



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

PENSARE IL DIRITTO PUBBLICO

LIBER AMICORUM

PER GIANDOMENICO FALCON

a cura di

MAURIZIO MALO

BARBARA MARCHETTI

DARIA DE PRETIS

2015



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

17

2015

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

La pubblicazione di questo volume è stata possibile grazie al contributo dell'Università degli Studi di Padova – Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali SPGI.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2015
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-651-1
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica – Napoli (ISBN 978-88-6342-836-0).

Dicembre 2015

PENSARE IL DIRITTO PUBBLICO

LIBER AMICORUM PER GIANDOMENICO FALCON

a cura di

Maurizio Malo

Barbara Marchetti

Daria de Pretis

Università degli Studi di Trento 2015

INDICE

	Pag.
Presentazione	VII

METODO E STORIA

Antonio Cassatella	
<i>Donato Donati e la scienza del diritto amministrativo</i>	3
Fulvio Cortese	
<i>Il diritto pubblico nella manualistica italiana. Appunti per un'indagine</i>	41

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO OLTRE LO STATO

Giulia Bertezolo	
<i>Serve una codificazione del procedimento amministrativo europeo?</i>	71
Samuel Cornella	
<i>Servizi di interesse economico generale e disciplina europea sugli aiuti di Stato</i>	93
Daria de Pretis	
<i>I principi nel diritto amministrativo dell'Unione europea</i>	123
Andrea Magliari	
<i>Il Single Supervisory Mechanism e l'applicazione dei diritti nazionali da parte della Banca centrale europea</i>	153
Elena Mitzman	
<i>La giuridicizzazione di funzioni amministrative a livello globale. Riflessioni comparatistiche sul settore della cooperazione allo sviluppo</i>	189

PROBLEMI DI ATTIVITÀ E GIUSTIZIA

Nadia La Femina	
<i>Profili evolutivi dell'esecutorietà amministrativa</i>	227
Barbara Marchetti	
<i>La giustizia amministrativa italiana: profili comparati</i>	257
Carlo Padula	
<i>Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015.....</i>	273
Silvia Pellizzari	
<i>La responsabilità da provvedimento illegittimo dell'Amministrazione. Questioni ancora attuali.....</i>	315
Anna Simonati	
<i>La trasparenza amministrativa nella normativa italiana: un principio in evoluzione.....</i>	349
Leopoldo Zuanelli Brambilla	
<i>Esiste l'autoamministrazione dei privati?</i>	373

ISTITUZIONI E TERRITORIO

Sandro de Götzen	
<i>Ordinamento e divenire delle fondazioni liriche</i>	405
Cristina Fraenkel-Haeberle	
<i>Modelli partecipativi nell'ordinamento regionale.....</i>	431
Maurizio Malo	
<i>Venezia nel diritto: linee introduttive</i>	451

PRESENTAZIONE

Pensare il diritto pubblico implica esplorarne la storia, i confini, il metodo, le istituzioni, la logica. Giandomenico Falcon non ha trascurato e non trascura nessuna di queste dimensioni: i suoi scritti toccano i molti ambiti di cui tradizionalmente si compone il diritto pubblico, nella sua anima costituzionalistica e amministrativistica, locale, nazionale e sovranazionale. Pochi mesi fa è stata pubblicata una selezione dei suoi contributi scientifici che ha cercato di dare conto della molteplicità dei settori indagati e del rigore della loro analisi (*Scritti scelti di Giandomenico Falcon*, Padova, Cedam, 2015).

Questo volume vuole, in qualche modo, accompagnare e affiancare il precedente, per mostrare i tanti rivoli che si sono generati da quegli scritti e dai relativi insegnamenti: esso contiene i contributi di studiosi più o meno giovani che hanno cercato di riprendere alcune di quelle riflessioni, facendole proprie e confrontandole con la mutata realtà giuridica. Si tratta di un piccolo doveroso omaggio che è insieme un segno corale di gratitudine per quanto ricevuto e un invito a continuare un dialogo che fino ad ora è stato così proficuo, stimolante e affettuoso.

M.M. B.M. D.d.P.

I curatori del volume ringraziano il dott. Leopoldo Zuanelli Brambilla e il dott. Andrea Magliari per il contributo dato in fase di *editing*.

METODO E STORIA

DONATO DONATI E LA SCIENZA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Antonio Cassatella

SOMMARIO: 1. *L'immagine di Donati nella letteratura giuridica.* 2. *Un diverso ritratto di Donati.* 3. *Teoria dello Stato e ruolo dell'amministrazione: il contributo di Donati.* 4. *Il territorio come spazio comune di libertà per individuo e Stato in Donati.* 5. *Voci dal mondo di ieri?*

Am Ende zeigt sich was im Anfang war
(F.W.J. Schelling)

1. L'immagine di Donati nella letteratura giuridica

In un saggio pubblicato nel 1978 sulla *Trimestrale di diritto pubblico*, Giandomenico Falcon definì Donato Donati come «uno dei vertici della cultura giuridica italiana, degno forse di figurare al pari di pochi altri in una ideale galleria dei grandi giuspubblicisti europei tra la seconda metà dell'ottocento e i primi decenni del novecento»¹. Non si può dire, tuttavia, che questo giudizio abbia avuto effettivo seguito nel corso dei successivi decenni, nei quali la figura di Donati è rimasta in ombra rispetto a quelle di altri giuristi attivi fra il XIX e il XX secolo.

Le opere di Donati non sono state oggetto di specifici studi, come invece avvenuto per autori coevi². Il nome di Donati compare di sfuggi-

(*) Ringrazio il prof. Sabino Cassese e la prof.ssa Barbara Marchetti per le osservazioni alla prima versione di questo scritto.

¹ Cfr. G. FALCON, *Donato Donati*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1978, ora in ID., *Scritti scelti*, Padova, 2015, 63 (cui si farà riferimento nelle citazioni a seguire). Per i profili biografici di Donati (1880-1946), oltre al menzionato studio di Falcon, cfr. F. TAMASSIA, *Donati, Donato*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, 1992, *ad vocem*.

² I principali scritti – escluse due monografie – sono stati ripubblicati in D. DONATI, *Scritti di diritto pubblico*, II voll., Padova, 1966, utilizzato per le citazioni a seguire.

ta nel monumentale dizionario biografico *Juristas universales*³, mentre, fra gli studiosi delle ultime generazioni, solo Aldo Sandulli ha dedicato attenzione all'Autore modenese in alcuni scritti sulla storia del pensiero giuridico del primo novecento⁴.

L'oblio caduto su questo studioso solleva nell'osservatore il dubbio che si tratti di una figura inattuale ed estranea alla sensibilità odierna, se non lontana dalla statura intellettuale che bene emergeva dallo scritto di Falcon⁵. Il che suggerisce di approfondirne le vicende.

Il punto di partenza di questo percorso può essere offerto dalle valutazioni dell'opera di Donati sintetizzate alcuni decenni addietro da Sabino Cassese e dallo stesso Falcon: in *Cultura e politica del diritto amministrativo*, il primo inseriva Donati nel gruppo di studiosi che avevano portato al massimo sviluppo il formalismo della scuola orlandiana⁶; il secondo individuava i momenti fondamentali dell'attività scientifica

³ Cfr. M.A. SANDULLI, A. SANDULLI, *Aldo M. Sandulli*, in R. DOMINGO (a cura di), *Juristas Universales*, IV, Madrid, 2004, 651, con riguardo al periodo di studi compiuto alla fine degli anni '30 da Sandulli presso le Università di Padova e Venezia, sotto la guida di Donati. Allo stesso Aldo Sandulli si deve pure la ripubblicazione del saggio donatiano *La persona reale dello Stato*, commentato in A. SANDULLI, *Santi Romano, Orlando, Ranelletti e Donati sull'«eclissi dello Stato»*. *Sei scritti di inizio secolo XX*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2006, 77 ss.

⁴ Cfr. A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza italiana del diritto amministrativo (1800-1945)*, Milano, 2009, 194 ss.; ID., *Donati, Donato*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I, Bologna, 2013, 778 ss. Alcuni tratti della personalità di Donati sono posti in luce da G. LEVI DONATI, *Per ricordare Benvenuto e Donato Donati*, in *Atti e memorie dell'Accademia Nazionale di Lettere e Arti*, serie VII, vol. VI, Modena, 1989, 159 ss. Indirettamente, la figura di Donati assume una centrale rilevanza anche in F. LANCHESTER, *Esposito, Carlo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, 1993, *ad vocem*, dove lo studioso modenese viene indicato come maestro (e modello) dello stesso Esposito.

⁵ Per recenti ma sintetici riferimenti, cfr. A. DI MARTINO, *Il territorio dallo Stato nazione alla globalizzazione: sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, 215 ss.; A. LUONGO, *Lo "Stato moderno" in trasformazione: momenti del pensiero giuridico italiano del primo Novecento*, Torino, 2013, 89 ss.; M. PASTORELLI, *La discrezionalità amministrativa nel pensiero giovanile di Massimo Severo Giannini*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVII, Milano, 2008, 417 in nota, 429, e soprattutto 432.

⁶ Cfr. S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, specie 41 ss.

dell'Autore, ne sottolineava l'influenza nella vita accademica, come pure il ruolo di fondatore della scuola pubblicistica patavina⁷.

Gli scritti di Cassese e Falcon andavano così a riscoprire un Autore che, negli anni successivi alla morte, era stato solo occasionalmente ricordato nei pur intensi ritratti resi da studiosi della sua stessa generazione, come Carnelutti⁸ ed Amedeo Giannini⁹, da allievi diretti ed indiretti quali Tosato¹⁰, Guicciardi¹¹, Amorth¹², o da giuristi sensibili alla dimensione problematica del pensiero dello stesso Donati, come Berti¹³.

Lasciando per ora a margine del discorso lo studio di Falcon, su cui meglio ci si soffermerà a seguire, tutti i giudizi resi nei confronti di Donati convergevano nel porre l'accento sul marcato concettualismo delle sue opere. In esse riecheggiava lo stile della *Begriffsjurisprudenz* sviluppata oltralpe da Paul Laband e Georg Jellinek, mediata in Italia da Orlando e dal primo Romano¹⁴.

A questo riguardo, dapprima Amorth¹⁵, e, successivamente, sia Berti¹⁶ che Cassese¹⁷, individuarono nello stesso Donati il massimo rappre-

⁷ Cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 66.

⁸ Cfr. il necrologio di F. CARNELUTTI, *Donato Donati*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1946, 198.

⁹ Cfr. A. GIANNINI, *Donato Donati (1880-1946)*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1947, 241 ss.

¹⁰ Cfr. E. TOSATO, *Presentazione*, in D. DONATI, *op. cit.*, XIX ss.

¹¹ Cfr. E. GUICCIARDI, *Ricordo*, sempre in D. DONATI, *op. cit.*, XXVIII ss.

¹² Cfr. A. AMORTH, *Commemorazione di Donato Donati tenuta dal prof. Antonio Amorth il giorno 25 novembre 1966*, in *Annuario dell'Università di Modena*, Modena, 1969, 45 ss.

¹³ Cfr. G. BERTI, *Rileggendo Donato Donati*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 1967, 224 ss.

¹⁴ Cfr. A. AMORTH, *op. cit.*, 53. Sui due Autori tedeschi cfr. per tutti M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania. II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione (1800-1914)*, trad. it. Milano, 2014, 497 ss. e 674 ss.

¹⁵ Cfr. A. AMORTH, *op. cit.*, 50, dove per purismo si intende la «delimitazione del materiale di indagine, ristretto alle sole norme e al solo complesso normativo, che si identifica con l'ordinamento giuridico. (...) Purismo giuridico guidato, e quasi di direbbe sottomesso, al ragionamento logico». Assai significativo notare come, per lo stesso Amorth *op. cit.*, 51 e 63, il purismo di Donati – che nella sua tesi di laurea aveva fatto ampio ricorso a dati storici ed antropologici – derivasse dal diretto contatto con il giovane Santi Romano, nel 1902-1903 docente presso l'ateneo modenese ed (allora) «strenuo assertore del metodo [dogmatico] del Maestro [Orlando]».

sentante del «purismo» giuridico, ossia di un metodo d'analisi teso a produrre concetti normativi a mezzo di concetti normativi¹⁸, tramite ragionamenti basati sulla combinazione di argomenti induttivi e deduttivi da cui era espunta ogni considerazione di carattere storico, economico, politologico¹⁹.

La fonte primigenia di questi giudizi, che avrebbe sostanzialmente condizionato i successivi ritratti dedicati a Donati, specie a partire dal necrologio scritto da Amedeo Giannini²⁰, va individuata nei verbali del concorso a professore di diritto costituzionale bandito dall'Università di

¹⁶ Cfr. G. BERTI, *op. cit.*, 225. Ad avviso dell'A., peraltro, il purismo di Donati fu meno proclamato, e meno programmatico, di quello di Orlando, e meno costruito di quello propugnato dalla scuola di Vienna nei primi decenni del '900: si tratta di un purismo che trovava «dentro il sistema gli elementi più vitali e razionali, con l'intento di mostrare la bontà del sistema stesso e di perfezionarne le strutture».

¹⁷ Cfr. S. CASSESE, *Cultura e politica*, cit., 40 ss.

¹⁸ Cfr. R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in *Informatica e diritto*, 1985, 7 ss.

¹⁹ Cfr. G. BERTI, *op. cit.*, 226, secondo il quale in Donati certi principi «come la statualità del diritto, tracciavano delle linee rigorose, al confronto delle quali le esercitazioni logiche diventavano scoperta di regole, quasi ritrovamento di elementi nascosti o confusi con altri, ma non perciò meno esistenti e reali». Si tratterebbe della rigorosa applicazione delle tecniche argomentative già utilizzate da Puchta alla metà del XIX secolo, estese al diritto pubblico nei termini del positivismo giuridico «scientificamente orientato» di Laband: cfr. M. STOLLEIS, *op. cit.*, 502 ss. A quest'ultimo Autore si deve anche una attenta ricostruzione del pensiero di Laband e del formalismo che lo contraddistinse, sempre proteso – al pari di Donati – a ‘purificare’ (così in traduzione, *ivi*, 503) la speculazione giuridica da elementi etici, politici e storici. Sul purismo come caratteristica, e limite, del pensiero labandiano cfr. anche *ivi*, 507.

²⁰ Cfr. A. GIANNINI, *op. cit.*, 244, dal quale emergono quattro caratteri fondamentali della figura di Donati, come tramandata nel corso dei decenni: *a)* formazione essenzialmente tedesca, non avendo mai avuto pieno contatto con i maestri italiani contemporanei, come Orlando e lo stesso Romano, che pur aveva avvicinato dopo la laurea, quando quest'ultimo insegnava a Modena [affermazione peraltro smentita da A. AMORTH, *op. cit.*, 51 e 63, che invece ravvisava uno stretto contatto fra Romano e Donati negli anni successivi alla laurea del secondo]; *b)* approccio dogmatico, non temperato dall'equilibrio o dalle concessioni al realismo evidenti tanto in Orlando che in Romano; *c)* eccesso di sottigliezza logica, per certi versi autoreferenziale; *d)* lucidità e coerenza metodologica che risultavano particolarmente influenti sugli allievi diretti ed indiretti. Salvo il punto *d)*, gli altri aspetti sembrano smentiti, oltre che dai profili biografici di Amorth, dallo studio di Falcon, come meglio si vedrà in seguito.

Catania nel '10, redatti da Romano, presidente Orlando. Ne emergeva il profilo di uno studioso attento alla coerenza logico-giuridica delle proprie argomentazioni, che, al contempo, rischiavano di essere troppo sofisticate rispetto alla realtà di riferimento, finendo per distaccarsene²¹: critica che divenne stigma nel giudizio dell'opera di Donati espresso da Caristia²², e finì per accompagnare l'Autore e tutta la sua scuola²³.

È pur vero che gli osservatori più attenti non rimasero condizionati da quest'immagine, pur sempre riferita ad un trentenne fresco di un periodo di perfezionamento in Germania ed agli esordi della propria attività accademica. Non si tardò quindi a mettere in rilievo come, nel corso dei successivi decenni, il pensiero di Donati avesse integrato il formalismo delle origini con una più ampia apertura metodologica, le cui caratteristiche restavano peraltro discusse²⁴.

È significativo che tali giudizi provenissero da studiosi vicini allo stesso Donati, per ragioni professionali o consuetudine privata²⁵.

In tal senso, Guicciardi riteneva *Stato e territorio* l'espressione «più rigorosa della dottrina realistica» del proprio maestro²⁶; di tenore analogo il giudizio di Tosato, che individuava ne *La persona reale dello*

²¹ Cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 24; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., 195 ss.

²² Sulla polemica di Carmelo Caristia verso Donati, probabilmente viziata dal fatto che il primo non fosse stato ritenuto idoneo nel concorso catanese del 1910, proprio in quanto estraneo alla scuola orlandiana, cfr. pure G. FALCON, *op. cit.*, 24 s.

²³ Ancorché rivolto a Guicciardi, pare indicativo il sarcasmo di M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa* (1964), in ID., *Scritti*, IV, Milano, 2004, 230, per il quale «la realtà è più complessa di quanto in essa appaia, così era molto più complessa di quella che Plotino o Cardano o Paracelso volevano imprigionare nelle loro triadi». Di «secentesche acutezze», per Donati, aveva già scritto A. GIANNINI, *op. cit.*, 244, così anticipando il giudizio del figlio, che, di Guicciardi, avrebbe scritto come «chi esamini la disposizione delle triadi in questa costruzione, e la regolarità dell'ordine e del concatenamento di esse, prova la medesima sensazione che prova di fronte ai neoplatonici, agli gnostici, agli scienziati filosofi del 500-600: tante cose esatte tenute insieme inesattamente»: cfr. M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 230. Ma, recentemente, cfr. pure V. MAZZARELLI, *L'urbanistica e la scienza del diritto amministrativo*, in L. TORCHIA, E. CHITI, R. PEREZ, A. SANDULLI, *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008, 380.

²⁴ Cfr. G. BERTI, *op. cit.*, 224.

²⁵ Su questo aspetto, cfr. già G. FALCON, *op. cit.*, 25.

²⁶ Cfr. E. GUICCIARDI, *op. cit.*, XXXVII.

Stato il manifesto conclusivo della concezione e dei limiti della scienza giuridica come metodologia formale, a sigillo di riflessioni già svolte nella prima parte di *Stato e territorio*²⁷; alla dimensione sociologica del pensiero di Donati alludeva pure Benvenuti, avvicinando le riflessioni contenute ne *La persona reale dello Stato* a quelle di Gierke, Duguit e del Romano teorico dell'istituzionalismo²⁸; ancor più netto era il giudizio di Amorth, per il quale *La persona reale dello Stato* ebbe l'effetto dirompente di aprire gli studi di Donati «alla conoscenza e valutazione sociologica, e, in definitiva, anche finalistica delle norme»²⁹.

Negli studiosi delle generazioni successive, che non ebbero contatti diretti con Donati, pare indicativo – anche in rapporto alla successiva posizione di Falcon – il giudizio di Berti.

Questi osservava come, nello studioso modenese, la dogmatica giuridica operasse come schema di qualificazione della realtà empirica. Era relegato a mero fatto tutto ciò che non rientrava in quegli schemi qualificatori, a propria volta forgiati sui dati offerti dal diritto positivo e dal comando legislativo, originari selettori di ciò che assumeva di volta in volta rilevanza giuridica³⁰. Ne *La persona reale dello Stato* era certo individuabile una tendenziale apertura al realismo³¹, ma – nei termini, più immaginifici che nitidi, dello stesso Berti – «il realismo si fermava (...) a dare atto di una realtà che completava il sistema per essere al confine del sistema stesso, ma più dentro che fuori di esso»³².

In tutti gli Autori richiamati, quindi, Donati sembrava fautore di un realismo temperato, teso a correggere le astrazioni del formalismo giu-

²⁷ Cfr. E. TOSATO, *op. cit.*, XXIV.

²⁸ Cfr. F. BENVENUTI, *Evoluzione dello Stato moderno* (1959), ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, II, 1828.

²⁹ Cfr. A. AMORTH, *op. cit.*, 57.

³⁰ Cfr. G. BERTI, *op. cit.*, 229 ss. Si tratterebbe di un realismo affine a quello espresso da S. PUGLIATTI, *La polemica sui concetti giuridici* (1935), ora in N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004, 18.

³¹ Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, 1986, 256.

³² Cfr. G. BERTI, *op. cit.*, 231.

ridico, o, meglio, a storicizzarne la validità epistemica³³. Ben lontano da forme di eclettismo metodologico, Donati avrebbe preso atto dei limiti stessi del formalismo³⁴, ossia di un metodo che poteva offrire solo ‘una’ interpretazione della realtà, senza per questo esaurirla o spiegarla nella sua strutturale complessità, a propria volta connessa alla sua dimensione storico-effettuale³⁵.

Si trattava, quindi, del realismo declinato con il rigore tipico di chi tendeva a separare il dato giuridico da quello pregiuridico, quest’ultimo inteso come pre-condizione di ogni ricerca attorno a temi concreti³⁶, in conformità alla vocazione pratica – e non solo teoretica – della scienza giuridica. Si trattava di una posizione che non solo risultava pienamente in linea con gli insegnamenti orlandiani³⁷ ma che sarebbe stata affermata da Romano alla fine degli anni ’30³⁸, ribadita da Zanobini negli anni ’50³⁹, per essere incisivamente sintetizzata da Massimo Severo Gianni-

³³ Ciò, anche al netto della difficoltà di definire lo stesso concetto di realismo giuridico: sul punto, cfr. già di S. ROMANO, *Realtà giuridica*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 205 ss.

³⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, rist. Padova, 1990 (I ed. 1939).

³⁵ Cfr. E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 684 e 690 ss.

³⁶ Cfr. espressamente D. DONATI, *La persona reale dello Stato*, in ID., *Scritti di diritto pubblico*, II, cit., 4: «la valutazione della realtà empirica regolata dal diritto costituisce in ogni caso la premessa indispensabile, per stabilire il concetto giuridico ad essa corrispondente». In tal senso, emerge un ulteriore parallelismo con la prospettiva kantiana ripresa da Puchta, intesa da B. MONTANARI, *op. cit.*, 148, come capacità di «determinazione concettuale del concreto, passando attraverso la fenomenologia del reale storico». Si osservi come il realismo donatiano fosse affine a quello di U. FORTI, *Il realismo nel diritto pubblico (a proposito di un libro recente)*, Camerino, 1903, 84, per il quale si rinvia ad A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., 133 ss.

³⁷ I risvolti ideologici della dottrina orlandiana sono sinteticamente richiamati da F. CAMMISA, *Unificazione italiana e formalismo giuridico*, Napoli, 1994, 179 ss. Per una ricostruzione dell’intero dibattito inerente ai rapporti fra scienza giuridica e scienze sociali cfr. M. COCCONI, *La scienza del diritto amministrativo e l’utilizzo delle altre scienze sociali*, in L. TORCHIA, E. CHITI, R. PEREZ, A. SANDULLI, *op. cit.*, 269 ss.

³⁸ Cfr. S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, III ed., 1937, 15 ss.

³⁹ Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo. I. Principi generali*, VIII ed., Milano, 1958, 52 ss.

ni nell'affidare al giurista il compito ultimo di «trarre il sistema dal reale»⁴⁰.

Questi giudizi sembrano quindi collocare Donati nel cuore della scuola italiana di diritto pubblico, allineandolo alla dottrina più avveduta nel mitigare i limiti di un certo formalismo germanizzante. Veniva in tal modo ridimensionata l'immagine di «assolutistico rappresentante della trattazione strettamente dommatica del diritto pubblico» tramandata da Amedeo Giannini⁴¹.

La letteratura critica attorno al realismo di Donati non sembra peraltro esaurirsi nella logica degli scritti commemorativi o dei ritratti biografici, ossia di un genere sovente teso ed enfatizzare la personalità del defunto mettendone in risalto i pregi o le speciali attitudini speculative.

Il dibattito attorno al Donati 'realista' sembra invece sottendere una più profonda riflessione attorno al suo ruolo nella scienza giuridica italiana. L'accento posto sul realismo dell'Autore pare strumentale a raffigurare uno studioso meno sordo alle trasformazioni storico-sociali di quanto non risultasse di primo acchito, così da sottrarre il suo pensiero alle critiche di astrattismo e di estraneità alla tradizione italiana che lo avevano accompagnato sin dall'inizio del secolo⁴².

Sul piano della politica culturale, ciò aveva un duplice effetto: il primo era legittimare l'eredità scientifica di Donati nel secondo dopoguerra, ricollocando lo studioso appena scomparso – giovane cresciuto nell'Italia crispina e giolittiana, maturo difensore dello Stato fascista⁴³, ormai anziana vittima delle leggi razziali, infine rifugiato in Svizzera⁴⁴ – nell'alveo della tradizione liberale che aveva contraddistinto i migliori momenti della sua produzione scientifica, compatibile con una delle

⁴⁰ Cfr. S. CASSESE, *Giannini: dopo l'esordio*, in M.S. GIANNINI, *Scritti*, II, Milano, 2002, XV.

⁴¹ Cfr. A. GIANNINI, *op. cit.*, 244.

⁴² Trattamento, questo, non dissimile da quello riservato a Laband e ad altri studiosi di origine ebraica nel corso degli anni '20 e '30. Cfr. M. STOLLEIS, *op. cit.*, 508 ss.

⁴³ Sul rapporto di Donati col regime fascista, cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 55 ss., nonché G. CIANFEROTTI, *op. cit.*, 275, oltre che immediatamente *infra*, par. 2.

⁴⁴ Cfr. almeno G. ALLOTTI, *Le tre epurazioni. I professori del diritto amministrativo nel ventennio fascista*, in L. TORCHIA, E. CHITI, R. PEREZ, A. SANDULLI, *op. cit.*, 31 s.; A. AMORTH, *op. cit.*, 46 s.; E. GUICCIARDI, *op. cit.*, XLIV ss.; G. LEVI DONATI, *op. cit.*, 161.

correnti ideologiche alla base della Costituzione repubblicana; il secondo era individuare nella scuola patavina un'autonoma e vitale variante della scuola italiana di diritto pubblico, alternativa a quella rappresentata da Romano e Zanobini, e maggiormente strutturata di quella di Ranalletti, come tale pienamente legittimata ad esprimere una propria specifica visione dei rapporti fra diritto e società nei difficili anni che segnarono il passaggio dal fascismo alla Repubblica⁴⁵.

Su questo sfondo culturale si innestava la revisione dell'opera di Donati svolta da Falcon su sollecitazione di Cassese⁴⁶.

2. Un diverso ritratto di Donati

Il saggio dedicato da Falcon a Donati può essere inteso sia come una ricerca sulle radici della scuola patavina, che come uno studio di storia del pensiero giuridico⁴⁷. Il pregio maggiore di questo scritto è quello di cogliere i tratti evolutivi dell'opera del giurista modenese, e, quindi, di storicizzarne lo stesso formalismo, alla stregua di quanto già fatto dallo stesso Falcon nel suo precedente lavoro dedicato a Guicciardi⁴⁸.

La tecnica argomentativa scelta da Falcon per descrivere il pensiero di Donati era (ed è) di particolare interesse, perché – pur individuando nello studioso modenese il prototipo del giurista ‘matematico’, uso a sviluppare le proprie tesi *more geometrico*⁴⁹ – ne indagava in concreto

⁴⁵ Cfr. F. BENVENUTI, *Presentazione*, a E. GUICCIARDI, *Il demanio*, rist. Padova, 1989, VI. In tal senso, però, cfr. già E. TOSATO, *op. cit.*, XXVI.

⁴⁶ Cfr. S. CASSESE, *Tradizione e innovazione nell'opera di Giandomenico Falcon*, in G. FALCON, *Scritti*, cit., X s.

⁴⁷ Cfr. S. CASSESE, *Tradizione e innovazione*, cit., X *ibidem*.

⁴⁸ Cfr. G. FALCON, *Norme di relazione e norme d'azione (tradizione e vicende della giustizia amministrativa nella dottrina di Enrico Guicciardi)*, in ID., *Scritti*, cit., 1 ss.

⁴⁹ Cfr. G. FALCON, *Donato Donati*, cit., 25. Si potrebbe peraltro riflettere su quale tipo di ‘matematica’ fosse affine alle teorizzazioni di Donati, o, in altri termini, a quale matematico si potesse accostare la figura dello studioso modenese: significativi, in tal senso, alcuni parallelismi fra le riflessioni di Donati sulla completezza del sistema giuridico e le teorizzazioni di David Hilbert (1862-1943) su formalizzazione e coerenza interna dei sistemi matematici. Come evidenziato da C. CELLUCCI, *La filosofia della matematica del Novecento*, Roma-Bari, 2007, 38 ss., specie 50 ss., il pensiero di Hil-

l'opera, in rapporto al contesto culturale e politico di inizio novecento⁵⁰. Nel far ciò, il saggio coglieva in filigrana la stessa metodologia di un Autore «assai parco di dissertazioni sul metodo⁵¹», restituendo complessità e profondità ad un profilo intellettuale che, nei termini ribaditi di recente da Cassese, appariva quasi come «dimidiato tra purismo e realismo, tra critica ed apprezzamento del fascismo»⁵².

Per vero, Falcon non negava che la cifra distintiva del pensiero donatiano fosse da individuare in un accentuato formalismo, ma ne approfondiva le caratteristiche per sottoporre a critica i luoghi comuni che avevano condizionato la valutazione dell'opera di Donati. Fu dunque ridimensionato il rapporto con la cultura e la metodologia tedesca, che, seppur pienamente padroneggiate dallo studioso, non condizionavano lo sviluppo di teorie che avevano sempre ad oggetto l'ordinamento positivo statale italiano⁵³; eccessive erano pure le accuse di dogmatismo rivolte a Donati, posto che l'Autore non fondava le proprie ricostruzioni teoriche su ragionamenti di puro ordine logico-deduttivo, ma ricostruiva il sistema di concetti ed istituti sulla base della disciplina positiva del singolo ordinamento⁵⁴; l'attenzione al dato normativo, lungi dal risolversi in un mero ossequio al legislatore, era a propria volta espressiva del peculiare realismo di Donati, per il quale l'analisi degli elementi di fatto ed organizzativi era necessaria ai fini dell'inquadramento del tema

bert, finalizzato ad indagare il fondamento della certezza matematica, si fondava su un metodo di matrice kantiana, non diversamente da quello seguito da Puchta, Laband e dallo stesso Donati in ambito giuridico: ragionamento logico fondato sul principio di non contraddittorietà; esistenza di enunciati ideali che consentivano di dimostrare enunciati reali, ossia di indirizzare la conoscenza della realtà sensibile sulla base di un sistema di concetti individuato a priori; sistema di concetti da considerare come criterio orientatore di una conoscenza scientifica della realtà; sistema che consentiva, inoltre, di risolvere qualunque problema mediante un numero finito di operazioni. Sul metodo scientifico-matematico come archetipo di ogni speculazione scientifica di stampo positivista cfr. M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nel diritto amministrativo*, in *Jus*, 1999, 759 ss.

⁵⁰ Cfr. G. FALCON, *Donato Donati*, cit., 25.

⁵¹ Cfr. G. FALCON, *Donato Donati*, cit., 23.

⁵² Cfr. S. CASSESE, *Tradizione e innovazione*, cit., X.

⁵³ Cfr. G. FALCON, *Donato Donati*, cit., 39.

⁵⁴ Cfr. G. FALCON, *Donato Donati*, cit., 38 s.

di ricerca, ma separata dal suo svolgimento, che aveva ad oggetto le qualificazioni (e valutazioni) normative effettuate di volta in volta dal legislatore⁵⁵.

Nella prospettiva di Falcon, quindi, il pensiero di Donati rappresentava una tecnica di analisi e critica del diritto positivo vigente, a propria volta inteso come il prodotto culturale di una determinata realtà storica: se spettava a storici, politologi o sociologi la piena ed integrale comprensione di quella realtà, l'ambito del discorso giuridico si concentrava sulla porzione di realtà qualificata dalle proposizioni normative, risolvendosi nello studio di un metalinguaggio altamente formalizzato⁵⁶.

I tratti analitici e critici del formalismo donatiano messi in luce da Falcon pongono bene in rilievo il costruttivismo dell'Autore, che non risolveva la propria indagine in un'esegesi della legislazione o in commenti alla giurisprudenza, ma innestava sulla base del diritto vigente proposte teoriche volte alla soluzione di problemi occasionati dalle stesse ambiguità della legislazione o della prassi interpretativa⁵⁷.

Si può qui aggiungere come le implicazioni di questo metodo incidessero sulla stessa rappresentazione del giurista-accademico nel contesto istituzionale, ed, in ultima analisi, sul suo rapporto con la sfera politica.

Se la realtà sociale ed il diritto positivo espresso dalla singola *societas* storicamente determinata costituivano, rispettivamente, la premessa e l'oggetto della riflessione teorica, la stessa indagine speculativa appariva volta a dare un diverso – e più armonico⁵⁸ – ordine alle cose, sugge-

⁵⁵ Cfr. G. FALCON, *Donato Donati*, cit., 40 ss.

⁵⁶ Cfr. sempre G. FALCON, *Donato Donati*, cit., 45. Che questo sia il tratto distintivo del giurista è confermato, da ultimo, in G. FALCON, *Recensione a S. Cassese, L. Torchia, Diritto amministrativo. Una conversazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, 779.

⁵⁷ Ciò, in linea con la valenza creativa della speculazione scientifica che, in Puchta, consisteva nel dar forma alla realtà, ascrivendo il fatto storico in un sistema di relazioni giuridiche: cfr. B. MONTANARI, *Arbitrio normativo e sapere giuridico... a partire da G.F. Puchta*, Milano, 1984, 148.

⁵⁸ Che vi dovesse essere «armonica corrispondenza» fra momento reale e formale era affermato dallo stesso D. DONATI, *La persona reale*, cit., 7. Come riportato da G. LUCATELLO, *I miei studi universitari a Padova con Donati e Tosato*, in M. GALIZIA (a cura di), *Egidio Tosato costituzionalista e costituente*, Milano, 2010, 41, fra le convin-

rendo linee di condotta conformi a quello che si riteneva l'intrinseco valore normativo e deontico del diritto vigente⁵⁹. Il che rispecchiava una primazia dell'accademico sul giudice, sull'amministratore pubblico e sullo stesso legislatore storico, la cui concreta volontà finiva per essere integrata e rafforzata dalla razionalità speculativa del teorico⁶⁰.

Ciò aveva un significativo riflesso sul metodo dell'Autore, in cui l'approccio sistematico e formale era finalizzato alla soluzione di problemi interpretativi nascenti dalla prassi. Problemi che potevano essere risolti tramite la preliminare posizione della questione da risolvere, frutto di un'indagine condotta sia sul piano metagiuridico che su quello giuridico; la successiva proposta teorica; l'individuazione delle conseguenze pratiche ed applicative della proposta.

Si trattava di una scelta di campo, e programmatica, già indicata dal giovane Donati nell'*Introduzione* alla monografia sul *Problema delle lacune*: il fenomeno indagato era espressamente inteso come problema fondamentale della scienza giuridica, da sottoporre ad «esame critico»; la struttura del libro rispecchiava questa presa di posizione, individuando nel primo capitolo i termini del problema, nel secondo la sua soluzione mediante ricorso alla formalizzazione concettuale, nel terzo la debolezza delle possibili obiezioni alla teorizzazione individuata, e nel

zioni di Donati vi sarebbe stata l'idea che il libro di diritto costituzionale dovesse essere «come un'opera d'arte, armonica in tutte le sue parti».

⁵⁹ Il pensiero di Donati sarebbe stato rappresentativo della costruzione di enunciati normativi che completavano, o si sforzavano di rendere coerente, il discorso legislativo, arricchendolo di nuovi enunciati normativi individuati a partire dall'individuazione di concetti generali idonei a spiegare il senso stesso della singola prescrizione normativa: per uno spunto, cfr. R. GUASTINI, *op. cit.*, 18, e, soprattutto, 21, dove si citava come esempio paradigmatico di questo modo di operare l'individuazione (si aggiunge: donatiana) della norma generale di esclusione, intesa come norma di produzione dottrinale che integrava – a mo' di «enunciato normativo apocrifo» – lo stesso enunciato legislativo. Si aggiunga come la capacità di individuare la norma di esclusione fosse funzione specifica della *Rechtswissenschaft* di matrice puchtiana: cfr. B. MONTANARI, *op. cit.*, 172.

⁶⁰ Aspetto, quest'ultimo, comune a tutta la scienza giuridica ispirata da Orlando e Scialoja a cavallo fra il XIX ed il XX sec., secondo l'acuta ricostruzione offerta da G. CIANFEROTTI, *La prolusione di Orlando. Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1989, 995 ss., specie 1007 ss.

quarto i corollari dei principi posti in rapporto al problema individuato all'inizio del libro⁶¹.

Con minime varianti, la stessa impostazione si avverte in altri scritti dell'Autore, come *Gli organi dello Stato e il diritto internazionale*⁶², *Il contenuto del principio di irretroattività della legge*⁶³ e, soprattutto, *Stato e territorio*⁶⁴, in cui sono sempre più crescenti i riferimenti alla dimensione storica – ed, in questo, ‘reale’ – delle questioni sottoposte ad indagine e delle possibili soluzioni.

La dimensione storicistica del pensiero donatiano emerge anche con riferimento ad un altro settore di interesse dello studioso modenese, su cui si è poco concentrata l'attenzione nel corso dei decenni, come lo studio degli ordinamenti stranieri. Se pare forzato attribuire a Donati un'attitudine comparatistica, è indubbio come la peculiare attenzione per le soluzioni praticate in altri ordinamenti fosse il necessario corollario della sensibilità di un Autore che tendeva ad individuare nelle questioni sottoposte alla sua indagine problemi di ordine teorico-generale conosciuti – o conoscibili – anche in diverse realtà giuridiche.

Esempi in tal senso si possono rinvenire nel già menzionato saggio sul principio di non retroattività, dove l'ammissibilità teorica della soluzione proposta era comprovata da riferimenti al modello francese ed alla sua circolazione⁶⁵; in *Stato e territorio*, dove il riferimento a modelli del passato e del presente era strumentale alla costruzione di una teoria generale del fenomeno⁶⁶; la prospettiva si ampliava negli appunti (inediti) del corso di *Costituzioni straniere*, dove Donati finiva per relativizzare l'idea di Stato, propria delle esperienze costituzionali dell'Europa continentale, ponendo in rilievo l'esperienza dell'auto-amministra-

⁶¹ Cfr. D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1910), in ID., *Scritti*, I, cit., 5 ss.

⁶² Cfr. D. DONATI, *Gli organi dello Stato e il diritto internazionale* (1909), in ID., *Scritti*, II, cit., 454 ss.

⁶³ Cfr. D. DONATI, *Il contenuto del principio di irretroattività della legge* (1915), in ID., *Scritti*, I, cit., 279 ss.

⁶⁴ Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, Roma, 1924, su cui ampiamente *infra*, par. 4.

⁶⁵ Cfr. D. DONATI, *Il contenuto*, cit., 313 ss. e 365 ss.

⁶⁶ Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 159 ss.

zione anglosassone⁶⁷. Altrettanto significativa sembra, al riguardo, la coeva curatela dei volumi dedicati alla storia culturale dell'Europa, in cui Donati affidò a Rava, Jemolo, Salvemini e De Francisci una serie di brevi trattazioni sulla situazione politica e culturale italiana e sulla nascita e sviluppo dei principali imperi (austro-ungarico, germanico, britannico)⁶⁸.

La combinazione di formalismo e storicismo nel pensiero di Donati porta quindi ad osservare, in prima battuta, come l'Autore non fosse affatto un costruttore di concetti astratti basati sull'ossequioso rispetto del diritto positivo, come espressione di una a-storica volontà del legislatore. Vi era semmai, nello studioso modenese, la piena consapevolezza del fatto che la crescente produzione normativa del primo novecento imponesse uno sforzo ricostruttivo e sistematico volto a guidare giudici ed amministrazioni nell'interpretazione razionale del tessuto normativo.

Se le norme costituivano la base di partenza – per Pugliatti, il ‘dato’⁶⁹ – su cui fondare la riflessione teorica, lo stesso Donati era consapevole del fatto che il pluralismo delle fonti e delle loro possibili interpretazioni, comprovati dalle esperienze straniere, obbligassero il giurista ad una severa e continua opera di sistematizzazione della realtà, la

⁶⁷ Si tratta di dattiloscritti direttamente consultati presso il “fondo Donati” presente presso l'Archivio di Stato di Modena, probabilmente volti ad integrare il *Corso di Costituzioni straniere. La Costituzione dell'impero germanico*, Padova, 1926. Il passaggio cui si fa riferimento è a pag. 3 s. del dattiloscritto, dove «mentre la conformazione rigida dell'idea di Stato fu una necessità storica degli Stati continentali circondati da nemici, e trovò la sua espressione esteriore nell'esercito e nella burocrazia quali fondamenti della forma assoluta di Governo, l'Inghilterra e l'America in grazia della loro felice situazione, poterono rinunciare a questo concentramento della potestà statale e sulla via della auto-amministrazione lasciare assai presto l'adito alla libera attività del singolo nello Stato».

⁶⁸ Cfr. D. DONATI, F. CARLI (a cura di), *L'Europa nel secolo XIX. I. Storia politica*, Padova, 1925. Si tratta di una raccolta delle lezioni tenute presso l'Istituto superiore di perfezionamento degli studi politico-sociali e commerciali di Brescia.

⁶⁹ Cfr. S. PUGLIATTI, *op. cit.*, 18.

cui funzione andava ricercata, in ultima analisi, nella esigenza di certezza giuridica e prevedibilità nell'applicazione del diritto⁷⁰.

Il pensiero di Donati esprimeva quindi la necessità di organizzare in maniera sistematica il materiale normativo, dando una qualificazione ed una trama concettuale ad una realtà socio-economica che non veniva rifiutata ed espunta dalla riflessione giuridica, ma che era intuita e conosciuta nella sua complessità e frammentarietà: fattori che il giurista non poteva sempre eliminare, ma che doveva in qualche modo arginare e razionalizzare, sul presupposto che solo un diritto razionalmente inteso avrebbe garantito la conservazione della libertà individuale, intesa come valore costitutivo dello Stato di diritto⁷¹. A ben vedere, si trattava dalla rigorosa applicazione al diritto pubblico del razionalismo critico secentesco – Spinoza su tutti, laddove tutta la produzione scientifica di Donati è innervata dal principio di libertà individuale come *finis Reipublicae*⁷² – e dell'illuminismo di matrice kantiana⁷³.

Che si trattasse di un'opera titanica, impossibile per un solo uomo, e destinata allo scacco nel momento in cui non si avvertiva che i mutamenti del diritto positivo, delle prassi interpretative, degli equilibri fra poteri registrati nei primi decenni del secolo erano indicatori di una più profonda ed irreversibile trasformazione della società liberale e della stessa forma di Stato⁷⁴, è stato già chiarito da Amedeo Giannini⁷⁵ e dal-

⁷⁰ Su questi aspetti, cfr. anche la testimonianza di F. CARNELUTTI, *La morte del diritto*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, specie 177 ss.; più recentemente, L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica dell'Italia nel Novecento*, Roma-Bari, 1999, 20 ss.

⁷¹ Cfr. sempre D. DONATI, *Principii generali di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Padova, III ed., 1932, 7 s.

⁷² Cfr. A. RAVÀ, *La filosofia politica di Benedetto Spinoza*, in ID., *Studi su Spinoza e Fichte*, a cura di E. OPOCHER, Milano, 1958, 88 ss. Sulla dimensione metagiuridica del pensiero donatiano – ed, in generale, dei fautori della tesi della completezza dell'ordinamento – cfr. S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, in ID., *Scritti minori*, I, Milano, II ed., 1990, 449 ss.

⁷³ Sull'influenza del kantismo nel pensiero giuridico formale-sistematico, cfr. A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova, 1962, specie 141 ss., ed in particolare *ivi*, 152.

⁷⁴ Emblematica la ricostruzione offerta da A. RAVÀ, *Crisi del diritto e crisi mondiale*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, cit., specie 71 ss.

⁷⁵ Cfr. A. GIANNINI, *op. cit.*, 244.

lo stesso Falcon⁷⁶: quasi che lo studioso attento alla dimensione storica dell'esperienza giuridica avesse ingenuamente ritenuto che lo Stato liberale fosse sufficientemente consolidato, nell'Europa occidentale, da resistere ad ogni trasformazione interna ed alternativa a quella imposta altrove dalla rivoluzione d'ottobre.

Ciò spiega il rallentamento della produzione scientifica di Donati dopo la metà degli anni '20, la sua fattiva adesione al regime fascista come sperato continuatore e garante del liberalismo⁷⁷, la sua stessa sorte di vittima della persecuzione razziale condotta con gli strumenti del positivismo giuridico, ed infine la sfiducia maturata nei confronti della stessa scienza giuridica⁷⁸, che parve riemergere solo nel periodo di insegnamento – a fianco di Einaudi, Carnelutti, Del Vecchio, Alessandro Levi, Ballardore-Pallieri, Fanfani – presso i campi universitari italiani in Svizzera⁷⁹.

Questo quadro storico (e psicologico) sembra a propria volta chiarire le possibili ragioni per le quali lo stesso Donati sia percepibile come uno studioso inattuale, il cui approccio è stato sconfitto dalla storia più di quanto non lo siano state le singole tesi contenute nei suoi scritti. Può tuttavia osservarsi come si tratti di un'inattualità che riguarda più la figura del Donati teorico generale di una forma di Stato – e di società – al tramonto, che non quella dello studioso impegnato nell'analisi di problemi concreti.

⁷⁶ Cfr. G. FALCON, *Donato Donati*, cit., 64 s.

⁷⁷ Per quanto attiene al diretto impegno di Donati nella 'costruzione' dello Stato fascista, si segnala il recente contributo di G. SIMONE, *Fascismo in cattedra. La Facoltà di Scienze politiche di Padova dalle origini alla liberazione (1924-1945)*, Padova, 2015, specie 35 ss., in cui si evidenzia il ruolo centrale ricoperto da Donati – a fianco di Alfredo Rocco – nel finanziamento e nell'organizzazione della neonata facoltà patavina, destinata a formare i funzionari delle principali amministrazioni dello Stato. Lo studio dell'a. lascia supporre, peraltro, come la causa principale della progressiva riduzione dell'attività scientifica di Donati sia dovuto ai delicati compiti istituzionali assunti nella Scuola (poi Facoltà) di Scienze Politiche, di cui lo studioso modenese fu Direttore e Preside tra il 1924 ed il 1938.

⁷⁸ Cfr. A. AMORTH, *op. cit.*, 47.

⁷⁹ Cfr. D. DONATI, *I campi universitari italiani in Svizzera. Conversazione tenuta alla Radio di Padova il 14 gennaio 1946*, inedita, consultata presso il "fondo Donati" dell'Archivio di Stato di Modena.

Sono proprio queste ragioni che spingono ad approfondire il contributo di Donati alla scienza del diritto amministrativo: sia perché si tratta di un aspetto poco esplorato della sua vicenda intellettuale; sia perché i problemi di diritto amministrativo, nella loro concretezza, permettono di saggiare la tenuta del metodo donatiano oltre le riflessioni di teoria generale, e oltre il tramonto della forma di Stato in cui l'Autore si era formato ed aveva operato per la maggior parte della propria vita.

3. Teoria dello Stato e ruolo dell'amministrazione: il contributo di Donati

Per quanto l'unico saggio dedicato da Donati a tematiche espressamente riconducibili al diritto amministrativo fosse lo scritto d'esordio su *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*⁸⁰, ciò non toglie che tutta l'opera dell'Autore abbia affrontato trasversalmente una serie di problemi legati al ruolo dell'esecutivo nell'ambito dell'ordinamento giuridico. Essi trovarono sintesi matura ne *I principii generali di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, la cui ultima edizione risale al 1932⁸¹.

Nell'economia di questo scritto, non preme tanto misurare il peso del diritto amministrativo nelle singole opere di Donati, quanto chiarirne alcuni tratti ricorrenti e caratterizzanti. Un primo aspetto su cui concentrare l'analisi è quello del rapporto fra legge ed amministrazione.

In piena epoca fascista, il liberale Donati ribadiva come lo Stato di diritto si fondasse sul primato del Parlamento e della funzione legislativa, intesa come potere direttamente riconducibile alla manifestazione

⁸⁰ Cfr. D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione* (1903), ora in ID., *op. cit.*, I, 389 ss.

⁸¹ Non si tratta di un vero e proprio testo istituzionale, ma della sintesi delle lezioni tenute a metà degli anni '20 presso il *Corso di perfezionamento per i segretari delle Province e dei Comuni* della *Scuola di Scienze Politiche e Sociali dell'Università di Padova*, raccolte da Tosato. Il taglio realistico che scandisce alcuni passaggi del *Corso* – specie nei rapporti fra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione – può spiegarsi sia con la peculiare destinazione didattica del manuale che con la mutata sensibilità dello studioso per i problemi dell'amministrazione, vuoi per il suo ruolo all'interno della Scuola, vuoi per una più ampia sensibilità scientifica.

più piena della sovranità, in grado di limitare sia il potere esecutivo che il potere giudiziario⁸².

