle quali spetta porre i “principi”, nel cui “ambito” sussiste l'autonomia comunale e provinciale e che non potrebbero, pertanto, sostituire le proprie disposizioni più particolari a quelle emesse dai regolamenti fondatisi sopra tale autonomia».

<sup>97</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Art. 128 Supplemento*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 96. In altri termini, i regolamenti locali non sono meramente esecutivi della legge formale. Una parte della dottrina arrivava a sostenere che i regolamenti comunali, «benché tradi-

ficativa è – poi – la riforma dell'ordinamento degli enti locali del 1990, in forza della quale i regolamenti locali sono vincolati soltanto ai principi della legge<sup>98</sup>. Modifica che, secondo una certa lettura, implicherebbe addirittura un ripensamento della collocazione dei regolamenti locali nel sistema delle fonti: «i regolamenti locali sono considerati espressione di un ambito di riservata autonomia *ex art. 128 Cost.*» e assimilati «fonti normative atipiche, in certo qual modo intermedie tra le fonti di carattere subprimario e quelle di carattere secondario»<sup>99</sup>. Altri hanno sostenuto che i regolamenti locali restano fonti secondarie, ma ad essi, per effetto della riforma legislativa, si applica il principio della competenza piuttosto che quello della gerarchia<sup>100</sup>.

La giurisprudenza amministrativa successiva alla riforma del Titolo V descrive il rapporto fra legge e regolamento sul piano sostanziale in termini gerarchici. Secondo il Consiglio di Stato «nel caso di conflitto tra la fonte primaria statale e l'atto di normazione secondaria comunale, che disciplinano successivamente la medesima fattispecie in maniera contrastante con la prima, quest'ultima deve considerarsi recessiva»<sup>101</sup>. Sembra allora che si possa applicare il sesto comma dell'art. 117 della Costituzione anche al piano sostanziale in funzione di tutela della potestà regolamentare locale. E dunque la legge deve limitarsi a porre i principi della disciplina sostanziale, lasciando al regolamento la determinazione delle norme di dettaglio<sup>102</sup>.

---

zionalmente classificati fra le fonti secondarie, sono in realtà fonti atipiche, intermedie fra le fonti primarie e quelle secondarie» (M.S. GIANNINI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Roma, 1984; anche *Autonomia*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 359, dove i regolamenti comunali vengono classificati fra le fonti “subprimarie”), e un'altra che i regolamenti locali costituiscono, «fonti normative paritarie» rispetto alle fonti statali (A. PIRAINO, *Le autonomie locali nel sistema della Repubblica*, Torino, 1998).

<sup>98</sup> Disposizione che è stata modificata dalla legge n. 265/1999 ed è poi confluita nell'art. 7 del d.lgs. n. 267/2000, Tuel.

<sup>99</sup> Cfr. E. DE MARCO, *Comune*, in *Enc. Dir.*, agg. IV, 2000, 268.

<sup>100</sup> Cfr. M. PICCHI, C. PIERINI, D. TICCI, *Un modello di legge regionale di allocazione delle funzioni. Potestà normativa regionale e autonomia regolamentare di Comuni e Province*, in M. CARLI (a cura di), *Il ruolo delle assemblee elettive*, vol. III, *I rapporti tra regione, enti locali e società civile nei nuovi statuti regionali*, Torino, 2001.

<sup>101</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 5972/2002. Anche Tar Lazio, sez. Latina, sent. n. 1000/2002, secondo cui la legge «è (evidentemente) di grado superiore al regolamento comunale».

<sup>102</sup> Cfr. R. BALDUZZI, *Le autonomie locali dopo la revisione costituzionale del Titolo V*, cit., 313; M. CARLIN, *Il nuovo regolamento edilizio*, Milano, 2013, *passim*.

Di recente la Corte di cassazione, al riguardo, con l'ordinanza 24 ottobre 2023, n. 29427, indagando in primo luogo proprio la legittimità di un regolamento comunale per la gestione dei rifiuti urbani, sotto l'aspetto della fissazione del comportamento sanzionato e della determinazione della sanzione, propone un'approfondita ricostruzione delle fonti<sup>103</sup>. Gli Ermellini, difatti, statuiscono come questa Corte “con orientamento consolidato, al quale il Collegio intende dare continuità, ha affermato che: «L'art. 1 l. n. 689 del 1981, avendo recepito anche per le sanzioni amministrative il principio di legalità, impedisce che sanzioni siffatte possano essere direttamente comminate da disposizioni contenute in fonti normative subordinate, quale un regolamento comunale o un'ordinanza del Sindaco»<sup>104</sup>.

La conseguenza è che i rapporti sul piano sostanziale fra le due fonti, sono regolati dal criterio di gerarchia integrato con il criterio della competenza, analogamente a quanto si riteneva accadesse prima della riforma del Titolo V della Costituzione<sup>105</sup>. A seguito della riforma non sembra plausibile ravvisare un contrasto fra la legge e la Costituzione nel caso in cui la legge contenga anche norme di dettaglio, atteso che manca un

---

<sup>103</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sez. II, ord. n. 29427 del 24 ottobre 2023, che statuisce – altresì – come deve «richiamarsi in proposito il costante insegnamento di questa Corte secondo cui il principio di tipicità e di riserva di legge (...) impedisce che (...) siano introdotti direttamente da fonti normative secondarie, senza tuttavia escludere che i precetti della legge, sufficientemente individuati, siano eterointegrati da norme regolamentari, in virtù della particolare tecnicità della dimensione in cui le fonti secondarie sono destinate ad operare. In altri termini il rispetto del principio di tipicità e legalità (...) comporta che (...) non possono essere introdotti direttamente da fonti normative secondarie, pur ammettendosi che i precetti della legge, se sufficientemente individuati, possano essere integrati da norme regolamentari, in virtù della particolare tecnicità della dimensione in cui le fonti secondarie sono destinate ad operare (Sez. 2, n. 7371/2009). La copertura legislativa dell'atto impugnato non può essere rinvenuta negli artt. 7 e 7-bis del d.lgs. n. 267 del 2000. Infatti, l'art. 7 del d.lgs. n. 267 del 2000 prevede che il comune e la provincia adottano regolamenti nelle materie di propria competenza nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dello statuto. Inoltre, l'art. 7-bis d.lgs. n. 267 del 2000, (...), prevede (...) “salvo diversa disposizione di legge”, per le violazioni delle disposizioni dei regolamenti comunali e provinciali».

<sup>104</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, sent. n. 12367 del 6 novembre 1999.

<sup>105</sup> Cfr. R. Tosi, *Sui rapporti tra fonti regionali e fonti locali*, cit., 963 che parla di «combinato operare dei due criteri di gerarchia e di competenza». Prima della riforma del Titolo V, una lettura nel senso dell'integrazione del principio gerarchico con quello della competenza veniva suggerita da V. CRISAFULLI, *La legge regionale nel sistema delle fonti*, cit., 432.

preciso riferimento costituzionale per i regolamenti sul piano sostanziale. Si potrebbe applicare l'art. 117, 6° co. e l'art. 114, 2° co.<sup>106</sup> che dovrebbe assolvere a un compito analogo all'abrogato art. 128, ma sulla base del solo principio di autonomia ben difficilmente si giungerà a una pronuncia di incostituzionalità delle disposizioni di dettaglio della legge.

Concludendo, in forza del “principio di autonomia” il regolamento può derogare le previsioni di dettaglio della legge, e i rapporti fra i regolamenti locali e la Costituzione vanno tuttora inquadrati alla luce del solo principio gerarchico.

### 3.1. (Segue). *Le antinomie tra regolamenti delle autonomie locali e regolamenti statali*

Prima della riforma del Titolo V della Costituzione, la giurisprudenza amministrativa riteneva che i regolamenti statali potessero abrogare i regolamenti locali<sup>107</sup>, mentre, la dottrina prevalente sosteneva che i regolamenti statali dovessero rispettare l'ambito di competenza dei regolamenti locali<sup>108</sup>. Alcuni autori configuravano il rapporto in termini gerarchici, in maniera simile a quanto sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> Il nuovo art. 114 Cost. comporta «il riconoscimento di un nucleo minimo e insopprimibile di competenze che province e comuni devono poter esercitare, senza necessità di un'apposita previsione legislativa, unicamente entro i limiti fissati dalla Costituzione» (L. DE LUCIA, *Le funzioni di province e comuni nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 28).

<sup>107</sup> Sulla prevalenza accordata dalla giurisprudenza amministrativa di primo grado ai regolamenti statali rispetto ai regolamenti locali cfr. C. MAVIGLIA, *L'atto normativo nella giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987.

<sup>108</sup> La tesi che qualifica il regolamento locale come una fonte secondaria rispetto alle fonti primarie, ma non rispetto ai regolamenti statali e regionali i cui rapporti con il regolamento locale sono regolati dal principio di competenza, è di A. PIZZORUSSO, *Art. 128 Supplemento*, cit., 58; ID., *Le fonti del diritto e l'ordinamento degli enti locali*, in *Rass. parl.*, 1994. A favore della derogabilità dei regolamenti statali e regionali da parte di quelli locali cfr. G. GUARINO, *Osservazioni sulla potestà regolamentare*, in *Bass. dir. pubbl.*, 1948, 82 ss.

<sup>109</sup> Cfr. A. CONTENTI, *Il potere normativo del comune e degli altri enti territoriali minori*, Firenze, 1985, secondo cui «l'assoggettamento della potestà normativa» degli enti locali ai regolamenti statali «deriva non tanto da un rapporto di sopraordinazione gerarchica quanto dalla circostanza che la Costituzione, nel mentre ha garantito ad essi una personalità ed un'autonomia funzionale, ha demandato alla legge ordinaria la determinazione

La riforma cambia lo scenario: i regolamenti statali e regionali non possono porre la disciplina organizzativa delle funzioni che la Costituzione riserva al regolamento locale. Non sussiste una relazione gerarchica fra regolamenti statali/regionali e regolamenti locali, e per effetto del sesto comma dell'art. 117 i rapporti fra i regolamenti dei vari livelli di governo sul piano della disciplina organizzativa delle funzioni sono regolati piuttosto dal principio di competenza. Quindi, nel caso in cui la legge tace rispetto alla sfera di competenza del regolamento locale di disciplina organizzativa/procedurale delle funzioni, e il regolamento, statale o regionale, viola tale sfera di competenza, tale regolamento è illegittimo per diretta violazione del sesto comma dell'art. 117.

Se la legge autorizza il regolamento, statale o regionale, a violare la sfera di competenza organizzativa e procedurale del regolamento locale, la legge deve essere giudicata incostituzionale per contrasto con l'art. 117, sesto comma. Se la legge tutela la sfera di competenza del regolamento locale di disciplina organizzativa delle funzioni, qualora il regolamento, statale o regionale, viola tale sfera di competenza, il regolamento sarebbe illegittimo per violazione della legge, e dunque il parametro è costituito dal principio di legalità.

Invece, per i regolamenti sul piano sostanziale la Costituzione non prevede una riserva di competenza, per cui restano valide le conclusioni antecedenti la riforma. In concreto ciò vuol dire che un ruolo importante spetta alla legge, che potrebbe attribuire competenze concorrenti<sup>110</sup>, e accordare una prevalenza al regolamento locale riservandogli un oggetto da disciplinare.

#### 4. *Potere regolamentare locale e autonomia statutaria*

La collocazione dello statuto locale nel sistema delle fonti ha dato vita a varie tesi. Una prima tesi sosteneva che lo statuto locale costituisse una

---

dei controlli amministrativi che li pone, malgrado tale autonomia, in una posizione di qualche dipendenza rispetto a certi altri organi dello Stato e della Regione». Per una critica a questa impostazione cfr. U. DE SIERVO, *Statuti e regolamenti, nuove fonti normative di comuni e province*, cit., 398 ss.

<sup>110</sup> Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 363. Per l'opinione che i regolamenti statali «non possano vincolare i regolamenti comunali e provinciali se non in forza di un apposito disposto legislativo ad hoc» cfr. V. ANGIOLINI, *Regolamenti degli enti locali*, in *Enc. giur.*, XXVI, 1995, 11.

fonte secondaria, ma che gerarchia e competenza concorressero a regolare il suo rapporto con la legge statale<sup>111</sup>. Alla secondarietà dello statuto faceva riscontro la qualifica di fonte terziaria per il regolamento. Secondo una diversa opinione regolamento e statuto costituivano entrambe fonti secondarie rispetto alla legge<sup>112</sup>, ma allo stesso tempo, i rapporti fra statuto e regolamento erano di tipo gerarchico, o anche, in parte, regolati dal principio della competenza. Altri ancora vedevano nello statuto una fonte subprimaria rispetto alla quale il regolamento locale si trovava in rapporto di subordinazione gerarchica<sup>113</sup>. Contemporaneamente, secondo alcuni autori che sostenevano questa opinione, il regolamento locale disponeva nel sistema delle fonti di una sfera di competenza garantita.

Dopo la riforma del Titolo V, il nuovo art. 114 della Costituzione riconosce l'autonomia statutaria degli enti locali senza far cenno agli aspetti connessi – ambito di competenza, organo deliberante e procedimento di approvazione –, per il resto implicitamente rimandando alla legge e, quindi, anche per definire l'ambito d'azione dello statuto<sup>114</sup>. Si potrebbe cioè pensare che la Costituzione abbia sottratto alla legge statale il potere di sopprimere la potestà statutaria degli enti locali, ma che la legge conservi il potere di modulare l'estensione di tale potestà: il che, peraltro, non significa che possa svuotare lo statuto di ogni competenza, pena la violazione

<sup>111</sup> Cfr. C. FUSARO, F. ROVERSI MONACO, *Lo statuto nel sistema delle fonti*, in AA.VV., *Gli statuti comunali*, Gorle, 1990. In quanto fonte subordinata alle leggi di principio, lo statuto può derogare a norme legislative di dettaglio (R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 110 e ss.; fonte subordinata alla legge ma non secondaria per F. FENUCCI, *I regolamenti di autonomia locale*, Milano, 2005, 171 e ss.); inoltre dispone di una competenza normativa riservata che – a pena di invalidità – non può essere invasa dai regolamenti dell'esecutivo, cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 31.

<sup>112</sup> La piena equiparazione rispetto alla legge di statuti e regolamenti resta anche dopo la riforma del 1999 (legge 265), che ad entrambe le fonti impone il limite dei principi fissati dalla legge. Cfr. L. VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali*, cit., 44.

<sup>113</sup> Cfr. A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, secondo cui lo statuto avrebbe «un rango primario o comunque “atipico” nel sistema delle fonti». Sullo statuto come fonte di natura “paralegislativa” cfr. F. CLEMENTI, A. PIRAINO, *Contenuti e limiti di un dovere*, in AA.VV., *Gli statuti comunali. Guida per la formazione*, cit., 91 e ss.

<sup>114</sup> Si è parlato di schizofrenia del testo costituzionale, visto che proclama «con solennità enfatica l'autonomia statutaria locale, salvo poi dimenticarsi di darle la benché minima sostanza, privilegiando invece la potestà regolamentare, che per sua natura è subordinata a leggi, prive di qualsiasi limite di contenuto ed analiticità». Cfr. E. BALBONI, *Gli scenari incerti dell'autonomia normativa locale in una disposizione di difficile interpretazione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2002, 2 ss.

dei principi di autonomia e decentramento<sup>115</sup>. Va in questa direzione la previsione della legge n. 131/2003 secondo la quale lo statuto deve rispettare la legge statale che ai sensi dell'art. 117, secondo comma lett. p) della Costituzione disciplina la legislazione elettorale, gli organi di governo e le funzioni fondamentali degli enti locali. La conseguenza di questa interpretazione è che nell'ambito del sistema generale delle fonti sia lo statuto che il regolamento si trovano in posizione subordinata rispetto alla legge<sup>116</sup>. Ma tale interpretazione trascura l'esistenza della riserva di competenza a favore dei regolamenti sul piano organizzativo delle funzioni.

Secondo una diversa interpretazione, ora che lo statuto trova fondamento in Costituzione, il preesistente rapporto gerarchico con la legge viene sostituito da un rapporto di separazione di competenza. Lo statuto degli enti locali si configura come «atto con funzione di disciplina primaria, in posizione di immediata subordinazione alla Costituzione»<sup>117</sup>. Tale interpretazione solleva la questione di quale sia il rapporto tra lo statuto locale e il regolamento. Se non si ritiene di classificare entrambe le fonti locali al livello primario, l'interpretazione che configura lo statuto come una fonte primaria esige – necessariamente – la natura secondaria del regolamento rispetto allo statuto. Il rapporto fra statuto e regolamento va configurato in termini gerarchici<sup>118</sup>, assumendo che lo statuto pone i

---

<sup>115</sup> Si ritiene che per effetto dell'art. 114 Cost. il legislatore incontri due limiti di fronte agli statuti locali: non può disporre e non può predeterminarne i contenuti. Cfr. W. NOCITO, *Le fonti locali: statuti e regolamenti*, in AA.VV., *Diritto regionale e degli enti locali*, cit., 87.

<sup>116</sup> Cfr. M. DE CANDIA, *L'autonomia normativa dell'ente locale alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in TAR, 2003, 11, 449 ss.

<sup>117</sup> Cfr. A. CORPACI, *Gli organi di governo e l'autonomia organizzativa degli enti locali. Il rilievo della fonte statutaria*, in *Le Regioni*, 2002, 1033, il quale coerentemente affaccia l'ipotesi che debba essere la Corte costituzionale a conoscere dei vizi di legittimità dello statuto (atto di «natura prevalentemente primaria»). Secondo una diversa lettura lo statuto degli enti locali è una fonte atipica di grado subprimario perché, in forza del principio della competenza, è subordinata alle norme di principio della legge in materia di organizzazione ma non alle altre fonti primarie statali e regionali, cfr. G. ROLLA, *Diritto regionale e degli enti locali*, cit.; anche A. RUGGERI, *Il «regionalismo della transizione» e la teoria della Costituzione*, in L. MEZZETTI (a cura di), *La Costituzione delle autonomie*, Napoli, 2004, 34 e ss.

<sup>118</sup> V. Consiglio di Stato, sez. V, sentt. n. 147 e n. 148/2005; in dottrina v. F. PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2023. *Contra* cfr. A. PIRAINO, *Il significato comunicativo della funzione normativa locale*, in L. CHIEFFI, G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Regioni ed Enti Locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: fra attuazione e ipotesi di ulteriore revisione*, Torino, 2004, 333, secondo cui

principi di organizzazione dell'ente che il regolamento deve eseguire. *E converso*, se qualsiasi regolamento successivo potesse liberamente contraddire le determinazioni statutarie, verrebbe meno la stessa funzione dello statuto nel sistema normativo locale, consistente nello stabilire le regole generali dell'ente<sup>119</sup>.

La posizione nel sistema delle fonti del regolamento locale che disciplina il piano organizzativo delle funzioni locali, per un verso dispone di una riserva di competenza nei confronti della legge, per un altro è subordinato allo statuto dell'ente. Mentre in passato ogni disposizione di legge costituiva limite invalicabile all'attività statutaria, diversamente nella vigente disciplina lo statuto può derogare alle disposizioni di legge che non contengano principi inderogabili<sup>120</sup>.

Lo statuto è, infatti, vincolato unicamente al rispetto dei principi, delineandosi il rapporto tra legge e statuto non soltanto in termini di gerarchia, ma anche e soprattutto in termini di competenza, o di gerarchia limitatamente ai principi. Del pari, lo statuto si deve qualificare non più come disciplina di

---

statuto e regolamento costituiscono «ambiti paritari in cui ad ognuno dei due strumenti normativi è riservata una sfera esclusiva di competenza secondo la regola fondamentale che allo statuto appartengono i fatti strutturali ed al regolamento quelli funzionali».

<sup>119</sup> Inoltre, il grado di eccentricità del sistema sarebbe davvero troppo alto: la Costituzione avrebbe elevato fino al livello primario le due fonti degli enti locali, ma si sarebbe dimenticata di consentire a tali enti di accedere alla Corte costituzionale, che ai sensi dell'art. 134 Cost. giudica sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge, per veder tutelata tale primaria sfera di competenza normativa.

<sup>120</sup> Il sistema delle autonomie locali nell'assetto previsto dalla Costituzione del 1948 rimetteva alla competenza esclusiva dello Stato la disciplina dell'ordinamento dei Comuni e delle Province e la definizione delle loro funzioni: in particolare, l'art. 118 Cost. assegnava alle leggi della Repubblica il compito di individuare, nelle materie di competenza delle Regioni, funzioni amministrative di interesse esclusivamente locale da attribuire alle Province, ai Comuni o ad altri enti locali, e l'art. 128 Cost. definiva le Province ed i Comuni enti autonomi nell'ambito dei principi fissati da leggi generali della Repubblica, che ne determinano le funzioni, fornendo la base costituzionale al riconoscimento della competenza esclusiva della legge statale in materia. Ed anche l'ambito di competenza delle leggi regionali in ordine all'ordinamento dei Comuni era assai limitato, in quanto circoscritto alle materie delle circoscrizioni comunali (art. 117 Cost.), della istituzione di nuovi Comuni e della modifica delle loro circoscrizioni e denominazioni (art. 133 Cost.). La legge n. 142 del 1990 costituì una tappa importante nella ridefinizione del ruolo di detti enti e del loro rapporto istituzionale con lo Stato e le Regioni, secondo un'impostazione tendente ad attribuire agli stessi una effettiva autonomia politica, amministrativa e organizzativa.

attuazione bensì, di integrazione ed adattamento dell'autonomia locale ai principi inderogabili fissati dalla legge. Tale rapporto tra fonti normative statali e locali risulta ancor più marcatamente influenzato dalla modifica del Titolo V<sup>121</sup>, parte II, Cost., sia in forza della delimitazione a settori specificamente e tassativamente determinati negli ambiti di intervento della legge statale *ex art.* 117, co. 2, lett. p) Cost., sia per effetto dell'esplicito riconoscimento costituzionale delle potestà statutarie e regolamentari dei Comuni<sup>122</sup>.

Le sezioni unite con la sentenza 16 giugno 2005, n. 12868 hanno stabilito che la disciplina dell'autorizzazione a stare in giudizio deve essere fissata in sede statutaria<sup>123</sup>. Ricostruzione ribadita sempre dalle sezioni unite con la sentenza 21 agosto 2009, n. 18567, che conferma l'orientamento per il quale nel nuovo quadro delle autonomie locali, ai fini della rappresentanza in giudizio del comune, l'autorizzazione alla lite da parte della giunta comunale non costituisce più, in linea generale, atto necessario ai fini della proposizione o della resistenza all'azione, salva restando la possibilità per lo statuto comunale, competente a stabilire i modi di esercizio della rappresentanza legale dell'ente anche in giudizio, di prevedere l'autorizzazione della giunta, ovvero di richiedere una preventiva determinazione del competente dirigente ovvero, ancora, di postulare l'uno o l'altro intervento in relazione alla natura o all'oggetto della controversia<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Il processo di riforma avviato con la legge n. 142 del 1990, proseguito con la adozione del testo unico di cui al d.lgs. n. 267 del 2000 e successivamente approdato alla modifica del Titolo V della parte II della Costituzione ed alla successiva legge n. 131 del 2003, di adeguamento dell'ordinamento della Repubblica al nuovo assetto costituzionale, ha prodotto una significativa modifica della struttura e dei poteri degli enti territoriali, secondo una prospettiva volta a consentire a ciascun ente di dotarsi di una struttura organizzativa adeguata alla propria specificità ed ispirata a criteri di economicità, efficienza ed efficacia.

<sup>122</sup> Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 27 settembre 2004, n. 6317; Tar Calabria, 7 dicembre 2007, n. 1959; Tar Calabria, 16 maggio 2008, n. 492; Tar Calabria, 16 maggio 2008, n. 493; Tar Veneto sent. 15 gennaio 2008, n. 62; Tar Veneto sent. 21 marzo 2008, n. 754; Tar Veneto sent. 5 maggio 2008, n. 1240; Tar Veneto sent. 31 luglio 2008, n. 2164; Tar Veneto sent. 6 agosto 2008, n. 2301; Tar Veneto sent. 6 agosto 2008, n. 2305; Consiglio di Stato, sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2571; Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6230; Tar Lazio, Roma, 24 luglio 2014, n. 8166; così anche Tar Lazio 14 gennaio 2019, 139; Tar Sicilia, Palermo 18 maggio 2017, n. 1374 e CGA, 9 febbraio 2019, n. 43.

<sup>123</sup> Cfr. C. CORSI, M. ROSINI, *Le fonti degli enti locali attraverso la lente della giurisprudenza (2007-2012)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2012, *passim*; E. RAFFIOTTA, *Problemi in tema di potestà normativa degli enti locali*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2007, 256 ss.

<sup>124</sup> Vedi C. MAINARDIS, *Le fonti degli enti locali tra dottrina e giurisprudenza (a quasi un decennio dalla riforma del titolo V)*, in R. BIN, L. COEN (a cura di), *Il sistema delle autonomie locali tra effi-*

La giurisprudenza in merito alla delimitazione del rapporto tra previsioni di legge e prescrizioni dei regolamenti locali è interessante<sup>125</sup>. In particolare ribadisce l'illegittimità dei regolamenti comunali le cui disposizioni siano indirizzate alla tutela della salute della popolazione e ad escludere vaste zone dall'installazione di impianti di telefonia mobile, in quanto il potere regolamentare dei comuni non può impedire o ostacolare l'insediamento di detti impianti<sup>126</sup>.

La potestà regolamentare – esemplificando – può tradursi nell'introduzione, sotto il profilo urbanistico, di regole a tutela di zone e beni di particolare pregio paesaggistico-ambientale o storico-artistico, ovvero, per quanto riguarda la minimizzazione dell'esposizione ai campi elettromagnetici, nell'individuazione di siti che per destinazione d'uso e qualità degli utenti possano essere considerati sensibili alle immissioni radioelettriche.

Per contro, ai Comuni non è consentito introdurre limitazioni e divieti generalizzati riferiti alle zone territoriali omogenee, né distanze fisse, da osservare rispetto alle abitazioni e ai luoghi destinati alla permanenza prolungata delle persone o al centro cittadino, quando tale potere sia rivolto a disciplinare la compatibilità dei detti impianti con la tutela della salute umana al fine di prevenire i rischi derivanti dall'esposizione della popolazione a campi elettromagnetici, anziché a controllare soltanto il rispetto dei limiti delle radiofrequenze fissati dalla normativa statale e a disciplinare profili tipicamente urbanistici.

##### 5. *Governo locale ed emergenza pandemica*

Allorquando ci si appropinqua ad esaminare il rapporto tra competenze locali e statali durante le emergenze sanitarie occorre tenere in debi-

---

*cienza amministrativa e rappresentanza della comunità*, Padova, 2010, 67. Cfr. Corte di Cassazione civ., sez. trib. 06 novembre 2009, n. 23562; Cass. civ., sez. trib., 12 gennaio 2010, n. 302.

<sup>125</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 20 giugno 2013, n. 15493; Cass. civ., sez. trib., 09 aprile 2014, n. 8319; Cass. civ., sez. III, 12 maggio 2015, n. 9567. Vedi anche Cass. civ., sez. lav., 20 gennaio 2015, n. 849 che dopo aver ribadito l'applicazione del principio *iura novit curia* allo statuto degli enti locali, conseguentemente esclude che per esso operino le condizioni di ammissibilità e di procedibilità di cui all'art. 366, comma 1, n. 6 e dell'art. 369 comma 2, n. 4 c.p.c.

<sup>126</sup> *Ex multis*, v. Tar Puglia, Lecce, 19 gennaio 2008, n. 127 art. 8, legge 22 febbraio 2001, n. 36.

ta considerazione che per quanto concerne le competenze amministrative il quadro normativo è complesso e di non agevole applicazione.

Più in particolare, si dovrebbe ritenere – *rebus sic stantibus* – del tutto inconcepibile, con l'imperversare di una pandemia, una rigida separazione di poteri e competenze tra i diversi livelli di governo. Per converso, un'integrazione dei vari poteri e delle varie competenze<sup>127</sup> ed è, quindi, importante che lo Stato, le Regioni e gli enti locali si pongano, vieppiù nel caso di un'emergenza sanitaria che richiede una gestione unitaria, in un'ottica concertativa al fine di ossequiare il principio di "leale collaborazione"<sup>128</sup>.

I sindaci non hanno smesso, anche durante il periodo di emergenza COVID-19, di esercitare i propri poteri *extra ordinem*, tanto che il legislatore è intervenuto, dapprima, con l'art. 35 del decreto-legge n. 9 del 2 marzo del 2020 e poi con l'art. 3 del decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020, convertito con modificazioni dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, vietando le ordinanze contingibili e urgenti dei primi cittadini che siano in contrasto con la normativa prevista dallo Stato<sup>129</sup>. L'art. 3 del decreto del 25 marzo,

---

<sup>127</sup> Cfr. L. DELL'ATTI, G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, in *Biola Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2/2020, 135 ss.

<sup>128</sup> Sia consentito, *si parva licet*, rinviare al mio G. SOLA, *La rilevanza costituzionale del principio di leale collaborazione*, in *Quaderni regionali*, n. 2/2009, 553 e ss.

<sup>129</sup> Per un'ampia ricostruzione della storia delle ordinanze di necessità e urgenza nell'ordinamento costituzionale italiano cfr. A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, 133 ss.; G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, 1935 ss. Per la ricostruzione dell'evoluzione dei poteri sindacali in materia di pubblica sicurezza si veda invece E. C. RAFFIOTTA, *Sulle funzioni del Sindaco in materia di "sicurezza urbana": tra istanze locali e competenze statali*, in *Forum di Quaderni costituzionali rassegna*, n. 10, 2013; M. BERTOLISSI (a cura di), *L'ordinamento degli enti locali*, Bologna, 2002; L. VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali. Commento alla legge 8 maggio 1990, n. 142*, Rimini, 1990, 214 ss.; M. GNES, *L'annullamento prefettizio delle ordinanze del Sindaco quale ufficiale del governo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1, 2009, 44 ss.; P. LOMBARDI, *Il potere sindacale di emettere provvedimenti contingibili ed urgenti: presupposti e caratteristiche essenziali alla luce degli orientamenti della giurisprudenza*, in *Foro amministrativo*, vol. 2, n. 1, 2003; M. CARDILLI, *Il potere di ordinanza del Sindaco ex articolo 54 del Decreto Legislativo n. 267/2000 nelle disposizioni modificative del c.d. "pacchetto sicurezza"*, in *Amministrativ@mente*, n. 2, 2009; L. VANDELLI, *I poteri del Sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica nel nuovo art. 54 del TUEL*, in *Atti della giornata di studio "Nuovi orizzonti della sicurezza urbana – dopo la legge 24 luglio 2008, n. 125 e il decreto del Ministro dell'Interno"*, Bologna, 2009, 51 ss.; F. CORTESE, *La sicurezza urbana e il potere di ordinanza del Sindaco tra competenze statali e competenze regionali: come districare l'intreccio?*, in *Le Regioni*, fasc. 1-2, 2010, 123 ss.

a dire il vero, non vieta del tutto l'intervento dei sindaci, infatti, prevede che: «I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1», limiti che consistono in alcuni oggetti specificamente indicati dall'art. 1 comma 2 dello stesso decreto.

La breve casistica precedente a questo intervento normativo ci dà la misura dell'utilizzo da parte dei sindaci delle ordinanze contingibili e urgenti per imporre maggiori restrizioni alla popolazione. Nel fare ciò i primi cittadini hanno richiamato sia l'art. 50 del Tuel, comma quinto primo alinea, che prevede la possibilità di utilizzare il provvedimento dell'ordinanza per fronteggiare emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale sia, a volte, altresì l'art. 54, comma 4 del Tuel.

Il richiamo a quest'ultimo articolo parrebbe da annoverarsi – con ogni probabilità – nella ormai ben nota prassi per i sindaci di citare sia l'art. 54 sia l'art. 50 del Tuel laddove adottino ordinanze contingibili e urgenti, *iter* sicuramente da censurare. Non deporrebbe in contrario un itinerario ermeneutico alquanto estensivo della nozione di incolumità pubblica che l'art. 54 comma 4-*bis* definisce come “integrità fisica della popolazione”. Sovente viene, pure, richiamato l'art. 32 della legge istitutiva del Ssn.

Due profili sono stati rilevanti durante questa emergenza: il coordinamento tra l'attività regionale e l'attività comunale e la compatibilità delle ordinanze con la disciplina statale sull'emergenza.

Emblematiche sono a riguardo le sentenze Tar Napoli, sez. V, n. 1153 del 2020 e Tar Bari, sez. III, 22 maggio 2020, n. 733.

La citata sentenza del Tar Bari interveniva sul rapporto tra le ordinanze contingibili e urgenti e la normativa statale. Nello specifico il giudice pugliese annullava tre ordinanze emesse dal sindaco di Peschici dell'8 aprile, 24 aprile e 3 maggio 2020 perché riteneva che non rispettassero i presupposti richiesti alle ordinanze contingibili e urgenti in materia di emergenza sanitaria imposti dal principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico<sup>130</sup>.

<sup>130</sup> A causare altri dubbi in tal senso anche il DPCM che stabiliva che: “Delle strade o piazze nei centri urbani, dove si possono creare situazioni di assembramento, può essere disposta la chiusura al pubblico, dopo le ore 21, fatta salva la possibilità di accesso, e deflusso, agli esercizi commerciali legittimamente aperti e alle abitazioni private”, istituendo il cosiddetto “coprifuoco locali”. Per un maggior approfondimento M. GALLIANI, *I poteri sindacali durante l'emergenza Covid-19*, in *Il diritto amministrativo*, 2021, 21 e ss.

Il Tar Napoli, invece, con la predetta decisione, si è pronunciato in merito alla sospensione cautelare dell'ordinanza sindacale n. 249 adottata dal sindaco di Napoli il 04 giugno 2020 con cui si ampliava l'orario degli esercizi di somministrazione in senso accrescitivo rispetto alla analoga regolamentazione operata con atti regionali, in deroga anche al regolamento comunale. Il giudice amministrativo ha ritenuto che non ricorresse il presupposto dell'urgenza richiesto per l'adozione delle ordinanze contingibili e urgenti e, comunque, che l'oggetto dell'ordinanza non rientrasse correttamente nelle competenze conferite dall'art. 50 e dall'art. 54 del Tuel, ma piuttosto nella potestà regolamentare del Comune. Per tutti questi motivi, accoglieva l'istanza di sospensione cautelare monocratica dell'ordinanza del sindaco di Napoli.

Più in particolare, attesa l'inibizione ai sindaci di derogare alla legislazione statale e il contestuale ossequio dell'ambito oggettivo d'intervento fissato dalla norma, il Sindaco non è defraudato del potere di ordinanza *extra ordinem* ma – diversamente da quanto accade in periodi non identificabili come emergenze nazionali, nel corso delle quali l'ordinanza contingibile e urgente è protesa a fronteggiare un'emergenza locale e può altresì esplicitare attitudine derogatoria dell'ordinamento giuridico<sup>131</sup> – nemmeno può esercitare il potere di ordinanza travalicando i limiti posti dalla normativa statale, non solo per quel che attiene ai presupposti ma anche quanto all'oggetto del provvedimento limitativo.

Ne scaturisce che il sindaco può adottare ordinanze contingibili e urgenti, ma agendo entro i limiti sanciti dal decreto, prefissando la durata degli effetti dell'ordinanza e argomentando in modo puntuale, sulla base dei dati epidemiologici del territorio in un dato momento, la presenza di una sopraggiunta recrudescenza del rischio sanitario. Parrebbe, dunque, che il sindaco possa adottare dei provvedimenti maggiormente restrittivi al cospetto di tali presupposti.

---

<sup>131</sup> Com'è noto le ordinanze di necessità ed urgenza presuppongono in generale, per costante giurisprudenza, che ci si trovi di fronte ad una situazione di pericolo non fronteggiabile con mezzi ordinari: per tutte, Consiglio di Stato, sez. IV, 25 marzo 2022 n. 2193 e sez. V, 12 giugno 2017, n. 2847.

### Abstract

La riforma del Titolo V della Costituzione ha sensibilmente investito – tra gli altri – il potere normativo delle autonomie locali, essendo stati espressamente assurti a dignità costituzionale, sia un potere statutario, nel secondo comma dell’art. 114, in ordine al riconoscimento di un’ampia autonomia degli enti territoriali, sia un potestà di normazione secondaria, nel sesto comma dell’art. 117, in punto di disciplina dell’organizzazione e dello svolgimento delle funzioni attribuite a ciascun ente locale.

A distanza di ventidue anni, a fronte di un potere normativo da tempo contemplato nell’ambito dell’ordinamento delle autonomie locali, la riforma costituzionale suddetta ha dischiuso senz’altro una nuova prospettiva, da esaminare nel quadro del disegno complessivo di una novelata architettura istituzionale. Tale prospettiva innovativa ha intrapreso un processo di *reductio ad unum*, di perfetta simbiosi con la vasta autonomia degli enti locali, muovendo dai principi e dalle potenzialità sanciti nella norma fondamentale dell’art. 5 della Costituzione.

Il presente contributo approfondisce il quadro normativo e giurisprudenziale sulla potestà normativa delle autonomie locali, focalizzando – in particolare – la dicotomia dottrinarie sorta, nell’arco di ventidue anni, circa la sua collocazione nel sistema delle fonti normative e il nuovo assetto dei poteri normativi tra i diversi livelli di governo. È stata, altresì, estesa l’indagine al predetto rapporto tra competenze locali e statali durante l’emergenza pandemica.

#### About the local normative power

The reform of Title V of the Constitution has significantly enhanced the regulatory authority of local autonomies, explicitly granting them constitutional status. This includes a statutory power detailed in the second paragraph of Article 114, recognizing the extensive autonomy of territorial authorities. It also encompasses a power of secondary regulation, as outlined in the sixth paragraph of Article 117, pertaining to the organization and execution of functions assigned to each local authority.

Twenty-two years later, after having considered this regulatory power within the framework of the local autonomy system, the aforementioned

constitutional reform has unquestionably introduced a new perspective. This perspective should be analyzed within the broader context of designing a new institutional framework. This innovative approach aims to bring about a harmonious relationship with the significant autonomy granted to local authorities, departing from the principles and potential laid out in the fundamental norm of Article 5 of the Constitution.

This contribution delves into the legal and jurisprudential framework surrounding the regulatory authority of local autonomies. It particularly focuses on the doctrinal dichotomy that has emerged over a span of twenty-two years concerning its place in the system of regulatory sources and the new distribution of regulatory powers among different levels of government.

The investigation also extended to the aforementioned relationship between local and state competences during the pandemic emergency.



# Situazioni giuridiche sovraindividuali e forme di tutela giurisdizionale

di Emanuela Della Corte\*

SOMMARIO: 1. Breve premessa. Le posizioni giuridiche sovraindividuali. – 2. Interessi collettivi e diffusi verso una medesima sorte: il c.d. doppio binario e il primato del gruppo organizzato. – 3. Il substrato individuale degli interessi diffusi. – 3.1. Un cenno alle azioni popolari. – 3.2. La parabola della c.d. vicinitas. – 3.3. Un rimedio *sui generis*: l'azione per l'efficienza della pubblica amministrazione. – 4. Riflessioni conclusive

## 1. Breve premessa. Le posizioni giuridiche sovraindividuali

L'attenzione riservata alla tematica degli interessi collettivi e diffusi, la cui essenza è ravvisabile nella caratteristica di far capo ad una moltitudine di soggetti spesso di difficile determinazione, si è da sempre scontrata con l'inevitabile, quanto necessaria, opera di recepimento di nuove istanze sociali e di predisposizione di meccanismi di tutela adeguatamente efficaci, pur imbattendosi troppo spesso nel non semplice ostacolo rappresentato dalle tradizionali, e spesso anguste, categorie giuridiche.