Di qui, la particolare enfasi posta dall'Autore sul principio di legalità dell'azione amministrativa: la legge era intesa come «fonte fondamentale e principale del diritto»⁸³, salve le ipotesi eccezionali in cui la stessa amministrazione poteva esercitare funzioni materialmente legislative mediante regolamenti⁸⁴. Ne derivava che le manifestazioni di volontà del potere esecutivo erano sottoposte a quelle del potere legislativo: in ciò, l'Autore si collocava a fianco di Zanobini nella ricerca di un'univoca legittimazione legale dell'amministrazione⁸⁵.

Non è questa la sede per riflettere sull'attuale rilevanza di queste tesi, soprattutto in un contesto storico in cui il presunto 'primato' del Parlamento e della legge è in perenne crisi, vuoi per ragioni endogene determinate dalla ridefinizione degli assetti istituzionali e dal crescente primato delle fonti governative, vuoi per ragioni esogene derivanti dalle trasformazioni della sovranità e per la progressiva interdipendenza fra fonti statuali e sovrastatali⁸⁶. Ciò non toglie che, nei primi decenni del secolo scorso, la posizione di Donati si distinguesse da quella della dottrina maggioritaria, nella parte in cui rinveniva nella legge non solo l'atto che autorizzava gli apparati a svolgere le proprie attività, ma pure il criterio di regolazione dei rapporti fra Stato-apparato ed individuo⁸⁷.

Questo aspetto era già emerso nello studio su *I caratteri della legge in senso materiale*, dove si assisteva ad una vera e propria ipostatizzazione della legge come fonte di regolazione dei rapporti interindividuali, compresi i rapporti fra amministrazione e sudditi⁸⁸: la figura triadica

⁸² Cfr. D. DONATI, *Principii*, cit., 2.

⁸³ Cfr. D. DONATI, *Principii*, cit., 25.

⁸⁴ Cfr. D. DONATI, *Principii*, cit., 30.

⁸⁵ Cfr. G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge* (1924), ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203 ss. Nota l'allineamento dei due Autori A. SANDULLI, *op. cit.*, 215.

⁸⁶ Per un'efficace sintesi dell'intera problematica cfr. G. MORBIDELLI, *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Napoli, 2012, specie 71 ss.

⁸⁷ Per una ricostruzione del dibattito, cfr. F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 127 ss.; M. PASTORELLI, *op. cit.*, 410 ss.

⁸⁸ Cfr. D. DONATI, *I caratteri della legge in senso materiale* (1910), in ID., *Scritti*, II, cit., 72.

in cui la legge era intesa come l'atto attraverso cui il legislatore (*a*) ordinava ad un soggetto (*b*) di compiere una determinata azione nei confronti di un altro soggetto (*c*), chiariva in termini incisivi il pensiero di Donati⁸⁹.

Il comando amministrativo era dunque inteso come applicazione della legge nell'ambito di un rapporto giuridico già predefinito dal legislatore nei suoi elementi essenziali, al punto che la legge era sia fonte che limite del potere della stessa amministrazione⁹⁰. Il che, fra gli altri corollari, avrebbe avuto sia quello di rendere superflua la qualificazione del rapporto attraverso le categorie della pandettistica, giustificando la ricerca di diverse categorizzazioni a partire dal diritto positivo vigente⁹¹; sia quello di rendere vano il ricorso al concetto di autoritatività (e, poi, imperatività) come qualità strutturale del provvedimento, derivante da una autonoma ed originaria posizione di supremazia e privilegio degli apparati amministrativi⁹².

L'importanza attribuita da Donati al principio di legalità non va tuttavia intesa in termini radicali, dovendo essere inquadrata nell'ambito di una più ampia strategia argomentativa tesa a definire i confini della reciproca libertà degli apparati pubblici e del privato⁹³. La libertà non andava solo protetta 'dal' potere, ma anche garantita e rafforzata 'mediante' l'intervento del potere pubblico.

Alcune feconde intuizioni, in tale direzione, erano già emerse nel *Problema delle lacune*, dove Donati affrontava anche le tematiche sottese al rapporto fra legislazione ed amministrazione, disancorando il problema della legalità dell'azione amministrativa da quello della riserva di legge. Mentre si riteneva che soltanto la legge potesse attribuire alla p.a. poteri ablatori e limitativi della libertà individuale, diversamen-

⁸⁹ Cfr. D. DONATI, *I caratteri della legge*, cit., *ibidem*.

⁹⁰ Cfr. D. DONATI, *I caratteri della legge*, cit., 67 ss.; ID., *Principii*, cit., 25, 35.

⁹¹ Per una ricostruzione del dibattito cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 161 ss.; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 29 ss.

⁹² Sulla questione, cfr. B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, specie 73 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Esiste l'atto autoritativo della pubblica amministrazione?*, in *Dir. amm.*, 2011, 759 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 665 ss.

⁹³ Cfr. D. DONATI, *Principii*, cit., 152.

te avveniva per i poteri di intervento a tutela e garanzia del singolo, le cui fonti potevano essere varie e liberamente individuabili dalla stessa amministrazione, ancorché nell'ambito di una attività interpretativa⁹⁴.

Se era infatti preclusa l'interpretazione analogica delle norme attributive di poteri restrittivi⁹⁵, «il ricorso all'analogia [era] ammesso anche per riconoscere all'amministrazione *nuovi poteri*, quando questi si [affermassero] nei rapporti fra organo e organo della stessa amministrazione», oltre che «per determinare *il modo di esercizio* dei poteri stessi già espressamente attribuiti all'amministrazione», ed, ancora «per riconoscere (...) *nuovi doveri*, e cioè sia doveri di esplicitare determinate attività, sia doveri di esplicitare un'attività, doverosa o anche discrezionale, in un dato modo; [cosicché] per analogia [potevano] riconoscersi *nuovi diritti* ai cittadini in confronto all'amministrazione»⁹⁶. Ne derivava una sorta di dovere implicito di intervento a tutela della libertà individuale, ogni qual volta l'individuo entrasse in contatto con l'amministrazione⁹⁷.

Dai menzionati passaggi emergono almeno quattro profili di interesse circa il ruolo dell'amministrazione nel sistema giuridico, che si intrecciavano con gli sviluppi della scienza amministrativa nei successivi decenni.

Sotto un primo profilo, è in questi assunti che si può individuare una delle possibili matrici del concetto di norma di 'relazione' sviluppato nei decenni successivi da Guicciardi⁹⁸, Capaccioli⁹⁹, Alberto Roma-

⁹⁴ Cfr. D. DONATI, *Il problema delle lacune*, cit., 183 ss.

⁹⁵ Anche in tal caso la tesi di Donati può essere confrontata con le teorizzazioni di S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, ora in ID., *Scritti minori*, I, cit., 115 ss.

⁹⁶ Cfr. D. DONATI, *Il problema delle lacune*, cit., 183, corsivi miei.

⁹⁷ Si tratta di intuizioni che, a prescindere di quanto precisato a seguire, incidono anche sul dibattito inerente al fondamento dei poteri impliciti dell'amministrazione (e del modo di esercizio di tali poteri), nei termini ampiamente ricostruiti da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, specie 423 ss.

⁹⁸ Cfr. E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa* (1937), in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Padova, 1967, 1 ss.; ID., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1943, II. ed., 1994, 30 ss. Per una ricostruzione dell'intera vicenda cfr. F. VOLPE, *Norme d'azione, norme di relazione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004.

no¹⁰⁰, e del dibattito attorno alle posizioni giuridiche soggettive dell'individuo nei confronti dell'amministrazione, fra le quali rientra anche la spettanza al provvedimento favorevole¹⁰¹. In Donati, infatti, le norme attributive del potere restrittivo erano intese come regole che delimitavano sia l'esercizio della funzione che la libertà individuale; le norme che specificavano nuovi ambiti di intervento doveroso del potere pubblico attribuivano nuovi diritti e nuove pretese a favore del cittadino, senza ridimensionarle a posizione di mero interesse, nel solco di una possibile rilettura in chiave 'pubblicistica' dei diritti 'civili' e 'politici' cui fanno rinvio le previsioni della l. n. 2248/1865 all. E¹⁰². Aspetti, questi ultimi, su cui il dibattito dottrinale pare non essersi mai realmente arrestato¹⁰³.

Il secondo profilo attiene al rapporto fra legge e discrezionalità amministrativa, ossia fra l'eteronomia insita nel comando normativo donatiano e l'autonomia implicita nella sua applicazione da parte degli apparati pubblici¹⁰⁴.

Sul punto, i postulati ideologici del liberalismo di Donati spingevano l'Autore a ridurre i margini di autonomia dell'amministrazione, sot-

⁹⁹ Cfr. E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo* (1975), in ID., *Diritto e processo: scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 310 ss.

¹⁰⁰ Cfr. A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, specie 133 ss.

¹⁰¹ Cfr. G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza* (2001), ora in ID., *Scritti*, cit., 369 ss.

¹⁰² Cfr. D. DONATI, *Principii*, cit., 153, dove espressamente «i diritti civili consistono nella pretesa del cittadino a che lo Stato adempia a favore di esso le prestazioni stabilite dalla legge», a propria volta distinguibile in pretesa materiale (es. consegna di una cosa, prestazione di un servizio pubblico) o in pretesa di un atto (es. concessione, autorizzazione, certificazione). Per una ricostruzione del dibattito, cfr. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, 37 ss.

¹⁰³ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa. Sonntagsgedanken*, Milano, 2005, su cui cfr. A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 91 ss. e 102 ss. Con particolare riguardo ai temi in esame, cfr. pure S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 739 ss.

¹⁰⁴ Sul rapporto fra discrezionalità ed autonomia, cfr. S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, 9 ss.

toponendo gli apparati non soltanto al limite derivante da norme di diritto positivo, ma anche di principi di politica-amministrativa volti ad orientare l'agire pubblico al perseguimento del pubblico interesse senza ingiustificato sacrificio di quello privato¹⁰⁵.

Tali principi potevano qualificarsi come criteri extralegali di integrazione del diritto positivo¹⁰⁶, finalizzati ad evitare che le prerogative discrezionali dell'amministrazione si risolvessero in arbitrio: si trattava, per Donati, di una classe aperta di regole di condotta, alcune delle quali potenzialmente idonee ad essere recepite espressamente dal legislatore mediante interventi di riforma del diritto vigente¹⁰⁷. Significativo il fatto che, fra esse, Donati annoverasse pure quello di stretta necessità del provvedimento sfavorevole, per il quale «la soddisfazione dell'interesse generale non [doveva] aver luogo con sacrificio non necessario degli interessi individuali», contribuendo a porre così le basi per il dibattito sul principio della proporzionalità amministrativa¹⁰⁸.

Pure in tal caso, si tratta di intuizioni appena accennate, le cui implicazioni si sarebbero viste alla fine degli anni trenta e, soprattutto, nel secondo dopoguerra. Innanzitutto, la posizione di Donati appare fondamentale per comprendere gli sviluppi di tutte le teorizzazioni tese ad individuare dei limiti intrinseci all'esercizio del potere discrezionale, nei termini formulati da Mortati¹⁰⁹ Amorth¹¹⁰ e Guicciardi¹¹¹ ed avver-

¹⁰⁵ Cfr. D. DONATI, *Principii*, cit., 146.

¹⁰⁶ Nella terminologia di M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi* (1941), ora in ID., *Scritti*, II, Milano, 2002, 349 s., si sarebbe propriamente trattato di norme *extra legem*.

¹⁰⁷ Cfr. D. DONATI, *Principii*, cit., 12.

¹⁰⁸ Cfr. D. DONATI, *Principii*, cit., 146, dove si prosegue espressamente affermando che «quando non v'è necessità di soddisfazione di un interesse pubblico, il sacrificio dell'interesse individuale deve essere evitato». Sulle origini del principio di proporzionalità nella dottrina di Romagnosi e Orlando cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 53 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 10, e *ivi*, 371 ss., per quanto concerne la 'necessità' del mezzo più mite come elemento della proporzionalità.

¹⁰⁹ Cfr. C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* (1935), ora in ID., *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, 533 ss.

¹¹⁰ Cfr. A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, specie 25 ss.

¹¹¹ Cfr. E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 13.

sati, in quegli stessi anni, da chi – soprattutto Giannini – evidenziava come l’agire discrezionale potesse essere talvolta rimesso ad un «nudo giudizio individuale»¹¹²; in secondo luogo, la ricerca delle regole di esercizio del potere discrezionale è alla base della linea di pensiero sviluppata da Benvenuti e la sua scuola, dove si dimostrò come i principi ‘politici’ cui alludeva Donati negli anni trenta fossero divenuti, dopo l’entrata in vigore della Costituzione, principi ‘giuridici’ della funzione e della procedura amministrativa¹¹³.

Il terzo profilo di interesse collima con quanto si è venuto osservando ed attiene alla concezione della discrezionalità amministrativa insita nel pensiero di Donati¹¹⁴. Da un lato, questa concezione individuava nella discrezionalità una possibile via di fuga dai limiti imposti dalla legge all’agire amministrativo, e dunque un rischio per la tutela delle prerogative individuali; dall’altro, si doveva ammettere l’esistenza di margini di autonomia interpretativa e valutativa in capo agli apparati amministrativi, tenuti a verificare in concreto la sussistenza dei presupposti per l’esecuzione del comando legislativo.

In tal senso, tutta l’azione amministrativa poteva dirsi latamente discrezionale, nella parte in cui l’attuazione concreta del comando del legislatore implicava un’attività conoscitiva e valutativa tesa alla solu-

¹¹² Cfr. M.S. GIANNINI, *Problemi*, cit., 350. Il dibattito attorno alla natura ed ai confini del merito amministrativo non pare, in realtà, mai sopito, al punto che la contrapposizione fra Giannini da un lato, Amorth, Mortati e Guicciardi dall’altro, appare ancora significativa: nella dottrina recente, cfr. F. D’ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013, 77 ss.; B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, 31 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di “merito”*, in *Dir. amm.*, 2008, 517 ss.

¹¹³ Cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione* (1950), ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 991 ss.; ID. *Funzione amministrativa, procedimento, processo* (1952), sempre in ID., *op. cit.*, 1117 ss.; U. ALLEGRETTI, *L’imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964.

¹¹⁴ Sul tema della discrezionalità amministrativa, ci si limita in questa sede a rinviare a B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. Dir. pubbl.*, III, Milano, 2006, 1993 ss., con ulteriori rimandi bibliografici.

zione della questione pratica che l'amministrazione aveva il dovere istituzionale di risolvere mediante atti o prestazioni materiali¹¹⁵.

Ciò portava ad attenuare, in definitiva, la stessa distinzione fra attività vincolata ed attività discrezionale, agevolmente individuabile *in vitro* ma poco rispondente ad una prassi in cui i due momenti si intrecciano¹¹⁶: in entrambi i casi si era di fronte ad attività di concreta applicazione della legge aperta ad una pluralità di soluzioni¹¹⁷, connesse alla prioritaria individuazione della norma attributiva del potere ed alla selezione dei presupposti della decisione ed alla loro qualificazione giuridica¹¹⁸. La differenza fra i due fenomeni era data dal tipo di criteri utilizzati per giungere alla decisione: nel caso dell'attività vincolata, essi dovevano essere rinvenuti nelle norme che regolavano l'attività interpretativa dell'amministrazione o nelle regole tecniche che consentivano di individuare determinati fatti; nel caso dell'attività discrezionale, nei già menzionati principi politici¹¹⁹.

Per quanto si tratti di prospettive teoriche tuttora feconde¹²⁰, sembra più utile sottolineare la rilevanza della tesi donatiana rispetto al dibattito sulla struttura del potere discrezionale alla fine degli anni '30 del secolo scorso. Se non è questa la sede per operare un ennesimo con-

¹¹⁵ Cfr. D. DONATI, *Principii*, cit., 19. Lo stesso tema è affrontato in D. DONATI, *Il problema*, cit., 185, dove si respingeva la tesi dell'applicazione della legge come forma di mero automatismo, rifiutando una ricostruzione puramente logicistica del ragionamento giudiziale (ed, al dunque, di ogni attività interpretativa).

¹¹⁶ Sull'attualità di questa concezione cfr. D.J. GALLIGHAN, *La discrezionalità amministrativa* (1986), trad. it. Milano, 1999, specie 125 ss.

¹¹⁷ Cfr., più recentemente, anche J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e costruzione giuridica* (1965), trad. it. Bologna, 2009. Il problema si interseca, sul piano generale, con la problematica dell'attuazione dei concetti giuridici indeterminati, su cui si è soffermata soprattutto la dottrina tedesca: sul tema, resta ferma l'indagine compiuta da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 39 ss. Per recenti rivisitazioni, cfr. S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, 98 ss.

¹¹⁸ Ma, in tale prospettiva, cfr. S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi*, cit., 128.

¹¹⁹ Cfr. D. DONATI, *Principii*, cit., 9 ss.

¹²⁰ Sul rapporto fra legge, amministrazione, discrezionalità cfr. almeno F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, Milano, 2002, 88 ss. Significativi spunti in G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, XII ed., Padova, 2011, VI.

fronto fra le tesi che riconducono la discrezionalità amministrativa al problema interpretativo e conoscitivo e la prevalente tesi – formulata da Giannini – sul potere discrezionale come selezione e ponderazione di interessi¹²¹, preme qui osservare come la prospettiva di Donati non sia rigidamente antitetica, ma complementare, a quella dello stesso Giannini.

Pure in Donati era chiaramente percepito il pluralismo degli interessi interni all'apparato statale¹²², ma, a differenza di quanto avveniva in Giannini, la dimensione problematica del pluralismo e del contrasto fra interessi pubblici e privati si reputava eliminata a priori sul piano organizzativo, mediante l'istituzione di organi e competenze volte a rappresentare il singolo interesse settoriale nell'ambito di un determinato procedimento¹²³. Allo stesso modo, il conflitto di interessi fra amministrazione ed individuo si riteneva risolto, a monte, tramite la limitazione dei poteri restrittivi della p.a. ed il riconoscimento del *favor libertatis* implicito in tutta la teoria dell'amministrazione in Donati¹²⁴.

Il tratto che distingue questa proposta ricostruttiva da quella di Giannini attiene, dunque, al momento di emersione del conflitto socio-economico: per Donati, esso è (deve essere) risolto dal legislatore, unico soggetto cui spetti attribuire rilevanza giuridica a determinati interessi, assegnandone la cura alle singole amministrazioni o attribuendoli ai singoli individui; in Giannini, il conflitto è componente intrinseca della decisione amministrativa, sul presupposto che la legge non possa indi-

¹²¹ Cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 132 ss. ; F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1045 ss.

¹²² Cfr. già D. DONATI, *Atto complesso*, cit., 412 s., che osservava come «[sorgesse] fra i diversi organi dello Stato come un rapporto di reciproca contrapposizione in corrispondenza al diverso fine da ciascuno perseguito».

¹²³ Cfr. D. DONATI, *Atto complesso*, cit., 413. Si tratta di rilievi formulati pochi anni prima da S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione* (1898), in *ID., Scritti*, I, cit., 66 s., dove, testualmente, «sono molteplici gli atti che determinate autorità non possono compiere, senza un permesso che un'altra autorità impartisce volta per volta... Si tratta per solito di una *limitazione del potere discrezionale*, non già di una soppressione del medesimo, limitazione che ha lo scopo di impedire che esso *non degeneri in arbitrio* e comprometta la vita statale». Corsivi miei.

¹²⁴ Cfr. D. DONATI, *Principii*, cit., 152.

viduare a monte i termini di ogni conflitto possibile e di ogni interesse rilevante, laddove è la stessa rapidità dei rivolgimenti economico-sociali a comportare il fisiologico ritardo del legislatore nella disciplina dei singoli fenomeni.

In Donati, pertanto, il potere discrezionale non era concentrato nel singolo decisore chiamato a selezionare gli interessi primari e secondari, ma distribuito – e “dissipato” – in tutto il sistema di relazioni istituzionali, salvo il residuo rappresentato dalle scelte di opportunità rimesse alle valutazioni politiche degli organi di vertice¹²⁵: di qui, la tendenza ad affrontare il problema della discrezionalità amministrativa non solo dal punto di vista del potere decisorio, ma anche del procedimento e dell’esercizio della funzione amministrativa.

Le tesi appena richiamate, e le loro possibili implicazioni, sembrano mostrare il concreto atteggiarsi di formalismo e realismo nel pensiero di Donati. Il formalismo era caratteristico delle riflessioni attorno alla dimensione costituzionale del potere amministrativo, rivelando l’esigenza di garantire la centralità del Parlamento rispetto all’amministrazione. La concezione ‘realistica’ emergeva in maniera dirimpante non appena i principi costituzionali venivano calati in concreto, nel filtro offerto dal rapporto fra legge ed amministrazione: veniva quindi in rilievo la libertà decisionale dei singoli funzionari, le cui prerogative dovevano essere limitate da criteri direttivi (o norme modali) riconducibili a principi di politica amministrativa, necessari per evitare l’arbitrio e l’ingiustificata compressione delle libertà individuali.

Era lo studio del diritto amministrativo a mettere in crisi le categorie ordinanti del pensiero politico e costituzionale – divisione dei poteri, primato della legge – e ad imporre una loro rivisitazione. Era nello studio dell’amministrazione che i concetti si scontravano con gli interessi, imponendo un adeguamento dei primi in rapporto alle caratteristiche dei secondi.

Adeguamento che finì per portare alla tarda smentita di un postulato centrale della dottrina di Donati, allontanandolo dal perdurante stereotipo del «teorizzatore accanito di un ordinamento giuridico rinserrato e

¹²⁵ Aspetto che, invece, è tipico del primo Giannini: cfr. F.G. SCOCA, *La discrezionalità*, cit., 1053 ss.

chiuso nel suo sistema legale» entro cui lo si è incasellato anche in anni recenti¹²⁶. In un passaggio dedicato alla disciplina dei contratti di pubblico impiego, Donati sosteneva infatti che «per l'integrazione, in *caso di lacune*, di quelle norme, si farà ricorso ai *principii generali* informatori del diritto pubblico e non del diritto privato», da un lato riconoscendo l'incompletezza del sistema positivo, dall'altro assegnando al giurista il compito di colmare le lacune mediante ricorso a criteri extralegali – ma non extragiuridici – volti a risolvere il problema pratico-applicativo¹²⁷.

4. *Il territorio come spazio comune di libertà per individuo e Stato in Donati*

Altra macro-tematica in cui il contributo di Donati appare di primaria rilevanza è quella dei rapporti fra Stato e territorio¹²⁸, tema su cui lo studioso ebbe modo di riflettere sin dagli anni immediatamente successivi alla laurea, anche alla luce della complessa situazione internazionale del primo novecento, attraversata dalle tensioni del colonialismo, del pangermanesimo, del panslavismo, e – non ultimo – del sionismo, particolarmente avvertito dalla comunità ebraica modenese di quegli anni¹²⁹.

¹²⁶ Questo il ritratto di Donati in P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2004, 106.

¹²⁷ Cfr. D. DONATI, *Principii*, cit., 111, corsivi miei. Sarebbe stata la dottrina successiva a proseguire l'indagine, anche sul versante della disciplina generale di contratti, accordi di cui fosse parte la p.a.: cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1936, 65 ss; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.

¹²⁸ Anche nella scelta di questo tema, al pari di altri, Donati sembrava prendere posizione su problemi individuati da S. ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato* (1902), ora in ID., *Scritti*, cit., 202 ss., di cui lo stesso studioso modenese contestava l'astrattezza: cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 12 in nota.

¹²⁹ Pensiero sionista che ebbe in Carlo Conigliani (1868-1901) e nei primi cugini dell'Autore, i fratelli Amedeo (1878-1913) Benvenuto (1883-1950) ed Angelo Donati (1885-1960), i principali propugnatori, come testimoniato dalla rivista mensile *L'Idea*

L'omonimo studio, pubblicato fra il 1914 ed il 1924, può essere letto come una dimostrazione del rapporto fra teoria del pluralismo degli ordinamenti giuridici e tecnica della pluri-qualificazione del fatto giuridico¹³⁰: assunto, infatti, che il legame fra Stato e territorio sia un fatto giuridico che assume rilevanza storica e reale in una pluralità di accezioni, spetta al giurista esaminare il modo attraverso cui il medesimo fatto venga qualificato dalle norme di diritto internazionale e di diritto interno, ed analizzare i rapporti fra i due gruppi di norme (ed, indirettamente, fra i due ordinamenti)¹³¹.

Nel diritto interno, l'intero problema finisce quasi fatalmente per risolversi in una disamina dei rapporti fra potere esecutivo ed individuo, anche qui colti nella prospettiva relazionale dei limiti della libertà dello Stato-apparato rispetto alla libertà individuale. Ciò equivaleva ad affrontare tutti i problemi nascenti dai potenziali conflitti di interessi in ordine allo sfruttamento del suolo, del sottosuolo e dello spazio aereo, e ad individuare gli istituti giuridici che permettevano di tenere distinte le due sfere di interessi, o di coordinarle in maniera tale da massimizzare le utilità di entrambe le parti¹³².

La prospettiva teorico-generale di questo studio solleva una serie di interrogativi e problemi che non possono essere analizzati diffusamente in questo scritto. Ci si limita, perciò, a focalizzare l'attenzione su alcuni passaggi fondamentali del lavoro.

sionista, pubblicata fra il 1901 ed il 1911, di cui fu direttore lo stesso Benvenuto Donati. Nel numero III del 1903, 49, la rivista segnalava una conferenza tenuta a Bologna, per iniziativa della Federazione sionistica italiana, dal dott. Donato Donati, avente ad oggetto *Il movimento sionistico: le sue cause, i suoi fini, la sua organizzazione*. Secondo quanto risulta dal resoconto dell'incontro, la conferenza avrebbe avuto ad oggetto l'analisi della condizione degli ebrei nell'Europa orientale, ed, in particolare, in Romania, con una severa critica alle leggi restrittive emanate nei confronti della popolazione ebraica in quest'ultimo Stato. Secondo l'Autore, sarebbero state proprio le condizioni degli ebrei nell'Europa orientale ad aver giustificato la nascita del movimento sionista e la progressiva colonizzazione della Turchia Asiatica e della Palestina.

¹³⁰ Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 154, laddove si argomenta come sullo stesso territorio possano coesistere diversi rapporti giuridici – anche di contenuto contraddittorio – giustificati dal fatto di essere regolati da fonti assolutamente distinte.

¹³¹ Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 2 ss. e 14.

¹³² Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., specie 129 ss.

La ricostruzione teorica di Donati si fonda sul rilievo per cui il territorio andrebbe considerato come non già come un elemento costitutivo dello Stato, ma come un più ampio «ambito comune della libertà dello Stato e dei singoli»¹³³. Donati utilizza l'espressione – di grande suggestione, per il dibattito odierno¹³⁴ – di territorio come *res communis*, ossia di centro di convergenza degli interessi economici, sociali e giuridici di tutti i soggetti dell'ordinamento¹³⁵.

A propria volta, il concetto di *res communis* integra quello di proprietà, sulla base di un ragionamento affine a quello che aveva condotto il giovane Donati ad affermare la completezza dell'ordinamento: dato per assunto che, sulla base del diritto positivo, una determinata porzione di spazio possa essere oggetto di proprietà pubblica o privata¹³⁶, sussiste una norma generale di *default*¹³⁷ in forza della quale tutto ciò che non rientra nella proprietà pubblica o privata deve ritenersi *res communis*¹³⁸.

Ne deriva che le stesse norme che riconoscono o istituiscono il diritto di proprietà su un determinato bene devono ritenersi come eccezionali e derogatorie¹³⁹ rispetto al principio residuale per cui il territorio è spazio di libertà¹⁴⁰. Se pare forse eccessivo ritenere – come recentemen-

¹³³ Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 139.

¹³⁴ Si fa riferimento alla problematica dei beni comuni, nei termini individuati da U. MATTEI, *Beni comuni: un manifesto*, Roma-Bari, 2011, seguito dalla replica di E. VITALE, *Contro i beni comuni*, Roma-Bari, 2013. Nell'ampia letteratura in argomento, cfr. V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. Dir.*, 2014, 3 ss., cui si rinvia per ogni approfondimento bibliografico.

¹³⁵ Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., *ivi*, *ibidem*, nonché 163 s.

¹³⁶ Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 140 ss.; ID., *Principii*, cit., 157 ss.

¹³⁷ Sul concetto di norma generale di *default* – che qui si fa preferire a quello di norma generale di esclusione, trattandosi, semmai, di una norma di “inclusione” – cfr. E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. Dir. Annali*, V, Milano, 2012, 211.

¹³⁸ Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 127 ss. Sul dibattito teorico, cfr. S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, 137 ss. e 187 ss. specie nota 82; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, specie 265 ss.

¹³⁹ Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 186 s.

¹⁴⁰ Cfr. sempre D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., sempre 139 in nota, di cui giova richiamare per esteso un passaggio: «nell'ordinamento giuridico l'istituto della proprietà si pone come *limite al diritto fondamentale di libertà* proprio di ciascun consociato,

te affermato da Maddalena – che questo giudizio sottenda un totale capovolgimento dei postulati ideologici e logici del diritto di proprietà proprio dello Stato borghese¹⁴¹, non può negarsi che la prospettiva aperta da Donati sia significativa nella parte in cui scinde il regime giuridico del territorio da quello del ‘bene’ che può essere oggetto di proprietà pubblica o privata: si viene infatti ad introdurre un terzo tipo di legame fra Stato-apparato, individuo e territorio, rappresentato dalla *res communis*, ossia quello che potrebbe definirsi come un uso “condiviso” dello spazio da parte di soggetti pubblici e privati¹⁴².

Il territorio era quindi concepibile come un *quid pluris* rispetto al bene, distinguendosi da esso sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo: sotto l’aspetto quantitativo, il bene (o la somma di beni) era una porzione di terreno, per cui la stessa proprietà – pubblica o privata – era un diritto che si esercitava su parti ‘discrete’ di spazio, mentre il territorio andava considerato come un oggetto indivisibile e ‘continuo’; sotto il profilo qualitativo, il territorio esprimeva esigenze, valori ed interessi che trascendevano quelli del dominio sulla singola porzione di terreno, trattandosi di un oggetto che doveva rendere possibile l’esercizio di ogni più ampio diritto di libertà individuale¹⁴³. Nel momento in cui si associava il concetto reale di territorio – come terreno – alla sfera dei valori e degli interessi, si trascendeva la sua stessa dimensione materiale, trasformandolo in un oggetto ideale, a propria volta correlato ad

nel senso, di sottrarre al diritto stesso, per tutti i consociati meno che per uno, una zona determinata del generale ambito costituito dal territorio». Corsivo mio.

¹⁴¹ Cfr. P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2014, 56.

¹⁴² Si osservi come il concetto di uso collettivo del territorio non coincida con quello di proprietà collettiva: D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 164 in nota, laddove difetterebbe, nel caso di specie, una norma positiva ed espressa di matrice statutale che conferisca a determinati gruppi di persone il diritto (reale) di godimento di un determinato bene, operando la norma residuale di *default* che attribuisce a ciascun consociato un «diritto di libertà che consiste nella intangibilità dell’attività diretta alla utilizzazione del territorio». Che si tratti di una ricostruzione alternativa alle tesi tradizionali, secondo le quali il concetto di *res communis* potrebbe inteso come utilizzazione di una proprietà collettiva permessa dallo Stato in quanto proprietario di tutto il territorio, emerge pure in S. CASSESE, *I beni pubblici*, cit., 186 ss. specie alla nota 182.

¹⁴³ Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 131 ss.

una determinata forma di Stato: in tal senso poteva essere apprezzato anche il mutamento dei regimi dominicali dall'epoca romana, al medioevo, all'età moderna e contemporanea¹⁴⁴.

Si tratta di argomenti gravidi di conseguenze sotto molteplici profili: se ne segnalano qui due, la prima di rilievo sovranazionale, la seconda di rilievo interno, a propria volta ricche di corollari cui può farsi solo sintetico cenno.

Il primo ordine di conseguenze attiene alla dissoluzione del territorio come ambito e limite di esercizio del potere pubblico, a favore di una ricostruzione che vede nello spazio fisico uno strumento per l'esercizio di diritti di libertà, individuale ed economica¹⁴⁵. Si tratta di un'apertura teorica che aveva – e continua ad avere – utili implicazioni sulla possibilità di dissociare il concetto di sovranità da quelli di territorialità e statualità del diritto¹⁴⁶, fino a concepire legami istituzionali e funzioni ricadenti sul governo del territorio 'oltre' lo Stato¹⁴⁷.

Prospettive teoriche, queste ultime, feconde sia nella prospettiva degli studi di diritto europeo, laddove lo spazio comune venga inteso come ambito di realizzazione di libertà fondamentali¹⁴⁸, che in quella della globalizzazione dei rapporti giuridici: vuoi perché lo sviluppo degli

¹⁴⁴ Aspetti confermati anche dalla letteratura successiva, non solo giuridica: cfr.: A. PAGDEN, *Signori del mondo. Ideologie dell'impero in Spagna, Gran Bretagna e Francia 1500-1800*, trad. it. Bologna, 2005, specie 37 ss.; S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, 2008, specie 104 ss.; C. TILLY (a cura di), *La formazione degli Stati nazionali nell'Europa occidentale*, trad. it. Bologna, 1984. Resta fermo il rinvio a C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, trad. it. Milano, 1991, 19 ss.

¹⁴⁵ Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 163.

¹⁴⁶ Nella letteratura recente, non solo giuridica, cfr. B. BADIE, *La fine dei territori. Saggio sul disordine internazionale e sull'utilità sociale del rispetto*, trad. it. Trieste, 1996, 12 s.; S. SASSEN, *op. cit.*, 480 ss.

¹⁴⁷ Cfr. per tutti M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, specie 72 ss.; S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2013; ID., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento.

¹⁴⁸ Cfr. S. CASSESE, *La costituzione economica europea*, in ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, 39 ss.; M. SAVINO, *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 231 ss.

ambiti di libertà negoziale ed economica oltre i territori statuali conferma la tesi donatiana del legame transeunte e storicamente determinabile fra (forma di) Stato-diritto-territorio¹⁴⁹; vuoi perché l'affermazione di reti di regolazione ed amministrazioni ultrastatali costituisce una riprova effettiva dell'assunto donatiano per cui la nascita e lo sviluppo di funzioni amministrative dipende, in buona misura, dal mutare dei bisogni economico-sociali, nulla ostando a che nuovi poteri si affermino, anche in via di fatto, in rapporto alle necessità di persone fisiche e giuridiche, oltre che degli stessi Stati¹⁵⁰.

Il secondo ordine di conseguenze attiene al rapporto fra Stato, cittadini e territorio nell'ambito dei singoli ordinamenti statuali.

Nel momento in cui si spezza il legame necessario fra Stato e territorio, e si definisce il secondo come ambito entro il quale sia i singoli individui che lo Stato-persona possono esercitare i propri diritti di libertà, sembra aprirsi la via per considerare lo stesso territorio come un bene che assume valore in rapporto all'uso impresso da individui ed apparati amministrativi, e non solo come cosa immobile su cui esercitare un diritto (pubblico o privato) di dominio. Il che giustifica l'intervento regolativo e conformativo dello Stato-ordinamento – cui va ricondotto un dovere di cura e garanzia dell'uso condiviso dello spazio – sia per «far sì che il territorio soddisfi il bisogno del popolo, come tutto e nei suoi singoli componenti, di utilizzare il territorio stesso come sede e come oggetto di produzione»¹⁵¹ sia a più generale «conservazione» della *res communis* e degli ambiti di libertà individuale che essa garantisce¹⁵².

¹⁴⁹ Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, 3 ss.; N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006, specie 101 ss.

¹⁵⁰ Cfr. S. BATTINI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Milano, 2007, 1 ss.; ID., *La globalizzazione del diritto pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2006, 325 ss.; G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2003, 1 ss. Ma cfr. pure G. FALCON, *Internationalization of Administrative Law: Actors, Fields and Techniques of Internationalization – Impact of International Law on National Administrative Law* (2006), ora in ID., *Scritti*, cit., 507 ss.

¹⁵¹ Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 163 ss.

¹⁵² Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 179 s.

L'intervento regolativo e conformativo dello Stato-ordinamento appare in tal senso ispirato sia ad una logica promozionale, volta a favorire la fruizione del territorio come strumento che consenta di soddisfare necessità economico-sociali, che ad una logica di tutela della reciproca libertà di individui e Stato-persona, da tradursi – nelle parole dello stesso Donati – in «limitazioni di estensione» e «restrizioni di contenuto» della proprietà pubblica e privata¹⁵³.

Pure in tal caso l'opera di Donati apriva, ed apre, stimolanti prospettive. Benché non sia stata tematizzata dall'Autore, la dimensione valoriale del territorio come un 'tutto' – entro il quale deve essere garantito l'esercizio del diritto di libertà di ciascun individuo – pone il problema del conflitto di interessi convergenti sul medesimo ambito territoriale, e della necessità di contemperare e bilanciare le diverse sfere di libertà in possibile contrasto, su cui molto si è soffermata la dottrina nel corso dei successivi decenni, sia sul piano teorico-generale¹⁵⁴ che su quello del governo del territorio¹⁵⁵.

Anche *Stato e territorio* conferma la compenetrazione di realismo e formalismo: il 'realismo' del Donati maturo – o, meglio, la netta riemersione di elementi realistici che l'Autore aveva sempre preso in considerazione nei propri studi, ma lasciato all'infuori dei propri scritti – consiste nella necessità di una piena cognizione delle componenti metagiuridiche e, soprattutto, storiche del singolo fenomeno sottoposto ad analisi; elementi, questi ultimi, che necessariamente condizionano caratteri e finalità del diritto positivo, ossia la disciplina giuridica del fenomeno indagato, e finiscono in tal modo per condizionare ogni rico-

¹⁵³ Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 168 in nota, in riferimento all'esperienza romana. Per una sintesi del fenomeno e della sua evoluzione storica, cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, II ed., 1994, 308 ss. Per una recente rivisitazione del rapporto fra disciplina dei beni comuni e delle *res sacrae* romane (*ambitus, limes*) cfr. Y. THOMAS, *Le valeur des choses. Le droit roman hors la religion*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, 1431 ss.

¹⁵⁴ Per una sintesi delle problematiche, cfr. S. COGNETTI, *Legge*, cit., 152 ss.

¹⁵⁵ Per una ricognizione dei maggiori problemi cfr. A.M. BARTOLI, A. PREDIERI, *Piano regolatore*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 654 ss.; L. CASINI, *L'equilibrio di interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005, specie 121 ss.; L. MAZZAROLLI, *Piano regolatore generale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996, 211 e 224 ss.

struzione teorica basata sulla concettualizzazione del dato normativo, ossia lo stesso ‘formalismo’.

5. *Voci dal mondo di ieri?*

All’esordio di questo scritto ci si è chiesti se la ragione dell’oblio di Donati nella storiografia giuridica possa essere dovuta al carattere inattuale del suo pensiero, vuoi per i temi affrontati, vuoi per il metodo strettamente dogmatico che avrebbe animato i suoi studi.

Pare che nessuna delle ragioni addotte regga davvero al confronto con l’opera di Donati, quantomeno in rapporto ai contributi dedicati all’esame del fenomeno amministrativo. Ciò, sia sotto il profilo dei temi prescelti, che sotto quello strettamente metodologico.

Quanto ai temi prescelti, in molti casi Donati ebbe modo di occuparsi di problemi di teoria generale discussi all’inizio del secolo scorso, ma ancor oggi alla ricerca di inquadramento e soluzioni soddisfacenti. Basti qui rammentare i rapporti fra interpretazione, discrezionalità, struttura delle decisioni amministrative, come pure i complessi rapporti fra territorio, statualità del diritto, pluralismo degli ordinamenti.

Quanto al metodo, se già da decenni si sono contestualizzati e ridimensionati dogmatismo e formalismo di Donati, nelle pagine che precedono si è visto come questo metodo si atteggiasse in concreto. Sembra quindi possibile evidenziare i tratti caratterizzanti del modo attraverso cui Donati ha affrontato le tematiche del diritto amministrativo, per valutarne l’impatto nella scienza del diritto amministrativo: impatto che può sembrare misconosciuto, ma niente affatto trascurabile.

Sotto un primo profilo, deve osservarsi come in Donati i problemi dell’amministrazione non possano essere isolati, analizzati e risolti con i soli strumenti del diritto amministrativo, ma debbano essere scomposti criticamente e ricomposti sistematicamente nel prisma dell’intero diritto, superando i limiti stabiliti dai singoli steccati disciplinari.

Questo, non tanto in omaggio a tradizioni accademiche tese ad unificare lo studio di determinate materie o a causa di un irrisolto eclettismo, ma nella consapevolezza – bene espressa in *Stato e territorio*, ma non soltanto – che un singolo fatto giuridico possa essere soggetto a

differenti qualificazioni, in rapporto all'angolo prospettico scelto per la sua analisi¹⁵⁶.

Come il Romano degli anni '10 fu il teorico del pluralismo degli ordinamenti giuridici, così il Donati degli anni '10 e '20 può dunque definirsi come un teorico della pluriquificazione dei fenomeni trasversali ai vari ordinamenti: con l'effetto di storicizzare la stessa idea di Stato di diritto, come pure la centralità storico-assiologica dell'idea di Stato nell'esperienza occidentale¹⁵⁷. Con ciò, può osservarsi come anche Donati sia stato un teorico della 'crisi' – ossia della necessaria trasformazione – dello Stato, in termini meno espliciti e programmatici di Romano, ma non meno consapevoli.

Il pluralismo metodologico di Donati, sempre più netto nel corso degli anni, non implicava tuttavia cedimenti allo scetticismo o a forme larvate di irrazionalismo cedevole al volere del *princeps* di turno, essendo compensato, sul piano assiologico, da una costante adesione e difesa della libertà individuale nei confronti dello Stato-persona, come garantita dalla legge e dai principi della politica, da interpretare come limiti all'arbitrio, e non come giustificazioni a posteriori della scelta politica¹⁵⁸.

Ciò conduce al secondo profilo che caratterizza il metodo donatiano, ossia la consapevolezza che selezione e soluzione del singolo problema giuridico dipendono da opzioni assiologiche di fondo, ossia dalla preliminare definizione dei valori fondanti l'ordinamento entro il quale si situa lo studioso, e dalla stessa adesione ad essi dell'interprete: soggetto che, per quanto utilizzi strumenti positivi nell'analisi dei fenomeni, non può dirsi mai estraneo rispetto al sistema politico-giuridico di riferimento¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Su questi aspetti, cfr. A. TRAVI, *Lo studio del diritto pubblico dal punto di vista dell'amministrativista*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 329 ss.

¹⁵⁷ Su questa linea cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 6 ss.

¹⁵⁸ Si tratta di una dimensione assiologica riaffermata da E. GUICCIARDI, *Presentazione*, in *Studi*, cit. (s.p.), pubblicati "nel ricordo di Donato Donati".

¹⁵⁹ Cfr. M. NIGRO, *Prefazione*, in ID., *La giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, 1994, 9 s.

Donati ebbe il merito di rendere sempre esplicite le premesse assiologiche del proprio pensiero, sia nei primi due decenni del novecento, in cui il suo metodo fu caratterizzato da una piena adesione ad ideali liberali di matrice razionalistica ed illuministica, sia in epoca fascista, dove il suo liberalismo assunse tratti maggiormente autoritari: tratti che Donati espresse soprattutto nei suoi scritti di diritto costituzionale, ma che non sembrano incidere sulla sua concezione dei rapporti fra cittadino ed amministrazione, sempre improntati alla definizione delle reciproche sfere di libertà fra singolo individuo e poteri costituiti.

Si tratta, al dunque, di un corollario della già ravvisata tendenza di Donati a scomporre e ricomporre il quadro normativo alla ricerca di una propria – si direbbe: ‘autoriale’, prima ancora che autorevole – sistemazione e interpretazione della realtà: il che consentiva di differenziare l’analisi dei rapporti fra i massimi organi dello Stato-ordinamento da quella dei rapporti fra amministrazione e singolo cittadino, sempre muovendo da una preliminare scelta della visuale da cui indagare il fenomeno.

Concezione problematica della realtà e consapevolezza del carattere relativo di ogni proposta teorica; esplicito riconoscimento della dimensione assiologica dell’interpretazione e della stessa scienza giuridica; necessità che il giurista prendesse posizione rispetto ai conflitti fra valori ed interessi insiti nell’ordinamento. Se è corretto storicizzare l’esperienza di Donati ed il suo contributo in rapporto alla forma di Stato ed alle caratteristiche della società in cui egli operò, può notarsi come le sue tecniche d’analisi siano ancora vivide, nella parte in cui implicano una cognizione critica della realtà per la individuazione di proposte teoriche credibili.

Se le scelte, e necessità, di fondo erano quelle di trarre il sistema dal reale, di stabilire una linea di demarcazione fra il dato ed il costruito, la specificità di Donati fu quella di essere apertamente consapevole del carattere soggettivo e mutevole del concetto di ‘realtà’ – stipulativo e cangiante quanto quello di forma – e, in relazione ad esso, delle stesse costruzioni teoriche. Costruzioni che non si imponevano come sistema astratto di dogmi, ma, in ultima analisi, come «processo di elaborazione di materiali giuridici, o giuridicamente rilevanti (...) che non sempre pongono norme precise; le quali anzi (quando ci sono) sono subordinate

a fonti (...) che contengono principi, valori, regole generali che coesistono e reciprocamente si delimitano»¹⁶⁰. Un insegnamento più che mai attuale.

¹⁶⁰ Cfr. G. FALCON, *Lineamenti*, cit., VI.

IL DIRITTO PUBBLICO NELLA MANUALISTICA ITALIANA

APPUNTI PER UN'INDAGINE*

Fulvio Cortese

SOMMARIO: *1. Che cos'è un manuale? Una parola comune per tante e diverse esperienze, soprattutto in ambito giuridico. 2. Dalle origini al Fascismo: orientare, fondare e ri-fondare. 3. La nascita della Repubblica e la scoperta della Costituzione: assimilare e razionalizzare. 4. Il consolidamento della Repubblica (e dell'Università di massa): nuove funzioni per il sapere giuridico.*

1. Che cos'è un manuale? Una parola comune per tante e diverse esperienze, soprattutto in ambito giuridico

Almeno di primo acchito, usualmente, tutti dimostrano di sapere che cos'è un manuale. La parola è semplice, e lo è anche il vissuto individuale.

Se si pensa agli studi giuridici, e in particolare agli anni dell'alfabetizzazione universitaria, l'espressione "manuale" rimanda ai volumi dei corsi istituzionali, identificati con il cognome del loro autorevole compositore. Quelli di cui ci si ricorda sempre più facilmente degli altri corrispondono agli esami tradizionalmente più temuti e, tra tutti, a quello di Istituzioni di diritto privato, vera prova d'esordio per ogni apprendi-

* Il presente contributo rappresenta una prima mappatura di alcune tendenze e di alcune opere. Come tale, esso non può considerarsi completo, e ciò anche per la scelta preliminare che l'Autore ha compiuto, ossia quella di concentrarsi solo sulla manualistica di carattere generale ed universitaria, escludendo pertanto dall'indagine i volumi dedicati a partizioni singole, ma molto significative, delle discipline giuspubblicistiche (quali la giustizia amministrativa, la giustizia costituzionale, il diritto regionale, il diritto parlamentare, il diritto urbanistico, il diritto dell'ambiente etc.) o quelli vocati alla preparazione professionale (e, tra questi, quelli concepiti *ad hoc* per la preparazione dei concorsi pubblici).

sta-giurista: il manuale di turno diventa così, a seconda dei casi, *il Trabucchi*, *il Torrente*, *il Rescigno*, *il Gazzoni*, *il Trimarchi*...

Ma ciò accade anche per i manuali storicamente più diffusi, un tempo come oggi, nei corsi delle materie giuspubblicistiche: *il Martines*, *il Falcon*, *l'Amato-Barbera*, *il Paladin*, *il Bin-Pitruzzella*, *il Giannini*, *il Sandulli*, *il Cerulli Irelli*, *il Cassese*, *il Casetta*... Quando si parla di testi di riferimento per il superamento di un esame, l'uso dell'articolo determinativo – singolare e al maschile – dice da solo, sui manuali, più di quanto si possa spiegare in tante definizioni: basta, cioè, questa sintomatica elisione (delle parole “manuale di”, “libro di”...) a lasciar intendere che, normalmente, da *un* volume con cui ci si voglia preparare per sostenere un esame, ci si attende sintesi, ordine, completezza, le qualità, cioè, che la scelta di *quel* testo, con *quell'* Autore, lascerebbe presumere; e ci si illude, dunque, che l'evocazione assorbente del Maestro in questione possa valere, da sola, come garanzia sull'adeguatezza della preparazione e come buon auspicio sul superamento dell'esame.

L'intuizione che è sottesa a questo approccio, peraltro, non è molto distante dalla nozione più attuale e condivisa di “manuale”, alla stregua della quale viene in considerazione l'idea di un insieme unitario di nozioni cui appoggiarsi con relativa sicurezza e con la comodità che la “maneggevolezza” consente.

In questo approccio, infatti, i manuali non sono altro che «volumi monografici, propedeutici, di volgarizzazione, che in piccola mole racchiudono la sistematica trattazione di un dato argomento»¹. Si tratta del «significato moderno e più corrente del termine», vale a dire «di compendio per gente di studio», significato che «si diffonde nei secoli XIX e XX», proprio con il moltiplicarsi della pubblicazione di testi di questo genere².

Da questo punto di vista, il manuale giuridico può assimilarsi a quella vasta tipologia di opere che, in Italia, hanno debuttato sotto il marchio di Ulrico Hoepli, il libraio ed editore italo-svizzero, a Milano sin dal 1870, che dal 1875 in poi ha fornito, con i suoi manuali tascabili, un'originale e compatta possibilità di espressione divulgativa alle disci-

¹ V. alla voce *Manuale*, in *Enc. Treccani*, XXII, 1951, p. 179.

² *Ibidem*.

pline non propriamente letterarie, e specialmente a quelle scientifiche e tecniche, facendosi presto seguire, sulla stessa via, anche da altri editori³. Questa produzione – che altro non era se non la traslazione italiana del genere dell'*handbook*⁴– aveva «come fine l'opportunità e l'utilità, intese nel senso più largo e più nobile»⁵, da iscriversi nel più generale contesto di crescita e di sviluppo socio-economico e politico-culturale che il Paese, da poco unificato, si apprestava a conoscere nell'ultimo quarto di secolo, in un clima di “ottimismo tecnologico” e di positivismo scientifico assai spinto⁶.

Nonostante sia chiaro che esiste sempre una distanza tra l'uso di una *parola* e l'esistenza della *cosa* (la seconda può essere ben chiara in un tempo anche assai anteriore alla comparsa della prima)⁷, la storia dei manuali italiani per le materie giuspubblicistiche ha molto a che fare con questa accezione, soprattutto se si prende a riferimento, come *terminus a quo*, l'Unità⁸.

Se si potesse individuare, infatti, per l'Italia unita, il *pater familias* della manualistica di diritto pubblico, con tutta probabilità si finirebbe per riconoscerlo nei *Principii di diritto costituzionale* di Vittorio Ema-

³ Su questa figura v., da ultimo, E. DECLEVA (a cura di), *Ulrico Hoepli 1847-1935. Editore e libraio*, Milano, 2001.

⁴ Hoepli, del resto, si attivò in questa direzione traducendo opere analoghe, e di successo, già esistenti sul mercato inglese e francese. Anche la parola “manuale” fu coniata dallo stesso Hoepli come traduzione del termine inglese: M.I. PALAZZOLO, *Geografia e dinamica degli insediamenti editoriali*, in G. TURI (a cura di), *Storia dell'editoria nell'Italia contemporanea*, Firenze-Milano, 1997, p. 147. Va ricordato che esisteva già il termine latino *manuale* (sostantivo neutro), ma esso raramente indicava il “manuale” inteso nel senso ora delineato.

⁵ V. alla voce *Hoepli, Ulrico*, in *Enc. Treccani*, 1951, XVIII, p. 521.

⁶ Su questo processo v., recentemente, il bell'affresco di S. STEWART-STEINBERG, *L'effetto Pinocchio. Italia 1961-1992. La costruzione di una modernità complessa*, Roma, 2011. Sullo specifico rapporto tra clima positivistico ed evoluzione dell'editoria italiana v. P. GOVONI, *Scienza ed editoria dall'Unità alla rete*, in F. CASSATA, C. POGLIANO (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 26. Scienze e cultura dell'Italia unita*, Torino, 2011, pp. 833 ss., in part. pp. 840 ss.

⁷ Cfr., ad esempio, A. MATTONE, *Manuale giuridico e insegnamento delle diritto nelle Università italiane del XVI secolo*, in *Diritto@Storia*, n. 6/2007: <http://www.diritto-estoria.it/6/Contributi/Mattone-Manuale-giuridico-insegnamento-universit-XVI-secolo.htm>.

⁸ Sulle ragioni di questa delimitazione v. meglio *infra*, par. 2.

nuele Orlando, che risalgono al 1889 e che sono stati pubblicati dalla casa editrice fiorentina G. Barbèra all'interno della collana, per l'appunto, dei «Manuali Barbèra di scienze giuridiche, sociali e politiche»⁹.

Questa collana era stata iniziata da Piero Barbèra, il figlio del fondatore, il quale, peraltro, già a suo tempo, sin dal 1856, aveva cercato di proporre al grande pubblico edizioni in formato minuscolo di opere fondamentali della storia della letteratura nazionale, lasciando, tuttavia, la materia politica, giuridica ed economica agli editori torinesi e milanesi¹⁰. La scelta di Piero, di allargare lo spettro dell'azione editoriale ad un genere – il “manuale” – che prima non veniva contemplato nei programmi, pur “avanzati”, della casa, testimonia di per sé quanto l'idea di Hoepli avesse avuto nel frattempo rapidissimo successo e quanto fosse necessario, anche per gli editori più apprezzati, aprirsi ulteriormente al mercato in trasformazione e alle “domande” che la contingenza storica poneva, anche in termini di ampliamento del novero dei potenziali soggetti interessati¹¹.

⁹ L'anno dopo verranno dati alle stampe, per lo stesso editore e nella medesima collana, anche i *Principii di diritto amministrativo*.

¹⁰ M.I. PALAZZOLO, *Geografia e dinamica*, cit., p. 53. A Torino, per esempio, operavano già, con ottimi riscontri, Bocca (con le sue collane sulle scienze sociali), Pomba (che è all'origine della Utet) e Loescher (primo editore della *Rivista italiana di scienze giuridiche* e, in seguito, dell'*Archivio di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale*, fondato nel 1880 da Cesare Lombroso e Raffaele Garofalo).

¹¹ Il punto è ben evidenziato da P. GOVONI, *Scienza ed editoria*, cit., p. 842, che così si spiega anche la scelta di molti editori (Hoepli compreso) di stabilirsi a Milano e di cominciare le loro nuove iniziative muovendo innanzitutto dai settori tecnico-scientifici: «In effetti, alla fine degli anni settanta dell'Ottocento gli ingegneri e gli architetti attivi in città erano oltre 700, più numerosi perfino degli agenti commerciali (620) e a fronte di 469 avvocati e 337 medici, mentre i lettori aumentavano: nel 1881 la stampa quotidiana a Milano raggiunse una tiratura complessiva di 70.000 copie». Nelle prime pagine della prima edizione dei *Principii di diritto costituzionale* di Orlando, alla presentazione della collana in cui sono stati pubblicati, si leggono in modo assai chiaro le intenzioni dell'editore: i manuali – che devono rispondere ad esigenze di «sobrietà di concetti», «freschezza» e «chiarezza di frasi» – sono rivolti agli studenti universitari, per facilitare la preparazione degli esami, ma anche ai magistrati e a tutti i «giurisperiti», allo scopo di permettere loro di «conoscere ed usare le verità scientifiche», sia per apprendere sia per tornare di volta in volta, se necessario, su ciò che si è appreso.

Il fatto è, tuttavia, che gli studi giuridici conoscono anche almeno un'altra accezione del termine "manuale", che in parte si sovrappone a quella ora richiamata e che, nonostante ciò, proviene da un passato ben più risalente e contribuisce a mettere in luce una specificità del tutto tipica delle opere giuridiche, presente sin dall'antichità.

Si è rammentato, dalle prime righe di questo contributo, che di manuali si parla comunemente con riferimento ai testi dei corsi "istituzionali". Viene in tal modo spontaneo evidenziare che il primo grande manuale della tradizione giuridica occidentale porta proprio il nome di *Institutiones*: è la famosa opera, in quattro commentarii, che un giurista romano, Gaio, aveva compilato verso la fine del II secolo d.c. e che l'imperatore Giustiniano prenderà largamente a modello allorché, il 21 novembre del 533 d.C., dedicherà alla *cupida legum iuventus* delle scuole di diritto un lavoro dallo stesso titolo. È il testo di Gaio che inaugura in modo solenne il debutto, nel dibattito giuridico, di un genere così importante e che veicola, nella sua stessa veste, l'idea di un sapere pratico che esige conoscibilità e circolazione, in primo luogo a scopi didattici, e che, però, ha una *forza* e una *funzione* particolari, in virtù dello *schema* di cui si fa tramite¹².

Pur nella consapevolezza che la seconda fonte, quella imperiale, non era mera fonte di cognizione, è bene rilevare che la vicenda delle *Institutiones* consente di valorizzare un aspetto che la focalizzazione sulla manualistica moderna non permette di cogliere immediatamente e che, oltre ad essere consustanziale, per così dire, al tipo del "manuale giuridico", è a suo modo inscritta anche nella definizione del genere della "manualisti-

¹² Il valore archetipico delle *Institutiones* di Gaio per ogni trattazione di diritto privato successiva è bene argomentato (con utili rinvii alla letteratura sul punto) da G. MAININO, *L'ordine espositivo delle Istituzioni di Gaio e il sistema civilistico: un'ipotesi*, in *Rivista di Diritto Romano*, XI, 2011: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano11Mainino.pdf>. V. anche AA. VV., *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Milano, 1981. Occorre precisare, ad ogni modo, che i testi di Gaio assumono un valore centrale soprattutto per il fatto che essi sono tra i pochi a noi pervenuti; fatto che, dunque, non esclude che siano esistiti altri modelli precedenti. Peraltro le stesse *Institutiones* potrebbero essere la risultante di un lavoro compilativo, assemblato dagli studenti, anziché di un'opera concepita come tale dal giurista antoniniano (sul punto v., per tutti, F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, pp. 285 ss.).

ca” complessivamente intesa e nella sua stessa distinzione dagli altri generi.

Con ciò si allude alla *finalizzazione fondativa*, ad uno scopo che in età contemporanea, certo, “esplode” – con la formula dell’*handbook* – verso un numero ben più ampio di destinatari e di interessati, e che, tuttavia, non perde la peculiarità che lo anima sin dallo “stampo” di origine romanistica, ossia il tentativo di stabilire il *lessico* e le *coordinate* su cui si rende *effettiva* e si *giustifica* tutta la costruzione dell’ordinamento, anche di quello positivo.

Proprio il caso delle *Institutiones*, tra l’altro, permette anche di sottolineare un altro profilo. Nella tradizione giuridica occidentale, questa attitudine reggente del manuale non è il frutto di un’operazione del tutto artificiale. Essa è la composizione o la rielaborazione critica e ragionata di opinioni più specificamente meditate, come se il manuale stesso, in altri termini, fosse la sede privilegiata per l’assestamento e l’accettazione dei risultati di un’opera scientifica corale e multiforme, ben più ampia e differenziata. Oggi si potrebbe dire che il manuale implica una presa di posizione del suo Autore nei confronti della visione che di una disciplina ha l’intera comunità epistemica di riferimento, formulata, però, muovendosi all’interno di un reticolo metodologico reciprocamente riconoscibile.

Di qui deriva anche l’intrinseca e specifica declinazione giuridica della vocazione formativa del genere in esame: come hanno notato gli interpreti, l’attitudine sistematica presente nelle *Institutiones* di Gaio segue un modello retorico ben preciso, di stampo ciceroniano, nel quale l’ordine della materia – unita al posizionamento stesso dei suoi singoli snodi mediante l’uso di determinate categorie logiche – ha una funzione isagogica¹³.

Il manuale, pertanto, e tanto più in ambito giuridico allora, non coincide banalmente con l’*handbook*; meglio, ciò che significa manuale nell’ambito giuridico mette adeguatamente in rilievo le incisive potenzialità che la moderna forma dell’*handbook* intensifica e cristallizza in un veicolo che è aperto al “più” grande pubblico e che vuole farsi con-

¹³ F. BONA, *L’ideale retorico ciceroniano ed il “ius civile in artem redigere”*, in *Studia et Documenta Historiae Iuris*, XLVI, 1980, pp. 282 ss.

giunzione esplicita di prassi e di teoria, di soluzioni operative e di *know how* tecnico e culturale, di ausilio puntuale per l'argomentazione di una tesi in concreto e di punto d'appoggio per la validazione caso per caso della razionalità dell'ordinamento.

Nel tracciare, quindi, alcuni appunti per un'indagine sulla storia della manualistica italiana di diritto pubblico, occorre combinare e tenere presenti entrambe le prospettive, quella moderna (che enfatizza soprattutto l'attenzione al manuale come *summa* accessibile di facile e rapida reperibilità, consultazione e messa in opera di verità scientifiche) e quella antica (che non è priva di quella preoccupazione, ma che pare enfatizzare soprattutto la propensione al manuale come luogo di organizzazione concettuale).

2. Dalle origini al Fascismo: orientare, fondare e ri-fondare

Se è vero, come si è anticipato, che, a voler prendere in esame la storia dell'Italia unita, la palma del capostipite del moderno manuale giuspubblicistico spetta ai lavori di Vittorio Emanuele Orlando, è altrettanto vero che quella delle origini, nel nostro Paese, di questa tipologia di manualistica è una questione assai complessa. Perché esistevano “manuali”, o testi che si potevano qualificare come tali, anche prima del (e “attorno al”) 1889 (anno peraltro comunque fatidico ed epocale, vista l'istituzione, con la legge Crispi, della IV Sezione del Consiglio di Stato)¹⁴; e perché, anzi, esisteva da tempo una vera e propria tradizione italiana in questo senso¹⁵. Da un certo punto di vista, si potrebbe affer-

¹⁴ Recentemente, a esempio, è stato meritoriamente ripubblicato, a cura di Giovanni D'Angelo, un testo di *Lezioni di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione* attribuibile a Ludovico Mortara e databile al 1888.

¹⁵ Ne dà conto, ad esempio, il ricco studio di G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, I, Milano, 1998, che ricorda, tra gli altri, i lavori (assai eterogenei) di Giovanni Manna (*Il diritto amministrativo nel Regno delle Due Sicilie. Saggio teorico, storico e positivo*, 3 voll., Napoli, 1840-1847), Giuseppe Rocco (*Corso di diritto amministrativo*, 3 voll., Napoli, 1850-1856), Giusto Emanuele Garelli Della Morea (*Lezioni di diritto amministrativo date nella r. Università di Torino*, Torino, 1961), Pasquale Fiore (*Elementi di diritto pubblico costituzionale ed amministrativo*, Cremona, 1862), Giulio Lazzarini (*Lezioni sul diritto amministrativo date nel corso*

mare che i manuali di Orlando costituiscono il *terminus ad quem* di un processo che parte da lontano¹⁶.

Le *Istituzioni di diritto amministrativo* di Gian Domenico Romagnosi, ad esempio, risalgono al 1814¹⁷ e la «Ragione dell'opera», che vi si trova anteposta, è più che mai esplicita nella volontà di individuare, sotto forma di «principj fondamentali», «il soggetto della dottrina in un concetto unico generale ed unito», «a guisa di Mappamondo», e di farvi

dell'anno 1861-62 presso l'Università di Pavia, Pavia, 1862), Gerolamo Boccoardo (*Manuale di diritto amministrativo conforme ai programmi governativi*, Torino, 1863), Giovanni De Gioannis Gianquinto (*Nuovo diritto amministrativo d'Italia*, Pavia, 1864), Saverio Scolari (*Del diritto amministrativo*, Pisa, 1866), Federico Persico (*Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1866), Giacomo Macri (*Corso di diritto amministrativo. Parte generale*, Messina, 1878), Lorenzo Meucci (*Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1879), Domenico Mantovani Orsetti (*Appunti di diritto amministrativo*, Bologna, 1890). Con riguardo al diritto pubblico nel Regno delle Due Sicilie vanno segnalate, inoltre, anche le opere pionieristiche e compilative di Nicola Comerci (in particolare, gli *Elementi di Diritto Pubblico ed Amministrativo del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1837) e le divagazioni di Giuseppe Rosati (*Il diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie considerato ne' suoi principali, e più interessanti oggetti*, Napoli, 1820). Non vanno poi sottovalutati, per quanto riguarda il Regno di Sardegna, i contributi (pubblicati soltanto postumi) di Ludovico Casanova (*Del diritto costituzionale*, Genova, 1859-1860), di ispirazione razionalista e liberale. Né va dimenticato il magistero del bellunese Saverio Scolari (*Del diritto amministrativo*, Pisa, 1864), le cui opere dialogheranno espressamente con quelle dei migliori giuristi del suo tempo, facendosi così testimonianza espressa di una condivisa e corale esigenza di formazione di una scuola giuridica nazionale (*Istituzioni di scienza politica*, Pisa, 1871; *Diritto costituzionale. Appunti*, Pisa, 1893).

¹⁶ Per quanto concerne il “discorso sulle origini” v. la classica ricostruzione di M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII, II-III, 1940, ora in ID., *Scritti*, II, 1939-1948, Milano, 2002, pp. 80 ss., in part. pp. 138 ss. Cfr. anche G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, 1981, nonché A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, in part. 1 ss.

¹⁷ Edite in Milano, «da Cesare Orena nella stamperia Malatesta». In proposito v. la recente ristampa anastatica curata con ampio saggio introduttivo da E. ROTELLI, *Romagnosi 1814 “Istituzioni di diritto amministrativo”*, Bologna, 2014. Per due recenti itinerari nell'opera del Romagnosi “amministrativista” v. G. ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, pp. 1 ss., e F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi tra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 1272 ss.

quindi seguire l'illustrazione delle «*istituzioni particolari amministrative*»¹⁸.

Romagnosi, cioè, ha già ben chiare l'importanza dell'astrazione di un lessico primario e la necessità che esso sia anteposto allo studio dei singoli istituti, quale guida del buon giudizio e del buon governo: «Le nozioni sono destinate alla scienza; le regole sono destinate all'arte. Ma siccome non si può operare senza prima conoscere; né si può operar bene senza conoscer bene; così le nozioni e le regole formano due elementi integranti della stessa dottrina, e i primi cardini delle buone istituzioni»¹⁹. Il manuale, così, come sede di razionalizzazione *terza, scientifica*, posta in dialogo critico con l'esercizio del potere, è consapevolezza già acquisita²⁰.

Ma Romagnosi ha già ben chiara un'altra cosa. Il diritto pubblico deve riscoprirsi nel contesto di una forma di Stato completamente nuova; esso richiede, conseguentemente, una dottrina adeguata: «Vero è che esistono autori i quali hanno trattato della pubblica amministrazione; ma essi o ne trattarono da meri filosofi, o da materialissimi compilatori. Niuno mi venne fatto di rinvenirne che ne abbia trattato nel modo che conviene alle buone istituzioni, nelle quali la ragion filosofica subordinata all'autorità positiva faccia sì che la teoria riesca fonte e supplemento della legislazione positiva»²¹. Sono convinzioni del tutto sintoniche a quelle che Orlando esprimerà, tra l'altro, nella famosa prolusione modenese del 1885, su *Ordine giuridico e ordine politico*²².

¹⁸ *Ibidem*, p. III.

¹⁹ *Ibidem*, p. V.

²⁰ Parole pressoché coincidenti a quelle di Romagnosi si troveranno anche in O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, p. VII: «La determinazione dei concetti fondamentali, è noto, è il primo bisogno della scienza del diritto e della pratica; il valore di qualunque scienza dipende anzitutto dalla precisione dei suoi concetti fondamentali; e se la teoria, senza lo spirito e il senso pratico, può diventare un giuoco vano, la pratica si perde nella casistica e diventa un mestiere, se non è guidata dall'elemento teorico, da principî che la ricerca scientifica deve dare».

²¹ *Ibidem*, p. XI.

²² Ma v. anche il saggio *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. giur.*, XLII, 1, 1889, poi in V.E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, 3 ss. In argomento cfr. anche il contributo di D. QUAGLIONI, *Ordine giuridico e ordine politico in Vittorio*

Ebbene, da Romagnosi in poi queste intenzioni sono già pienamente metabolizzate, e forse sono anche più esplicitate di quanto non avvenga in seguito. Così è, ad esempio, ma *in forma* per l'appunto diversa, anche nel poderoso *Corso completo di diritto pubblico elementare* di Diego Soria, Marchese di Crispano, edito in tre volumi a Torino a decorrenza dal 1850 per la Tipografia Pavesio e Soria, che, per certi versi, sintetizza ed esemplifica molto efficacemente le intenzioni e i modi delle trattazioni coeve o immediatamente precedenti²³. Anche nell'Introduzione a quest'opera, infatti, si legge della stringente necessità di isolare il diritto pubblico dal discorso delle altre scienze sociali e della morale, e ciò perché, per l'appunto, lo Stato di diritto si è affacciato anche nella Penisola e (nel caso di specie) anche nel Regno di Sardegna, mercé, con lo Statuto albertino, «il passaggio dalla monarchia assoluta a quella costituzionale»²⁴. Le illustrazioni scientifiche del diritto pubblico sono indispensabili, quindi, per una precipua ragione: «la base unica di un governo ragionevole sta nella intelligenza illuminata della nazione»²⁵.

Nonostante ciò, si può confermare comunque il ruolo centrale del lavoro di Orlando; meglio, se ne può apprezzare l'inevitabile *forza centripeta*: per la materiale appartenenza al novero di testi di consistenza e tiratura molto più "afferrabili" (tuttavia, anche se mancava la politica editoriale *ad hoc*, già quello di Romagnosi andava in quella direzione); per la provenienza interna al curriculum esclusivamente giuridico del suo stesso Autore (dato in sé per nulla trascurabile); per il consolidamento

Emanuele Orlando, in P. CARTA, F. CORTESE (a cura di), *Ordine giuridico e ordine politico. Esperienze lessico prospettive*, Padova, 2008, pp. 3 ss. Per uno sguardo sulla piena corrispondenza tra il pensiero di Romagnosi e il processo (europeo) di formazione di una coscienza comune sullo Stato liberale di diritto, sia consentito rinviare anche a F. CORTESE, *Il discorso liberale sull'uguaglianza tra diritto e letteratura: da dove veniamo, in una robinsonade di Romagnosi*, in *Costituzionalismo.it* (n.1/2015), reperibile al seguente indirizzo: http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201501_505.pdf.

²³ V. E. PESSINA, *Manuale del diritto pubblico costituzionale*, Napoli, 1849; ma v. anche A. LIONE, *Elementi di diritto amministrativo esposti nella Regia università di Torino*, Torino, 1849.

²⁴ D. SORIA, *Corso completo di diritto pubblico elementare*, I, Torino, 1952 (2^a ed.), p. 12.

²⁵ *Ibidem*, p. 13.

sopravvenuto del genere manualistico in una forma “ufficiale” e pubblicamente riconosciuta nel contesto degli studi scolastici e universitari statali; per la dichiarata accelerazione del processo di razionalizzazione che a quella forma è sotteso (mercé un evidente prevalenza dell’influsso della dottrina tedesca e di una sua recezione meccanica); e, soprattutto, per la evidente correzione della sua *direzione*.

Romagnosi e i suoi seguaci sono, infatti, dominati ancora dall’ideale illuministico del *miglior* diritto per il *miglior* reggimento dello Stato: il loro interlocutore privilegiato è lo Stato stesso, con i suoi poteri e le sue amministrazioni, e con il suo popolo, ossia con la base sociale che se ne considera *meglio* rappresentativa. L’ancoraggio a principi etici e filosofici, prima che giuridici, sembra loro naturale, perché si tratta di assimilare lo Stato al comportamento razionale di ogni individuo. Anche il diritto privato, peraltro, se sempre per questo motivo, non li “spaventa”; con esso dialogano in modo approfondito e ne traggono indicazioni per argomentare soluzioni analoghe o differenti o ibride (perché ad essere presupposti sono i principi, non gli istituti).

Orlando, invece, ha *anche* un altro (e privilegiato) interlocutore, l’ordinamento giuridico *tout court* considerato, e afferrato così in una preminente e naturale dimensione pubblicistica: il diritto pubblico deve astrarsi dalle scienze non giuridiche, in primo luogo, non solo (o non tanto) per proporre al potere criteri e canoni d’azione proporzionati ai mutamenti costituzionali; l’astrazione è innanzitutto funzionale alla razionalizzazione e alla giuridificazione della politica e della società stessa e dei suoi strumenti organizzativi, anche laddove animati dagli scopi più nobili. Ed è questa finalizzazione, quindi, a portare il diritto pubblico su binari chiaramente distinguibili da quello privato.

Il manuale, quindi, in quest’ultima concezione, non si occupa solo di generare i pilastri della nuova cornice dello Stato; il manuale deve dare «*certezza*», deve trasmettere «le nozioni fondamentali di una scienza»²⁶, che non può che essere omogenea anche a prescindere dal substrato politico-istituzionale con il quale è destinata a dialogare. I *principii*, allora, non sono solo una guida, sono prima di tutto un limite di

²⁶ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1889, p. 6.

carattere logico e concettuale, vale a dire, come si esprime lo stesso Orlando, di carattere *dogmatico*²⁷.

La sfumatura, certo, non è sempre apprezzabile con nitore. Ma non è un caso che il magistero di Orlando abbia avviato una vera e propria biforcazione della manualistica giuspubblicistica, che, sempre non per caso, da quel momento in poi (e fino alla metà degli anni Venti del Novecento)²⁸ segue un diverso tipo di approccio verso la lettura e la sistematizzazione del diritto pubblico del nuovo Stato di diritto e della monarchia parlamentare che si è nel frattempo affermata.

Si alimentano, in altri termini, due linee di sviluppo destinate quasi a non incontrarsi, se non a scontrarsi.

Da una parte, si evolve pienamente la cd. «svolta pandettistica»²⁹ di matrice orlandiana, vocata a proseguire in modo pressoché maggioritario, sin dalle soglie del '900, con le opere di tanti illustri Maestri, molti dei quali riconosciuti e germogliati attorno al *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo*³⁰. Del genere manualistico questa tendenza sposa – per il tramite del potente veicolo socio-culturale dell'*handbook* – l'eminente *funzione fondativa* – quella tradizionalissima e succitata delle *Institutiones* – e la capacità di segnare le nozioni irrinunciabili e inderogabili anche per l'esercizio del potere sovrano, e ciò sia pure nell'ottica³¹ della stabilizzazione di un paradigma e di un patrimonio giuridico unitario ed omogeneo, quello del nuovo Stato³².

²⁷ *Ibidem*, p. 11.

²⁸ Nel 1925 è datata la quinta e ultima edizione («prima della rinnovata vita democratica»: così F. BENVENUTI, *Gli studi di diritto amministrativo*, in *Archivio Isap*, II, Milano, 1962, p. 1240) dei *Principii di diritto amministrativo* di Vittorio Emanuele Orlando.

²⁹ Così G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura*, cit., pp. 734 ss.

³⁰ Il cui primo volume è pubblicato, come è noto, a Milano, nel 1900.

³¹ Per taluni sostanzialmente politica: v. F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato, I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Roma-Bari, 2004, p. 5.

³² Il nuovo corso si avvia diffusamente ed espressamente nella seconda fase dell'insegnamento universitario di Alfredo Codacci Pisanelli (v. gli *Appunti di diritto amministrativo*, Roma, 1899) e nella prima fase dell'insegnamento di Antonio Salandra (*Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 1902), per poi proseguire con gli "orlandisti" più celebri (in particolare: Donato Donati: *Diritto costituzionale. Lezioni*, Macerata, 1909, e *Elementi di diritto costituzionale*, Padova, 1926; Oreste Ranelletti: *Principii di diritto*

Dall'altra parte, si coltiva una palese eccentricità metodologica – destinata, viceversa, a diventare via via recessiva – che, sulla base del presupposto della predicabilità di un *diverso* approccio alle potenzialità del positivismo giuridico, è proiettata verso l'attenzione a profili più critici, di riforma istituzionale, e al dialogo con le piste ricostruttive e con le alternative normative e teoriche potenzialmente indotte dall'analisi delle forme concrete e delle capacità espressive dell'azione pubblica. Come se quest'ultima non potesse che seguire e “bilanciare” le “sorti progressive” dell'uomo moderno e le sue conquiste. In questo secondo caso, e anche se con toni e intenzioni talvolta “politicamente” opposte (ora conservatrici, ora progressiste), del manuale si apprezza la *funzione orientativa* e “storico-filosofica”, e la capacità, così, di evidenziare la correttezza di insegnamenti irrinunciabili ovvero la praticabilità di strade nuove, al limite anche espressamente ibride, in proporzione ai nuovi fini e alle trasformazioni ordinamentali che il buon governo dello Stato si può legittimamente proporre per restare maggiormente fedele ai suoi originari scopi liberali pur di fronte alle mutazioni socio-economiche³³.

amministrativo, 2 voll., Napoli, 1912-1915; *Lezioni di diritto amministrativo*, 2 voll., Napoli, 1921-1924), oltre che con Federico Cammeo (*Lezioni di diritto amministrativo*, 3 voll., Roma, 1911; *Corso di diritto amministrativo*, 3 voll., Roma, 1914). Appare peraltro sintonica anche l'opera (episodica solo dal punto di vista quantitativo) di Giuseppe Chiovenda (*Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 1911). Di questo periodo può considerarsi anche il manuale di Santi Romano rimasto per lungo tempo inedito e recante il titolo *Il diritto pubblico italiano* (Milano, 1988), il cui curatore (A. Romano) data attorno al 1914. Giova osservare che il titolo dei testi e l'uso dei termini “lezioni” o “corso” o “elementi” o “principi” non sono indifferenti: indicano la chiara volontà di sintetizzare un magistero e di coronare un'esperienza didattica con l'individuazione degli *essentialia* di una disciplina che va formandosi e accreditandosi scientificamente.

³³ Cfr., ad esempio, Luigi Rossi (*Diritto costituzionale. Appunti dalle lezioni*, Bologna, 1898), Domenico Mantovani-Orsetti (*Diritto amministrativo. Lezioni*, Bologna, 1905), Gaetano Mosca (*Diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 1898; *Appunti di diritto costituzionale*, Milano, 1908), Luigi Luzzatti (*Lezioni di diritto costituzionale*, 2 voll., Roma, s.d., ma con tutta probabilità 1908-1910), Gaetano Arangio-Ruiz (*Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Milano, 1913), Vincenzo Miceli (*Principii fondamentali di diritto costituzionale generale*, Milano, 1910; *Principii di diritto costituzionale*, Milano, 1913), Errico Presutti (*Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 1, *Parte generale*, Napoli, 1904; *Istituzioni di diritto costituzionale*, Napoli, 1920), Carlo Francesco Ferraris (*Diritto amministrativo*, 2 voll., Padova, 1922-1923), Silvio Trentin (*Corso di*

Il successivo periodo fascista sperimenta tre tracciati paralleli, a volte (ma non sempre) sovrapponibili³⁴: quello – caro soprattutto (ma non solo) alla dottrina amministrativistica – dell'intensificazione del metodo giuridico, così solidamente esposto nei manuali espressivi della prima delle due tendenze ora ricordate, con produzione di opere sostanzialmente riassuntive dei traguardi già raggiunti, anche se talvolta con assimilazione e razionalizzazione (anche attiva) delle evoluzioni dovute all'avvento “post-democratico” del nuovo regime³⁵; quello – più vicino alle inclinazioni di taluni costituzionalisti – della più deliberata revisione innovatrice dei medesimi canoni dell'orlandismo, in relazione, però, anche dialettica, e talvolta critica, con le teorie dello Stato fascista, e in stretto rapporto con lo studio delle esperienze giuridiche straniere³⁶; quello, infine, del tentativo, più extradisciplinare che giuspubblicistico

istituzioni di diritto pubblico. Appunti dalle lezioni, anni accademici 1923-1926, Padova, 1926), Teodosio Marchi (*Lezioni di diritto costituzionale*, Parma, 1927).

³⁴ Prendendo così spunto dall'impostazione suggerita da F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato*, cit., p. 9.

³⁵ Cfr., per tutti, U. FORTI, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1925; D. DONATI, *Principii generali di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Padova, 1929; S. LESSONA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Firenze, 1930; SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principii generali*, Padova, 1931 (il testo forse più significativo); L. RAGGI, *Diritto amministrativo*, 3 voll., Padova, 1929-1932; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1933-1935; F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2 voll., Torino, 1932-1934; E. BONAUDI, *Lezioni di istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1935; G. SALEMI, *Corso di diritto amministrativo*, 3 voll., Padova, 1936-1941; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1936; M.T. ZANZUCCHI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1936; E. CROSA, *Diritto costituzionale*, Torino, 1937; A. DE VALLES, *Elementi di diritto amministrativo*, Firenze, 1937; A. TESAURO, *Corso di diritto costituzionale*, Napoli, 1938. Questi lavori sono variamente comparsi in ulteriori edizioni nel corso degli anni. Può essere opportuno rammentare che, originariamente, i testi di “Istituzioni di diritto pubblico” erano destinati non alle facoltà giuridiche, bensì agli studenti di economia e commercio.

³⁶ V. ad esempio L. ROSSI, *Appunti di diritto pubblico comparato*, Roma, 1935; C. CARISTIA, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, Catania, 1932. Echi di questa medesima impostazione, e pur muovendo dall'interno di una scuola assai fedele al metodo tecnico-giuridico, si ritrovano nel testo di A. AMORTH, *Appunti di diritto costituzionale comparato*, Milano, 1942.

tout court, di dare al “nuovo diritto” del regime una propria e autonoma cornice, in chiave propulsiva, di nozioni fondamentali³⁷.

Quest’ultima linea – incapace, tuttavia, di integrarsi efficacemente e totalmente nella formazione del giurista – si propone chiari e polemici obiettivi di *ri-fondazione*, in aperta polemica con la scuola italiana di diritto pubblico di matrice orlandiana, percepita come un vero e proprio “freno”: «è evidente al profano che il Fascismo segna un trapasso così profondo e così radicale che non è possibile valutarlo, nelle sue manifestazioni giuridiche, alla stregua del passato; senza incorrere nel pericolo di un’alterazione e fors’anche di una deviazione all’estremo opposto di esso. Evidente è al profano che la taccia di *politicantismo*, rivolta contro tutti i tentativi di rettifica del dogma giuridico, è fallace; il dogma stesso che si vuole sostenere immutato non essendo, a sua volta, se non la proiezione di una determinata e specifica interpretazione liberale dello Stato»³⁸.

La fragilità del tentativo ri-fondatore si manifesta in modo chiaro proprio per l’avversione nei confronti della scuola nazionale e, così, per l’incapacità di agganciarne e trainarne integralmente gli insegnamenti verso i nuovi scopi totalizzanti dello Stato. A dimostrazione di ciò, valga il fatto che il retroterra culturale di questa impostazione è quasi tutto ricavato dal pensiero tedesco e spagnolo³⁹.

3. La nascita della Repubblica e la scoperta della Costituzione: assimilare e razionalizzare

Alla nascita della Repubblica non corrisponde un immediato rinnovamento generale della manualistica, anche se bisogna segnalare che il nucleo di quello che diventerà ben presto uno dei testi-baricentro del dibattito giuspubblicistico (le *Istituzioni di diritto pubblico* di Costanti-

³⁷ Così è interpretabile soprattutto il lavoro di C. COSTAMAGNA, *Elementi di diritto pubblico fascista*, Torino, 1934. Ma v. anche, tra i pubblicisti, P. CHIMIENTI, *Manuale di diritto costituzionale fascista*, Torino, 1933, e M. LA TORRE, *Nozioni di diritto amministrativo*, Roma, 1938.

³⁸ Così C. COSTAMAGNA, *Elementi di diritto*, cit., p. XXIV.

³⁹ *Ibidem*, in particolare pp. 34 ss.

no Mortati)⁴⁰ debutta quasi subito (con il titolo di *Corso di diritto pubblico. Appunti dalle lezioni*)⁴¹.

Ciò testimonia, innanzitutto, la sostanziale continuità tra i primi tentativi di ricostruzione generale della disciplina nel secondo dopoguerra e alcune delle acquisizioni (molto progressive) cui era giunta la discussione animatasi tra le due guerre in seno alla dottrina costituzionalistica più critica⁴². Parte di questa dottrina, infatti, aveva già metabolizzato la necessità di concentrare l'indagine e lo studio della materia sul profondo effetto che sull'ordinamento erano destinati ad avere l'affermazione della democrazia di massa, il conseguente ruolo dei partiti, più in generale, delle parti sociali e l'opportunità di ridisegnare completamente l'assetto dei poteri e la fisionomia dei principi fondamentali che li reggono (*rectius*, che li devono reggere)⁴³.

⁴⁰ Padova, 1952. Il manuale verrà editato più volte, fino all'ultimissima edizione, in due volumi (così dagli anni 1967-1969), degli anni 1975-1976 (vi è, poi, un'edizione postuma del primo volume anche nel 1991).

⁴¹ Padova, 1949. Tra i primissimi testi, oltre a quelli citati nelle nntt. immediatamente successive v. anche P. BODDA, F. PIERANDREI, *Lo Stato moderno: lineamenti di diritto pubblico e di legislazione sociale*, Torino, 1947, e M. SANTONI RUGIU, *Il nuovo diritto costituzionale italiano*, Roma, 1948, nonché – come manuali destinati a “durare” anche oltre questa prima fase – C. CERETI, *Diritto costituzionale*, Genova, 1945 (dal 1948 con Giappichelli; dagli anni Sessanta con Utet), R. LUCIFREDI, *Elementi di diritto pubblico*, Genova, 1946 (che verrà editato fino al 1980, con ben 33 edizioni), F. PERGOLES, *Diritto costituzionale*, Bologna, 1947 (che verrà aggiornato e rieditato fino agli anni Settanta), P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Palermo, 1950 (con Giuffrè a partire dalla metà degli anni Sessanta). Proseguono anche “oltre” l'approvazione della nuova Costituzione le edizioni di manuali comparsi verso la fine del Ventennio fascista: su tutti v. il manuale di Alfonso Tesaurò (cit.), che assimila il cambiamento istituzionale sin dall'edizione del 1948. Di un certo interesse è anche la revisione del manuale di Santi Romano, avvenuta nel 1945, con il titolo *Principi di diritto costituzionale generale*: il tentativo dell'Autore, a fronte degli eventi del conflitto mondiale, è evidentemente quello di isolare e trasmettere i lineamenti teorico-generalisti della disciplina, da perpetuare anche al di là degli imminenti e prevedibili cambiamenti istituzionali.

⁴² Così si può “classificare” anche il lavoro di G. AMBROSINI, *Lezioni di diritto costituzionale: principii generali*, Roma, 1955.

⁴³ V. sul punto F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato*, cit., p. 9, che individua i “campioni” (giovani) di questa corrente nello stesso Mortati, nonché in Giuseppe Chiarelli e Vezio Crisafulli. Ma non si può dimenticare anche il rilievo della figura di Carlo Esposito, e si deve notare, inoltre, che germi di questa stessa impostazione, e delle relative

Compaiono così anche manuali volti ad una piena espansione di questa vocazione metodologica, con forte valorizzazione, anche in chiave politica, di alcuni dati costituzionali⁴⁴; e cominciano la loro lunga storia gli embrioni di illustrazioni molto apprezzate e “figlie” degli interessi sovranazionali, storici e comparatistici di quella stessa dottrina⁴⁵.

Ma occorre evidenziare anche la pari (ma “rovescia”) continuità (di tipo, per ora, generalmente conservativo), nella materia amministrativistica, tra il magistero dogmatico pre-bellico e le prime rielaborazioni sistematiche del diritto pubblico repubblicano, salva la rivendicata esigenza di *aggiornare e rinnovare* le istituzioni consolidate in età orlandiana, e ciò alla luce di «ragioni didattiche, preoccupazioni giuridiche, esigenze di chiarimento nell’orientamento politico»⁴⁶. È questa, in sostanza, la posizione diffusa di chi cerca di legittimare la correttezza e l’adeguatezza delle conquiste scientifiche e istituzionali maturate nell’affinamento del metodo tecnico-giuridico pur sottolineando che esse implicano, per poter essere utili anche nel nuovo quadro, una coscienza autenticamente liberale in ciascun individuo e uno Stato capace di rispettarla.

istanze evolutive, si trovavano già anche nella dottrina amministrativistica, e così in Santi Romano, Donato Donati e Giovanni Salemi (e segnatamente in alcuni sviluppi organicistici delle loro tesi).

⁴⁴ Cfr., ad esempio, C. LAVAGNA, *Sinossi di diritto costituzionale*, Roma, 1957; ID., *Diritto costituzionale*, Milano, 1957. Quello di Lavagna è un itinerario complesso, che si costruisce subito dopo la caduta del Fascismo: di quel momento, infatti, è il testo *Lezioni di diritto costituzionale. Teoria generale*, Bari, 1944. La vocazione “politica” dell’opera di questo Autore, che è molto attento al nesso esistente tra contesto socio-politico e tenuta/evoluzione della cornice istituzionale, si spinge anche negli anni Sessanta e Settanta, in cui i suoi manuali (in particolare le *Istituzioni di diritto pubblico*) avranno una certa diffusione.

⁴⁵ V., per tutti, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale: lo stato democratico moderno*, I-II, Napoli, 1949-1950 (e v. anche ID., *Diritto costituzionale*, Napoli, 1954, che rappresenta la terza edizione dei due tomi, riuniti in un unico volume; e ID., *Lineamenti del diritto costituzionale in Europa*, Milano, 1955); G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950.

⁴⁶ Così O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Milano, 1953 (XIV ed.), p. V, nel contesto di una premessa assai esplicita e paradigmatica, dedicata «al giovane lettore».

I *caveat* formulati da Ranelletti sono quanto mai esemplificativi di questo approccio: se, anche alla luce degli eventi bellici, si deve «con dolore largamente constatare» che la preparazione giuridica offerta dalle facoltà italiane ha espulso ogni istanza di «formazione spirituale», ciò è dovuto al fatto che il «diritto pubblico generale» è stato insegnato mediante una «aridità formale» che lo ha reso «del tutto avulso da ogni considerazione della struttura e della vita sociale e politica degli istituti»⁴⁷; allo stesso tempo, il nuovo appello a principi di matrice giusnaturalistica, che tanto si sono visti «aleggiare sui lavori dell'Assemblea Costituente», è quanto mai delicato, poiché rischia di minare la certezza del diritto, anche se ciò «non può significare che la potestà dello Stato, nella formazione del diritto nazionale, sia incondizionata e che il diritto possa esser il prodotto arbitrario della sua volontà, poiché lo Stato incontra sempre, in quella funzione, il limite e la norma della sua volontà nei principî etici e politici (...) e nei principî della morale e della giustizia, quali sono sentiti nella collettività popolare in esso organizzata»⁴⁸; lo Stato, del resto, è diventato espressamente democratico, ma ciò non può indebolirne il prestigio e l'autorità, né gli si può assegnare compiti totalizzanti, poiché la sua nuova «funzione sociale» non può superare il principio della «responsabilità individuale» e non può condurre al «socialismo»⁴⁹.

Le piene potenzialità del testo costituzionale, dunque, vengono avvertite da tutti, anche se sono i costituzionalisti a tentare la più rapida assimilazione e razionalizzazione della novità, anche in virtù della loro più diretta partecipazione alla redazione e all'affermazione della Carta. Gli amministrativisti, invece, di massima, cercano ancora di riconoscere validità alle categorie elaborate nella vigenza di una differente forma di Stato⁵⁰. E il dato può considerarsi per larga parte anche assai fisiologi-

⁴⁷ *Ibidem*, p. V.

⁴⁸ *Ibidem*, p. VI-VII.

⁴⁹ *Ibidem*, p. IX.

⁵⁰ Cfr., ad esempio, P. BODDA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 1947. Ma v. anche le ulteriori edizioni del manuale di Cino Vitta (cit.), sin dagli anni 1948-1950 e fino all'inizio degli anni Sessanta, nonché quelle del manuale di Arnaldo De Valles (cit.), riproposto e aggiornato già dal 1951 (e fino agli anni Sessanta). Un'eccezione può considerarsi S. LESSONA, *Introduzione al diritto amministrativo e suoi principî*,

co, poiché il cambiamento della legislazione positiva vigente – sulla quale si regge usualmente tutto l’operato delle amministrazioni – è assai più lento⁵¹.

Di qui deriva la tendenza a riproporre e consolidare le certezze pregresse (completando anche l’impresa di illustrare tutti gli ambiti materiali del diritto amministrativo)⁵² ovvero a spingerle ulteriormente in profondità, alla ricerca di astrattezze e logicismi idonei a rappresentare un distillato teorico-generale valido anche per il futuro⁵³.

Vi sono tuttavia delle eccezioni, rappresentate soprattutto da Massimo Severo Giannini⁵⁴ («il più costituzionalista degli amministrativisti»)⁵⁵, ma anche, in modo a sua volta originale, da Giovanni Miele⁵⁶, Feliciano Benvenuti⁵⁷ e, sia pur parzialmente, da Renato Alessi⁵⁸, che tradiscono una chiara volontà di ricercare e di riordinare i principi teorici e le nozioni generali (oltre che la *ratio* complessiva) della disciplina, senza però indulgere nell’autoreferenzialità e dando espressamente l’impressione di isolare alcuni capisaldi per un approfondimento futuro. È il testo di Giannini, specialmente, che si propone di avviare una riflessione su quelle che in seguito egli stesso definirà come invarianti del fenomeno amministrativo *tout court* considerato⁵⁹, manifestando quindi un approccio metodologico programmaticamente aperto anche

Firenze, 1952. Va detto che ciò si manifesta nella manualistica. Le cose sono ben diverse nei saggi e nelle monografie. Sono gli amministrativisti, ad esempio, ad interessarsi velocemente al tema delle Regioni: v. G. MIELE, *La Regione nella Costituzione italiana*, Firenze, 1949; P. VIRGA, *La Regione*, Milano, 1949.

⁵¹ Spiega il “ritardo” in questi termini anche F. BENVENUTI, *Panorama degli studi*, cit., pp. 1255-1256.

⁵² Così vale per il lavoro imponente di G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., il cui completamento progressivo avviene nel 1950.

⁵³ In questo senso v. il manuale – dall’impostazione assai rigida e “scolastica” – di P. GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, I-IV, Bologna, 1953-1960.

⁵⁴ *Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 1950.

⁵⁵ Così F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato*, cit., p. 98.

⁵⁶ *Principii di diritto amministrativo*, Pisa, 1945.

⁵⁷ *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1952.

⁵⁸ *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953. Lo stesso Autore – che aveva già dato alle stampe il *Diritto amministrativo*, I e II, 1949-1950 – pubblicherà, in seguito, i *Principi di diritto amministrativo*, I e II, Milano, 1966.

⁵⁹ V. *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.

alla storia e alla scienza dell'amministrazione. Quello di Benvenuti, invece, si concentra sulla lettura costituzionalmente orientata degli istituti – alla ricerca, sostanzialmente, di una nuova dogmatica – e sulla praticabilità di un'amministrazione da rivedersi integralmente perché oramai orientata, prevalentemente, a ruoli attivi sul piano economico-sociale.

Compare, inoltre, in questi primi anni repubblicani, anche il manuale presto consegnato ad una larga fortuna di pubblico, il famoso testo di A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*⁶⁰, cui si deve riconoscere, *mutatis mutandis*, un valore comparabile a quello delle *Istituzioni* di Mortati, sia per la materiale attitudine a farsi “digesto” della disciplina, risultando con ciò il vero erede del corso di Zanolini, sia per la capacità di non enfatizzare gli spunti innovativi e di farli, tuttavia, vivere e interagire concretamente all'interno di una nuova e ampia trattazione organica⁶¹.

Negli anni Sessanta, poi, e fino alla fine degli anni Settanta, le novità sono ben maggiori, poiché consentono di individuare l'emersione di filoni ben precisi, alcuni dei quali si perpetueranno per molti anni.

Sul versante costituzionalistico – oltre a segnalarsi il debutto di importanti manuali, che mirano da subito ad un'esposizione compatta e completa della materia e che si proietteranno, talvolta, nel loro aggiornamento e utilizzo, anche oltre la metà degli anni Novanta⁶² – vengono editate per la prima volta le *Lezioni di diritto costituzionale* di Vezio

⁶⁰ Napoli, 1952.

⁶¹ Il manuale avrà un successo tale da proiettarlo anche oltre la soglia degli anni Novanta: l'ultima edizione aggiornata, in due volumi, è del 1989, cui verrà poi aggiunta, nel 1990, un'apposita (e sia pur breve) appendice di aggiornamento, in ragione delle rilevanti riforme approvate proprio in quell'anno.

⁶² O dei loro primi “calchi”: v., ad esempio, T. MARTINES, *Lineamenti di diritto costituzionale*, Messina, 1971 (il *Diritto costituzionale* compare nel 1976 e passa a Giuffrè dal 1978); E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, Bologna, 1975 (passa a Cedam dal 1976); F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Genova, 1977 (passa a Giuffrè dal 1983). Ma v. anche G. CANSACCHI, G. FERROGLIO, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1966 (che verrà riproposto fino all'inizio degli anni Ottanta).

Crisafulli⁶³, che formalizzano sul piano didattico la grande varietà interna della scuola costituzionalistica sopra già definita come critica, e che, nell'esposizione, prediligono al dato *lato sensu* culturale e istituzionale (pure largamente presupposto) il recupero (diretto ed esplicito) del valore intrinseco della logica giuridica, applicata, però, alla nuova cornice ordinamentale, e quindi a dati normativi che sono portavoce di istanze di senso molto diverse da quelle sperimentate in passato. Con queste *Lezioni* si apre una "stagione" che culminerà nei primi lavori di Livio Paladin⁶⁴, il quale in un certo senso terminerà l'operazione del Maestro riuscendo a consegnare all'accademia anche un'opera davvero compiuta e consolidata, attenta all'importanza centrale della giurisprudenza della Corte costituzionale e parimenti oggetto di grande consenso⁶⁵.

Non può dimenticarsi, poi, in una direzione metodologica particolarmente affine a quella ora brevemente richiamata, anche il debutto del *Corso di diritto costituzionale* di Paolo Barile⁶⁶, che si distingue per l'attenzione al tema dei diritti e delle libertà fondamentali, e che fornirà l'impianto per un altro importante e longevo manuale, dello stesso Autore, dedicato alle *Istituzioni di diritto pubblico*⁶⁷.