L'approccio della dottrina e della giurisprudenza nei confronti di posizioni giuridiche ultraindividuali<sup>1</sup> è stato a lungo connotato da un'impostazione piuttosto tradizionale, orientata ad un'opera di adattamento e sussunzione in modelli caratteristici delle categorie fondamentali della dogmatica giuridica; inoltre, la connotazione soggettivistica del processo amministrativo, derivante dall'art. 24 della Costituzione<sup>2</sup>, calibra quest'ul-

---

\* Dottoranda di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> In estrema sintesi, il riferimento a situazioni giuridiche 'sovraindividuali', espressione che correntemente, quantomeno nel diritto amministrativo, abbraccia sia gli interessi diffusi che quelli collettivi, esprime la comunanza di un interesse a più soggetti e la circostanza, tendenzialmente necessaria, che costoro si coalizzino al fine di rendere tale interesse tutelabile Cfr. R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Dig. pub.*, VIII, Torino, 1993, 482.

<sup>2</sup> Cfr. V. CAIANIELLO, *Introduzione al tema del convegno*, in *AA.VV.*, *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività* (XXII

timo su situazioni soggettive di tipo individuale, con la tendenziale esclusione di quegli altri interessi riferibili a un gruppo indeterminato di individui e che sembrano per ciò stesso richiedere attori particolari<sup>3</sup>. La richiesta di protezione relativa a beni e valori, *lato sensu*, comuni e «inidonei a essere considerati in un ambito esclusivamente individuale», ha condotto, dunque, all'idea di escludere, di per sé, che un singolo individuo possa assumerne la titolarità e possa agire in giudizio a loro difesa<sup>4</sup>, consentendo, al massimo, al cittadino di «proporre nell'interesse della collettività quella stessa azione che non può esperire a tutela del proprio interesse»<sup>5</sup>.

Convegno di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 22-24 settembre 1977), 29 ss.: evidenzia l'A. come «il significato dell'art. 24 Cost. appare ispirato al principio secondo cui non può esistere un mero diritto d'azione, oppure un generalizzato diritto di tutelare interessi non propri». Invero, se la formula dell'interesse ad agire ruota essenzialmente attorno ad una tensione tra un soggetto ed un bene della vita, la sussistenza dell'interesse dipenderebbe dalla circostanza che esso faccia capo ad un soggetto determinato, così, il problema principale degli interessi diffusi sarebbe «una questione di personalizzazione, trattandosi di stabilire chi ne possa essere riconosciuto quale portatore». Si veda anche, C. CUDIA, *Appunti sulla tutela delle posizioni giuridiche di carattere (anche) ultraindividuale nei confronti della pubblica amministrazione*, in *AA. VV., Scritti in onore di Giuseppe Palma*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2012, 1947.

<sup>3</sup> In giurisprudenza Tar Campania, Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2008, n. 204.

<sup>4</sup> Secondo M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1983, 135, la regola sarebbe che gli interessi diffusi, in quanto non dotati dei requisiti dell'individualità e della personalità, non darebbero vita ad interessi legittimi, con l'eccezione di quelle ipotesi in cui le leggi riconoscano espressamente ad un membro della comunità di agire *uti socius*, ovvero riconoscano tale possibilità ad un ente in 'rappresentanza' della collettività. Cfr. N. TROCKER, *Gli interessi diffusi nell'opera della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 1114.

<sup>5</sup> Spesso in dottrina espressioni come «interessi collettivi», «interessi diffusi», «interessi pubblici» vengono utilizzate in maniera intercambiabile e promiscua, acuendo equivoci e perplessità. Rispetto alle posizioni dell'interesse diffuso e collettivo, l'interesse pubblico generale fa capo alla collettività indifferenziata, la cui cura è attribuita all'amministrazione da una norma di legge (si pensi alla manutenzione delle strade, oppure all'illuminazione pubblica). Se è vero che il privato potrebbe far valere il suo interesse al buon funzionamento dell'amministrazione attraverso esposti o reclami, è anche vero che tali denunce non creano alcun obbligo di provvedere in capo all'amministrazione. Solo in evenienze eccezionali la legge attribuisce a qualunque membro della collettività indifferenziata la legittimazione ad agire in giudizio a tutela dell'interesse pubblico generale. In questi termini, con riferimento alla materia delle azioni popolari, cui si accennerà in seguito, D. BORGHESI, *Azione popolare, interessi diffusi e diritto all'informazione*, in *Politica del diritto*, 16, II, 1985, 276. Si veda F. LIGUORI, *Azione popolare e tutela del diritto di voto nel processo amministrativo*, E.S.I., Napoli, 1993, secondo l'A. esiste un collegamento tra l'azione

Il risalente dibattito relativo alla problematica individuazione dei soggetti che, in concreto, possono stimolare l'attività giurisdizionale – quale decisivo momento di passaggio dal più statico diritto sostanziale al dinamico versante processuale – dopo un notevole sviluppo negli anni Settanta del secolo scorso<sup>6</sup>, ed una successiva fase di appiattimento, sembra aver ripreso vigore anche a seguito del perfezionamento di nuovi strumenti di tutela<sup>7</sup>. Eppure, nonostante la ritrovata sensibilità al tema e gli apprezzabili tentativi volti ad affrancare l'interesse legittimo da un'accezione marcatamente personalistica, la linea di tendenza pre-

---

popolare ed il diritto di elettorato: «l'azione riconosciuta a ciascun elettore appare data essenzialmente a tutela del suo diritto di voto».

<sup>6</sup> Proprio nei primi anni Settanta, come è noto, il principale impulso al dibattito sulla tutela degli interessi diffusi è stato rappresentato dalla decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 9 marzo 1973, n. 253, *Foro it.*, 1974, III, 33, con nota di L. ZANUTTI, con cui venne ammessa la legittimazione a ricorrere dell'associazione "Italia Nostra" avverso una delibera della giunta provinciale di Trento che, secondo l'associazione ricorrente, avrebbe seriamente compromesso l'equilibrio ambientale della zona. La complessa vicenda è stata successivamente risolta, in senso contrastante, tanto dal Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 21 gennaio 1977, n. 37, che, ponendo radicalmente in discussione il precedente orientamento espresso dalla decisione n. 253/1973, ha rimesso la relativa questione all'Adunanza plenaria; quanto dalle Sezioni Unite della Cassazione, che con la pronuncia dell'8 maggio 1978, n. 2207, ha cassato senza rinvio, per difetto assoluto di giurisdizione, la decisione n. 253/1973 del Consiglio di Stato. Solo nel 1979, l'Adunanza plenaria, ponendo fine alla vicenda, ha ribadito il principio della tutelabilità, dinanzi agli organi di giustizia amministrativa, dell'interesse diffuso alla protezione ambientale ed ha affermato la sussistenza, rispetto ad esso, di un potere di accesso all'area giurisdizionale degli enti collettivi, subordinandone l'ammissibilità in concreto all'esistenza, da verificarsi caso per caso, di momenti fattuali di collegamento tra l'attività svolta dall'associazione ricorrente e gli interessi di cui si chiede la tutela (con riferimento al caso di specie, la legittimazione di "Italia nostra" andava negata poiché i fini statutari da essa perseguiti avevano dimensione generale e non circoscrittibile in un territorio più o meno circoscritto). Cfr. Consiglio di Stato, ad. plen., 19 ottobre 1979, n. 24. Sul tema C. RAPISARDA, *Bilancio e prospettive della tutela degli interessi diffusi negli anni Ottanta (note in margine ad un recente convegno)*, in *Foro it.*, 1982, V, 85 ss..

<sup>7</sup> Senza contare che le prepotenti manifestazioni a livello socio-politico negli ultimi decenni del secolo scorso, associate alla crisi del rapporto tra Stato e cittadini, hanno determinato il sorgere di una nuova coscienza sociale in particolare nei settori di maggiore sensibilità, quale salute e ambiente, cui sono seguiti altri, quali paesaggio e beni culturali, nonché i c.d. beni comuni, quali il mare, l'aria, ecc.. Sul tema, M. CRESTI, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Milano, Giuffrè, 1992, 94; M. SCIASCIA, *Evoluzione della tutela degli interessi diffusi innanzi alle giurisdizioni amministrativa e contabile*, in *Riv. C. conti*, 2019, 4.

valente, ai fini dell'attivazione della tutela giurisdizionale, non sembra sufficientemente appagante.

Si avrà modo di constatare come la circostanza che un interesse risulti comune a più soggetti implichi di per sé la necessaria presenza di un organismo collettivo, il solo legittimato ad agire in giudizio. La paradossale logica sottesa a tale meccanismo sembra in tal modo elevare ingiustificatamente il carattere 'ultraindividuale' del bene a fattore idoneo ad escludere, piuttosto che a presupporre, la titolarità dell'interesse radicato, *in primis*, in capo al singolo<sup>8</sup>.

La pregnanza del nesso tra posizione giuridica sostanziale e soggetti collettivi esponenziali idonei ad assumersene la titolarità e la legittimazione *ad causam* si manifesta in tutta la sua evidenza nella materia degli interessi c.d. collettivi<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Ancora moderne suonano le parole di A. ROMANO, *Interessi «individuali» e tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Foro it.*, 1972, III, 269 ss., in critica a Consiglio di Stato, 14 luglio 1972, n. 475, il quale – commentando la pronuncia, con cui la Corte negò l'esistenza di un interesse a ricorrere da parte degli albergatori del basso Lazio avverso l'autorizzazione alla costruzione di oleodotti nel golfo di Gaeta, degradando l'interesse ambientale al rango di interesse di mero fatto – ha ritenuto che la Corte abbia di fatto sancito il principio per cui una vicenda, «siccome interessa tutti, allora non interessa nessuno». Invero, un'interpretazione distorta dell'art. 2 della Costituzione tutta sbilanciata sul ruolo delle formazioni sociali potrebbe comportare che queste ultime, lungi dall'affiancare la posizione (e protezione) del singolo, la obliterino del tutto. La fondamentale esigenza di non stravolgere i connotati essenziali del nostro processo amministrativo non può, però, sacrificare il cittadino, che si troverebbe costretto, in violazione dell'art. 2 della Costituzione, a partecipare ad un ente associativo costituente un gruppo intermedio per esercitare diritti fondamentali che dovrebbero ricadere, innanzitutto, nella titolarità dei singoli individui pregiudicati direttamente dalla lesione di essi. In tal senso, A. BARBERA, *Commento dell'art. 2 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1991, 50; M. SCIASCIA, *Evoluzione della tutela degli interessi diffusi innanzi alle giurisdizioni amministrativa e contabile*, in *Riv. C. conti*, 2019, 4.

<sup>9</sup> Nel diritto amministrativo, tale nozione racchiude due ordini di ipotesi: in primo luogo, l'interesse collettivo può consistere in un interesse che è proprio di un'organizzazione in quanto tale, che non potrebbe quindi (neanche astrattamente) radicarsi in capo a un singolo soggetto, risolvendosi in una normale situazione giuridica appartenente a un soggetto collettivo; in secondo luogo (e qui si fonda la propria originalità), può trattarsi di un interesse che riguarda in modo omogeneo tutti i membri di un gruppo o categoria (accomunati, per esempio, da un certo *status* o condizione lavorativa), ma tutelabile solo attraverso l'indispensabile mediazione di un soggetto collettivo. Cfr. B. CARAVITA, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Dir. soc.*, 1982, 187; sul tema, V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano,

Con lo scopo di contingentare l'accesso alla giustizia, la giurisprudenza richiede, ai fini del requisito della legittimazione al ricorso, normalmente la contemporanea presenza di alcuni presupposti: da una parte, allo scopo di escludere le organizzazioni occasionalmente costituite per dar vita a quella singola e determinata reazione giurisdizionale, si richiede il requisito della 'stabilità' dei gruppi; dall'altra parte, fornendo un criterio di differenziazione degli interessi, se ne richiede la localizzazione, ovvero la circostanza che essi si 'radichino' in una situazione sociale spazialmente determinata<sup>10</sup>.

Ne consegue che, in primo luogo, sarà solo l'organizzazione, e non i singoli partecipanti, ad essere titolare della legittimazione al ricorso, in seguito alla violazione dell'interesse collettivo<sup>11</sup>; in secondo luogo, la menzionata legittimazione ad agire radicata in capo all'ente esponenziale, lungi

---

1979; M. SILVESTRI, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2015, 5.

<sup>10</sup> In senso critico sull'utilità pratica di tali presupposti M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987.

<sup>11</sup> Si veda, ad es., Consiglio di Stato, Sez. III, 3 febbraio 2014, n. 474, che, pure escludendo, nel caso di specie, la legittimazione sia dei singoli che delle associazioni, afferma: «in sostanza, le associazioni di settore sono legittimate a difendere in sede giurisdizionale gli interessi di categoria dei soggetti di cui hanno la rappresentanza istituzionale ogniqualvolta si tratti di perseguire, comunque, il conseguimento di vantaggi, sia pure di carattere puramente strumentale, giuridicamente riferibile alla sfera della categoria, con l'unico limite derivante dal divieto di occuparsi di questioni concernenti i singoli iscritti, ovvero capaci di dividere la categoria in posizioni disomogenee». La formula si ripete pressoché identica in molte delle pronunce sul tema. Cfr. per espressioni analoghe Consiglio di Stato, Sez. V, 26 ottobre 2011, n. 5709; Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 marzo 2011, n. 1540; Consiglio di Stato, Sez. V, 12 luglio 2010, n. 4480; Consiglio di Stato, Sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451. Recentemente, T.A.R. Roma, (Lazio) Sez. III, 14 settembre 2021, n. 9795; T.A.R. Lazio, Sez. III, 14 settembre 2021, n. 9795 «La legittimazione a ricorrere delle associazioni trova il proprio fondamento nella titolarità di un interesse collettivo, geneticamente derivante da un processo di impersonificazione di interessi c.d. diffusi. L'interesse di cui sono titolari gli enti esponenziali (...) deve essere qualificato alla stregua di un interesse sostanziale autonomo e non meramente coincidente con la sommatoria degli interessi individuali dei fruitori di un servizio pubblico, come quello scolastico. In altri termini, il fondamento della legittimazione *ad causam* delle associazioni non è da individuarsi nella rappresentanza di interessi individuali «seriali», ovvero plurimi interessi legittimi individuali di uguale tenore, ma nella titolarità di un interesse «collettivo» geneticamente derivante da un processo di impersonificazione di interessi c.d. «diffusi», ossia interessi omogeneamente distribuiti nella collettività o nella categoria di riferimento.»

dal riferirsi all'interesse particolare del singolo appartenente al gruppo<sup>12</sup>, sarà riferibile alla categoria di soggetti unitariamente intesa<sup>13</sup>.

Rispetto a quanto detto, gli interessi collettivi non sollevano alcuna particolare questione relativamente alla tutela giurisdizionale: sostituendo alla nozione di soggetto atomisticamente inteso quella di "gruppo organizzato", inteso quale soggetto di diritto in forma collettiva distinto tanto dalla comunità generale quanto dai singoli associati, sarebbero facilmente rinvenibili anche i requisiti della 'qualificazione' e 'differen-

---

<sup>12</sup> Come recentemente ribadito dalla recente pronuncia del Consiglio di Stato, ad. plen., 9 novembre 2021, n.18, nella quale si legge che «Per l'ammissibilità dell'intervento di un'associazione esponenziale di interessi collettivi è necessaria l'identificazione di un interesse concreto e attuale di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata; è pertanto inammissibile l'intervento in un giudizio concernente un provvedimento che lede esclusivamente l'interesse del singolo». Con riferimento alla legittimazione ad agire degli ordini professionali, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ne ha riconosciuto la possibilità di agire in giudizio per far valere l'interesse all'osservanza di prescrizioni a garanzia della *par condicio* dei partecipanti, sebbene, di fatto, dalla procedura selettiva sia stato avvantaggiato un singolo professionista. Questo perché occorre far riferimento all'«interesse istituzionalizzato» e tra gli interessi istituzionali dell'ordine professionale vi è senza dubbio quel lo di assicurare il pieno rispetto della *par condicio* nell'esercizio dell'attività professionale. Cfr. Consiglio di Stato, ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10. Sul punto si richiama la recente pronuncia, Consiglio di Stato, ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6, per la quale «il fondamento teorico della c.d. collettivizzazione dell'interesse diffuso a mezzo della sua entificazione risiede nell'individuazione di interessi che sono riferibili ad una collettività o a una categoria più o meno ampia di soggetti (fruitori dell'ambiente, consumatori, utenti, etc.) o in generale a una formazione sociale, senza alcuna differenziazione tra i singoli che quella collettività o categoria compongono, e ciò in ragione del carattere sociale e non esclusivo del godimento o dell'utilità che dal bene materiale o immateriale, a quell'interesse correlato, i singoli possono trarre.».

<sup>13</sup> La scissione tra l'interesse del singolo e l'interesse collettivo facente capo al soggetto organizzato emerge in tutta la sua chiarezza con riferimento alla tematica degli atti regolamentari. Alla luce dell'attuale quadro giurisprudenziale si evince che, se di regola i regolamenti, per il carattere generale ed astratto delle loro previsioni, non sono immediatamente impugnabili (salvo il caso in cui siano dotati di immediata lesività delle posizioni individuali), ma solo in via successiva e congiuntamente al loro relativo atto applicativo (teoria della c.d. doppia impugnativa), tale principio subisce una deroga allorquando il regolamento sia lesivo di un interesse della categoria *tout court*, ipotesi nella quale l'ente esponenziale potrebbe impugnare il regolamento in via immediata senza attendere l'emanazione dell'atto attuativo. In questi termini, Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 5451 del 2013, che aderisce a noto parere del Consiglio di Stato n. 3014 del 2013.

ziazione<sup>7</sup>, necessari per inquadrare le posizioni giuridiche *de quo* nell'alveo degli interessi legittimi<sup>14</sup>.

In definitiva, sebbene l'interesse collettivo in senso proprio sia teoricamente profilato come interesse «di ciascuno e di tutti»<sup>15</sup>, la dimensione individuale dello stesso viene eclissata dalla circostanza che il diritto di azione è, di fatto, riservato al solo soggetto organizzato.

Se il percorso dottrinale e giurisprudenziale relativo agli interessi collettivi si è sviluppato con una certa coerenza e linearità – pervenendo, in sintesi, al riconoscimento della azionabilità da parte di soggetti collettivi delle posizioni giuridiche riferibili al gruppo organizzato – la vicenda degli interessi diffusi, oltre a mantenere una propria autonomia concettuale, presenta evidenti ed ulteriori peculiarità<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Così A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014. Per completezza, si segnala che autorevole dottrina ha espresso qualche dubbio (invero legittimo) in ordine alla possibilità di ricondurre *sic et simpliciter* la figura dell'interesse collettivo in quella tradizionale di interesse legittimo. Si evidenzia come, in realtà, l'interesse collettivo non è un interesse personale dell'ente esponenziale, ma una situazione sostanziale riferita ai singoli associati, ricorrendo un'ipotesi assimilabile a quella della sostituzione processuale di cui agli artt. 81 e 100 c.p.c.. In questi termini, M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso*, *op. cit.*. Eppure, l'orientamento del tutto prevalente considera l'interesse collettivo null'altro che «una variante dell'interesse legittimo, neppure particolarmente originale», così, R. FERRARA, *op. cit.*, 148.

<sup>15</sup> S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, Milano, XII, 1964, 696.

<sup>16</sup> Gran parte delle difficoltà che caratterizzano il tema degli interessi diffusi discendono, innanzitutto, dalla natura dei beni ai quali essi si riferiscono: la caratteristica degli interessi in parola è principalmente quella di afferire a beni pubblici, materiali o immateriali (ambiente, salute, paesaggio, etc.), che secondo una terminologia mutuata dal gergo economico, risultino «non rivali» e «non escludibili», in altre parole, «il loro consumo o utilizzo da parte di uno non ne impedisce la fruizione da parte di un altro» poiché «una volta fornito il bene, nessuno può esserne escluso dalla fruizione». Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 142. Cfr. nello stesso senso V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 2014, I, 5; M. SILVESTRI, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2015, 5. La questione si interseca con il noto dibattito sui beni comuni. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale italiano in materia di beni comuni si vedano, E. VITALE, *Distinguendo. Un'applicazione alla dottrina dei beni comuni*, in *Diritto e Società*, 2016, 399 ss. e I. CIOLLI, *Sulla natura giuridica dei beni comuni*, *ivi*, 460-465. Si rinvia anche all'approfondito *dossier* in M. R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, 161-168; A. CIERVO, *Agire per tutti e per nessuno. Appunti per una teoria processuale dei beni comuni*, in *Quest. Giust.*, 2, 2017; quanto alle implicazioni tra l'implementazione di nuovi strumenti di tutela ambientale e il più generale diritto alla salute F.G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: impostazione*

Al riguardo, anche dopo qualche decennio, risultano estremamente attuali ed evocative le parole di Nigro quando, nel prospettare una definizione dell'interesse diffuso, parlava di «uno stato psico-sociale di tensione fra un bisogno e un bene ripetuto tendenzialmente all'infinito»<sup>17</sup>, trascendendo la dimensione prettamente giuridica per calarsi in quella sociale, sostanziale, oggettiva.

D'altronde, la complessità del tema emerge soprattutto dalla difficoltà della dottrina di elaborare una formula definitoria in grado di cogliere l'effettiva consistenza dell'interesse diffuso, qualificato spesso quale interesse «adespota», «magmatico», «senza struttura», «allo stato fluido»<sup>18</sup>, suggestive locuzioni ed aggettivazioni volte a chiarirne la natura e ad evidenziarne il tratto più problematico: l'assenza, sul piano soggettivo, di un portatore legittimato ad agire in giudizio per la tutela di tale situazione giuridica, data l'assenza di una posizione di vantaggio che risulti in qualche modo 'differenziata'<sup>19</sup>.

---

*del problema dal punto di vista giuridico*, in *Quaderni regionali*, 1989, 533 ss.; ID., *Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell'ambiente*, in *Diritto e società*, 1993, fasc. 3, 399 ss. In giurisprudenza, T.A.R. Roma, Lazio, Sez. I, 22 febbraio 2021, n. 2147. Sono proprio le caratteristiche di tali beni – riferibili ad una formazione sociale spesso non determinabile, piuttosto che a singoli individui – che finiscono, inevitabilmente, col ripercuotersi sulla natura stessa della posizione giuridica di interesse diffuso, la cui struttura sembra, per certi versi, incrinare il tradizionale binomio diritto soggettivo-interesse legittimo. In dottrina si v. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2013–2014, 1899, ove, una volta definiti gli interessi diffusi come «gli interessi adespoti, non riferibili ad una pluralità determinata di individui, ma al contrario comuni a tutti gli individui di una formazione sociale non organizzata e non individuabile autonomamente», si afferma che essi non sono riconducibili alle categorie dell'interesse legittimo o del diritto soggettivo, senza sottoporsi a trasformazione strutturale *sub specie* di interessi collettivi. Sul tema anche P. ERREDE, *L'azionabilità degli interessi diffusi nell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Nuova rass. leg.*, 1998, XIX, 1847 ss.; C. RAPISARDA, *Bilancio e prospettive della tutela degli interessi diffusi negli anni Ottanta (note in margine ad un recente convegno)*, in *Foro it.*, 1982, V, 85 ss.. In senso favorevole alla riferibilità dell'interesse diffuso alle categorie tradizionali del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo si è pronunciato invece, come è noto, V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo*, Milano, 1979, 23 ss.

<sup>17</sup> M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso*, *op. cit.*, 9.

<sup>18</sup> Così V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1979, 39; S. CASSESE, *Gli interessi diffusi e la loro tutela*, in *La tutela degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. LANFRANCHI, Torino, 2003, 569, L'interesse diffuso vive, infatti, «allo stato fluido e magmatico», è in origine «adespota» ed è relegato a un livello pregiuridico per il fatto di essere riferito a collettività non determinate, o non agevolmente determinabili, di cittadini. R. FERRARA, «*Interessi collettivi e diffusi*», in *Dig. pub.*, VIII, Torino, 1993, 482 – 490. Per una efficace sintesi, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 69.

<sup>19</sup> In quanto contemplato dall'ordinamento, l'interesse diffuso assume rilevanza

La progressiva emersione di nuove situazioni giuridiche meritevoli di tutela – nel contesto di una società a carattere, ormai, fortemente pluralista – è all'origine della accennata spinta giurisprudenziale e dottrinale concretizzatasi in primo luogo, nel superamento della concezione più tradizionale dell'interesse legittimo limitata alla tutela di situazioni soggettive ad appartenenza esclusiva; in secondo luogo, nella ricerca di strutture cui imputare gli interessi diffusi al fine di rimuoverne il *vizio originale*<sup>20</sup>.

La via intrapresa dalla giurisprudenza, quindi, non è stata quella di considerare gli interessi in parola quale categoria autonoma rispetto tanto al diritto soggettivo, quanto all'interesse legittimo<sup>21</sup>; piuttosto, al fine di attrarre tale posizione giuridica nell'ambito della tutela giurisdizionale nel rispetto della regola dell'individualità e della personalità dell'interesse al ricorso, si è tentato di differenziare tali interessi riconducendoli, ancora una volta, ad una formazione sociale.

È chiaro che, seppur così operando si riesca a dotare l'interesse diffuso di una struttura della quale esso ontologicamente difetta<sup>22</sup>, allo stesso tempo lo si priverebbe di quello che, oltre ad essere un mero ostacolo all'azionabilità in giudizio, era anche il suo principale tratto distintivo, ovvero il suo carattere adespota<sup>23</sup>.

Come si vedrà, tale scelta metodologica importa notevoli implicazioni relative alla natura stessa della categoria concettuale di riferimento, cui sono immediatamente correlate le possibili ricadute in termini di tutela individuale, soprattutto alla luce della tendenza a considerare il dato della 'coesione' idoneo a conferire all'interesse diffuso un grado di apprezzabilità maggiore, rispetto a quella che si avrebbe qualora fosse singolarmente identificato<sup>24</sup>.

---

giuridica; pur tuttavia non possiede la connotazione della personalizzazione, trovandosi, di conseguenza, ogni individuo, rispetto ad esso, nella condizione degli altri appartenenti alla medesima collettività.

<sup>20</sup> M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso*, op. cit., 9.

<sup>21</sup> In questo senso, R. FERRARA, voce *Interessi diffusi e interessi collettivi*, a cura di F. PAVONI, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993.

<sup>22</sup> In questo senso si esprime anche M. SILVESTRI, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 5, 2015; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012.

<sup>23</sup> In questo modo l'interesse diffuso perde la sua caratteristica di 'adespota', nei limiti in cui l'ordinamento consente di individuarne un portatore legittimato a esercitare le relative azioni, si veda M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1990, 180. C. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 649.

<sup>24</sup> Cfr. V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Giuffrè, Milano,

## 2. *Interessi collettivi e diffusi verso una medesima sorte: il c.d. doppio binario e il primato del gruppo organizzato*

Ad oggi, l'orientamento prevalente, risultato dell'elaborazione pretoria, è nel senso di considerare l'esistenza di un ente esponenziale, tanto per gli interessi collettivi, quanto per quelli diffusi, la chiave di accesso alla giustizia e condizione necessaria per la tutela di entrambe le situazioni giuridiche<sup>25</sup>.

Attraverso l'elaborazione di siffatto meccanismo di tutela, la categoria degli interessi diffusi, subisce, sul piano sostanziale, quella che in dottrina è stata definita una sorta di 'mutazione genetica': l'apprestamento di strutture a protezione dell'interesse diffuso, sino a quel momento adespota ed indifferenziato, è funzionale alla soggettivizzazione dello stesso che finisce, in concreto, per avvicinarsi sempre più alla figura dell'interesse collettivo<sup>26</sup>. La suddetta assimilazione delle due figure di interesse,

---

1979; sul tema G. BERTI, *Interessi senza struttura (i c.d. interessi diffusi)*, in *Studi in onore di A. AMORTH*, Milano 1982, I, 67 ss.; R. Lombardi, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino 2008, 77 ss.

<sup>25</sup> Questa ricostruzione coincide con l'orientamento della giurisprudenza, che condiziona la giustiziabilità dell'interesse in esame all'esistenza di un organismo che lo faccia emergere dall'indistinto giuridico proponendolo come proprio. Cfr. T.A.R. Piemonte, II, 4 giugno 1988, n. 241. Tale orientamento, oggi maggioritario, è stato seguito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 6 del 2020, ritiene che gli enti facciano valere in giudizio un 'interesse proprio', rilevando che «la situazione giuridica azionata» è «propria» delle associazioni ed «è relativa ad interessi diffusi nella comunità o nella categoria, i quali vivono sprovvisti di protezione sino a quando un soggetto collettivo, strutturato e rappresentativo, non li incarna». Ancora, negli stessi termini Consiglio di Stato, Sez. III, 10 dicembre 2020, n. 7850, secondo cui «la natura collettiva dell'interesse è connotata dal fatto che un interesse originariamente diffuso, quindi adespota, che attiene a beni a fruizione collettiva, si 'personalizza' in capo a un ente esponenziale, munito di dati caratteri (stabilità, continuità, rappresentatività) e diviene per tale via un interesse legittimo proprio dell'ente» Si veda anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 gennaio 2022, n. 530.

<sup>26</sup> La tesi della trasformazione dell'interesse diffuso in interesse collettivo risale, nella sua primigenia formulazione, a M.S. GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *AA.VV., Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova, 1976, 23 ss., poi ripresa e variamente articolata dalla dottrina successiva, tra cui, *ex multis*, M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso*, *op. cit.*, 7 ss.; M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, 481; L. MARUOTTI, *La tutela degli interessi diffusi e collettivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 255 ss. e C. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 649 ss..

quantomeno sul piano della tutela processuale, ne consente dunque una trattazione unitaria<sup>27</sup>.

Sono passati, oramai, decenni dalla svolta operata con le sentenze della seconda metà degli anni Settanta nella nota vicenda di “Italia Nostra”, e da allora il giudice amministrativo non ha più mostrato incertezze nel riconoscere la legittimazione in giudizio alle associazioni di categoria.

La questione della differenziazione dell’interesse sembra, da allora, assumere una portata recessiva rispetto a quella relativa all’individuazione delle caratteristiche che devono possedere tali enti esponenziali per potere agire in giudizio<sup>28</sup>.

In un primo tempo, il legislatore, sulla base di specifiche discipline di settore, ha demandato la tutela degli interessi ultraindividuali alla cura di soggetti pubblici appositamente istituiti, ai quali è stata espressamente attribuita anche la legittimazione attiva *ex lege* ad agire in giudizio per la tutela di quegli interessi<sup>29</sup>; in altri casi, lo stesso legislatore ha espressa-

<sup>27</sup> Ciò che, dal punto di vista sostanziale, ancora distingue gli interessi collettivi da quelli diffusi, è la circostanza che mentre nel caso degli interessi collettivi «... il gruppo attraverso il quale l’interesse si esprime, presenta una ben precisa struttura organizzativa (ad es. un sindacato, un’associazione, ecc.) e quindi dell’interesse sono titolari tutti coloro che fanno parte di quel determinato gruppo [...], nel caso degli interessi diffusi, al contrario, il gruppo non presenta affatto una struttura organizzativa e dunque gli individui che si rifanno a detti interessi non rivestono la qualità di associati o comunque un particolare “status”» A. CARRATA, *Profili processuali della tutela degli interessi*, op. cit., 87. Nell’ottica di un ridimensionamento della distinzione, F.G. SCOCA, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Atti del Convegno di studio, Pavia, 11–12 giugno 1974, Padova, 1976, 70 ss., per il quale tanto l’interesse collettivo che quello diffuso sarebbero appartenenti a «una serie più o meno vasta di [...] soggetti [...] titolari dello stesso interesse».

<sup>28</sup> Aspetto che, lungi dall’essere solo teorico, ha notevoli riflessi sul piano pratico: a ben vedere, se si consentisse l’accesso soltanto ad enti collettivi ben individuati e con determinate caratteristiche, il processo manterrebbe una connotazione soggettiva modulata su una posizione individuale, ma in tal modo l’interesse diffuso perderebbe ogni tratto distintivo rispetto all’interesse collettivo. L’estensione delle maglie del sistema, a seguito dell’individuazione di criteri più recenti (ed elastici) individuati dalla giurisprudenza sul tema della legittimazione ad agire degli enti collettivi, realizzerebbe, invece, una più netta distinzione tra interesse diffuso e interesse collettivo, nondimeno implicherebbe l’adesione indiretta ad una visione oggettiva del processo amministrativo. Cfr. F.G. SCOCA, *Tutela dell’ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell’interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *Dir. soc.*, 1985, 645.

<sup>29</sup> Si pensi all’ipotesi della legittimazione riconosciuta al Ministero dell’ambiente per il risarcimento del danno ambientale; alla legittimazione della Consob a costituirsi

mente riconosciuto la titolarità del potere d'azione ad associazioni iscritte in particolari elenchi<sup>30</sup>.

Se, quindi, in presenza di un riconoscimento espresso riferito ad un determinato ambito, non si profilavano particolari questioni interpretative<sup>31</sup>, si poneva, invece, il problema dell'accesso alla tutela delle associazioni non riconosciute.

In relazione a tale aspetto è ben noto l'orientamento giurispruden-

---

parte civile per il risarcimento dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato (ex art. 187- undecies TUF); alla speciale legittimazione attribuita all'autorità garante della concorrenza e del mercato a impugnare atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato (art. 21-bis legge 10 ottobre 1990, 287).

<sup>30</sup> Ci si riferisce a quanto disposto dall'articolo 137 del d.lgs. n. 206 del 2005 in materia di tutela dei consumatori, ovvero alla disciplina di cui all'articolo 13 l. n. 349 del 1986 in materia ambientale. Le citate norme, tuttavia, sono espressione di una significativa tendenza normativa volta a circoscrivere e limitare la legittimazione, dal punto di vista soggettivo, alle sole associazioni iscritte. Inoltre, il d.lgs. n. 152 del 2006 (Testo unico ambientale) all'art. 309 prevede, ad oggi, che regioni, province autonome e enti locali, anche associati, nonché le persone fisiche o giuridiche che sono (o potrebbero essere) colpite dal danno e le organizzazioni non governative di cui all'art. 13 della l. 349/1986, possano richiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente. Gli stessi soggetti hanno la possibilità, ai sensi del successivo art. 310, di impugnare atti e provvedimenti illegittimi e lesivi, nonché di agire contro il silenzio inadempimento del Ministero dell'ambiente e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo dello stesso nell'attivarsi attraverso emanazione di misure di prevenzione e contenimento del danno ambientale. Sulla stessa scia si colloca l'art. 146, comma 11, del Codice dei beni culturali, di cui al d.lgs. n. 42 del 2004, ai sensi del quale le associazioni portatrici di interessi diffusi, individuate dal menzionato art 13 l. 349/1989, e qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse, possono impugnare l'autorizzazione paesaggistica con ricorso al Tar, ovvero con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Ipotesi, speciali *ratione materiae*, a cui si aggiunge la previsione generale di cui all'art. 4, co. 2, l. 11 novembre 2011, n. 180 (c.d. Statuto delle imprese), che riconosce alle associazioni di categoria maggiormente rappresentative ai diversi livelli territoriali la legittimazione a impugnare gli atti amministrativi lesivi di interessi diffusi. Quanto ai limiti della c.d. "statalizzazione" dell'interesse diffuso alla tutela dell'ambiente, si veda M. CALABRÒ, *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, in *Dir. e soc.*, 2016, 4, 811.

<sup>31</sup> Tralasciando il versante soggettivo, dall'analisi della disciplina si nota come sempre più spesso la legittimazione ad agire degli enti esponenziali sia contornata da un puntuale reticolo normativo che si preoccupa, oltre di stabilire chi può agire, anche e soprattutto di stabilire quale tipo di azione possa essere concretamente esercitata: e così, ad esempio, l'art. 18, comma 5, della l. 349 del 1986 consente alle associazioni ambien-

ziale – elaborato con riguardo alla materia ambientale nella quale, come detto, in seguito all’istituzione del Ministero dell’ambiente, la legittimazione a ricorrere venne riservata alle associazioni iscritte in un apposito registro – secondo cui l’iscrizione nell’elenco non determina un rigido automatismo in ordine alla legittimazione *ad causam*, potendo il giudice all’esito di una concreta verifica ammettere all’esercizio dell’azione anche associazioni non iscritte<sup>32</sup>. D’altronde, recentemente, l’Adunanza plenaria, ha ribadito «l’attualità dell’orientamento giurisprudenziale del c.d. criterio del doppio binario di accertamento», avvertendo che «l’emersione positiva dell’esigenza di protezione giuridica di interessi diffusi è in linea con il ruolo che l’art. 2 Cost. assegna alle formazioni sociali, oltre che con la più evoluta impostazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118 Cost.».

La condizione fondamentale che il giudice amministrativo ha ritenuto di porre per il riconoscimento di tale legittimazione è stata identificata nel

---

taliste individuate in base all’art. 13 di «intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l’annullamento di atti illegittimi»; l’art. 1, comma 4, del d.lgs. 20 Dicembre 2009 n. 198, consente espressamente alle associazioni di categoria di proporre il ricorso per l’efficienza dell’amministrazioni pubbliche e dei concessionari di pubblici servizi nei limiti oggettivi delineati precisamente dal primo comma del medesimo articolo; ancora, gli artt. 140 e 140-bis del d.lgs. n. 206 del 2005 consentono alle associazioni dei consumatori di agire per ottenere l’inibitoria dei comportamenti lesivi (art. 140), ovvero attraverso l’azione di classe per il risarcimento del danno derivante dalla lesione di diritti individuali e omogenei dei diritti dei consumatori (140-bis); l’articolo 32-bis del d.lgs. n. 58 del 1998, prevede che le associazioni dei consumatori inserite nell’elenco dell’art. 137 del d. lgs. n. 206 del 2005 siano legittimate ad agire a tutela di interessi collettivi degli investitori nelle forme previste negli artt. 139 e 140 della medesima fonte normativa.

<sup>32</sup> Ci si riferisce al criterio – elaborato dalla giurisprudenza in materia ambientale – del cd. doppio binario, che viene a distinguere tra la legittimazione *ex lege* delle associazioni di protezione ambientale di livello nazionale riconosciute (che non abbisogna di alcuna verifica) e la legittimazione delle altre associazioni di livello locale, la quale deve essere accertata in ciascuno dei casi concreti con riguardo alla sussistenza di alcuni presupposti. In particolare, gli organismi devono perseguire statutariamente in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale, devono possedere un adeguato grado di rappresentatività e stabilità e devono avere un’area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso. Così, Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2010, n. 885; sempre in materia ambientale, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640. Il dibattito sul tema non è sopito, ed ha portato il Consiglio di Stato, con una recente ordinanza, Cons. Stato, Sez. VI, 23 ottobre 2019, n. 7208, a rimettere la questione all’esame dell’Adunanza plenaria.

criterio sostanzialistico della effettiva rappresentatività da parte dell'organismo ricorrente rispetto agli interessi azionati. Nell'elaborazione giurisprudenziale, l'effettiva rappresentatività postula la sussistenza di ulteriori requisiti<sup>33</sup>, utilizzati in via generale per vagliare nel concreto la legittimazione degli enti che si autoaffermano esponenziali di interessi sovraindividuali: avvalendosi di appositi criteri<sup>34</sup>, oggi la giurisprudenza riconosce con una certa elasticità la legittimazione a ricorrere ad associazioni e ad altri organismi esponenziali, sia nella materia ambientale, con riferimento alla quale tali criteri furono originariamente elaborati, sia fuori di essa<sup>35</sup>.