Ma sempre sul versante costituzionalistico in questi anni comincia a diffondersi maggiormente l'approccio comparatistico⁶⁸, già presente,

⁶³ Il primo e agile volume compare nel 1961 per Cedam (Padova). Il testo conoscerà varie edizioni e verrà poi completato da altri piccoli tomi editi negli anni Settanta e aggiornati tra gli anni Ottanta e i primi anni Novanta.

⁶⁴ *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1977; *Diritto regionale*, Padova, 1973.

⁶⁵ *Diritto costituzionale*, Padova, 1991.

⁶⁶ Padova, 1962 (edito più volte).

⁶⁷ Padova, 1972 (il testo verrà edito più volte e dagli anni Novanta verrà continuato da Enzo Cheli e Stefano Grassi).

⁶⁸ C. MORTATI, *Corso di lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma, 1958; R. QUADRI, *Diritto costituzionale comparato. Appunti dalle lezioni*, Napoli, 1960; F. BASSANINI, *Appunti dalle lezioni di diritto costituzionale comparato*, 1 e 2, Trento, 1967; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1969; P.G. LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato*, Milano, 1972 (così il primo volume, dedicato al sistema francese; l'opera verrà riproposta fino alla fine degli anni Novanta); G. CUOMO, *Lezioni di diritto costituzionale e comparato. Le libertà civili*, Napoli, 1977; G. DE VERGOTTINI, *Corso di diritto costituzionale com-*

peraltro, nell'insegnamento e nei lavori monografici, sin dalla seconda metà dell'Ottocento, e rivelatosi come "area di rifugio critico" durante gli anni Trenta⁶⁹.

Sul versante amministrativistico, invece, mentre continua la fortuna delle trattazioni che intendono offrire una visuale di tipo unitario e sistematico senza rinunciare all'esplicazione delle evoluzioni del diritto positivo⁷⁰, viene pubblicato, da un lato, *L'ordinamento repubblicano* di Feliciano Benvenuti⁷¹, che, con tono essenzialmente didattico, ambisce a fornire un quadro di definizioni e di nozioni giuspubblicistiche riviste teleologicamente alla luce del tessuto costituzionale, e si fa strada, dall'altro, il *Diritto amministrativo* di Massimo Severo Giannini⁷², che si può definire come una sorta di "cantiere" di un processo di rielaborazione teorica e critica di tutta la materia, con piena metabolizzazione delle intuizioni realiste e interdisciplinari anticipate nelle *Lezioni*.

I due esperimenti in questione, in particolare, pur avendo obiettivi e contenuti (e dimensioni) diversi, contribuiscono a chiarire e ad assestare ulteriormente in che modo vadano delineandosi le modalità espositive della disciplina, che alla fine del decennio in esame, dopo i primi anni di vita dell'Università di massa, ben si possono calibrare su due diverse formule: a) un modello, che si potrebbe definire "concept", finalizzato, cioè, a diffondere in modo chiaro, le basi e le istituzioni, anche culturali e metodologiche, di un *progetto* disciplinare oltre che didattico (e a tale modello possono ricondursi chiaramente i lavori di Crisafulli, di Benvenuti e di Giannini); e b) il modello "trattato", che ancora resiste e che si impone di non tralasciare tutti gli aspetti della *parte generale* e della sua evoluzione positiva, con illustrazione, possibilmente, delle opinioni più diffuse, nella restante dottrina come nella prassi istituzionale e nella giurisprudenza (il manuale di A.M. Sandulli ne è

parato, Bologna, 1978 (che costituirà la base del più noto e famoso *Diritto costituzionale comparato*, con Cedam dal 1981 in poi, fino alla più recente edizione del 2013).

⁶⁹ V. *supra* a nt. 36.

⁷⁰ Ne è sintomo, oltre al susseguirsi di nuove e aggiornate edizioni del manuale di A.M. Sandulli, anche la prima edizione di G. LANDI, G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1960.

⁷¹ Venezia, 1962 (il piccolo manuale verrà aggiornato fino al 1996).

⁷² In 2 voll.: Milano, 1970 (il testo verrà rieditato fino agli anni Novanta).

l'esempio più evidente, ma lo stesso si può dire delle *Istituzioni* di Mortati e dei tanti manuali che dalla metà degli anni Settanta in poi cercano di “stringere” ulteriormente la ricchezza delle materie di cui si occupano in un'opera il più possibile unica, unitaria e regolarmente aggiornata).

4. Il consolidamento della Repubblica (e dell'Università di massa): nuove funzioni per il sapere giuridico

Dalla fine degli anni Settanta all'inizio degli anni Novanta i manuali ruotano attorno ai due modelli da ultimo richiamati, ed è quasi inevitabile notare che il secondo modello – che mira evidentemente a fondere in uno l'utilità e l'agibilità dell'*handbook* con la profondità delle *Institutiones* – tende ad essere gradualmente recessivo, sia per la constatata difficoltà di ridurre ad unità gli stimoli (anche metodologici) che provengono dalle trasformazioni e dalle riforme che si propongono a più riprese sia per la necessità di adeguare l'illustrazione di principi, regole e istituti alle esigenze di un sistema universitario radicalmente cambiato.

Permangono senz'altro, da un lato, e trovano anche un notevole riscontro, alcuni tentativi di offrire una nuova visione onnicomprensiva del diritto pubblico, magari mediante l'assunzione dichiarata di una prospettiva di lettura particolarmente forte, ad esempio in stretta comunicazione con lo studio del sistema politico, delle sue “forze” e delle sue oscillazioni⁷³.

Ma soprattutto dagli anni Ottanta in poi – salva l'opera di Pietro Virga⁷⁴ – è raro imbattersi in trattazioni di ampio spessore, con le sole

⁷³ V., per tutti, G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 1979 (il testo sarà editato in molteplici edizioni, fino al 2014). Un tentativo analogo – ma con un'ottica, invece, di tipo socio-economico, è quello di G. VIGNOCCHI, G. GHETTI, *Corso di diritto pubblico*, Milano, 1984 (anch'esso editato più volte, fino alla fine degli anni Novanta).

⁷⁴ P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Palermo, 1980. Tale volume, dedicato alla parte generale, costituisce l'embrione del noto manuale in più volumi che comincia ad essere pubblicato nel 1983 e continua fino all'inizio degli anni Duemila. V. però anche L. GALATERIA, M. STIPO, *Diritto amministrativo*, I e II, Roma, 1984 (più volte riedito, con Utet dalla fine degli anni Ottanta).

eccezioni di due importanti manuali “a più mani”, quello curato da Giuliano Amato e Augusto Barbera (*Manuale di diritto pubblico*), la cui prima edizione risale al 1984⁷⁵, e quello curato da Leopoldo Mazzaroli, Giuseppe Pericu, Alberto Romano, Fabio Alberto Roversi Monaco e Franco Gaetano Scoca (*Diritto amministrativo*, in 2 voll.), che fa la sua comparsa nel 1993⁷⁶.

Sono queste le due grandi “boe” della letteratura giuspubblicistica di questo periodo, ed occorre dire che, pur cercando la visione più ampia della materia, tali opere sono attraversate dalle intenzioni caratteristiche del manuale “concept”, di grande respiro culturale, con contributi che, capitolo per capitolo, non solo raccolgono il pensiero di alcuni dei principali giuspubblicisti delle nuove generazioni, ma avanzano ricostruzioni e sistemazioni anche originali. In questi due manuali si può avvertire con facilità la ricerca di un punto di contatto tra le fondamenta più tradizionali e i grandi cambiamenti sociali, economici e istituzionali che hanno caratterizzato il periodo storico immediatamente successivo al secondo dopoguerra.

Tolti questi casi, si assiste, inoltre, ad una larga effervescenza di produzioni individuali e apertamente sperimentali: da quelle che cercano di creare un legame più stretto tra il diritto costituzionale e il compito delle istituzioni che sono chiamate a trovare ed applicare il diritto⁷⁷ a quelle che si propongono di meglio ancorare lo studio della Costituzione italiana allo studio comparato delle esperienze costituzionali straniere⁷⁸; da quelle che riflettono su quali siano le fondamenta, anche storiche, del diritto dell’amministrazione come diritto *speciale e complesso*

⁷⁵ Bologna (ilMulino). Il libro avrà grande successo e varcherà le soglie degli anni Duemila con l’edizione in tre volumi (dal 1997).

⁷⁶ Bologna (Monduzzi). Il manuale viene rieditato diverse volte, fino al 2005.

⁷⁷ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1978 (più volte rieditato), nonché ID., *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Napoli, 1988 (rieditato anch’esso) e ID., *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1997.

⁷⁸ G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI (a cura di), *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 1995. Ma l’istanza è sentita, sia pur in un testo di dimensioni minori, anche nel diritto amministrativo: v. M. D’ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992.

dell'organizzazione pubblica e socio-economica⁷⁹ a quelle che si impegnano in una ricomposizione realistica, chiara ed ordinata del lessico e del metodo⁸⁰ o della cultura e delle tecniche del giuspubblicista⁸¹; da quelle che ambiscono a ritrovare un'unità apparentemente perduta in nuovi schemi (teorico-generalisti⁸² e illustrativi⁸³) o nella riproposizione di un "manuale centripeto"⁸⁴ a quelle che cercano quell'unità all'interno di un percorso di riordino e di setaccio, come se il manuale dovesse concepirsi quale un'opera veramente ri-fondativa soltanto in quanto risultato di un consolidamento teorico di poche nozioni fondamentali e di altrettanto chiari principi⁸⁵. Né mancano, in questa fitta selva di iniziative, anche i lavori più generali e introduttivi, volti ad una prima alfabetizzazione del giovane giuspubblicista⁸⁶.

⁷⁹ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989 (più volte rieditato, dagli anni Novanta, per Garzanti). Ma v. già S. CASSESE, R. PEREZ, *Diritto pubblico*, Roma-Bari, 1981 (poi più volte edito come *Istituzioni di diritto pubblico*, per La Nuova Italia, per Bulzoni, e infine per Carocci e per Giuffrè, sotto cui è comparsa l'ultima edizione del 2014: dal 2009 il testo ha nuovi co-curatori, ossia Stefano Battini, Claudio Franchini e Giulio Vesperini).

⁸⁰ Cfr. E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980; F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1984 (poi in più edizioni; ma v. già ID., *Apunti dalle lezioni di diritto amministrativo*, Parma, 1979). Ma v. anche M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, 1 e 2, Milano, 1985 (riedito più volte e poi confluito, sia pur parzialmente, nel *Manuale di diritto costituzionale*, curato con G.M. Salerno e riedito fino all'edizione del 2014); G. FALCON, *Diritto pubblico*, Padova, 1986 (poi più volte rieditato come *Lineamenti di diritto pubblico*, fino alla più recente versione del 2014).

⁸¹ V. soprattutto L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, 1996 (rieditato fino al 2011).

⁸² G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987.

⁸³ A. MELONCELLI, *Diritto pubblico*, Rimini, 1987.

⁸⁴ P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1991 (più volte riedito, anche negli anni Duemila).

⁸⁵ V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, 1 e 2, Torino, 1991. Il volume costituisce la base di molte e fortunate edizioni successive (fino ai Lineamenti di diritto amministrativo del 2014). Ma a questo genere appartiene anche il testo di F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996.

⁸⁶ V., ad esempio, M. BERTOLISSI, R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, 1993.

A cavallo degli anni Duemila si assiste ad un deciso rilancio del genere manualistico, quale diretta conseguenza della necessità di adeguare l'esposizione delle materie giuridiche alle ulteriori riforme del sistema universitario e quale momento di riflessione sul portato dei cambiamenti istituzionali che dall'inizio degli anni Novanta non hanno cessato di interessare la Repubblica e il suo ordinamento⁸⁷.

È la fase in cui si comincia a saggiare consapevolmente la sensibile frammentazione disciplinare che aveva scoraggiato, negli anni Ottanta, di immaginare nuove imprese illustrative di carattere individuale, e che aveva, tuttavia, invitato i singoli studiosi a confrontarsi direttamente ed *ex novo* con la sfida dell'individuazione degli elementi essenziali del diritto pubblico e della sua divulgazione.

In questa fase, del tutto particolare, e che può dirsi ancora in corso, si ripropongono *trattazioni di sintesi* dall'ossatura abbastanza tradizionale (come se si volesse riaffermare, in un segmento di transizione e di incertezza, la sicurezza del "solido" manuale⁸⁸, anche per rispondere alla concorrenza delle pubblicazioni destinate alla preparazione professionale)⁸⁹, ma al contempo si avvertono con maggiore chiarezza istanze autenticamente originali, sia sostanziali (di sintesi ed esplicazione delle

⁸⁷ Per una lettura critica v., per tutti, S. CASSESE, *Gli ultimi manuali di diritto amministrativo (1999-2000)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, pp. 751 ss.

⁸⁸ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 1997 (in più edizioni, fino al 2012); E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1999 (in più edizioni, fino al 2014); G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003 (con più edizioni, fino al 2015); V. ITALIA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2004; A. VIGNUDELLO, *Diritto costituzionale*, Torino, 2004 (tale è la quarta edizione); C. AMIRANTE (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2007; F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, 2007 (riedito più volte); L. PERFETTI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007; F. BILANCIA, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 2008; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008 (in più edizioni, fino a quella del 2014); G. GUZZETTA, F. MARINI, *Lineamenti di diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, 2014; A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2014.

⁸⁹ Da questo punto di vista, pur non trattandosi di un manuale, appaiono molto significativi soprattutto i due volumi di *Diritto amministrativo generale* del *Trattato di diritto amministrativo*, curato da S. Cassese (Milano, 2000; 2003), anche per la ragione che la loro tendenziale completezza li rende appetibili per la preparazione dei futuri funzionari o giudici, senza però rinunciare alla trasmissione dei profili più innovativi della riflessione scientifica.

*nuove tendenze del diritto pubblico interno*⁹⁰, che va assumendo nuovi linguaggi anche in ragione dell'influenza ormai fortissima del diritto dell'Unione europea⁹¹) sia di natura didattica (ossia di re-invenzione della manualistica in *funzione prevalentemente critica e formativa*, sul versante propriamente universitario)⁹².

Da quest'ultimo punto di vista pare molto interessante l'esperienza – intrapresa con successo – da Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella, i cui volumi di *Diritto costituzionale*⁹³ e *Diritto pubblico*⁹⁴ hanno, per così dire, “imposto” a tutti gli Autori il prototipo di un manuale di riferimento, nel quale lo studio della casistica è funzionale alla migliore assimilazione dei principi e delle acquisizioni più classiche, e in cui il testo fa parte di un reticolo di ausili anche extratestuali (informatici), che ne arricchiscono e ne moltiplicano gli spunti.

Emergono, in questo modo, tutte le *chances* e tutti i pericoli di un processo di dissociazione espositiva e funzionale assai conclamato, nel quale la manualistica “modello handbook” – senza aver abbandonato del tutto l'ambizione a riproporre una trattazione esaustiva – è apertamente alla ricerca di un formato realmente strumentale alla missione

⁹⁰ Cfr., ad esempio, D. SORACE, *Lezioni di diritto amministrativo*, Bologna, 2000 (e ID., *Diritto delle amministrazioni pubbliche: un'introduzione*, Bologna, 2000), e F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Roma-Bari, 2002; ma v. anche M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, e G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014.

⁹¹ Compare e si diffonde, a registrare formalmente la necessità di un'attenzione specifica, il manuale di M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999 (in più edizioni e formati fino all'ultima, con il contributo di più autori, del 2013). Da ultimo v. anche il manuale di L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015.

⁹² Cfr. S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004; e, in modo sia pur diverso, A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2001 (e in più edizioni successive; v. anche, degli stessi Autori, il *Corso di diritto costituzionale*, dal 2012), A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2001 (più volte riedito), G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo, I, L'attività*, Padova, 2005 (più volte riedito), M. D'AMICO, G. D'ELIA, *Diritto costituzionale*, Milano, 2012, T. GROPPI, A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Torino, 2012.

⁹³ Torino, 2000 (più volte edito, quasi ogni anno).

⁹⁴ Torino, 2002 (anch'esso più volte riproposto).

universitaria e di una sistematica adeguata ad uno statuto disciplinare sempre più connotato dal pluralismo delle fonti e dalla grande eterogeneità degli influssi extra-disciplinari. Ciò è sintomo, senz'altro, di grande vitalità; al contempo tuttavia, è manifestazione di un più generale disorientamento e dell'assenza di sedi illustrative unitarie capaci di agevolare un riconoscimento reciproco alle varie prospettive metodologiche e di proporre al pubblico dei pratici una sede consolidata di teorie, opinioni e prassi operative. Queste ultime, come è noto, tendono a seguire gli insegnamenti di un diritto dell'amministrazione che si forma in luoghi lontani dalle Facoltà o dai Dipartimenti o dalle Scuole di Giurisprudenza, e che si alimenta, viceversa, di itinerari informativi quasi del tutto autonomi.

Saper combinare la ricerca di un nuovo *ubi consistam* concettuale e la riconquista dell'educazione giuridica è l'obiettivo ambizioso che si pone oggi per qualsiasi manuale.

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO OLTRE LO STATO

SERVE UNA CODIFICAZIONE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO EUROPEO?

Giulia Bertezzo^{*}

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La specificità del sistema amministrativo europeo e il campo di applicazione di un eventuale codice. 3. Il diritto esistente. 4. Il diritto mancante. 5. Il gioco vale la candela? 5.1. Le esperienze di codificazione nazionale. 5.2. Il costo dei diritti nel procedimento amministrativo. 6. Le ragioni e i caratteri di un eventuale codice del procedimento amministrativo europeo. 7. Conclusioni.

1. Introduzione

L'idea che l'Unione europea (UE) possa adottare un atto generale che regola le procedure amministrative dell'Unione è diventato un tema sempre più discusso negli ultimi anni, sia tra gli studiosi che all'interno delle istituzioni comunitarie¹. Diritti e regole sul procedimento amministrativo europeo sono sparse tra diversi regolamenti, misure, documenti vincolanti e non e nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

^{*} Le opinioni espresse nell'articolo sono esclusivamente dell'autrice e non impegnano in alcun modo la Commissione europea.

¹ A più di vent'anni dall'uscita dell'articolo del Prof. Falcon che esortava gli studiosi italiani ad affrontare temi di diritto comunitario (partendo dalla constatazione di come esso fosse allora "una specie di foresta non solo inesplorata, ma sconosciuta a molti nella sua stessa esistenza"), non vi è ormai quasi alcun settore del diritto comunitario su cui non vi sia un'abbondanza di studi e scritti (si veda, G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, 1991, ora in G. FALCON, *Scritti scelti*, Padova, 2015, 219). Il dibattito transnazionale che ne è sorto ha permesso all'Unione europea di maturare e di evolversi in ciò che vediamo oggi e che diventerà domani. Come è stato scritto, in tale quadro un ruolo importante ha avuto, per gli studi di diritto amministrativo europeo, l'opera del Prof. Falcon (si veda, S. CASSESE, *Tradizione e innovazione nell'opera di Giandomenico Falcon*, in G. FALCON, *Scritti scelti*, Padova, 2015, IX).

La raccolta più completa di regole compare nel *Code of good administrative behaviour*, redatto dal Mediatore europeo e adottato dal Parlamento europeo nel 2001². Il codice non include tuttavia tutti gli esistenti principi, diritti e regole della procedura amministrativa comunitaria. Inoltre, sebbene ampiamente utilizzato, esso non ha valore vincolante.

Una legge generale, ritengono i sostenitori della codificazione, servirebbe a stabilire una procedura amministrativa applicabile laddove non esistono regole di settore³ e creerebbe un insieme di regole facilmente identificabili e comprensibili che aumenterebbe le garanzie per i cittadini, gli operatori economici, le Organizzazioni non governative (ONG) e gli altri soggetti attivi in Europa⁴.

Sempre secondo gli stessi, la mancanza di regole codificate rende difficile per i cittadini comprendere il funzionamento dell'amministrazione comunitaria e i loro diritti all'interno dei procedimenti da essa gestiti. Si ritiene, in definitiva, che la codificazione del procedimento amministrativo comunitario possa (in qualche modo) compensare la scarsa fiducia che i cittadini hanno nell'Unione europea⁵.

Tali considerazioni sono certamente importanti ma l'idea di regolare in modo generale i procedimenti amministrativi dell'Unione evoca questioni ulteriori rispetto alla necessità o meno di chiarire e sistematizzare le regole esistenti. Al fine di evitare sforzi inutili o, addirittura, controproducenti, occorre chiedersi, in particolare, se e quali conseguenze negative tale codificazione potrebbe avere, e se, ancora, l'utilizzo di

² Il codice è disponibile all'indirizzo: <http://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/code.faces#/page/1> (sito visitato il 23 luglio 2015).

³ P. CRAIG, *A general law on administrative procedure, legislative competence and judicial competence*, in *European Public Law*, 3, 2013.

⁴ J. ZILLER, *Aspects relating to the added value for citizens and economic operators*, in *European Parliament, Law of administrative procedure of the European Union European added value assessment*, 2012, Allegato II, disponibile all'indirizzo: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/dv/eav_lawofadminprocedure/_EAV_LawofAdminprocedure_EN.pdf (sito visitato il 27 luglio 2015).

⁵ Si vedano i punti K ed L, risoluzione del Parlamento europeo, *EU administrative law*, 15 gennaio 2013, P7_TA(2013)0004. Per una critica all'attuale sistema si veda anche P. LEINO, *Efficiency, citizens and administrative culture: the politics of good administration in the EU*, in *European Public Law*, 2014, 681.

uno strumento vincolante sia il mezzo più appropriato per raggiungere gli obiettivi prefissati dai sostenitori della codificazione.

Tali problematiche verranno affrontate, nei paragrafi che seguono, tenendo presente la specificità del sistema amministrativo dell'Unione europea, le esperienze di codificazione passate e l'impatto che l'introduzione di una norma generale vincolante sul procedimento amministrativo dell'Unione avrebbe sui cittadini e sull'amministrazione pubblica.

2. La specificità del sistema amministrativo europeo e il campo di applicazione di un eventuale codice

Un primo aspetto affrontato da coloro che sono favorevoli alla codificazione riguarda il campo di applicazione che un eventuale codice dovrebbe avere. Secondo alcuni, tra i quali anche il Parlamento europeo⁶, esso dovrebbe disciplinare unicamente i procedimenti che si riferiscono agli atti emanati dalle istituzioni europee⁷. Secondo altri, invece, un eventuale codice europeo del procedimento amministrativo dovrebbe disciplinare anche i procedimenti nazionali di applicazione del diritto comunitario⁸.

Il dibattito su tale aspetto è principalmente incentrato sul problema della base giuridica sul quale dovrebbe fondarsi l'adozione di un codice a livello europeo e dei limiti che le norme esistenti impongono all'adozione dello stesso.

⁶ Risoluzione del Parlamento europeo, *EU administrative law*, cit.

⁷ Si vedano: J. ZILLER, *Vers une codification de la procédure administrative non contentieuse des institutions, organes et organismes de l'Union européenne?*, in *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2011, 149-151; ReNeual, *Model Rules on EU Administrative Procedure*, 2014, disponibile all'indirizzo: http://www.reneual.eu/publications/ReNEUAL%20Model%20Rules%202014/ReNEUAL-%20Model%20Rules-Compilation%20Books%20I_VI_2014-09-03.pdf (sito visitato il 24 luglio 2015).

⁸ P. CRAIG, *op. cit.*, 2013, 505-514; J. SCHWARTZ, *European Administrative law in the light of the Treaty of Lisbon*, in *European Public Law*, 2, 2012, 285, secondo il quale tuttavia il Trattato di Lisbona non prevede ancora un'adeguata base giuridica per l'adozione di un codice del procedimento amministrativo dell'Unione ed occorrerebbe modificare il Trattato per introdurla.

La particolare organizzazione del sistema amministrativo europeo ed il suo funzionamento impongono tuttavia una riflessione sull'utilità di un'eventuale codificazione in relazione al campo di applicazione che esso avrebbe.

A parte alcune eccezioni, infatti, l'Unione europea non applica direttamente le proprie norme e deve fare affidamento sui sistemi amministrativi dei propri Stati membri⁹.

Un codice che si limitasse a regolare i procedimenti gestiti dalle istituzioni comunitarie interesserebbe quindi un numero assai ristretto di procedimenti, gestiti direttamente dalla Commissione europea e da altri organi centrali (come l'OLAF) o da alcune agenzie europee (ad esempio, l'Agenzia per i medicinali o l'Agenzia europea per la sicurezza aerea)¹⁰. Alcuni di essi peraltro, come le procedure d'infrazione, si rivolgono a Stati membri e non direttamente ai cittadini¹¹. Altri si inseri-

⁹ Sull'esecuzione delle politiche comunitarie tra Stati membri e istituzioni europee, si vedano, C. HARLOW, *Process and procedure in EU administration*, Oxford, 2014, 11-17; H.C.H. HOFMANN, M. TIDGHI, *Rights and remedies in implementation of EU policies by multi-jurisdictional networks*, in *European Public Law*, 2014, 147; J. AGUNDO GONZALEZ, *The evolution of administrative procedure theory in "new governance" key point*, in *Review of European Administrative Law*, 2013, 73; D. DE PRETIS, *Procedimenti amministrativi nazionali e procedimenti amministrativi europei*, in G. FALCON (a cura di), *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario, Ricerche e tesi in discussione*, Padova, 2008, 49-72.

¹⁰ Le procedure gestite direttamente dalle istituzioni europee interessano, ad esempio, l'accesso ai documenti (Reg. UE n. 1049/2001); la protezione dei dati personali (Reg. UE n. 45/2001); le procedure d'infrazione (art. 258 TFUE); le politiche di commercio; il diritto della concorrenza e degli aiuti di stato; i contratti di appalto; le procedure relative a misure anti-frode gestite dall'OLAF; il pubblico impiego delle istituzioni comunitarie, le nuove procedure di vigilanza gestite dal Meccanismo Unico di Vigilanza (SSM). Tra le procedure gestite dalle agenzie dell'Unione, vi sono invece il procedimento per il rilascio di certificazioni gestito dall'Agenzia per la sicurezza aerea (EASA) o quello per il rilascio del marchio comunitario gestito dall'Ufficio per il marchio comunitario (OHMI) (si veda anche, C. HARLOW, *op. cit.*, 2014; J. ZILLER, *Vers une codification de la procédure administrative non contentieuse des institutions, organes et organismes de l'Union européenne?*, cit., 144-145).

¹¹ Alcuni sostenitori della codificazione hanno indicato quale esempio di cattiva amministrazione la gestione dei reclami inviati dai cittadini alla Commissione nell'ambito delle procedure d'infrazione (si veda, ad esempio, J. ZILLER, *Aspects relating to the added value for citizens and economic operators*, cit.). Per ovviare ai problemi sollevati

scono in settori talmente specifici da interessare solo un numero molto ristretto di operatori. Basti pensare alle procedure per l'omologazione di alcuni prodotti aeronautici o a quelli per il rilascio di certificati di conformità sulla sicurezza dei vettori di paesi terzi effettuati dall'Agenzia europea per la sicurezza aerea¹².

Ciò è confermato, del resto, dal ridotto numero di casi trattati dal Mediatore europeo. Nel 2014 esso ha concluso in totale circa 400 procedure d'inchiesta nei confronti delle istituzioni europee (per lo più relative all'accesso ai documenti)¹³. Di queste, meno del 10% hanno effettivamente rivelato casi di cattiva amministrazione. Anche supponendo che tali casi di malamministrazione abbiano riguardato esclusivamente l'accesso ai documenti (approssimando quindi ampiamente per eccesso), i casi di violazione sarebbero meno dello 0,6%¹⁴.

nell'ambito di tali procedure, la Commissione ha tuttavia introdotto un sistema elettronico (sistema CHAP) di gestione dei reclami e delle scadenze molto precise entro le quali gli stessi devono essere trattati. Anche i rapporti con gli Stati membri nei confronti dei quali una procedura di infrazione potrebbe essere lanciata sono gestiti attraverso un sistema informatizzato. Lo stesso permette di seguire nel tempo gli scambi avvenuti tra la Commissione e lo Stato membro prima dell'apertura della procedura d'infrazione (sistema EU Pilot).

¹² Si veda, Reg. UE n. 216/2008. Si veda il Rapporto annuale 2013, 25, disponibile all'indirizzo: <http://easa.europa.eu/system/files/dfu/TOAC14001ENN.pdf> (sito visitato il 28 luglio 2015).

¹³ Si veda il Rapporto annuale 2014 del Mediatore europeo, disponibile all'indirizzo: <http://www.ombudsman.europa.eu/en/activities/annualreport.faces/en/59959/html.bookmark> (sito visitato il 28 luglio 2015).

¹⁴ Si tratterebbe, infatti, di quaranta casi sulle circa seimila richieste di accesso ai documenti ricevute ogni anno (contando solo quelle trattate dalla Commissione). La stima è peraltro approssimata per eccesso dal momento che il 10% dei casi in cui il Mediatore europeo ha riscontrato casi di cattiva amministrazione include anche fattispecie diverse dall'accesso ai documenti, per cui il numero effettivo di casi di cattiva amministrazione riguardanti tale settore sarebbe inferiore. Inoltre, il numero delle richieste di accesso ai documenti trattate annualmente sarebbe in realtà molto maggiore poiché la cifra utilizzata (circa 6000 – si veda il Rapporto della Commissione sull'applicazione del regolamento in materia di accesso ai documenti nel 2013, COM(2014) 619final, disponibile all'indirizzo: http://ec.europa.eu/transparency/access_documents/docs/rapport_2013/com-2014-619_en.pdf, sito visitato il 29 luglio 2015) non include le richieste ricevute da altre istituzioni europee e dalle agenzie.

In tale quadro, il campo di applicazione di un codice destinato alle istituzioni europee sarebbe quindi piuttosto limitato e di dubbia utilità al fine di raggiungere gli obiettivi che i sostenitori della codificazione si propongono¹⁵.

3. *Il diritto esistente*

Al di là del ristretto campo di applicazione che potrebbe avere un codice che disciplinasse unicamente l'attività delle istituzioni europee, c'è poi da chiedersi quale valore aggiunto un tale codice avrebbe in termini di obblighi e diritti che potrebbe introdurre per l'amministrazione e per i cittadini.

Molte delle norme e dei principi che una legge generale sul procedimento amministrativo europeo dovrebbe contenere sono, infatti, già applicati dalle istituzioni europee.

Per alcuni procedimenti gestiti a livello centrale, sono le norme di secondo grado a prevedere rigide regole procedurali. È questo il caso, ad esempio, dei procedimenti in materia di concorrenza gestiti dalla Commissione europea, dei procedimenti per frodi gestiti dall'Ufficio europeo anti-frode (OLAF) oppure quello di accesso ai documenti¹⁶.

A questi procedimenti, così come a quelli non regolati da norme secondarie, si applica inoltre il codice europeo di buona condotta amministrativa redatto dal Mediatore europeo (*The European Code of good administrative behaviour*). Esso è applicato da tutte le istituzioni europee (Commissione, Parlamento, Consiglio) ed è vincolante per i funzionari che vi lavorano¹⁷. A parte i principi dell'agire amministrativo (imparzialità, proporzionalità, non discriminazione, coerenza ecc.), il

¹⁵ J. ZILLER, *Aspects relating to the added value for citizens and economic operators*, cit.

¹⁶ Si vedano, ad esempio, il Reg. UE n. 1/2003 sulle procedure anti-concorrenziali, il Reg. UE n. 1073/99 sulle procedure antifrode e il Reg. UE n. 1049/2001 sul diritto di accesso ai documenti.

¹⁷ Il codice è disponibile all'indirizzo <http://www.ombudsman.europa.eu/en/re-sources/code.faces#/page/1> (sito visitato il 18 luglio 2015).

codice riconosce veri e propri diritti in capo ai cittadini, come l'obbligo di consultazione e di fornire informazioni ai soggetti interessati dal procedimento, l'obbligo di rispondere in tempi brevi alle richieste d'informazioni ricevute dagli interessati, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti e l'obbligo di rendere note nelle comunicazioni con i soggetti interessati le possibili vie di ricorso contro gli atti adottati.

A ciò si aggiunge, per ora limitatamente alla Commissione, il pacchetto di regole introdotte nell'ambito della *Better regulation*¹⁸. Il pacchetto introduce per tutti gli atti che avviano o sviluppano politiche comunitarie, inclusi gli atti delegati e applicativi, ulteriori obblighi di trasparenza e consultazione¹⁹.

L'applicazione di tali regole non dipende dalla buona volontà dei funzionari della Commissione. Esiste un sistema interno molto rigido di verifica dell'applicazione delle regole procedurali, coordinato dal Segretariato generale della Commissione, che si sviluppa intorno a procedure scadenze e ad obblighi per i servizi della Commissione di fornire regolarmente informazioni. Il mancato rispetto delle suddette regole viene monitorato e sanzionato, attraverso misuratori di performance di cui i *manager* sono responsabili.

Oltre alla possibilità di far valere qualsiasi violazione di tali principi dinanzi all'istituzione europea che gestisce il procedimento in questione²⁰, gli interessati possono rivolgersi al Mediatore europeo (Art. 228 TFUE). Gli stessi principi sono peraltro direttamente azionabili davanti alla Corte di giustizia, in quanto sono ripresi da norme inserite nei Trattati, nella Carta dei diritti fondamentali e nella legislazione secondaria,

¹⁸ L'obiettivo inserito nella *Better regulation Agenda* è tuttavia quello di far adottare lo stesso pacchetto di regole anche alle altre istituzioni che partecipano alla definizione delle politiche europee (si veda, Comunicazione della Commissione, *Better regulation for better results – An EU agenda*, 19 maggio 2015, COM(2015)215 final).

¹⁹ Commissione europea, *Better regulation guidelines*, 19 maggio 2015, SWD (2015)111 final (disponibile all'indirizzo: http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/toc_guide_en.htm, sito visitato il 22 luglio 2015).

²⁰ Ad esempio, il *Code of good administrative behaviour* (2000) della Commissione europea prevede la possibilità di presentare reclamo al Segretariato generale della Commissione. Il codice è disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/transparency/code/index_en.htm (sito visitato il 18 luglio 2015).

oppure da principi elaborati dalla stessa Corte sull'esempio dei sistemi nazionali²¹.

Simili considerazioni valgono per le Agenzie europee che intervengono o gestiscono procedimenti che incidono direttamente sulla sfera giuridica dei cittadini. Anch'esse hanno, infatti, adottato codici che riproducono quello pubblicato dal Mediatore europeo²². I principi in esso stabiliti possono essere fatti valere dinanzi alle Agenzie stesse²³, oppure mediante reclamo al Mediatore europeo.

Alcune agenzie sono andate anche oltre. Ad esempio, pur non assumendo decisioni direttamente applicabili ai cittadini²⁴, l'Agenzia per la

²¹ Sui principi del procedimento amministrativo si vedano, C. HARLOW, *op. cit.*, 2014; M. RUFFERT, *Administrative law in Europe: between common principles and national traditions*, Groningen, 2013; M. SMITH, *Developing administrative principles in the EU: a foundational model of legitimacy?*, in *European Law Journal*, 2012, 269; T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, Oxford, 1999; H.P. NEHL, *Administrative procedure in EC law*, Oxford, 1999; R-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire – Origines et concrétisation*, Bruxelles, 1996; E. PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, 1227; P. PESCATORE, *International law and community law – A comparative analysis*, in *Common Market Law Review*, 1970, 167.

²² Si vedano, ad esempio, i codici adottati dall'Agenzia europea dei medicinali (EMA): http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Other/2013/09/WC500150730.pdf; l'Agenzia europea delle sostanze chimiche (ECHA): <http://echa.europa.eu/about-us/the-way-we-work/procedures-and-policies/code-of-good-administrative-behaviour>; l'Agenzia europea per l'aviazione (EASA): http://easa.europa.eu/system/files/dfu/docs-quality-PO.HR.00180_Code-of-Conduct-for-the-staff-of-EASA.pdf; l'Agenzia bancaria europea (EBA): https://www.eba.europa.eu/documents/10180/16082/EBA-DC-006-Code-of-Administrative-Behaviour_---FINAL.pdf/435054e4-0d54-42cf-ad98-57f87bfb2426; l'Agenzia europea per la sicurezza alimentare (EFSA): <http://www.efsa.europa.eu/en/keydocs/docs/admincode.pdf> (sito visitato il 19 luglio 2015).

²³ Questa possibilità è prevista, ad esempio, dall'Agenzia per la sicurezza aerea (EASA) (si veda http://easa.europa.eu/system/files/dfu/docs-quality-PO.HR.00180_Code-of-Conduct-for-the-staff-of-EASA.pdf, sito visitato il 19 luglio 2015) e dall'Agenzia europea per le sostanze chimiche (ECHA) (si veda <http://echa.europa.eu/about-us/who-we-are/board-of-appeal>, sito visitato il 30 luglio 2015).

²⁴ L'Agenzia per la sicurezza alimentare fornisce, infatti, all'interno del procedimento per l'immissione sul mercato di sostanze o prodotti alimentari, un parere scienti-

sicurezza alimentare (EFSA) ha pubblicato un catalogo di servizi rivolti a coloro che presentano domanda per l'immissione sul mercato di nuove sostanze o prodotti alimentari che riguarda l'intero procedimento di competenza dell'Agenzia (ossia quello relativo all'adozione dell'opinione scientifica che costituisce la base per l'autorizzazione eventualmente rilasciata dalla Commissione europea). Per esempio, per gli operatori che hanno presentato domanda per l'immissione sul mercato di un nuovo prodotto o sostanza è prevista la possibilità di ottenere spiegazioni sul trattamento del proprio *dossier* attraverso videoconferenze con funzionari dell'agenzia. Gli esperti o i funzionari incaricati di esaminare un determinato *dossier* possono, a loro volta, organizzare audizioni con coloro che hanno presentato domanda, al fine di ottenere chiarimenti e informazioni integrative in merito ai documenti prodotti. Ancora, al termine del procedimento, coloro che hanno presentato domanda possono ottenere spiegazioni, via teleconferenza, sull'eventuale opinione negativa emessa dall'agenzia²⁵.

In generale, le agenzie hanno istituito sistemi diversi d'interazione con gli operatori con cui s'interfacciano, che vengono costantemente aggiornati in base alle esigenze che emergono dal contatto continuo con gli operatori stessi.

Le diversità dipendono, in parte, dal tipo di mercato in cui le stesse operano²⁶. L'agenzia europea dei medicinali (EMA) e quella dei prodotti chimici (ECHA), ad esempio, hanno a che fare principalmente con pochi operatori, di grandi dimensioni. I contatti possono quindi anche avvenire in modo individuale, ciò che è difficilmente immaginabile per altre agenzie. L'Agenzia per la sicurezza alimentare (EFSA), ad esempio, opera in quasi venti settori diversi e solo pochi (come quello degli organismi geneticamente modificati o quello dei pesticidi) sono dominati da grandi aziende. Negli altri settori operano per la maggior parte

fico sulla base del quale viene emanata l'autorizzazione adottata dalla Commissione europea.

²⁵ Il catalogo è disponibile al seguente indirizzo: <http://www.efsa.europa.eu/en/press/news/150316.htm> (sito visitato il 19 luglio 2015).

²⁶ Si vedano, ad esempio, gli strumenti utilizzati dall'Agenzia europea delle sostanze chimiche (ECHA): <http://echa.europa.eu/about-us/partners-and-networks/stakeholders> (sito visitato il 19 luglio 2015).

un gran numero di piccole e medie imprese e il mercato è molto variegato.

Il tipo d'interazione che le agenzie possono avere dipende inoltre dall'utilità – in relazione al tipo di procedimento in cui si inseriscono²⁷ – che tale interazione può avere per l'agenzia e per i soggetti interessati. Nell'ambito dell'autorizzazione per l'immissione sul mercato di prodotti medicinali (cui partecipa l'EMA) le aziende che intendono presentare domanda hanno necessità di contatti con gli esperti dell'EMA diversi anni prima della presentazione della domanda, per avere spiegazioni in merito a come applicare le metodologie di sperimentazione scientifica più adatte allo specifico medicinale che intendono sviluppare, a quali tipi di esperimenti effettuare e a come presentarne i risultati in modo che possano essere adeguatamente valutati dall'agenzia. Un simile grado di “personalizzazione” non è invece necessario per la registrazione delle sostanze chimiche gestita da ECHA (sistema REACH), che avviene a scadenze di uno-due anni e per la quale i dati da fornire da parte di coloro che iscrivono le proprie sostanze sono molto più standardizzati.

Una codificazione delle norme e principi amministrativi che impedisse tale grado di adattabilità fallirebbe l'obiettivo di assicurare che le decisioni dell'amministrazione siano assunte in base ad informazioni il più possibile complete e impedirebbe ai destinatari del provvedimento di partecipare in modo effettivo al procedimento²⁸. Non solo. Eliminare tale flessibilità andrebbe contro l'obiettivo di accrescere la fiducia degli utenti nell'amministrazione comunitaria. Nella maggior parte dei casi,

²⁷ L'ipotesi di omogeneizzare i procedimenti amministrativi comunitari non sembra percorribile. Le diversità sono infatti legate non solo a ragioni storiche ma anche di competenze e sostenibilità. Ad esempio, il procedimento per l'immissione sul mercato di pesticidi si svolge prevalentemente a livello nazionale (l'Agenzia per la sicurezza alimentare effettua solo una *peer review* della decisione assunta a livello nazionale). Le ragioni storiche di una tale scelta risiedono nel fatto che, quando il sistema europeo in tale settore nacque, non sussistevano competenze a livello europeo per costituire un sistema diverso. Il sistema europeo si regge quindi sull'*expertise* nazionale e non avrebbe le risorse per gestire un sistema interamente centralizzato.

²⁸ Sull'obiettivo della raccolta d'informazioni all'interno del procedimento, J.-P. SCHNEIDER, *Germany*, in J.B. AUBY (a cura di), *Codification of administrative procedure*, Bruxelles, 2014, 225.

infatti, dai sondaggi svolti dalle agenzie europee risulta che gli operatori che interagiscono con le stesse sono soddisfatti del rapporto di cooperazione instaurato con l'agenzia²⁹.

Le agenzie non agiscono peraltro in modo isolato e completamente autonomo. Attraverso la rete delle agenzie europee si scambiano infatti esperienze e buone pratiche³⁰. Alle riunioni partecipa anche la Commissione europea, attraverso il suo Segretariato generale, con il compito di assicurare un'applicazione omogenea e coerente delle regole e dei principi comunitari non solo tra le stesse, ma anche rispetto alle altre istituzioni europee.

4. *Il diritto mancante*

Certamente vi sono spazi non coperti dalle norme e dai principi già esistenti nel diritto comunitario.

Alcuni sostenitori della codificazione rilevano, ad esempio, come l'obbligo di inviare all'interlocutore delle istituzioni europee una ricevuta di ricezione della richiesta oppure l'obbligo delle stesse di rispondere ai propri interlocutori nella lingua originaria non siano previsti in norme vincolanti ma solo nel *Code of good administrative behaviour* del Mediatore europeo³¹.

²⁹ Nel sondaggio lanciato nel 2013-2014 dall'Agenzia europea per la sicurezza aerea (EASA), per esempio, il 75% dei rispondenti si è dichiarato soddisfatto del rapporto con l'agenzia (disponibile all'indirizzo: https://easa.europa.eu/system/files/dfu/20141201_PRE_IMS_External%20Comm_2014_V1.0.pdf, sito visitato il 28 luglio 2015). Si veda anche quello effettuato dall'Agenzia europea delle sostanze chimiche (ECHA) nel 2013: http://echa.europa.eu/documents/10162/13587/stakeholder_survey_2013_en.pdf (sito visitato il 19 luglio 2015). L'Agenzia per i medicinali (EMA) ha egualmente lanciato un sondaggio che mira a valutare tutti gli aspetti del procedimento centralizzato di autorizzazione dei medicinali (le informazioni sono disponibili all'indirizzo: http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Presentation/2015/04/WC500186278.pdf, sito visitato il 30 luglio 2015).

³⁰ La rete si riunisce regolarmente in formazioni diverse (ad esempio, capi dell'amministrazione, capi dei servizi di comunicazione ecc.).

³¹ J. ZILLER, *Vers une codification de la procédure administrative non contentieuse des institutions, organes et organismes de l'Union européenne?*, cit., 140-141.

Vale la pena ricordare, tuttavia, che il Mediatore applica il suddetto codice nell'esaminare i casi di cattiva amministrazione che vengono portati alla sua attenzione e, sulla base dello stesso, formula raccomandazioni alle quali gli organi comunitari sono tenuti ad adeguarsi. Quanto scritto nel codice diventa perciò di fatto vincolante per le amministrazioni comunitarie³².

Altri diritti che secondo alcuni dovrebbero comparire in norme vincolanti sono i principi in materia di pratiche istituzionali in tema di lobbying e obblighi per i lobbysti di iscriversi nel registro della trasparenza³³, l'indicazione delle vie di ricorso³⁴ oppure il diritto di essere sentiti³⁵.

In realtà tali diritti sono molto pochi e, come si è visto, il fatto che non compaiono in norme vincolanti non implica che non vengano applicati. Il sistema di procedure e controlli interni alle istituzioni comunitarie, e in particolare alla Commissione europea, fa sì che i vuoti effettivi siano assai limitati.

³² Sugli effetti delle decisioni dell'Ombudsman si veda anche C. HARLOW, *op. cit.*, Oxford, 2014, 80-82.

³³ Il registro sulla trasparenza è stato istituito nel 2011 con l'obiettivo di rendere note al pubblico gli interessi rappresentati dai soggetti che entrano in contatto con le istituzioni europee ed opera sulla base di un accordo inter-istituzionale tra Parlamento e Commissione. L'iscrizione nel registro è al momento facoltativa per incertezze sulla base giuridica che potrebbe legittimare l'obbligo d'iscrizione. A partire dal 2014, tuttavia, la Commissione ha deciso che i Commissari non accetteranno più di patrocinare eventi i cui organizzatori dovrebbero essere registrati ma non lo sono, né incontreranno rappresentanti di soggetti non iscritti. Una raccomandazione della Commissione impone ai propri servizi di richiedere ai partecipanti ai propri eventi l'iscrizione nel registro (le informazioni sul registro sono disponibili all'indirizzo: <http://ec.europa.eu/transparency/register/public/homePage.do?redir=false&locale=it>).

³⁴ J. ZILLER, *Vers une codification de la procédure administrative non contentieuse des institutions, organes et organismes de l'Union européenne?*, cit., 141-142, 155 e 157.

³⁵ Raccomandazione n. 4.4, risoluzione del Parlamento europeo, *EU administrative law*, 15 gennaio 2013, P7_TA(2013)0004.

5. *Il gioco vale la candela?*

A fronte dei limitati spazi che sarebbero effettivamente da colmare, occorre chiedersi se valga la pena istituire un denso sistema di regole vincolanti che, seppure – come proposto da alcuni – applicabile in modo flessibile a seconda del settore e del procedimento³⁶, finirebbe per creare per l'amministrazione nuovi obblighi, nonché procedure e sistemi di verifica del rispetto delle stesse.

5.1. *Le esperienze di codificazione nazionale*

Non risulta vi siano studi che analizzano in modo approfondito le conseguenze positive o negative che la codificazione del procedimento amministrativo ha avuto a livello nazionale. Ciò dipende, ovviamente, anche dal contesto in cui esse sono inserite. L'esperienza nazionale dimostra tuttavia come spesso la codificazione abbia portato ad un irrigidimento del sistema³⁷.

È infatti difficile trovare il giusto equilibrio tra la necessità di tutelare i privati che intervengono nel procedimento e quella di lasciare all'amministrazione la giusta libertà di movimento, senza caricare quest'ultima di gravose incombenze burocratiche.

Da un lato, la tendenza ad aggiungere regole su regole, nel tentativo di coprire tutti gli aspetti di un determinato sistema, rischia di portare a codici di dimensioni difficilmente gestibili anche dagli operatori del settore³⁸.

³⁶ Si veda il sistema proposto dal gruppo di ricerca ReNeual (ReNeual, *Model Rules on EU Administrative Procedure*, 2014, disponibile all'indirizzo: http://www.reneual.eu/publications/ReNEUAL%20Model%20Rules%202014/ReNEUAL-%20Model%20Rules-Compilation%20Books%20I_VI_2014-09-03.pdf, sito visitato il 24 luglio 2015).

³⁷ Si vedano nel contesto del dibattito sulla codificazione in Germania e Francia, S. BRACONNIER, *France*, in J.B. AUBY (a cura di), *op. cit.*, 197-198; J.-P. SCHNEIDER, *Germany*, in J.B. AUBY (a cura di), *op. cit.*, 206-207.

³⁸ Si veda, ad esempio, con riferimento ad Austria, Germania e Spagna, I. STEWART, *Australia*, in J.B. AUBY (a cura di), *op. cit.*, 38; L. ZHANG, *China*, in J.B. AUBY (a cura di), *op. cit.*, 98.

Nell'ambito del dibattito sulla codificazione del procedimento amministrativo in Francia³⁹, si è portato l'esempio del codice civile francese, che con le sue diverse centinaia di articoli e integrazioni giurisprudenziali consiste ormai in un voluminoso e dettagliato strumento giuridico, il cui contenuto è disponibile in tre diverse versioni (piccola, per esperti e mega) e prevede per tutto o parti di esso una versione digitale o online⁴⁰. Sulla base di tale esperienza, la Commissione incaricata di redigere il codice di procedura amministrativa abbia rilevato come la codificazione non si adatti a qualsiasi aspetto del diritto ma abbia senso unicamente per disposizioni che abbiano un sufficiente grado di generalità⁴¹.

Dall'altro, un'eccessiva procedimentalizzazione può tradursi in un sistema farraginoso e poco flessibile. Esempio a tal proposito è l'evoluzione che l'utilizzo della consultazione tramite *notice-and-comment* ha avuto nel sistema americano. Attraverso l'opera integrativa della giurisprudenza tale strumento, inizialmente informale, ha lasciato il posto ad una procedura poderosa, di scarsa efficienza e utilità⁴². In ori-

³⁹ Le informazioni relative al progetto di codificazione della procedura amministrativa francese sono disponibili all'indirizzo: <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Codification/Code-des-relations-entre-le-public-et-les-administrations> (sito visitato il 25 luglio 2015).

⁴⁰ I. Stewart sostiene che si tratti ormai più di una base dati che non di un libro (I. STEWART, *op. cit.*, 35-37).

⁴¹ Secondo la Commissione, "la période d'élaboration de nouveaux codes se rapproche sans doute de son terme. L'objectif d'une codification quasi intégrale du droit n'est plus de mise, pour trois raisons : d'une part l'évolution technique tenant à la dématérialisation des textes offre aux usagers des services pratiques qui sont, à bien des égards, comparables à ceux d'un code ; d'autre part la création de nouveaux codes se heurte à une sorte de loi des rendements décroissants qui tient à ce que plus on avance dans l'élaboration de nouveaux codes, plus il devient délicat de déterminer dans quel code ranger certains textes ; enfin il est clair que la codification de certains textes particuliers, tels par exemple les statuts particuliers des fonctionnaires, n'a pas de raison d'être, la codification n'ayant un sens que si elle porte sur des dispositions suffisamment générales" (Commission Supérieure de la Codification, *Vingt et unième rapport annuel 2010*, Paris, Direction de l'Information Légale et Administrative 2011, 13, disponibile all'indirizzo: <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Codification/Rapports-annuels-de-la-CSC>, sito visitato il 27 luglio 2015).

⁴² D. CUSTOS, *United States*, in J.B. AUBY (a cura di), *op. cit.*, 395-396.

gine il meccanismo di *notice-and-comment* prevedeva unicamente l'obbligo di comunicare l'intenzione dell'amministrazione di promulgare una determinata norma, la possibilità per gli interessati di presentare le proprie osservazioni e il dovere dell'amministrazione di rendere note, in modo sintetico, le ragioni alla base della proposta e gli obiettivi prefissati con l'emanazione della stessa. A seguito dei vari interventi giurisprudenziali, l'amministrazione è ora tenuta a presentare in modo dettagliato le norme che la stessa intende adottare, insieme ai dati su cui la proposta si fonda. La fase in cui il pubblico può presentare le proprie osservazioni è stato esteso, comprendendo ora l'organizzazione di audizioni e scambi di argomentazioni con i partecipanti, nonché la redazione da parte dell'amministrazione di dettagliati rapporti che riassumono determinate fasi della procedura e il dovere di dare spiegazioni in merito ad ogni obiezione o alternativa significativa alla proposta avanzata dall'amministrazione.

Gli stessi sostenitori della codificazione rilevano, infine, come il successo di una codificazione del procedimento amministrativo dipenda da condizioni difficilmente controllabili dal legislatore, come l'attitudine dei funzionari e del pubblico nei confronti delle norme contenute nel codice, oppure la diffusione che i mezzi di comunicazione danno delle regole⁴³.

Le probabilità che la codificazione si trasformi in un freno per l'amministrazione sono quindi molto alte e forse maggiori di quelle di successo.

5.2. *Il costo dei diritti nel procedimento amministrativo*

Vi è poi un aspetto molto importante da considerare quando si parla di procedure amministrative e della loro stigmatizzazione in norme vin-

⁴³ J. Ziller scrive, ad esempio, che "L'expérience dans les Etats montre que ce n'est pas le caractère contraignant en tant que tel d'une loi de procédure administrative qui génère des conséquences négatives, mais le libellé des dispositions pertinentes, et l'approche générale de la mise en œuvre d'une telle loi, à savoir les attitudes des fonctionnaires et du public, ainsi quelles informations données par les médias" (J. ZILLER, *Vers une codification de la procédure administrative non contentieuse des institutions, organes et organismes de l'Union européenne?*, cit., 163-164).

colanti. La creazione di nuovi diritti ha un costo per l'amministrazione, sia in termini economici, che di efficienza⁴⁴.

L'esempio del *notice and comments* americano è significativo a tal proposito. L'aggiunta di nuovi obblighi e doveri per l'amministrazione ha appesantito il procedimento, allungandone i tempi in modo considerevole.

A livello europeo, vale forse la pena menzionare l'esperienza della consultazione pubblica tenutasi in merito all'Accordo transatlantico tra Unione europea e Stati Uniti (TTIP), ossia l'accordo che la Commissione europea sta negoziando con gli Stati Uniti al fine di eliminare possibili barriere al commercio e promuovere gli scambi e gli investimenti tra le due regioni⁴⁵. Alla consultazione lanciata dalla Commissione europea nel marzo 2014 hanno risposto quasi 150.000 organizzazioni e individui e la procedura si è conclusa nel gennaio dell'anno successivo con un rapporto sulle risposte ricevute⁴⁶. L'analisi delle risposte e la redazione del rapporto hanno impegnato un team di sette persone per quasi sei mesi, durante i quali le negoziazioni non hanno potuto ovviamente procedere su alcuni aspetti fondamentali dell'accordo. Delle risposte ricevute, un buon numero di esse – che pure hanno dovuto essere esaminate e sintetizzate – si sono rivelate di scarsa utilità poiché riguardavano aspetti non oggetto della consultazione oppure problematiche più ampie. Le altre risposte hanno mostrato una divergenza di posizioni

⁴⁴ In tal senso anche G. NAPOLITANO, seminario su *Dove va il diritto amministrativo?*, Trento (Italia), 5 March 2015 (presentazione del libro di G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014); si veda anche M. WIERZBOWSKI, *EU administrative procedure and impact of international and EU rules: the case of Poland*, disponibile all'indirizzo: <https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/4dfed5a2-67ed-4e91-81d3-5c809d71ffc7/Wierzbowskiv02.pdf> (sito visitato il 25 luglio 2015).

⁴⁵ Le informazioni relative alla consultazione sono disponibili all'indirizzo: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1234> (sito visitato il 25 luglio 2015).

⁴⁶ SWD(2015)3 final, *Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement*, 13 gennaio 2015, disponibile all'indirizzo: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf (sito visitato il 25 luglio 2015).

su praticamente tutte le questioni toccate dalla consultazione⁴⁷. Al fine di definire delle proposte concrete per il proseguimento delle negoziazioni, la Commissione ha quindi dovuto nuovamente consultare gli operatori del settore, gli Stati Membri e il Parlamento nei mesi successivi.

Un altro esempio, riguarda l'applicazione del principio, previsto anche dal *Code of good administrative behaviour*, per cui le comunicazioni rivolte al pubblico devono essere redatte nella lingua del destinatario. Di recente il *Board of Appeal* dell'Agenzia europea per le sostanze chimiche (ECHA) ha deciso che le comunicazioni con il pubblico – finora fatte in inglese⁴⁸ – devono essere redatte nella lingua del destinatario⁴⁹. Per attuare tale decisione l'Agenzia – che spende attualmente già circa tre milioni di Euro l'anno (ossia tra il 3 e il 4% del proprio bilancio annuale) per tradurre i propri documenti di base⁵⁰ – prevede un notevole aumento della voce di bilancio relativa alle traduzioni. Durante i periodi di registrazione delle sostanze chimiche l'Agenzia riceve, infatti, oltre 10.000 domande. Sebbene la maggior parte di esse siano inviate in inglese, la mole di documenti da tradurre sarà comunque importante. I dossier e le comunicazioni inviati da coloro che chiedono la registrazione di sostanze consistono in decine di pagine e contengono spesso complicate argomentazioni giuridiche e scientifiche. Le agenzie non hanno peraltro un servizio interno di traduzione e si avvalgono di un organismo esterno, ossia il Centro di traduzione degli organismi dell'Unione europea⁵¹. L'applicazione dell'obbligo di comunicare con il pubblico nella lingua del destinatario avrà quindi conseguenze anche sulla lunghezza del procedimento di gestione delle richieste ricevute dal

⁴⁷ Si veda, SWD(2015)3 final, *Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement*, cit.

⁴⁸ Questo anche perché spesso tra i documenti prodotti dagli operatori consistono in studi scientifici internazionale redatti in inglese.

⁴⁹ La decisione è disponibile all'indirizzo: http://echa.europa.eu/documents/10162/13575/a_002_2013_summary_boa_decision_en.pdf (sito visitato il 30 luglio 2015).

⁵⁰ Si veda la CdT, *Relazione di attività consolidata del centro di traduzione 2014*, pag. 50 (disponibile all'indirizzo http://cdt.europa.eu/CDT%20Documents/RA%202014%20consolidated/006%202015%20RA%202014_IT.pdf, sito visitato il 26 luglio 2015).

⁵¹ Le informazioni sul centro sono disponibili all'indirizzo <http://cdt.europa.eu/IT/Pages/Homepage.aspx> (sito visitato il 26 luglio 2015).

pubblico. I tempi medi per ottenere la traduzione di documenti di una ventina di pagine sono di circa tre settimane ma occorre aggiungere il tempo necessario per la preparazione dei documenti da tradurre da parte dell'Agencia e le formalità per l'invio degli stessi. La natura estremamente tecnica dei documenti da tradurre richiede infine che i testi siano rivisti dai funzionari dell'Agencia per verificare la correttezza della traduzione.

Se per alcuni procedimenti – come è il caso delle negoziazioni del TTIP (che per la loro incidenza su diversi aspetti della cultura e della tradizione sociale europea hanno suscitato ampia attenzione da parte del pubblico e dei media) – i costi procedurali si giustificano per la particolare sensibilità o tecnicità della materia, ciò non significa che le stesse regole siano necessarie e debbano applicarsi a tutti i procedimenti.

Occorre, infatti, evitare di creare una situazione – come quella prodottasi in alcuni Stati – in cui il diritto amministrativo è eccellente sulla carta ma fallimentare nella sua applicazione⁵².

6. Le ragioni e i caratteri di un eventuale codice del procedimento amministrativo europeo

Se nella sostanza ciò che la codificazione del procedimento amministrativo europeo potrebbe aggiungere è piuttosto limitato, essa potrebbe avere tuttavia il merito di rendere visibile e chiaro ciò che al momento è noto ai giuristi che si occupano della materia e agli operatori di ciascun settore disciplinato dal diritto europeo.

Ci sono, infatti, aspetti dell'agire amministrativo delle istituzioni europee – come il sistema di trasparenza nei rapporti con le *lobbies* – poco noti a coloro che non vi operano. Alcune regole e diritti sono conosciuti e usufruiti dagli operatori di un determinato settore ma non in modo trasversale e servirebbe forse una semplificazione di alcune regole scritte in modo tecnico⁵³.

⁵² In tal senso, sul sistema amministrativo italiano, S. CASSESE, Seminario su *Dove va il diritto amministrativo?*, Trento, 5 marzo 2015.

⁵³ J. ZILLER, *Vers une codification de la procédure administrative non contentieuse des institutions, organes et organismes de l'Union européenne?*, cit., 142 e 147-148.

Secondo alcuni, infine, la codificazione del procedimento amministrativo sarebbe uno strumento per rafforzare la legittimazione dell'Unione e aumentare la fiducia dei cittadini nell'amministrazione europea⁵⁴, che negli ultimi anni è scesa costantemente⁵⁵.

Per giungere a tale risultato, il codice dovrebbe tuttavia essere accessibile al pubblico, breve e scritto in modo semplice. Esso dovrebbe contenere unicamente i principi fondamentali del procedimento⁵⁶. Se i destinatari del codice rimanessero gli studiosi del diritto (come nel caso di un codice che volesse disciplinare tutti gli aspetti del procedimento amministrativo), infatti, l'importanza di tale strumento per i cittadini finirebbe per essere solo indiretta, poiché richiederebbe l'opera dei giuristi⁵⁷.

L'efficienza della pubblica amministrazione gioca inoltre un ruolo almeno importante quanto la certezza del diritto e la trasparenza nel costruire la fiducia dei cittadini nel settore pubblico⁵⁸. Per tale ragione,

⁵⁴ Punto R, risoluzione del Parlamento europeo, *EU administrative law*, 15 gennaio 2013, P7_TA(2013)0004.

⁵⁵ Si veda Eurostat, *Public opinion in the European Union, autumn 2012*, 15, disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb78/eb78_first_en.pdf (sito visitato il 15 marzo 2015). Nel 2013 essa era al 39% <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/graph.do?tab=graph&plugin=1&language=en&pcode=tsdgo510&toolbox=type>. Alcune statistiche sulla fiducia del pubblico nelle istituzioni e servizio pubblico verranno pubblicate nel corso del 2015, si veda in http://ec.europa.eu/eurostat/c/portal/layout?p_l_id=118088&p_v_l_s_g_id=0 (sito visitato il 27 luglio 2015).

⁵⁶ Anche il Parlamento europeo, nelle sue raccomandazioni rivolte alla Commissione europea, suggerisce l'adozione di un codice per principi (si veda, risoluzione del Parlamento europeo, *EU administrative law*, 15 gennaio 2013, P7_TA(2013)0004).

⁵⁷ I. STEWART, *op. cit.*, 48.

⁵⁸ Sull'importanza dell'efficienza si vedano, G. BOUCKAERT, *Trust and public administration*, in *Administration*, 2012, 91-115; E. CHOUDHURY, *Trust in administration*, in *Administration & Society*, 40(6), 2008, 586-620; S. VAN DE WALLE, *Confidence in the civil service: An international comparison*, in K. SCHEDLER e I. PROELLER (Eds.), *Cultural aspects of public management reform*, Amsterdam, 2007, 171-201; E. VIGODA-GADOT, *Citizens' perceptions of politics and ethics in public administration: A five-year national study of their relationship to satisfaction with services, trust in governance, and voice orientations*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2007, 285; E. VIGODA-GADOT, A. SHOHAM, D.R. VASHDI, *Bridging bureaucracy and democracy in Europe: A comparative study of perceived managerial excellence, satisfaction with public services, and trust in governance*, in *European Union Politics*,

la speditezza del procedimento dovrebbe essere sacrificata solo laddove necessario per tutelare valori superiori in relazione ad un determinato procedimento e non in modo generalizzato. Un codice che coprisse l'intero procedimento, senza lasciare margini di flessibilità non pare quindi appropriato per raggiungere l'obiettivo di rendere l'amministrazione un interlocutore affidabile per i cittadini.

Per le stesse ragioni la stigmatizzazione di regole in un atto vincolante non sembra lo strumento migliore. Esso non permette, infatti, di adattarsi facilmente alle mutate esigenze dell'amministrazione e dei cittadini. I tempi medi di adozione di una proposta legislativa, al momento, sono di circa due anni, ma potrebbero arrivare a quattro anni per effetto delle nuove regole di trasparenza e consultazione introdotti dal pacchetto sulla *Better regulation*.

Vi è da chiedersi, infine, se la codificazione attraverso norme vincolanti non sia anacronistica in un'epoca in cui attraverso le basi dati è possibile trovare qualsiasi informazione⁵⁹. Se forse le basi dati non sono in grado di sostituire la chiarezza e la fruibilità di un codice⁶⁰, è vero tuttavia che la tecnologia può completare la presenza di un codice. Si può immaginare, ad esempio, la creazione di un sito, costantemente aggiornato, che raccolga un codice – non necessariamente inserito in un atto vincolante – con i principi fondamentali del procedimento e la relativa giurisprudenza, nonché le informazioni più dettagliate rispetto ai diversi tipi di procedimento o un rinvio alle stesse. Qui si potrebbero raccogliere, in sostanza, tutte le informazioni utili per comprendere i procedimenti amministrativi europei e parteciparvi attivamente.

2010, 289; K. YANG e M. HOLZER, *The performance-trust link: Implications for performance measurement*, in *Public Administration Review*, 2006, 114-126.

⁵⁹ In tal senso anche, I. STEWART, *op. cit.*, 41 ss.

⁶⁰ A tal proposito, J.-B. Auby argomenta che “if it is true that IT make less relevant the fact that rules concerning administrative procedure are well orderly in one particular place or not, since, anyway, they make it possible to find them, codification is not just having things tied up in the same instrument but it implies a reflection on better make a coherent system of administrative procedure” (J.B. AUBY, *General report*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, 28).

7. Conclusioni

Contrariamente a quanto può apparire sulla carta, i procedimenti gestiti dalle istituzioni europee offrono spesso molte più garanzie e una maggiore rispondenza alle esigenze dell'amministrazione e dei cittadini di quanto non avvenga a livello nazionale. La lamentata frammentarietà e disomogeneità delle regole procedurali non ha impedito, infatti, che le stesse fossero correttamente applicate.

Il Mediatore europeo con le sue raccomandazioni e le sentenze della Corte di giustizia hanno finora contribuito a far evolvere il sistema delle garanzie amministrative e a colmare le lacune esistenti. Allo stesso tempo, i controlli interni alle istituzioni europee hanno fatto sì che tali regole e principi fossero applicati in modo coerente.

Pur in assenza di un codice sistematico, le violazioni dei diritti procedurali si sono rivelate assai rare. Il sistema esistente ha invece lasciato la possibilità, laddove necessario, di elaborare soluzioni adatte al tipo di procedimento e agli interlocutori dell'amministrazione. Ciò ha portato a continui miglioramenti nello svolgimento delle funzioni amministrative, riscontrando il favore degli interlocutori delle amministrazioni europee.

In tale quadro, la codificazione dei procedimenti amministrativi europei non porterebbe novità significative dal punto di vista sostanziale (a meno che non fosse applicabile anche alle procedure gestite a livello nazionale e ai procedimenti misti). Considerata la particolare organizzazione dell'Unione europea, i procedimenti direttamente gestiti da istituzioni europee sono, infatti, molto pochi. Per di più, la maggior parte delle regole e principi che si potrebbero inserire in un codice sono già applicati dalle istituzioni europee.

Il rischio, invece, che l'introduzione di un codice vincolante possa limitare l'amministrazione comunitaria sia in termini di flessibilità ed efficienza, sia in termini di costi, è reale e induce a riflettere, da un lato, sulla necessità di adottare un tale strumento a livello europeo e, dall'altro, sulle caratteristiche che esso dovrebbe avere per garantire il giusto equilibrio tra efficienza amministrativa e bisogno di certezza e trasparenza.

Il vantaggio che la codificazione potrebbe avere sarebbe quello di chiarire e semplificare le regole esistenti, rendendole più facilmente visibili ai cittadini. Lo strumento più adatto sembra quindi essere una codificazione per principi, breve e non necessariamente racchiusa in norme vincolanti, che possa essere aggiornata nel tempo e diffusa attraverso i mezzi tecnologici a disposizione.

SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE E DISCIPLINA EUROPEA SUGLI AIUTI DI STATO

Samuel Cornella

SOMMARIO: 1. *Introduzione generale*. 2. *La incerta definizione di SIEG*. 3. *SIEG e applicabilità delle regole sugli aiuti di Stato*. 4. *Obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato: la sentenza Altmark e la giurisprudenza precedente*. 5. *La difficile applicazione concreta della sentenza Altmark in taluni casi complessi e la Comunicazione esplicativa della Commissione*. 6. *Conclusioni*.

1. Introduzione generale

I servizi di interesse economico generale (“SIEG”) sono uno dei temi più dibattuti del diritto europeo, tanto che il concetto di SIEG, inizialmente utilizzato dall’art. 86 del Trattato di Roma, è sempre più centrale anche a livello nazionale¹, accostandosi, e per certi versi sostituendosi, alla tradizionale nozione di servizio pubblico².

Il reciproco interagire fra il concetto nazionale di *servizio pubblico* e quello europeo di *servizio di interesse (economico) generale*, con il recente – per così dire – prevalere di quest’ultimo, appare confermare ciò che era stato annotato oltre quattro decenni orsono dalla dottrina tedesca del diritto amministrativo.

Nel 1971, infatti, Otto Bachof osservava:

¹ Sulla tradizionale definizione di servizio pubblico nel diritto interno si rinvia a M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1995. Per una rapida ed esauriente esposizione delle diverse posizioni emerse in dottrina – in particolare con riferimento al fronteggiarsi di una concezione soggettiva e di una concezione oggettiva di servizio pubblico – si rinvia a R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 967.

² Sulla nozione di servizio pubblico è obbligato il rinvio a U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964, il cui lascito umano e scientifico è stato sintetizzato, con mirabile combinazione di accuratezza e lucidità d’analisi, da G. FALCON, *Ricordo di Umberto Pototschnig*, in *Le Regioni*, 2012, p. 7.

si fa fatica ad immaginare che, nel lungo periodo, possano continuare ad esistere una accanto all'altra una dogmatica tedesca dell'agire amministrativo, una francese, una italiana ed inoltre ancora una comunitaria europea. Noi non possiamo trascurare ciò³.

È una convinzione, quella del grande giurista tedesco, che è stata ripresa dallo studioso a cui i presenti scritti sono dedicati e che da questi è stata sviluppata con cristallina logica dimostrativa per argomentare, pur con i dovuti distinguo del caso, il progressivo passaggio da un diritto amministrativo nazionale a un diritto amministrativo europeo, in uno scritto risalente all'inizio degli anni '90⁴.

Ivi, il nascente diritto amministrativo europeo⁵ era descritto come intimamente interconnesso con quelli nazionali entro un quadro largamente inesplorato e tale da richiedere, al giuspubblicista che ambisse definirsi «compiutamente formato», un adattamento di metodo, percorsi formativi e prospettive di approfondimento concettuale⁶. I mutamenti in divenire non erano tuttavia considerati così prorompenti da marginalizzare la valenza della dogmatica tradizionale, considerata anzi necessaria ai fini della compiuta costruzione di un diritto amministrativo europeo – «o, se si preferisce, all'elaborazione del diritto comunitario con gli strumenti propri del diritto amministrativo» – in espansione e caratte-

³ O. BACHOF, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in *VVDSt*, 30, Berlin-New York, 1982.

⁴ *Ibidem*, ripresa da G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 351, ora in G. FALCON, *Scritti scelti*, Padova, 2015, p. 219. Sul maturare di principi propri del diritto amministrativo europeo, si veda la successiva elaborazione di D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 41 ss.

⁵ Rispetto al quale la più avanzata riflessione scientifica era all'epoca costituita dall'imponente volume di J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, 1988.

⁶ Soprattutto per quanto riguarda il senso ultimo della comparazione tra sistemi giuridici, giacché cambia «il nostro stesso rapporto con gli altri sistemi nazionali, che cessano di apparirci come mero oggetto di una esterna comparazione, per apparirci invece come le altre parti di un tutto di cui noi pure siamo parte, oggetto di continuo confronto e di un possibile scambio».

rizzato, nei fatti, dagli elementi distintivi tradizionalmente attribuiti ai diritti amministrativi nazionali⁷.

Negli ultimi anni, la ragione dell'interesse scientifico e pratico per i SIEG risiede nella necessità di raggiungere, in questo campo, un delicato equilibrio di regole e principi che contemperino le esigenze pubblicistiche di universalità, qualità e controllo dei costi del servizio, da un lato, e l'applicazione delle regole di concorrenza e sugli aiuti di Stato, dall'altro⁸.

I molteplici interessi che accompagnano l'inquadramento normativo dei SIEG sono riscontrabili nel disposto del Trattato di Lisbona, che si propone di fornire un primo assetto regolatorio ad una materia magmatica attraverso previsioni generali la cui declinazione concreta viene inevitabilmente rimessa all'opera dell'interprete.

Per un verso, l'art. 14 TFUE qualifica i SIEG come valori comuni dell'Unione volti alla promozione della coesione sociale e territoriale, richiedendo agli Stati membri di provvedere affinché i gestori di tali servizi possano operare in condizioni che permettano loro di compiere la propria missione.

Per altro verso, l'art. 106 TFUE dispone che al settore dei SIEG si applicano le norme comunitarie in materia di concorrenza, pur nei limiti in cui tale applicazione non osti all'adempimento della specifica missione ad essi affidata⁹.

⁷ La riflessione scientifica dalla scuola trentina sui temi del diritto amministrativo europeo trova riscontro anche in diversi successivi contributi di Daria de Pretis, tra i quali si ricorda D. DE PRETIS, *Procedimenti amministrativi nazionali e procedimenti amministrativi europei*, in G. FALCON (a cura di), *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario, Ricerche e tesi in discussione*, Padova, 2008, pp. 49-72 e D. DE PRETIS, *Il diritto amministrativo nella prospettiva europea* in G.D. COMPORATI (a cura di), *Fabio Merusi: i sentieri di un magistero*, Napoli, 2012, pp. 1 ss.

⁸ G. CORSO, *I Servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Rivista quadrimestrale dei servizi pubblici*, 1999, p. 7.

⁹ D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 372, per cui il significato della norma è che «non possono essere esentate dalla sottoposizione alle regole del mercato concorrenziale attività che costituiscono dei servizi pubblici soltanto perché tali».

Inoltre, i SIEG sono oggi espressamente richiamati anche dall'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione¹⁰ – dotata, come noto, di valore giuridico pari a quello dei Trattati – che ne riconosce la valenza e il ruolo di promozione della coesione sociale e territoriale all'interno dell'UE¹¹.

Le disposizioni del Trattato si propongono di individuare un compromesso tra la libertà degli Stati membri di perseguire fondamentali obiettivi di interesse pubblico correlati ai SIEG¹² e il rischio che l'azione statale alteri la concorrenza sul mercato interno¹³.

Si perviene, così, ad un assetto che è stato felicemente definito di «concorrenza contingentata», in cui l'azione imprenditoriale del gestore dei SIEG non è determinata soltanto dalle dinamiche di mercato¹⁴, ma rimane almeno in parte collegata e funzionalmente vincolata alla disciplina propria del servizio pubblico¹⁵.

Ne consegue il posizionamento dei SIEG su un ideale crocevia tra regole finalizzate a rimediare i fallimenti del mercato a beneficio del

¹⁰ E. SZYSZCZAK, *Article 36: Access to Services of General Economic Interest*, in C.H. BECK (edited by), *The EU Charter of Fundamental Rights: a Commentary*, Oxford, 2014, p. 969.

¹¹ Ai sensi dell'art. 6, par. 1, comma primo, TUE la Carta dei diritti fondamentali ha oggi lo stesso «valore giuridico dei Trattati». Sul punto, si veda *ex pluribus* M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. BASSANINI, G. TIBERI, *Le nuove istituzioni europee: commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, pp. 99 ss.

¹² G. PASTORI, *I servizi pubblici tra efficienza e fini sociali*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 171.

¹³ M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 91.

¹⁴ Si vedano sul punto le osservazioni di F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, p. 367, per cui, in quest'ottica, il libero mercato non sarebbe un «valore totale», ma un «valore parziale» da contemperare con altri valori ed interessi.

¹⁵ Tale disposizione del Trattato trova corrispondenza nell'art. 8 della legge anti-trust italiana, n. 287/1990: «1. Le disposizioni contenute nei precedenti articoli si applicano sia alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale. 2. Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati».

singolo¹⁶ e regole volte a garantire che tale settore non sia assoggettato, di converso, ai fallimenti dello Stato conseguenti alla concessione di aiuti distorsivi della concorrenza.

Tanto premesso, è agevole comprendere come la legislazione in materia di SIEG¹⁷ sia considerata un banco di prova privilegiato per determinare nel concreto le diverse sfere di azione dello Stato e del mercato¹⁸, con i due ambiti che, a seconda delle differenti fasi storiche e dei diversi contesti di riferimento, ampliano o riducono la propria sfera d'influenza reciproca in un quadro mutevole¹⁹.

2. La incerta definizione di SIEG

Nell'ordinamento europeo, si ritrovano diversi riferimenti a quelli che nell'ordinamento interno sono tradizionalmente definiti “servizi pubblici” e “servizi pubblici locali”. Tra questi, i passaggi più significa-

¹⁶ Il libro verde della Commissione sui servizi di interesse generale del 2003 sembra presupporre, nel campo dei SIEG, un fallimento del mercato, definendo gli OSP come quelle attività “che il mercato non fornirebbe spontaneamente in quanto non convenienti, cosicché solo l'intervento dei pubblici poteri può garantire le prestazioni necessarie a tutti gli utenti”.

¹⁷ Su cui, in particolare, v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006. Con più generale riferimento alla regolazione, si veda S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, pp. 124 ss.

¹⁸ In tal senso, F. CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *Federalismi.it*, 11, 2012.

¹⁹ F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Unione europea*, 2006, pp. 453 ss., per cui «è innegabile che vi sia una tendenza a comprimere le libertà economiche nel settore dei SIEG». Sul punto, cfr. anche G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole del mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1219, per cui «la mancanza di una formula prescrittiva che ne tracci la disciplina contribuisce a consegnare l'esistenza della categoria dei servizi di interesse economico generale ad una dimensione fluttuante, sospesa a metà tra le scelte della politica e le dinamiche del mercato».

In argomento, anche G. NAPOLITANO *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, pp. 40 ss.

tivi riguardano i servizi di interesse generale (SIG), i servizi di interesse economico generale (SIEG) e i servizi sociali di interesse generale (SSIG)²⁰.

I SIG si qualificano come la categoria più ampia e generale, che include le altre due (SIEG e SSIG), secondo uno schema che può essere efficacemente descritto come composto di tre cerchi: il primo, più grande, contiene gli altri due, concentrici e di minori dimensioni.

I due cerchi più piccoli restano in larga parte distinti, ma presentano una residuale area di intersezione, giacché alcuni servizi sociali possono avere un contenuto economico e quindi rientrare anche nell'ambito dei SIEG²¹.

Pur interamente dedicato ai servizi di interesse generale, il protocollo 26 al TFUE non ne fornisce una definizione, che risulta assente anche nel disposto ordinario del medesimo Trattato e nel diritto europeo derivato.

I profili ricostruttivi dell'istituto sono stati quindi tratteggiati dalla giurisprudenza e dalla Commissione europea, che ne hanno guidato lo sviluppo per approssimazioni successive, precisando innanzitutto che si tratta di servizi considerati di interesse generale dalle autorità statali – a livello centrale o locale – e assoggettati a obblighi di servizio pubblico²².

La richiamata dimensione, sia statale che locale, dei servizi di interesse generale ne riconosce la pluralità di livelli di organizzazione e gestione, posto che, come noto, questi possono essere istituiti e resi ai diversi livelli di *governance* territoriale in cui gli Stati membri si articolano.

²⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, «Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa», 2011.

²¹ Sulla distinzione fra le diverse tipologie di servizi di interesse generale, si rinvia al Documento di lavoro dei servizi della Commissione, «Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno», Bruxelles, 24 aprile 2013.

²² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, «Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa», 2011, cit.

Ciò premesso, è bene ricordare che lo specifico profilo della eventuale responsabilità derivante da un'articolazione dei SIEG in contrasto con il diritto europeo²³ rimane distinto da questo quadro pluralistico e territorialmente diffuso, giacché l'unico soggetto responsabile verso l'UE sarà lo Stato, secondo il principio di «indifferenza comunitaria rispetto all'organizzazione amministrativa statale»²⁴.

In virtù di tale principio, «l'ordinamento comunitario non *vede* al di là degli Stati nazionali contraenti del patto di unione, nel quale essi portano come proprio bagaglio gli elementi strutturali della propria organizzazione, senza che tali elementi possano vantare in proprio alcun diritto o alcuna visibilità diversa da quella che compete a qualunque soggetto di diritto»²⁵.

L'ampia nozione di servizi di interesse generale include, come detto, sia servizi privi di contenuto economico, sia quella parte di servizi che riguarda più specificamente attività economiche.

I primi non sono soggetti a una specifica disciplina europea, né alle norme del trattato riguardanti il mercato interno e la concorrenza, ancorché taluni loro aspetti organizzativi possano essere assoggettati ad altre più generali norme del TFUE, come quelle che fondano il principio di non discriminazione su base statale.

Di converso, ai servizi di interesse generale con contenuto economico (e quindi ai SIEG) si applicano le regole poste a tutela del mercato interno e la disciplina in materia di concorrenza, pur con i limiti di cui all'art. 106 TFUE.

Ed è proprio su tali servizi e sull'applicazione agli stessi della regolamentazione in materia di aiuti di Stato che si concentrerà il prosieguo del presente contributo.

²³ Per esempio, in caso di violazione delle regole sui contratti pubblici o sugli aiuti di Stato.

²⁴ L'espressione è di G. FALCON, *Regionalismo e federalismo di fronte al diritto comunitario*, ora in G. FALCON, *Scritti scelti*, cit., p. 254.

²⁵ G. FALCON, *La "cittadinanza europea" delle Regioni*, in *Le Regioni*, 2001, p. 334. Più di recente, sul ruolo europeo delle Regioni, si veda anche D. DE PRETIS, G. FALCON, *'Loyal cooperation': Italian Regions and the Creation and Implementation of European Law*, in R. SCULLY, R.W. JONES (edited by), *Europe, Regions and European Regionalism*, London, 2010, pp. 75-89.

Come noto, le regole in materia di intese anticoncorrenziali, abuso di posizione dominante e aiuti di Stato si applicano a tutti i soggetti qualificabili come “imprese” ovvero – come ha precisato una giurisprudenza sugli artt. 101 e 102 TFUE, pacificamente applicabile anche agli aiuti di Stato²⁶ – a tutte quelle entità che svolgono un’attività economica consistente nello scambio di beni e servizi su un dato mercato, a prescindere dalla forma giuridica assunta²⁷.

Muovendo dal disposto degli artt. 14 e 106 TFUE, la giurisprudenza ha precisato che i SIEG sono attività economiche funzionali all’interesse pubblico, che non sarebbero svolte in assenza di un intervento statale o che sarebbero svolte a condizioni meno favorevoli in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento e accesso universale²⁸.

Caratteristica fondamentale e distintiva dei SIEG è quella per cui sui fornitori di tali servizi incombono specifici obblighi di servizio pubbli-

²⁶ Come ha precisato il TUE, 24 marzo 2011, T-433/08, *Freistaat Sachsen*, «le nozioni di impresa ed attività economica sono identiche in tutti i settori del diritto della concorrenza, che si tratti di disposizioni rivolte alle imprese o agli Stati membri, dato che tutte tali disposizioni concorrono alla realizzazione di un solo obiettivo, cioè a quello di cui all’art. 3 lett. g) TCE consistente nella realizzazione di un regime che assicuri che la concorrenza non sia falsata sul mercato interno».

²⁷ I Trattati e il diritto europeo derivato non forniscono una definizione di impresa ai fini dell’applicazione delle regole in materia di concorrenza e aiuti di Stato, che è stata quindi individuata in via pretoria dal giudice europeo. Sin dalla sentenza 13 luglio 1962, C-19/61, *Mannesman*, la Corte di Giustizia ha statuito che costituisce impresa «qualsiasi entità che esercita un’attività economica a prescindere dal suo *status* giuridico e dalla sua modalità di finanziamento». In termini, CGUE, 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner e Elser*, punto 21; CGUE, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*, punto 77; CGUE, 12 settembre 2000, C-180/98, C-184/98, *Pavlov*, punto 74, CGUE, 10 gennaio 2006, C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e a.*, punto 107. Diviene quindi dirimente determinare in che cosa consista l’esercizio di un’attività d’impresa economicamente rilevante che, secondo la giurisprudenza, risulta integrato da «qualsiasi forma di partecipazione agli scambi economici di beni e servizi, anche a prescindere dal perseguimento di uno scopo di lucro» – CGUE, 16 giugno 1987, C-118/85, *Commissione/Italia*, punto 7; CGUE, 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione/Italia*, punto 36.

²⁸ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001.

co (“OSP”), che i meccanismi di mercato potrebbero non garantire in quanto non redditizi²⁹.

In altri termini, come osserva la migliore dottrina, l’imposizione di OSP al soggetto incaricato surroga l’intervento diretto della mano pubblica in settori che, per la loro importanza strategica e i plurimi interessi in gioco, non possono essere completamente lasciati all’affermarsi delle forze di mercato³⁰.

Sotto il profilo funzionale, la Corte di giustizia ha ulteriormente qualificato i SIEG come servizi che presentano caratteri specifici e di pubblica rilevanza rispetto alle altre attività economiche³¹.

La relazione di funzionalità diretta dei SIEG rispetto ad un più ampio novero di diverse attività economiche è ben sintetizzata dalla sentenza *Corsica Ferris*³², ove l’opera degli ormeggiatori portuali è stata ascritta all’ambito dei SIEG in quanto gli stessi sono vincolati a prestare, in ogni momento e a qualsiasi utente, un servizio universale correlato a esigenze di sicurezza delle acque³³.

Poste tali premesse generali, che mettono a fuoco almeno i tratti salienti dei SIEG, è necessario ribadire che è difficile individuarne una definizione univoca e precisa, dacché la stessa, per sua natura elastica e inappagante³⁴, può variare a seconda del contesto specifico, degli sviluppi tecnologici e, più in generale, dell’assetto dei rapporti fra Stato e mercato nei diversi ambiti nazionali.

²⁹ CGUE, 10 dicembre 1991, C-179/9, *Merci convenzionali porto di Genova*.

³⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui “nuovi servizi pubblici”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 945.

³¹ CGUE, 10 dicembre 1991, C-179/9, *Merci convenzionali porto di Genova*.

³² CGUE, 22 gennaio 1998, C-266/96, *Corsica Ferries France Sa*. È stato ritenuto un SIEG anche il servizio reso da un’impresa che gestisce il più importante sbocco fluviale dello Stato a cui appartiene – CGUE, 4 luglio 1971, C-10/71, *Muller*.

³³ Si consideri che la Corte di giustizia ha incluso nella categoria dei SIEG anche il servizio nautico di vigilanza ambientale con costi a carico dei vettori marini – CGUE, 18 marzo 1997, C-343/95, *Diego Cali e figli*. Molto più intuitivamente sono stati ricondotti all’ambito dei SIEG i servizi riguardanti la salute e l’attività sanitaria – TUE, 12 febbraio 2008, T-289/03, *BUPA e altri contro Commissione*.

³⁴ B. SORDI, *Servizi pubblici e concorrenza: su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, p. 577.

Per tutte queste ragioni, le amministrazioni statali godono di una considerevole discrezionalità nella definizione dei SIEG³⁵, fatti salvi i limiti espressamente posti dalla legislazione comunitaria in determinati settori³⁶. Peraltro, anche l'intervento della legislazione europea in materia non è a propria volta del tutto libero, ma dovrà tenere conto delle competenze specificamente devolute dai Trattati all'intervento delle istituzioni europee e dei canoni di proporzionalità e sussidiarietà.

Quest'ultimo principio, in particolare, sembra *prima facie* destinato a giocare un ruolo di «filtro» rispetto all'influenza comunitaria in un settore fortemente soggetto alle scelte della politica nazionale e alla disponibilità di risorse finanziarie statali³⁷.

Non deve tuttavia trascurarsi, come annotato da Falcon sin dagli anni '90, che il principio di sussidiarietà è «necessariamente suscettibile di funzionare sia nella direzione dell'accentramento che in quella del decentramento [...], sicché il suo concreto funzionamento, e l'accentuazione dell'uno o dell'altro aspetto, risulta determinato dalle politiche, dai valori condivisi e dai rapporti di forza tra le istituzioni interessate».

Tale considerazione serve a comprendere come, rispetto al tema dei SIEG, vi sia spazio per una strutturale e continua dialettica – di interesse per gli studiosi e ben presente nei fatti agli addetti ai lavori – fra sfera nazionale ed europea, con quest'ultima chiamata a esercitare una funzione di garanzia delle regole e dei principi del mercato interno.

Si tratta di una funzione di garanzia che si sostanzia nel controllo riservato alla Commissione e alla Corte di giustizia su eventuali errori

³⁵ Comunicazione della Commissione, 20 novembre 2007, n. 725.

³⁶ Nei settori armonizzati a livello europeo quali telecomunicazioni, poste ed energia, si ritiene che gli interessi generali siano già stati presi in considerazione dal legislatore dell'Unione. In questi ambiti, il margine di manovra degli Stati membri risulta quindi ridotto e non può contrastare con le regole di armonizzazione europee.

³⁷ F. CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *Federalismi.it*, 11, 2012, p. 17, che osserva come il principio di sussidiarietà sottenda spesso l'autonomia dello Stato membro nel ripartire i compiti fra mercato e Stato e nello stabilire il *quantum* di servizio pubblico garantito ai propri cittadini. Secondo l'A., in questa fase entrerebbe in gioco non solo l'istituzione di un SIEG, ma anche la definizione di quel che rimane dei SIG, sottratti al mercato e lasciati a politiche nazionali di finanziamento e sussidio.

manifesti delle autorità statali nella qualificazione di una data attività come SIEG³⁸.

Al proposito giova qui annotare che, dato il carattere blando del sindacato della Commissione sull'errore manifesto, gli enti locali risultano molto responsabilizzati rispetto alla qualificazione dei SIEG³⁹: è un tema che, rispetto alla delicata questione del riparto di competenza, fronteggia nel diritto interno un «vuoto» lasciato dalla riforma del titolo V della Costituzione e solo in parte riempito dalla nota giurisprudenza costituzionale sulla materia della tutela della concorrenza⁴⁰.

Ciò genera inevitabilmente una serie di problemi dogmatici e pratici che, dalla sfera europea, si trasferiscono sul fronte dei rapporti interni⁴¹ fra Stato e Regioni⁴².

3. SIEG e applicabilità delle regole sugli aiuti di Stato

Diversamente da quanto accade per le attività non economiche rientranti nell'ampio ambito dei SIG, il settore dei SIEG è assoggettato alle

³⁸ Si vedano al riguardo TUE, 15 giugno 2005, T-17/02 *Fred Olsen*, punto 216 e TUE, 12 febbraio 2008, T-289/03, *BUPA e altri contro Commissione*. Quanto al test sull'errore manifesto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia e la prassi della Commissione hanno fornito alcune indicazioni. Per esempio, è stato ritenuto errore manifesto qualificare come SIEG le operazioni portuali di imbarco, sbarco e in genere di movimentazione di merci in quanto prive del carattere di servizi dotati di un interesse economico generale con caratteri specifici diversi rispetto ad altre attività. Parimenti, costituisce errore manifesto inserire attività di pubblicità, commercio elettronico e utilizzo di numeri speciali in giochi a premi nella categoria dei SIEG relativi al servizio pubblico audiovisivo. Ancora, non sono SIEG i servizi a banda larga dedicati soltanto a parchi di imprese di cui non beneficiano tutta la popolazione.

³⁹ D. DE PRETIS, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in *DPCE*, 2006, pp. 803 ss.

⁴⁰ G. FALCON, *Ripensando le istituzioni territoriali fra diritto pubblico e esperienza*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2014, p. 13.

⁴¹ G. FALCON, *Dieci anni dopo: un bilancio della riforma del titolo V*, ora in G. FALCON, *Scritti scelti*, cit., p. 633.

⁴² Sul punto specifico si veda, *ex pluribus*, Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, ove il Professor Falcon difendeva gli interessi delle Regioni Emilia Romagna, Umbria e Liguria.

regole in materia di concorrenza e aiuti di Stato (artt. 101, 102 e 107 TFUE), in quanto le corrispondenti attività sono svolte da imprese che scambiano beni e servizi sul mercato. Ciò va precisato pur dovendosi considerare il più volte menzionato limite all'applicabilità delle regole di concorrenza che risultino ostative al compimento della specifica missione di servizio pubblico ex art. 106 TFUE.

Al fine di trovare un adeguato compromesso fra logica di mercato e intervento pubblico in economia, la disciplina sugli aiuti di Stato applicabile ai SIEG prevede alcune *specifiche deroghe* rispetto al quadro normativo preordinato all'attuazione delle regole sugli aiuti di Stato nei settori ordinari.

Tali deroghe trovano la propria ragione giustificativa nell'interesse pubblico legato al settore dei servizi di interesse economico generale, che ammette incentivi statali maggiori rispetto a quelli concessi in altri comparti, e nella connessa esigenza di garantire che gli OSP assunti dal gestore siano sì compensati, ma nel rispetto di canoni di necessità e proporzionalità⁴³.

Una compensazione eccessiva potrebbe infatti distorcere le dinamiche di mercato, favorendo indebitamente il gestore incaricato, con pregiudizio sia dei concorrenti già presenti sul mercato che di quelli potenzialmente entranti⁴⁴.

La Commissione ha recentemente disciplinato il tema degli aiuti di Stato ai gestori di SIEG attraverso un pacchetto di quattro atti⁴⁵, che ha

⁴³ Sul principio di proporzionalità, è obbligato il rinvio a J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, revised st. ed., 2006, pp. 680-702. In aggiunta, si vedano i saggi di P. CRAIG, *Unreasonableness and proportionality in UK Law* e di F.G. JACOBS, *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, entrambi in E. ELLIS (edited by), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 2009, rispettivamente alle pp. 1 ss. e 85 ss.

⁴⁴ G. NAPOLITANO, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale. I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, pp. 218 ss.

⁴⁵ Regolamento UE della Commissione, 25 aprile 2012, n. 360, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di importanza minore ("de minimis") concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale». Decisione della Commissione del 20 dicembre 2011 riguardante «l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del

sostituito il precedente quadro di riferimento (risalente al 2005), perseguendo obiettivi di chiarificazione della disciplina, cristallizzazione della giurisprudenza della Corte di giustizia e semplificazione degli oneri amministrativi legati all'*enforcement* per gli aiuti di importanza minore (*de minimis*)⁴⁶.

E proprio con riferimento al nuovo Regolamento *de minimis* n. 360/2012 è possibile trovare un primo e concreto riscontro rispetto alla precedente affermazione circa il maggior *favor* che il diritto europeo mostra per la predisposizione di incentivi statali nel settore dei SIEG rispetto ai settori ordinari⁴⁷.

Più in particolare, il Regolamento n. 360/2012 ritiene non rientranti nel campo di applicazione dell'art. 107, par. 1, TFUE – e quindi non soggetti all'obbligo di notifica alla Commissione – gli aiuti concessi ad imprese per la fornitura di servizi di interesse economico generale che non superino l'importo di 500.000 euro su tre esercizi finanziari⁴⁸.

Il massimale *de minimis* nell'ambito dei SIEG risulta quindi più che raddoppiato rispetto al massimale di cui alla disciplina generale, che è come noto pari a 200.000 euro da rendersi parimenti in tre esercizi finanziari⁴⁹.

Nel caso in cui l'aiuto non sia concesso attraverso una sovvenzione in denaro, sarà necessario convertire i benefici conseguenti dalle misure

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale» (2012/21/UE). Comunicazione della Commissione sull'«applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale» (2012/C 8/02). Comunicazione della Commissione sull'«applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale».

⁴⁶ Si vedano, sul punto, L. IDOT, *Du paquet "Monti-Kroes" ou "post-Altmark" au paquet "Almunia"*, in *Europe*, 2011, p. 58, e G. KAFLECHE, J.G. SORBARA, *Les compensations de service public du Paquet Almunia, une obscure clarté*, ibid., 2012, p. 4.

⁴⁷ E. SZYSZCZAK, J.W. VAN DE GRONDEN, *Financing Services of General Economic Interest: Reform and Modernization*, Berlin, 2013.

⁴⁸ Calcolati al lordo di ogni imposta.

⁴⁹ D. GERADIN, *Public Compensation for Services of General Economic Interest: an Analysis of the 2011 European Commission Framework*, in *European State Aids Law Quarterly*, 2012, pp. 51 ss.

di aiuto in «equivalente sovvenzione lordo», attualizzando gli aiuti resi in più quote al loro valore nel momento della concessione⁵⁰.

Al fine di evitare abusi si prevede che, nel caso in cui l'importo complessivo dell'aiuto superi il massimale *de minimis*, questo non potrà essere esentato nemmeno per la parte rientrante nelle soglie previste da tale disciplina.

La scelta di politica legislativa che esclude dalla nozione di aiuto gli importi non superiori a 500.000 euro rese ai gestori di SIEG si basa sulla considerazione che le imprese attive in tali settori incorrono in costi aggiuntivi connessi alle finalità pubblicistiche perseguite a tutela del singolo in un'ottica solidaristica, che trova peraltro solidi fondamenti nel diritto interno⁵¹.

Per altro verso, questa opzione trova giustificazione nella constatazione che la prestazione di tali servizi ha solitamente una portata territoriale limitata⁵², incidendo in maniera ridotta sulle dinamiche del merca-

⁵⁰ In applicazione di tale principio, gli aiuti concessi in forma di prestito saranno considerati come aiuti *de minimis* se l'equivalente sovvenzione lordo calcolato sulla base dei tassi di riferimento vigenti al momento della concessione non supera il massimale di 500.000 euro. Sotto diverso profilo, gli aiuti concessi in forma di conferimento di capitale rientreranno nel campo di applicazione delle regole *de minimis* sui SIEG se l'ammontare del capitale conferito non supera la medesima soglia massimale. Lo stesso discorso è replicabile per gli aiuti concessi in forma di misure a favore del capitale di rischio, che dovranno limitarsi ad apporti di capitale per un importo non superiore a 500.000 euro. In corrispondenza a quanto previsto dalla disciplina *de minimis* orizzontale, e per chiarire un punto risultato in passato poco chiaro nella prassi, si prevede che rientrano nella soglia *de minimis* anche le garanzie sui prestiti non superiori a 3.750.000 euro, a condizione che l'impresa beneficiaria non risulti "in difficoltà" sulla base degli orientamenti comunitari. La garanzia non deve superare l'80% del prestito.