In definitiva, gli interessi diffusi e collettivi condividono, dunque, la medesima sorte: attraverso la loro imputazione a un ente esponenziale subiscono un processo di sintesi e condensazione, diventando in sostanza,

---

<sup>33</sup> Paradigmatica, tra tutte, la pronuncia Cons. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 2020, n. 6, ben salda nel dimostrare che dall'evoluzione del dato normativo positivo non può in alcun modo discendere una diminuzione della tutela. Cfr. P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, 136. Sulla legittimazione ad agire degli enti esponenziali di interessi diffusi, soprattutto in materia ambientale, si veda Consiglio di Stato, Sez. III, 28 maggio 2021 n. 4116; Consiglio di Stato Sez. VI, 26 gennaio 2022, n. 530; Tar Campania (Napoli), Sez. VI, 7 maggio 2020, n. 1672; Tar Emilia-Romagna (Parma), Sez. I, 27 aprile 2021, n. 102; Tar Lombardia (Milano), Sez. II, 26 novembre 2019, n. 2500; Tar Abruzzo (L'Aquila), Sez. I, 3 gennaio 2022, n. 1.

In dottrina, cfr. C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi*, *op. cit.*, 73–75, che riporta ampia giurisprudenza per ciascuno dei requisiti; nonché D. SICLARI, *Profili di diritto processuale amministrativo*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. DELL'ANNO – E. Picozza, Padova, 2012, I, 403–426; M. CALABRÒ, *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali*, *op. cit.*, 807.

<sup>34</sup> Il riferimento è alla finalità statutaria dell'ente dalla quale possa chiaramente desumersi l'effettiva vocazione dello stesso a tutelare l'interesse azionato; alla stabilità dell'organizzazione dell'ente, che faccia presumere la concreta idoneità dello stesso a perseguire lo scopo statutariamente dichiarato con una certa continuità; alla c.d. *vicinitas*, ovvero lo stabile collegamento territoriale fra l'area di azione abituale dell'organismo ricorrente e il luogo in cui si radica l'interesse tutelando. Quanto al requisito della stabilità, si veda Consiglio di Stato Sez. IV n. 3921 del 18 maggio 2022, in tema di danno ambientale, in cui viene precisato che – specificamente per i comitati – la legittimazione ad impugnare i provvedimenti amministrativi ritenuti lesivi per l'ambiente non può prescindere dal requisito della cosiddetta stabilità temporale, nel senso cioè che la loro attività deve risultare protratta nel tempo e non, invece, insorta proprio e unicamente in funzione dell'impugnazione di quei provvedimenti.

<sup>35</sup> Cfr. Consiglio di Stato, III, 26 ottobre 2009, n. 2549; Tar Lazio, Roma, III, 30 marzo 2010, n. 5169.

interessi individualizzati dell'organizzazione<sup>36</sup>. Ne deriva che, può individuarsi una classe di interessi che, pur appartenendo in linea teorica a soggetti individuali, per un'opzione normativa o esegetica vengono riservati al dominio di soggetti collettivi.

### 3. *Il substrato individuale degli interessi diffusi*

La predicata esistenza di un soggetto esponenziale, quale tramite necessario al fine di accedere ad una effettiva tutela degli interessi collettivi e diffusi, nonostante scongiuri il pericolo di allargare oltremodo la legittimazione a ricorrere<sup>37</sup>, cela il rischio di un eccessivo appiattimento dell'interesse del singolo su quello del gruppo organizzato.

Il carattere ultraindividuale di certe posizioni di vantaggio non dovrebbe monopolizzare il ragionamento dell'interprete e del giudice, che spesso sembrano dimenticare come tali situazioni giuridiche, lungi dal perdere la propria individualità, non smettono di far capo in primo luogo a singoli individui<sup>38</sup>: d'altronde, accettata l'eventualità che l'interesse diffuso possa, spesso attraverso una *fictio iuris*, assumere dignità di posizione qualificata e differenziata solo attraverso la mediazione di una persona giuridica, non si vede come possa negarsi la circostanza che lo stesso sia, innanzitutto, riferibile ad una persona fisica<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> A. ORESTANO, *Interessi seriali, diffusi e collettivi: profili civilistici di tutela*, in *Le azioni seriali*, a cura di S. MENCHINI, Napoli, 2008, 24; C. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 649.

<sup>37</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 135.

<sup>38</sup> «In realtà, quello che si è trascurato e si trascura, nel modello fin qui rappresentato, è che, come si è già accennato, il c.d. interesse diffuso è costituito da tante situazioni, ciascuna delle quali, considerata nella sua originarietà ed autenticità, è schietta mente individuale: sta a sé, è, in idea, separata dalle altre anche se ha contenuti uguali, e lo è (separata) anche in fatto (questo è molto importante) se non fa gruppo con le situazioni simili e sente e di fende il proprio interesse come proprio. Dipende da atteggiamenti personali e circostanze di fatto se il soggetto si «appropria» (mantiene esclusivamente proprio il) suo interesse o lo «conferisce» in una piccola o grande massa (lo rende interesse di massa) così, M. NIGRO, *Le due facce*, *op. cit.*, 15. Sull'argomento C. CUDIA, *op. cit.*, 1194.

<sup>39</sup> Lapidaria quanto chiara l'affermazione di M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso*, *op. cit.* 15, «Così come l'esistenza di un'epidemia non significa che non vi siano malati singoli, ma che ve e sono troppi di una stessa malattia, la diffusione di un interesse non comporta che non vi siano soggetti che ne hanno la titolarità, ma che ve ne sono troppi.»

Se l'art. 9 della l. 241 del 1990 – che attribuisce la facoltà di intervenire nel procedimento (oltre che ai portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati) anche singoli soggetti portatori di interessi pubblici o privati<sup>40</sup> – non è stato ritenuto idoneo da gran parte della dottrina a fondare una autonoma situazione soggettiva tutelabile in sede processuale, nondimeno vi sono ulteriori indici che suffragano questa possibilità.

In primo luogo, la necessaria intermediazione del gruppo organizzato non convince ragionando in termini meramente teorici, dal momento che la circostanza che un interesse possa ricorrere un numero potenzialmente indeterminato di volte in capo a soggetti diversi non può essere di per sé un elemento capace di trasformarne la natura giuridica. In secondo luogo, invertendo la logica argomentativa utilizzata in tema di partecipazione procedimentale, si può ritenere che, pur aderendo alla tesi per cui ad una pretesa procedimentale non faccia *ex se* da contraltare un autonomo diritto azionabile in sede processuale, sembra difficile sostenere che all'introduzione in campo processuale di criteri e di azioni strumentali a tutelare singolarmente interessi (anche ultraindividuali) non sia ricollegabile, sul piano sostanziale, un interesse individuale, idoneo a trascendere quello del gruppo<sup>41</sup>.

Eppure, nonostante le prospettazioni correnti del fenomeno continuano a proporre gli interessi diffusi e collettivi come situazioni che sfuggono alla disponibilità processuale dell'individuo, ad oggi, la giurisprudenza civile ed amministrativa, nell'assolvere il fondamentale quanto delicato

---

Si veda, anche V. VIGORITI, *op. cit.*, 11, secondo il quale la tutela degli interessi collettivi non dovrebbe escludere o espropriare gli interessati del potere di azione autonomo ed individuale, dal momento che, se una condotta potenzialmente plurioffensiva pregiudica tanto interessi individuali, quanto quelli collettivi, la garanzia di tutela riservata a questi ultimi non dovrebbe escludere, ma affiancare quella predisposta per i singoli.

<sup>40</sup> Su questi temi, tra i tanti, M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 409; E. DALFINO, L. PACCIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1992, V, 378.

<sup>41</sup> Come si avrà modo di metter in luce, il giudice amministrativo non nega *tout court* che ad interessi omogenei, interessi cioè di persone che si trovino nelle stesse condizioni, possa riconoscersi carattere particolare (personale), se l'utilità cui il soggetto aspira gli appartiene in toto e non quale quota di una utilità indivisibile e come tale riferibile ad una collettività. Del resto, anche Corte di Cassazione, muovendo dal medesimo ordine di idee, ha più volte affermato che «la serialità» di un interesse coinvolto nell'azione amministrativa non esclude la sua configurabilità come interesse legittimo. Cass. Civ. Sez. un., 20 aprile 1974, n. 1094.

compito di selezione degli interessi azionabili in giudizio, «razzola meglio di quanto non predichi<sup>42</sup>»: valorizzando elementi giuridici e fattuali che, affiancandosi a poteri d'azione normativamente previsti, permettono all'interesse di appuntarsi su un singolo soggetto ed emanciparsi dal gruppo, si dimostra come un accrescimento di tutela sia possibile (oltre che auspicabile) senza addivenire alla scissione tra la domanda di giustizia e la situazione sostanziale fatta valere, quanto piuttosto dando il giusto rilievo alla componente soggettivistica che si staglia sullo sfondo anche di quegli interessi intrisi da venature oggettivistiche, come quelli ultraindividuali.

### 3.1. *Un cenno alle azioni popolari*

In questa prospettiva, una delle tematiche nella quale emerge in maniera più evidente l'accennata tensione tra la natura *prima facie* oggettiva dell'interesse in gioco e la coesistenza di un'autonoma posizione individuale vantata dal soggetto agente, è quella delle azioni popolari<sup>43</sup>.

Da un lato, l'eccentricità delle azioni in parola rispetto ai canoni del nostro sistema processuale, e dall'altro, le prime interpretazioni dell'istituto, legate all'origine ed alla configurazione dello stesso nel diritto romano<sup>44</sup>, hanno sicuramente condizionato il pensiero degli studiosi chiamati ad analizzarlo e a ricondurlo nelle logiche del diritto vigente.

Secondo le tesi più ricorrenti, le azioni popolari configurerebbero una

---

<sup>42</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 136.

<sup>43</sup> In estrema sintesi, le azioni popolari comprendono una serie di ipotesi, normativamente disciplinate, nelle quali la legittimazione ad agire viene riconosciuta a 'chiunque' o ad una moltitudine di soggetti a priori difficilmente delimitabile, senza che sia necessaria una preliminare verifica giudiziale in ordine alla titolarità di una sottostante posizione sostanziale. Si vedano l'azione popolare comunale, l'azione in materia elettorale, quella in materia edilizia; in dottrina cfr. A. LUGO, *Azione popolare. Parte generale*, in *Enc. Dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 863; D. BORGHESI, *Azione popolare*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 7; L. PALADIN, *Azione popolare*, in *Nss. D. I., II*, Torino, 1958, 91. Recentemente la Corte di Cassazione, sez. un., 18 dicembre 2020, n. 29106, ha assimilato all'azione popolare la particolare azione prevista l'articolo 28, comma 12, della legge 242/2012 – la quale legittima ciascun avvocato opporre reclamo per vedere riconosciuta la legittimità dell'elezione dei componenti del consiglio, sul presupposto che anche in tale ipotesi si prescinde dalla specifica titolarità di una situazione giuridica soggettiva qualificata in capo all'attore e dal conseguimento di uno specifico effetto positivo in suo favore, a fronte della rilevanza di un interesse dotato di una connotazione pubblicistica.

<sup>44</sup> Com'è noto, l'azione popolare è un antico istituto di origine romana, riportato

forma di tutela oggettiva, volta al ripristino della legalità violata nell'interesse generale e non nell'interesse del singolo ricorrente, il quale talvolta viene considerato come un organo dello Stato<sup>45</sup>, ovvero, accentuando

nel Digesto giustiniano sotto la rubrica “*de popularibus actionibus*”. Nella visione tradizionale si ritiene che il *quisque de populo* fosse, in realtà, legittimato a far valere un interesse non proprio, ma dello Stato, rispetto al quale finiva per assumere un ruolo procuratorio, inquadrabile nello schema del mandato con rappresentanza. Un ulteriore orientamento – dal quale con tutta probabilità discende la distinzione, tutt’oggi in auge, tra azioni popolari suppletive e correttive – annovera tra le azioni popolari di diritto romano propriamente dette solo quelle di origine pretoria, che comportavano un provento a favore dell’attore, a differenza di quelle previste dalla legge, a cui nel caso di vittorioso esperimento conseguiva una condanna del convenuto al pagamento di una somma a favore dello stato. Dando per buona quest’impostazione, è evidente che solo nella prima ipotesi l’attore popolare agirebbe a tutela di un proprio interesse. Sul tema, A. SACCOCCIO, *La tutela dei beni comuni. Per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle res communes omnium e delle res in usu publico*, in *Diritto@ Storia*, XI, 2013; A. LUGO, *op. cit.*, 145, che ricorda come fosse considerata una peculiarità non idonea ad intaccare il carattere dell’azione popolare la circostanza che l’attore, pur perseguendo l’aggressore del pubblico interesse, acquisisse l’importo della multa nel caso di esito positivo del giudizio, o fosse ammesso a richiedere l’applicazione di pene pecuniarie a favore dello Stato, con la possibilità di conseguirne una parte a titolo di premio.

<sup>45</sup> In tal senso, A. CODACCI PISANELLI, *Le azioni popolari*, Napoli, 1887, 15; V. CRISAFULLI, *Azione popolare*, in *Nss. D. I.*, II, Torino, 1937, 140, a mente del quale il ricorso popolare rappresenta un mezzo «fondamentalmente diretto alla cura del diritto obiettivo», e questo «indipendentemente da ogni movente o preoccupazione di utilità personale diretta e immediata». In giurisprudenza, *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1058; nonché Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9323; Consiglio di Stato, Sez. V, 7 marzo 2001, n. 1342 (in materia di giudizio elettorale). In termini analoghi anche le Sezioni unite della Corte di Cassazione, 23 febbraio 2001, n. 73, in sede di regolamento di giurisdizione, che parlano in proposito di «una legittimazione diffusa e fungibile (...), accordata dall’ordinamento in funzione di un interesse pubblico alla regolare composizione ed al retto funzionamento degli organi collegiali degli enti pubblici territoriali, e che trova la sua ragion d’essere nell’opportunità di utilizzare l’iniziativa di qualsiasi cittadino elettore, diretta ad eliminare eventuali illegittimità verificatesi in materia di elettorato amministrativo». Leggendo a contrario le argomentazioni della giurisprudenza in tema di condizioni e presupposti dell’azione, emerge come tutt’oggi l’opinione prevalente ritiene che le azioni popolari siano volte al mero ripristino della legalità. Cfr. Tar Lombardia (Milano), Sez. III, 17 agosto 2020, n.1578; Tar Molise (Campobasso), Sez. I, 23 gennaio 2023, n.27; Consiglio di Stato, Sez. III, 15 aprile 2020, n.2428; Tar Lazio (Roma), Sez. II, 3 febbraio 2020, n. 1408; Consiglio di Stato, Sez. I, 18 dicembre 2019 n. 3182; Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 dicembre 2013 n. 5830; Consiglio di Stato, ad. plen., n. 4 del 2011. Sul tema, G. ZANOBINI, *L’esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 1955, 96.

una supposta funziona procuratoria, quale sostituto processuale<sup>46</sup>. È proprio la visione tradizionale dell'azione popolare, in ottica di controllo e mero ripristino della legalità, alla base della nota distinzione tra le azioni popolari c.d. suppletive (dette anche sostitutive o procuratorie) e quelle c.d. correttive: soltanto con le prime<sup>47</sup> – il cui prototipo è rappresentato da quella prevista all' 9 comma 1, del T.U.E.L. (d.lgs. 267/2000) ai sensi del quale «ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia» – l'attore popolare si sostituisce all'ente per far valere nei confronti di un terzo un diritto o un interesse legittimo facenti parte del patrimonio dell'ente stesso; con le seconde – esperibili dal cittadino elettore in materia di operazioni elettorali di Consigli regionali, provinciali o comunali ex art. 70 del T.U.E.L.<sup>48</sup> – si tenderebbe, piuttosto, a correggere una situazione di illegittimità posta in essere dalla stessa amministrazione, la quale assumerà la veste di legittimata passiva nel relativo giudizio. Tuttavia, alla luce di una simile ricostruzione lo Stato sarebbe, in un caso, legittimato passivo dell'azione del singolo (nelle azioni popolari correttive), in un altro caso, titolare effettivo del diritto per la cui

---

<sup>46</sup> Per l'applicazione alle sole azioni popolari suppletive dell'istituto della sostituzione processuale che, com'è noto, trova il suo fondamento nell'art. 81 Cpc., cfr., per primo G. MANCA, *Sulla natura giuridica dell'azione popolare*, Cagliari, 1911; ma anche cfr. anche G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1928, 4a ed., 600 ss.; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, 379 ss.; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di procedura civile*, Milano, 1942, 214 ss.

<sup>47</sup> Come recentemente ribadito dal Tar Campania, Napoli, Sez. I, 1 agosto 2019, n. 4239.

<sup>48</sup> Sempre nell'alveo delle azioni popolari correttive: l'azione popolare in materia di elettorato attivo, prevista dagli artt. 20 e 42 del D.P.R. 223/1967, a norma dei quali «ogni cittadino» può proporre ricorso alla commissione elettorale avverso ogni iscrizione, cancellazione, diniego di iscrizione od omissione di cancellazione nelle liste elettorali (fare c.d. amministrativa); e contro le decisioni della commissione elettorale «qualsiasi cittadino» può poi proporre impugnativa davanti alla Corte d'Appello; l'azione popolare in materia di elezioni amministrative che permette a «ciascun elettore» di far valere: davanti al giudice ordinario l'ineleggibilità dei consiglieri (comunali, provinciali e regionali) eletti ex art. 1, l. 1147/1966 e 17, l. 108/1968; davanti al giudice amministrativo l'illegittimità delle operazioni relative alle elezioni comunali, provinciali o regionali, ed eventualmente ottenere l'annullamento dell'intero procedimento per *errores in procedendo*; l'azione popolare in materia di elezioni al parlamento europeo, oggi regolate agli artt. 126-132, d.lgs. n. 104 del 2010.

tutela il *civis* esercita l'azione popolare stessa (azioni popolari suppletive)<sup>49</sup>.

Eppure, ponendosi da un diverso angolo visuale – e ricercando la vera ragione unificante delle azioni popolari nella loro funzione, ovvero nella rivendicazione da parte del *quivis* di un diritto proprio<sup>50</sup>, piuttosto che nella legittimazione ad agire – anche le azioni in parola potrebbero rivelarsi strumento utile a mettere in luce la circostanza, logica prima che giuridica, che una posizione giuridica comune ad un numero imprecisato di soggetti si radichi prima di tutto in capo ad un singolo<sup>51</sup>.

In definitiva, pur senza dimenticare o sottovalutare il carattere cangiante della posizione giuridica tutelata in queste ipotesi<sup>52</sup>, sembra che una

---

<sup>49</sup> Per i termini della distinzione, anch'essa fatta propria dalla dottrina largamente dominante, cfr. A. LUGO, *Azione popolare (in generale)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 867; L. PALADIN, *Azione popolare*, *op. cit.*, 90 s.; D. BORGHESI, *Azione popolare*, *op. cit.* 7; A. SGRO, *L'azione popolare suppletiva*, in *Nuova Rass. di legislaz., dottr. e giurispr.*, 1985, VII, 679 ss. Nelle azioni popolari suppletive, quindi, l'attore popolare sarebbe soltanto un rappresentante dello Stato, così vd. G. ZANOBINI, *L'esercizio privato*, *op. cit.*, 274 ss.

<sup>50</sup> Ancora sotto il profilo funzionale, le due fattispecie di azione popolare vengono spesso ricondotte ad unità, dal momento che in entrambi i casi si riconosce l' idoneità dello strumento ad essere inteso quale «mezzo di partecipazione del popolo a certi momenti dell'attività delle pubbliche amministrazioni». Così, L. PALADIN, *Azione popolare*, *Ns. Dig.*, II, 1958, Torino, 90. Critica sul punto C. CUDIA, *Appunti sulla tutela delle posizioni giuridiche di carattere (anche) ultraindividuale*, *op. cit.*, 1971, secondo la quale, il riferimento ad una presunta funzione democratica finirebbe per snaturare la caratteristica principale delle azioni popolari, ovvero l'irrelevanza dei motivi che animano l'attore popolare, con la pericolosa conseguenza di finire per negare l'esperibilità di tali azioni nei casi in cui l'esercizio della partecipazione si sarebbe rilevato *ex post* ininfluente.

<sup>51</sup> In dottrina si è parlato, ad esempio, di «un diritto civico» che spetti in proprio ad ogni cittadino; così L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milano, 1951, 398; ovvero di «diritti soggettivi della personalità umana» Cfr. A. POSTIGLIONE, *Il rapporto diritto-ambiente nel quadro della tutela degli interessi diffusi e collettivi, il ruolo della Corte di Cassazione*, in *Atti del Convegno promosso dalla sezione di Bologna di Italia Nostra*, cit., 72.

<sup>52</sup> Si tratta, infatti, di diritti o interessi «privati caratterizzati dalla pari fruizione dei beni suscettibili di usi generali, senza che la possibilità di riferirli alla collettività dei cittadini debba portare a confonderli con gli interessi 'pubblici' in senso proprio» Cfr. V. DENTI, *Profili civilistici della tutela degli interessi diffusi*, in *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività. Atti del Convegno promosso dalla sezione di Bologna di Italia Nostra*, cit., 44 ss. D'altronde il carattere 'uno e plurimo' della posizione giuridica azionata emerge ancora una volta in sede processuale: ulteriore peculiarità comune a tutte le ipotesi di azione popolare è, infatti, il carattere della cd. fungibilità processuale, intesa come facoltà concessa a qualsiasi legittimato di proseguire la causa avviata da altro attore popolare in caso di inerzia di quest'ultimo, nonché di impugnare la sentenza che conclude la fase

moderna ricostruzione dell'istituto dell'azione popolare in termini marcatamente soggettivistici<sup>53</sup> permetta di individuare il naturale portatore dell'interesse per cui si agisce in linea con i principi del nostro processo amministrativo. Al tempo stesso, tale impostazione valorizzerebbe la circostanza che il singolo agisca quale membro di una collettività per la tutela di un interesse che, anziché dissolversi nell'interesse pubblico, viene considerato suo proprio e, allo stesso tempo, comune agli altri membri della collettività di riferimento<sup>54</sup>.

### 3.2. *La parabola della c.d. vicinitas*

Connesso alla tematica delle azioni popolari dalle quali trae origine, vi è un ulteriore strumento, di creazione giurisprudenziale e dotato di una notevole forza espansiva, che consente agli interessi diffusi di farsi largo nel mondo delle posizioni giuridicamente rilevanti: il c.d. criterio della *vicinitas* (o «del radicamento territoriale»).

Alla base di tale criterio vi è la presa d'atto, materiale prima che giuridica, che gran parte delle esigenze e dei bisogni umani si sviluppino e

---

processuale a cui non ha partecipato. Tale caratteristica, ontologicamente coerente con le funzioni e la natura dell'istituto *de quo*, si giustifica in quanto il giudicato che viene a crearsi a seguito dell'esercizio dell'azione popolare sarà destinato ad esplicare effetti *ultra partes*, risultando vincolante per tutti i soggetti legittimati a proporre l'azione stessa.

<sup>53</sup> Il riferimento è a C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi*, *op.cit.*, 273 ss.; e, della stessa A., *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni: l'interesse diffuso (finalmente) si «concentra» sull'individuo* (in margine a Tar Lazio, Roma, 20 gennaio 2011, n. 552), in *Giustamm.it*, 2011. Per certi versi analoga la posizione di R. LOMBARDI, *Azioni popolari "atipiche" a tutela degli interessi diffusi*, in *Giustamm.it*, 2008.

<sup>54</sup> Quanto detto si evince nitidamente nell'ambito del giudizio elettorale: in quest'ambito sembra che l'interesse del corpo elettorale alla corretta formazione dell'assemblea rappresentativa, l'interesse generale al rispetto della normativa elettorale, e l'interesse dell'ente a cui la consultazione elettorale si riferisce, non siano in grado di svuotare l'interesse del singolo, il quale, in qualità di elettore «è da ritenersi portatore di un interesse sostanziale collegato alla titolarità del diritto di voto e alla garanzia della sua fedele espressione». F. LIGUORI, *Azione popolare a tutela del diritto di voto nel processo amministrativo*, *op.cit.*, 30. Una completa ricostruzione del significato attuale dell'*actio popularis* osservata alla luce dell'evoluzione storica dell'istituto sin dal diritto romano si ritrova in S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, 317 ss. Per una prospettiva più sistematica, si vedano F. FIGORILLI, *L'azione popolare. Profili generali*, in *Cittadinanza ed azioni popolari*, a cura di F. ASTONE – F. MANGANARO – A. ROMANO TASSONE – F. SAIITA, Soveria Mannelli, 2010, 18.

si organizzino, *in primis*, in una dimensione territoriale<sup>55</sup>; il fine al quale si giunge è quello di differenziare, e quindi giuridicizzare, l'interesse diffuso sul presupposto concreto che lo stesso risulti circoscritto nell'ambito di un delimitato ambiente naturale, localizzabile ed individuabile. La possibilità di perimetrare l'interesse rende, così, superflua la ricerca di un centro di imputazione collettivo che ne assuma la titolarità, potendo la stessa radicarsi autonomamente in capo ad uno o più titolari individuali.

La parabola della *vicinitas*, tuttavia, ha seguito un andamento tutt'altro che lineare.

Il concetto di prossimità, o radicamento territoriale, è stato inizialmente impiegato dal giudice amministrativo al fine di circoscrivere e limitare la portata del «chiunque» al quale l'art. 31, l. 17 agosto 1942, n. 1150 – anche a seguito della novella apportata con l'art. 10 della legge-ponte<sup>56</sup> – aveva attribuito la legittimazione a impugnare le licenze edilizie illegittime<sup>57</sup>.

Probabilmente eludendo la volontà del legislatore, che attraverso il richiamo al «chiunque» sembrava aver optato per l'introduzione di una speciale azione popolare in materia edilizia, da quel momento, l'orientamento assolutamente pacifico in giurisprudenza – chiaramente finalizzato a limitare ricorsi pretestuosi o meramente emulativi – considerava sufficiente la legittimazione a impugnare una concessione edilizia solo qualora fosse rintracciabile «una posizione qualificata e differenziata, quale quella dei proprietari di immobili siti nella zona in cui la costruzione è permessa, e quella di coloro che si trovano una situazione di stabile colle-

<sup>55</sup> B. CARAVITA, *op. cit.*, 195.

<sup>56</sup> Com'è noto, l'art. 10 della legge-ponte n. 765 del 1967 sanciva che «[c]hiunque può prendere visione presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della concessione edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione».

<sup>57</sup> Il riferimento è alla nota Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 1970, n. 523; in dottrina v. E. GUICCIARDI, *La decisione del "chiunque"*, in *Giur. it.*, 1970, III, 193; A.M. SANDULLI, *L'azione popolare contro le licenze edilizie*, in *Riv. giur. edil.*, 1968, II, 3. In chiave critica, per un giudizio sulla menzionata pronuncia, si v. F.G. SCOCA, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, *op. cit.*, 43 ss., ove si afferma che «la V Sezione, in una decisione tanto nota quanto benmotivata (...), fa uno sforzo logico enorme, sfruttando argomenti di carattere grammaticale, sistematico, costituzionale, per dimostrare che il legislatore non ha voluto... quello che ha espressamente scritto».

gamento con la stessa»<sup>58</sup>. Detto in altri termini, attraverso l'interpretazione della disposizione fondata sul criterio del c.d. insediamento abitativo, la legittimazione ad agire non sarebbe *de plano* estesa a tutti i cittadini, ma esclusivamente a coloro che vantino la titolarità di un interesse posto in una situazione di stabile collegamento con l'area su cui provvedimento contestato verrà ad incidere.

Eppure, nonostante la giurisprudenza fosse granitica nel ritenere che la disposizione in esame non avesse introdotto una nuova azione popolare<sup>59</sup>, dai primi anni Settanta ad oggi, non sembra possibile rinvenire nell'atteggiamento dei giudici altrettanta certezza in ordine al concreto parametro da utilizzare per individuare i soggetti legittimati all'impugnazione dei titoli edilizi.

La nozione di *vicinitas*, come tutti i concetti giuridici indeterminati, risulta estremamente ambigua e generica, e proprio tale circostanza è alla base di un'applicazione giurisprudenziale del criterio troppo spesso oscillante, alla quale la recente Adunanza plenaria ha cercato di porre rimedio.

Con la sentenza n. 22 del 9 dicembre 2021<sup>60</sup>, il Supremo consesso

---

<sup>58</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7591.

<sup>59</sup> Emerge, ancora una volta, l'ancestrale diffidenza della giurisprudenza verso le azioni popolari in un processo a natura soggettiva come quello amministrativo, risultato di una concezione datata che considera tale azioni esperibili dai singoli individui per lo più a tutela dell'interesse generale dello Stato; visione che, come si è cercato di mettere in luce nei paragrafi precedenti, ben potrebbe ritenersi superava in favore del riconoscimento nell'ambito delle azioni popolari del «l'esercizio di un potere d'azione giurisdizionale fondato sulla funzione di tutela di un interesse del cittadino, che è suo proprio, in quanto rappresentante della comunità di appartenenza, ma al contempo è comune, in quanto egli ne è titolare insieme con altri cittadini che formano la medesima comunità». Cfr. F. SAITTA, *C'era una volta un'azione popolare... mai nata*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 6, 1° dicembre 2021, 239.

<sup>60</sup> Cons. Stato, ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22, in *Urb. e app.*, 2022, 166 ss. con note di B. GILIBERTI, *Vicinitas e interessi diffusi. Legittimazione ed interesse ad agire nel processo amministrativo alla luce di due recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria*; B.G. DI MAURO, *Note alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22/2021: tra insufficienza e liquidità del criterio della vicinitas e definitiva emersione dell'interesse al ricorso*; G. FRANCHINA, *Criterio della vicinitas ed interesse al ricorso al vaglio dell'Adunanza Plenaria*. Si rinvia, ancora a F. SAITTA, *L'impugnazione del permesso di costruire nell'evoluzione giurisprudenziale: da azione popolare a mero (e imprecisato) ampliamento della legittimazione a ricorrere*, in *Cittadinanza e azioni popolari*, 169 ss; dello stesso autore, *C'era una volta un'azione popolare... mai nata*, *op. cit.*, 239; S. TRANQUILLI, *Sull'incerto rapporto tra vicinitas e "vicinanza della prova" dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22/2021*. Nota a: *Consiglio di Stato ad. plen.*, 09 dicembre 2021, n.22, in *Il Processo*, 1, 2022, 202.

amministrativo ha tentato di sciogliere uno dei principali nodi irrisolti in materia. In ragione del costante dibattito in tema di condizioni dell'azione, e tenuto conto della eterogeneità degli approdi giurisprudenziali sul punto<sup>61</sup>, con tale pronuncia viene definitivamente riaffermata la distinzione concettuale e l'autonomia delle nozioni della legittimazione ad agire, da un lato, e dell'interesse al ricorso, dall'altro, con la precisazione che, nella materia edilizia, il criterio della *vicinitas*, seppur idoneo a fondare la legittimazione, non è *ex se* sufficiente a dimostrare anche la sussistenza dell'interesse al ricorso, inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato, la cui sussistenza dovrà necessariamente essere vagliata dal giudice, anche d'ufficio<sup>62</sup>.

Per quanto coerente a livello teorico, l'esito cui giunge la plenaria

---

<sup>61</sup> In estrema sintesi, si tratta di quello maggioritario (cui, si ricorda, aderiscono anche le Sezioni Unite della Cassazione) per cui la "*vicinitas*" assorbe in sé tanto il profilo della legittimazione ad agire che quello dell'interesse al ricorso; e quello, minoritario, più rigoroso, secondo il quale il «vicino» deve comunque fornire la dimostrazione anche dell'interesse al ricorso in termini di concreto pregiudizio derivante dal titolo edilizio impugnato.

<sup>62</sup> L'Adunanza plenaria, dopo un *excursus* storico-normativo, ha risposto al quesito nel senso che, «riafferma la distinzione e l'autonomia tra legittimazione e interesse al ricorso quali condizioni dell'azione, è necessario in via di principio che ricorrano entrambi e non può affermarsi che il criterio della *vicinitas*, quale elemento di differenziazione, valga da solo ed in automatico a soddisfare anche l'interesse al ricorso», dovendosi intendere quest'ultimo «come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato», cit. Consiglio di Stato, ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22. Sul tema dell'interesse a ricorrere nella particolare materia edilizia pare opportuno segnalare l'esistenza di alcune pronunce che, seppur saltuarie, potrebbero addirittura finire per eludere il dictum della plenaria. Più in generale, estendendo le ricostruzioni svolte in materia procedure concorsuali o selettive, si è osservato che in ambito urbanistico fosse sufficiente a fondare un interesse al ricorso anche il solo interesse strumentale all'annullamento dell'atto pianificatorio in vista dei possibili ed auspicati vantaggi desumibili dal rinnovo della procedura, specie ove si facciano valere vizi di legittimità della procedura di formazione dell'atto tali da implicarne il possibile annullamento. Cfr. fra le tante, Consiglio di Stato, Sez. V, 15 novembre 2001, n. 5839; Tar Lazio (Roma), 19 marzo 2009, n. 2860; Tar Emilia-Romagna (Bologna), 29 gennaio 2015, n. 224; Tar Lombardia (Milano), 27 gennaio 2010, n. 188. Propone un'interpretazione meno restrittiva dell'interesse a ricorrere nel processo amministrativo, in quanto più in linea di giudizio che deve guardare al rapporto e con i bisogni dello sviluppo e della ripresa economica, F. CAPORALE, *Interesse a ricorrere e nuovi modelli di regolazione dei mercati: alcune considerazioni a partire dalla determinazione della tariffa del servizio idrico*, in *Federalismi.it*, 5, 2022, 32 ss.; P. URBANI, *L'interesse a ricorrere avverso i titoli edilizi: i legittimati dalla vicinitas*, in *Urb. e app.*, 2015, 92 ss..

appare tutt'altro che scontato: se, da un lato, il criterio della *vicinitas* nella materia edilizia nasce per contenere la portata dell'art. 10 della legge del 1967 per poi essere ulteriormente circoscritto dalla sentenza in parola, dall'altro lato, dalle attuali linee di tendenza in ambito sostanziale e processuale<sup>63</sup> emerge come, per una sorta di eterogenesi dei fini, lo stesso criterio risulti strumentale e decisivo per l'ampliamento della legittimazione processuale e, di conseguenza, del novero posizioni giuridiche (anche individuali) tutelabili in giudizio<sup>64</sup>.

Ecco allora che, alla luce di nuove esigenze ordinamentali mosse prevalentemente da ragioni di giustizia sostanziale, si assiste in giurisprudenza ad un uso sempre più elastico e flessibile del concetto di *vicinitas* che, lungi dall'essere limitato al criterio spaziale della stretta contiguità geografica, ha finito per ricomprendere al suo interno l'interesse sostanziale declinato in differenti sfumature, rendendo possibile individuare una forma di tutela anche per interessi di natura diversa come, a titolo esemplificativo, quello all'esercizio di un'attività imprenditoriale a carattere commerciale, ambito

---

<sup>63</sup> Si segnala a titolo esemplificativo, il cambio di prospettiva a far data dall'entrata in vigore della normativa anticorruzione del 2012, a seguito della quale il legislatore ha puntato sul controllo diffuso rimesso al senso civico dei cittadini, come dimostrato anche dall'introduzione dell'accesso civico, inteso a rendere meno difficile e costosa l'esercizio di un effettivo controllo democratico sull'esercizio dei pubblici poteri. Nella stessa direzione, ha osservato pure la Plenaria, «la legittimazione al ricorso 'riversata' è collegata alla teoria dei cd. beni comuni e diventerebbe uno strumento per controllare, anche in forme giurisdizionali, i governanti e i poteri pubblici, come in parte sembrerebbe confermare la recente disciplina sull'accesso civico di cui al d.lgs. 33/2013 dove all'art. 5, comma 2 riappare, a distanza di molti decenni, la parola «chiunque» cit. Cons. Stato, ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22. Sul tema, F. SAITTA, *C'era una volta un'azione popolare...*, op. cit., 239; dello stesso autore, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubb.*, 2019.

<sup>64</sup> D'altronde, con la pronuncia in commento la stessa Adunanza plenaria, pur optando per la tesi più drastica in punto di condizioni dell'azione che poco si discosta dagli schemi tradizionali dell'interesse legittimo e del processo di natura soggettiva, ha avvertito l'esigenza di sottolineare come la legittimazione a ricorrere sia da taluno «messa in relazione con il principio di sussidiarietà in senso orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost., trovandovi il fondamento per nuovi 'diritti civici' sui quali costruire una cittadinanza attiva che nella tutela dinanzi al giudice amministrativo troverebbe una delle sue possibili forme di espressione e manifestazione». Sull'argomento S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, 375 ss., che si rifa all'art. 118 Cost. e alla sussidiarietà orizzontale per giustificare la creazione di nuovi interessi sostanziali, differenziati e giuridicamente qualificati, e la conseguenziale proliferazione delle posizioni legittimanti riconosciute *uti civis* dalla giurisprudenza.

nel quale col concetto di *vicinitas* si fa riferimento ad un «medesimo centro economico», ovvero al «bacino d'utenza»<sup>65</sup>.

Successivamente, ampliando ulteriormente il catalogo degli interessi giuridicamente rilevanti, la *vicinitas* è stata adoperata in altri ambiti del diritto amministrativo, in particolare, in tema di diritto alla salute e in materia ambientale, con risultati in qualche modo distonici rispetto a quelli raggiunti in materia edilizia<sup>66</sup>.

L'operazione di creazionismo giurisprudenziale volta al progressivo riempimento contenutistico del concetto di *vicinitas* svela come, in

---

<sup>65</sup> Si parla di *vicinitas* commerciale per identificare il criterio, spesso utilizzato in giurisprudenza, idoneo a definire, in presenza del «*medesimo bacino di utenza del concorrente*», una situazione di stabile collegamento fra il ricorrente qualificato per l'attività esercitata e la zona in cui l'intervento assentito dovrà essere realizzato. Tale collegamento, indeterminato quanto quello modulato in ordine alla mera prossimità territoriale, va valutato tenendo conto della natura e delle dimensioni dell'opera programmata, della sua destinazione, delle sue implicazioni urbanistiche e di tutte le conseguenze per chi vi risiede, con la conseguenza di ammettere che il bacino di utenza da prendere in considerazione possa estendersi anche in relazione a strutture poste tra loro a notevole distanza. Cfr. Consiglio di Stato, IV, 12 settembre 2007, n. 4821; più di recente, Consiglio di Stato, IV, 7 maggio 2015, n. 2324; Consiglio di Stato, IV, 19 novembre 2015, n. 5278; Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 settembre 2014, n. 4480; Tar Calabria (Catanzaro), 5 settembre 2022, n. 1497; Tar Bolzano, 25 gennaio 2017, n. 34; Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3144; Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 7 novembre 2022, n. 1150; Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 gennaio 2013, n. 489; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 novembre 2012, n. 6113; Consiglio di Stato, Sez. IV, 24 aprile 2018, n. 2458; Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563; Consiglio di Stato, Sez. V, 23 febbraio 2017, n. 853; Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5278. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 19 novembre 2018, n. 6527. Recentemente, Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 marzo 2022, n. 2268, ha poi chiarito che, nelle ipotesi di impugnazione di un titolo edilizio correlato ad un'autorizzazione commerciale da parte di un operatore economico, il criterio dello stabile collegamento territoriale che deve legare il ricorrente all'area di operatività del controinteressato per poterne qualificare la posizione processuale, e conseguentemente il diritto di azione, deve essere riguardato in un'ottica più ampia rispetto a quella usuale. In coerenza con quanto asserito nella recente Adunanza plenaria n. 22 del 2021, occorre ribadire che anche in quest'ambito è necessario che il ricorrente dimostri, altresì, sul piano dell'interesse a ricorrere, il potenziale apprezzabile calo del volume di affari in dipendenza dell'intervento assentito e così il pregiudizio attuale e concreto subito dai provvedimenti impugnati; ciò specialmente -considerato che anche la distanza chilometrica tra attività non è di per sé ostativa al riconoscimento della legittimazione ad agire - se le attività sono collocate a notevole distanza tra loro.