⁵¹ Sul tema dei diritti sociali e sulla loro difficoltosa riconducibilità alla categoria ordinante delle obbligazioni pubbliche, si rinvia a G. FALCON, *Obbligazioni pubbliche*, ora in G. FALCON, *Scritti scelti*, cit., p. 215.

⁵² Sia concesso il rinvio a S. CORNELLA, *The Market Economy Investor Principle to Evaluate State Aids. Latest Development and New Perspectives*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4, 2015, p. 553 e ss.

to interno ed esulando quindi dalla nozione di aiuto di Stato ex art. 107 TFUE⁵³.

Tanto premesso al fine di fondare l'assunto per cui le regole degli aiuti di Stato trovano un'applicazione peculiare e dedicata nel campo dei SIEG, nel prosieguo ci si concentrerà sul tema di maggiore interesse ai fini della presente trattazione, ovvero quello della compensazione degli obblighi di servizio pubblico.

Tale tematica risulta di primaria importanza sia sotto il profilo scientifico che dal punto di vista pratico, posto che la compensazione degli OSP costituisce un utile ambito di riscontro per verificare quali sono i limiti che il diritto europeo impone all'intervento degli Stati membri in settori dell'economia che sono strategici sia in una prospettiva di sviluppo economico che in un'ottica di tutela dei bisogni del singolo⁵⁴.

Sotto diverso profilo, giova annotare che le compensazioni di OSP integrano le fattispecie più considerevoli di elargizione di risorse pubbliche in favore dei gestori di SIEG e possono quindi risultare particolarmente deleterie per lo sviluppo del mercato interno, con conseguente e peculiare attenzione della Commissione europea al riguardo.

⁵³ R. FERRARA, *Profili della disciplina dei servizi di interesse economico generale: aiuti di Stato e principi dell'Unione europea in materia di concorrenza*, in *Dir. econ.*, 2013, pp. 321 ss.

⁵⁴ Su come un'ottica squisitamente di mercato incardinata nella legislazione possa comprimere interessi diversi e improntati a valori solidaristici, sono suggestive le riflessioni formulate in alcuni scritti di Natalino Irti, ove emerge che il diritto moderno è ormai sempre più caratterizzato dalla svalutazione di ogni fondamento trascendente dello stesso e che le norme giuridiche diventano ormai espressione degli interessi economici, politici e tecnologici ritenuti di volta in volta prevalenti. Ne consegue che la 'razionalità' del diritto più recente non avrebbe altro referente che la funzionalità delle sue regole in rapporto a determinati scopi. In argomento si veda, in particolare, il saggio di N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma, 2007, rispetto al quale si rinvia alla recensione, che nel suo sviluppo diventa strumento di un confronto intellettuale franco ed elevato, di G. FALCON, *Recensione a: N. Irti, "Il salvagente della forma"*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 637 ss.

4. Obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato: la sentenza Altmark e la giurisprudenza precedente

Come si è precisato, la qualificazione di una determinata attività come SIEG comporta l'imposizione di OSP a carico dell'impresa incaricata, che è chiamata a rendere prestazioni che non verrebbero spontaneamente rese dal mercato o che verrebbero fornite a costi eccessivi e a condizioni troppo gravose⁵⁵.

Tali prestazioni possono essere compensate⁵⁶ dallo Stato in quanto rese secondo criteri antieconomici, ma la compensazione deve rispettare i limiti e le condizioni posti dalla disciplina europea sugli aiuti di Stato qui rilevante, almeno a parere di chi scrive, più come legislazione a tutela del mercato interno e della sua omogeneità, che come "disciplina di concorrenza applicabile agli Stati membri".

In merito alla qualificazione giuridica delle compensazioni per obblighi di servizio pubblico ("OSP"), in dottrina e giurisprudenza si sono inizialmente contrapposti due diversi approcci.

Un primo orientamento qualifica aprioristicamente le misure compensatorie come aiuti di Stato riconducibili alla disciplina di cui agli artt. 107 e ss. TFUE (*criterio dell'aiuto di Stato*)⁵⁷.

Un secondo e diverso approccio ermeneutico muove invece dalla premessa per cui si è in presenza di un aiuto di Stato soltanto laddove

⁵⁵ Si consideri che un'esenzione fiscale concessa alle banche pubbliche in Spagna è stata ritenuta contraria alla disciplina sugli aiuti di Stato in quanto gli istituti di credito non erano investiti di uno specifico "compito" pubblico. CGUE, 5 marzo 1994, C-295/97, *Banca Exterior de Espana*.

⁵⁶ La compensazione può avvenire non solo con la corresponsione di una sovvenzione in denaro, ma anche attraverso esenzioni fiscali, agevolazioni di pagamento, rateizzazioni di debiti, operazioni di *sale and lease back* tra pubblico e privato a corrispettivi agevolati.

⁵⁷ TUE, 27 febbraio 1997, T-106/95, *FFSA*; TUE, 10 maggio 2000, T-46/97, *Sociedade Independente de Comunicacao*; CGUE, 22 giugno 2000, C-332/98, *Celf*. Nel medesimo senso di ritenere necessaria la notifica alla Commissione, si veda CGUE, 5 marzo 1994, C-295/97, *Banca Exterior de Espana*. Il cd. *State Aid Approach* è stato in prima battuta adottato anche dalla Commissione europea nella *Comunicazione sui servizi di interesse generale in Europa del 19 gennaio 2002*. Si vedano anche Decisione, 12 maggio 1998, *Credit Mutuel* e Decisione, 21 agosto 1999, *Kinderkanal Phoneix*.

un'impresa privata consegua dalla compensazione un vantaggio di derivazione pubblicistica rispetto alle altre imprese (*criterio della compensazione*)⁵⁸.

Conseguentemente, non costituirebbe aiuto la sovvenzione non eccedente una remunerazione adeguata per i servizi prestati e per i costi aggiuntivi sostenuti, giacché il *vantaggio* necessario perché venga in rilievo l'art. 107 TFUE ricorre solo in caso di una sovra-compensazione⁵⁹ eccedente la copertura dei costi⁶⁰.

La distinzione fra i due orientamenti è rilevante sotto il profilo teorico e pratico.

Dal punto di vista teorico, è infatti chiaro che la più ridotta o ampia qualificazione delle compensazioni per obblighi di servizio pubblico come "aiuti di Stato" è strettamente connessa allo *scope of application* degli articoli 107 e 106 TFUE, riverberandosi sull'interpretazione di tali disposizioni e, di conseguenza, sul più ampio campo dei rapporti fra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali.

Sotto diverso profilo, come diretto corollario pratico e procedurale, la qualificazione delle misure compensatorie degli OSP secondo il *criterio dell'aiuto di Stato* implica la necessità di adempiere agli oneri

⁵⁸ In tal senso, le conclusioni dell'allora Avvocato generale Tizzano nel caso *Ferring* per cui «l'esigenza di compensare extraoneri di servizio pubblico non si limita a rappresentare la causa o lo scopo delle misure in esame, ma si riflette necessariamente anche sugli effetti delle stesse, dato che rende economicamente neutro l'intervento pubblico ed evita che questo possa produrre ingiustificate distorsioni di concorrenza».

⁵⁹ Si veda in argomento il punto 32 della sentenza *Ferring*, per cui una compensazione finanziaria non sarebbe aiuto di Stato al ricorrere di due condizioni: se gli OSP determinano dei costi aggiuntivi per l'impresa incaricata e se vi sia equivalenza fra l'ammontare della compensazione e gli extra costi sostenuti.

⁶⁰ CGUE, 22 novembre 2001, C-53/2000, *Ferring*, con nota di M. MEROLA, C. MEDINA, *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, pp. 639 ss.

Sul punto, si veda anche P. NICOLAIDES, *Compensation for Public Service Obligations: The Floodgates of State Aid?*, in *European Competition Law Review*, 2003, pp. 561 ss. In senso conforme, cfr. anche la precedente CGUE, 7 febbraio 1985, C-240/83, *Adbhu*. In quest'ultima sentenza, le indennità percepite da imprese impegnate nel servizio universale di smaltimento degli olii usati sono state ritenute come una semplice contropartita di prestazioni antieconomiche effettuate. In termini, anche Decisione della Commissione, 21 febbraio 1995, 135/92.

procedurali che si accompagnano all'applicazione della disciplina sugli *State aids*, primo fra tutti quello di notifica preventiva dell'aiuto alla Commissione europea.

Di converso, qualora si segua il *criterio della compensazione*, gli adempimenti preliminari di notifica sarebbero rimossi, con la sola possibilità di un controllo *ex post* da parte della Commissione⁶¹.

L'incertezza creata dal fronteggiarsi di due orientamenti contrapposti e, come visto, con implicazioni molto diverse fra loro, ha portato la Corte di giustizia a fare chiarezza sul punto nella sentenza *Altmark*, che costituisce il *leading case* in materia e una sorta di compromesso virtuoso fra i due approcci emersi in precedenza⁶².

I giudici del Lussemburgo hanno infatti osservato che, nella misura in cui si limita a remunerare un obbligo di servizio pubblico, la compensazione non costituisce un aiuto ai sensi del Trattato, mancando il conferimento di un sostanziale *vantaggio* per l'impresa beneficiaria, che non risulterà quindi favorita rispetto ai propri concorrenti.

Tuttavia, perché possa essere effettivamente esclusa l'applicabilità della disciplina sugli aiuti di Stato ed evitato l'adempimento dell'onere di notifica alla Commissione, sarà necessario accertare quattro specifiche condizioni cumulative: i) l'impresa beneficiaria deve essere esplicitamente incaricata di obblighi di servizio pubblico ben definiti; ii) i parametri per il calcolo delle compensazioni andranno determinati in *via preventiva* secondo metodi trasparenti e obiettivi; iii) la compensazione non potrà eccedere quanto necessario per compensare gli oneri di servizio pubblico, tenendo conto dei possibili introiti, così come di un ragionevole margine di utile; iv) nel caso in cui l'impresa incaricata non sia selezionata sulla base delle regole in materia di appalti – che si presume garantiscano la fornitura del servizio al costo minore per la collettività – l'ammontare della compensazione dovrà essere determinato sulla base dei costi di un'impresa media gestita in modo efficiente e dotata di

⁶¹ Sul punto R. CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze fra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, pp. 1176 ss.

⁶² CGUE, 24 luglio 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft*, con nota di A. SINNAEVE, *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, pp. 351 ss.

mezzi adeguati (anche in questo caso computando eventuali introiti e un margine di utile ragionevole).

La chiarezza esplicativa e il rigore metodologico della sentenza *Altmark* si sono tuttavia dovuti scontrare con le difficoltà nell'applicare concretamente i criteri ivi contenuti rispetto ai diversi casi riscontrabili nella prassi⁶³.

È quindi risultato necessario un intervento chiarificatore della Commissione, che ha cristallizzato gli approdi della sentenza *Altmark* in una apposita Comunicazione, cercando di chiarirne i profili applicativi principali e di più difficile declinazione⁶⁴.

5. La difficile applicazione concreta della sentenza *Altmark* in taluni casi complessi e la Comunicazione esplicativa della Commissione

Il fondamentale disposto della sentenza *Altmark*⁶⁵ è stato meglio precisato dalla Commissione in un'apposita Comunicazione⁶⁶, volta a

⁶³ In tal senso si vedano, CGUE, 24 novembre 2003, C-34/01, *Enirisorse contro Ministero delle Finanze*; CGUE, 20 novembre 2003, C-126/01, *Gemo SA*. Tra le decisioni della Commissione, si rinvia *ex pluribus* a decisione, 20 aprile 2005, *Canone di abbonamento RAI*; decisione, 6 maggio 2005, *France/ Redevance radiodiffusion*; decisione, 7 febbraio 2004, *Danske Busvognmend contro Commissione*; decisione, 7 febbraio 2004, *Ireland public service Obligation*.

⁶⁴ E. SZYSZCZAK, *Altmark Assessed*, in E. SZYSZCZAK, *Research Handbook on European State Aid Law*, London, 2011, p. 293.

⁶⁵ J.M. THOUÉIN, *The Altmark Case and its Consequences*, in M. KRAJEWSKI (ed.), *The Changing Legal Framework for Services of general Economic Interest in Europe*, The Hague, 2009.

⁶⁶ Sugli effetti giuridici delle Comunicazioni della Commissione europea, si veda in particolare, G. GRECO, *Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*, in ID., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2013, p. 129 e ss. Si consideri al riguardo che il pacchetto della Commissione prevede una decisione e un regolamento ai quali si aggiungono due comunicazioni che, pur dispiegando l'efficacia tipica degli atti di *soft law*, sembrano destinate a giocare un ruolo di rilievo per gli interpreti e per orientare l'operato delle amministrazioni nazionali.

definire i concetti di cui alle quattro condizioni cumulative necessarie per soddisfare il test sviluppato della Corte di giustizia⁶⁷.

Con riferimento all'atto di incarico a beneficio dell'impresa chiamata a gestire un determinato SIEG, si prevede che questo possa avere indifferentemente contenuto legislativo, regolamentare o pattizio.

Tale atto deve precisare l'oggetto e la durata degli obblighi di servizio pubblico, così come l'impresa incaricata del servizio e i territori interessati. Si dovrà altresì dare conto della natura di eventuali diritti esclusivi o speciali accordati all'impresa incaricata, congiuntamente ai parametri per il calcolo, il controllo e la revisione della compensazione⁶⁸.

È quindi evidente che gli obblighi di servizio pubblico, per essere ritenuti tali, devono non solo conseguire a valutazioni di interesse generale, ma anche essere cristallizzati in un formale atto d'incarico finalizzato a segnare la distinzione fra un servizio destinato al mercato, ma gravato da una missione di interesse pubblico, e un servizio esclusivamente dedicato al mercato e improntato *in toto* alle dinamiche conseguenti⁶⁹.

I parametri da utilizzare come base di calcolo per la compensazione devono essere definiti *preventivamente* e con metodo trasparente, affinché sia chiaro fin dall'inizio come sarà determinato il ristoro finanziario per evitare sovra-compensazioni che, derogando alla mera copertura dei costi connessi agli OSP, costituiscano aiuto di Stato⁷⁰.

A tale proposito la compensazione non può eccedere la copertura totale o parziale dei costi originati dall'adempimento degli OSP, tenendo in debito conto gli introiti corrispondenti, nonché un margine di utile ragionevole a beneficio del gestore del servizio.

Ed è proprio il concetto di margine di utile ragionevole che ha creato talune incertezze operative nella prassi, tanto che questo viene oggi de-

⁶⁷ Comunicazione della Commissione sull'«applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale» (2012/C 8/02).

⁶⁸ *Ibidem*, sezione 3.3.

⁶⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 1063 ss.

⁷⁰ Comunicazione della Commissione, punti 54 ss.

finito in termini espliciti dalla Commissione come «il tasso di remunerazione del capitale che sarebbe richiesto da un'impresa media per valutare se prestare o meno un dato servizio di interesse economico generale per l'intera durata dell'incarico, tenendo conto del livello di rischio»⁷¹.

Il tasso di remunerazione va determinato, ove possibile, in relazione al tasso di rendimento del capitale realizzato con contratti simili aggiudicati in condizioni di concorrenza, per esempio a seguito di una procedura di evidenza pubblica. In assenza di tali termini di raffronto, sarà possibile fare riferimento ad imprese simili poste in altri Stati membri o a imprese di altri comparti, salva ovviamente la necessità di considerare le caratteristiche specifiche del settore in esame e le sue peculiarità nazionali⁷².

Emerge quindi con chiarezza l'intento della Commissione di aumentare efficienza e competitività nel settore dei SIEG attraverso strumenti contabili adeguati e rigorosi, che scongiurino sovra-compensazioni e incoraggino gestioni efficienti e trasparenti volte al contenimento degli oneri finanziari pubblici.

La quarta e forse più complessa condizione della sentenza *Altmark* prevede, nella sua prima parte, che la selezione del contraente tramite una procedura di evidenza pubblica aperta, trasparente e non discriminatoria⁷³ è generalmente sufficiente per escludere la presenza di una sovra-compensazione per gli OSP⁷⁴.

⁷¹ Comunicazione della Commissione, punto 61.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Su come l'esperimento di una procedura di evidenza pubblica adeguatamente competitiva possa escludere il ricorrere di aiuti di Stato nel campo delle partnership fra pubblico e privato si vedano decisione della Commissione, 2 ottobre 2002, *London Underground Public Private Partnership*; decisione, 22 dicembre 1999, *The Netherlands Container Terminal Utrecht* e decisione della Commissione, 8 febbraio 2000, *United Kingdom South Wales European Rail Freight Terminal*.

⁷⁴ M.T. KARAYIGIT, *Under the Triangle Rules of Competition, State aid and Public Procurement: Public Undertakings Entrusted with the Operation of Services of General Economic Interest*, in *European Competition Law Review*, 2009, p. 542.

Si determina così un punto di intersezione fra la disciplina sugli aiuti di Stato e quella sui contratti pubblici, che diventa una sorta di canone interpretativo delle regole di cui agli artt. 107 e ss. TFUE⁷⁵.

È necessario precisare che la prassi ritiene adeguato a tal fine l'esperimento tanto di una procedura aperta, quanto di una procedura ristretta⁷⁶. Per contro, il ricorso al dialogo competitivo o alla procedura negoziata con pubblicazione del bando potrà essere sufficiente a far presumere la non sussistenza di un aiuto di Stato soltanto in casi eccezionali⁷⁷.

Quanto ai criteri di selezione dell'offerta, quello del prezzo più basso viene ritenuto pacificamente funzionale ad escludere sovra-compensazioni, al pari del canone dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a condizione che i diversi elementi considerati in quest'ultima ipotesi siano adeguatamente collegati con l'oggetto del contratto⁷⁸.

Resta salvo il principio, ispirato all'approccio marcatamente sostanzialista che contraddistingue il giudice europeo⁷⁹, per cui l'esperimento formale delle procedure di evidenza pubblica previste dalla disciplina sugli appalti pubblici non garantisce il rispetto della quarta condizione di cui alla sentenza *Altmark* allorché la procedura non generi un adeguato livello di confronto concorrenziale⁸⁰.

⁷⁵ Per un commento risalente, ma efficace, si veda A. BARTOSCH, *The Relationship between Public Procurements and State Aid Surveillance: the Toughest Standard Applied*, in *Common Market Law Review*, 2002, pp. 551 ss.

⁷⁶ C.H. BOVIS, *Financing Services of General Interest in the EU: How do Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate between Market Forces and Protection?*, in *European Law Journal*, 2005, p. 79.

⁷⁷ P. NICOLAIDES, S. SCHOENMAEKERS, *The Concept of 'Advantage' in State Aid and Public Procurement and the Application of Public Procurement Rules to Minimise Advantage in the New GBER*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2015, p. 143.

⁷⁸ P. NICOLAIDES, *State Aid, Advantage and Competitive Selection: What is a Normal Market Transaction?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2010, p. 69.

⁷⁹ Sul pragmatismo del giudice europeo rispetto alla compatibilità comunitaria delle regole di diritto interno e sulla valorizzazione dei principi di equivalenza ed effettività nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo si veda D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, pp. 1 ss.

⁸⁰ Comunicazione della Commissione, punti 62-68 e TUE, T-268/08 and T-281/08, *Land Burgenland and Austria v. Commission*, 2012, par. 72, con nota di B. HASLINGER,

Ciò può, per esempio, accadere per le particolarità del servizio in oggetto, per l'esistenza di peculiari diritti di proprietà intellettuale, qualora un *player* di mercato detenga un'infrastruttura strategica, oppure nel caso in cui vi sia una sola offerta presentata nell'ambito della procedura⁸¹.

Deve quindi considerarsi che può ricorrere l'ipotesi in cui l'esperienza di una procedura di evidenza pubblica non è possibile o, anche se astrattamente esperibile, può dare adito ad un confronto privo del necessario grado di concorrenzialità.

In assenza di un reale confronto di mercato, diviene necessario sviluppare dei parametri che, ancorché ipotetici, risultino allo stesso tempo affidabili per remunerare gli OSP attraverso risorse pubbliche senza sconfinare nel conferimento di un indebito vantaggio lesivo della concorrenza.

La prima e più semplice ipotesi metodologica per sviluppare un parametro di individuazione dei costi per gli OSP destinati alla compensazione pubblica potrebbe essere quella di fare riferimento a una remunerazione di mercato generalmente accettata, anche se un simile *benchmark* non è sempre riscontrabile.

In mancanza di tali parametri, la seconda parte della quarta condizione sviluppata dalla Corte di giustizia in *Altmark* prevede che l'importo della compensazione per gli OSP «deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi [...] avrebbe dovuto sostenere per adempiere a tali obblighi»⁸².

È evidente che l'obiettivo ultimo di tale parametro risulta quello di scongiurare una sovra-compensazione tramite il riferimento ai costi eccessivi di un'impresa non efficiente.

Tuttavia, è allo stesso tempo chiaro che il determinare nei fatti “se” e “a quali condizioni” una data impresa possa considerarsi “efficiente”

Tender Procedures in State Aid Law: The Bank Burgenland Case Before the General Court, in *European State Aid Law Quarterly*, 2013, p. 595.

⁸¹ L. HANCHER, P. LAROCHE, *The coming Age of EU Regulation of Network Industries and Services of General Economic Interest*, in P. CRAIG, G. DE BURCA, *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 2001, pp. 743 ss.

⁸² Comunicazione della Commissione, punto 70.

risulta difficile e il concetto non è stato chiarito a sufficienza dalla Commissione, che richiama genericamente la necessità di applicare «criteri oggettivi ed economicamente riconosciuti come rappresentativi di una gestione efficiente»⁸³.

In particolare, l'applicazione del parametro si rivela molto difficoltosa con riferimento alle industrie a rete, ove ricorrono mercati che hanno avviato, a partire dagli anni '90, processi di liberalizzazione lunghi e non sempre lineari⁸⁴. Tali sviluppi hanno determinato assetti di mercato con pochi *players* dotati di dimensioni e strutture dei costi molto diverse fra loro, che conseguono direttamente alle differenti quote di mercato⁸⁵ di cui gode ciascun operatore economico⁸⁶.

Le difficoltà nello sviluppare parametri di riferimento adeguati ed affidabili è emersa con particolare evidenza nel caso *Chronopost*, su cui si è pronunciata la Camera grande della Corte di giustizia⁸⁷, e che riguardava il rapporto fra un'azienda incaricata di una missione di servizio pubblico e una sua sussidiaria, attiva invece su un mercato concorrenziale⁸⁸.

In generale, la difficoltà nell'applicare la quarta condizione della sentenza *Altmark* emerge con evidenza laddove il servizio reso è complesso e vi sono diversi standard di qualità intermedi tra quello di mercato e quello improntato ai canoni del servizio pubblico; il che lascia un ampio margine di discrezionalità alla Commissione (spesso soggetto ad un *judicial review* limitato)⁸⁹.

⁸³ P. NICOLAIDES, *Compensation for Public Service Obligations: The Floodgates of State Aid?*, cit., pp. 561 ss.

⁸⁴ E. SZYSZCZAK, *The Survival of the Market Economic Investor Principle in Liberalised Markets*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2011, p. 35.

⁸⁵ Cui per solito si accompagna un corrispondente e proporzionale “potere di mercato”, che diviene punto centrale delle analisi sul grado di concorrenzialità dei mercati di volta in volta considerati.

⁸⁶ E. SZYSZCZAK, *Services of General Economic Interest and State Measures Affecting Competition*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2013, p. 514.

⁸⁷ CGUE, 1 luglio 2008, C-341/06, *Chronopost SA et La Poste*.

⁸⁸ I ATANASIU, *Chronopost II: The Application of the Market Economy Investor Principle in Reserved Sectors*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2008, p. 573.

⁸⁹ E. SZYSZCZAK, *Altmark Assessed*, in E. SZYSZCZAK, *Research Handbook on European State Aid Law*, cit. Sul tema del sindacato debole si rinvia a J. DERENNE, *Scope*

Da parte sua, la Commissione evidenzia che non è dato presumersi il sussistere di una gestione efficiente qualora i gestori di SIEG siano in utile, giacché i risultati finanziari di questi ultimi sono spesso influenzati dal potere di mercato e dalla regolazione di settore. Si esclude, quindi, per questa via, la possibilità di ricorrere a presunzioni esemplificatorie nel caso in cui la gestione del SIEG copra i costi di esercizio generando un utile supplementare.

Al riguardo, la Commissione prevede la possibilità di fare riferimento ai costi di un'impresa media del settore gestita in modo efficiente nello stesso Stato di quella presa concretamente in esame o, in mancanza di riferimenti affidabili, in altri Stati membri⁹⁰.

È tuttavia evidente che l'esercizio non risulta semplice, in quanto le strutture dei costi d'impresa sono spesso molto diverse, anche in ambiti geografici coincidenti, sicché il pur possibile raffronto con Stati differenti rischia di avere una portata euristica limitata, anche in ragione dei diversi e asimmetrici assetti regolatori vigenti a livello nazionale⁹¹.

In conclusione, è possibile osservare che la verifica circa il rispetto della quarta condizione di cui alla sentenza *Altmark* costituisce un'attività complessa e circondata da notevoli margini di incertezza, che deve essere svolta caso per caso. Ciò dovrà avvenire combinando ad un tempo interpretazione giuridica e consulenza gestionale/contabile, nell'ambito di una valutazione composita e caratterizzata da ampi tratti di discrezionalità tecnica⁹², e rispetto alla quale il giudice europeo ha sino ad oggi adottato un approccio particolarmente rigoroso e restrittivo⁹³.

of Judicial Review in EU Economic Cases, in J. DERENNE, M. MEROLA, *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, Parist, 2012, p. 73.

⁹⁰ P. NICOLAIDES, *Economic Activities and Compensation for Public Service Obligations*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 601.

⁹¹ P. NICOLAIDES, *Compensation for the Net Extra Costs of Public Service Organizations: Complexity and Pitfalls*, in *European Competition Law Review*, 2014, pp. 525 ss.

⁹² Un tema rispetto al quale la scuola trentina del diritto amministrativo ha contribuito al dibattito nazionale attraverso il ben noto lavoro monografico D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

⁹³ CGUE, 27 novembre 2003, C-34/01, *Enirisorse*; TUE, 16 marzo 2004, T-157/01, *Danske Busvognmand v. Commission*; CGUE, 30 marzo 2006, C-451/03, *Servizi ausi-*

6. Conclusioni

L'analisi condotta ha dimostrato la centralità dei concetti di SIG e SIEG tanto nel diritto europeo che, progressivamente, in quelli nazionali, ove l'ampio e controverso concetto di "servizio pubblico" è stato progressivamente affiancato da quelli omologhi di derivazione europea.

Ciò porta ad osservare che i diversi sistemi giuridici tollerano a fatica un doppio binario dogmatico "unionale" e nazionale, convergendo in taluni casi verso le categorie europee come aveva lucidamente osservato e previsto Otto Bachof sin dal 1971.

Quanto alla nozione di SIEG, emerge la complessità nel trovare una definizione appagante e sempre valida.

Le difficoltà di qualificazione che hanno lungamente accompagnato il concetto di "servizio pubblico" a livello interno trovano quindi una sorta di conferma anche in sede europea. Per far fronte a tali difficoltà, si è rivelata decisiva l'opera giurisprudenziale della Corte di giustizia, il che dimostra come il diritto amministrativo europeo presenti una caratteristica che lo accomuna a quelli nazionali, ovvero il ruolo centrale delle corti⁹⁴.

Al riguardo è necessario annotare che, per come emergono dalla giurisprudenza europea, i diversi concetti di "servizio di interesse economico generale" e di "obbligo di servizio pubblico" sembrano pressoché inscindibili, quasi costituiscano una sorta di endiadi, con il concetto di OSP che diviene spesso metro definitorio di quello di SIEG.

In termini più generali, se analizzati alla luce della disciplina vigente in materia di aiuti di Stato, i SIEG dimostrano con chiarezza le reciproche interazioni fra ordinamento giuridico europeo e ordinamento nazionale. Il primo sembra prevalentemente teso a tutelare la progressiva edificazione del mercato interno, evitando che l'organizzazione dei SIEG a livello nazionale possa diventare ostacolo rispetto a questo obiettivo generale. Per contro il diritto nazionale tutela, o dovrebbe tu-

liari dottori commercialisti; CGUE, 10 giugno 2010, C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*.

⁹⁴ G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, cit., p. 228. Si pensi, in particolare, ai sistemi francese e italiano.

telare, le aspettative del singolo e quegli obiettivi di coesione sociale e servizio universale connaturati al concetto stesso di servizio pubblico.

L'influenza dell'ordinamento europeo si nota, in particolar modo, laddove la Commissione e la Corte di giustizia risultano legittimate a sindacare eventuali "errori manifesti" delle amministrazioni nazionali nella qualificazione di talune attività come SIEG.

Il condizionamento della sfera europea su quella nazionale può essere filtrato e ridotto attraverso il principio di sussidiarietà, come pure è stato argomentato⁹⁵. Tuttavia, come ha osservato Falcon sin dagli anni '90, tale canone può essere utilizzato sia per restringere che per aumentare l'influenza del livello superiore su quelli inferiori, a seconda delle diverse situazioni contingenti e delle differenti fasi storiche.

Volendo qui formulare un giudizio, in termini necessariamente tendenziali, sull'attuale grado di influenza dell'ordinamento europeo rispetto a quelli nazionali in materia di SIEG, è possibile osservare che la Commissione sembra da ultimo decisa ad esercitare una funzione di controllo particolarmente attenta e maggiore rispetto al passato.

Ciò è evidente nella decisione 2012/21/UE – sostitutiva di un'omologa decisione risalente al 2005 – che si qualifica come una sorta di esenzione dall'obbligo di notifica alla Commissione per talune compensazioni di OSP con limitati effetti deleteri sul mercato interno, qualora vengano rispettate le condizioni individuate dalla giurisprudenza comunitaria di cui si è dato ampio conto in precedenza.

Ebbene, tale decisione riporta allo scrutinio della Commissione un'articolata serie di casi precedentemente esentati in via preventiva e che oggi sono invece soggetti ad un controllo attento e riguardante, tra gli altri, ambiti strategici come gli aeroporti regionali e i servizi pubblici locali, monitorati con rimarchevole attenzione nell'attuale fase di innegabili difficoltà per la *governance* economica europea⁹⁶.

⁹⁵ F. CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, cit.

⁹⁶ Un confronto fra la disciplina precedente e quella di cui alla decisione 2012/21/UE evidenzia una duplice tendenza per cui la Commissione aumenta il proprio ruolo di controllo in termini generali e con riferimento a settori particolari (come i trasporti), riducendo invece il proprio ambito di azione per particolari servizi a carattere sociale e sanitario. Più precisamente e nel dettaglio, la Commissione accentua ed amplia il pro-

Un'unica eccezione al riguardo si ravvisa per i servizi sociali, che vengono invece esentati senza limiti di sorta, confermando la crescente attenzione del legislatore europeo per alcune tipologie di servizi ritenute meritevoli di tutela ai sensi del nuovo art. 2 TUE, che include fra i fini tendenziali dell'UE il perseguimento di «un'economia sociale di mercato» (in sostituzione della concorrenza)⁹⁷.

Quanto alla compensazione degli obblighi di servizio pubblico e alla sua compatibilità con il plesso normativo che regola la materia degli aiuti di Stato, l'analisi ha individuato come centrale la sentenza *Altmark* della Corte di Giustizia, da taluni ritenuta fra le più importanti mai rese dal giudice del Lussemburgo.

Rispetto a tale sentenza risultano di interesse due profili.

La prima parte della quarta condizione stabilita in *Altmark* prevede che il rispetto della disciplina europea sui contratti pubblici vale come

prio ruolo nella misura in cui si procede ad una sostanziale riduzione della soglia al di sotto della quale gli aiuti vengono esentati, che passa dai 30 milioni di euro di cui al precedente regime agli attuali 15 milioni. Il medesimo ragionamento è replicabile per il settore dei trasporti, dove pure l'ambito di applicazione dell'esenzione è stato ridotto rispetto al passato. La soglia di esenzione relativa agli aeroporti scende infatti da un milione a soli 200.000 passeggeri, permettendo alla Commissione un più ampio scrutinio sulle compensazioni rese a favore degli aeroporti regionali, che costituiscono oggi un mercato in costante crescita grazie all'attività dei vettori a basso costo. La medesima tendenza è infine riscontrabile anche nella rimozione della soglia di esenzione per le imprese con un fatturato inferiore a cento milioni di euro, che permetterà lo scrutinio della Commissione anche su operatori economici con fatturati ben più limitati. Per altro verso, e in controtendenza, il settore dei servizi sociali viene interamente esentato senza limiti di importo, estendendo per questa via i benefici precedentemente riconosciuti ai soli ambiti degli ospedali e dell'edilizia sociale agevolata ad un settore ben più complesso ed articolato.

⁹⁷ Per un verso, il nuovo assetto di valori riconducibile all'art. 2 TUE sembra legittimare una progressiva attrazione dell'ambito dei servizi sociali nel campo della normativa di mercato interno riguardante gli aiuti di Stato e gli appalti, giacché tali servizi hanno spesso contenuto economico. Per altro verso, una volta attratti nell'ambito applicativo del diritto europeo, i servizi sociali sono però soggetti a regole dedicate e meno stringenti (si pensi anche ad alcune disposizioni contenute nelle nuove direttive appalti) volte a raggiungere un compromesso virtuoso fra una logica di mercato e un'impostazione solidaristica che – secondo l'originaria elaborazione degli ordoliberali alla base dell'art. 2 TUE – non è inconciliabile con la prima, ma può anzi divenirne diretta e benefica conseguenza.

presunzione dell'assenza di una sovra-compensazione nel caso in cui la procedura esperita sia adeguatamente concorrenziale. È qui interessante osservare come l'applicazione diretta dell'art. 107 TFEU trovi un proprio canone interpretativo nelle direttive europee sui contratti pubblici, destinate a propria volta ad essere recepite negli ordinamenti nazionali attraverso regole di diritto amministrativo interno.

In secondo luogo, è emersa la difficoltà nell'applicare le condizioni sviluppate in *Altmark* nei casi in cui non sia possibile esperire una procedura di evidenza pubblica adeguatamente concorrenziale, richiedendosi in questo caso valutazioni sui costi generati dagli OSP e sulla loro copertura, che implicano giudizi più generali, complessi e incerti circa l'efficienza gestionale di un dato SIEG.

In conclusione, l'analisi condotta conferma ciò che è noto da tempo, ovvero che «il diritto delle Comunità europee è essenzialmente diritto amministrativo dell'economia» (Bachof), e che può essere affrontato con le categorie e l'apparato concettuale propri della scienza del diritto amministrativo, se solo si accetta di adattare tale apparato ad un contesto in parte nuovo, ma senz'altro meritevole di attenzione.

Ciò osservava all'inizio degli anni '90 proprio lo studioso cui sono dedicati i presenti scritti, con un contributo che lo ha portato ad essere autorevolmente annoverato tra i «fondatori italiani degli studi di diritto amministrativo europeo»⁹⁸.

⁹⁸ S. CASSESE, *Tradizione e innovazione nell'opera di Giandomenico Falcon*, in G. FALCON, *Scritti scelti*, cit., p. XII.

I PRINCIPI NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO DELL'UNIONE EUROPEA

Daria de Pretis

SOMMARIO: 1. *Diritto europeo, dogmatica e principi del diritto.* 2. *Una categoria particolare di principi generali.* 3. *Il ruolo della Corte di giustizia e la fortuna dei principi generali nel diritto comunitario.* 4. *La tecnica di selezione: la comparazione valutativa.* 5. *Il “ritorno” agli ordinamenti nazionali: forza espansiva e mutazioni.* 6. *I diritti fondamentali come principi generali del diritto europeo.*

1. Diritto europeo, dogmatica e principi del diritto

Quasi 25 anni fa, nel 1991, Giandomenico Falcon ci raccontava del passaggio «dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario»¹, partendo da una citazione di Otto Bachof di vent'anni prima². Si trattava di una citazione particolarmente significativa, nella quale il grande giurista tedesco univa la difesa della dogmatica giuridica tradizionale – metodo particolarmente caro alla dottrina giuridica tedesca³, ma spesso criticato al di fuori di essa, e in quel momento al-

¹ *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo europeo* è il titolo del saggio di G. FALCON, destinato a essere letto come prolusione per l'inaugurazione dell'anno accademico 1990-1991 dell'Università degli Studi di Trento e pubblicato in *Riv. it. dir pubbl. com.*, 1991, 351; e ora in ID., *Scritti scelti*, Padova, 2015, p. 219, al quale fanno riferimento le citazioni che seguono.

² La citazione era tratta dalla relazione tenuta da Bachof nel 1971 per l'Associazione dei giuspubblicisti tedeschi su *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, pubblicata in *VVDSt*, 30, Berlin-New York, 1982.

³ V. per tutti recentemente i tre volumi dei *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, a cura di W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN, A. VOßKUHLE, pubblicati in seconda edizione nel 2012, München, che raccolgono il portato dello sforzo ricostruttivo di una folta schiera di studiosi della *nuova dogmatica* del diritto amministrativo.

quanto discusso nella stessa dottrina tedesca⁴ – all’indicazione di una prospettiva del tutto nuova, e per l’epoca certamente audace, verso la quale si sarebbero dovuti orientare i compiti dogmatici del diritto amministrativo: la prospettiva dell’«incorporazione del diritto europeo» nella sua riflessione.

Prendendo spunto da queste riflessioni, Falcon non si limitava a constatare l’esistenza, ormai diffusamente riconosciuta, di un diritto amministrativo proprio dell’amministrazione comunitaria e a soffermarsi sui suoi rapporti con il diritto amministrativo nazionale, ma si spingeva oltre e delineava in modo netto un orizzonte di studio del diritto amministrativo che oggi ci sembra del tutto usuale, ma che in quel momento appariva anch’esso, come le osservazioni di Bachof di vent’anni prima, certamente audace se non addirittura fantasioso. Teorizzava infatti la necessità di una transizione radicale nel modo di percepire e studiare questo ramo del diritto.

Il sistema nazionale, scriveva, deve essere considerato, non più come «un sistema chiuso in se stesso, e semplicemente *parallelo* agli altri, quali il francese, il tedesco o l’inglese, ma come un sistema che *insieme* agli altri (quelli citati, e degli altri Stati membri) fa parte di un sistema più ampio che tutti li ricomprende»⁵. La conseguenza sul piano dogmatico di questa impostazione era che gli stessi concetti del diritto amministrativo comunitario «sono destinati (...) a penetrare direttamente ed indirettamente nel nostro ordinamento, costituendo perciò punto di riferimento e di verifica nonché, è da supporre, fattore di evoluzione e verosimilmente (si ricordino le parole di Bachof citate all’inizio) di avvicinamento»⁶. Al punto che, concludeva Falcon, «lo stesso studioso del diritto amministrativo nazionale non potrà in futuro più dirsi compiutamente formato, senza una conoscenza adeguata di quello comunitario»⁷.

Oggi, passati quasi cinque lustri, questo modo di considerare, insegnare e studiare il diritto amministrativo è divenuto patrimonio normale

⁴ Lo stesso G. FALCON, *op. cit.*, p. 219, nota 2, ci ricorda il vivace dibattito di quegli anni.

⁵ G. FALCON, *op. cit.*, p. 236.

⁶ G. FALCON, *op. cit.*, p. 238.

⁷ *Ibidem.*

e pressoché indiscusso nella cultura giuridica e nella pratica degli amministrativisti. Ciò che allora poteva apparire pionieristico, ossia studiare e insegnare un sistema del diritto amministrativo *normalmente* integrato nella prospettiva europea – come già in quegli anni si faceva a Trento sotto la guida di G. Falcon – è oggi pacificamente considerato l'unico modo corretto e possibile per affrontare il diritto amministrativo nel nostro Paese. E così è, del resto, in tutta Europa⁸.

Il richiamo di Falcon a Bachof e alla dogmatica del diritto amministrativo affermava l'idea di una valenza anche concettuale, e non solo fattuale e operativa, del passaggio dal diritto nazionale al diritto comunitario, da intendere in effetti come «una necessaria “transizione” tra i due ordini di idee»⁹ e quindi in definitiva come passaggio a un *diverso ordine di idee*. Il riferimento alla dogmatica può essere utile anche oggi, e con esso il richiamo al dibattito, sempre vivo nel mondo tedesco e per riflesso nella discussione europea, sulla perdurante utilità del suo metodo e sul suo utilizzo nella ricostruzione del diritto dell'Unione europea, per quanto qui interessa in particolare.

Di recente, un altro studioso tedesco del diritto amministrativo, Eberhard Schmidt-Aßmann ha fatto il punto sugli approdi metodologici e applicativi di quella che egli indica come una *nuova* dogmatica del diritto amministrativo, riferita al contesto nazionale ed europeo¹⁰. Nella sua ricostruzione Schmidt-Aßmann si impegna, fra l'altro, a dimostrare la particolare efficacia del metodo dogmatico come strumento di sistemazione del diritto dell'Unione europea. Proprio per la frammentazione e la asistematicità che lo caratterizzano, esso appare come il diritto più naturalmente destinato a trarre vantaggio dall'elaborazione dogmatica, la quale sola sarebbe in grado di garantirgli la trasparenza e l'accetta-

⁸ V. per tutti l'imponente trilogia dedicata al diritto amministrativo (nell'ambito del trattato *Handbuch Ius publicum Europaeum*, a cura di A. VON BOGDANDY, P.M. HUBER per i tipi di C.F. Müller) a cura di A. VON BOGDANDY, S. CASSESE, P.M. HUBER, e segnatamente i volumi: III *Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, Heidelberg, 2010; IV *Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, Heidelberg, 2011; *Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge*, Heidelberg, 2014.

⁹ G. FALCON, *op. cit.*, p. 226.

¹⁰ E. SCHMIDT-ABMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Ein Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und zukünftigen Aufgaben*, Tübingen, 2013.

zione che gli mancano¹¹. Riprendendo le parole di A. von Bogdandy: «L'orientamento dogmatico costituisce quindi uno strumento significativo per una scienza comune del diritto amministrativo nello spazio giuridico europeo»¹².

In continuità con il percorso ricordato, e nella prospettiva che ci viene suggerita anche oggi, ancora una volta, dalla dogmatica giuridica tedesca, possiamo interrogarci sul modo di considerare il diritto amministrativo nell'Unione europea e sui caratteri del corpo di regole e concetti che lo concretano nei suoi sviluppi attuali. In questo contesto non vi è dubbio che il *sistema dei principi* costituisce uno degli aspetti che più di altri lo connota e si presta a essere considerato come un paradigma di questo nuovo modo di essere dell'intero diritto amministrativo. I principi hanno assunto infatti in esso, e più in generale nel sistema che unisce il diritto dell'Unione europea a tutti i diritti degli Stati membri, secondo la logica di stretta integrazione che abbiamo evocato, una posizione e dei caratteri del tutto peculiari.

Nel ricondurre anche la categoria dei principi del diritto dell'Unione alla sua proposta di dogmatica riformata, Schmidt-Aßmann sottolinea innanzitutto la peculiarità della loro funzione nel complesso sistema delle fonti del diritto europeo. A differenza di quanto accade nel diritto amministrativo tedesco (e non dissimilmente, possiamo dire noi, nel diritto italiano), nel diritto europeo i principi generali costituiscono una fonte «straordinariamente presente»¹³, come ci avvertono già i Trattati (il riferimento è ovviamente all'art. 340 TFUE in tema di responsabilità e all'art. 6, co. 3, TUE in tema di diritti fondamentali) e la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia che da sempre li utilizza per colmare le lacune del sistema, ricavandoli non solo e non tanto dai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri, ma direttamente, se utile o necessario, da ciascuno di questi ultimi¹⁴ (il primo riferimento qui è

¹¹ E. SCHMIDT-ABMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., pp. 5 e 6.

¹² A. VON BOGDANDY, *Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, cit., p. 30; il passo è riferito testualmente da E. SCHMIDT-ABMANN, *op. cit.*, p. 6.

¹³ E. SCHMIDT-ABMANN, *op. cit.*, p. 50.

¹⁴ Su tutti questi elementi e sulla loro rilevanza nella definizione della categoria dei principi generali del diritto dell'Unione, si tornerà *infra*.

ovviamente *Algera*)¹⁵. Nel contesto comunitario, prosegue Schmidt-Aßmann, anche principi a forte connotazione politica come per esempio il principio di buona amministrazione, tendono a superare la dimensione meramente programmatica che li connota a livello nazionale e ad atteggiarsi invece come vere e proprie norme giuridiche (così, sempre con riferimento alla buona amministrazione, l'art. 41 della Carta di Nizza declina in maniera puntuale e articolata i diritti e le facoltà ricompresi nel principio, conferendogli precisa pregnanza giuridica)¹⁶.

Ciò che soprattutto Schmidt-Aßmann mette in evidenza dal punto di vista dogmatico, è il particolare rilievo della categoria dei principi come strumento per ricondurre a sistema l'insieme complesso e disordinato delle fonti che caratterizza il diritto del nostro tempo¹⁷. Nessun altro istituto della teoria delle fonti è in grado di accomunare meglio e in modo più naturale, il diritto nazionale, europeo e internazionale. Proprio la loro naturale indeterminatezza (che è tanto radicale quanto ad essi coesistente, e che ne investe ogni aspetto: significato, origine, contenuto e posizione nel sistema delle fonti) rende possibile l'apertura e l'elasticità necessarie a ricostruire sistematicamente il diritto amministrativo oltre i confini tradizionali del diritto statale. Fondamentale è in particolare il compito dei principi, nel diritto europeo, «di organizzare l'interazione dei livelli, di sviluppare cioè le regole di una *dogmatica della coerenza*, che conferisca flessibilità e stabilità, apertura all'integrazione e autonomia agli ordinamenti coinvolti»¹⁸.

2. Una categoria particolare di principi generali

Ogni ordinamento giuridico presenta principi generali. Di essi è costituito in larga parte l'ordinamento giuridico internazionale ed essi rappresentano parte essenziale di tutti i sistemi giuridici degli Stati membri dell'Unione europea. La loro funzione principale è consentire

¹⁵ C. giust. sent. 12 luglio 1957, in cause riunite 7/56 e da 3/57 a 7/57, *Dineke Algera e a./Assemblea comune*, in *Racc.* 1957, p. 81 ss.

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ E. SCHMIDT-ABMANN, *op. cit.*, p. 47 ss.

¹⁸ E. SCHMIDT-ABMANN, *op. cit.*, p. 54.

la soluzione di questioni che il diritto scritto non è in grado di risolvere perché non contempla il caso di cui si tratti o perché la previsione scritta, per il suo significato incerto, dà luogo a dubbi interpretativi. È naturale che, tanto più i principi generali hanno peso nell'ambito di un determinato sistema giuridico, quanto più il suo ordinamento è fluido, nel senso non solo di poco codificato, ma anche di costituito da un complesso di fonti poco sistematico e aperto a integrazioni, anche dall'esterno.

E in effetti, come sappiamo, anche nell'ordinamento europeo i principi generali costituiscono parte del sistema e sono diretti agli stessi obiettivi: colmare le lacune, fornire un criterio interpretativo da applicare in caso di dubbio, offrire un riferimento di valore destinato a collocarsi in una posizione superiore rispetto alle altre norme in modo tale da orientarne le modalità e i termini di applicazione.

Ma il percorso attraverso il quale i principi generali dell'Unione europea si sono formati, le tecniche della loro elaborazione, il peso e la posizione nel sistema delle fonti e i loro stessi contenuti, assumono caratteri alquanto particolari, diversi da quelli propri della omologa categoria negli ordinamenti statali. Si tratta di elementi distintivi che ben si conciliano con la peculiarità di questo ordinamento, del quale si può dire che esprimono e incarnano al massimo grado le caratteristiche essenziali quanto a struttura propria e a relazioni con gli ordinamenti nazionali, quanto a modo di formazione e di sistemazione delle fonti, quanto ai valori che lo caratterizzano e al loro sviluppo nel tempo. Sviluppo culminato, come vedremo, nella vicenda paradigmatica del riconoscimento della natura di principi generali ai diritti fondamentali¹⁹.

I principi di un ordinamento giuridico, se non espressamente enunciati in testi normativi, sono ricavati normalmente sulla base di un processo interpretativo dalle regole contenute nei testi scritti, dall'analisi della loro *ratio* e dei loro scopi, nonché dal complesso dell'ordinamento giuridico cui pertengono e dei valori ad esso sottesi. Così per esempio,

¹⁹ Sulle peculiarità della categoria e della sua genesi nel diritto comunitario, G. DELLA CANANEA, *I principi generali*, in G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2011, p. 51 ss., e T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006. Sui diritti di rango costituzionale, A. VON BOGDANDY, J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford-München, 2010.

il codice civile italiano stabilisce che, quando un caso non sia contemplato da una precisa disposizione di legge e non possa essere risolto con l'applicazione del criterio della analogia, va fatto riferimento ai principi generali «dell'ordinamento giuridico dello Stato» (art. 12 disposizioni sulla legge in generale). Certo, l'evoluzione degli stessi sistemi nazionali e la loro apertura, ormai indiscussa, alle influenze di altri ordinamenti hanno relativizzato la portata di una regola che continua ad esprimere l'idea, ormai da molto tempo in crisi, della tendenziale autoreferenzialità degli ordinamenti giuridici statuali.