<sup>66</sup> A partire dalla nota pronuncia del Consiglio di Stato, ad. plen., 19 ottobre 1979, n. 24; v. anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 marzo 2003, n. 1600.

un'ottica di giustizia sostanziale, un approccio più flessibile al concetto di legittimazione venga spesso considerato uno degli strumenti più utili per addivenire, attraverso la ricerca di criteri di imputazione personali, ad una tutela piena ed effettiva anche di situazioni trascendenti – ma comprendenti – la sfera giuridica del singolo cittadino<sup>67</sup>.

Se, allora, quanto affermato dalla recente Adunanza plenaria in tema di *vicinitas* possa *prima facie* apparire in controtendenza rispetto all'accennata impostazione, attraverso l'analisi del vastissimo tema della tutela dell'ambiente dall'angolo visuale di chi intende valorizzare l'emersione dell'individuale dal collettivo, si tenterà di evidenziare come la portata potenzialmente 'limitativa' del *dictum* della pronuncia n. 22 del 2021 venga in certo senso ridimensionata, dalla più recente giurisprudenza in materia ambientale.

Si ritiene di poter escludere, infatti, che principi enunciati nella decisione della plenaria possano essere automaticamente estesi anche a quei giudizi nei quali si controverte su questioni che non riguardano, in senso stretto, la materia urbanistico-edilizia, e in cui entrano in gioco i delicati temi della protezione ambientale che, da sempre, ricevono preminente attenzione<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Attraverso il criterio legittimante, in tal modo, la tutela di un oggetto giuridico metaindividuale viene a condensarsi attorno a un centro di imputazione soggettivo. Si rimanda, per tutte, a Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2002 n. 6657: «Il criterio della *vicinitas* costituisce la base del riconoscimento della legittimazione ad agire ai singoli che agiscono a tutela del bene ambientale e, in particolare, a tutela di interessi incisi da atti che li ledono direttamente e personalmente, unitamente all'intera collettività che insiste sul territorio». Analogamente si veda Tar Lombardia, Sez. II, 7 ottobre 2003, n. 4513: «Secondo il criterio della *vicinitas*, intesa come una posizione di collegamento stabile con la zona interessata da un intervento suscettibile di alterare l'equilibrio ambientale, ai soggetti residenti nelle vicinanze della fonte della potenziale lesione è riconosciuta la *legittimatio ad causam uti singuli* avverso provvedimenti ambientali di localizzazione, generalmente lesivi di interessi superindividuali o localmente diffusi, con la conseguenza che l'esplicita legittimazione riconosciuta alle associazioni ambientaliste di dimensione nazionale o ultraregionale, non può valere ad escludere, di per sé sola, la legittimazione dei singoli cittadini che agiscono, in quanto residenti, a protezione dell'ambiente, della natura e della qualità della vita». Cfr. anche Tar Liguria, Sez. I, 25 ottobre 2004, n. 1480; Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 marzo 2009, n. 1213.

<sup>68</sup> D'altronde, come è stato opportunamente messo in luce, è dal tenore letterale della stessa pronuncia che emerge da un lato, la volontà di circoscriverne l'ambito applicativo alla sola materia edilizia, quando, nel giustificare l'allontanamento dai principi espressi dalla Cassazione per cui il requisito della *vicinitas* risulterebbe *ex se* idoneo a fondare tanto

A ben vedere, infatti, l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa in materia ambientale<sup>69</sup>, anche successivo alla decisione dell'Adunanza Plenaria in esame<sup>70</sup>, rimane tendenzialmente solido nel ribadire il principio per cui in queste ipotesi ai fini della legittimazione in giudizio non è necessario che i soggetti ricorrenti, qualora radicati stabil-

---

la legittimazione che l'interesse al ricorso, viene sottolineato che in quelle ipotesi non si verteva di cause di edilizia «in senso stretto» (al § 3); dall'altro, viene ribadita – attraverso un richiamo ai principali sistemi giudiziari influenzati dal diritto europeo – «una convergenza su talune linee di fondo», tra queste, l'«estensione della legittimazione ad agire in materia ambientale, realizzatasi un po' ovunque» (al § 4). Quanto agli orientamenti della giurisprudenza civile, cfr. Corte di Cassazione, sez. un., ordinanza del 30 giugno 2021, n. 18493. Secondo il giudice nomofilattico, chiamato a pronunciarsi in un giudizio di impugnazione nei confronti di una decisione del Tribunale superiore delle acque pubbliche, «Il requisito della *'vicinitas'* è sufficiente al fine di radicare la legittimazione attiva e l'interesse a ricorrere avverso la realizzazione di un'opera, senza che occorra la prova puntuale della concreta pericolosità della stessa, né ricercare un soggetto collettivo che assuma la titolarità della corrispondente situazione giuridica, avendo peraltro – nel caso di specie – i ricorrenti altresì allegato le paventate conseguenze dannose scaturenti, sotto il profilo della salute e dell'ambiente, dall'attuazione degli impugnati provvedimenti. Il requisito della *'vicinitas'* aggiunge, così, l'elemento della differenziazione ad interessi qualificati, che appartengono a tanti soggetti facenti parte di una comunità identificata in base ad un prevalente criterio territoriale ed evolvono in situazioni giuridiche tutelabili in giudizio, allorché l'attività conformativa della Pubblica Amministrazione incida in un determinato ambito geografico, modificandone l'assetto nelle sue caratteristiche non solo urbanistiche, ma anche paesaggistiche, ecologiche e di salubrità, e venga nel contempo denunciata come foriera di rischi per la salute.»

<sup>69</sup> Cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 dicembre 2017, n. 6667; Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 novembre 2020, n. 6862; cfr. Consiglio di Stato, Sez. II, 10 marzo 2021, n. 2056; Consiglio di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015 n. 263; Tar Abruzzo (L'Aquila), Sez. I, 20 aprile 2016 n. 237; Tar Abruzzo (L'Aquila), Sez. I, 1° marzo 2016 n. 117; Tar Marche, Sez. I, 10 gennaio 2014 n. 65. Più recentemente, ma sempre precedente alla plenaria n. 22 del 2021, si v. Tar Lombardia (Milano), Sez. 23 giugno 2021, n. 1533; Tar Lazio (Latina), 18 ottobre 2019, n. 621, in tema di gestione di rifiuti, il quale ribadisce che ai fini della sussistenza della legittimazione ad agire sia sufficiente la *'vicinitas'*, intesa come prossimità dei soggetti che si ritengono lesi al sito prescelto per l'ubicazione di un impianto avente potenzialità inquinanti, non potendo loro addossarsi il gravoso onere dell'effettiva prova del danno subito. In tal senso si assesta anche la giurisprudenza civile, v. recentemente Cassazione. civ., sez. un., 30 giugno 2021, n. 18493.

<sup>70</sup> Cfr. Tar Campania (Napoli), Sez. V, 4 luglio 2022, n. 4518; Tar Lombardia (Brescia), Sez. II, 1° aprile 2022, n. 312; Tar Puglia (Lecce), Sez. I, 11 ottobre 2022, n. 1570; Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 giugno 2022, n. 4639; Consiglio di Stato, Sez. II, 21 aprile 2023, n. 4044.

mente in prossimità di un intervento potenzialmente lesivo, dimostrino il sicuro pregiudizio alla salute o all'ambiente: «ai fini della sussistenza delle condizioni dell'azione avverso provvedimenti lesivi dal punto di vista ambientale, il criterio della *vicinitas* – ovvero il fatto che i ricorrenti vivano abitualmente in prossimità del sito prescelto per la realizzazione dell'intervento o abbiano uno stabile e significativo collegamento con esso, tenuto conto della portata delle possibili esternalità negative – rappresenta un elemento di per sé qualificante dell'interesse a ricorrere, mentre pretendere la dimostrazione di un sicuro pregiudizio all'ambiente o alla salute, ai fini della legittimazione e dell'interesse a ricorrere, costituirebbe una *probatio diabolica*, tale da incidere sul diritto costituzionale di tutela in giudizio delle posizioni giuridiche soggettive»<sup>71</sup>.

La linearità del sistema così tracciato a livello teorico sembra, tuttavia, incrinarsi sul versante pratico. Non pare, infatti, possibile tracciare alcuna netta linea di demarcazione tra i due settori ordinamentali (edilizio ed ambientale) ed i conseguenti requisiti d'accesso alla tutela giurisdizionale: in queste materie, infatti, all'accennata indeterminatezza caratterizzante il concetto di *vicinitas*<sup>72</sup> fa da *pendant* l'incertezza in ordine al bene stesso oggetto di tutela, e al suo reale contenuto.

Invero, la moderna nozione di ambiente cd. allargata e trasversale, da tempo maturata in seno alla più attenta dottrina ed alla più sensibile giurisprudenza amministrativa, finisce per comprendere tanto la conservazione e la valorizzazione dei beni culturali, il paesaggio urbano, rurale e naturale, i monumenti e i centri storici, quanto, in senso più ampio, la qualità stessa della vita in un dato ambito territoriale<sup>73</sup>. Ben potrebbe allora, secondo tale ricostruzione, ritenersi qualificato e differenziato l'in-

<sup>71</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2022, n. 935.

<sup>72</sup> A quanto accennato nel paragrafo che precede, si aggiunge, peraltro, che – pur senza scivolare in più moderni ed altrettanto evanescenti concetti di *vicinitas* globale che stanno facendosi largo nelle prospettazioni teoriche in tema di tutela ambientale e responsabilità intergenerazionale – ad oggi la *vicinitas* va ben oltre la stretta contiguità geografica con il sito assunto come potenzialmente dannoso, giacché la portata delle possibili esternalità negative di una installazione avente impatto sull'ambiente non si limita certo ad investire i soli terreni confinanti, che al più sono destinati a sopportarne le conseguenze più gravi. Sul punto v. Tar Lazio (Roma), Sez. I, 5 maggio 2016, n. 5274.

<sup>73</sup> Sul tema, v. P. DURET, *Taking “commons” seriously: spigolature su ambiente come bene comune e legittimatio ad causam*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 1, 2013; F. TESI, *Vicinitas, tra tutela proprietaria e interesse alla qualità dell'insediamento abitativo*, in *Diritto pubblico*, 2, maggio-agosto, 2022.

teresse dell'individuo alla conservazione dell'ambiente urbanistico leso da un qualsiasi provvedimento idoneo ad incidere in maniera pregiudizievole sull'insediamento abitativo stesso, minandone la capacità ricettiva, causando sovrappopolamento, con conseguente incremento del traffico e riduzione dei servizi sociali<sup>74</sup>. Detto in altri termini, il pregiudizio, in alcune ipotesi, va ben oltre la lesione al godimento di un bene personale oggetto del diritto di proprietà, per riferirsi – scindendosi da ogni riferimento al contenuto del diritto reale – alla autonoma posizione giuridica di interesse legittimo alla complessiva «qualità dell'insediamento abitativo».

Non è da sottovalutare, inoltre, la circostanza che la vicenda concreta da cui ha avuto origine l'ordinanza di rimessione alla Plenaria, riguardava una materia ben circoscritta, quella relativa alla violazione delle norme civilistiche in tema di distanze tra costruzioni.

Alla luce di quanto detto, ai fini dell'accesso alla tutela giurisdizionale, non sembra sufficiente un'indagine legata al tipo di provvedimento impugnato che non sia strettamente connessa alla contemporanea emersione del vero bene della vita oggetto dell'interesse legittimo, sulla base delle prospettazioni del ricorrente. Sarà, di fatto, rimessa alla sensibilità del singolo giudicante – nell'optare per il criterio più o meno rigoroso in ordine all'accertamento delle condizioni dell'azione – la scelta di accordare, superando il tradizionale modello proprietario, protezione giuridica a quei soggetti che siano lesi in un proprio interesse non solo economico-patrimoniale, quanto piuttosto «di vita» che viene a radicarsi in un determinato insediamento abitativo, dovendosi considerare il territorio non più come spazio topografico suscettibile di occupazione edificatoria, ma quale risorsa complessa che racchiude molteplici vocazioni di tipo ambientale, culturale, produttivo e storico.

La questione, in conclusione, anche dopo l'atteso intervento della Plenaria sembra tutt'altro che definita.

### 3.3. *Un rimedio sui generis: l'azione per l'efficienza della pubblica amministrazione*

Il percorso teorico e giurisprudenziale fin qui tracciato, volto essen-

---

<sup>74</sup> Da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 6130 del 2021 «Inoltre, la *vicinitas* deve essere in concreto valutata dal Giudice in relazione alla entità ed alla destinazione dell'immobile edificando, dovendosi verificare anche le modificazioni di carico urbanistico e le conseguenze sul diritto alla salute e sulle ordinarie esigenze di vita che la nuova costruzione potrà apportare sui soggetti che hanno uno stabile collegamento con la zona interessata».

zialmente ad una rivalutazione ed emersione del ‘substrato individuale’ che sembra ontologicamente porsi alla base di qualsivoglia situazione giuridica, anche di carattere superindividuale, ha raggiunto il suo culmine – sul versante del diritto positivo – con la previsione di un innovativo rimedio giurisdizionale, *prima facie*, ultroneo rispetto alle tradizionali logiche del processo amministrativo: la c.d. azione per l’efficienza delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici<sup>75</sup>.

Tale strumento di tutela permette, infatti, ai cittadini di ricorrere, tanto in via individuale che in via collettiva, in caso di inefficienza di amministrazioni pubbliche o di concessionari di pubblici servizi, consentendo – in una logica *bottom-up* – un controllo esterno e giudiziale sull’operato dei pubblici impiegati da parte dei cittadini-utenti, ai quali sarà consentito di agire in giudizio contro l’amministrazione nell’ipotesi in cui si siano stati pregiudicati interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di soggetti<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Sull’argomento, tra i tanti, si v. F. PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell’amministrazione: danno da ritardo e class action*, in *Federalismi.it*, 2, 2009; C. DEODATO, M. G. COSENTINO, *L’azione collettiva contro la P.A per l’efficienza dell’Amministrazione*, in *Nel diritto ed.*, Roma 2010; D. ZONNO, *Class action pubblica: nuove forme di tutela dell’interesse diffuso?*, in *Giur. mer.*, 2010; V. GASTALDO, *La class action amministrativa: uno strumento attualmente poco efficace*, in *Federalismi.it*, 10, 2016; A. CLINI, L.R. PERFETTI, *Class action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli Enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in *Dir. proc. amm.*, 2011; A. POLICE, *La “class action” pubblica. L’interesse individuale e collettivo alla buona amministrazione e la sua giustiziabilità*, in *Amministrativamente*, 3, 2021; P. MEZZANOTTE, *Class action e Costituzione: dimensione metaindividuale dei diritti e ruolo della giurisdizione*, in *Nomos*, I, 2022. In linea generale, l’istituto – introdotto dal d.lgs. n. 198 del 2009, attuativo della c.d. «riforma Brunetta» sul pubblico impiego (l. 15/2009) – risulta in linea con il più ampio disegno riformatore volto a garantire il buon andamento dell’attività amministrativa e con l’idea di un’amministrazione sempre più dedita ad un’efficace razionalizzazione ed ottimizzazione delle risorse disponibili, valorizzando il ruolo pressoché insostituibile che la stessa svolge quale erogatrice di servizi ed utilità alla collettività. Il passaggio dall’amministrazione per atti all’amministrazione di risultato è evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere del 9 giugno 2009. Si veda A. QUATTRONE, *L’azione collettiva pubblica nel sistema di controllo dell’efficienza della Pubblica Amministrazione*, in *Rass. avv. Stato*, 2010, 336.

<sup>76</sup> L’art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 198 – con una logica per certi versi opposta a quella adottata dalla giurisprudenza che al fine di garantire la tutela degli interessi superindividuali aveva optato per un processo di imputazione collettiva – riconosce il potere d’azione «ai titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e di consumatori» nei confronti di una amministrazione o di un concessionario di pubblico servizio, in relazione ad «una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri inte-

È proprio dal riferimento ai legittimati attivi dell'azione che può, dunque, cogliersi la portata per certi versi dirompente del rimedio in parola rispetto alle forme tradizionali di tutela degli interessi collettivi e diffusi introdotte<sup>77</sup>, fino ad oggi, dal legislatore, ovvero elaborate in via pretoria: il binomio 'singoli – associazioni' lascia evincere l'intenzione del legislatore di porre il singolo titolare dell'interesse diffuso al centro della nuova azione collettiva, incrinando quella sorta di monopolio naturale tradizionalmente riservato agli enti esponenziali<sup>78</sup>.

---

ressi» derivante da una delle condotte espressamente previste dalla norma che abbiano determinato, in linea generale, una minore produttività dei fattori e delle risorse umane, economiche e finanziarie, tale da procurare un danno ulteriore, quale costo o minore utilità per la collettività. In tal senso cfr. G. BIASUTTI, *La c.d. class action pubblica. Riflessioni intorno all'interesse – legittimo – ad una amministrazione efficiente*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2022. F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 2, parla di una sostanziale trasformazione dell'approccio alla tematica della responsabilità «nella logica della funzione, il cittadino, certo non più suddito, è il destinatario dell'esercizio, garantito e spesso anche partecipato, di una potestà; nella logica dell'esercizio assume carattere centrale la “prestazione” resa dall'amministrazione cui è correlata una posizione soggettiva del cittadino che, senza arrivare a inserirsi in una struttura sinallagmatica, configura il cittadino come utente del servizio, o, per usare un termine che ha del trendy, come cliente.»

<sup>77</sup> Sicuramente più restrittiva è la disciplina relativa alla legittimazione passiva, dal momento che l'art. 1, comma 1-ter, del d.lgs. n. 198 del 2009, esclude che l'azione possa essere esercitata contro le autorità amministrative indipendenti, gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative e gli organi costituzionali, nonché contro la Presidenza del Consiglio dei ministri. Per un'analisi critica sulla portata limitativa e costituzionalmente dubbia di tale disposizione, si rinvia a A. BARTOLINI, *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, in *Lav. nelle P.A.*, 2009; D. DI LORETO, Sub D.Lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. GAROFOLI, G. FERRARI, III, Roma, 2012, 2214 s.; C. DEODATO, M. G. COSENTINO, *cit.*. In giurisprudenza, si precisa, inoltre, che è inammissibile la *class action* pubblica nel caso in cui con un unico atto siano state evocate in giudizio amministrazioni diverse, avente funzioni e competenze di natura differente e in conflitto fra loro in relazione a situazioni disparate che interessano soggetti diversi e con potenziale applicazioni di molteplici norme generali e locali, Tar Emilia-Romagna (Parma), 11 Febbraio 2014, n. 37.

<sup>78</sup> In linea con quanto esposto nei precedenti capitoli in ordine alla legittimazione ad agire, il Tar Lazio (Roma), Sez. I, 1 ottobre 2012, n. 8231, ha chiarito che «stante il fatto che la legittimazione delle associazioni alla proposizione dell'azione per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni deve essere variata alla luce delle finalità statutarie dell'ente, e verificata in concreto in relazione alla natura alla tipologia dell'interesse leso al fine di accertare se l'ente ricorrente sia statutariamente deputato alla tutela di quello specifico interesse omogeneo per una pluralità di utenti e di consumatori, può affermarsi che le associazioni possono proporre l'azione contemplata dal d.lgs. 198 del 2009 in quanto le

Si apprezza, dunque, anche in questo caso, un ampliamento sul fronte della legittimazione, che, tuttavia, piuttosto che alterare l'impostazione classica dell'azione, sembra adattarla alle mutate istanze sociali: dal tenore letterale dell'art. 1 del d.lgs. n. 198 del 2009 che fa riferimento, da un lato, ad interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, dall'altro, ad una lesione diretta concreta ed attuale di tali interessi<sup>79</sup>, sembra, in un certo senso, si sia cercato recuperare i connotati essenziali della pretesa azionabile in giudizio anche nell'ambito di tale rimedio, che finisce con l'inserirsi nella già problematica dicotomia dei profili soggettivi e oggettivi della funzione giurisdizionale.

Per comprendere al meglio la caratura e le peculiarità dell'istituto in esame occorre, quindi, soffermarsi sull'oggetto dell'azione che, seppur non esplicitamente determinato, potrebbe essere identificato nell'agire disfunzionale dell'amministrazione, ovvero in un disservizio<sup>80</sup>. Si tratta, evidentemente, di un bene della vita – quello al pristino del corretto svolgimento della funzione pubblica o della corretta erogazione del servizio – non soltanto seriale poiché omogeneo per una pluralità di soggetti, ma, *a fortiori*, non frazionabile e attribuibile in modo indifferenziato ad una collettività indeterminata che beneficerà dell'esito positivo del ricorso; la

---

stesse dimostrino di possedere sufficienti indici di rappresentatività degli interessi diffusi di una particolare categoria di utenti, trasformandosi da interessi diffusi in interessi collettivi una volta soggettivizzati in capo all'ente esponenziale che agisce a tutela di interessi omogenei del gruppo» con tali premesse il giudice di primo grado ha riconosciuto la legittimazione ad agire in capo all'associazione Ai.Bi “amici dei bambini”, una onlus rappresentativa degli interessi di minori adottabili e di quelli delle coppie disponibili all'adozione, in quanto rappresentativa proprio dello specifico interesse asseritamente pregiudicato dal Ministero della giustizia con l'omessa attuazione della banca dati di minori adottabili e coniugi disponibili all'adozione alla luce degli scopi e delle attività statutariamente stabiliti.

<sup>79</sup> La lesione concreta diretta ed attuale di tale interesse, che integra, sul piano delle condizioni dell'azione, l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) concorre a definire la posizione legittimante del ricorrente, alla quale viene recuperato, per tale via, un certo grado di differenziazione e personalizzazione. La necessità della lesione diretta concreta ed attuale di un interesse proprio del soggetto è, come si è avuto modo di mettere in luce precedentemente, l'elemento che discrimina l'azione collettiva dall'azione popolare, riconosciuta nei casi tassativamente determinati dalla legge: nell'ipotesi di ricorso per l'efficienza il ricorrente agisce uti *singulus* e non semplicemente *quisque de populo*, per la tutela di un interesse riferibile alla 'classe' di utenti o consumatori cui appartiene.

<sup>80</sup> Sull'argomento si rinvia a G. CREPALDI, *Il danno da disservizio: nozione e forme di tutela*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 3, 2016.

posizione giuridica fatta valere sembra, in tal senso, riconducibile proprio all'ampia categoria degli interessi superindividuali<sup>81</sup>, la cui tutela, con una soluzione di compromesso, viene eccezionalmente affidata al singolo, sempre a patto che la disfunzione dell'apparato amministrativo denunciata risulti idonea a pregiudicare in via diretta e concretamente la sua sfera di interesse<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Di azione a tutela di interessi diffusi parla il Consiglio di Stato nel parere citato. Per la tesi della natura superindividuale delle situazioni giuridiche tutelate dalla norma, definite come interessi o diritti collettivi cfr. G. BIASUTTI, *op. cit.*, 3. In questa prospettiva, i requisiti di accesso allo strumento processuale non deviano dagli ordinari presupposti dell'azione, rispetto alle quali si veda G. MONTEDORO, *Le azioni nel processo amministrativo riformato nel prisma dell'interesse ad agire*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. CIRILLO, Milano, 2014, specie 181 ss., ove si pone in relazione la nozione di interesse legittimo con il contermine interesse all'azione quale specchio processuale della situazione giuridica legittimante. In giurisprudenza, Tar Lazio (Roma), Sez. III-bis, 20 gennaio 2011, n. 552, confermata dal Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 giugno 2011, n. 3512, ha chiarito che l'art. 1, comma 1, d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, riconoscendo l'esperibilità del rimedio giurisdizionale di nuovo conio a condizione che si lamenti una lesione diretta concreta e attuale dei propri interessi dalla violazione di termini o la dalla mancata emanazione di atti amministrativi obbligatori e non aventi contenuto normativo non crea posizioni giuridiche nuove posto che non esula dall'ordinamento la possibilità per le associazioni portatrici di interessi diffusi di agire per l'accertamento dell'obbligo di provvedere in relazioni ad atti generali ma si limita a riconoscerle ai singoli elevando così gli interessi diffusi ad interessi individualmente azionabili. Cfr. anche Tar Campania (Salerno), Sez. I, 16 ottobre 2013, n. 2054; Tar Lazio (Roma), Sez. I, 1° ottobre 2012 n. 8231.

<sup>82</sup> In linea con quanto si è tentato di mettere in evidenza nel presente scritto «Non si dubita, infatti, che ciascun soggetto all'interno di una collettività individuata abbia un fine suo proprio in relazione ad un bene della vita per cui si agisce. Quello che afferma la norma, semplicemente, è che un tale interesse debba trovarsi categorizzato all'interno di una classe di appartenenza utile a dargli giuridica consistenza e, dunque, rilevanza processuale.» Così, G. BIASUTTI, *op. cit.*, 4.

In ogni caso, come rilevato in dottrina, sembra certo che non si tratti di una giurisdizione di tipo obbiettivo, contraria all'impianto costituzionale. Parte della dottrina, condivisibilmente, interpreta la normativa nel senso che i singoli legittimati all'azione sarebbero portatori di veri e propri interessi legittimi, ossia di situazioni giuridiche individuali definite. Cfr. P. MEZZANOTTE, *Class action e Costituzione*, *op. cit.*; V. GASTALDO, *La class action amministrativa*, *cit.*, 22. Specificamente sulla natura dell'interesse dedotto in giudizio, v. D. ZONNO, *Class action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?*, in *Giur. di merito*, 2010, 2362 ss. Per un'ampia trattazione del tema, si rinvia a G. SORICELLI, *Contributo allo studio della class action nel sistema amministrativo italiano*, Milano, 2012. Più di recente, v. A. POLICE, *La "class action" pubblica. L'interesse individuale e collettivo alla buona amministrazione e la sua giustiziabilità*, in *Amministrativamente*, 3, 2021, 380 ss.

È proprio dal riferimento all'interesse ad agire che si intuisce come sia possibile superare una delle obiezioni più ricorrenti, ovvero quella secondo cui l'ammissibilità della domanda è svincolata dalla posizione soggettiva sostanziale<sup>83</sup>. È, invero, la complessità della situazione giuridica sostanziale ad influenzare a cascata le modalità di tutela e la forma dinamica del peculiare istituto: il singolo ricorrente, mediante il pregiudizio che riceve dalle inefficienze, diviene allo stesso tempo depositario e controllore di un interesse più ampio, uno e plurimo, e la porzione della singola utilità diventa componente integrante ed irrinunciabile dell'*utilitas* generale. In altri termini, è solo prendendo atto della complessa natura della situazione giuridica tutelanda – diffusa, ma, come visto, non meno individuale di altre – che si comprende come il ricorso per l'efficienza riesca ad armonizzarsi senza particolari difficoltà con la concezione soggettiva di tutela prescelta dalla Costituzione e confermata dal Codice del processo amministrativo.

Senza indugiare in una analisi minuta delle singole disposizioni normative, preme richiamare l'attenzione sui principali profili di interesse dell'istituto.

Nonostante una certa ritrosia, soprattutto iniziale, nell'utilizzo dello strumento in questione, le pronunce dei giudici amministrativi ad oggi offrono una casistica estremamente varia: all'eterogeneità qualitativa e alla moltitudine di servizi pubblici dei quali l'amministrazione si rende, in via diretta o mediata, erogatrice, consegue l'inevitabile moltiplicarsi anche dei beni giuridici tutelabili e, a cascata, delle azioni od omissioni idonee a pregiudicarli.

Invero, le tipologie di azioni ed omissioni descritte dalla norma<sup>84</sup> hanno il pregio di essere in grado di abbracciare un'ampia gamma di violazioni, ma a causa della – probabilmente necessaria – indeterminatezza

---

<sup>83</sup> Cfr. R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, op. cit., 230.

<sup>84</sup> Sulla base dell'art. 1 del d.lgs. n. 198 del 2009, il presupposto di ammissibilità dell'azione collettiva pubblica passa attraverso la verifica della sussistenza di uno dei comportamenti espressamente tipizzati dalla norma: la violazione di termini o la mancata emanazione di atti amministrativi generali, obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato dalla legge o da un regolamento; la violazione degli obblighi contenuti nelle carte dei servizi; la violazione di standard qualitativi ed economici.

dei contenuti, hanno dato luogo a non pochi interrogativi<sup>85</sup>, acuiti dalla circostanza che alcuni degli strumenti che oggi interagiscono con l'azione per l'efficienza non erano presenti al momento della relativa istituzione, dal momento che alla data di introduzione del decreto in parola, non era ancora vigente l'attuale Codice del processo amministrativo.

Si pensi alle questioni circa il rapporto intercorrente tra il presupposto relativo alla violazione dei termini da parte dell'amministrazione, con la conseguente violazione dell'obbligo di provvedere e di concludere il procedimento, e l'azione di cui all'art. 117 c.p.a. avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione.

Le due azioni sono, invero, caratterizzate da una *causa petendi* ed un *petitum* simili, ma solo in parte coincidenti, e si presentano come concor-

---

<sup>85</sup> Il presupposto relativo alla violazione di obblighi contenuti nelle carte dei servizi e degli *standard* qualitativi ed economici è quello tra i presupposti che ha generato maggiori incertezze: in un primo momento la giurisprudenza sembrava orientata a limitarne la portata applicativa. Invero, in mancanza dell'emanazione dei decreti attuativi a cui l'art. 7 del d.lgs. n. 198/2009 rinvia, ci si chiedeva se la tutela introdotta fosse azionabile direttamente e per effetto della stessa entrata in vigore del decreto, ovvero se dovesse attendersi, secondo le previsioni dell'art. 7, la graduale perimetrazione e specificazione degli obblighi contenuti nelle Carte di servizi e degli *standard* qualitativi ed economici, attraverso l'emanazione di successivi decreti presidenziali. Sul punto si sono registrati differenti orientamenti giurisprudenziali: alcuni Tribunali Amministrativi Regionali, forti dell'interpretazione letterale dell'art. 7 e ritenendo fondamentale la previa valutazione dell'impatto finanziario ed amministrativo degli *standard* nei vari settori, hanno negato l'esperibilità dell'azione collettiva a tutela degli *standard*. Così, Tar Emilia-Romagna (Parma), 11 febbraio 2014, n. 37; Tar Lazio (Roma), Sez. III, 20 gennaio 2011, n. 552. Tuttavia, lo stesso Tar Lazio ha ritenuto che siano di immediata applicazione quelle norme del d.lgs. 198 del 2009 che individuano fattispecie completamente definite in ogni loro aspetto compresa l'esatta perimetrazione del comportamento lesivo, come quelle relative all'obbligo di emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre il termine stato da legge o da regolamento. Nello stesso senso, Tar Lazio (Roma), Sez. I, 1° ottobre 2012, n. 8231; Tar Sicilia (Palermo), Sez. I, 14 Marzo 2012, n. 559; il Tar Basilicata, 23 settembre 2011, n. 478. Altro indirizzo, ad oggi prevalente, ha ritenuto ammissibile la *class action* amministrativa nei settori già provvisti di Carte dei servizi, ancorché in mancanza dei d.p.c.m. attuativi previsti dal citato art. 7. Cfr. Tar Lazio (Roma), Sez. III-ter, 17 febbraio 2014, n. 1872, sugli *standard* qualitativi stabiliti del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti da parte di Trenitalia; Tar Toscana, Sez. I, 30 maggio 2012, n. 1045, sugli *standard* qualitativi già definiti dalla legge per il servizio scolastico; Tar Lazio, Sez. I, 1° ottobre 2012, n. 8231.

renti, seppur alternative<sup>86</sup>: l'interessato dovrà scegliere quale esercitare, non potendo evidentemente proporre entrambe simultaneamente, in ragione delle effettive utilità ritraibili dalle stesse nel caso concreto. Se con l'azione avverso il silenzio, sicuramente, più celere e snella, si addivene al risultato finale rappresentato dall'adozione del provvedimento pretermesso; con il ricorso per l'efficienza, seppur caratterizzato da maggiori oneri processuali, è possibile conseguire il più diffuso e lungimirante vantaggio sostanziale rappresentato dall'eliminazione della disfunzione organizzativa che ha determinato l'inosservanza del termine<sup>87</sup>, accentuando la vocazione solidaristica del rimedio<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Tar Lazio (Roma), Sez. II, 4 novembre 2010, n. 33190, ha ritenuto censurabile mediante la class action l'inerzia dell'amministrazione locale circa la regolamentazione del procedimento di fissazione degli orari di apertura e chiusura degli esercizi commerciali, trattandosi di un atto generale di pianificazione economica del Comune. In questo caso, le associazioni ricorrenti avevano impugnato il silenzio serbato dal Comune sull'istanza di adozione degli atti necessari a disciplinare le modalità di consultazione delle organizzazioni dei consumatori, nell'ambito del procedimento di regolazione degli orari dei negozi. Il Tar ha respinto il ricorso per mancanza dei presupposti dell'azione avverso il silenzio ex artt. 31 e 117 c.p.a. (in quanto il Comune aveva già concluso il procedimento rispetto al quale i ricorrenti lamentavano di non avere partecipato), rilevando che la tutela avverso l'inerzia dell'amministrazione per mancata emanazione di atti generali obbligatori è consentita solo mediante la *class action* pubblica.

<sup>87</sup> Pur partendo da un analogo presupposto, costituito dalla violazione nel termine fissato dalla legge, regolamento, o da atto amministrativo generale per l'adozione del provvedimento conclusivo, la differenza tra l'azione avverso il silenzio della pubblica amministrazione e la *class action* pubblica sembra, allora, ruotare attorno all'oggetto della domanda che il ricorrente propone al giudice amministrativo: diversamente dall'azione di cui agli artt. 31 e 117 del c.p.a., con l'azione per l'efficienza la domanda giudiziaria del ricorrente sarà più articolata, poiché lungi dall'essere meramente tesa ad ottenere la tempestiva conclusione del procedimento che lo riguarda a seguito della condanna dell'amministrazione, sarà strumentale a conseguire la cessazione del comportamento costantemente violativo da parte della stessa. Come chiarito dalla giurisprudenza, cfr. Tar Lazio (Roma), Sez. II, 26 Febbraio 2014, n. 2257, l'azione di classe pubblica costituisce uno strumento creato dal legislatore italiano al fine di tutelare posizioni di soggetti privati ed associazioni che lamentino la costante violazione da parte di un'amministrazione pubblica degli obblighi normativamente imposti in tema di rispetto dei tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi, indipendentemente dalla circostanza che detti termini siano funzionali all'adozione di provvedimenti destinati ad un soggetto, ad una ristretta cerchia di destinatari, ovvero abbiano come fine ultimo l'adozione di atti amministrativi generali, obbligatori, ma non aventi contenuto normativo.

<sup>88</sup> Tar Basilicata, Sez. I, 21 settembre 2011, n. 478, ha accertato l'inefficienza dell'am-

L'azione per l'efficienza è, dunque, caratterizzata dall'atipicità dei contenuti della pronuncia giudiziale<sup>89</sup>, che verrà plasmata e modellata dal giudice amministrativo sulla base del *petitum* concretamente dedotto in giudizio<sup>90</sup>, e che potrà assumere, a seconda dei casi, una portata inibitoria, ovvero ancora propulsiva e ordinatoria, come, in particolare, nel caso

---

ministrazione regionale a seguito della mancata individuazione di almeno un indirizzo PEC sul proprio sito web. Ai sensi degli artt. 3,6 e 54 del codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 82/2005) la Regione è tenuta a consentire agli utenti di interloquire tramite PEC, a renderla visibile nella *home-page* del sito, come imposto da specifiche Linee guida dettate dal Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione. Il Tar ha, così, imposto un comportamento attivo alla Regione, avendo accertato che l'omissione in parola avesse causato un disservizio, obbligando i cittadini a recarsi presso gli uffici e a utilizzare lo strumento cartaceo per ricevere e inoltrare comunicazioni o documenti.

<sup>89</sup> Coerentemente con la tipologia delle condotte censurabili in giudizio e con quello che è lo scopo dell'azione collettiva, ovvero il ripristino del corretto svolgimento della funzione o della corretta erogazione del servizio, ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 198 del 2009, il giudice, accertata la violazione, l'omissione o l'inadempimento, ordinerà alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio in un congruo termine, ancorché nei limiti delle risorse strumentali finanziarie e umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. È, inoltre, previsto che la sentenza passata in giudicato venga comunicata alla procura regionale della Corte dei Conti e agli organismi di valutazione di ciclo della performance dei pubblici dipendenti, con l'obbligo per l'amministrazione implicata di individuare i soggetti che hanno determinato o concorso a cagionare l'omissione o il ritardo ai fini dell'avvio di un giudizio disciplinare. Nonostante l'ampiezza dei poteri cognitori del giudice, in assenza di un'esplicita previsione normativa, non pare possibile sostenere che ci si trovi al cospetto di una giurisdizione estesa al merito, ed in un'ottica di maggiore responsabilizzazione dell'amministrazione e di rispetto delle rispettive prerogative e competenze, non sembra che da tale circostanza possa *tout court* desumersi un ammanco di tutela: mentre, in primo luogo, il giudice, oltre vagliare l'adeguatezza delle scelte organizzative dell'apparato e delle misure gestionali dell'ente, sarà tenuto a verificare la rispondenza dell'assetto organizzativo concretamente realizzato rispetto ad un modello ideale capace di assicurare il rispetto degli *standard* violati; in secondo luogo, è fatta salva la possibilità, in caso di inadempimento dell'amministrazione al *dictum* della sentenza, di ricorrere al rimedio dell'ottemperanza, a seguito del cui giudizio il giudice potrà impartire indicazioni circa le misure da adottarsi al fine di porre rimedio alla disfunzione, e pronunciare sentenze di condanna ad un *facere* specifico.

<sup>90</sup> Ferma l'inammissibilità della *class action* pubblica nelle ipotesi in cui venga formulata una generica richiesta di provvedimenti generali non meglio specificati con conseguente difficoltà per il giudice adito di individuare quali specifici ordini dovrebbe impartire alle amministrazioni coinvolte al fine di porre rimedio alla complessa articolata situazione denunciata, così Tar Emilia-Romagna (Parma), 11 febbraio 2014, n. 37.

della violazione dei termini o della mancata adozione di atti amministrativi generali obbligatori.

Il rimedio in esame, in definitiva, quanto a presupposti processuali e poteri del giudice, nonostante inevitabili punti di contatto con l'azione avverso il silenzio inadempiuto<sup>91</sup> e, per certi versi, con l'azione di adempimento ex art. 34, comma 1, lett. c), del c.p.a., non pare strettamente riconducibile ad alcuna delle azioni previste dall'attuale codice del processo amministrativo, sostanzandosi in una forma di tutela *sui generis*<sup>92</sup>.

Una forma di tutela che potrebbe, *prima facie*, apparire soltanto media-

---

<sup>91</sup> In questa ipotesi, inoltre, la pronuncia giudiziale di accoglimento si presenta tendenzialmente più ricca e completa di quella che conclude il giudizio di cui all'artt. 117 e 31 c.p.a. Di diverso avviso, G. BIASUTTI, *op. cit.*, 4 ss. per l'A., l'azione in parola amplia la tutela del privato solo in maniera apparente: si tratterebbe, insomma, di una mera azione di accertamento, a seguito della quale, in caso di accoglimento, il giudice altro non può fare se non acclarare l'inefficienza amministrativa. L'assenza di una tutela efficace, anche sotto il profilo risarcitorio, sembra privare l'interesse azionato dal singolo di reale consistenza. L'azione viene definita, più condivisibilmente, di accertamento con finalità propulsive nella pronuncia del Tar Sicilia (Palermo), Sez. I, 14 marzo 2012, n. 559.