Non vi è dubbio, invece, che nell'ordinamento europeo il processo deduttivo dei principi è stato operato, fin dalle primissime pronunce del giudice comunitario, con riferimento a regole e valori propri degli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Da essi sono stati estrapolati i principi generali considerati poi validi per l'intero sistema giuridico comunitario allargato, da intendersi cioè come il sistema integrato costituito dal diritto comunitario in senso stretto (nel senso di prodotto a livello europeo) e dai diritti nazionali sotto l'influenza dell'Unione europea.

Nel 1957, nel già citato caso *Algera*, dovendosi occupare per la prima volta della legittimità della revoca di una decisione comunitaria, la Corte di giustizia si trovò ad affrontare il problema dell'assenza di un parametro legale al quale commisurare la conformità a diritto della misura sottoposta al suo vaglio. Si trattava del ritiro di un provvedimento in materia di personale dipendente dall'Alta autorità della CECA e nessuna disposizione del Trattato prevedeva in quali condizioni e con quali modalità un atto amministrativo della Comunità da cui sorgessero diritti potesse essere reso inoperante dall'amministrazione che lo aveva emanato. Poiché non poteva denegare giustizia, la Corte stabilì che avrebbe dovuto «risolvere il problema informandosi alla legge, alla dottrina e alla giurisprudenza dei Paesi membri». Sulla base dell'analisi di diritto comparato effettuata dall'Avvocato generale, trasse la conclusione che in tutti gli ordinamenti dei sei Stati membri «un atto amministrativo creatore di diritti soggettivi non può in linea di principio venire revocato ove si tratti di atto legittimo», mentre se è illegittimo il suo ritiro è ammesso, ma generalmente entro un termine ragionevole. Ne ricavò l'esistenza di un principio generale, comune agli Stati membri, di cer-

tezza del diritto – e implicitamente di tutela del legittimo affidamento del destinatario dell’atto – destinato a «prevalere sull’interesse che l’amministrazione potrebbe avere a revocare la decisione in parola». Quel principio doveva considerarsi un principio generale del diritto comunitario.

Il caso *Algera* è naturalmente molto noto, ma valeva la pena di riprenderlo perché illustra in maniera esemplare la genesi dei principi generali del diritto comunitario, il ruolo del loro artefice e la tecnica utilizzata per forgiarli fin dagli albori della Comunità. Partendo dall’ordine concettuale descritto, il giudice comunitario avrebbe perfezionato nel tempo il principio di certezza del diritto affiancandogli il principio di tutela dell’affidamento, all’epoca già fortemente radicato nella cultura giuridica tedesca. Di questi principi avrebbe poi elaborato contenuti e regole applicative sempre più precisi, presupposti sempre più analitici e differenziati a seconda dei settori di intervento. Ben presto inoltre avrebbe sviluppato una propria dogmatica al riguardo e avrebbe dato vita a una lunga serie di principi generali a loro volta nel tempo sempre più esattamente definiti, in un complesso unitario e integrato che avrebbe finito per costituire una parte decisiva e relevantissima del diritto comunitario.

Nello specifico campo del diritto amministrativo, ai principi generali di certezza del diritto e di tutela dell’affidamento appena menzionati se ne sarebbero in seguito aggiunti molti altri. Fra essi i principi generali di legalità, di proporzionalità e di *due process*, e sul piano organizzativo i principi di sussidiarietà, di leale collaborazione e di attribuzione, oltre naturalmente ai principi di uguaglianza e non discriminazione, e di effettività della tutela giurisdizionale. A questi si sarebbero ancora affiancati principi più specifici, quali, fra i più importanti, i principi procedurali di partecipazione, di accesso e di motivazione degli atti giuridici; principi a portata sostanziale, come il principio di buon andamento dell’amministrazione o di trasparenza; e ancora, più nel dettaglio, principi settoriali come, per esempio, il principio di precauzione e i suoi corollari, i principi dell’azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, e di «chi inquina paga» (art. 191, n. 2).

Se già molti dei principi citati hanno valenza tipicamente costituzionale, è ovvio che fra i principi generali costituzionali vanno annoverati, prima di tutti gli altri, i canoni tradizionali fondanti dello Stato di diritto (o della *rule of law*, per usare l'ordine concettuale di derivazione anglosassone), quali il principio democratico e il principio di legalità che caratterizzano naturalmente l'intero ordine giuridico comunitario.

Come si comprende, la galassia dei principi generali del diritto dell'Unione europea è vasta e presenta confini indefiniti. La definizione giuridica della categoria sconta questa indefinitezza e presenta caratteri sfuggenti. Gli stessi principi che vi si ascrivono non sempre presentano natura certa di veri principi. Essi tendono non di rado a corrispondere tecnicamente, più che a principi intesi come proposizioni generali di valore connotate da un alto grado di astrazione, a regole concrete o, ancora, a modificare la loro struttura direttamente in quella di vere e proprie posizioni giuridiche soggettive, quali obblighi o diritti. Si pensi al principio di motivazione, il quale coincide nella sostanza con l'obbligo giuridico dei poteri pubblici comunitari di dare conto delle proprie scelte; al principio di buon andamento, ormai evoluto nella disciplina positiva dei Trattati e nella giurisprudenza comunitaria da principio a diritto a una buona amministrazione; per non dire dei principi generali che incorporano diritti fondamentali, nei quali la coincidenza fra principio e diritto è per così dire congenita.

Si tratta di una categoria della quale, per queste ragioni oltre che per il fatto di essere sempre suscettibile di integrazioni, è impossibile offrire un catalogo completo. Al suo interno è inoltre oltremodo difficile operare classificazioni soddisfacenti a causa della opinabilità dei criteri utilizzabili. Tant'è vero che le classificazioni proposte nelle varie trattazioni del sistema delle fonti del diritto comunitario – e per quel che qui principalmente interessa del diritto amministrativo – presentano soluzioni molto diversificate²⁰. La difficoltà è accentuata dal fatto che lo stesso fenomeno di progressiva codificazione dei principi è parziale e ha andamento occasionale. Così, mentre principi come la sussidiarietà e la proporzionalità (art. 5 TUE), o lo stesso principio settoriale di pre-

²⁰ V. per tutte, nella dottrina italiana, le classificazioni di G. DELLA CANANEA, *op. cit.*, e di D.-U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, p. 102 ss.

cauzione (art. 191, n. 2, TFUE), come visto, trovano ora riscontro positivo nei Trattati, altri, come i principi di legalità o di tutela dell'affidamento, continuano a restare non scritti.

Un problema particolare riguarda la posizione dei principi generali nel sistema delle fonti dell'ordinamento dell'Unione europea. La Corte di giustizia li ha collocati al livello più alto, del diritto europeo primario, senza peraltro spingersi a riservare ad essi, all'interno di quel livello, una allocazione più precisa che non sia quella derivante in ipotesi a taluni principi dal fatto di essere formalmente proclamati nel Trattato o di averne comunque origine. Ma non va trascurato che i rapporti fra principi generali e previsioni scritte del Trattato sono complicati dal fatto che nella giurisprudenza comunitaria i primi sono utilizzati come criterio di interpretazione delle seconde. Sebbene dunque tecnicamente non si possa parlare di una prevalenza di principi, questo loro utilizzo, combinato con la tradizionale libertà interpretativa praticata dalla Corte di giustizia nella sua attività di applicazione dei Trattati, finisce talvolta per far prevalere nella sostanza i principi, anche non scritti, sulle stesse previsioni espresse.

Un esempio è rappresentato dalla soluzione offerta dal giudice comunitario nella sentenza del 23 aprile 1986 in causa C-294/83 *Les Verts*²¹, alla questione della sindacabilità giurisdizionale degli atti del Parlamento europeo. Il partito ecologista dei Verdi aveva impugnato davanti alla Corte di giustizia un atto del Parlamento in materia di ripartizione degli stanziamenti per la preparazione delle elezioni europee del 1984, che lo escludeva dai rimborsi. All'epoca il Parlamento europeo non era espressamente menzionato nell'art. 173 del Trattato (poi 230 e ora 263 TFUE) fra i soggetti contro i cui atti era possibile proporre ricorso. Nondimeno la Corte affermò la propria giurisdizione, ammise il ricorso e nel merito annullò l'atto, facendo leva sul principio di legalità (più precisamente sulla *rule of law*), desunto dal fatto che, essendo la Comunità economica europea «una comunità di diritto nel senso che né gli Stati membri che ne fanno parte né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla Carta costituzionale di base costituita dal Trattato...», non potevano esservi atti destinati a produrre

²¹ In *Racc.* 1986, p. 1339 e ss.

effetti giuridici nei confronti di terzi non sindacabili. Si noti che in altre norme, e in particolare in tema di rinvio pregiudiziale, il Trattato faceva invece riferimento agli atti indistintamente «delle istituzioni» senza ulteriori specificazioni, sicché il fatto che invece all'art. 173 venissero menzionate solo la Commissione e il Consiglio non era privo di significato.

Nel contrasto fra la previsione scritta e il principio prevale dunque il principio, sotto specie di canone ermeneutico che consente alla Corte di interpretare il Trattato, al di là della lettera di una sua precisa disposizione, nel senso che esso «ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimento inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni».

In ogni caso, come fa notare la dottrina, la preminenza dei principi nel sistema delle fonti del diritto comunitario trova numerosi riscontri positivi e si manifesta nella loro riconosciuta posizione di supremazia rispetto alle altre norme, della quale dà spesso atto anche la normazione comunitaria, e più recentemente nella stessa articolata operazione di recepimento dei diritti fondamentali²².

Obiettivo di questo scritto non è ovviamente di trattare compiutamente del sistema dei principi generali del diritto dell'Unione europea, né tanto meno di esaminarli uno per uno. Quello che ci si propone è di mettere in evidenza alcuni profili di specialità del fenomeno nel contesto dell'ordinamento dell'Unione europea. Un primo profilo riguarda le ragioni della sua eccezionale espansione. Un secondo è costituito dai percorsi della “circolazione” dei principi e dalle conseguenze che ne derivano anche in termini di loro possibili “mutazioni”. Il terzo riguarda l'utilizzo della figura dei principi generali come meccanismo di incorporazione nel diritto comunitario della protezione dei diritti fondamentali.

²² G. DELLA CANANEA, *op. cit.*, p. 60.

3. *Il ruolo della Corte di giustizia e la fortuna dei principi generali nel diritto comunitario*

L'elaborazione di principi generali del diritto comunitario ha costituito una straordinaria operazione di creazione di diritto da parte della Corte di giustizia. Taluni dei principi ricordati in precedenza sono oggi, come abbiamo visto, principi scritti, raccolti e fissati solennemente nei Trattati o ripresi nel diritto derivato. Non vi è dubbio tuttavia che nella maggior parte dei casi si tratta di principi che si sono formati molto prima della loro codificazione e la cui definizione è avvenuta interamente sul piano pretorio.

Nell'arco di cinquant'anni, la Corte ha innanzitutto inventato e radicato nell'ordinamento giuridico comunitario il proprio potere di creazione di principi generali del diritto. Di essi ha poi indicato il fondamento positivo, ha definito meccanismi e circuiti di formazione, ha stabilito rango e collocazione nel sistema delle fonti del diritto comunitario, ha sviluppato un catalogo sistematico. Attraverso i principi ha fortemente influenzato i sistemi nazionali, imponendoli al loro interno anche al di là dei limiti in cui sarebbero stati vincolanti.

La prima fase di sviluppo della teoria dei principi generali come meccanismo integrativo del diritto comunitario si colloca nei primi decenni di vita della Comunità. Oltre a casi in cui, come in *Algera*, si trattava di questioni relative al personale delle Comunità (v. per es. anche C. giust. 4 luglio 1963, in causa C-32/62 *Alvis v Council*)²³, le pronunce riguardarono in quegli anni principalmente la materia delle restrizioni alle libertà economiche sulle quali le istituzioni concentravano i loro interventi. Con l'espandersi delle aree di azione comunitaria la ricerca e l'applicazione di principi generali crebbe enormemente.

Nella giurisprudenza comunitaria degli anni '70 del secolo scorso i principi si moltiplicano e acquistano caratteri sempre più netti e precisi. Alla fine del decennio successivo, la Corte ne afferma espressamente il carattere vincolante non solo nei confronti delle istituzioni comunitarie, ma anche degli Stati membri quando applichino diritto europeo (v. per esempio i principi in tema di tutela giurisdizionale enunciati in C. giust.

²³ In *Racc.* 1963, p. 49 ss.

19 giugno 1990, in causa C-213/89 *Factortame*²⁴ e 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e 9/90 *Francovich*²⁵). La messa a punto sempre più precisa del principio di effettività della tutela giurisdizionale e la sua applicazione sempre più diffusa hanno caratterizzato gli sviluppi più recenti della giurisprudenza comunitaria nei confronti degli Stati membri e hanno comportato interventi molto incisivi sui sistemi di tutela nazionali²⁶. A questo fenomeno di implementazione dei principi generali comunitari negli ordinamenti nazionali si è accompagnata la tendenza alla loro formalizzazione nel diritto comunitario primario con l'espressa previsione nei Trattati e il conferimento a molti di essi di una natura costituzionale.

I principi generali si estendono oggi, nel diritto dell'Unione europea, dal campo delle relazioni fra diritto nazionale e diritto comunitario, al quale vanno ricondotti i principi della supremazia e dell'efficacia diretta del secondo, a quello delle relazioni dei diritti nazionali fra loro sotto l'influenza del principio europeo di mutuo riconoscimento, anch'esso frutto di un intervento creativo dalla Corte tanto audace quanto decisivo per l'apertura reciproca degli ordinamenti nazionali (C. giust. 20 febbraio 1979, in causa C-120/78, *Rewe Zentral*, più nota come *Cassis de Dijon*)²⁷. E ancora dal campo dei rapporti fra Stati e Unione – si pensi ai principi di attribuzione e di sussidiarietà, solo successivamente inseriti nei Trattati – a quello del rapporto fra pubblico potere e privati, all'ambito della protezione dei diritti fondamentali degli individui. In questo contesto viene particolarmente in evidenza l'attitudine di molti principi a fungere in realtà da veri e propri diritti, esemplarmente rappresentata dalla vicenda dei diritti fondamentali, come vedremo.

I principi generali continuano ancora oggi a costituire un sistema aperto che, sebbene da tempo consolidato e in parte anche via via codificato nelle successive versioni dei Trattati e nel diritto comunitario derivato, è suscettibile di essere continuamente integrato, visto che, del

²⁴ In *Racc.* 1990, p. I-2433 ss.

²⁵ In *Racc.* 1991, p. I-5357 ss.

²⁶ D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the "Functionalized Procedural Competence" of Eu Member States*, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2011.

²⁷ In *Racc.* 1979, p. 649 ss.

suo potere di individuazione di nuovi principi, la Corte di Lussemburgo continua tuttora ad avvalersi.

La base positiva nella quale il giudice comunitario ha individuato il fondamento del suo potere di estrapolare principi dai diritti nazionali e di incorporarli nel diritto comunitario è costituita da alcune previsioni dei Trattati. Per un verso vengono in evidenza le norme che gli affidano il compito specifico di assicurare «il rispetto del diritto» nell'applicazione dei Trattati (art. 220, ora art. 19 TUE) e di controllare la legittimità degli atti comunitari in relazione ai Trattati e a «qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione» (art. 230, ora art. 263 TFUE)²⁸. Più in generale ancora, come abbiamo visto in *Algera*, l'esigenza di elaborare principi giuridici di riferimento per la propria attività giurisdizionale viene rinvenuta dalla Corte nella necessità di non denegare giustizia. Per altro verso, quanto alla tecnica di individuazione dei principi generali, viene valorizzato il rinvio operato dall'art. 288 del Trattato (ora art. 340 TFUE) in materia di responsabilità extracontrattuale delle istituzioni, ai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri» come parametro legislativo conformemente al quale l'Unione è tenuta a risarcire i danni prodotti dalle istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni.

Naturalmente il successo dei principi generali nel sistema comunitario non è dipeso soltanto dall'attivismo della Corte, ma è strettamente connesso alle peculiari qualità del diritto europeo e alla situazione in cui esso si è venuto formando e sviluppando come un diritto sovranazionale *sui generis*, sia nei suoi legami con gli ordinamenti nazionali, sia per la sua efficacia diretta nei confronti dei cittadini degli Stati membri. In questo contesto vari fattori hanno giocato a favore della eccezionale fioritura di principi e del loro ruolo come volano di sviluppo del diritto comunitario.

Così fin dall'inizio è stata decisiva l'esiguità delle fonti scritte comunitarie e al tempo stesso, come appena visto, l'esigenza di reperire, al di fuori e al di là di esse, regole che consentissero di risolvere i problemi che anche un'organizzazione embrionale e alquanto limitata,

²⁸ Cfr. J. SCHWARZE, *Art 220*, in J. SCHWARZE (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Auflage, Baden-Baden, 2009, p. 2328.

com'era all'inizio quella delle Comunità, poneva. Era quindi necessario, assai più che negli ordinamenti nazionali, ricorrere a principi generali in grado di offrire al giudice parametri generali per la soluzione di casi concreti.

Peraltro, dal punto di vista particolare della formazione dei principi generali dell'azione amministrativa, si può osservare che l'intervento della Corte di giustizia non è stato strutturalmente diverso da quello dei giudici amministrativi nazionali – nei sistemi che li contemplano – i quali, in assenza di regole positive di azione dell'amministrazione, hanno dovuto darsi da sé i parametri del controllo di legittimità esercitato sull'operato dell'amministrazione e produrre quindi quei principi (e quelle regole) sostanziali dell'azione amministrativa che solo più tardi sarebbero stati trasfusi nei testi normativi che regolano l'azione amministrativa²⁹.

Ciò che cambia nell'esperienza comunitaria sono due elementi: il terreno di origine dei principi e la tecnica della loro selezione. L'ordinamento europeo, per quanto costituisca un ordine giuridico proprio, distinto da quello degli Stati membri e generato da una fonte autonoma (C. giust. 5 febbraio 1963 in causa C-26/62 *van Gend en Loos*)³⁰, non nasce dal nulla, ma dall'esperienza e dai valori giuridici degli ordinamenti degli Stati che vi hanno dato origine. È poi naturale che nei diritti nazionali la Corte ricerchi i principi e li selezioni in ragione delle sue necessità e della loro maggiore idoneità a entrare a far parte dell'ordinamento giuridico comune.

La categoria dei principi è lo strumento che ha consentito di formare diritto comunitario partendo dai diritti nazionali, al di là dei meccanismi formalizzati di creazione del diritto derivato previsti dai Trattati istitutivi. Nella sentenza *Algera*, come visto, la Corte si muove in un orizzonte molto libero e per così dire ancora destrutturato, ma ben presto sarà la citata clausola dei «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri», riferita dal Trattato al solo regime della responsabilità extracontrattuale della Comunità, ad essere elevata a clausola generale di indivi-

²⁹ G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *op. cit.*; A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009.

³⁰ In *Racc.* 1963, p. 1 ss.

duazione dei principi tutte le volte in cui ve ne sia l'esigenza per colmare lacune o risolvere dubbi interpretativi.

Si delinea così un terzo fattore di successo dei principi generali nella formazione del diritto comunitario. Esso risiede nella particolare relazione di questo diritto con il diritto degli Stati membri, relazione doppiamente rilevante ai nostri fini: in termini genetici, come abbiamo appena visto, e in termini strutturali, di rapporto di convivenza dei due ordinamenti. Del primo profilo si è detto: il diritto comunitario ha origine, in termini culturali e di valori prima ancora che in termini tecnico-giuridici, dalle esperienze giuridiche proprie degli Stati membri. Il naturale veicolo del trasferimento a livello sovranazionale del portato di queste esperienze e della loro incorporazione nel diritto europeo è rappresentato dai principi, i quali fungono, da questo punto di vista, anche da elemento di legittimazione sostanziale delle soluzioni assunte nell'ordinamento comunitario.

Quanto al secondo profilo, sebbene il principio più appariscente della relazione strutturale fra diritto europeo e diritti nazionali sia costituito dalla *primauté du droit communautaire* (non a caso a sua volta principio generale creato dalla Corte di giustizia, v. sent. 15 luglio 1964 in causa C-6/64 *Costa/Enel*)³¹, dal punto di vista sistematico è probabilmente più corretto qualificare tale relazione nei termini fisiologici di una sostanziale convivenza. Rispetto a questa condizione normale di convivenza il criterio della prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale interviene solo in via subordinata e in qualche misura eccezionale. In linea di principio il diritto europeo non si sovrappone ai diritti nazionali sostituendoli, ma si aggiunge ad essi in una logica di concorrenza che include meccanismi di implementazione delle proprie regole attraverso gli istituti propri dei sistemi nazionali e contempla criteri di soluzione delle antinomie fra sistemi del tutto particolari. Il principio della *primauté* del diritto europeo viene in evidenza solo nel caso di contrasto, imponendo la disapplicazione del diritto interno incompatibile come *extrema ratio* in funzione della coerenza del sistema generale (*Costa/Enel* cit.). Lo stesso meccanismo del rinvio pregiudiziale esprime, per le sue modalità e i suoi effetti, la delicatezza di questo rapporto.

³¹ In *Racc.* 1964, p. 1141 ss.

In un contesto di questo tipo è evidente che il modello normativo dei principi generali meglio si presta di quello delle regole puntuali a porre la disciplina comunitaria destinata ad essere implementata negli Stati membri. I principi hanno natura più fluida ma, al tempo stesso, presentano una portata conformativa in qualche misura più forte, nella sua sostanza, delle prescrizioni puntuali. Essi consentono agli Stati membri di conservare un potere di traduzione differenziata dei loro contenuti nel lessico giuridico nazionale e al contempo offrono però all'Unione uno strumento di controllo del rispetto del suo diritto che permette a chi lo pratica di andare al di là degli aspetti formali, delle formule minute e di occuparsi invece della coerenza sostanziale della disciplina nazionale con i valori assunti dal diritto comunitario e tradotti in principi.

Non va trascurato ancora, come elemento che ha inciso sulla fortuna della categoria nello sviluppo del sistema giuridico europeo, la tradizionale complessità e asistematicità delle fonti che compongono il quadro normativo comunitario, solo parzialmente riordinato dal Trattato di Lisbona con l'introduzione di un minimo di gerarchia per quanto riguarda gli atti legislativi. Nell'indefinitezza del sistema i principi, a propria volta strutturalmente connotati da generalità e da astrazione, hanno trovato un'ambientazione naturale alla quale non è estranea nemmeno la tecnica del loro utilizzo da parte del giudice comunitario. I loro contenuti invero, pur a dispetto di significativi processi di definizione messi in atto dalla giurisprudenza comunitaria e dalla dottrina giuspubblicistica europea, continuano spesso a restare non del tutto precisati e conoscono, nell'applicazione giurisprudenziale, utilizzi non costanti³².

4. La tecnica di selezione: la comparazione valutativa

Uno dei profili di maggiore interesse nello studio dei principi generali del diritto dell'Unione europea è rappresentato dai circuiti del loro passaggio dagli ordinamenti nazionali all'ordinamento europeo e del loro ritorno da questo agli ordinamenti nazionali. Si tratta in entrambi i

³² Come osservava M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 4^a ed., Milano, 2011, p. 436 ss.

casi di passaggi complessi e delicati, che non si risolvono in automatismi ma comportano operazioni di selezione connotate da un forte giudizio di valore e da soluzioni applicative articolate.

Come visto, dunque, i principi generali comunitari non hanno origine nell'ambito proprio del diritto sovranazionale, ma sono dichiaratamente figli dell'esperienza giuridica degli Stati membri dell'Unione. La loro ricostruzione è avvenuta e avviene ancora oggi sulla base della ricognizione delle soluzioni adottate nei vari ordinamenti degli Stati membri e del loro raffronto. In questo senso l'individuazione dei principi è il frutto di un'imponente attività di comparazione – interessante anche per la sua componente conoscitiva – che è stata sviluppata soprattutto nelle conclusioni degli Avvocati generali. Un'attività particolarmente intensa nei primi anni dopo l'istituzione delle Comunità, ma che è costantemente continuata nel tempo e viene svolta sistematicamente tuttora.

Nella sentenza *Algera*, come visto, la comparazione consiste nell'individuare le diverse soluzioni nazionali e nel ricavare da esse, in quanto omogenee, il principio generale di diritto comunitario, in quel caso il principio della certezza del diritto. Ma l'apparente semplicità dell'operazione non deve trarre in inganno: se i principi rispecchiano il contesto giuridico culturale in cui si sono formati e che con essi viene trasferito al livello europeo, per selezionarli la semplice comparazione non è sufficiente.

Alla rassegna delle opzioni in campo si accompagna e diventa decisiva, nell'opera creativa della Corte, la scelta di merito sul loro valore. La dottrina tedesca ha descritto questo metodo di comparazione e apprezzamento come *wertende Rechtsvergleichung*, “comparazione valutativa”³³.

L'individuazione dei principi (non necessariamente comuni) da far diventare principi generali del diritto comunitario comporta certamente un riscontro positivo sulla quantità e la qualità della loro ricorrenza negli ordinamenti degli Stati membri. Il che esclude che possa essere assunto come comunitario un principio che solo eccezionalmente ricorre

³³ J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. Auflage, Baden-Baden, 2005; TH. VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Berlin-Heidelberg, 2008, p. 472 ss.

negli ordinamenti degli Stati membri. Così nella sentenza *Roquette Frères* (30 maggio 1989 in causa C-20/88)³⁴ la Corte di giustizia afferma che il giudice non può far valere d'ufficio la prescrizione dell'azione, sul presupposto che gli ordinamenti degli Stati membri escludono la possibilità, con solo rare eccezioni.

Allo stesso modo ovviamente si dovrebbe escludere che possano essere elaborati principi che contrastano con principi generali comuni, in quanto ricorrenti in tutti gli ordinamenti nazionali. Un caso limite, in questo senso, è costituito dalla sentenza *Köbler* (30 settembre 2003, in causa C-224/01)³⁵, nella quale la Corte di giustizia si spinge fino al punto massimo di tensione con gli ordinamenti degli Stati membri affermando la sussistenza di una responsabilità degli Stati per danni cagionati dall'esercizio della funzione giurisdizionale in contrasto con il diritto comunitario, pur a fronte della riconosciuta esistenza di una limitazione di responsabilità per l'attività giurisdizionale in tutti gli ordinamenti degli Stati membri. A giustificazione della soluzione assunta il giudice comunitario richiama un corrispondente principio del diritto internazionale e tempera l'allontanamento dal modello comune con l'invito al giudice nazionale a tenere comunque conto della specificità della funzione giurisdizionale.

Ma, al di là del dato quantitativo della ricorrenza, il giudizio che presiede alla selezione dei principi generali del diritto europeo è essenzialmente un giudizio di valore che investe la sostanza del principio rinvenuto nel diritto nazionale e i valori ad esso sottesi, misura la sua attitudine ad essere utile nell'ambito e per gli scopi del diritto comunitario, e a costituire dunque, sulla base dell'analisi comparativa condotta, la soluzione che appare "la migliore" a questi fini. Su tale base la Corte di giustizia, così come non ha ritenuto degni di divenire principi generali comunitari principi pur ricorrenti negli ordinamenti nazionali, ha invece incorporato nel diritto comunitario come tali principi sviluppati solo all'interno di un ordinamento particolare.

Non solo. Essa si è sempre sentita libera di assegnare a principi ricavati dagli ordinamenti degli Stati membri contenuti, contorni, ambito

³⁴ In *Racc.* 1989, p. 1553 ss.

³⁵ In *Racc.* 2003, p. 10239 ss.

di applicazione o finalità particolari, anche diversi da quelli propri del principio originariamente rinvenuto in un sistema nazionale. Così si può dire che, se è vero che i principi generali europei sono figli dei diritti nazionali, è altrettanto vero che, una volta “allevati” dalla Corte di giustizia, questi figli diventano, come è stato detto, una sorta di *enfants terribles*³⁶. Ampliati, ridotti, riassetati o comunque trasformati attraverso un’interpretazione creativa e in una certa misura anche manipolativa, essi si allontanano dalla famiglia di origine e assumono nuova forma secondo parametri ritenuti più adeguati alla nuova famiglia in cui sono stati adottati, cioè al contesto europeo.

Un esempio significativo è offerto dal principio di proporzionalità. Molto prima di essere codificato dal Trattato di Maastricht, il principio era stato elevato al rango di principio generale del diritto comunitario dalla Corte di giustizia. Esso costituisce in effetti uno dei criteri di più frequente e pervasiva applicazione in tutta la giurisprudenza comunitaria, e in particolare nelle pronunce sui rinvii pregiudiziali. Imposto ai diritti nazionali come principio che vincola le autorità nazionali nell’attività di amministrazione comunitaria indiretta, ha superato i confini dell’ambito strettamente comunitario per trovare applicazione ad opera delle corti nazionali anche nelle questioni di diritto interno.

Il giudice europeo lo ha mutuato dall’omologo principio sviluppato nel diritto costituzionale e amministrativo tedesco. Sennonché, rispetto al modello originario, esso presenta nell’elaborazione comunitaria struttura e ambito di applicazione almeno in parte diversi. La struttura del *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* articolata nella dogmatica tedesca comporta che il controllo di legittimità, per esempio sulle misure restrittive della sfera giuridica del privato, venga svolto alla stregua di un triplice ordine di verifiche (la idoneità della misura, la sua necessità, la proporzionalità in senso stretto fra misura e peso imposto al privato). Diversamente il giudice comunitario fa riferimento a un’idea di proporzionalità più semplificata. Essa si risolve tendenzialmente in un esame riassuntivo delle verifiche descritte, il quale comporta nella sostanza solo un giudizio di idoneità e necessità, senza che debba essere misurata anche l’adeguatezza in senso stretto. Inoltre, come la dottrina

³⁶ La definizione è di T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit.

tedesca non ha mancato di mettere in evidenza, un'ulteriore limitazione del suo ambito di applicazione in contesto europeo consegue al fatto che la Corte di giustizia lo ritiene violato solo da una misura che appaia “manifestamente” inidonea a conseguire lo scopo a cui tende³⁷.

Anche il principio di tutela dell'affidamento conosce nella sua trasposizione europea una mutazione significativa rispetto al modello originario che si rinviene ed opera tuttora nell'ordinamento tedesco. Ciò che – come vedremo fra poco – ha comportato problemi di reazione dell'ordinamento di origine una volta che in esso lo si debba applicare nella versione “derivata” europea, come esige il diritto comunitario quando tratti della sua implementazione³⁸.

Quanto alle correnti di influenza dei diritti nazionali, è stato messo in evidenza che, soprattutto per ragioni storiche, sono risultati particolarmente decisivi gli apporti del diritto francese e tedesco. L'esperienza tedesca ha avuto un peso preminente nello sviluppo di principi quali la proporzionalità, la protezione dell'affidamento e la protezione dei diritti umani. La tradizione francese ha influito soprattutto – direttamente e indirettamente – sullo sviluppo, nel campo della pubblica amministrazione, dei principi relativi alle modalità di azione dei pubblici poteri e al sistema della tutela giurisdizionale. L'apporto del diritto inglese è relativamente minore prima di tutto per il fatto che l'ingresso del Regno Unito e dell'Irlanda nella compagine comunitaria è avvenuto quando ormai una prima fase formativa del diritto europeo si era compiuta. In una fase più avanzata della sua evoluzione, tuttavia, la diversa tradizione del sistema anglosassone nel campo del diritto pubblico e del diritto amministrativo non ha impedito che esso contribuisse a sua volta ad arricchire il panorama dei principi comunitari rafforzando in particolare l'attenzione della Corte ai principi procedurali dell'agire amministrativo³⁹.

³⁷ TH. VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., p. 569 ss.

³⁸ In tema H.J. BLANKE, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen, 2005.

³⁹ Su questa evoluzione T. TRIDIMAS, *op. cit.*, nonché G. NOLTE, *General Principles of German and European Administrative Law. A Comparison in Historical Perspective*, in *The Modern Law Review*, Oxford, 1994, p. 191.

5. Il “ritorno” agli ordinamenti nazionali: forza espansiva e mutazioni

Una volta estrapolati dagli ordinamenti nazionali e incorporati nell’ordinamento comunitario, i principi non diventano vincolanti solo per l’Unione e le sue istituzioni, ma sono proiettati “indietro” sui sistemi degli Stati membri. “Ritornano” perciò, per così dire, agli ordinamenti nazionali come principi vincolanti in tutte le fattispecie soggette al diritto comunitario. Peraltro, così come il processo ascendente non si esaurisce in un automatismo, perché, come visto, comporta una selezione di valore fra principi e perché i principi trasmigrati assumono caratteri e contenuti spesso nuovi e diversi da quelli originali, alla stessa maniera anche il processo inverso non si risolve in un automatico e ordinato ingresso del principio europeo nell’ordinamento nazionale e, al suo interno, negli spazi di applicazione al diritto comunitario, ma presenta complessità e complicazioni.

In primo luogo l’applicazione dei nuovi principi tende ad espandersi al di fuori degli spazi di stretta pertinenza del diritto europeo e a divenire costante anche nelle vicende di mero diritto interno. Le ragioni del fenomeno sono varie, ma due spiccano in particolare. La prima è la necessità di evitare discriminazioni tutte le volte in cui – come spesso accade – l’applicazione del principio europeo produca un trattamento giuridico più favorevole di quello riservato alla medesima situazione dal diritto interno. La seconda ragione si collega al fatto che la tutela giurisdizionale dei diritti a livello nazionale è affidata al giudice nazionale. La coincidenza fra il livello nazionale della giurisdizione comunitaria e la giurisdizione nazionale *tout court* spiega a sua volta come mai i principi europei finiscano per imporsi anche in questioni esclusivamente nazionali⁴⁰. Difficilmente, infatti, una corte regge a lungo un sistema binario di parametri di riferimento e l’applicazione di criteri o regole diversi a seconda del diritto (nazionale o europeo) applicato. Una volta conosciuto e utilizzato dal giudice, il principio diventa parte del suo patrimonio culturale e conoscitivo generale, prima ancora che tecnico-

⁴⁰ Sul fenomeno, G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 1153 ss., e ora in ID., *Scritti scelti*, cit., p. 481 ss.

giuridico. Di conseguenza l'ordinamento interno tende ad adattarsi stabilmente allo *standard* europeo, che non è ovviamente derogabile.

Naturalmente si tratta di una tendenza che conosce anche resistenze da parte dei sistemi nazionali i quali possono aspirare a conservare le loro specificità e impegnarsi a rivendicarle nelle aree in cui conservano la loro sovranità. Il problema si è posto per esempio in modo evidente nell'ordinamento britannico con riguardo all'impiego del principio di proporzionalità in materia di controllo dell'attività dei poteri pubblici. Una delle principali applicazioni del principio si ha nel campo del sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa e riguarda la sua incisività. Se valutate alla stregua della loro proporzionalità, le scelte discrezionali dell'amministrazione subiscono un sindacato molto più pregnante di quello che è possibile alla stregua del mero controllo di ragionevolezza⁴¹.

Per tradizione le corti inglesi esercitano su queste scelte un sindacato limitato che consente loro solo di controllare se siano o meno irragionevoli. L'irragionevolezza è intesa nei termini radicali di "totale irragionevolezza", nel senso che viene considerata irragionevole una scelta che nessuna autorità ragionevole avrebbe assunto nelle circostanze del caso (*Wednesbury unreasonableness*)⁴². Entrato il test di proporzionalità nel sistema inglese come conseguenza dell'applicazione del diritto comunitario, le corti per un decennio hanno cercato di mantenere in vita i due distinti standard di controllo (di proporzionalità in materie europee e di mera ragionevolezza nelle materie interne), dando espressamente conto della loro scelta con l'obiettivo di preservare la specificità dei rapporti fra potere giurisdizionale e potere politico. Fatalmente tuttavia all'inizio del nuovo secolo anche le corti inglesi hanno cominciato a riconoscere che «...the time has come to recognise that this principle is part of English law...»⁴³.

⁴¹ V. D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 283 ss.

⁴² Dal nome della parte ricorrente nella sentenza di riferimento resa nel caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

⁴³ Così Lord Slynn of Hadley nella sentenza della *House of Lords R (Alconbury) v Environment Secretary* [2001] UKHL 23.

Normalmente poi i principi europei producono un elevamento del livello di protezione dei privati, il che contribuisce ad affermarne la forza espansiva anche nei confronti delle questioni di diritto interno, al fine, come accennato, di evitare discriminazioni tanto evidenti quanto alla lunga intollerabili. Ma naturalmente i problemi si possono porre anche nei casi – più rari ma possibili – in cui l’implementazione nel sistema nazionale del principio europeo determina al contrario una diminuzione dello standard di protezione. Questa ultima ipotesi si è realizzata in particolare in alcuni casi di “ritorno” all’ordinamento tedesco di principi originariamente suoi ed elevati dalla Corte a principi generali europei. Dalla vicenda emerge dunque una seconda ragione di complessità della fase di proiezione dei principi dal livello comunitario ai sistemi nazionali.

Come visto l’operazione di europeizzazione di principi estrapolati dagli ordinamenti degli Stati membri comporta non di rado – e anzi si può dire frequentemente, per le ragioni viste – una mutazione del principio il quale, nel nuovo contesto, può assumere significato, portata applicativa e funzioni parzialmente nuovi. Con tali nuovi caratteri esso deve essere applicato, oltre che nei sistemi che in ipotesi in precedenza non lo conoscevano, anche nell’ordinamento di origine quando lo esiga il diritto comunitario. Con la conseguenza che si possono porre problemi di sua compatibilità con tradizioni radicate in quel sistema e problemi di discriminazioni fra situazioni che devono essere trattate sulla base del parametro europeo e situazioni soggette invece al diritto interno nel quale il principio continua ovviamente a vivere e operare nella sua versione originale.

La parabola del principio di tutela dell’affidamento di fronte al potere amministrativo – il cui rilievo abbiamo già visto affacciarsi in *Algera* – costituisce un buon esempio di questo percorso a ritroso e dei problemi che comporta. La Corte di giustizia lo ha fatto proprio ricavandolo dai modelli giuridici operanti negli Stati membri e in particolare nell’ordinamento tedesco, ma gli ha conferito una fisionomia diversa da quella propria dell’originario *Vertrauensschutzgrundsatz* tedesco. In particolare, anche sotto l’influenza dell’approccio francese alle problematiche della certezza del diritto, il diritto comunitario assegna alla protezione dell’affidamento una valenza più oggettiva, che marca la diffe-

renza con la dimensione più soggettiva della tutela accordata sulla sua base in Germania. Il vincolo comunitario – sempre sottolineato dalla giurisprudenza comunitaria – al rispetto del principio nella sua configurazione europea anche da parte delle autorità nazionali quando si tratti dell'implementazione del diritto europeo, ha prodotto situazioni di collisione, particolarmente vistose nei casi di esercizio da parte di autorità amministrative tedesche di poteri di autotutela in sede di amministrazione comunitaria indiretta.

La diversa portata del principio nel diritto comunitario ha avuto come conseguenza una diminuzione del livello di tutela rispetto a quella offerta dalla disciplina nazionale del procedimento amministrativo in tema di annullamento d'ufficio, il che ha dato luogo a un acceso dibattito dottrinale sulla compatibilità dell'influenza europea con i principi dell'ordinamento tedesco e a interessanti tentativi di individuazione di soluzioni compromissorie attraverso un'interpretazione adeguatrice del diritto nazionale nella sua interazione con il diritto comunitario. La soluzione è stata ricercata, e almeno provvisoriamente trovata, in particolare nel bilanciamento fra interesse nazionale e interesse europeo alla luce di altri principi generali comunitari, quali i principi di equivalenza, di effettività del diritto comunitario e di leale cooperazione⁴⁴.

Una terza, ovvia, ragione di interesse del circuito di ritorno dei principi, proiettati dal diritto europeo sugli ordinamenti nazionali, è che esso realizza anche, accanto alla funzione conformatrice di questi ultimi da parte del diritto europeo, una più complessa funzione di apertura “laterale” degli ordinamenti, come è stato osservato⁴⁵. I principi non circolano solo in senso verticale, ma inevitabilmente anche orizzontalmente: principi provenienti da un ordinamento nazionale, una volta incorporati nell'ordinamento giuridico comunitario, sono immessi attraverso di questo negli altri ordinamenti nazionali e in questi, in virtù dell'effetto espansivo menzionato, acquistano propria autonoma e tendenzialmente stabile operatività.

⁴⁴ V. C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento, Il caso tedesco*, Trento, 2008.

⁴⁵ S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 2^a ed., Milano, 2007, *Parte generale*, vol. I, p. 1.

6. I diritti fondamentali come principi generali del diritto europeo

Il Trattato dell'Unione europea stabilisce che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». La previsione, originariamente contenuta nell'art. 6, n. 2, del Trattato di Maastricht, è ora confluita, dopo Lisbona, nell'art. 6, n. 3, TUE. Allo stesso articolo è adesso prevista anche l'adesione dell'Unione alla Convenzione (art 6, n. 2). La formula consacra la tecnica pretoria di incorporazione della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario attraverso l'istituto dei principi generali del diritto.

In effetti, molto prima di Maastricht, a partire dall'inizio degli anni '70 del 1900 e sempre protagonista la Corte di giustizia, la nozione di principio generale ha giocato un ruolo decisivo nello sviluppo della protezione dei diritti fondamentali nel sistema europeo. Tanto che, secondo una parte della dottrina la previsione del Trattato (art. F, poi diventato art. 7, e ora trasfuso nell'art. 6 del Trattato UE) semplicemente conferma quella giurisprudenza⁴⁶. È stato riconducendo la garanzia di tali diritti alla categoria dei principi generali del diritto comunitario che il giudice di Lussemburgo è riuscito nell'intento di preservare il principio di autonomia del diritto comunitario a fronte degli attacchi che rischiavano di provenire dagli Stati membri, comprensibilmente preoccupati della sorte di diritti costituzionalmente garantiti. Al contempo l'operazione ha consentito alla Corte di sviluppare una nuova sensibilità comunitaria al tema della effettiva protezione dei diritti e di allargare progressivamente l'orizzonte del diritto dell'Unione europea a motivi e scopi inizialmente estranei all'area di intervento della Comunità.

Le Corti costituzionali degli Stati membri – in particolare il *Bundesverfassungsgericht* e la Corte costituzionale italiana – avevano prospettato la necessità di valutare alla stregua delle norme costituzionali nazionali la legittimità di misure comunitarie sospette di contrastare con

⁴⁶ G. DELLA CANANEA, *op. cit.*; J. KÜHLING, *Fundamental Rights*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (a cura di), *op. cit.*, p. 479 ss.

libertà da esse garantite. La Corte ribadì la regola dell'autonomia del diritto comunitario per cui la validità degli atti comunitari può essere valutata soltanto alla luce di esso. Al tempo stesso sventò il pericolo del minacciato intervento dall'esterno sul diritto europeo affermando che era necessario accertare che non fosse stata violata «alcuna garanzia analoga, inerente al diritto comunitario», giacché «la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza» (C. giust. 17 dicembre 1970, in causa C-11/70 *Internationale Handelgesellschaft*⁴⁷; v. anche sentt. 12 novembre 1969 in causa C-29/69 *Stauder v Stadt Ulm* e 17 dicembre 1970 in causa C-25/70 *Köster*⁴⁸).

Com'è noto, a questi approdi la Corte giunse dopo una non breve fase iniziale nella quale il suo atteggiamento sul problema del riconoscimento dei diritti fondamentali in contesto comunitario era stato di sostanziale rifiuto (C. giust. 15 luglio 1960 in cause riunite C-36/59, C-38/59 e C-40/59 *Geitling*)⁴⁹. La ragione del *revirement* dipese solo in parte dalla necessità tattica di evitare uno scontro frontale con le Corti costituzionali nazionali e rispose nella sostanza anche all'esigenza di rafforzare la legittimazione del diritto comunitario e di garantirne ad un tempo la supremazia nei confronti dei diritti nazionali e l'uniforme applicazione in tutti i Paesi membri.

I diritti fondamentali, fino a quel momento sostanzialmente assenti dalla scena comunitaria, vi fanno così ingresso e lo fanno con la veste di principi generali. Essi sono tali non solo e non tanto per rango, quanto soprattutto per tecnica di formazione dal momento che confluiscono nel diritto europeo provenendo dall'esterno, in particolare dai diritti nazionali o dal diritto internazionale.

Nella individuazione di questi nuovi principi-diritti la Corte fa riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e inoltre, in un momento successivo, agli strumenti internazionali di protezione dei diritti fondamentali ai quali gli stessi Stati membri hanno aderito (C. giust. 14 maggio 1974 in causa C-4/73 *Nold*)⁵⁰, seguendo esat-

⁴⁷ In *Racc.* 1970, p. 1125 ss.

⁴⁸ In *Racc.* 1969, p. 419 ss., e 1970, p. 1161.

⁴⁹ In *Racc.* 1960, p. 829 ss.

⁵⁰ In *Racc.* 1974, p. 491 ss.

tamente lo stesso percorso già sperimentato e messo a punto per la selezione dei principi generali ordinari. Il criterio di partenza a fondamento dell'intervento di incorporazione è ancora una volta la necessità di colmare lacune del diritto comunitario scritto nella prospettiva di fornire tutela di fronte ai crescenti poteri delle istituzioni comunitarie. In questo contesto non vi è dubbio che il ricorso alla categoria dei principi generali e alla sua funzione integrativa delle fonti scritte, se appare, *a posteriori*, l'opzione più ovvia, costituisca nel momento in cui fu praticata una soluzione tanto originale quanto efficace. Un'efficacia che paga ancora se si considera che le successive sorti della protezione dei diritti fondamentali nel diritto europeo restano tuttora comunque felicemente ancorate alla formula, ormai consacrata nel Trattato, dei principi generali del diritto.

Fin dalle prime decisioni in tema la Corte nega che possano essere considerate direttamente vincolanti norme costituzionali degli Stati membri o norme di accordi internazionali sui diritti fondamentali. Ad esse ritiene di poter fare riferimento semplicemente come previsioni dalle quali è lecito ricavare «elementi di cui tenere conto nell'ambito del diritto comunitario» (*Nold* 1994 cit.), in altri termini come a utili «linee guida» per la costruzione di principi non scritti di rango costituzionale. La stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sebbene spesso citata nella giurisprudenza comunitaria (a partire da C. giust. 13 dicembre 1979 in causa *C-44/79 Hauer*)⁵¹, viene considerata testo di riferimento non in quanto tale, ma in quanto espressione di uno standard comune europeo di protezione dei diritti fondamentali, una piattaforma dalla quale enucleare «principi» secondo il metodo tradizionale della comparazione valutativa. La CEDU, come è stato osservato, viene utilizzata dal giudice comunitario come una sorta di «serbatoio» destinato a alimentare le sue decisioni in tema di diritti fondamentali⁵².

Su questa stessa linea, del resto, la Corte di giustizia fa riferimento anche alla Carta europea dei diritti fondamentali adottata nel 2000 in occasione della stipulazione del Trattato di Nizza, ma priva di una immediata forza di norma comunitaria fino al recente conferimento ad

⁵¹ In *Racc.* 1979, p. 3727 ss.

⁵² J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., p. 422.

essa, con Lisbona, dello stesso valore dei Trattati (art. 6, n. 1, TUE). Prima del riconoscimento formale del suo valore di fonte primaria, alle previsioni del *Bill of rights* la Corte di giustizia e il Tribunale hanno continuato a richiamarsi non come norme vincolanti, ma per i loro contenuti ricognitivi di diritti corrispondenti alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri⁵³.

Nella vicenda della protezione dei diritti fondamentali in ambito europeo lo strumento dei principi generali del diritto forgiato e messo a punto dalla giurisprudenza comunitaria mostra le sue straordinarie potenzialità. E il fatto che il Trattato, pur “costituzionalizzando” la tutela dei diritti fondamentali, conservi la formula del principio generale a presidio della loro protezione, offre conferma della sua funzionalità agli obiettivi del sistema.

Il ricorso alla categoria ha adempiuto – e continuerà così prevedibilmente ad adempiere – ad almeno tre distinte funzioni. In primo luogo ha consentito l’apertura dell’ordinamento comunitario alla protezione dei diritti fondamentali e al loro riconoscimento come sua parte integrante, anche in assenza di una legittimazione formale dei Trattati. In questo si conferma la versatilità della formula dei principi generali come strumento di incorporazione nell’ordinamento giuridico dell’Unione europea di elementi nuovi, in particolare sul piano dei valori. Valori che nel caso dei diritti, presentano aspetti di importante innovazione rispetto ai motivi ispiratori originari della Comunità.

In secondo luogo, ha consentito di garantire al diritto comunitario modalità di adattamento flessibili all’influenza di questi valori. Ha permesso così di incorporare diritti vagliati di volta in volta alla luce di un giudizio di valore che tenesse conto delle esigenze e delle finalità del sistema e del suo grado di maturità per la loro incorporazione. Ha consentito altresì di conferire ai diritti fondamentali i contenuti ritenuti più consoni, se del caso modellandoli in maniera originale rispetto alla loro configurazione negli ordinamenti da cui vengono mutuati.