<sup>92</sup> Ponendosi nel sistema ordinamentale quale strumento di partecipazione dei cittadini alla 'cosa pubblica', l'azione collettiva impone un cambio di prospettiva rispetto all'impostazione tradizionale attorno a cui ruota il giudizio generale di legittimità: il parametro sul quale fondare il giudizio non è dato dalla legittimità dell'atto amministrativo (che può mancare), quanto piuttosto da quello dell'efficienza della funzione amministrativa globalmente considerata, ovvero da un parametro che non è di stretta legalità, quanto piuttosto economico. A ben vedere, anche l'ipotesi della violazione dei termini fissati inderogabilmente dalla legge per l'adozione di atti generali obbligatori, il classico vizio di legittimità relativo alla violazione non rileva ex se, ma quale sintomo e causa di una disfunzione dell'organizzazione dell'apparato amministrativo. In questi termini, A. QUATTRONE, *op. cit.*, 337 ss. La stessa A. evidenzia, riprendendo il parere del Consiglio di Stato sullo schema del decreto legislativo, che in tale ambito l'amministrazione venga riguardata non nel momento finale dell'adozione dell'atto, o del singolo rapporto, ma, in forma anticipata, nel momento dell'organizzazione e della gestione complessiva della funzione e del servizio. Si veda anche Tar Lazio (Roma), Sez. III-ter, 16 settembre 2013, n. 8288, laddove spiega che la class action non è strutturata come un giudizio di tipo impugnatorio, finalizzato ad ottenere l'annullamento di provvedimenti, bensì si tratta di un'azione finalizzata a ripristinare l'efficienza: il ricorrente deve dimostrare non l'illegittimità del provvedimento o del comportamento della Pubblica Amministrazione, bensì la « non corrispondenza » della qualità effettiva del servizio, rispetto alla « qualità ottimale » che il servizio dovrebbe avere in base agli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi, ovvero in base agli standard qualitativi ed economici stabiliti dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore.

ta e indiretta: se, per un verso, con la sentenza finale di accoglimento, il giudice ordina all'amministrazione, ovvero al concessionario di servizi pubblici, di porre rimedio al disservizio, dall'altro lato, per espressa previsione di legge non potrà essere disposto alcun risarcimento dell'eventuale danno cagionato dall'inefficienza<sup>93</sup>. Invero, la preclusione per il giudice, nell'ambito del rimedio in esame, di condannare l'amministrazione a risarcire il pregiudizio è stata considerata da molti un grave ammanco di tutela, portando a ritenere che il rimedio in esame fosse in qualche modo 'monco' e non in grado di assicurare un concreto ristoro.

Tuttavia, tale tipo di azione, più che non essere in grado di assicurare un ristoro, ha un fine ben diverso da quello di risarcire il privato, quantomeno rispetto alle lesioni già subite: l'azione collettiva pubblica, dal respiro certamente metaindividuale e solidaristico, è volta a far sì che la generalità degli utenti possa, *pro futuro*, usufruire e godere del corretto svolgimento della funzione e della corretta erogazione del servizio, ed opera come strumento di stimolo che, attraverso il controllo diretto del cittadino sul processo di produzione del servizio pubblico, ha l'ambizione di condizionarlo verso pratiche virtuose<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Tale elemento è quello che consente di tracciare un netto confine tra l'azione in parola e quei rimedi collettivi di stampo privatistico di cui agli art. 139,140 e 104-*bis*, d.lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del consumo). In estrema sintesi, mentre i rimedi di stampo inibitorio e risarcitorio previsti dagli artt. 139, 140 e 140-bis del Codice del Consumo, riguardano le lesioni di diritti di consumatori e utenti in ambito contrattuale (e per certi ambiti anche extracontrattuale), l'azione per l'efficienza si riferisce al rapporto tra cittadino e amministrazione. Evidente la diversa logica sottesa alle due forme di tutela: l'azione contro le imprese private è funzionale a proteggere il consumatore dall'asimmetria di posizione sul mercato con effetti limitati alla fase del contatto; quella verso la pubblica amministrazione interviene, invece, nello stesso procedimento di produzione ed erogazione del servizio. La disciplina in parola, tuttavia, è stata recentemente abrogata e sostituita ad opera della legge 12 aprile 2019, n. 31, entrata in vigore il 18 maggio 2021 dopo numerose proroghe, che ha introdotto al Codice di procedura civile, libro quarto, il titolo VIII-*bis*, Dei procedimenti collettivi, con gli artt. 840-*bis* ss..

<sup>94</sup> D'altronde, la questione relativa al rimedio giustiziale più opportuno sembra essere rimessa alla libera scelta del privato, considerato che tale peculiare forma di tutela si va ad affiancare a tutte le altre previste dai diversi settori dell'ordinamento: l'eventualità di sovrapposizioni è concreta e del resto avvertita dal Legislatore che ha avvertito l'esigenza di predisporre regole risolutive del possibile concorso di azioni. Infatti, Ai sensi dell'art. 1, comma 1, del decreto in esame si stabilisce che il ricorso non possa essere proposto se è già pendente un procedimento volto ad accertare le medesime condotte oggetto dell'azione instaurato da un organismo con funzione di regolazione e controllo preposto al

La tutela di un interesse *prima facie* individuale diventa, dunque – concernendo una pretesa diffusa – il presupposto stesso per rimediare l'interesse generale: l'oggetto dell'azione trascende, infatti, la pretesa del singolo, la cui tutela diviene strumentale alla concreta attuazione della volontà normativa, ovvero alla messa in pristino della corretta erogazione del servizio<sup>95</sup>.

Secondo tale prospettiva, e abbandonando le logiche individualistiche del settore privato, non appare corretto sostenere *tout court* che la tutela offerta dall'azione collettiva pubblica sia meramente riflessa e condizionata: a ben vedere, l'oggetto del giudizio nell'ambito dell'azione collettiva pubblica, ancorché compulsata da un interesse proprio del singolo che agisce giudizialmente, rimane quello dell'agire disfunzionale dell'amministrazione, mentre il risultato perseguito in via *diretta* dal ricorrente è quello di ottenere misure in grado di ripristinare l'efficienza nell'erogazione del servizio, a beneficio del singolo e, di conseguenza, dell'intera collettività di riferimento<sup>96</sup>.

---

settore interessato, del pari se ne preclude la proposizione qualora sia già stato instaurato un giudizio ai sensi degli artt. 139, 140 e 140-bis del Codice del Consumo. Nel caso in cui, all'opposto, il giudizio ai sensi degli artt. 139 e 140 Cod. cons. venga instaurato successivamente rispetto a quello per l'efficienza dell'amministrazione, quest'ultimo andrà sospeso fino alla definizione dei diversi giudizi e procedimenti (nel silenzio della legge sembra che, qualora il giudizio per l'efficienza sia stato proposto anteriormente, esso possa concorrere con quello previsto dall'art. 140-bis Cod. Cons.

<sup>95</sup> Il cittadino, in sede processuale, assume la veste di «controllore esterno di tutti quei processi decisionali in qualche modo implicati con la tutela di beni ed interessi di rilevante valore e aventi una ricaduta più o meno diretta sulla sua condizione di individuo». Così, R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche metaindividuali nel processo amministrativo*, op. cit., 226.

<sup>96</sup> L'efficacia del ricorso per l'efficienza della Pubblica Amministrazione soffre di altre, e ben più incisive limitazioni: da un lato, la normativa impone al giudice di tenere in considerazione le risorse dell'amministrazione, nell'ambito della valutazione circa responsabilità della stessa, verificando le risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione delle parti intimiate, impedendo di condannare l'amministrazione qualora si dimostri che il disservizio derivi dall'insufficienza delle risorse; dall'altro lato, la valutazione relativa alle risorse possedute dall'amministrazione si riflette anche sulle concrete conseguenze della pronuncia, dal momento che occorrerà verificare che il contenuto ordinatorio della sentenza sia, sostanzialmente, a costo zero per l'amministrazione. Un doppio 'vaglio' dal carattere oggettivo e vincolante che rischia di paralizzare la complessiva funzionalità del rimedio.

#### 4. *Riflessioni conclusive*

Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, disciplinato dal D.lgs. 20 dicembre 2009 n. 198 rappresenta, sul versante del diritto positivo, il culmine del percorso di individuazione e soggettivizzazione degli interessi sovraindividuali tracciato nelle pagine precedenti.

Si è visto come il problema della tutela giurisdizionale degli interessi sovraindividuali rappresenti forse il terreno più fertile per misurare i numerosi cambi di rotta in punto di legittimazione, disvelando la complessità della materia.

La questione relativa all'azionabilità in giudizio degli interessi diffusi passa per il superamento di un modello sostanziale e processuale schiettamente individualista e apre allo scenario illustrato, caratterizzato dalla possibilità di tratteggiare la legittimazione attiva in maniera diversa ed elastica, con la conseguente emersione di posizioni giuridiche che fino a poco tempo fa giacevano nell'ombra scevre di tutela.

In questo senso, l'effetto di personalizzazione è stato la conseguenza della valorizzazione, talvolta operata dal giudice amministrativo, talaltra dal legislatore, di nuove situazioni legittimanti che hanno ampliato il novero degli interessi azionabili in giudizio. Tuttavia, la soggettivizzazione di pretese giuridiche diffuse, per le quali è il contenuto pubblico del bene della vita oggetto delle stesse a determinarne l'isoformità e la complessa natura dell'interesse personale, deve fare i conti con l'impegno di risistemazione delle tradizionali categorie giuridiche affinché il sistema non incorra in contraddizione: ciò è possibile solamente ammettendo che anche gli interessi sovraindividuali siano idonei ad appuntarsi, *in primis*, in capo al singolo.

Al fine, allora, di estendere la legittimazione ad agire anche all'individuo *uti singulo*, senza ricorrere all'introduzione di nuove azioni popolari, è sufficiente individuare idonei criteri di differenziazione dell'interesse diffuso per rimanere nelle maglie di una giurisdizione di tipo soggettivo, ma che sia al contempo effettiva e rispettosa delle istanze provenienti dai singoli membri della collettività.

Alla base dell'azione popolare, del canone di elaborazione giurisprudenziale della *vicinitas*, e della appena esaminata azione per l'efficienza della pubblica amministrazione, solo apparentemente vengono introdotti

criteri legittimanti di nuovo conio: abbracciando l'idea, infatti, che in tutte queste ipotesi permanga in capo al ricorrente la titolarità della situazione giuridica fatta valere in giudizio, il percorso da intraprendere dovrebbe essere quello volto ad un ragionevole ammodernamento dell'istituto della legittimazione al ricorso, pur senza allontanarsi dai suoi attributi ordinari.

L'accesso alla tutela dei singoli portatori di interessi diffusi, piuttosto che disvelare una tendenza all'oggettivazione, conferma la tradizionale concezione soggettiva dell'azione e della giurisdizione: l'estensione della legittimazione, lungi dall'essere intesa quale valorizzazione del generico interesse alla legalità dell'azione amministrativa, è a sua volta la risultante sul piano processuale di plurime posizioni legittimanti sul piano sostanziale<sup>97</sup>.

Muovendo da tali prospettive, in definitiva, sembra che il problema relativo alla individuazione ed alla riferibilità dell'interesse sovraindividuale possa essere risolto *in nuce*: qualora tale categoria di interessi venisse apprezzata nella sua configurazione soggettiva, il singolo individuo a cui va riferito il bisogno di tutela assurgerebbe a fulcro della stessa ed a questo saranno attribuiti i poteri per ottenerla.

Sul versante teorico, lungo questa linea ricostruttiva, non sorgono particolari difficoltà nel riconoscere ai singoli membri del gruppo la titolarità – a seconda degli ambiti – di diritti soggettivi o interessi legittimi; sul versante processuale si addivene un regime di legittimazione ad agire, in certo senso, diffusa a cui si accompagna una legittimazione ad agire concorrente e suppletiva (ma mai totalmente assorbente), affidata ai soggetti organizzati deputati in via istituzionale alla promozione ed alla difesa di quegli stessi interessi.

Piuttosto, allora, che impallidire dinanzi all'idea di ripensare l'intera impostazione soggettiva del sistema processuale e mettere in discussione la natura degli istituti classici dell'azione, della legittimazione e dell'interesse a ricorrere, si può ipotizzare una rivisitazione di questi ultimi, che tenga conto della complessa natura del sistema.

---

<sup>97</sup> Sul tema, si richiama M. CALABRÒ, *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali*, op. cit., 832 ss. L'A. prospetta una giurisdizione soggettiva "attenuata", chiarendo, tuttavia, che si tenderebbe "verso forme di processo maggiormente oggettivo, ma unicamente nel senso che l'interesse (che permane soggettivo) di colui che agisce coincide con quello di tutti coloro che, nel loro far parte di una comunità in una dimensione non meramente passiva, hanno goduto e contribuito alla conservazione di quel determinato bene (comune)".

### Abstract

Il contributo si propone di affrontare in chiave critica le aporie e gli equivoci che ancora oggi caratterizzano l'approccio sostanziale e processuale alla tematica dei cd. interessi sovraindividuali. In particolare, partendo dall'analisi del sistema attuale – in base al quale la tutela di tali posizioni giuridiche finisce per essere appannaggio esclusivo dello Stato o di aggregazioni di individui – si tenterà evidenziarne i limiti al fine di giungere a soluzioni più moderne e coerenti con i principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale sanciti dalla Costituzione. L'attenzione è rivolta principalmente alla confutazione di un'interpretazione troppo restrittiva della legittimazione ad agire, influenzata proprio dall'eccentrica fisionomia dei beni oggetto di tutela, non suscettibili di singola appropriazione, ma non per questo 'adespoti'. Attraverso l'esame delle azioni popolari, del criterio della cd. vicinitas e dell'istituto dell'azione per l'efficienza della pubblica amministrazione, l'obiettivo sarà quello di dimostrare come anche alla base di situazioni giuridiche sovraindividuali sia sempre possibile rinvenire un'autonoma posizione di interesse vantata da un singolo soggetto, pur in relazione ad un bene non esclusivo, ma condiviso con la collettività. Accogliendo tale impostazione e riconducendo gli interessi diffusi e collettivi alla tradizionale figura di interesse legittimo, seppure con caratteristiche peculiari, sarebbe possibile estendere le maglie della legittimazione ad agire a vantaggio dei singoli, rispettando al contempo i crismi della giurisdizione soggettiva.

### Superindividual interests and judicial protection

The contribution aims to critically address the aporias and misunderstandings that still characterize the substantive and procedural approach to the issue of so-called superindividual interests. In particular, starting from the analysis of the current system – according to which the protection of these legal positions ends up being the exclusive prerogative of the State or of aggregations of individuals – an attempt will be made to highlight its limitations in order to arrive at more modern solutions consistent with the principles of solidarity and horizontal subsidiarity enshrined in the Constitution. The focus is mainly on the refutation of an interpretation

that is too restrictive of the legitimacy to act, influenced by the eccentric physiognomy of the assets subject to protection, not susceptible to individual appropriation, but not for this reason 'adespots'. Through the examination of popular actions, the criterion of 'vicinitas' and the institution of the public class action, the objective will be to demonstrate that even at the base of superindividual legal situations it is always possible to find an autonomous position of interest linked to a single subject, even in relation to an asset that is not exclusive, but shared with the community. By accepting this approach and bringing superindividual interests back to the traditional figure of legitimate interest, albeit with peculiar characteristics, it would be possible to extend the links of legitimacy to act for the benefit of individuals, while respecting the dogmas of subjective jurisdiction.



# Atto politico e funzione di indirizzo politico. Riflessioni per un percorso ricostruttivo

di Marco Gaetano Pulvirenti\*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'atto politico dopo l'entrata in vigore della Costituzione. – 3. Atto politico e tutela di diritti ed interessi. – 4. La rilevanza della funzione di indirizzo politico governativo. – 5. La (necessaria) comparazione del diritto di difesa con altri principi costituzionali. – 6. La non impugnabilità degli atti onorifici. – 7. Atto politico e legalità sostanziale.

## 1. *Considerazioni introduttive*

Per l'art. 7, comma 1, ultimo periodo c.p.a. «Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico». La disposizione riprende il testo dell'art. 24 legge 31 marzo 1889, n. 5992<sup>1</sup> (riprodotto all'art. 22 t.u. approvato con r.d. 2 giugno 1889 n. 6166)<sup>2</sup>, al quale era poi succeduto l'art. 31 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 («Il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso

---

\* Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Catania.

<sup>1</sup> Nella Relazione del Senatore Costa durante la discussione dei lavori parlamentari della legge di cui nel testo, in *Atti Senato*, Legislatura XVI, sessione II, vol. I, n. 6 A, 1887-1888, 11, si rilevò che l'attività del Governo non è vincolata al controllo giurisdizionale in quanto gli atti politici «essendo essenzialmente diretti a tutelare, sì nell'indirizzo degli affari interni che nelle relazioni coi potentati stranieri, gli interessi e le necessità dello Stato, hanno con gli interessi privati dei rapporti meramente occasionali o non ne hanno alcuno», ed essendo «carente un interesse privato direttamente offeso, manca la materia del giudizio, manca la persona cui possa riconoscersi l'azione per promuoverlo». L'art. 24 prevedeva che «Il ricorso non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico».

<sup>2</sup> La norma di cui nel testo fu sin dall'inizio intesa nel senso di ritenere atto politico non impugnabile l'atto «mediante il quale il Governo intende all'osservanza della Costituzione dello Stato e alla funzione organica dei pubblici poteri, o provvede ai rapporti internazionali od in genere alla sicurezza interna ed esterna del Paese» (Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 1891), come gli atti che «ripetono [...] un carattere politico perché l'autorità da cui derivano ha il potere di imprimere loro, sulla guida di principi politici, una destinazione per causa politica» (Cass., Sez. Un., 24 febbraio 1947, n. 256).

se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico»). Queste norme pongono la questione relativa al c.d. atto politico<sup>3</sup> o, meglio, a quegli atti politici del Governo ritenuti non impugnabili dinanzi al giudice amministrativo. La rilevanza di tale previsione sta tutta nella circostanza per cui, come è stato di recente evidenziato<sup>4</sup>, la figura dell'atto politico si pone come punto di equilibrio tra la separazione dei poteri e la giustiziabilità del potere pubblico.

Come si sa, dell'atto politico non esiste una definizione normativa e quindi la nozione è stata costruita dalla dottrina italiana<sup>5</sup> sulla base della elaborazione<sup>6</sup> giurisprudenziale d'oltralpe sugli *actes de Gouvernement*<sup>7</sup> (nei quali furono fatti rientrare anche gli *actes de guerre*, i *traités diplomatiques* e le rivendicazioni di antiche dinastie<sup>8</sup>), che affonda le sue radici

<sup>3</sup> L'insindacabilità degli atti c.d. politici è stata affermata sin da epoca risalente. Vd. F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, 1911, 770 ss.; N. COCO, *L'atto di potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1927, 277 ss.; G. SCAVONETTI, *L'atto politico come limite alla funzione giurisdizionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1927, 20 ss.; G. ROHERSSEN, *L'atto di potere politico e la sua sindacabilità in sede giudiziaria*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1936, 557 ss.; P. GASPARRI, *Considerazioni in tema di atto politico*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, 1952, 102 ss.

<sup>4</sup> V. GIOMI, *L'atto politico nella prospettiva del giudice amministrativo: riflessioni su vecchi limiti e auspici di nuove aperture al sindacato sul pubblico potere*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2022, 23.

<sup>5</sup> In questo senso vd. A. ROMANO TASSONE, *"Atto politico" e interesse pubblico*, in A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, 2010, 311 ss.; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Diritto amministrativo*, 2012, 329. Tra le opere più risalenti vanno segnalati quanto meno A. DE VALLES, *Sulla teoria degli Atti politici*, in *Annali della R. Università di Macerata*, Macerata, 1929, 1 ss.; D. CARUSO INGHILLERI, *Politica, amministrazione, giurisdizione amministrativa*, Roma, 1932.

<sup>6</sup> Anche le dottrine di altri ordinamenti hanno affrontato l'analisi dell'atto politico, e tra le varie opere possono qui richiamarsi N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, Barcelona, 1988; A. CORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, vol. II, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, 2009, spec. cap. VIII «La no justiciabilidad del Estado»; H. RUMP, *Regierungsakte im Rechtsstaat*, Tübingen, 1955; M. VIRALLY, *L'introuvable «acte de gouvernement»*, in *Revue du droit public*, 1952, 317 ss. Negli ordinamenti anglosassoni, come è noto, si svilupparono invece le dottrine degli *actes of State* (in Inghilterra) e delle *political questions* (negli Stati Uniti d'America). Questi ultimi hanno però rarissima applicazione.

<sup>7</sup> P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Paris, 1935 (vol. VII della Bibliothèque de l'Institut inter. de Droit Public); F. APELT, *L'acte de gouvernement dans la jurisprudence et la doctrine en France et en Allemagne*, in *Le Conseil d'État*, Paris, 1949; J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, 1957. In argomento, vd. E. CHELLI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961, 10 ss.

<sup>8</sup> G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese*

nell'Arrêt Laffitte<sup>9</sup>, prima, e nell'Arrêt Prince Napoléon,<sup>10</sup> poi. Se il primo dei due arresti aveva introdotto il “*mobile politique*”<sup>11</sup> «*Considérant que la réclamation tient à une question politique, dont la décision appartient exclusivement au gouvernement*», perché atti affermati come «*de haute politique*», il secondo segnerà l'approdo alla teoria della causa oggettiva politica<sup>12</sup>, considerando che «*pour présenter le caractère exceptionnel qui le mette en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte, émané du Gouvernement ou de l'un de ses représentants, ait été délibéré en Conseil des ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique*»<sup>13</sup>, essendo invece necessario che l'atto sia stato oggettivamente emanato allo scopo di provvedere ai supremi interessi dello Stato<sup>14</sup>. Peraltro, ancor prima il Merlin<sup>15</sup>, nel definire l'atto amministrativo «un decreto, una decisione dell'autorità amministrativa, o un'azione, un fatto d'un amministratore inerenti alle sue funzioni», individua nella insindacabilità il peculiare regime giuridico<sup>16</sup>.

---

nello Stato liberale, Milano, 1984, 84 e ss.; C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983, 4.

<sup>9</sup> Conseil d'Etat, 1 mai 1822, requête numéro 5363.

<sup>10</sup> Conseil d'Etat, 19 février 1875, requête numéro 46707.

<sup>11</sup> Per O. RANELETTI e A. AMORTH, *Atti politici (o di governo)*, in Novissimo Digesto Italiano, I, Torino, 1958, 1511 ss., era nella «ragion di Stato» che gli atti politici «in sostanza si fonda[va]no». Analogamente, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1970, 353. Del resto, proprio A. AMORTH, *Scritti giuridici, 1931-1939*, a cura di E. Ferrari, Milano, 1999, 185, aveva sottolineato «il carattere politico di quegli atti che da queste supreme considerazioni dell'interesse generale dello Stato nella sua unità sono causati...».

<sup>12</sup> La causa oggettiva veniva ravvisata nell'interesse generale dello Stato nella sua unità con riferimento alla determinazione delle finalità dello Stato, al funzionamento dei pubblici poteri, alla tutela della sua esistenza, sicurezza, integrità, tranquillità, prestigio e libertà d'azione contro forze interne o esterne. Vd. A.M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, in Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione. Sezioni civili, 1946, 521, ora in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, 30; P. STELLA RICHTER, *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in G. Guarino (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, 357; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1958, 191; M. Siotto Pintor, *Intorno al concetto del “potere politico”*, in Il Foro italiano, 1927, 1077.

<sup>13</sup> Queste erano state le conclusioni del *commissaire du gouvernement* David.

<sup>14</sup> U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1935, 19 ss., propose invece l'integrazione delle due dottrine.

<sup>15</sup> P.A. MERLIN, *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1807, I, 65.

<sup>16</sup> S. LICCIARDELLO, *La formazione del sistema di diritto amministrativo*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 6.

L'inadeguatezza (per via della sua genericità) della teoria della causa oggettiva aveva portato, come si sa, la dottrina ad individuare, da un lato, due requisiti ai fini della politicità dell'atto (qualificato comunque come atto formalmente e sostanzialmente amministrativo), ossia un requisito soggettivo (provenienza sostanziale da un organo di governo) e uno oggettivo (estrinsecazione del potere politico sulla base di motivi ispirati politici non determinati né apprezzabili giuridicamente)<sup>17</sup>, deducendone la sottrazione al sindacato del Consiglio di Stato in quanto atti a legittimità necessaria (dal momento che per definizione non potevano essere contrari all'interesse pubblico)<sup>18</sup>.

Dall'altro, aveva portato alla riconduzione di questi atti, distinti dai provvedimenti amministrativi, nella funzione di governo<sup>19</sup>, con conseguente ampia discrezionalità (politica), non tanto sui fini (si era infatti detto che questi ultimi sarebbero comunque riconducibili alle previsioni costituzionali<sup>20</sup>), quanto ai mezzi per perseguirli.

Attualmente<sup>21</sup> tende ad affermarsi sempre più l'idea per cui alla nozione dell'atto politico concorrono due requisiti, uno soggettivo (la derivazione dell'atto da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al livello supremo) e l'altro oggettivo (libertà nei fini dell'atto in quanto riconducibile alle "supreme scelte in materia di in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri")<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> E. GUICCIARDI, *Atto politico*, in Archivio di diritto pubblico, 1937, 271.

<sup>18</sup> Come ricorda P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in Enciclopedia del diritto, IV, Milano, 1959, 223, la non contrarietà necessaria all'interesse pubblico spiega la non sottrazione al sindacato del giudice ordinario, che derivava dall'esser tale giudice chiamato ad accertare l'eventuale illiceità e non l'illegittimità.

<sup>19</sup> F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914; U. FORTI, *Atto (di governo)*, in Enciclopedia italiana, V, Milano, 1930, 290; O. RANELETTI e A. AMORTH, *Atti politici (o di governo)*, cit., 1110; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1955, 111 ss.; S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, 1946, 143; V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in Studi urbinati, 1939, 67 ss.

<sup>20</sup> P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 86; ID., *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 224.

<sup>21</sup> Come notato da C. CUDIA, *Considerazioni sull'atto politico*, in Diritto amministrativo, 2021, 623 ss., maggiormente recessiva sembra essere la tesi che esclude la politicità dell'atto in ragione della esistenza di una norma che disciplini o circoscriva l'esercizio del potere ovvero della sua attitudine a ledere situazioni giuridiche individuali.

<sup>22</sup> Cons. Stato, 29 febbraio 2016, n. 808. Ma vd. anche, *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, 19 novembre 2019, n. 13224.

Fino alla prima metà del Novecento l'atto politico aveva larga fortuna nella pratica, tant'è che in vari casi si era ricorso ad esso per escludere il sindacato su svariati atti, in particolare su provvedimenti di ordine e sicurezza pubblica; non a caso era stata sostenuta la individuazione degli atti politici come provvedimenti di alta polizia<sup>23</sup>.

Basti pensare<sup>24</sup> al noto caso dello scioglimento di una società di ginnastica per la necessità di reprimere il pericolo di propaganda nazionalista slovena nei territori della Venezia Giulia «a difesa dei supremi interessi dello Stato»<sup>25</sup> o allo scioglimento di una società cooperativa di braccianti, perché ritenuta «una riunione di individui con propositi tutt'altro che commerciali», aventi propositi eversivi dell'ordine costituito<sup>26</sup>, oppure ancora allo scioglimento del consiglio comunale, determinato «non da semplici motivi di ordine amministrativo, ma da ragioni di ordine pubblico per la gravità delle circostanze che ad immediata e diretta garanzia degli interessi generali urgentemente impongono di ricorrere a tale provvedimento»<sup>27</sup>.

Più in generale, si prospettava la suddivisione degli atti politici in due categorie: da una parte, gli atti inerenti al funzionamento degli organi costituzionali dello Stato ed ai rapporti internazionali (anche se privi della forma di atti amministrativi); dall'altra parte, gli atti di regola aventi la forma di quelli amministrativi, emanati per motivi di sicurezza interna dello Stato, in occasione di eccezionali ed urgenti esigenze della pubblica incolumità (come le misure straordinarie di alta polizia, in occasione di guerre o di gravi perturbamenti interni)<sup>28</sup>, categoria quest'ultima che nel tempo si venne sempre più a dilatare.

---

<sup>23</sup> C. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1948, 289.

<sup>24</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, in *Diritto pubblico*, 2009, 116 ss.

<sup>25</sup> Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 1926, n. 781).

<sup>26</sup> Cons. Stato, sez. IV, 15 aprile 1904, n. 180.

<sup>27</sup> Cons. Stato, sez. IV, 13 giugno 1902; Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 1920.

<sup>28</sup> Vd. P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 222.

## 2. *L'atto politico dopo l'entrata in vigore della Costituzione*

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana la difficile compatibilità<sup>29</sup> con l'art. 113 Cost.<sup>30</sup> (per il quale «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti»), oltre che con le generali previsioni sull'accesso alla giustizia<sup>31</sup> e, quindi, sul diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.<sup>32</sup>, fu risolta da taluni nel

<sup>29</sup> Il Consiglio di Stato nel parere reso il 9 luglio 1946 aveva manifestato dubbi sulla vigenza dell'art. 31 sottolineando che «nessun atto del potere esecutivo in un perfetto sistema di guarentigie giuridiche, deve, per ragione alcuna, sfuggire ad un permanente controllo giurisdizionale ... la legislazione italiana presenta due oggettive deficienze, non riparabili se non in sede di riforma costituzionale dello Stato. La prima, di carattere più generale, consiste nella possibilità, purtroppo, con frequenza tradotta in atto, che il Governo in forza di poteri legislativi assunti anche senza delegazione del Parlamento ... La seconda deficienza riflette la esclusione di ogni sindacato giurisdizionale, che la stessa legge sul Consiglio di Stato sancisce, in conformità con la tradizione legislativa, nei confronti degli atti emanati dell'esercizio del così detto «potere politico» o atti «di Governo». Vd. G. ROHERSSEN, *Ancora sull'art. 113 Cost. e l'abrogazione delle norme che limitano le impugnative*, in Nuova rassegna, 1949, 601 ss.

<sup>30</sup> La compatibilità dell'atto politico con le previsioni dell'art. 113 Cost. fu sin da subito confermata da M. NIGRO, *L'art. 113 della Costituzione e alcuni problemi della giustizia amministrativa* (nota a Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 1948, n. 351), in Foro amm., 1949, 76

<sup>31</sup> Cfr. A. POLICE, *Art. 24*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione della Repubblica italiana*, I, Torino, 2006, 502, per il quale l'accesso alla giustizia costituisce «necessario presupposto costituzionale di tutela dell'individuo». Come è noto, è stata fortemente criticata la decisione *Markovic c. Italia* resa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo il 14 dicembre 2006, con la quale la Corte ha escluso la violazione delle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'esclusione della giurisdizione italiana in ordine alla domanda di risarcimento proposta innanzi al Tribunale di Roma per danni causati da bombardamenti della NATO contro obiettivi civili. Vd. M. P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli 2009, 114; M. VOSNY, *Actes de gouvernement et droit au juge*, in *Revue française de droit administrative*, 2008, 728 ss.; B. RANDAZZO, *Responsabilità dello Stato per atti di guerra: la Corte di Strasburgo "tradisce" la sua consolidata giurisprudenza sul diritto d'accesso ad un tribunale?*, in *Forumcostituzionale.it*.

<sup>32</sup> Come notato da G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Federalismi.it*, 2017, occorre considerare anche gli artt. 19 TUE, 263 TFUE e 6 CEDU, che impongono la previsione di un bagaglio di tutele processuali idonee ad assicurare una protezione pienamente soddisfacente alle situazioni soggettive, nazionali ed europee, lese da atti dei pubblici poteri.

senso dell'affermazione per cui gli atti politici esorbitavano “per natura” dall'attività amministrativa<sup>33</sup> (e, per la giurisprudenza, in considerazione del loro carattere costituzionale e quindi estranei alla funzione amministrativa<sup>34</sup>). Per altri, la soluzione risiedeva nell'assenza di diritti ed interessi rispetto a taluni atti di una pubblica amministrazione, data l'ampiezza discrezionale che li caratterizzava, in quanto atti liberi soltanto nei fini<sup>35</sup>.

Ciò spiega la limitatezza delle pronunce che dopo l'entrata in vigore della Costituzione e sino ad epoca recente hanno richiamato la nozione di atto politico, per di più di regola al fine di escluderne la presenza<sup>36</sup>, indicando sovente la figura degli atti di alta amministrazione<sup>37</sup>, salvo che nell'ambito dei rapporti internazionali<sup>38</sup>.

Non sembrerebbe stupire allora l'assenza di un richiamo alla nozione nella legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali (legge 6 dicembre 1971, n. 1034)<sup>39</sup>, come anche nel testo predisposto ed approvato dalla speciale Commissione incaricata, in previsione dell'adozione del codice del processo amministrativo<sup>40</sup>.

---

<sup>33</sup> C. VITTA, *Impugnabilità degli atti politici*, in Foro amministrativo, 1951, 203 ss.

<sup>34</sup> Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 1951, n. 362.

<sup>35</sup> A. CROSETTI, *Il Consiglio di Stato dall'unità d'Italia alla Costituzione. Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, 2011, 237 ss.

<sup>36</sup> G.B. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in Digesto delle discipline pubblicistiche, I, Torino, 1987, 545.

<sup>37</sup> G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973; G.B. GARRONE, *Atto di alta amministrazione*, in Digesto delle discipline pubblicistiche, I, Torino, 1987, 538 ss.

<sup>38</sup> Si considerino a titolo di esempio il riconosciuto carattere di atto politico alla decisione del Governo italiano di sospendere l'adesione della lira allo Sme (Trib. Roma, 20 gennaio 1997) o al decreto ministeriale di sospensione delle autorizzazioni al trasporto internazionale di merci (Trib. Roma, 18 maggio 1993), o al consenso manifestato in forma orale dal Governo all'insediamento di una base dell'esercito americano (Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3992), o all'atto di adesione dell'Italia all'embargo deciso da organismi internazionali nei confronti di alcuni Paesi (Trib. Roma, 10 ottobre 1991), o agli atti di esecuzione degli accordi stipulati con gli USA per l'acquisto di aerei da guerra (Cons. Stato, sez. VI, ord. 16 settembre 2014, n. 4088), oppure ancora agli atti di protezione diplomatica (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 dicembre 2017, n. 11955 e Cass. s.u., 19 ottobre 2011, n. 21581).

<sup>39</sup> F. DODDI, *Il carattere assoluto dell'insindacabilità degli atti politici*, in Rassegna dell'Avvocatura dello Stato, 2009, 303.

<sup>40</sup> La disposizione è stata poi inserita dal Governo sulla base di osservazioni formulate dalle competenti Commissioni parlamentari a seguito del recepimento delle osservazioni formulate in Commissione Affari costituzionali del Senato e nelle Commissioni Giustizia e Affari costituzionali del Senato.

Più di recente l'argomento è tornato di attualità<sup>41</sup> soprattutto per la risonanza (anche mediatica) suscitata dalla nota vicenda del diniego governativo dell'istanza finalizzata all'avvio delle procedure per la conclusione di un'intesa ai sensi dell'art. 8 Cost. con una confessione religiosa<sup>42</sup>, nella quale va ricordato come la Corte costituzionale nel 2016<sup>43</sup> abbia concluso per la natura politica dell'atto per via della discrezionalità politica del Governo (che comporta l'esclusione di pretese giustiziabili all'avvio delle trattative)<sup>44</sup>. Ad avviso della Corte,

<sup>41</sup> Per talune riflessioni sull'atto politico alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, soprattutto in ordine ai c.d. atti di obbligo di cui al regolamento n. 2021/241/UE, vd. V. GIOMI, *L'atto politico e il suo giudice. Tra qualificazioni sostanziali e prospettive di tutela*, Milano, 2023, 32 ss.

<sup>42</sup> La questione è ampiamente ricostruita da V. CAPUOZZO, *L' "atto politico" davanti alla Corte costituzionale: la tensione tra funzione di indirizzo politico e diritto d'accesso al giudice nella sent. 10 marzo 2016, n. 52*, in *Dirittifondamentali.it*, 2018.

<sup>43</sup> Sentenza 10 marzo 2016, n. 52. Vd. A. TRAVI, *Avvio della procedura per un'intesa con una confessione acattolica e tutela giurisdizionale*, in *Il Foro italiano*, 2016, I, 1957ss.; A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra inisdictio e gubernaculum, ovvero la abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giuristiziabili*, in *www.federalismi.it*, 2016; A. POGGI, *Una sentenza "preventiva" sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose?*, in L. CARLASSARE, *L'atto politico tra "qualificazione" e "scelta": i parametri costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, 554 ss.; E. CASTORINA, *Libertà di culto, confessioni religiose e principio di bilateralità: i "protocolli sanitari" per il contrasto alla pandemia da Covid-19*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2020; R. DICKMANN, *La delibera del Consiglio dei ministri di avviare o meno le trattative finalizzate ad una intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost. è un atto politico insindacabile in sede giurisdizionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2016; N. COLAIANNI, *Il sistema delle fonti costituzionali del diritto ecclesiastico al tempo dell'emergenza (e oltre?)*, in *www.rivistaaic.it*, 2020; A. FERRARA, *Corte cost. n. 52 del 2016, ovvero dello svuotamento delle intese Stato-Confessioni religiose e dell'upgrading del giudizio concernente il diniego all'avvio delle trattative*, in *www.federalismi.it*, 2016; D. FERRARI, *Libertà nell'intesa e libertà dall'intesa. Osservazioni a margine di due recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 2016, 437ss.; I. NICOTRA, *Le intese con le confessioni religiose: in attesa di una legge che razionalizzi la discrezionalità del Governo*, in *www.federalismi.it*, 2016; G. MACRÌ, *Il futuro delle intese (anche per l'U.A.A.R) passa attraverso una legge generale sulla libertà religiosa. Brevi considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 2016*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it*, 2016; S. MAGNANI, *L'esercizio pubblico del culto. Le preoccupazioni della Corte costituzionale nel suo ruolo di custode "tutelatrice" dei diritti fondamentali*, in *ivi*, 2017; A. PIN, *L'inevitabile caratura politica dei negoziati tra il Governo e le confessioni e le implicazioni per la libertà religiosa: brevi osservazioni a proposito della sentenza n. 52 del 2016*, in *www.federalismi.it*, 2016.

<sup>44</sup> «In definitiva, un conto è l'individuazione, in astratto, dei caratteri che fanno di un gruppo sociale con finalità religiose una confessione, rendendola, come tale, destinataria di tutte le norme predisposte dal diritto comune per questo genere di associazioni. Un altro conto è la valutazione del Governo circa l'avvio delle trattative ex art. 8, terzo comma, Cost., nel cui ambito ricade anche l'individuazione, in concreto, dell'interlocutore. Quest'ultima è scelta nella quale hanno peso decisivo delicati apprezzamenti di opportunità, che gli

invero, il riferimento al metodo della bilateralità, desumibile dal terzo comma dell'art. 8 Cost., necessita di una concorde volontà delle parti, non solo nel condurre e nel concludere una trattativa, ma anche, e prima ancora, nell'avviarla. Al tempo stesso, la non configurabilità di una pretesa soggettiva alla conclusione positiva delle trattative escluderebbe l'autonoma pretesa giustiziabile al loro avvio. Del resto, per la Corte, sarebbe «illusoria» l'apertura di trattative di cui non si assume garantita giudizialmente la conclusione.

Il Consiglio di Stato<sup>45</sup>, invece, nel riformare la pronuncia del T.A.R. Lazio<sup>46</sup>, aveva escluso che si trattasse di un atto politico, richiamando la discrezionalità valutativa che connaturerebbe la scelta del Governo di avviare o meno le trattative, mentre le Sezioni unite<sup>47</sup> avevano evidenziato il carattere antidiscriminatorio insito nelle previsioni dell'art. 8 Cost.<sup>48</sup>. A seguito della sentenza della Corte costituzionale, adesso anche il Consiglio di Stato<sup>49</sup> ha concluso per la natura politica dell'atto, con conseguente non giustiziabilità delle determinazioni governative relative all'avvio delle trattative con le confessioni religiose.

Ancor prima, nel 2012<sup>50</sup>, la Corte costituzionale aveva avuto modo

---

artt. 8, terzo comma, e 95 Cost. attribuiscono alla responsabilità del Governo. In quest'ambito circoscritto, e solo in esso, appartiene dunque al Consiglio dei ministri discrezionalità politica, sotto il sempre possibile controllo del Parlamento, cui non può sovrapporsi il sindacato del giudice».

<sup>45</sup> Cons. Stato, sez. IV, 4 novembre 2011, n. 6083.

<sup>46</sup> T.A.R. Lazio, Roma, 1 dicembre 2008, n. 12539.

<sup>47</sup> Cassazione civile s. u., 28 giugno 2013, n. 16305. Vd. G. DI MUCCIO, *Atti politici e intese tra lo Stato e le confessioni religiose non cattoliche: brevi note a Corte di Cassazione, Sez. Unite civ., Sentenza 28 giugno 2013, n. 16305*, in *Federalismi.it*, 2013.

<sup>48</sup> Nella sentenza di cui nel testo le Sezioni unite ebbero a rilevare che «l'assenza di normazione specifica non è di per sé un impedimento a contrastare in sede giurisdizionale il rifiuto di intesa che sia fondato sul mancato riconoscimento, in capo al richiedente, della natura di confessione religiosa».

<sup>49</sup> Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2022, n. 4636.

<sup>50</sup> Corte cost. 5 aprile 2012, n. 81. Cfr. M. CERRONI, *Il principio di pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive alla luce della giurisprudenza amministrativa del 2011*, in *www.federalismi.it*, 2012; M.G. Rodomonte, *Equilibrio di genere, atti politici e stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania*, *ivi*; R. CHIEPPA, *Una inammissibilità di ricorso per conflitto di attribuzioni rivestita da una opportuna motivazione sugli stretti limiti della discrezionalità politica non soggetta ad alcun sindacato giurisdizionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 1158 ss.; F. BILANCIA, *Ancora sull'atto politico e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale*.

di evidenziare taluni aspetti dell'atto politico, nella vicenda sulla contestabilità dell'atto di nomina dei componenti della Giunta regionale, per violazione dell'art. 46, comma 3, dello Statuto campano ove stabilisce che «Il Presidente della Giunta regionale nomina, nel pieno rispetto del principio di una equilibrata presenza di donne e uomini, i componenti della Giunta». La Regione dinanzi al Consiglio di Stato aveva tentato di sostenere la mancanza di legittimazione attiva della ricorrente (ossia, di una aspirante alla nomina ad assessore) e sostenendo la natura politico discrezionale e fiduciaria dell'atto di nomina<sup>51</sup>. La Corte costituzionale, investita con ricorso per conflitto di attribuzioni della questione in ordine alla spettanza allo Stato del sindacato sulla legittimità dell'atto di nomina degli assessori, evidenziò che la valutazione degli atti politici rispetto ai parametri normativi è un controllo giuridico al quale tali atti non si possono sottrarre poiché secondo i «fondamentali principi dello Stato di diritto» anche tali atti debbono sottostare ai limiti giuridici ad essi imposti dall'ordinamento ed alle verifiche di legittimità e validità nelle sedi appropriate, fermo restando che «quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi».

La variegata e talvolta contraddittoria giurisprudenza (come dimostrato dalle vicende delle trattative per l'intesa ex art. 8 Cost. e della nomina dei componenti della Giunta regionale, ma anche da altri casi su cui si dirà) conferma l'idea che si tratti di un istituto connaturato da

---

*Una categoria tradizionale al tramonto?*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2012; F. BLANDO, "Atto politico" e "Stato di diritto", nella sentenza n. 81 del 2012 della Corte costituzionale, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2012; M. BELLETTI, "Torniamo allo Statuto"... regionale. La rappresentanza di genere nelle Giunte regionali tra atto politico, atto di alta amministrazione e immediata precettività delle disposizioni statutarie, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2012

<sup>51</sup> Si veda la sentenza 27 luglio 2011, n. 4502. Il Consiglio di Stato, in merito al lamentato difetto di legittimazione passiva aveva evidenziato che: «la tutela di un diritto fondamentale (che ha dignità costituzionale) come la parità uomo/donna [...] potrebbe essere arbitrariamente disattesa, poiché non vi sarebbe nessuno strumento giuridico (per carenza di legittimazione [...]) per censurarne la violazione. In questo modo, si perpetuerebbe il costume, improponibile sul piano culturale e civile che su quello giuridico, di affermare grandi e importanti principi di civiltà avanzata per poi disattenderli puntualmente in fase applicativa».

una forte accezione giurisprudenziale<sup>52</sup>, da un lato, e dai confini incerti, dall'altro<sup>53</sup>.

### 3. *Atto politico e tutela di diritti ed interessi*

È opinione comunemente accettata che l'art. 7, comma 1, ultimo periodo c.p.a. sia giustiziabile ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.<sup>54</sup> ed in

---

<sup>52</sup> G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, cit., 340 ss.; C. CUDIA, *Considerazioni sull'atto politico*, cit., 624 ss.; G. MANCINI PALAMONI, *La sindacabilità dell'atto politico e i rapporti con gli atti di alta amministrazione*, in P. Cerbo, G. D'Angelo, S. Spuntarelli (a cura di), *Amministrare e giudicare. Trasformazioni ordinamentali*, Napoli, 2022, 357 ss. ha evidenziato la capacità della giurisprudenza di «adeguare il proprio sindacato all'oggetto e alle mutazioni del contesto».

<sup>53</sup> Non a caso A. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, cit., 517, ebbe a rilevare che in questo argomento «la parola definitiva non può ritenersi tuttora pronunciata».

<sup>54</sup> C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani. Profili di teoria generale*, Padova, 1983, 63 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti politici e atti di alta amministrazione*, cit., 101 ss.; A. ROMANO TASSONE, "Atto politico" e interesse pubblico, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, 2010, 311 ss.; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, cit., 329 ss.; D. MESSINEO, *Atti politici, stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 717 ss.; F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, in P. Bonetti, A. Cassatella, F. Cortese, A. Deffenu, A. Guazzarotti (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali. Atti Convegno Trento, 24-25 giugno, 2011*, Torino, 2012, 74 ss.; A.A. CERVATI, *Artt. 70-72*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1985, 180 ss.; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, 1 ss.; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IV, Roma, 1988, 2 ss.; A. ROTTOLA, *Controllo giurisdizionale e atti politici nel diritto dell'Unione europea e nel diritto interno in materia internazionale*, Bari, 2001, 11 ss.; D. Vaiano, "Gli atti politici", in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2005, 207 ss.; L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, 2014; ID., *La natura di atto politico, immune dal sindacato giurisdizionale, del rifiuto governativo di avviare trattative finalizzate alla conclusione di intese per regolare rapporti con confessioni religiose*, in *Ilmerito.org*, 2016; M. PERINI, *Atto politico e atto di Governo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Aggiornamento, XVI, Roma, 2008, 1 ss.; M. DEL SIGNORE, *Commento art. 31 Cons. Stato*, in A. Romano, R. Villata (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, 1484 ss.; O. RAGOZZINO, *Brevi riflessioni in tema di criteri identificativi dell'atto politico alla luce della recente giurisprudenza amministrativa*, in *www.giustamm.it*, 2010 ; P. GASPARRI, *Considerazioni in tema di atto politico*, in *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione. Sezioni civili*, 1952, 102 ss.; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., 79 ss.; V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 65 ss.; E. Silvestri, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950, 139 ss.

particolare nella misura in cui quest'ultima disposizione ammette la sindacabilità degli atti amministrativi laddove vi siano diritti ed interessi da tutelare, da un lato, e in cui esclude limitazioni alla giurisdizione del giudice amministrativo per particolari categorie di atti, dall'altro<sup>55</sup>.

È stato infatti evidenziato che la non sindacabilità dell'atto politico deriverebbe dalla mancata produzione di effetti giuridici consistenti in situazioni giuridiche tutelabili (e quindi dalla struttura stessa di tali atti)<sup>56</sup>. Del resto ancora di recente la giurisprudenza ha sostenuto che «non è giuridicamente tollerabile l'esistenza di una particolare categoria di atti dell'esecutivo in relazione ai quali il sindacato giurisdizionale a tutela dei diritti individuali possa essere limitato o addirittura escluso» e che, conseguentemente, atto politico può essere solo quello che «afferisce a questioni di carattere generale che non presenti[no] un'immediata e diretta capacità lesiva nei confronti delle sfere soggettive individuali»<sup>57</sup>. Pertanto, per il Consiglio di Stato «sotto il profilo più squisitamente processuale sarà [...] impugnabile quell'atto - pur promanante dall'autorità amministrativa cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica - la cui fonte normativa riconosce l'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'Amministrazione»<sup>58</sup>. Ed ancora, per il giudice ordinario<sup>59</sup>, «non è giuridicamente tollerabile l'esistenza di una particolare categoria di atti dell'esecutivo in relazione ai quali il sindacato giurisdizionale a tutela dei diritti individuali possa essere limitato o addirittura escluso» e che, conseguentemente, atto politico può essere solo quello che «afferisce a questioni di carattere generale che non presentino un'immediata e diretta capacità lesiva nei confronti delle sfere soggettive

<sup>55</sup> R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2012.

<sup>56</sup> M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, 289.

<sup>57</sup> Trib. Catania sez. reati ministeriali ex l. cost. 1/1989, 7 dicembre 2018 (nel caso Diciotti).

<sup>58</sup> Cons. Stato, I, parere 19 settembre 2019, n. 2483.

<sup>59</sup> È del resto opinione diffusa la necessità di estendere la non giustiziabilità dell'atto politico anche dinanzi al giudice ordinario, per non incorrere in contraddizioni e incongruenze di sistema, come notato da G. ROHERSSEN, *L'atto di potere politico e la sua sindacabilità in sede giudiziaria*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1936, 569; e da N. COCO, *L'atto di potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza (nota a Corte di Cassazione 27 gennaio 1927)*, *ivi*, 1927, I, 284.

individuali»<sup>60</sup>. Da ciò è stato anche ipotizzato il ridimensionamento dell'area della insindacabilità degli atti politici<sup>61</sup>, se non addirittura il definitivo superamento della non giustiziabilità<sup>62</sup> di tali atti, ritenuta non più autonomamente sostenibile<sup>63</sup> e non scevra da dubbi di legittimità costituzionale<sup>64</sup>.

L'assenza di aree sottratte al sindacato giurisdizionale era già stata confermata dalla Corte costituzionale sul presupposto che l'azione di governo è comunque circoscritta da vincoli posti da norme giuridiche «che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio»<sup>65</sup>, e pertanto che il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, che lo rende sindacabile<sup>66</sup>. Tale intendimento però provoca talune perplessità.

Un primo dubbio riguarda la inutilità della previsione dell'art. 7, comma 1, ultimo periodo c.p.a. se quest'ultima disposizione viene intesa come relativa ad atti rispetto ai quali mancherebbero diritti o interessi da far valere. Per la verità la superfluità della figura dell'atto politico è già stata più volte sottolineata, seppur per altre ragioni. Già sotto il vigore delle discipline previgenti al codice del processo amministrativo si era

---

<sup>60</sup> Trib. Catania sez. reati ministeriali ex l. cost. 1/1989, 7 dicembre 2018.

<sup>61</sup> Vd, G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, cit.

<sup>62</sup> Cfr. R. DICKMANN, *La delibera del Consiglio dei ministri di avviare o meno le trattative finalizzate ad una intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost., è un atto politico insindacabile in sede giurisdizionale*, in Forum di quaderni costituzionali, 2016, per il quale «per nessun atto il titolo della politicità può valere di per sé a risolvere la cornice di legalità anche costituzionale che discende dalla Carta costituzionale vigente rigida. (...) Soprattutto la Carta non legittima più l'irresponsabilità o la non sindacabilità per atti compiuti in omaggio alla ragion di Stato».

<sup>63</sup> Così F. BILANCIA, *Ancora sull'«atto politico» e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in Giurisprudenza costituzionale, 2012, 1163, che ha evidenziato l'effetto di «ridurre in maniera drastica i confini della pretesa insindacabilità giurisdizionale, fin quasi a farla sparire del tutto e comunque a ricondurla nei ristretti limiti degli spazi di decisione comunque non espressamente sottoposti dall'ordinamento a vincoli di natura giuridica», cosicché la tradizionale categoria dell'atto politico di per sé solo insindacabile non sembra più «autonomamente sostenibile». Dubbi sulla permanenza nell'ordinamento della figura dell'atto politico erano peraltro già stati avanzati da E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, in Foro amministrativo, 1947, 16 ss.

<sup>64</sup> F. G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011.

<sup>65</sup> Cfr. V. GIOMI, *L'atto politico e il suo giudice. Tra qualificazioni sostanziali e prospettive di tutela*, cit., 94 ss.

<sup>66</sup> Si veda la riferita sentenza n. 81 del 2012 della Corte costituzionale.

detto che dall'art. 26 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 (che individua “gli atti o i provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante”), non potevano formare oggetto di impugnativa gli atti che non provenissero da un'autorità amministrativa o che non avessero valore di atti amministrativi<sup>67</sup>. Più di recente è stata addirittura proposta l'abolizione dell'art. 7 c.p.a. nella parte in cui tratta degli atti politici, sebbene al fine di evitare riserve originarie di potere in capo alla politica sottratte al sindacato giurisdizionale<sup>68</sup>. Analogamente, si è rilevato che la previsione dell'art. 7, comma 1, ultimo periodo c.p.a., rappresenterebbe l'elemento formalizzante di una tipologia di atti dei quali si rinnega l'utilità pratica e rispetto ai quali si evidenzia il rischio di un fattore di deresponsabilizzazione politica<sup>69</sup>.

L'inutilità dell'art. 7 c.p.a. nella parte in cui tratta degli atti politici, se si assume la necessità dell'assenza di diritti ed interessi, parrebbe desumersi dalle regole generali del processo<sup>70</sup>, ed in particolare da quelle sulle condizioni dell'azione<sup>71</sup> e, quantomeno, sulla legittimazione a ricorrere<sup>72</sup>. Se si ritiene che la non giustiziabilità degli atti in parola derivi dall'assenza di diritti ed interessi coinvolti, allora è assolutamente superflua la previsione dell'art. 7, comma 1, ultimo periodo c.p.a. in quanto il sindacato è già escluso in radice perché il ricorrente non sarebbe legittimato a ricorrere: mancherebbe in sé il giudizio, in assenza di situazioni giuridiche soggettive

<sup>67</sup> A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1986, 1336 ss.; L. MAZZAROLLI, *Quadro generale della giustizia amministrativa*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 397, ss.

<sup>68</sup> G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri non ancora esercitati*, in *Federalismi*. it, 2018.

<sup>69</sup> A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, Napoli, 2020, 43.

<sup>70</sup> D. MESSINEO, *Atti politici, stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, cit., 717, ha evidenziato come di fronte ad atti politici non si dovrebbe ravvisare ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, in quanto tali casi «rappresentano il precipitato storico di una versione ormai desueta del principio di separazione dei poteri, determinano una violazione del divieto di non liquet e svuotano “da dentro” la garanzia del giudice precostituito per legge di cui all'art. 25, comma 1 Cost.».

<sup>71</sup> P.M. VIPIANA, *Le condizioni dell'azione nel processo amministrativo*, in C. Mignone, P.M. Vipiana (a cura di), *Manuale di giustizia amministrativa*, Padova, 2012, 135 ss.

<sup>72</sup> E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 279 ss.; L.R. Perfetti, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

da tutelare. In questi casi l'assenza di situazioni tutelabili esclude la possibilità di esercitare l'azione<sup>73</sup>.

Come è stato notato, infatti, «nel difetto di un interesse privato direttamente offeso, manca la materia del giudizio, manca la persona cui possa riconoscersi l'azione per promuoverlo»<sup>74</sup>.

Per di più la giustificazione degli atti politici tramite l'assenza di diritti ed interessi non sembra adeguata a rendere maggiormente certi i confini della categoria, come peraltro già evidente nella citata vicenda dell'avvio delle trattative con le confessioni religiose. La giurisprudenza, infatti, non appare del tutto omogenea e tende a risolvere situazioni simili (se non addirittura ipotesi sostanzialmente identiche) in modi differenti.

Il Consiglio di Stato, ad esempio, ha escluso la natura di atto politico (facendolo rientrare tra quelli di alta amministrazione) di un atto di estradizione «vertendosi nella specie, in materia di un interesse pubblico singolo, particolarmente determinato e circoscritto»<sup>75</sup>. Ciò a differenza della stipula e dell'approvazione di una convenzione internazionale riguardante l'estradizione, che invece «rientrano in quell'attività di ordine superiore che concerne la direzione suprema e generale dello Stato, e quindi, costituiscono atti politici»<sup>76</sup>. Ha inoltre non ritenuto come politico un atto di estradizione poiché esso provvede su un oggetto specifico e circoscritto «disponendo in modo diretto e immediato di interessi essenzialmente individuali»<sup>77</sup>.

Per le Sezioni unite, invece, «il foglio di via emesso dal Governo italiano per deportare in Italia, su richiesta del Governo americano, un cittadino italiano emigrato e naturalizzato negli USA, costituisce un atto politico, in quanto rilasciato non al privato ma direttamente al Governo USA, attenendo quindi alla questione [...] esclusivamente alla disciplina normativa delle relazioni fra Stati sovrani nel settore politico-diplomatico»<sup>78</sup>.

Allo stesso modo, è considerato atto politico il silenzio sulla adozione della lettera di garanzia, atto necessario per procedersi all'adozione

---

<sup>73</sup> Cfr. S. VILLAMENA, *Presupposti e condizioni dell'azione*, in G.P. Cirillo, S. Perongini (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2020, 165.

<sup>74</sup> Cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 9.

<sup>75</sup> Cons. Stato, sez. IV, 15 giugno 2007, n. 3286.

<sup>76</sup> Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 1966, n. 344.

<sup>77</sup> Cons. Stato, sez. IV, 15 giugno 2007, n. 3286; Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 2000, n. 1996; T.A.R. Puglia, Bari, I, 20 dicembre 1990, n. 970.

<sup>78</sup> Cass. s.u., 14 novembre 1974, n. 3608.

internazionale di minori di nazionalità bielorusa, prevista dall'art. 9 del "Protocollo di collaborazione tra la Commissione per le Adozioni Internazionali presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri della Repubblica Italiana e il Ministero dell'Istruzione della Repubblica di Belarus in materia di adozioni dei cittadini minorenni della Repubblica di Belarus da parte dei cittadini della Repubblica Italiana", in quanto la norma internazionale di riferimento prevedrebbe obblighi sul piano internazionale unicamente tra gli Stati<sup>79</sup>.

È invece considerata giustiziabile l'inerzia all'attivazione della protezione diplomatica<sup>80</sup>, mentre è ascritto tra gli atti politici il diniego dell'*exequatur* (ossia, del permesso dello Stato di residenza necessario per l'ammissione all'esercizio delle funzioni consolari)<sup>81</sup>, in quanto considerato non soggetto a parametri giuridici<sup>82</sup>.

Inoltre, è stato escluso che il parere reso dal Comitato direzionale per la Cooperazione allo sviluppo del Ministero degli Affari esteri e della Cooperazione Internazionale, nell'ambito degli interventi attuativi delle politiche di cooperazione allo sviluppo di cui alla legge 26 febbraio 1987 n. 49 si configuri quale atto emanato nell'esercizio del potere politico<sup>83</sup>.

Ed ancora, se di regola l'atto di nomina e quello di revoca di un assessore (regionale, provinciale o comunale)<sup>84</sup> è normalmente ricondotto tra

<sup>79</sup> Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2021, n. 7250.

<sup>80</sup> Cass. s.u., 19 ottobre 2011, n. 21581.

<sup>81</sup> Vd. M. LUGATO, *Consoli*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, 1359 ss.; G. BISCOTTINI, *Manuale di diritto consolare*, Padova 1969, 74; C. CURTI GIALDINO, *Lineamenti di diritto diplomatico e consolare*, Torino 2015, 83 ss.; A. MARESCA, *Le relazioni consolari*, Milano 1996, 91 ss.; A. CIAMPI, *Relazioni consolari*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino 1998, 105 ss.; A. SINAGRA, *Agenti consolari e consolato - II) Diritto pubblico*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma 1988, 1 ss.

<sup>82</sup> Cons. Stato, sez. I, Parere 19 settembre 2019, n. 2483, su cui vd. N. VICECONTE, *Le categorie (residuali) dell'atto politico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 395 ss.

<sup>83</sup> Vd. Cons. St., sez. V, 9 gennaio 2017, n. 16. Di contrario avviso era stato T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III *ter*, 14 aprile 2016, n. 4434, ma per il Consiglio di Stato «l'atto in questione partecipa dello sviluppo di un'attività che, per quanto abbia il titolo di base in un accordo internazionale, poi se ne "distacca" perché manifesta comunque lo svolgimento di funzioni amministrative interne e non ha più un impatto diretto sulle relazioni internazionali dello Stato. Sicché, non v'è ragione perché resti sottratto alla giurisdizione del giudice amministrativo».

<sup>84</sup> Maggiore concordia si registra invece per l'atto di scioglimento del consiglio comunale per infiltrazioni mafiose, ricondotto nell'alveo degli atti di alta amministrazione, benché pervaso da amplissima discrezionalità per via della salvaguardia della pubblica amministrazione di fronte alla pressione ed all'influenza della criminalità organizzata (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre

gli atti di alta amministrazione<sup>85</sup> (con connessi obblighi di motivazione e di comunicazione dell'avvio del procedimento)<sup>86</sup>, il Consiglio di Stato ne ha talvolta affermato la natura politica, con conseguente regime di insindacabilità<sup>87</sup>.

A sua volta, è stata ammessa la giustiziabilità dell'atto di indizione delle elezioni<sup>88</sup>, al pari della deliberazione del Consiglio regionale con la quale era stata respinta una richiesta di referendum consultivo avanzata dai Consigli provinciali<sup>89</sup>. Diversamente, è stato affermato il carattere politico della decisione di concentrare in un'unica data più elezioni<sup>90</sup>, come anche la determinazione dei collegi uninominali provinciali<sup>91</sup>.

Anche sugli atti di pianificazione non vi è assoluta concordia, dal momento che non sono considerati atti politici gli strumenti di pianificazione territoriale<sup>92</sup>, o la localizzazione della sede dell'Autorità di bacino<sup>93</sup>, mentre in alcuni casi lo si è ammesso per il piano delle infrastrutture e degli insediamenti strategici<sup>94</sup> o per quello delle farmacie<sup>95</sup> o per l'in-

---

2007, n. 5146; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2000, n. 5225; Cons. Stato, sez. VI, 16 febbraio 2007, n. 665; Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2007, n. 1004; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 4 aprile 2007, n. 9264).

<sup>85</sup> Cons. Stato, sez. I, parere 20 maggio 2021, n. 936; Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2021, n. 4609; Cons. Stato, sez. I, parere 28 aprile 2021, n. 91; Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2005 n. 944 (in quest'ultima pronuncia, i giudici amministrativi hanno evidenziato che il sindaco (come del resto il consiglio e le giunta comunale) non è un organo di rilievo costituzionale e che la giunta comunale non è di per sé abilitata alla direzione al massimo livello dell'amministrazione comunale. L'atto sindacale di revoca di un assessore non sarebbe quindi atto libero nella scelta dei fini, essendo sostanzialmente rivolto al miglioramento della compagine di ausilio del sindaco nell'amministrazione del comune, e per altro verso risultando sottoposto per legge alla valutazione del consiglio comunale). In argomento vd. C. Contessa, *La revoca dell'assessore comunale non è atto politico*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2012, 49 ss.; T. BELLEI, *Revoca dell'assessore comunale: atto politico o amministrativo?*, *ivi*, 2009, 42 ss.

<sup>86</sup> Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2009, n. 6253.

<sup>87</sup> Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2009, n. 280; Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2005 n. 944; T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 7 dicembre 2004, n. 1600.

<sup>88</sup> Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002.

<sup>89</sup> T.A.R. Abruzzo, 7 ottobre 2003, n. 839.

<sup>90</sup> T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 10 ottobre 2014, n. 2725.

<sup>91</sup> T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 18 maggio 2009, n. 1183.

<sup>92</sup> T.A.R. Veneto, sez. II, 5 marzo 2004, n. 527; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 8 aprile 2019, n. 4561; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 12 giugno 2008, n. 790.

<sup>93</sup> Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397.

<sup>94</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 16 febbraio 2010, n. 2255.

<sup>95</sup> T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 30 giugno 2016, n. 1598. Su taluni aspetti della partecipa-

dividuazione dei siti di interesse nazionale ai fini della bonifica<sup>96</sup>, o per l'adozione del piano paesaggistico della Regione siciliana<sup>97</sup>, mentre lo si è escluso per il piano sanitario regionale<sup>98</sup> e per l'atto regionale di approvazione del piano provinciale delle cave<sup>99</sup>.

Del resto sembra una mera finzione giuridica assumere l'assenza di diritti ed interessi in presenza di atti politici, basti pensare che in effetti in molti casi diritti ed interessi sembrerebbero astrattamente configurabili. Questo vale soprattutto in tutti i casi in cui la giurisprudenza non è costante sul carattere politico o meno di un dato provvedimento.

Nel caso del diniego all'avvio delle trattative con una confessione religiosa, ad esempio, è stata evidenziata l'inopportunità di escludere il coinvolgimento di diritti relativi al fenomeno religioso, dal momento che la determinazione del Consiglio dei ministri non avrebbe attinenza con la direzione suprema e generale dello Stato, ma con la sola cura concreta dell'interesse religioso delle minoranze confessionali, tramite la conclusione di negozi di diritto pubblico<sup>100</sup>. Peraltro, un interesse all'avvio delle trattative potrebbe dirsi sempre sussistente dato che per il semplice fatto dell'avvio delle trattative un'associazione esponenziale di una confessione religiosa potrebbe trarne una qualche forma di legittimazione governativa (dal momento che in tal modo un soggetto, per il solo fatto di aver avviato una trattativa con il Governo, potrebbe farne discendere la sua caratterizzazione quale "confessione religiosa" ai sensi dell'art. 8 Cost.)<sup>101</sup>.

Il tutto, oltre la considerazione che, benché la Corte costituzionale abbia escluso l'esistenza di diritti in ordine alla conclusione delle trattative,

---

zione al relativo procedimento, sia consentito rinviare al nostro *Note sulla partecipazione ai procedimenti generali*, in Il Foro amministrativo – TAR, 2009, 3647 ss.

<sup>96</sup> T.A.R. Toscana, sez. II, 22 dicembre 2010, n. 6798.

<sup>97</sup> C.G.A., sez. giur. 27 settembre 2012, n. 815; C.G.A., sez. riun., 25 gennaio 2017, n. 50; C.G.A., sez. riun., 28 gennaio 2020, n. 28; C.G.A., sez. riun., 23 novembre 2022, n. 557; C.G.A., sez. riun., 20 giugno 2022, n. 341.

<sup>98</sup> T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 17 giugno 2005, n. 1029.

<sup>99</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 14 maggio 2009, n. 3733.

<sup>100</sup> L. CARLASSARE, *L'atto politico fra "qualificazione" e "scelta": i parametri costituzionali*, in Giurisprudenza Costituzionale, 2016, 554 ss.

<sup>101</sup> Cfr. la sentenza n. 52 del 2016 della Corte costituzionale: «A fronte di tale estrema varietà di situazioni, che per definizione non si presta a tipizzazioni, al Governo spetta una discrezionalità ampia, il cui unico limite è rintracciabile nei principi costituzionali, e che potrebbe indurlo a non concedere nemmeno quell'implicito effetto di "legittimazione" in fatto che l'associazione potrebbe ottenere dal solo avvio delle trattative».

in applicazione del “metodo della bilateralità”<sup>102</sup>, la dottrina anche prima della pronuncia della Corte aveva manifestato dubbi, evidenziando un dovere governativo all’avvio delle trattative in nome del principio di laicità<sup>103</sup>, al pari della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato<sup>104</sup>.

Analogamente, pare non agevole sostenere l’assenza di situazioni giuridiche soggettive in capo al privato quando questi risulta essere destinatario di un provvedimento di estradizione, che incide sulle libertà individuali. Ma vale anche in quelle altre ipotesi sopra ricordate in cui non sembrerebbe esserci dubbio sulla natura politica dell’atto.

Lo stesso è a dire della nomina del Presidente dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato<sup>105</sup>, oppure del provvedimento di nomina dei componenti di una commissione tecnica che opera in materia di giochi e monopoli di Stato, considerati entrambi atti politici<sup>106</sup>: astrattamente vi potrebbe essere la lesione di diritti dei terzi, che dalla nomina assumono di aver subito dei pregiudizi. Apparentemente la loro posizione non sembrerebbe essere particolarmente differente rispetto a quella presente in altre situazioni, come nel caso della nomina della commissione straordinaria di una ASL<sup>107</sup> o la nomina o la decadenza di un commissario straordinario<sup>108</sup>, normalmente ricondotte tra gli atti di alta amministrazione. Del pari sono considerati giustiziabili la nomina dell’Avvocato Generale dello Stato<sup>109</sup>, del Primo Presidente della Corte di Cassazione<sup>110</sup>, del presidente dell’au-

---

<sup>102</sup> V. CAPUOZZO, L’“atto politico” davanti alla Corte costituzionale: la tensione tra funzione di indirizzo politico e diritto d’accesso al giudice nella sent. 10 marzo 2016, n. 52, in *Dirittifondamentali.it*, 2018.

<sup>103</sup> G. ZAGREBELSKY, *Principi costituzionali e sistema delle fonti di disciplina del fenomeno religioso*, in V. Tozzi (a cura di), *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, Salerno 1993, 108 ss.; F. RIMOLI, *Laicità (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, Roma 1995, 9 ss.; N. COLAIANNI, *Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica (rapporti tra)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano 1990, 924 ss.; C. CARDIA, *Stato laico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano 1990, 884 ss.

<sup>104</sup> SI vedano i riferimenti indicati nel primo paragrafo del presente saggio.

<sup>105</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 16 luglio 2020, n. 8162.

<sup>106</sup> Cons. Stato, sez. III, 23 settembre 2008, n. 3095.

<sup>107</sup> Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2006, n. 4765.

<sup>108</sup> Vd. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 6 dicembre 2007, n. 13365 per la decadenza dall’incarico di un commissario liquidatore; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 9 novembre 2008, per nomina di commissario straordinario di un Ente Parco.

<sup>109</sup> Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 1981, n. 340; T.A.R. Lazio, sez. I, 9 luglio 1980, n. 792 e 793.

<sup>110</sup> Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3893

torità portuale<sup>111</sup>, del difensore civico<sup>112</sup>, dei vertici delle forze armate<sup>113</sup> ed in particolare del comandante generale della Guardia di Finanza<sup>114</sup>, dei dirigenti generali<sup>115</sup> e, più in generale, dei dirigenti statali<sup>116</sup>, la revoca del vicesindaco<sup>117</sup>, il diniego di subentro di un Consigliere di Stato nel Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa<sup>118</sup>, la nomina del direttore generale di una ASL<sup>119</sup>, la rimozione di un componente del consiglio di amministrazione della Rai s.p.a. di designazione ministeriale<sup>120</sup>, la revoca di un'assunzione diretta di un agente del SISMI<sup>121</sup>, o la nomina di un segretario generale di un Consiglio regionale<sup>122</sup>.

Anche in presenza dell'apposizione del segreto di Stato<sup>123</sup> (nei limiti ovviamente nei quali lo si consideri un atto politico<sup>124</sup> piuttosto che un

<sup>111</sup> L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in Rivista AIC, 2014, 1 ss.

<sup>112</sup> Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2023, n. 583; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 29 aprile 2008, n. 682; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 3 marzo 2005, n. 388; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 8 febbraio 2007, n. 133.

<sup>113</sup> T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 22 aprile 2008, n. 1555.

<sup>114</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 15 dicembre 2007, n. 13361.

<sup>115</sup> Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2005, n.1391; Cons. Stato, sez. IV, 5 febbraio 1999, n. 120.

<sup>116</sup> Corte cost., 5 marzo 2010, n. 81.

<sup>117</sup> Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2071.

<sup>118</sup> Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2021, n. 4642.

<sup>119</sup> Cons. Stato, sez. IV, 1 settembre 1998, n. 1139.

<sup>120</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 16 novembre 2007, n.11271. Vd. P. SANDRO, *La rimozione di un componente del consiglio di amministrazione della Rai s.p.a. di designazione ministeriale. Alcune fugaci precisazioni del giudice amministrativo*, in Foro amministrativo – TAR, 2007, 3122 ss.; Id., «Democrazia dell'alternanza» e atto politico: il Tar annulla la revoca del consigliere Petroni, *ivi*, 3134 ss.; T. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *L'atto politico (e il «politico»)*, in Giustizia civile, 2008, 517 ss.; P. STELLA RICHTER, *Postilla sulla stessa nozione di atto amministrativo*, *ivi*, 519 ss.; L. VIOLINI, *Note sul «caso Petroni»: ovvero se sia ancora necessario garantire l'imparzialità del servizio pubblico radiotelevisivo e come la si debba garantire*, in Quaderni costituzionali, 2008, 375 ss.; E. LEHNER, *Il caso Petroni: luci ed ombre della sentenza n. 69 del 2009*, in Giurisprudenza costituzionale, 2009, 646 ss.; D. RESSE, *La revoca di un assessore comunale: atto politico o provvedimento amministrativo?* in Amministrazione italiana, 2008, 1177 ss.

<sup>121</sup> Cons. Stato, sez. IV, 17 gennaio 1986.

<sup>122</sup> Cons. Stato, sez. IV, 10 settembre 1991, n. 694; Cass., sez. lav., 7 ottobre 2022, n. 29206.

<sup>123</sup> La questione della riconduzione o meno dell'apposizione del segreto di Stato tra gli atti politici è analizzata ampiamente da A. MITROTTI, *Sulla controversa natura dell'atto appositivo del segreto di Stato: atto politico o formale provvedimento amministrativo?*, in Astrid Rassegna, 2018.

<sup>124</sup> In questo senso Corte cost., 24 maggio 1977, n. 86, che ha comunque precisato la necessità della motivazione dell'apposizione del segreto in quanto «*Vi è un limite, imposto non soltanto dalla estrema delicatezza della materia e dalla necessità di ridurre al minimo sia gli abusi sia la possibilità di contrasti*

provvedimento amministrativo giustiziabile<sup>125</sup>) si configurano situazioni giuridiche dei privati, a cominciare dal diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Peraltro la non sempre agevole distinzione con gli atti di alta amministrazione (ampiamente discrezionali ma pur sempre sindacabili dal giudice)<sup>126</sup>, tenuto conto della vacuità dei criteri distintivi, avvalorata le inevitabili ricadute sul versante della (affermaazione o del diniego di) tutela giurisdizionale<sup>127</sup>. Distinzione non agevole, peraltro, che è il frutto delle difficoltà di differenziare, soprattutto nella pratica, la politica e l'amministrazione<sup>128</sup>, soprattutto laddove quest'ultima goda di ampi margini di discrezionalità<sup>129</sup>.

#### 4. *La rilevanza della funzione di indirizzo politico governativo*

L'unico modo per tentare di dare utilità alla previsione dell'art. 7, comma 1, ultimo periodo c.p.a. è allora quello di ritenere che gli atti indicati in tale disposizione siano comunque quantomeno formalmente "atti

---

*con il potere giurisdizionale, ma soprattutto dalla necessità che siano note le ragioni fondamentali della eventuale determinazione del segreto: ritiene la Corte che a tal fine sussiste la necessità che l'Esecutivo indichi le ragioni essenziali che stanno a fondamento del segreto».*

<sup>125</sup> Così A. PACE, *L'apposizione del segreto di stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2007, il quale richiama l'art. 40 della legge 3 agosto 2007, n. 124, di modifica degli artt. 202 e 204 c.p.p., che dispone che «*In nessun caso il segreto di Stato è opponibile alla Corte costituzionale*».

<sup>126</sup> Questione, quella indicata nel testo, che forse potrebbe riaprire una riflessione sui limiti di un possibile sindacato sul merito degli atti amministrativi, alla luce delle considerazioni di V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, III serie, 1948, XXII, 355 ss.; ID., *Merito (diritto amministrativo)*, in *Novissimo Digesto italiano*, X, Torino, 1968, 575 ss.

<sup>127</sup> F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, 581 ss.

<sup>128</sup> C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, I, 2006, 516.

<sup>129</sup> In questi termini vd. M. DEL SIGNORE, *Art. 31*, in A. Romano, R. Villata (diretto da), *Commentario breve alle leggi di giustizia amministrativa*, Padova, 2009, 1485: politica e amministrazione sono «facilmente distinguibili da un punto di vista astratto, ma, nel concreto e nelle situazioni di confine, assai più complesso è scervere tra l'una e l'altra. Si delinea, cioè, un degradare dalla suprema direzione dello Stato all'attività amministrativa, in cui gli atti politici si dileguano negli atti di alta amministrazione e negli atti amministrativi latamente discrezionali».

e provvedimenti” (amministrativi) astrattamente impugnabili<sup>130</sup>, ma concretamente non giustiziabili<sup>131</sup> perché non emanati nell’esercizio di attività meramente amministrativa<sup>132</sup> e perciò non relativi alla funzione amministrativa<sup>133</sup> (ossia con connotazioni tipicizzanti diverse da quelle inerenti alla funzione amministrativa)<sup>134</sup> ma emanati nell’esercizio del potere politico<sup>135</sup>, e quindi espressione di una funzione di indirizzo politico governativo<sup>136</sup>, come funzione peraltro differente da quella comunemente indicata

<sup>130</sup> Non è questa la sede per chiarire se la previsione dell’art. 7, comma 1, ultimo periodo c.p.a. esaurisca o meno la nozione di atto politico. Basti qui considerare che per il Consiglio di Stato «vi è una serie di atti della cui politicità, con annessa insindacabilità, nessuno dubita», tra i quali a titolo esemplificativo indica: «la legge e gli atti aventi forza di legge; la nomina dei senatori a vita e dei giudici costituzionali; gli atti di concessione di grazia e di commutazione delle pene; le pronunce della Corte costituzionale; l’elezione del presidente della Repubblica, dei giudici costituzionali e dei membri del Consiglio superiore della magistratura; la presentazione di disegni di legge; lo scioglimento delle Camere; la promulgazione delle leggi; la nomina dei ministri; la firma dei trattati; le mozioni di fiducia e di sfiducia delle Camere al Governo». Secondo tale giudice «la legge simboleggia l’atto politico per eccellenza» (sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502). R. DICKMANN, *L’atto politico questo sconosciuto*, cit., preferisce in questi casi richiamare la nozione di atti costituzionali (su cui vd. G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000) ed evidenzia che l’opinabilità dell’asserzione della giurisprudenza amministrativa è dimostrata quantomeno dal disposto dell’art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87: “Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento”. Per P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 225, questi atti rientrerebbero tra quelli di governo (come tali istituzionalmente sottratti ad ogni sindacato giurisdizionale), distinti dagli atti politici propriamente detti.

<sup>131</sup> V. GIOMI, *L’atto politico e il suo giudice. Tra qualificazioni sostanziali e prospettive di tutela*, cit., 55 ss., ha evidenziato la differenza tra atti politici e decisioni politiche destinate a tradursi in forma provvedimentale.

<sup>132</sup> V. GIOMI, *L’atto politico e il suo giudice. Tra qualificazioni sostanziali e prospettive di tutela*, cit., 114.

<sup>133</sup> Sulla funzione amministrativa, vd. per tutti M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; F. Modugno, *Funzione*, in Enciclopedia del diritto, XVIII, Milano, 1969 311 ss.; F. Benvenuti, *Funzione (teoria generale)*, in Enciclopedia giuridica italiana, Roma, 1988, XIV, ora in *Scritti giuridici*, V, Milano, 2006, 4084 ss. Per taluni aspetti della funzione amministrativa rispetto all’ordinamento dell’Unione europea sia consentito rinviare al nostro *Profili giuridici della funzione amministrativa*, Milano, 2013, 19 ss.

<sup>134</sup> V. GIOMI, *L’atto politico nella prospettiva del giudice amministrativo: riflessioni su vecchi limiti e auspici di nuove aperture al sindacato sul pubblico potere*, cit., 39.

<sup>135</sup> F. BLANCO, *Fine dell’atto politico?*, in Nuove Autonomie, 2015, 87, evidenzia che l’art. 113 Cost. si riferisce agli atti della Pubblica Amministrazione, cioè a manifestazioni dell’attività amministrativa, mentre l’atto politico è atto di Governo.

<sup>136</sup> Cfr. le considerazioni di F.F. PAGANO in *Trasformazione dell’indirizzo politico del governo, atti politici e limiti del sindacato giurisdizionale*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2018.

come funzione di governo<sup>137</sup>. Quest'ultima invero riguarda atti che normalmente neppure assumono veste formale di provvedimento<sup>138</sup> e quindi non sono impugnabili dinanzi al giudice amministrativo già di per sé<sup>139</sup>. Al potere esecutivo corrisponde invero una eterogeneità di funzioni, da cui consegue la coesistenza di funzioni di natura amministrativa e di funzioni

---

<sup>137</sup> Sulla nozione di funzione di governo può in questa sede richiamarsi quanto rilevato da P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., 90: «il potere politico affidato al corpo elettorale, che determina l'indirizzo politico; i poteri del Parlamento, che lo approva e lo rende esplicito; i poteri del governo che lo dirige e lo rende effettivo; i poteri del presidente della repubblica, che opera l'accertamento e la verifica della corrispondenza della volontà popolare all'indirizzo attuato dalla funzione legislativa e da quella esecutiva; e così, conseguentemente, i rapporti fra Camere e governo (voto di fiducia, leggi di approvazione e di autorizzazione, approvazione dei bilanci, ratifica dei trattati internazionali, mozioni, interrogazioni, interpellanze, inchieste parlamentari), fra corpo elettorale e Camere (referendum, iniziativa popolare, petizioni), fra Camere, governo e presidente della repubblica (scioglimento del Parlamento, messaggio presidenziale, scelta e dimissioni del primo ministro)».

<sup>138</sup> Per F. TIGANO, *Rapporto politica-amministrazione*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAIITA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 65, vanno distinti gli atti politici emanati dal Governo, Parlamento e Regioni (nonché dal corpo elettorale) rispetto a quelli del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale in quanto questi ultimi sarebbero espressione di un potere neutro, ossia emessi per garantire l'osservanza di regole costituzionali e la permanenza di valori fondanti e condivisi. I primi invece servirebbero per la determinazione dell'indirizzo politico nonché per l'emanazione di atti espressione comunque d'autonomia politica regionale.

<sup>139</sup> La giurisprudenza ha escluso che sia giustiziabile la pretesa relativa alle modalità e ai contenuti dell'esercizio della funzione legislativa, che necessariamente esula dall'ambito della giurisdizione, sia essa quella del giudice ordinario sia del giudice amministrativo, in quanto al giudice non compete sindacare il modo in cui lo Stato esplica le proprie funzioni sovrane, funzioni in rapporto alle quali non è dato configurare una situazione di interesse protetto a che gli atti in cui esse si manifestano assumano o non assumano un determinato contenuto (Cass., Sez. un., 29 maggio 2023, n. 15058). Analogamente, la domanda giudiziale volta a negare la sovranità dello Stato italiano su una porzione del proprio territorio, chiedendo al giudice ordinario di riconoscere l'esistenza di un'altra entità statale, rientra nel perimetro del difetto assoluto di giurisdizione in quanto comporta, non già la delibazione di una posizione di diritto o di interesse legittimo, ma un sindacato sulla configurazione costituzionale dello Stato italiano, di cui viene messa in discussione, a monte, la stessa ridefinizione dei confini territoriali o, comunque, il loro assetto (Cass., Sez. un., 16 marzo 2022, n. 8600). Inoltre, è stato evidenziato che la pretesa del cittadino rivolta ad ottenere una quota proporzionale del "signoraggio" monetario esula dall'ambito della giurisdizione, sia del giudice ordinario che del giudice amministrativo, in quanto al giudice non compete sindacare il modo in cui lo Stato esplica le proprie funzioni sovrane, tra le quali sono indiscutibilmente comprese quelle di politica monetaria, di adesione a trattati internazionali e di partecipazione ad organismi sovranazionali, funzioni in rapporto alle quali non è dato configurare una situazione di interesse protetto a che gli atti in cui esse si manifestano assumano o non assumano un determinato contenuto (Cass., Sez. un., 21 luglio 2006, n. 16751).

di direzione politica, quale insieme di compiti non riconducibili alla mera esecuzione della legge<sup>140</sup>. Questa impostazione è probabilmente l'unica coerente con il mantenimento della norma all'interno del codice del processo amministrativo. Altrimenti sarebbe plausibilmente più opportuna la sua espunzione.

L'atto politico andrebbe allora circoscritto a quegli atti, dei quali non è possibile rispondere in sede giurisdizionale ma politica<sup>141</sup>, e posti in essere da un organo di vertice (non necessariamente dello Stato)<sup>142</sup> «individuato fra quelli preposti all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello»<sup>143</sup>, qualora sia riconducibile alla direzione suprema della cosa pubblica<sup>144</sup>, ossia «alle supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri», dal momento che «gli atti politici costituiscono espressione della libertà politica affidata dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti e sono liberi nella scelta dei fini»<sup>145</sup>. Quanto ritenuto è peraltro compatibile con il carattere comunque eccezionale del numero degli atti politici, elemento quest'ultimo confermato più volte anche dalla giurisprudenza<sup>146</sup>.

Pur nella consapevolezza che spesso vengono contrapposti gli atti di indirizzo politico agli atti di esercizio di potere politico<sup>147</sup>, come anche

<sup>140</sup> M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, in Rivista di diritto costituzionale, 2006, 64 ss.

<sup>141</sup> V. GIOMI, *L'atto politico nella prospettiva del giudice amministrativo: riflessioni su vecchi limiti e auspici di nuove aperture al sindacato sul pubblico potere*, cit., 40.

<sup>142</sup> V. FANTI, *L'«atto politico» nel governo degli enti locali*, in Diritto e processo amministrativo, 2008, 433 ss.

<sup>143</sup> Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6083.

<sup>144</sup> Cfr. A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico della pubblica amministrazione*, Padova, 1973, 61 ss.; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, Napoli, 1985, 24; G. Gardini, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano 2003, 58 ss.; T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in Enciclopedia del diritto, XXI, Milano, 1971, 134.

<sup>145</sup> Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502.

<sup>146</sup> Cons. Stato, sez. IV, 3 agosto 2021, n. 5708, che riconduce la nozione di atto politico ad un *numerus clausus* di atti che «in base a principi costituzionali non possono essere sindacati in sede giurisdizionale»; Cons. Stato, sez. IV, 1 febbraio 2021, n. 936: «La giurisprudenza del Consiglio di Stato si è orientata in un senso estremamente rigoroso e restrittivo nella delimitazione della categoria degli «atti politici», di cui va sottolineata la natura eccezionale e derogatoria rispetto ai fondamentali principi in materia di diritto di azione e giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.»; Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2018, n. 5934, in cui si pone in evidenza come «il concetto di atto politico sia di stretta interpretazione e vada confinato entro limiti rigorosi».

<sup>147</sup> Vd. M. PERINI, *Atto politico e atto di governo*, in Enciclopedia giuridica Treccani, Aggiorn-

gli atti politici e gli atti amministrativi emanati per ragioni politiche<sup>148</sup>, l'indirizzo politico, nell'ottica del perseguimento dell'azione di governo, rappresenta il «collante» tra valori unitari perché serve a «unificare e concatenare»<sup>149</sup>, perché «momento primo e nucleo centrale del processo formativo della volontà statale, espressione diretta e immediata della fondamentale unità dello Stato»<sup>150</sup>. Esso, nonostante che le trasformazioni sociali tendano sempre più alla «gestione di interessi particolari»<sup>151</sup> (con la conseguente distinzione tra indirizzo politico generale e gli indirizzi delle singole politiche<sup>152</sup>, o indirizzo politico di maggioranza<sup>153</sup>), e sebbene siano state evidenziate le ripercussioni che sull'indirizzo politico hanno le attuali crisi del partito politico, dello Stato e della Costituzione<sup>154</sup>, conti-

---

namento XVI, Roma, 2007, 1 ss.; E. SICA, *L'attività politica nella Costituzione italiana*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1957, 827 ss.; P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 1988, 27 ss.

<sup>148</sup> La distinzione tra indirizzo politico e indirizzo politico amministrativo può leggersi in V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti di "alta amministrazione"*, cit., 101; E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988, 81.

<sup>149</sup> M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in Digesto delle discipline pubblicistiche, VIII, Torino, 1993, 246.

<sup>150</sup> Così V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in Studi Urbinati, 1939, 53 ss., ora in F. Modugno (a cura di), M. DOGLIANI (con introduzione di, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, 118 ss.

<sup>151</sup> È stato evidenziato come l'indirizzo politico e la direzione politica del programma e dell'azione di Governo siano intimamente conseguenti all'accordo di coalizione, che deriva proprio dal consenso e dalla volontà dei partiti di maggioranza. Cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo e Presidente del consiglio dei ministri*, Milano, 1975, 137 ss.; P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 1988, 201. A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 15, ha notato come tale tesi costituisca uno sviluppo della teorica di Mortati dell'atto politico come riconducibile al partito politico (o ai partiti politici).

<sup>152</sup> U. DE SIERVO, *Alla ricerca della effettiva tipologia degli interventi governativi di direzione dell'amministrazione*, in P. CARETTI, U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1991, 287 ss.

<sup>153</sup> M. AINIS, *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, 2000, 245.

<sup>154</sup> A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, cit., 22 ss. L'Autore ha anche evidenziato i mutamenti dell'indirizzo politico per effetto di plurime evoluzioni sociali e politiche, come lo spostamento di potere dagli organi di rappresentanza politica agli organi di governo, e la perdita di autonomia della politica e dell'attività di governo per effetto delle sollecitazioni sovranazionali. G. ZAGREBELSKI, *Moscacieca*, Bari-Roma, 2015, 14 ss., ha sottolineato la riduzione dell'ambito dell'indirizzo politico per effetto della riduzione del governo a mero esecutore garante di decisioni assunte altrove.

nua a rispondere all'esigenza di unità dell'ordinamento<sup>155</sup>, dei valori della democrazia, della solidarietà e dei diritti e delle libertà<sup>156</sup>. Per riprendere una felice intuizione, l'attività di indirizzo, invero, rimane imputabile al soggetto che, indipendentemente dalla sua veste formale, esercita il potere di determinazione dei fini della Repubblica e di portarli a compimento<sup>157</sup>.

In questi termini vanno considerati il riferimento all'«indirizzo politico» (e amministrativo) e alla «politica generale del Governo»<sup>158</sup> contenuti nell'art. 95 Cost.<sup>159</sup>, quali espressioni della funzione insopprimibile (innanzitutto<sup>160</sup>, ma non per ciò solo)<sup>161</sup> del Governo<sup>162</sup>, nell'ambito della separazione dei poteri<sup>163</sup>. Funzione, che ben può svolgersi non solo tramite atti

<sup>155</sup> Per V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., 117, l'indirizzo politico è il mezzo giuridico di manifestazione della volontà dello Stato.

<sup>156</sup> S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per "autonomie" e "diritti" dei cittadini*, Torino, 2000, 126.

<sup>157</sup> T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 144 ss. Tale tesi, come è noto, risente della lettura dell'Autore del rapporto tra costituzione formale e materiale, e tra costituzione rigida e flessibile.

<sup>158</sup> T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 154 ss., ha evidenziato la non coincidenza dell'indirizzo politico (inteso come determinazione dei fini e nell'insieme dei suoi momenti strumentale ed esecutivo) con la politica generale del governo (consistente nell'attività concreta di attuazione dei fini). A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, cit., 27 ss., ha invece proposto di superare la nozione di indirizzo politico per assumere direttamente quella di attività politica di governo.

<sup>159</sup> Il collegamento tra l'attività di indirizzo politico e la nozione di «politica generale del Governo» è sottolineato da M. LUCIANI, *La riforma della Presidenza del Consiglio (e dei Ministeri)*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 260.

<sup>160</sup> È stato rilevato che l'art. 95 Cost. ha voluto assegnare la titolarità dell'indirizzo politico esclusivamente al governo, che lo determina nel momento in cui elabora il programma di governo e che lo attua attraverso lo svolgimento della politica generale, anch'essa affidata al Governo dalla Carta costituzionale. Cfr. M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 71.

<sup>161</sup> E. CHELI, *Sovranità, funzione di governo, indirizzo politico*, in G. Amato e A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, II, Bologna, 1997, 7 ss., ha individuato il circuito dell'indirizzo politico, coinvolgendo il corpo elettorale, il Parlamento ed il Governo.

<sup>162</sup> A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1966, 737 ss., ora in *Scritti Giuridici*, I, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1990, 263, ha sottolineato che la «politica generale del Governo» abbraccia in modo onnicomprensivo tutta l'attività governativa rivolta alla gestione della cosa pubblica e si sostanzia innanzitutto nell'attività «politica» in senso stretto.

<sup>163</sup> Sull'indirizzo politico e sui suoi riflessi sulla separazione dei poteri nell'ottica dello svolgimento «razionale» del potere, vd. F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Roma-Bari, 2002, 119 ss.; M. Trombino, *Sovranità*, in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 1997, 199 ss.

di manifestazione di funzione legislativa, ma anche nelle forme dell'attività (quantomeno formalmente) amministrativa e financo mediante comportamenti materiali, come gli accordi politici<sup>164</sup>.

L'attribuzione al Governo di profili dell'indirizzo politico giustificerebbe allora la non sindacabilità dei suoi atti che di tali profili siano manifestazione, ossia di quegli atti «emanati ... nell'esercizio del potere politico». Non a caso è stata rilevata la preminenza della funzione di indirizzo politico, addirittura al di sopra della funzione legislativa e a diretto contatto con la Costituzione stessa<sup>165</sup>, benché tale ricostruzione non sia da tutti condivisa<sup>166</sup>. La giustiziabilità quindi va ricondotta solo agli atti non solo formalmente amministrativi ma espressione di una funzione amministrativa, cioè di quegli atti con i quali si persegue l'interesse pubblico nelle forme dell'azione amministrativa. Ogniquale volta si agisce nelle forme del potere politico si rientrerebbe invece nelle previsioni dell'art. 7, comma 1, ultimo periodo c.p.a.

Quanto sin qui rilevato trova ulteriore conferma nell'art. 98 Cost., nella previsione per cui è limitata ai pubblici impiegati l'essere al servizio esclusivo della Nazione<sup>167</sup>. L'idea di un servizio esclusivo<sup>168</sup> verso il pubblico e quindi verso la collettività<sup>169</sup> e i cittadini<sup>170</sup> (rispetto ai quali va

<sup>164</sup> M. AINIS, *Dizionario costituzionale*, cit., 245.

<sup>165</sup> A. BARBERA, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968, 52 ss.; C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milano, 2000, 14 ss.

<sup>166</sup> C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici tra Capo del Governo e Ministri*, Roma, 1942, 62 ss.

<sup>167</sup> Per G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, 94, «l'idea di nazione è una versione in termini riassuntivi e anche retorici dell'idea di un patto tra la potenza sovrana dello Stato e la società, tanto che la nazione è, sotto il profilo dei valori spirituali, linguistici e storici colti in varia guisa, una sintesi di popolo e territorio». Su taluni profili del concetto di nazione, vd. F. Benvenuti, *Il filo dell'amministrazione prima durante e dopo la rivoluzione francese*, cit., 73 ss. Sull'interesse generale della comunità nazionale, vd. V. CRISAFULLI, D. Nocilla, *Nazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, 1977, 787 ss.

<sup>168</sup> Sulla trasformazione delle pubbliche amministrazioni in organizzazioni al servizio del pubblico vd. F. MERLONI, *Proposta di uno studio sui procedimenti organizzativi*, in S. Amoroso (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 194; F. TERESI, *Gli istituti della partecipazione popolare all'amministrazione locale nella Regione siciliana. Quadro generale*, cit., 1791.

<sup>169</sup> Per S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, 62, il servizio reso alla Nazione è reso alla collettività.

<sup>170</sup> S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per "autonomie" e "diritti" dei cittadini*, cit., 177 ss., evidenza che l'amministrazione opera nell'interesse del pubblico piuttosto che nell'interesse della pubblica amministrazione.

assolto il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono l'uguaglianza sostanziale ex art. 3 comma 2 Cost.)<sup>171</sup> consente ulteriori declinazioni non solo nei termini dell'imparzialità<sup>172</sup> dell'amministrazione (art. 97 comma 2 Cost.)<sup>173</sup>, ma anche della giustiziabilità dei suoi atti. Questo, nel senso della loro sindacabilità nei termini della verifica della rispondenza al servizio della comunità, e non del singolo autore. Non casualmente allora, analoga previsione non è contemplata per i membri del Governo, i cui raccordi democratici vanno più correttamente ricercati nel rapporto fiduciario con il Parlamento e nel potere presidenziale di nomina e di scioglimento.

La non giustiziabilità dell'atto politico allora sarebbe giustificata non

---

<sup>171</sup> M. DI FOLCO, *Articolo 98*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, II, Bologna, 2018, 240. C. DE FIORES, "I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione"? *Considerazioni sulla dimensione costituzionale del pubblico impiego tra privatizzazione del rapporto di lavoro e revisione del Titolo V*, in *Diritto pubblico*, 2006, 170 ss., ha evidenziato che il servizio esclusivo consisterebbe nell'adesione cosciente e attiva del pubblico impiegato ai principi costituzionali e segnatamente a quelli di dignità, eguaglianza, giustizia, solidarietà, nonché nella salvaguardia dei diritti fondamentali di libertà e sociali.

<sup>172</sup> A. SAITTA, *Art. 98*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2006, 1913.

<sup>173</sup> La Corte costituzionale ha in più occasioni evidenziato che il servizio esclusivo alla Nazione è un corollario del canone di imparzialità. Cfr. C. cost. 15 ottobre 1990, n. 453; 23 marzo 2007, nn. 103 e 104; 5 novembre 2010, n. 310. Cfr. F.G. SCOCA, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo 'spoils system'*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 1615 ss.; M. CLARICH, *Corte costituzionale e 'spoils system', ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione*, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it); A. MASSERA, *Il difficile rapporto tra politica e amministrazione: la Corte costituzionale alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 1307 ss.; G. AZZARITI, *Brevi note su tecnici, amministrazione e politica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, 2713 ss.; G. PASTORI, *Amministrazione, imparzialità e composizione tecnica degli organi di amministrazione del personale*, in *Le Regioni*, 1991, 1504 ss.; S. BATTINI, *L'invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo 'spoils system'*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 269 ss.; B.G. MATTARELLA, *Politica e amministrazione negli enti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 207 ss.; ID., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, 1 ss.; F. Merloni, *Lo 'spoils system' è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, la "logica" del caso e la motivazione insufficiente (dialogando con alcuni matematici sulla sent. n. 310 del 2010)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2012; A. Cariola, *La composizione delle commissioni per i concorsi pubblici davanti alla corte costituzionale: un'applicazione zoppa del principio di imparzialità?*, in *Il Foro italiano*, 1991, I, 396 ss.; C. Pinelli, *Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, 2720 ss.; E. Sessa, *La pubblica amministrazione nell'ordinamento costituzionale*, in *Rivista amministrativa*, 1991, 69 ss.

tanto sul perseguimento dell'interesse pubblico generale, ma sulla base di finalità istituzionali superiori<sup>174</sup>.

5. *La (necessaria) comparazione del diritto di difesa con altri principi costituzionali*

Va evidenziato il carattere non assoluto del diritto di difesa attesa l'esigenza di una sua comparazione con valori e principi di pari rango, tale da consentirne opportune e ragionevoli limitazioni<sup>175</sup>. A tal proposito non vanno dimenticati i casi, previsti dalla stessa Costituzione, in cui il (quantomeno teorico) diritto di difesa di posizioni soggettive cede dinanzi a superiori ragioni di ordine generale (separazione dei poteri, tutela della funzione parlamentare, ecc.). Si tratta di situazioni nelle quali a fronte di un diritto o di un interesse astrattamente individuabile l'ordinamento non accorda alcuna tutela effettiva dinanzi al giudice.

Si pensi per prima cosa all'autodichia elettorale prevista dall'art. 66 Cost., in cui il ricorso all'autorità giudiziaria è escluso di fronte alla pretesa ad essere eletto rispetto ad altri candidati, e ciò a differenza di quanto si prevede per le altre competizioni elettorali, con l'obiettivo oramai non tanto di preservare il potere legislativo da ogni attentato del potere esecutivo, quanto soprattutto di garantire l'autonomia delle Camere<sup>176</sup>. Come è noto, la riserva parlamentare viene ricondotta «ad una tradizione che affonda le sue radici nell'esigenza, propria dei più antichi sistemi rappresentativi, di difendere l'autonomia della rappresentanza elettiva»<sup>177</sup>, simil-

---

<sup>174</sup> V. GIOMI, *L'atto politico nella prospettiva del giudice amministrativo: riflessioni su vecchi limiti e auspici di nuove aperture al sindacato sul pubblico potere*, cit., 49.

<sup>175</sup> G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, cit.

<sup>176</sup> S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova 1928, 222, nel trattare delle immunità parlamentari evidenziava: «Il fondamento di tutte queste immunità dei senatori e dei deputati è da ricercarsi non soltanto nel bisogno di tutelare il potere legislativo da ogni attentato del potere esecutivo e nella convenienza di non distrarre senza gravi motivi i membri del Parlamento dall'esercizio delle loro funzioni, ma nel principio più generale dell'indipendenza e dell'autonomia delle Camere verso tutti gli altri organi e poteri dello Stato: di tale principio esse costituiscono una delle varie applicazioni o, meglio, una particolare guarentigia»

<sup>177</sup> C. Cost. 4 febbraio 2003, n. 29; vd. F.S. CANTELLA, *Il difficile equilibrio tra potere giurisdizionale e Assemblee legislative: appunti su un problema ancora aperto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 185 ss.; F. SACCO, *Consigli Regionali e "verifica dei poteri" tra autonomia e sovranità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, 243 ss.; M. NISTICÒ, *Cronaca di giurisprudenza costituzionale: il conflitto tra Stato e Regioni avente*

mente a quanto già previsto all'art. 60 dello Statuto albertino, secondo cui «ognuna delle camere è sola competente per giudicare della validità dei titoli di ammissione dei propri membri»<sup>178</sup>.

La debolezza dei motivi a sostegno dell'autodichia<sup>179</sup> era già stata avvertita durante i lavori preparatori<sup>180</sup> e ulteriormente confermata nel progetto di revisione costituzionale del 1997<sup>181</sup>. Ferma rimanendo la nota questione del carattere politico o giurisdizionale dell'attività delle due giunte parlamentari<sup>182</sup>, l'inopportunità dell'istituto pare del resto almeno

---

*ad oggetto un atto giurisdizionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2011; G.M. SALERNO, *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d.lgs. n. 235 del 2012*, in *Archivio penale*, 2014, 74 ss.; M. MEZZACAPO, *Il procedimento per conflitto di attribuzione può essere attivo contro gli atti di giurisdizione*, in *Diritto dei trasporti*, 2003, 92 ss.

<sup>178</sup> Già sotto la vigenza dello Statuto albertino, L. LUZZATTI, *La embriologia e l'evoluzione delle costituzioni politiche. A proposito di alcuni studi recenti nella Costituzione Inglese*, in *Nuova antologia*, 1877, VI, 353, aveva evidenziato l'opportunità di attribuire la verifica dei poteri parlamentari alla magistratura.

<sup>179</sup> L. ELIA, *Elezioni politiche (contenzioso)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, 747 ss.

<sup>180</sup> Costantino Mortati propose di affidare a un tribunale elettorale, composto in numero pari di magistrati della Cassazione, del Consiglio di Stato e di membri eletti dalle due Camere, e presieduto dal primo presidente della Cassazione, pur riconoscendo alle Camere il diritto alla pronuncia definitiva sulla ammissione dei propri membri e sulla loro cessazione dall'ufficio. Questo per poter tutelare i diritti delle minoranze di fronte al pericolo che la verifica dei poteri «si faccia con criteri politici». A sostegno della sua proposta evidenziò che «l'accertamento dei titoli di ammissione si compie attraverso un esame di pura legittimità, e quindi meglio può essere adempiuto da un organo che, per la sua composizione, dia affidamento di poterlo compiere con maggiore competenza e indipendenza». L'on. Romano propose invece di affidare *sic et simpliciter* la verifica dei poteri alla Corte di cassazione. Cfr. V.E. Orlando (con la prefazione di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma, 1949, 120 ss. La tesi dell'opportunità dell'autodichia fu invece sostenuta, tra gli altri, da Terracini (per il quale la sovranità popolare trovava espressione e sviluppo nella verifica riservata) e da Meuccio Ruini (il quale rilevò che non si può «spossessare il Parlamento di una sua attribuzione cui è legato un valore altamente democratico»).

<sup>181</sup> Il progetto di legge costituzionale redatto nel 1997 dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, istituita con legge cost. 24 gennaio 1997 n. 1, prevedeva di introdurre, rispetto alla deliberazione di ciascuna Camera ex art. 66 cost., il possibile ricorso alla Corte costituzionale, chiamata a decidere definitivamente. Vd. M. COSULICH, *Articolo 66*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, II, Bologna, 2018, 70; L. CIAURRO, *I parlamentari giudici di sé stessi?*, in R. D'Alimonte, C. Fusaro (a cura di), *La legislazione elettorale italiana*, Bologna, 2008, 307 ss.

<sup>182</sup> La natura politica era stata affermata, tra gli altri da A.M. SANDULLI, *Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1977, I, 1836 ss.; il carattere giurisdizionale era stato ritenuto da P. VIRGA, *La verifica dei poteri*, Palermo 1949, 20 ss.; L. ELIA, *Elezioni politiche (contenzioso)*, in *Enciclopedia del*

in parte confermata sia dalla giurisprudenza della Corte costituzionale sulla legge regionale siciliana<sup>183</sup> (al pari della giurisprudenza amministrativa su quella sarda<sup>184</sup>), sia dal tentativo legislativo di limitarne l'operatività sino ad azzerarla<sup>185</sup>, tentativo però poi non riuscito. Anche il giudice amministrativo ha mostrato timidi tentativi di affermazione del proprio sindacato, in particolare sui provvedimenti di ammissione o di esclusione

---

diritto, XIV, Milano, 1965, 786 ss.; A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico (casi e materiali)*, Milano, 1999, 192; M. MAZZIOTTI, *Osservazioni sulla natura dei rapporti tra la Giunta delle elezioni e la Camera dei deputati*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, 438. Ricorda M. CERASE, *Art. 66*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2008, 1285 ss., che era stata avanzata anche una ricostruzione in termini di attività meramente amministrativa. La Corte costituzionale in due sentenze ha qualificato la Giunta per le elezioni come organo di natura giurisdizionale ai fini del riconoscimento dei presupposti di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (ordinanza 23 marzo 2006, n. 117) e ai fini del sindacato di legittimità costituzionale di una legge (sentenza 19 ottobre 2009, n. 259). Vd. F.G. SCOCA, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 371 ss.; ID., *Elezioni politiche e scontro costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 3613 ss.; A. SAITTA, *La verifica dei poteri nel parlamento italiano e la possibilità di un sindacato successivo della Corte costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 2020, 33 ss.; G. TARLI BARBIERI, *La necessaria ed auspicabile riforma della disciplina del contenzioso elettorale preparatorio riferito alle elezioni politiche a seguito della sent. 48/2021 della Corte costituzionale*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2021; M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2013; P. TORRETTA, *Quale giudice per il contenzioso pre-elettorale politico? Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 259 del 2009*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); L. Platania, *In tema di contenzioso sugli atti del procedimento elettorale preparatorio*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 406 ss. V. LIPPOLIS, *Art. 66*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Bologna-Roma, 1986, 116, parla di organo essenzialmente politico, al quale è stata affidata una "riserva di giurisdizione".

<sup>183</sup> La Corte costituzionale nella sentenza 20 giugno 1972, n. 115 aveva rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 40 l. 1034/1971, che attribuiva al T.A.R. e al C.G.A. la giurisdizione relativamente alle elezioni regionali siciliane, così ribaltando il diverso avviso dell'Alta Corte Reg. sic. (si veda la pronuncia 20 marzo 1951, n. 38) che aveva invece reputato l'autodichia di cui all'art. 61 l.r. 29/1951 «rispondente al carattere legislativo dell'Assemblea regionale e all'auto-formazione di essa»

<sup>184</sup> T.A.R. Sardegna 24 novembre 1994, n. 1908 ha interpretato l'art. 82 l.r. 6 marzo 1979, n. 7 nel senso che la corrispondente «competenza costituisce attività di natura amministrativa del Consiglio [regionale], che non può implicare il venir meno del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo».

<sup>185</sup> Il riferimento è alla delega legislativa prevista dall'art. 44, 2, lett. d) legge 18 giugno 2009, n. 69 indicante, nel quadro dei principi e criteri direttivi per la disciplina del processo amministrativo sul contenzioso elettorale, l'introduzione della «giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica».

dalle elezioni politiche dei simboli e delle liste<sup>186</sup>. La Corte di Cassazione, però, ha ribadito che «ogni questione concernente le operazioni elettorali, ivi comprese quelle relative all'ammissione delle liste, compete in via esclusiva al giudizio [delle] Camere, restando così preclusa qualsivoglia possibilità di intervento in proposito di qualsiasi autorità giudiziaria»<sup>187</sup>.

Analogamente, l'assenza di una tutela giurisdizionale effettiva di diritti ed interessi dei singoli può individuarsi anche in altre situazioni, nelle quali comunque non vengono in gioco atti riconducibili alla nozione di atto politico. Il riferimento è all'insindacabilità «delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni» da parte dei parlamentari (art. 66 Cost.), per quanto regola di antica origine<sup>188</sup> e prevista anche in altri ordinamenti<sup>189</sup>. Essa può concretamente entrare in contrasto con il diritto dei terzi che soprattutto da tali opinioni potrebbero sentirsi offesi. Non a caso, la *Grundgesetz* contempla l'irresponsabilità per le opinioni espresse nel Bundestag e nelle sue commissioni salvo che per «verleumderische Beleidigungen» (art. 46), ossia «ingiurie diffamanti». Anche la Corte costituzionale comunque ha inteso circoscrivere la portata applicativa dell'insindacabilità ridefinendo la nozione di nesso funzionale tra opinio-

<sup>186</sup> C.G.A., sez. giur., 17 aprile 2006, n. 218; Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2008, n. 1744.

<sup>187</sup> Cass., sez. un., 8 aprile 2008, n. 9151.

<sup>188</sup> La prima proclamazione dell'insindacabilità per i membri di un'assemblea è contenuta nel *Bill of Rights* del 1689, al cui nono capoverso si stabilisce che «[...] *the freedom of speech, and debates or proceedings in parliament, ought not to be impeached or questioned in any court or place out of parliament*». Lo Statuto albertino prevedeva binsindacabilità delle opinioni espresse dai parlamentari nel capo dedicato alle disposizioni comuni alle due Camere (art. 51).

<sup>189</sup> Nel Regno Unito è garantito un *Absolute privilege* per le affermazioni rese nel corso dei dibattiti e delle procedure parlamentari. Negli Stati Uniti l'art. 1, sez. VI, cpv. 1, Cost. del 1787 recita «[...] *and for any speech or debate in either house, they shall not be questioned in any other places*». La Costituzione francese prevede che «*Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions*» (art. 26, 1° co., Cost.). In Spagna, l'art. 71 Cost. prevede che «*Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones*» (vd. J.L. Peñaranda Ramos, *Artículo 71: la dimensión actual de las prerrogativas parlamentarias*, in Alzaga Villaamil (a cura di) *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1998, 331 ss.; M. LOPEZ GIL, *Las prerrogativas parlamentarias en el ordinamiento jurídico español*, in *Actualidad penal*, 2000, V, 91 ss.; A. RODRIGUEZ BEREJIO, *Inmunidad parlamentaria y jurisdicción en la experiencia constitucional española*, in AA. VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 31 marzo e 1° aprile 2000*, Milano, 2001, 105 ss.; L. MARTINEZ ELIPE, *Prerrogativas parlamentarias*, in *Teoría y realidad constitucional*, 2000, V, 43 ss.).

ne espressa ed attività non genericamente politica bensì parlamentare<sup>190</sup>, e soprattutto escludendo tale nesso in caso di utilizzo di insulti personali o di frasi ingiuriose<sup>191</sup>.

Dal canto suo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha in più occasioni censurato l'Italia dal momento che il terzo offeso, quantunque eccezionalmente ammesso ad intervenire nel giudizio sul conflitto di attribuzione<sup>192</sup>, non ha alcuna tutela se non viene sollevato il conflitto contro la delibera di insindacabilità, o se il giudice lo sollevi in modo errato determinandone l'inammissibilità; in questi casi vi sarebbe una violazione dell'art. 6 CEDU quantomeno nei casi in cui il nesso funzionale appare debole o addirittura insussistente<sup>193</sup>.

Si potrebbe speculare sulla circostanza che in queste situazioni siamo in presenza di atti che non sono di una pubblica amministrazione (e pertanto apparentemente al di fuori delle previsioni dell'art. 113 Cost.), trattandosi di atti del Parlamento o di singoli parlamentari, ma resta comunque che la Costituzione italiana ammette casi nei quali non vi è una effettiva tutela giurisdizionale pur in presenza, quantomeno in astratto, di diritti ed interessi dei singoli<sup>194</sup>.

## 6. *La non impugnabilità degli atti onorifici*

Restano da considerare taluni atti amministrativi che vengono

---

<sup>190</sup> Si vedano, più di recente, Corte cost. 10 giugno 2024, n. 104; 1 dicembre 2022, n. 241; 26 giugno 2018, n. 133; 23 marzo 2018, n. 59.

<sup>191</sup> Corte cost. 20 giugno 2002, n. 257; 18 ottobre 2002, n. 421.

<sup>192</sup> C. cost., 20 luglio 2007, n. 305; C. cost., 7 novembre 2007, n. 368.

<sup>193</sup> C. EDU 30 gennaio 2003, ricorsi n. 40977/98 e n. 45649/99, *Cordova c. Italia*; 3 giugno 2004, ricorso n. 73936/01, *De Jorio c. Italia*; 6 dicembre 2005, ricorso n. 23053/02, *Ielo c. Italia*; 20 aprile 2006, ricorso n. 10180/04, *Patrono, Cascini e Stefanelli c. Italia* (2006); 24 febbraio 2009, ricorso n. 46967/07, *Cofferati e CGIL c. Italia*; 6 aprile 2010, ricorso n. 2/08, *Cofferati e CGIL c. Italia*; 24 maggio 2011, ricorso n. 26218/06, *Onorato c. Italia*. Vd. L. PESOLE, *La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia ancora una volta sulla limitazione del diritto di accesso alla giustizia determinata dall'insindacabilità parlamentare*, in [www.diritti-cedu.unipg.it](http://www.diritti-cedu.unipg.it), 2009.

<sup>194</sup> Va inoltre rammentata l'ipotesi in cui viene circoscritto il sindacato del giudice (costituzionale) al fine di preservare la discrezionalità politica degli organi che hanno emanato l'atto, prevista all'art. 28, comma 1 legge 11 marzo 1953, n. 87 («Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento»).

comunque ricondotti dalla giurisprudenza alla categoria dell'atto politico, ma tale riconduzione genera non poche perplessità, dal momento che non sembrano direttamente riferibili alla funzione di indirizzo politico governativo.

Si pensi all'atto di conferimento dell'Ordine al merito della Repubblica Italiana, che è considerato atto politico<sup>195</sup> e quindi insindacabile dalla giurisprudenza, che ne ammette solamente l'accertamento nel fatto della sua esistenza, per esempio, ai fini dell'avanzamento nel grado del personale militare<sup>196</sup>. L'atto di conferimento è ricompreso infatti tra gli atti "sostanzialmente governativi"<sup>197</sup>, benché in base all'art. 87 Cost. rientri tra le attribuzioni del Presidente della Repubblica, dal momento che il contenuto è predeterminato dal Governo, che ne cura anche la proposta<sup>198</sup>.

Per quanto anche la dottrina sembra propendere per la riconduzione alla funzione esecutiva e di governo-indirizzo<sup>199</sup>, sembra difficile poterlo considerare espressione della politica del Governo e atto di indirizzo e soprattutto atto riconducibile alle supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri<sup>200</sup>, tenuto conto che spesso le onorificenze sono attribuite non sulla base di un effettivo giudizio politico, ma più banalmente alla luce del servizio prestato nei ranghi della pubblica amministrazione e tenuto conto di particolari meriti dell'insignito.

Come ha indicato la Corte costituzionale, al conferimento presidenziale delle onorificenze deve essere collegata la volontà di attestare particolari benemerienze sociali dell'individuo, collegate ad accertati meriti o qualità personali<sup>201</sup>, anche per rendere tale atto compatibile con

---

<sup>195</sup> T.A.R. Lazio, Roma, I, 28 ottobre 2020, n. 11014.

<sup>196</sup> Vd., *ex multis*, Cons. Stato, II, 3 agosto 2023, n. 7508; Cons. Stato, II, 12 aprile 2023, n. 3717; Cons. Stato, II, 12 aprile 2023, n. 3722; Cons. Stato, II, 9 marzo 2023, n. 2511; T.A.R. Lazio, Roma, I-bis, 27 dicembre 2022, n. 17583; T.A.R. Lazio, Roma, I stralcio, 15 novembre 2022, n. 14971; T.A.R. Lazio, Roma, IV, 31 ottobre 2022, n. 14056; T.A.R. Lazio, Roma, II-ter, 3 agosto 2022, n. 10951.

<sup>197</sup> C. PINELLI, *Diritto pubblico*, Bologna, 2018, 250.

<sup>198</sup> G. RIZZA, *Il Presidente della Repubblica*, in L. ARCIDIACONO, A. CARULLO, G. RIZZA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Bologna, 1997, 408.

<sup>199</sup> A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, 2012, 382.

<sup>200</sup> Cass., S.U., ordinanza 1 giugno 2023, n. 15601, in tema di cittadinanza onoraria.

<sup>201</sup> C. cost. 101/67.

i principi democratici<sup>202</sup>, nonché con il principio della pari dignità sociale (art. 3, comma 1 Cost.) e con l'abolizione dei titoli nobiliari, di cui è escluso il riconoscimento (XIV disp. fin. Cost.)<sup>203</sup>.

La giurisprudenza in questi casi tende a richiamare «la natura eminentemente onorifica del titolo» (anche perché non può determinare la creazione di speciali *status* giuridici o economici)<sup>204</sup>, «la cui concessione è soggetta a specifica istruttoria, nell'ambito della quale sussiste un ampio potere discrezionale nella valutazione dei requisiti di benemerenzza e merito che possono legittimarne l'attribuzione»<sup>205</sup>. Proprio il carattere meramente onorifico (ossia simbolico e inidoneo ad accrescere o ledere la sfera giuridica del destinatario)<sup>206</sup> ha spinto la giurisprudenza ad escludere il sindacato sulla concessione della cittadinanza onoraria (che però le Sezioni unite non hanno inteso qualificare come atto politico solamente per l'assenza dell'elemento soggettivo<sup>207</sup>, trattandosi di un atto dell'ente locale<sup>208</sup>; da ciò sembra potersi allora ritenere che il conferimento governativo della cittadinanza italiana verrebbe qualificato come atto politico, se adottato nel caso previsto dall'art. 9, comma 2 legge 5 febbraio 1992,

---

<sup>202</sup> G.U. RESCIGNO, *Art. 87*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione italiana*, Bologna-Roma, 1978, 282.

<sup>203</sup> S. GALEOTTI, B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XI, Torino, 1996, 476.

<sup>204</sup> G.M. SALERNO, B. MALAISI, *Art. 87*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2008, 1092 ss.

<sup>205</sup> Cons. Stato, I, parere 14 febbraio 2022, n. 348.

<sup>206</sup> La situazione è ovviamente diversa per quegli atti, anch'essi dal contenuto onorifico, che però sono rilevanti ai fini dell'attribuzione di un diritto. Si pensi alla cognomizzazione del predicato nobile (frutto della tradizione della concessione di titoli nobiliari) che per la XIV disposizione transitoria e finale della Costituzione costituisce parte del nome, qualora sia tra quelli già esistenti prima del 28 ottobre 1922. Vd. P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, 184; S. BORDONALI, *La cognomizzazione dei predicati nobiliari oggi*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1999, II, 373 ss.; ID., *Nuove prospettive sulla cognomizzazione dei predicati nobiliari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 1377 ss.; M. GASLINI, *La cognomizzazione dei predicati nobiliari (Osservazioni sulla XIV Disp. Transitoria della Costituzione)*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1991, II, 235 ss.; G. PEZZANA, *Osservazioni sulla XIV disposizione finale della Costituzione*, in *Il foro italiano*, 1957, I, 2075 ss.

<sup>207</sup> Vd. la già citata pronuncia Cass. S.u., ordinanza 1 giugno 2023, n. 15601.

<sup>208</sup> Già Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2071 aveva limitato il carattere politico solo all'atto «espressione della libertà politica attribuita ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze a questo inerenti».

n. 91, ossia allo straniero che ha reso eminenti servizi all'Italia, ovvero quando ricorre un eccezionale interesse dello Stato<sup>209</sup>).

La non giustiziabilità, più che al carattere politico dell'atto, sembrerebbe da ricondurre alla eccessiva genericità della previsione normativa (o, come nel caso della concessione della cittadinanza onoraria, all'assenza di disposizioni di legge) che lascia spazi di scelta talmente ampi da non risultare in alcun modo sindacabile. Si pensi alle «speciali benemerenze verso la Nazione» (art. 1 legge 3 marzo 1951, n. 178)<sup>210</sup> quale presupposto per il conferimento di una delle classi dell'Ordine Al merito della Repubblica italiana. Non a caso la previsione di specifici parametri giuridici consente il sindacato su altri atti, anch'essi onorifici, come il diniego di concessione della Medaglia mauriziana al merito di dieci lustri di carriera militare<sup>211</sup>: il Codice dell'ordinamento militare (d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66) disciplina, agli articoli 1459, 1460 e 1461 l'onorificenza, regolamentandone, con analitiche disposizioni, i soggetti cui la stessa può essere conferita, le modalità di concessione, i criteri per il computo degli anni di servizio militare.

### 7. *Atto politico e legalità sostanziale*

Pare a questo punto importante soffermarsi sulla rilevanza della mancanza di una previsione legislativa talmente puntuale da consentire di configurare diritti ed interessi in capo ai singoli, argomento come visto spesso richiamato dalla giurisprudenza, anche costituzionale, a giustificazione del carattere politico di un atto.

Già nel 1993 la Corte costituzionale<sup>212</sup> aveva evidenziato che «gli interessi legittimi correlati all'azione amministrativa non hanno una soglia

<sup>209</sup> Un esempio recente del caso di cui nel testo è stato il conferimento il 6 novembre 2023 della cittadinanza italiana alla piccola Indi Gregory, nata a Nottingham (Regno Unito) il 24 febbraio 2023, in considerazione dell'eccezionale interesse per la Comunità nazionale ad assicurare alla minore ulteriori sviluppi terapeutici, nella tutela di preminenti valori umanitari che, nel caso di specie, attengono alla salvaguardia della salute

<sup>210</sup> Altrettanto generica è la previsione dell'art. 1 dello Statuto dell'Ordine, che richiama le «benemerenze acquistate verso la Nazione nel campo delle scienze, delle lettere, delle arti, dell'economia e nel disimpegno di pubbliche cariche e di attività svolte ai fini sociali, filantropici ed umanitari, nonché per lunghi e segnalati servizi nelle carriere civili e militari».

<sup>211</sup> Cons. Stato, sez. I, parere 5 giugno 2023, n. 842.

<sup>212</sup> Corte cost., 19 marzo 1993, n. 103, con riferimento ai provvedimenti di scioglimento dei consigli comunali e provinciali per collegamenti di tipo mafioso.

costituzionalmente garantita, ma sono configurabili, nella loro effettiva consistenza, in relazione alla disciplina legislativa sostanziale di rango ordinario di volta in volta presa in considerazione, di guisa che il sindacato di legittimità degli atti amministrativi può essere più o meno penetrante a seconda dei contenuti della disciplina legislativa medesima», così confermando il collegamento tra la tutela delle situazioni giuridiche soggettive e la disciplina normativa di riferimento<sup>213</sup>.

Nella più volte ricordata sentenza n. 81 del 2012 la Corte aveva chiarito che «quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio al fondamentale principio dello Stato di diritto». La conseguenza che ne avevano tratto i giudici costituzionali era stata che «nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche, che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate».

Ancor più chiaramente, nella successiva sentenza della Corte costituzionale (anch'essa già ricordata) n. 52 del 2016 aveva sottolineato che «se il legislatore decidesse, nella sua discrezionalità, di introdurre una compiuta regolazione del procedimento di stipulazione delle intese, recante anche parametri oggettivi, idonei a guidare il Governo, [...] il rispetto di tali vincoli costituirebbe un requisito di legittimità e di validità delle scelte governative, sindacabile nelle sedi appropriate»<sup>214</sup>.

Peraltro, già il Consiglio di Stato aveva ritenuto che «il vero *argumentum principis* a sostegno della insindacabilità sembra essere la mancanza di parametri giuridici alla stregua dei quali poter verificare gli atti politici. Le uniche limitazioni cui l'atto politico soggiace sono costituite dall'osservanza dei precetti costituzionali, la cui violazione può giustificare un sindacato della Corte costituzionale di legittimità sulle leggi e gli atti aventi forza di legge o in sede di conflitto di attribuzione su qualsivoglia atto lesivo di competenze costituzionalmente garantite»<sup>215</sup>. Anche altre sentenze del Consiglio di Stato hanno fatto applicazione di tale assunto rilevando che «laddove l'ambito di estensione del pur ampio potere discrezionale che

---

<sup>213</sup> Vd. C. CUDIA, *Considerazioni sull'atto politico*, cit., 637.

<sup>214</sup> Si considerino le riflessioni di V. GIOMI, *L'atto politico e il suo giudice. Tra qualificazioni sostanziali e prospettive di tutela*, cit., 97.

<sup>215</sup> Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2011, n. 4502.

connota un'azione di governo sia circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate»<sup>216</sup>, e che «anche la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha confinato in margini esigui l'area della immunità giurisdizionale, da escludere allorquando l'atto sia vincolato ad un fine desumibile dal sistema normativo, anche se si tratti di atto emesso nell'esercizio di ampia discrezionalità»<sup>217</sup>.

Infatti, anche la Corte di cassazione aveva rimarcato che «queste Sezioni unite (cfr. Cass. civ., sez. un., n. 21581 del 2011; n. 10416 del 2014; n. 10319 del 2016; n. 3146 del 2018) hanno già avuto modo di porre in rilievo, in consonanza con l'orientamento della Corte costituzionale (Corte cost. n. 81 del 2012; n. 339 del 2007), che l'esistenza di aree sottratte al sindacato giurisdizionale va confinata entro limiti rigorosi. E, infatti, per ravvisare il carattere politico di un atto, al fine di sottrarlo al sindacato del giudice, occorre che sia impossibile individuare un parametro giuridico (sia norme di legge, sia principi dell'ordinamento) sulla base del quale svolgere il sindacato giurisdizionale: quando il legislatore predetermina canoni di legalità ad essi la politica deve, appunto, attenersi, in ossequio ai principi fondamentali dello Stato di diritto. In concreto, quando l'ambito di estensione del potere discrezionale, quale che esso sia, sia circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile, appunto, nei modi e nelle sedi appropriate»<sup>218</sup>. Pochi anni prima avevano precisato che «L'area della immunità giurisdizionale risulta pertanto esclusa allorquando l'atto sia vincolato ad un fine desumibile dal sistema normativo, anche se

---

<sup>216</sup> Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002. Cons. Stato, Sez. I, 19 settembre 2019, n. 2483 ha sottolineato che «l'insindacabilità in sede giurisdizionale dell'atto va esclusa in presenza di una norma che predetermina le modalità di esercizio della discrezionalità politica o che comunque la circoscrive: è impugnabile l'atto, pur promanante dall'autorità amministrativa cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica, la cui fonte normativa riconosce l'esistenza di una situazione giuridica attiva protetta dall'ordinamento riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione».

<sup>217</sup> Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 808.

<sup>218</sup> Cass., sez. un., ordinanza 12 luglio 2019, n. 18829.

si tratti di atto emesso nell'esercizio di ampia discrezionalità<sup>219</sup>. La questione è stata più di recente sviluppata nel senso che «La chiave di volta ai fini del giudizio di insindacabilità di un atto del potere pubblico è costituita, in generale, dalla mancanza di specifici parametri giuridici protesi a riconoscere posizioni di vantaggio meritevoli di protezione»<sup>220</sup>.

Desta invero talune perplessità lo scarso rilievo dato alla rilevanza della necessaria predeterminazione legislativa, tenuto conto che la legge risponde ad una complessiva esigenza di garanzia della «funzionalità» amministrativa, nella consapevolezza che a ciascun «potere» corrispondono pubblici «bisogni»<sup>221</sup> e che la funzione del potere attribuito ad una Pubblica Amministrazione spesso può consistere nella ponderazione dei due o più diversi interessi predeterminati e che la regola della ponderazione sia a sua volta predeterminata<sup>222</sup>. Spesso la rilevanza del principio di legalità è stata indagata nel caso opposto, ossia con riguardo alle volte in cui la legge abbia invaso ambiti riservati all'amministrazione<sup>223</sup>, o addirittura si sia sostituita al provvedimento amministrativo<sup>224</sup>. Ma al tempo stesso va considerata la rilevanza del principio anche nell'ipotesi in cui la previsione normativa sia eccessivamente vaga, tale da non consentire l'individuazione di diritti ed interessi, anche nell'ottica di un miglior perseguimento della certezza dei rapporti giuridici<sup>225</sup>. Per quanto la giurisprudenza tenda a ridurre la predeterminazione alle ipotesi di sanzioni

<sup>219</sup> Cfr. Cass., sez. un., 19 maggio 2016, n. 10319. In senso analogo Cass., sez. un., 19 ottobre 2011, n. 21581 e Cass., sez. un., 14 maggio 2014, n. 10416.

<sup>220</sup> Il riferimento è alla già ricordata ordinanza delle Sezioni unite 1 giugno 2023, n. 15601.

<sup>221</sup> S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per "autonomie" e "diritti" dei cittadini*, cit., 153.

<sup>222</sup> F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, 54.

<sup>223</sup> Vd., per tutti, I.M. MARINO, *Amministrazione e giustizia. La programmazione*, Acireale, 1989, 67 ss., ora in A. Barone (a cura di), *Ignazio Maria Marino. Scritti giuridici*, I, Napoli, 2015, 731 ss; S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per "autonomie" e "diritti" dei cittadini*, cit., 150 ss. e riferimenti *ivi* indicati.

<sup>224</sup> Vd. S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007; G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Diritto pubblico*, 2007, 319 ss.

<sup>225</sup> F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 39 ss.

amministrative<sup>226</sup>, e rispetto alle autorità amministrative indipendenti<sup>227</sup> (ancorché in maniera non rigida), può dubitarsi che il legislatore abbia realmente assolto al suo compito di delimitare l'esercizio del potere laddove la previsione normativa resti estremamente vaga nel suo contenuto. Soprattutto andrebbero ponderati i limiti entro i quali il legislatore ordinario potrebbe decidere autonomamente se normare in maniera puntuale una fattispecie così da consentire l'individuazione di diritti ed interessi, oppure no. Altrimenti parrebbe vanificata l'utilità sostanziale del primo comma dell'art. 113 Cost., in quanto il legislatore assumerebbe l'arbitrio di fissare i casi in cui sarebbe ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

La legge assume infatti un ruolo di indirizzo e di garanzia anche nell'ottica della responsabilità (e della responsabilizzazione) del potere<sup>228</sup>, non tanto e non solo nell'ambito di «quello che è impedito all'amministrazione», ma anche di «ciò che l'amministrazione può fare»<sup>229</sup>, in conformità alla disciplina sostanziale posta dalla legge stessa, potendo (dovendo) incidere sulle modalità di esercizio dell'azione<sup>230</sup>. Altrimenti, sarebbe come consentire al legislatore ordinario di decidere quali atti del governo sottoporre al sindacato del giudice, così vanificando il disposto dei precetti costituzionali.

Se il principio di legalità nasce come strumento di garanzia del citta-

<sup>226</sup> Si veda, tra le altre, la sentenza 18 gennaio 2021, n. 5: «Anche rispetto al diritto sanzionatorio amministrativo – di fonte statale o regionale che sia – si pone, in effetti, un'esigenza di predeterminazione legislativa dei presupposti dell'esercizio del potere sanzionatorio, con riferimento sia alla configurazione della norma di condotta la cui inosservanza è soggetta a sanzione, sia alla tipologia e al quantum della sanzione stessa, sia – ancora – alla struttura di eventuali cause esimenti. E ciò per ragioni analoghe a quelle sottese al principio di legalità che vige per il diritto penale in senso stretto, trattandosi, pure in questo caso, di assicurare al consociato tutela contro possibili abusi da parte della pubblica autorità».

<sup>227</sup> Cons. Stato, 24 giugno 2014, n. 4874: «il rispetto del principio di legalità, pur non imponendo la puntuale e rigida predeterminazione legale dell'an e del quomodo dell'attività di regolazione, richiede nondimeno sia la indicazione dello scopo che l'Autorità amministrativa deve perseguire nell'esercizio in concreto di tale attività, sia la predeterminazione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell'esercizio dell'attività».

<sup>228</sup> Sulle concezioni del principio di legalità, vd. S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista Diritto pubblico*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1995, 789 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 29 ss.

<sup>229</sup> G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, Milano, 1926, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 206 ss.; G. BERTI, *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Diritto pubblico*, 1996, 277; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1995, 259.

<sup>230</sup> S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in Enciclopedia del diritto, XXIII, Milano, 1973, 659 ss.; F. LEVI, *L'attività consociativa della pubblica amministrazione*, Torino, 1965, 22 ss.

dino, la sua funzione finisce per essere frustrata nell'ipotesi in cui la non sufficiente determinatezza del contenuto della norma diventa un modo per sottrarre l'atto, che di questa generica disposizione è applicazione, al sindacato del giudice. La legalità è infatti un mezzo per circoscrivere l'ambito del potere dell'amministrazione<sup>231</sup> e la norma deve fissare adeguatamente i presupposti dell'esercizio di tale potere. Il rischio è allora che tramite il ricorso alla figura dell'atto politico (nel senso che tale atto sussisterebbe ogni qualvolta la norma sia eccessivamente generica nella sua formulazione) si finisca per giustificare l'arbitrio.

### Abstract

L'ordinamento conosce la controversa figura dell'atto politico sin dal 1889 ed è tuttora prevista dell'art 7 comma 1 ultimo periodo c.p.a., in base al quale «Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico». È opinione prevalente che il sindacato su detti atti sarebbe escluso in quanto non sarebbero configurabili rispetto ad essi diritti ed interessi in capo ai singoli. Tale opinione non sembra però decisiva per varie ragioni: innanzitutto l'assenza di posizioni soggettive escluderebbe la legittimazione a ricorrere e quindi la norma sarebbe inutile, inoltre la tesi in parola porta a valutazioni contraddittorie (testimoniata da ricostruzioni giurisprudenziali spesso non concordi sull'individuazione delle ipotesi di atti politici), senza considerare che non sembra da escludere l'esistenza quantomeno potenziale di diritti ed interessi in presenza di atti politici. L'unico modo di tentare di giustificare l'art. 7, comma 1, ultimo periodo c.p.a. è allora la riconduzione dell'atto politico nell'alveo della funzione di indirizzo politico governativo alla luce degli artt. 95 e 98 Cost. Allo stesso tempo non sembra opportuno ricondurre gli atti politici alla mancanza di adeguata predeterminazione legislativa della fattispecie, in quanto non adeguatamente rispondente al principio di legalità sostanziale.

---

<sup>231</sup> G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), F. Aperio Bella (coordinato da), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 43 ss.; A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 79 ss.; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2015, 87 ss.

### Political act and political direction. Reflections for a reconstruction

In the Italian legal system, the political act has been foreseen since 1889 and is today regulated by art. 7, paragraph 1, last part c.p.a., according to which «Acts or measures issued by the Government in the exercise of political power cannot be contested». It is believed that review of these acts would be excluded as no rights and interests could be established for individuals in relation to them. However, this opinion does not seem decisive for various reasons: first of all, the absence of subjective positions would exclude the legitimacy to appeal and therefore the rule would be useless; furthermore, the thesis leads to contradictory assessments (testified by jurisprudential reconstructions that often do not agree on the identification of the hypotheses of political acts); finally, the existence of rights and interests in the presence of political acts does not seem to be excluded. The only way to try to justify the art. 7 paragraph 1 last part c.p.a. it is the connection of the political act with the function of governmental political direction (articles 95 and 98 of the Constitution). At the same time, it does not seem appropriate to attribute political acts to the lack of adequate legislative predetermination, because it does not adequately respond to the principle of substantial legality.

*Recensioni*



Pasquale Pantalone,  
La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi,  
prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali  
secondo il diritto amministrativo,  
Napoli, Editoriale scientifica, 2023

Recensione di Gino Scaccia\*

Il libro di Pasquale Pantalone *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri* si raccomanda alla lettura per la rilevanza dei temi che fa oggetto di indagine, ma anche – e direi soprattutto – per la scelta dell’angolo visuale. L’Autore analizza i fenomeni di trasformazione giuridica indotti dalla crisi pandemica da Covid-19, che, secondo il suo condivisibile giudizio, ha provocato “la più ampia, prolungata e generalizzata interferenza” nella storia repubblicana “su una moltitudine di situazioni soggettive costituzionalmente protette” (pag. 14); e lo fa da un punto di vista originale. Direi anzi dal punto di osservazione più scomodo e politicamente meno appagante, meno à la page.

Pantalone non si pone, infatti, nella prospettiva “dei limiti costituzionali all’ingerenza della pubblica autorità nei diritti e nelle libertà fondamentali in vicende emergenziali” (pag. 14). Non si diffonde su un tema su cui sono stati versati letteralmente fiumi d’inchiostro e che l’Autore, nelle note bibliografiche, mostra di aver ben presente. Piuttosto, si colloca *dal punto di vista* (come si legge nel titolo) dei doveri. Più precisamente, la monografia fa oggetto di analitica disamina “la peculiare indole delle situazioni giuridiche in cui versano i soggetti dell’ordinamento nelle situazioni di crisi” (pag. 14) acute come quella pandemica. Pasquale Pantalone non si unisce, dunque, alla nutrita schiera degli studiosi che hanno insistito sulle libertà conculcate in epoca di Covid per concluderne, talvolta con argomentazioni cariche di *pathos* e di aggettivazioni intonate al parossismo, che Governi di ogni colore avrebbero volto a loro beneficio lo stato di emergenza prodotto dalla pandemia mondiale per strutturare e rafforzare forme di controllo politico e sociale di tono autoritario. L’Autore non

\* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Universitas Mercatorum.

segue questo sentiero assai battuto e raccoglie una sfida giuridicamente più ambiziosa. Si chiede, in particolare, se la categoria giuridica del diritto soggettivo “isolatamente considerata, possa cogliere con sufficiente completezza il flessibile e variegato spettro di attributi, comportamenti e interessi collegati alla peculiare ‘postura’ dei soggetti dell’ordinamento di fronte a una così grave crisi ordinamentale” (pag. 14). Questo è l’oggetto dell’indagine: lo studio del Covid attraverso il prisma dei doveri giuridici, con l’obiettivo di verificare se la teorizzazione tradizionale dei diritti sia adeguata a esprimere le dimensioni di doverosità, responsabilità e solidarietà che hanno impregnato le posizioni giuridiche coinvolte dalle politiche finalizzate al contrasto della pandemia.

Come è proprio di uno studioso di diritto amministrativo, i doveri a cui Pantalone si applica sono tanto quelli dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, quanto quelli che gravano sulla pubblica amministrazione rispetto ai destinatari dell’azione pubblica, nell’ambito di un rapporto che va dismettendo la matrice imperativa di un tempo e va facendosi sempre più orizzontale. Sotto questo riguardo la monografia di Pantalone è dunque anche un utile strumento per lo studio del potere pubblico.

Il punto d’avvio della riflessione è nella constatazione che la crisi pandemica è stata fattore di innesco e detonatore di ulteriori crisi, economiche e sociali, e, in un ordine di riflessioni ancor più ampio, che il Covid ha imposto una battuta d’arresto alle dinamiche della globalizzazione economica, che apparivano solo pochi anni fa inarrestabili. Questo imponente fenomeno, che ha sottoposto a uno stato di tensione il sistema delle libertà e dei bilanciamenti costituzionali, diventa il terreno sul quale si impianta una più larga e comprensiva indagine sull’evoluzione della dogmatica giuridica, che conduce alla proposta di costruire un vero e proprio settore del diritto, dall’Autore definito “diritto delle responsabilità intergenerazionali”. Si tratta di una porzione del tessuto ordinamentale che, muovendo dall’art. 9 della Costituzione e dal riconoscimento dell’interesse delle generazioni future con riguardo all’ambiente e alla sostenibilità ambientale, si estende anche ad ulteriori ambiti di crisi e li riconduce a una comune chiave interpretativa.

Per accreditare questo sforzo ricostruttivo, Pantalone deve anzitutto superare la principale insidia teorica connessa al riconoscimento dei cosiddetti diritti delle generazioni future; insidia che consiste precipuamente

nella difficoltà di dare valore normativo concreto – e non meramente ottativo – a “presunti diritti in capo a soggetti non ancora identificabili” perché non venuti ad esistenza. Pantalone risolve il problema definendo queste posizioni secondo la visuale prospettica del dovere. Le ricava e le ritaglia dal dovere incombente sulle generazioni attuali, e – nell’ambito specifico della tutela ambientale di cui all’art. 9 Cost. – sulla Repubblica in tutte le sue articolazioni, di “assumere scelte responsabili” a beneficio e per la preservazione delle condizioni di vita dei posteri (pag. 149).

I ‘diritti’ delle generazioni future, così configurati, non rilevano quindi come posizioni giuridiche autonome, autosufficienti, ma si possono piuttosto definire come l’effetto riflesso di doveri solidaristicamente gravanti sui decisori pubblici; ed è, questo, un passaggio del massimo rilievo teorico. Se ben intendo il pensiero dell’Autore, infatti, questo vuol dire che l’interesse delle generazioni future si de-soggettivizza, si qualifica come interesse pubblico generale e indivisibile, che orienta e condiziona l’esercizio della discrezionalità politica o amministrativa. Le posizioni di interesse riferibili alla figura del “diritto delle generazioni future” sono ricondotte in questo modo alla loro più plausibile e meno problematica dimensione giuridica. Dismettono la veste individual-soggettiva, non rivendicano una proiezione giurisdizionale immediata e quindi non pongono i problemi di legittimazione attiva e passiva connessi alla rappresentanza di interessi privi di un centro di imputazione unitario e soprattutto attuale. In ultima analisi, e sinteticamente, rilevano alla stregua di interessi – ormai dotati di pregio costituzionale – che legislatore e autorità amministrative sono tenuti a valutare nell’assumere le loro scelte, contemperandoli e bilanciandoli con altri, variegati interessi di analogo rango giuridico formale. Più che potersi sanzionare la violazione dei diritti delle generazioni future, dunque, potrà formare oggetto di sindacato la totale pretermissione o l’insufficiente valorizzazione in sede di istruttoria del pregiudizio che scelte attuali possono produrre sulle generazioni future, limitandone irragionevolmente e sproporzionatamente gli orizzonti di azione. Un sindacato di tal genere, specie se riferito alla legge, non potrà che essere svolto nelle forme di un debole controllo esterno di non manifesta irragionevolezza, che soltanto in ipotesi macroscopiche e quasi auto-evidenti potrà condurre a un annullamento. La prassi applicativa, del resto, non mancherà di offrire alla giurisprudenza l’occasione per circostanziare, concretizzandolo, un paradigma di controllo al momento simile a una pagina bianca, e per

tale via contribuirà a dare un più puntuale contenuto a un interesse che – nel solco della proposta di Pantalone – potremmo declinare come un dovere di contenuto negativo posto a carico dei decisori pubblici: quello di non compiere scelte dissipatrici.

Proseguendo nell'analisi del volume, merita una segnalazione il capitolo dedicato all'applicazione del paradigma solidarista alle tematiche ambientali. In esso l'Autore, aderendo a un orientamento diffuso in una parte della dottrina giuspubblicistica (in particolare, si v. F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2, 2002, 215 ss.), nega che possa configurarsi un vero e proprio diritto soggettivo all'ambiente, e piuttosto considera la tutela dell'ambiente e della biodiversità come contenuti di un dovere inderogabile di solidarietà che si raccorda alla proclamazione dell'art. 2 Cost., arricchendola di virtualità interpretative inedite. Questo dovere si declina, a sua volta, in variegati *munera*, che, ai diversi livelli di governo, prescrivono di conformare l'azione pubblica (ma anche l'attività di impresa) ai principi di precauzione, prevenzione e mitigazione dei danni. Punto di riferimento e di sintesi teorica di questa concezione è il principio dello sviluppo sostenibile, che si può oggi saldamente ancorare alle nuove formulazioni degli art. 9 e 41 della Costituzione, nella parte in cui l'ambiente viene configurato come vincolo genetico e, al contempo, limite esterno all'attività di intrapresa economica.

In questa concettualizzazione dell'ambiente come bene da preservare per le generazioni future mi pare possibile cogliere un legame con studi innovativi sulla giustificazione dei diritti degli Stati sui propri territori (il riferimento è in particolare a David Miller, *Territorial Rights, Concept and Justification*, in *Political studies*, Volume 60, Issue 2, June 2012). La tutela della natura e dell'ambiente quali “fondamenti naturali della vita” (come recita l'art. 20 a del *Grundgesetz* tedesco) modificano, in effetti, l'immagine costituzionale del territorio, legandolo intimamente alle popolazioni che lo abitano e ai diritti collettivi indivisibili di queste di disporre per le generazioni a venire delle risorse che il territorio offre. L'esercizio di diritti sovrani sul territorio può trovare così giustificazione soltanto in quanto lo Stato si configuri “come il rappresentante legittimo della popolazione” insediata su quella data porzione di terra (così il menzionato Miller). In altri termini, nella logica della preservazione delle generazioni future, il territorio cessa di rappresentare l'oggetto di un capriccioso e arbitrario

diritto dominicale e diventa piuttosto un bene amministrato dallo Stato in rappresentanza e per conto delle comunità ivi insediate. Da oggetto di apprensione e di dominio, la terra si converte in fonte di responsabilità, da preservare nell'interesse e a beneficio delle popolazioni future, come farebbe un buon saggio amministratore (o se si vuole, secondo un lessico civilistico ormai *demodé*, un buon padre di famiglia).

Questo paradigma legale, che Pantalone propone come cifra interpretativa della questione climatica e ambientale, può essere applicato anche alle crisi sanitarie. Per mostrare l'utilità di questo approccio metodico l'Autore ricostruisce con precisione i doveri di matrice solidaristica che hanno caratterizzato il contesto istituzionale, normativo e giurisprudenziale "al tempo del Covid" e applica il paradigma della responsabilità intergenerazionale alle politiche e alle decisioni assunte in sede nazionale e internazionale per affrontare la crisi pandemica. In questa direzione, il paragrafo terzo del secondo capitolo è dedicato a un'ampia rassegna delle strategie e delle azioni intraprese per fronteggiare la pandemia, ponendo in rilievo le differenze fra le crisi sanitarie storicamente attestate (dalla peste di memoria manzoniana all'influenza 'spagnola') e l'emergenza Covid, che per il suo carattere autenticamente globale, ha coinvolto organizzazioni internazionali e centri normativi extra-statali. Ciò ha richiesto un intenso lavoro di coordinamento sovranazionale delle misure di contenimento e contrasto della pandemia e l'impiego di strumenti di *soft law*, per l'assenza di un centro di produzione normativa globale che potesse disporre di meccanismi coercitivi. L'assenza di cogenza giuridica delle raccomandazioni dell'OMS e delle corrispondenti istituzioni dell'Unione europea ha pregiudicato l'efficacia dei meccanismi di coordinamento internazionale anche nell'adozione di misure di profilassi; e la sovranità statale è tornata prepotentemente a far sentire la sua voce. Ancor prima che il fragore della guerra guerreggiata in Ucraina – e ora in Medio Oriente – lo rendesse lampante all'universo mondo, si è materializzata quella 'rivincita della geografia' che Robert D. Kaplan aveva preconizzato in un profondissimo volume (*The Revenge of Geography: What the Map Tells Us About Coming Conflicts and the Battle Against Fate*, Random House, 2013) in cui si avvertiva che lo spazio senza barriere e confini, lo spazio isomorfo della globalizzazione stava per essere lacerato da nuove linee di faglia, dal risorgere di una sovranità statale frettolosamente liquidata come un relitto storico. Kaplan non poteva immaginarlo, ma il Covid è stato il fattore di

innesco della rinascita della statualità sovrana: le organizzazioni statali si sono mostrate difatti più efficaci delle organizzazioni internazionali nella gestione della crisi pandemica, potendo disporre dei tradizionali arnesi del potere, dell'*hard law* in contrapposizione al forse troppo celebrato *soft law* globale. In questo generale contesto – sia detto *per incidens* – l'Unione europea ha rappresentato una felice eccezione, giacché, per molti osservatori inaspettatamente, ha agito in modo compatto, mettendo in campo imponenti misure di sostegno economico per mitigare l'impatto delle restrizioni sulle economie nazionali: aiuti di Stato, flessibilità nelle politiche di bilancio, supporto finanziario straordinario e programmi per la transizione ecologica e digitale.

Se però dovessimo indicare un ambito nel quale più aspra è stata la disputa politica e sociale – oltre che giuridica – tra sfere di autonomia individuale e vincoli solidaristici, non faremmo fatica a individuarlo nella vaccinazione. Una misura che non si è tradotta in un obbligo generalizzato, ma ha assunto carattere prescrittivo solo per determinate categorie di lavoratori e operatori pubblici e con efficacia limitata nel tempo. L'applicazione del principio di precauzione e il diverso operare del dovere di solidarietà danno fondamento e giustificazione, secondo Pantalone, alle diverse figure in cui si è articolato il cosiddetto obbligo vaccinale.

Il principio di precauzione, fatto oggetto di una lettura 'controintuitiva' da parte della giurisprudenza amministrativa (e in particolare dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 7045/2021), ha legittimato come doverosa una misura che oggettivamente espone al rischio di salute il singolo, in considerazione del fatto che il rischio di pregiudizio per la salute individuale sarebbe stato molto più basso di quello che avrebbe dovuto correre la collettività in caso di mancata somministrazione del vaccino. La precauzione – afferma Pantalone – è stata illuminata in questo caso dal principio di solidarietà (o più prosaicamente potrebbe dirsi da un'analisi costi/benefici fondata sulla minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi). E sempre "applicando in modo sistematico e progressivo i principi del diritto delle responsabilità intergenerazionali" (pag. 204), possono essere debitamente spiegati i gradi diversi di intensità delle misure anti-Covid: dall'obbligo giuridico di vaccinazione per alcune categorie di lavoratori alla "spinta gentile", per il caso del 'green pass base', fino alla previsione di un onere in senso proprio per il 'green pass rafforzato'.

La polemica sui vaccini, come noto, ha trovato una composizione

definitiva in sede giuridica con le pronunce del giudice costituzionale, ma nella riflessione dell'Autore il dovere di vaccinarsi costituisce il banco di prova per confrontare la legittimità delle diverse modalità di intervento pubblico sul piano dell'impatto sulle scelte individuali con le quali perseguire l'obiettivo di interesse della massima copertura vaccinale. Raccomandazioni, "spinte gentili", oneri e obblighi indiretti si sono avvicinati nella disciplina giuridica del Covid, e specificamente del *green pass*, cui è dedicato il paragrafo 5 del terzo capitolo.

In questi passaggi argomentativi del libro è forte e ben udibile l'eco della ormai vasta riflessione scientifica e politica sul '*nudging*', che letteralmente può tradursi con "spinta". Si tratta di una modalità inedita di azione pubblica che postula una nuova concezione della pubblica amministrazione. Si basa difatti su una visione dell'autorità pubblica che dismette le vesti imperative e sanzionatorie tipiche di un rapporto verticale per collocarsi orizzontalmente al fianco dei cittadini, alla stregua di un saggio consigliere, e persuaderli all'osservanza di comportamenti utili alla realizzazione di obiettivi di interesse generale. Il *nudging* utilizza le scienze comportamentali per indurre i cittadini ad aderire spontaneamente a ciò che altrimenti dovrebbe assumere la forma di un obbligo in senso proprio. Ebbene, di questa nuova modalità di esercizio delle funzioni pubbliche, che si sta rivelando molto efficace – a stare alle sperimentazioni in corso specie nei paesi di cultura anglosassone – il *green pass* è stato l'emblema. Ha, infatti, consentito all'Italia di raggiungere livelli di vaccinazione fra i più alti a livello mondiale senza fare generalizzato ricorso a obblighi sanzionabili. Anche in questa modalità 'gentile' di persuasione, che peraltro nel caso del *green pass* rafforzato ha avuto effetti prossimi a un obbligo di vaccinazione indiretto per le condizionalità alle quali detto *pass* era soggetto, il principio di solidarietà gioca un ruolo centrale. Se infatti è limpido e chiaro il fondamento solidaristico dell'obbligo vaccinale, e simmetricamente, degli oneri gravanti sulla collettività per risarcire quanti siano danneggiati dalla vaccinazione, è ugualmente in ottica solidaristica che può essere letta la cooperazione spontanea, non coartata, ma consigliata e raccomandata, tra individuo e collettività per la tutela della salute. La differenza mi sembra possa cogliersi nel fatto che nel caso degli obblighi la sanzione è giuridica; nel *nudging* la sanzione è sociale, attiene alla reputazione e alle responsabilità che derivano in capo al singolo dall'appartenenza a una comunità con la quale si condividono interessi e diritti, ma anche e soprattutto doveri. La mancata adesione ai comportamenti che, sulla base delle evidenze scientifiche, meglio

rispondono al fine comune della salute pubblica – questa la scommessa del *nudging* – dovrebbe suscitare nella comunità di riferimento un giudizio negativo su chi si mostra indisponibile a sostenere gli oneri derivanti dalla vita associata, e incidere, in definitiva, sulla sua dignità sociale, per come viene stimata non già, verticalmente, dall'autorità pubblica, ma, orizzontalmente, dai consociati.

E veniamo così alle conclusioni, che mi paiono così stilizzabili. Secondo l'Autore il diritto delle responsabilità intergenerazionali funge da “rete di contenimento” per ridurre la probabilità di contagio e di esondazione da una crisi a un'altra. Ne consegue che “L'utilizzo combinato e progressivo dei principi di precauzione, prevenzione, correzione in via prioritaria del danno alla fonte e responsabilità comune ma differenziata, suggerisce una più ampia implementazione del *risk management* come criterio generale e costante di azione” (si v. le pagine 208-209). Abbracciare il principio della solidarietà fra generazioni dovrebbe, dunque, portare in primo piano “gli strumenti della pianificazione e della programmazione”, il “continuo monitoraggio e un periodico aggiornamento delle misure adottate, in relazione al contesto di riferimento e alle acquisizioni scientifiche disponibili, spingendo i decisori pubblici (*in primis* la politica) a non cedere a logiche di breve periodo e ad assumere un approccio adattativo, sistemico e resiliente per il governo dei problemi intergenerazionali della modernità” (si v. pag. 209). In ultima analisi il paradigma delle responsabilità intergenerazionali potrebbe contribuire a incrementare i livelli di resilienza presenti nei sistemi istituzionali, sociali ed economici, lungo un percorso di transizione non immediato, esposto a continui adattamenti al fine di perseguire “l'obiettivo costituzionale della sostenibilità”, via necessaria “per assicurare la continuità della specie umana sul pianeta”.

Robert Musil, che fu bibliotecario al Politecnico di Vienna, nel suo capolavoro *Der Mann ohne Eigenschaften* fa dire al responsabile della biblioteca di Corte che il segreto di tutti i bravi bibliotecari è non leggere mai, dei libri loro affidati, nient'altro che il titolo e l'indice. Ebbene, la monografia di Pasquale Pantalone non è adatta al bibliotecario di Musil. È da leggere, al contrario, ben oltre il titolo e l'indice: in primo luogo, perché non ha dimensioni enciclopediche e mostra di dar più peso alla qualità del ragionamento che alla quantità e al dettaglio entomologico delle informazioni rese. Inoltre, perché si focalizza sulla ricostruzione critica senza cedere alla pura, verbosa didascalia, con un tono asciutto che nulla toglie alla profondità dell'analisi.

*Gli Autori e le Autrici:*

Raffaele Caroccia

*Dottorando di ricerca in European studies, Università “Comenio” di Bratislava*

Simona D’Antonio

*Professoressa associata di Diritto amministrativo, Università degli studi di Teramo*

Emanuela Della Corte

*Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli “Federico II”*

Fabrizio Figorilli

*Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli studi di Perugia*

Marco Gaetano Pulvirenti

*Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli studi di Catania*

Marco Ruotolo

*Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università “Roma Tre”*

Gino Scaccia

*Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Universitas Mercatorum*

Gerardo Sola

*Dottore di ricerca in “Teoria e Storia delle Istituzioni politiche italiane e comparate”*

Fabio Taormina

*Presidente di Sezione del Consiglio di Stato*