In terzo luogo la formula dell’incorporazione attraverso principi generali del diritto si risolve in un presidio importante dell’indipendenza

⁵³ In tema di relazioni fra Corti nella protezione dei diritti in Europa, M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 29 ss.

del diritto comunitario rispetto ad altri sistemi giuridici dai quali pure possono essere mutuati. Gli elementi provenienti da altri sistemi vengono acquisiti dal primo solo sulla base di un'apposita scelta dell'ordinamento comunitario, e solo nella misura in cui li si ritiene compatibili con esso, senza automatismi applicativi di sorta, nemmeno nei confronti di accordi internazionali. La verifica del loro rispetto inoltre resta affidata al giudice comunitario. Questo approccio ha permesso alla Corte di giustizia di ricostruire il rapporto fra diritto dell'Unione europea e diritto delle Nazioni Unite nel senso che la pur riconosciuta supremazia del secondo incontra il limite del rispetto dei diritti fondamentali, in quanto tali diritti, desunti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali, sono principi generali del diritto comunitario come loro parte integrante. Di essi la Corte deve comunque garantire l'osservanza, perché nemmeno gli obblighi imposti da un accordo internazionale «possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali» (C. giust. 3 settembre 2008 in causa C-402/05 *Kadi*)⁵⁴.

⁵⁴ In *Racc.* 2008, p. 6351 ss.

IL SINGLE SUPERVISORY MECHANISM E L'APPLICAZIONE DEI DIRITTI NAZIONALI DA PARTE DELLA BANCA CENTRALE EUROPEA

Andrea Magliari

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La normativa sostanziale applicabile: un quadro composito. 2.1. Dalle «regole di vigilanza armonizzate» alla «vigilanza armonizzata sulle regole». 2.2. Il SSM, tra Single Rulebook e la persistente frammentazione delle legislazioni nazionali. 2.3. Un'assoluta novità? 3. La BCE tra interpretazione e applicazione del diritto nazionale. 3.1. L'Art. 4(3) come norma di rinvio. 3.2. La normativa nazionale «in funzione comunitaria» e la sua interpretazione. 3.3. Il problema del contrasto tra la normativa nazionale e il diritto dell'Unione. 4. Il sindacato giurisdizionale sul provvedimento applicativo del diritto nazionale. 5. Alcune riflessioni conclusive.

1. Premessa

La progressiva realizzazione dell'Unione Bancaria sembra coinvolgere tutti i più rilevanti temi e problemi del processo di integrazione europea. Con l'introduzione di un meccanismo unico di vigilanza sugli istituti di credito dell'area euro (*Single Supervisory Mechanism* o SSM), l'Unione europea ha dato vita a un sofisticato sistema amministrativo in cui, nel quadro di una struttura organizzativa fortemente integrata, l'esercizio delle funzioni di vigilanza viene distribuito tra la Banca centrale europea e le autorità di vigilanza nazionali, secondo un inedito schema di «cogestione» dei poteri regolatori e amministrativi¹. Il SSM, e il radicale ripensamento dell'architettura finanziaria europea ch'esso implica, è stato indubbiamente uno dei temi centrali nella riflessione degli studiosi di diritto europeo negli ultimi anni². Sorprendentemente, tutta-

¹ M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. Pubblico*, 3, 2013, p. 986.

² La letteratura sul punto è già molto ampia. Cf., *ex multis*, E. WYMEERSCH, *The Single Supervisory Mechanism or 'SSM', Part One of the Banking Union*, in *Working*

via, scarsa attenzione è stata sinora prestata al particolare meccanismo contemplato all'art. 4(3) del regolamento n. 1024/2013 istitutivo del SSM, a norma del quale:

ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuite dal presente regolamento e allo scopo di assicurare standard elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni.

A dire il vero, non sono mancati in dottrina i contributi che ne segnalano la assoluta novità³; nondimeno, si ritiene che la riflessione sul punto sia ancora a uno stato embrionale e, dunque, meritevole di ulteriore approfondimento. La presente indagine, lungi dal voler esaurire la vasta gamma di quesiti sollevati dalla disposizione in esame, intende tracciare una mappa di quelli che, allo stato, e in attesa delle prime applicazioni pratiche, appaiono i principali nodi interpretativi dischiusi dal citato art. 4(3).

Paper Series, Financial Law Institute, Universiteit Gent, n. 1/2014; E. BARUCCI, M. MESSORI (a cura di), *Towards the European Banking Union*, Firenze, 2014; C.V. GORTSOS, *The Single Supervisory Mechanism (SSM)*, Athens, 2015; J.C. LAGUNA DE PAZ, *El mecanismo europeo de supervisión bancaria*, in *Rev. de Administración Pública*, 194, 2014, p. 49; B. WOLFERS, T. VOLAND, *Level the playing field: The new supervision of credit institutions by the European Central Bank*, in *Common Market Law Rev.*, 51, 2014, p. 1463; M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia*, 73, 2013; L. DONATO, R. GRASSO, *Gli strumenti della nuova vigilanza bancaria europea. Oltre il testo unico bancario, verso il Single Supervisory Mechanism*, in *Banca Impresa Società*, 1, 2014, p. 3; S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013; N. MOLONEY, *European Banking Union: assessing its risks and resilience*, in *Common Market Law Rev.*, 2014, 51, p. 1609; E. FERRAN, V. BABIS, *The European Single Supervisory Mechanism*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2013, p. 255.

³ Sul punto, si rinvia al paragrafo 2.3, nota 11.

2. *La normativa sostanziale applicabile: un quadro composito*

Il regolamento istitutivo del SSM introduce un complesso sistema di distribuzione delle competenze in cui la BCE assume la responsabilità diretta della vigilanza prudenziale sulle banche più significative, mentre le autorità nazionali rimangono competenti per quanto concerne gli istituti di minori dimensioni. La cooperazione tra i diversi livelli ordinali si struttura, poi, secondo diversi schemi procedurali e secondo vari modelli di integrazione amministrativa. La natura composita del sistema si riflette sulla distribuzione delle funzioni, sui procedimenti amministrativi che ne strutturano l'azione, sulle tutele attivabili dai soggetti vigilati, nonché sulla normativa sostanziale applicabile.

2.1. *Dalle «regole di vigilanza armonizzate» alla «vigilanza armonizzata sulle regole»*

Com'è noto, la progressiva costruzione del diritto bancario europeo è stata sino a oggi perseguita attraverso lo strumento normativo della direttiva. A partire dalla fine degli anni Settanta, cioè, si sono andate stratificando diverse direttive di armonizzazione della legislazione bancaria, che hanno progressivamente definito principi e regole comuni applicabili agli istituti di credito stabiliti nel territorio dell'Unione europea e alle autorità nazionali preposte alla loro vigilanza⁴.

L'obiettivo perseguito dalle direttive comunitarie è stato, fino all'irrompere della recente crisi economico finanziaria, quello di introdurre un insieme minimo di regole prudenziali armonizzate, lasciando agli Stati membri tanto il compito di trasporre in norme di diritto nazionale, quanto quello di darvi esecuzione per mezzo delle autorità di vigilanza nazionali. Il sistema si è così costruito lungo le direttrici dell'armonizzazione minima delle regole e dell'amministrazione indiretta o decentrata di tali regole, in cui, tuttavia, gli atti delle autorità nazionali assu-

⁴ G. ALPA, F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012; A. BROZZETTI, V. SANTORO (a cura di), *Le direttive comunitarie in materia bancaria e l'ordinamento italiano*, Milano, 1990.

mevano, sulla scorta del principio dell'equivalenza e del mutuo riconoscimento, un'efficacia transnazionale⁵.

Tale schema ha subito un profondo mutamento negli ultimi anni in conseguenza della grave crisi che ha colpito l'Unione europea. Si ricorda, infatti, come le risposte approntate dall'Ue abbiano seguito essenzialmente due linee di intervento, tra loro interconnesse. Da un lato, sul piano normativo, sulla scia delle nuove regole di Basilea in materia di requisiti patrimoniali delle banche⁶, si è proceduto a una revisione dell'impianto della regolazione. A tal fine, si è passati da una prospettiva di armonizzazione minima a un nuovo approccio, volto a creare un *corpus* unitario di regole prudenziali in tutto il territorio dell'Unione. Dall'altro, sul piano amministrativo, si è proceduto, inizialmente, all'introduzione di forme di cooperazione più stretta tra le autorità di vigilanza nazionali degli Stati membri, in particolare nei settori bancario, finanziario e assicurativo (c.d. *European System of Financial Supervision*, ESFS) e, in seguito, nel quadro del progetto di realizzazione dell'Unione bancaria, alla creazione di un meccanismo unico di vigilanza sugli istituti di credito dell'area Euro, attraverso il trasferimento di rilevanti funzioni amministrative alla BCE (c.d. *Single Supervisory Mechanism*, SSM).

La crisi, in altre parole, sembra accompagnare e rafforzare un movimento di accentramento in capo alle istituzioni europee tanto della funzione regolatoria quanto di quella amministrativa, introducendo

⁵ L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006; M. RUFFERT, *Recognition of Foreign Legislative and Administrative Acts*, in R. WOLFRUM (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012.

⁶ Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), *A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems (Basel III) – revised version*, Giugno 2011. Cf. altresì i *Basel Core Principles for Effective Banking Supervision*, Settembre 2012. Più in generale, sul Comitato di Basilea, si v. G. BERTEZZOLO, *La regolazione globale della vigilanza bancaria: il Comitato di Basilea (BCBS)*, in S. BATTINI (a cura di), *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Quaderno n. 3 della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, 2007.

nuovi approcci alla regolazione e nuovi sistemi di integrazione amministrativa europea⁷.

2.2. *Il SSM, tra Single Rulebook e la persistente frammentazione delle legislazioni nazionali*

Il tema oggetto del presente lavoro si pone al crocevia delle segnalate linee di intervento. La tenuta del nuovo sistema integrato di vigilanza va *in primis* testata sulla sua capacità di garantire una corretta e uniforme applicazione dell'insieme di regole e principi progressivamente elaborati a livello sovranazionale e variabilmente recepiti in sede nazionale.

Se è vero infatti che, da un lato, il sistema integrato di vigilanza punta a costruirsi sulle fondamenta di un *corpus* unitario di regole e di prassi di vigilanza – icasticamente scolpito nella formula del *Single rulebook* e nell'immagine del *level playing field* – è altrettanto vero che, dall'altro lato, il SSM sembra piuttosto riposare su un insieme normativo frammentato e solo parzialmente ricondotto a unità dai più recenti interventi normativi. In altre parole, sebbene il sistema aspiri a una forte omogeneità delle regole, residuano ancora ambiti normativi non integralmente uniformati, in cui le discipline nazionali adottate in sede di implementazione delle direttive europee presentano significative divergenze⁸.

⁷ Sui processi di riforma innescati dalla crisi si vedano, in particolare, G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012; E. CHITI, *In the Aftermath of the Crisis: The EU Administrative System between Impediments and Momentum*, EUI Department of Law Research Paper, n. 13/2015, disponibile sul sito http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2610660; E. CHITI, G. VESPERINI, *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional design, legal issues, perspectives*, Bologna, 2015.

⁸ Cf. I. ANGELONI, *The SSM sails past the starting line: Seeking high-quality supervision and level playing field*, Speech at the International conference «Start of European Banking Union: Perspectives and Challenges», London School of Economics, 10 novembre 2014, secondo il quale: «altogether, there are 103 such options and discretions in the CRD IV and CRR, covering a variety of subjects». Sul punto, si v. altresì E. FER-RAN, *European Banking Union: Imperfect, but it can work*, in *Legal Studies Research Papers Series*, University of Cambridge, n. 30/2014, p. 3, nota 13; J.H. BINDER, *Bank-*

Schematizzando, possiamo infatti notare che – allo stato attuale – il diritto bancario sostanziale risulta composto⁹: a) dal diritto derivato dell’Ue, rappresentato dal regolamento Ue n. 575/2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi (*Capital Requirement Regulation*, CRR); dalla direttiva 2013/36 Ue, sull’accesso all’attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi (*Capital Requirement Directive*, CRD IV); nonché dalle norme tecniche di regolamentazione (RTS) e di attuazione (ITS) elaborate dall’Autorità bancaria europea (ABE) e adottate dalla Commissione, a norma degli articoli da 10 a 15 del regolamento Ue n. 1093/2010, istitutivo dell’ABE; b) dagli atti di *soft law* emanati dall’ABE, ossia dagli orientamenti e dalle raccomandazioni formulate ai sensi dell’art. 16 del citato regolamento ABE, nonché dal Manuale europeo di vigilanza, che contiene le migliori prassi di vigilanza; c) dal diritto nazionale di recepimento delle direttive europee ovvero dal diritto nazionale che costituisce esercizio delle opzioni contenute nei regolamenti dell’Ue; d) dal diritto nazionale che non trova fonte e fondamento nel diritto Ue e che rappresenta l’esercizio autonomo delle limitate competenze normative residue in capo agli Stati. A tale elenco occorre, peraltro, aggiungere la considerevole produzione di regole e principi formalmente non vincolanti elaborati dagli *Standard-setters* globali (ad esempio, Comitato di Basilea, *Financial Stability Board*)¹⁰.

ing Union and the Governance of credit institutions – A legal perspective, SAFE Working Paper, n. 96/2015; V. BABIS, *Single Rulebook for Prudential Regulation of Banks: Mission Accomplished?*, in *European Business Law Rev.*, 2015, in corso di pubblicazione, disponibile anche sul sito: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2456642, cui si rimanda per l’individuazione delle principali divergenze riscontrabili nelle discipline nazionali.

⁹ In particolare, si v. K. LACKHOFF, *How will the Single Supervisory Mechanism (SSM) function? A brief overview*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 29, 1, 2014, p. 15 ss.

¹⁰ Sul punto, si v. per tutti, L. DRAGOMIR, *European Prudential Banking Regulation and Supervision: The Legal Dimension*, Abingdon UK/New York, 2010; M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, 2012; G. BERTEZZOLO, *op. cit.* Com’è noto, si tratta di atti solo formalmente non vincolanti (*soft law regulation*), dal momento che esercitano una notevole influenza sui regolatori regionali e nazionali. Si v. ad esempio, la stessa direttiva CRD IV che costituisce il recepimento, da parte del regola-

Tale inquadramento ci aiuta a capire la portata del sopra menzionato art. 4(3) del regolamento istitutivo. Invero, la BCE – nel quadro del nuovo SSM – è tenuta ad applicare quello che sopra abbiamo individuato alle lettere *a)*, *b)* e *c)*. In via di approssimazione, dunque, emerge il dato – sicuramente originale – per cui un'istituzione sovranazionale si trova a dover conoscere, interpretare e applicare un insieme normativo multi-livello, formato tanto da fonti tipiche del diritto dell'Unione, quanto da atti di diritto nazionale, adottati in attuazione della normativa europea.

2.3. *Un'assoluta novità?*

Come riportato in apertura, numerosi commentatori hanno evidenziato l'assoluta novità e peculiarità di tale meccanismo¹¹. Infatti, sebbene la norma in esame introduca un'ipotesi di attuazione centralizzata della normativa europea, occorre notare come la disciplina sostanziale applicabile dalla BCE si venga a comporre di un inedito intreccio di regole sovranazionali e di regole nazionali di derivazione comunitaria. L'esecuzione amministrativa da parte della BCE della normativa europea, così come recepita e attuata nei diversi ordinamenti nazionali, dunque, non solo si pone come fenomeno antitetico al tradizionale paradigma secondo cui «quello che la Comunità legifera, gli Stati amministrano»¹², ma innova altresì lo schema tipico dell'amministrazione diretta, dal momento che, in quest'ultima ipotesi, gli organi e organismi

tore europeo, dei requisiti sull'adeguatezza patrimoniale delle banche (norme di Basilea III) posti dal Comitato di Basilea (BCBS). Per una completa elencazione dei documenti redatti dal Comitato sulle nuove regole prudenziali, cf. l'indirizzo <http://www.bis.org/bcbs/basel3/compilation.html>.

¹¹ A. WITTE, *The application of national banking supervision law by the ECB: three parallel modes of executing EU law?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 21, 1, 2014, pp. 89-109; L. TORCHIA, *L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2015, p. 11; F. GIGLIONI, *The European Banking Union as a new Model of Administrative Integration?*, in E. CHITI, G. VESPERRINI, *op. cit.*, p. 129.

¹² G. FALCON, *Conclusioni*, in B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione comunitaria*, Padova, 2009, p. 130.

dell'Unione applicano esclusivamente il proprio diritto¹³. L'inversione di paradigma è evidente se solo si consideri che da un'attuazione decentrata delle regole sovranazionali si giunge a un sistema di amministrazione sovranazionale (anche) delle regole nazionali, in cui «quello che gli Stati legiferano (in attuazione del diritto Ue), l'autorità sovranazionale amministra».

Occorre, tuttavia, chiedersi se tale modalità applicativa costituisca davvero un *unicum* all'interno dell'ordinamento giuridico europeo o se sia possibile individuare ulteriori ipotesi in cui, in senso più ampio, un'istituzione sovranazionale conosca (ed eventualmente applichi) i diritti nazionali. A ben vedere, il diritto dell'Unione contempla alcune ipotesi in cui, secondo diverse gradazioni e sfumature, un'istituzione sovranazionale conosce altresì i diritti nazionali.

È noto, in primo luogo, come la Commissione europea eserciti un ruolo di custode e garante dei Trattati. In particolare, essa ha il compito di monitorare e rilevare eventuali violazioni da parte di uno Stato membro di un qualsiasi obbligo derivante dal diritto dell'Unione e di attivare la fase pre-contenziosa della procedura di infrazione¹⁴. Tale violazione può derivare da un qualsiasi atto nazionale, sia esso legislativo, amministrativo o giurisdizionale. Ne consegue che la Commissione, nello svolgimento di un'attività di vigilanza sull'operato degli Stati, è tenuta a entrare nei singoli diritti nazionali e a conoscerne, interpretarne e valutarne i singoli atti, senza tuttavia darvi attuazione in via amministrativa.

Una seconda ipotesi, per il vero legata alla prima, è costituita dal generale sindacato di legittimità comunitaria sugli atti degli Stati esercitato dalla Corte di giustizia, ora direttamente nell'ambito della sopra menzionata procedura di infrazione¹⁵, ora indirettamente nel contesto

¹³ Per tutti, G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 3^a ed., p. 33.

¹⁴ Per tutti, A. GIL IBÁÑEZ, *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law, Powers, Procedures and Limits*, Oxford-Portland, 1999.

¹⁵ Così G. FALCON, *La giurisdizione "amministrativa" nel contesto delle funzioni giurisdizionali della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Padova, 2007, p. 150; ID., *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni giuridiche soggettive europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2004, p. 1153 ss.,

del rinvio pregiudiziale di interpretazione¹⁶. Si tratta, tuttavia, di casi in cui a conoscere del diritto nazionale è un organo giurisdizionale nel quadro di un sindacato tendenzialmente oggettivo, volto in sostanza ad assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione. In altri termini, il diritto nazionale non viene in considerazione come diritto da attuare, ma in quanto oggetto di scrutinio di legittimità o conformità comunitaria.

Un esempio interessante si rinviene, poi, all'interno della rete della concorrenza¹⁷. Com'è noto, il regolamento n. 1 del 2003, introducendo un sistema di competenze parallele tra i diversi nodi della rete, pone un problema di coesistenza dei diritti nazionali con il diritto dell'Unione¹⁸. L'eventuale applicazione parallela della disciplina antitrust sovranazionale e di quella degli Stati membri è governata dal principio del primato del diritto dell'Unione, con la conseguenza che le autorità antitrust incluse nella rete saranno tenute, volta per volta, ad applicare direttamente la disciplina dei Trattati, eventualmente disapplicando le norme nazionali con essa contrastanti¹⁹. Tale meccanismo sembra valere anche per la Commissione, in quanto componente della rete, al pari delle autorità nazionali. Così, nei casi in cui la competenza sia incardinata in capo alla Commissione, quest'ultima si troverà a conoscere e interpretare al-

ora in *Scritti scelti*, Padova, 2015, p. 481 ss., in cui l'A. riconosce il potere della Corte di giustizia di «accertare l'inadempimento degli obblighi derivanti dal Trattato, e a questo fine di valutare la conformità al trattato di qualunque atto nazionale».

¹⁶ G. FALCON, *op. ult. cit.*

¹⁷ L'ipotesi è segnalata da B. MARCHETTI, *Le garanzie procedurali e processuali delle imprese nella rete europea della concorrenza*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 1, 2014, p. 32, sebbene la stessa A. segnali che «il problema non pare essersi finora posto in termini significativi, non risultando (...) una giurisprudenza rilevante sul punto».

¹⁸ Art. 3 del regolamento n. 1/2003. Sul punto, *ex multis*, D.J. GERBER, P. CASSINIS, *The "Modernisation" of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement – Part I and Part II*, in *Eur. Competition Law Rev.*, 27, 2006, p. 10 ss.; J.S. VENIT, *Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Rev.*, 40, 2003, p. 545 ss.

¹⁹ Corte giust., sent. 9 settembre 2003, *Consorzio industrie fiammiferi c. AGCM*, C-198/01, commentata da S. CASSESE, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 1129 ss.

trèsì la normativa nazionale sul cui presupposto si è fondata l'eventuale condotta anticoncorrenziale dell'impresa soggetta al procedimento²⁰. In tali ipotesi, dunque, un'istituzione sovranazionale, nell'esercizio di un'attività amministrativa, si trova a confrontarsi con una normativa estranea al proprio ordinamento giuridico. Tuttavia, a differenza di quanto avviene all'interno del SSM, in cui la BCE è tenuta a dare diretta *applicazione* dei diritti domestici, nel caso appena descritto la Commissione conosce il diritto nazionale al fine di *dis-applicarlo* se in contrasto con il parametro sovranazionale o, al più, al fine di valutarlo come fattore idoneo a escludere o attenuare la sanzionabilità dell'impresa²¹. In definitiva, si tratterebbe di un'operazione di applicazione «negativa» del diritto nazionale, in cui – non diversamente da quanto osservato nei due casi precedenti – la conoscenza e interpretazione delle norme nazionali assume rilievo al fine precipuo di ripristinare la primazia del diritto comunitario e di garantire l'effetto utile delle regole in materia di concorrenza.

Infine, l'ipotesi più significativa ai nostri fini è rappresentata dalla disciplina in tema di dichiarazione di nullità del marchio comunitario, contenuta all'art. 53(2) del regolamento n. 207/2009²². Alla luce di tale disposizione, il marchio comunitario è dichiarato nullo, su istanza dell'interessato, nei casi in cui la sua utilizzazione possa essere vietata in virtù di un altro diritto anteriore e incompatibile, riconosciuto e protetto dalla normativa comunitaria o dal diritto nazionale. In altri termini, l'accertamento della preesistenza di un altrui diritto, basato sulle legislazioni non integralmente uniformate degli Stati membri, costituisce un motivo di illegittimità *ab origine* della determinazione con cui l'Ufficio per l'Armonizzazione nel Mercato Interno (UAMI) aveva proce-

²⁰ B. MARCHETTI, *Le garanzie procedurali*, cit., la quale individua un «effetto di circolazione nella rete non solo del caso, ma anche delle regole nazionali di riferimento».

²¹ Così la citata sentenza *Consorzio industrie fiammiferi (C.I.F)*, p. 54.

²² Regolamento n. 207/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009 sul marchio comunitario, sostitutivo del regolamento n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993. Sul punto, per tutti, D. SARTI, *Segni distintivi e denominazioni d'origine*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La Proprietà intellettuale*, in G. AJANI, G.A. BENACCHIO, *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2011, p. 67.

duto alla registrazione di un altro marchio comunitario²³. Il diritto nazionale, così, diviene oggetto di interpretazione e applicazione da parte dell'autorità amministrativa sovranazionale, nell'ambito di un procedimento semi-contenzioso volto all'accertamento della nullità relativa del marchio comunitario²⁴.

3. La BCE tra interpretazione e applicazione del diritto nazionale

3.1. L'Art. 4(3) come norma di rinvio

Nel paragrafo precedente si è visto come l'ordinamento giuridico europeo non sembra porre ostacoli di carattere costituzionale alla generale capacità delle sue istituzioni di conoscere, interpretare ed eventualmente applicare il diritto nazionale, in particolare, allorché quest'ultimo metta in gioco la corretta applicazione del diritto sovranazionale, sotto forma di *federal question*.

Sul punto, si avrà modo di tornare nel prosieguo; ciò che in questa sede preme dapprima analizzare è il fondamento teorico sotteso alla peculiare modalità applicativa delineata dal citato art. 4(3). Com'è stato anticipato, il diritto bancario europeo è il frutto della stratificazione di diverse direttive di armonizzazione, le cui regole erano destinate a essere recepite e attuate all'interno degli ordinamenti nazionali, sul modello del federalismo di esecuzione²⁵.

La direttiva europea, del resto, si presenta come uno strumento normativo di ravvicinamento delle legislazioni nazionali, dal momento che non mira all'uniformazione delle regole, ma a mantenerne la varietà, pur all'interno di una cornice comune. Si tratta, cioè, di uno strumento istituzionalmente disegnato per supportare uno schema esecutivo de-

²³ Sul punto, si v. A. CASSATELLA, *Procedimenti amministrativi europei: il caso del marchio comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 835.

²⁴ Sulla natura giustiziale del procedimento, E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002, p. 120.

²⁵ Si v., in particolare, il considerando 15 della direttiva n. 36/2013, di poco precedente l'istituzione del SSM.

centrato e che mal si accorda con una modalità accentrata di amministrazione delle regole.

Come è noto, peraltro, le direttive europee hanno la caratteristica di vincolare i soli Stati cui si rivolgono al raggiungimento di un certo risultato; inoltre, difettando del requisito della diretta applicabilità, postulano una necessaria intermediazione dello Stato al quale spetta il compito di recepirne le disposizioni, traducendole in norme interne²⁶: sono, dunque, le disposizioni di esecuzione adottate dagli Stati membri a produrre effetti giuridici nei confronti degli altri soggetti dell'ordinamento²⁷, salvi i casi individuati dalla Corte di giustizia in cui la direttiva è suscettibile di esplicare effetti diretti²⁸.

Ciò ci induce a ritenere che, in linea di principio, la BCE non possa, al pari di qualsiasi altra autorità amministrativa nazionale, dare immediata attuazione a tale normativa²⁹. È poi possibile escludere la configurabilità dell'effetto diretto nei casi in cui la direttiva introduca particolari adempimenti agli istituti di credito, traducendosi questi in nuovi obblighi a loro carico (c.d. «verticali all'inverso»)³⁰. Peraltro, l'intervento di una puntuale e tempestiva trasposizione della direttiva da parte degli Stati esclude a monte la necessità stessa di richiamare la dottrina dell'effetto diretto³¹.

²⁶ Sul punto, *ex multis*, R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014; G. STROZZI, *Il sistema normativo*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 153 ss.; S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, 2nd edition, Oxford, 2005.

²⁷ Corte giust., sent. 15 luglio 1982, *Felicitas*, 270/81; sent. 19 gennaio 1982, *Becker*, 8/81; sent. 15 maggio 1986, *Johnston*, 222/84.

²⁸ Corte giust., sent. 26 febbraio 1986, *Marshall*, 152/84, p. 48; sent. 7 marzo 1996, *El Corte Inglés*, C-192/94; sent. 26 settembre 1996, *Arcaro*, C-168/95 e, più recentemente, sent. 21 ottobre 2010, *Accardo*, C-227/09.

²⁹ Com'è stato efficacemente notato, è la normativa nazionale a trasformare il contenuto della direttiva in un atto normativo in grado di produrre effetti giuridici *erga omnes*, esplicandosi, invece, gli effetti della direttiva comunitaria solamente tra autore e destinatari (*inter partes*). Così S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 16.

³⁰ Così R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 164. Analogamente, S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 260. In giurisprudenza, per tutti, Corte giust., sent. 8 agosto 1987, *Kolpinghuis*, in causa 80/86.

³¹ Viceversa, nei casi in cui la direttiva europea non sia stata recepita in termini dallo Stato, si ritiene che, allorché questa possieda tutti gli ulteriori requisiti individuati

A rigore, dunque, la BCE non è direttamente vincolata all'applicazione della normativa contenuta nelle direttive bancarie, bensì al solo diritto derivante dal citato regolamento Ue n. 575/2013 e dalle norme tecniche elaborate dall'ABE e adottate dalla Commissione. La normativa bancaria contenuta nelle direttive europee diviene, così, diritto applicabile da parte dell'istituzione sovranazionale per il tramite dell'art. 4(3) del regolamento istitutivo, il quale catalizza il diritto derivante dalle direttive europee (*rectius*, dalle normative nazionali di recepimento) e lo rende direttamente applicabile da parte della BCE³².

In altri termini, l'art. 4(3) costituisce una norma di rinvio e, più precisamente, di un rinvio mobile o formale, attraverso cui il legislatore europeo non procede alla diretta determinazione della disciplina, ma la rimette ad altre fonti o disposizioni³³. Il congegno in esame opera così un'immissione, all'interno dell'ordinamento sovranazionale, di norme giuridiche sorte al di fuori di esso e che trovano, tuttavia, fonte comune in un obbligo di recepimento posto dallo stesso ordinamento rinviante. Si crea un movimento circolare, a tre fasi, in cui una normativa non direttamente applicabile posta dalle istituzioni europee viene recepita e incorporata nelle diverse legislazioni nazionali e successivamente riassunta in sede sovranazionale, attraverso il rinvio contenuto in un regolamento dell'Unione.

A ben vedere, un meccanismo analogo sembra operare anche nei casi in cui la BCE sia tenuta ad applicare le legislazioni nazionali che fanno esercizio delle opzioni concesse agli Stati membri dai regolamenti Ue³⁴. Può accadere, infatti, che alcune disposizioni di un regolamento

dalla Corte di giustizia per la produzione di effetti diretti, la BCE possa darvi diretta e immediata attuazione, senza necessità di chiamare in causa il meccanismo di cui all'art. 4(3).

³² Un'analogia teorizzazione concettuale è rinvenibile in A. WITTE, *The application of national banking supervision law by the ECB*, cit., p. 106.

³³ Analogamente, in tema di nullità relativa dei marchi comunitari, si v. Corte giust., sent. 5 luglio 2011, *Edwin c. UAMI*, C-263/09 P, p. 47. Sul rinvio nel sistema giuridico italiano, *ex multis*, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1970, p. 67 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova, 2002, p. 167 ss.

³⁴ Tali opzioni, lasciando un discreto margine discrezionale agli Stati in fase di implementazione, costituiscono «the price for having the provisions on prudential supervi-

europeo contengano norme sprovviste di effetto diretto, le quali necessitano, per la loro applicazione, dell'adozione di misure di implementazione da parte degli Stati membri³⁵.

La stessa lettera dell'art. 4(3) sembra abbracciare tale logica, dal momento che impone alla BCE di applicare la legislazione nazionale di recepimento delle direttive e di esercizio delle predette opzioni, in quanto attratta e integrata nel «pertinente diritto dell'Unione». Ne consegue, come limite al perimetro della normativa nazionale applicabile, che la BCE non potrà dare esecuzione *amministrativa* al diritto nazionale che non costituisca, a sua volta, attuazione *normativa* del diritto sovranazionale. In altri termini, solo la normativa nazionale posta «in funzione comunitaria» è attratta, in forza del rinvio contenuto all'art. 4(3), nel diritto dell'Unione. Viceversa, le regole nazionali che non trovano fondamento e copertura nel diritto dell'Unione continueranno a trovare applicazione a livello nazionale da parte delle competenti autorità di vigilanza³⁶.

La particolarità di tale rinvio è che esso assume carattere multiplo e variabile, riferendosi, volta per volta, a uno dei 19 diritti nazionali degli Stati facenti parte del SSM. Invero, la fonte nazionale da applicare nel singolo procedimento non appartiene immancabilmente a un medesimo ordinamento giuridico, bensì varia a seconda della sede legale dell'ente creditizio oggetto del procedimento di vigilanza³⁷. Ne risulta un'inedita

sion in a regulation. They reflect the request of Member States and the banking industry for flexibility in certain areas». Così, K. LACKHOFF, *op. cit.*, p. 15.

³⁵ Si veda, ad esempio, Corte giust., sent. 11 gennaio 2001, *Azienda Agricola Monte Arcosu Srl*, C- 403/98, p. 26 e 28. In dottrina, G. STROZZI, *Il sistema normativo*, cit., p. 154; R. KRÁL, *National normative implementation of EC regulations: An exceptional or rather common matter?*, in *Eur. Law Rev.*, 2008, p. 243.

³⁶ Esempi in tal senso sono costituiti dalla disposizione contenuta nel Testo unico bancario (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 383), all'art. 56, secondo cui «la Banca d'Italia accerta che le modificazioni degli statuti delle banche non contrastino con una sana e prudente gestione» o dalla normativa prevista nell'ordinamento tedesco, dal § 15 del *Kreditwesengesetz* (KWG), sui prestiti concessi ai manager dell'istituto di credito (*Or-gankreditvorschriften*).

³⁷ Per certi versi, dunque, il rinvio in esame può essere accostato ai meccanismi di rinvio contemplati dal diritto internazionale privato (quale, ad esempio, il rinvio previsto dall'art. 51, co. 1, della l. 31 maggio 1995, n. 218).

composizione della normativa sostanziale applicabile, frutto della caleidoscopica combinazione di normativa europea e di diverse normative nazionali.

3.2. *La normativa nazionale «in funzione comunitaria» e la sua interpretazione*

Occorre, a questo punto, tentare di capire in che modo e attraverso quali strumenti la BCE interpreterà e applicherà tale coacervo di elementi normativi nazionali ed europei.

Innanzitutto, occorre premettere che il rinvio operato dall'art. 4(3) immette nell'ordinamento europeo un insieme di regole di matrice nazionale che, sebbene siano state poste in funzione comunitaria, non dismettono il loro carattere domestico. Conformemente alla natura non recettizia del rinvio, l'ordinamento rinviante richiama la norma così come essa «vive» all'interno dell'ordinamento richiamato, con la conseguenza che la legislazione nazionale attratta nel pertinente diritto dell'Unione non viene trasformata, in forza dell'art. 4(3), in diritto dell'Unione, ma mantiene inalterata la propria natura originaria di norma di diritto municipale³⁸.

A confermare il carattere non «comunitarizzato» delle norme nazionali cui la BCE dovrà dare esecuzione è lo stesso considerando 34 del regolamento istitutivo, là dove esplicita che tale meccanismo «non osta al principio del primato del diritto dell'Unione» e che «la BCE, allorché adotta orientamenti o raccomandazioni o prende decisioni dovrebbe basarsi sul pertinente diritto vincolante dell'Unione e agire in conformità di quest'ultimo». In altri termini, se d'un lato la BCE è tenuta a dare attuazione anche alla normativa nazionale, dall'altro, in virtù del prin-

³⁸ In senso analogo, A. WITTE, *op. cit.*, p. 108, il quale richiama le due principali impostazioni teoriche elaborate dalla dottrina internazionalistica per descrivere il rapporto tra il diritto internazionale e il diritto domestico («transformation theory» e «adoption theory»). I termini della questione sono riassunti da P.M. DUPUY, *International Law and Domestic (Municipal) Law*, in R. WOLFRUM (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, cit., cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

cipio cardine della *primauté*, dovrà interpretare e applicare tale normativa conformemente al diritto dell'Unione.

La normativa nazionale va, dunque, esaminata alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di implementazione degli atti dell'Unione da parte degli ordinamenti statali³⁹. In particolare, essa dovrà integrarsi con il contenuto dell'atto da recepire, non comprometterne gli obiettivi e assicurarne la piena efficacia⁴⁰. Dovrà poi porsi in conformità con il diritto dell'Unione e, in particolare, con i suoi principi generali⁴¹.

Il congegno in esame impone, dunque, all'autorità sovranazionale un'operazione interpretativa complessa e, per certi versi, inedita. In primo luogo, infatti, la BCE, dovrà penetrare all'interno dei singoli ordinamenti nazionali al fine di individuare e selezionare le norme suscettibili di essere applicate in un determinato procedimento amministrativo.

In secondo luogo, dal momento che – come s'è detto – tali norme non dismettono il loro carattere nazionale, si ritiene che la BCE sia tenuta a interpretarle alla luce dei canoni ermeneutici dell'ordinamento di provenienza, ponendo altresì attenzione all'interpretazione fornita dalle corti nazionali⁴². La penetrazione all'interno del procedimento delle normative nazionali così come interpretate nei rispettivi ordinamenti è,

³⁹ Si v., per tutti, S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 73 ss.

⁴⁰ In questo risiede, peraltro, il nucleo stesso del principio del primato: non già nella creazione di un ordinamento gerarchicamente sovraordinato, bensì nella necessità (la «condition existentielle») di garantire la sopravvivenza e la piena funzionalità del diritto comunitario. In tal senso, P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes. Étude des sources du droit communautaire*, Bruxelles, 2006, p. 257.

⁴¹ Corte giust., sent. 20 giugno 2002, *Mulligan c. Minister for Agriculture*, C-313/99, pp. 33 e 35.

⁴² Indicazioni interessanti provengono dalla citata sentenza *Edwin* in cui la Corte di giustizia ha affermato che il Tribunale di primo grado – nel contesto di un giudizio di impugnazione della decisione adottata dall'UAMI, ai sensi del sopra citato art. 53(2) del regolamento sui marchi – è tenuto a sindacare la corretta applicazione del diritto statale da parte dell'agenzia europea alla luce “del tenore letterale delle disposizioni nazionali in questione o della giurisprudenza nazionale ad esse relativa od anche degli scritti della dottrina riguardanti tali disposizioni” (p. 53).

del resto, agevolata dalla struttura collaborativa del SSM⁴³ e dalla peculiare composizione degli organismi di vigilanza interni alla BCE. L'attività corrente di vigilanza viene svolta, infatti, da unità funzionali miste (i *Joint Supervisory Teams* – JSTs⁴⁴) che comprendono personale proveniente sia dalla BCE sia dalle competenti autorità nazionali degli Stati in cui sono situati gli enti creditizi vigilati.

In terzo luogo, l'autorità sovranazionale, dopo aver preso in considerazione le possibili interpretazioni della norma nazionale, dovrà individuare il significato che risulti più conforme al testo e alle finalità della direttiva di cui trattasi, al fine di assicurare la piena efficacia del diritto dell'Unione. In altri termini, si ritiene che la BCE, operando in veste di soggetto applicatore del diritto nazionale, sia tenuta anch'essa al rispetto del canone ermeneutico dell'«interpretazione conforme» il quale, com'è noto, impone all'interprete di fare «tutto quanto gli compete, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e pervenire a una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima»⁴⁵.

⁴³ Non ci risulta possibile in questa sede analizzare il peculiare sistema di collaborazione tra la BCE e le autorità nazionali disegnato dal regolamento SSM. Sul punto, ci si limita a segnalare che l'art. 6 del regolamento SSM attribuisce alle autorità nazionali il compito di assistere la BCE nella preparazione e nell'attuazione degli atti inerenti ai compiti di vigilanza ai sensi dell'art. 4. Inoltre la logica collaborativa emerge con evidenza nella previsione di procedimenti misti o composti preordinati al rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria o alla sua revoca. Sul punto, per tutti, M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, cit.; F. GIGLIONI, *op. cit.* e C.V. GORTSOS, *The Single Supervisory Mechanism*, cit.

⁴⁴ Si vedano gli artt. 3 ss. del regolamento della BCE, 16 aprile 2014, n. 468/2014, che istituisce il quadro di cooperazione tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti (c.d. Regolamento quadro sul SSM), nonché la *Guida alla vigilanza bancaria*, elaborata dalla BCE, novembre 2014, p. 14 ss.

⁴⁵ *Ex multis*, Corte giust., sent. 4 luglio 2006, *Adeneler*. C-212/04, p. 111. Sull'obbligo di interpretazione conforme, cf. altresì, Corte giust., sent. 10 aprile 1984, *von Colson*, in causa 14/83; sent. 13 novembre 1990, *Marleasing*, C-106/89.

Non sembra, infatti, esservi ragione per escludere l'operatività di una tale «regola di condotta»⁴⁶ per il solo fatto che il soggetto istituzionalmente investito della funzione esecutiva sia non già un organo nazionale, bensì un'istituzione sovranazionale⁴⁷. Medesimo, peraltro, risulta il fine «rimediale» di assicurare l'uniforme applicazione e il continuo adeguamento del diritto nazionale al contenuto e agli obiettivi dell'Unione. Medesima è anche la logica, corollario del principio del primato, di introdurre uno strumento idoneo a prevenire potenziali antinomie e a garantire la piena efficacia della direttiva. Inoltre, l'obbligo di interpretazione conforme opera anche in presenza di un atto privo di effetti diretti, rappresentando così uno strumento di «efficacia indiretta» della norma sovranazionale⁴⁸.

L'obbligo in questione sottende cioè una finalità adeguatrice e conformatrice dei diritti nazionali al diritto dell'Unione; esigenza che diviene tanto più stringente in una situazione – come quella qui in esame – in cui un'istituzione sovranazionale è tenuta all'esecuzione centralizzata di un *mix* normativo eterogeneo. In definitiva, dal momento che l'interpretazione conforme trova il suo fondamento logico-giuridico nella necessità di pervenire a una concordante e omogenea applicazione del diritto dell'Unione allorché questo richieda misure nazionali di attuazione, si ritiene che questo obbligo si imponga su qualsiasi soggetto istituzionalmente investito del compito di dare applicazione a tale normativa nazionale, e ciò indipendentemente dalla sua natura interna o sovranazionale.

⁴⁶ R. BARATTA, *Il telos dell'interpretazione conforme all'acquis dell'Unione*, in *Riv. dir. internaz.*, 1, 2015, p. 28 ss.

⁴⁷ A ben vedere, si tratterebbe di un'operazione interpretativa non dissimile da quella operata dalla Commissione europea o dalla Corte di giustizia nelle ipotesi in cui, come si è visto sopra, siano tenute a conoscere e interpretare il diritto nazionale direttamente, nell'ambito della procedura di infrazione, o indirettamente, in sede di rinvio pregiudiziale di interpretazione.

⁴⁸ Per tutti, si v. Corte giust., sent. 5 ottobre 2004, *Pfeiffer*, in cause riunite da C-397/01 a C-403/01. Va tuttavia precisato che, nel caso delle direttive, tale obbligo trova il suo limite «nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento a un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale» (*ex multis*, Corte giust., sent. 23 marzo 2009, *Angelidaki*, in cause da C-378/07 a C-380/07).

A ben vedere, allora, il peculiare congegno di cui all'art. 4(3) potrebbe rappresentare un efficace strumento volto ad assicurare una maggiore uniformità della legislazione bancaria, attraverso la conformazione delle regole nazionali al parametro europeo. La BCE è infatti chiamata a un'operazione ermeneutica di sintesi tra il dato normativo nazionale e la piena efficacia del diritto europeo. In tal senso, l'art. 4(3) può costituire un meccanismo applicativo in grado di superare e correggere le divergenze riscontrabili nelle normative nazionali e, in definitiva, di supportare il processo di costruzione di un diritto bancario comune.

3.3. Il problema del contrasto tra la normativa nazionale e il diritto dell'Unione

All'esito del processo interpretativo sopra delineato, ove la normativa nazionale (o una sua particolare interpretazione) risulti conforme al diritto dell'Unione, la BCE potrà senz'altro darvi esecuzione ai sensi del citato art. 4(3). Ove, invece – per ipotesi – dovesse ritenere tale norma irrimediabilmente in contrasto con il diritto dell'Unione, si aprirà la questione relativa alla sorte di tale regola e al potere della BCE di rilevare tale contrarietà.

Ancora una volta, per rispondere a tali quesiti, si ritiene opportuno prendere dapprima in esame le soluzioni sviluppate dalla Corte di giustizia in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale. La specificità del tema richiede, poi, di verificare la trasferibilità di tali soluzioni all'interno dell'ipotesi in esame, in cui il raffronto tra la norma nazionale e quella dell'Unione avviene nella cornice istituzionale dell'Unione europea.

Come è noto, già a partire dalle prime sentenze, la Corte ha dato indicazioni precise sul regime giuridico dell'atto nazionale contrastante con il diritto comunitario. Nella sentenza *Costa c. Enel*, dopo aver individuato il principio della primazia come criterio fondamentale per la risoluzione dei conflitti tra i due piani normativi, il giudice comunitario ha affermato che, data l'impossibilità per gli Stati di far prevalere un provvedimento unilaterale e ulteriore sul dato sovranazionale, un tale

atto nazionale, «sarebbe del tutto privo di efficacia»⁴⁹. Ancor più esplicitamente, poi, nella sentenza *Simmenthal*, la Corte ha ribadito che ogni atto nazionale che risulti contrastante con il prevalente diritto europeo debba considerarsi «*ipso iure* inapplicabile»⁵⁰.

Non si vede, quindi, il motivo per limitare la validità e la portata di tali considerazioni alle sole ipotesi in cui la potenziale antinomia emerga dinanzi ai soggetti di diritto interno. In altri termini, dal momento che il principio del primato, inteso nella sua dimensione applicativa⁵¹, impone di considerare *ipso iure* inefficace una normativa nazionale in contrasto con il parametro sovranazionale, sembra opportuno ritenere che, allorché eccezionalmente, come nel nostro caso, a conoscere del potenziale contrasto tra le due norme sia un'istituzione sovranazionale, questa debba essere dotata dei medesimi poteri di cui dispone abitualmente l'autorità nazionale. Parafrasando la nota sentenza *Fratelli Costanzo*⁵², e ragionando per analogia, pare potersi concludere che, qualora sussistano i presupposti necessari affinché le disposizioni di un atto normativo dell'Unione siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali e siano altresì applicabili dalle amministrazioni nazionali con preferenza sulla contrastante normativa nazionale, allora anche l'amministrazione sovranazionale, nelle ipotesi in cui sia investita del potere di dare applicazione al diritto nazionale, sia tenuta ad applicare le disposizioni del diritto dell'Unione direttamente applicabili e a non applicare il diritto nazionale a esso non conforme⁵³. L'obbligo di disapplica-

⁴⁹ Corte giust., sent. 15 luglio 1964, *Costa c. Enel*, in causa 6/64.

⁵⁰ Corte giust., sent. 9 marzo 1978, *Simmenthal*, in causa 106/77, p. 17.

⁵¹ Si veda nella dottrina tedesca la qualificazione del primato come «precedenza applicativa» (*Anwendungsvorrang*). Sul punto, si rinvia a C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, p. 133 ss. e alla bibliografia ivi citata.

⁵² Corte giust., sent. 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, in causa 103/88, commentata, tra gli altri, da R. CARANTA, *Sull'obbligo dell'amministrazione di disapplicare gli atti di diritto interno in contrasto con disposizioni comunitarie*, in *Il Foro amministrativo*, 1990, p. 1372 ss.

⁵³ D'altronde, si è visto in precedenza come una tale evenienza possa verificarsi nelle ipotesi – segnalate da B. MARCHETTI, *Le garanzie procedurali*, cit. – di circolazione di una legge nazionale all'interno della rete antitrust. La soluzione della disapplicazione, anche eventualmente a opera di un'autorità sovranazionale, sembra adombrata dalla citata sentenza *C.I.F.*, là dove la Corte sembra prescindere dalla dimensione onto-

zione, in altri termini, secondo una prospettiva funzionale, incombe su qualsiasi autorità istituzionalmente investita del potere di applicare il diritto, quale che sia il “luogo” di emersione dell’antinomia.

Com’è noto, tuttavia, la teoria della disapplicazione si costruisce lungo le due linee direttrici del principio del primato e della diretta applicabilità. La disapplicazione, in altri termini, a partire dalla sentenza *Simmenthal*, è stata interpretata come corollario della diretta applicabilità ovvero dell’efficacia diretta della norma sovranazionale⁵⁴; negli altri casi, invece, vanamente esperito il tentativo di interpretare la norma nazionale conformemente al diritto Ue, spetta a ciascuno Stato intervenire, modificando la norma contrastante con il diritto dell’Unione e prevedendo sistemi interni per farne valere l’illegittimità⁵⁵.

Ne consegue che, dinanzi a una normativa nazionale ritenuta contrastante con il diritto europeo, la BCE sarà tenuta a dare integrale e immediata applicazione alla norma sovranazionale, disapplicando la confliggente disciplina nazionale, solamente nei casi in cui il contrasto si ponga con una fonte direttamente applicabile (Trattati o regolamenti) ovvero con una norma dotata di effetto diretto (direttive *self executing*).

Diversamente, nel caso in cui il parametro sovranazionale sia sprovvisto di effetto diretto – in quanto non sufficientemente chiaro, preciso e incondizionato ovvero in quanto produttivo di effetti potenzialmente pregiudizievoli per i singoli – sembrerebbe che la BCE sia comunque tenuta a dare integrale applicazione alla norma nazionale in contrasto con il diritto europeo, non disponendo del potere/dovere di disapplicarla. Così argomentando, tuttavia, alla BCE non resterebbe che sollecitare

logica dell’autorità antitrust, considerandone esclusivamente la posizione di soggetto responsabile dell’applicazione del diritto europeo della concorrenza.

⁵⁴ In generale, sulla disapplicazione della legge nazionale per contrasto con il diritto comunitario, si v. C. PAGOTTO, *op. cit.*, p. 125 ss.

⁵⁵ Si veda, ad esempio, la soluzione elaborata dalla Corte costituzionale italiana nelle sentenze n. 170 del 1984; n. 284 del 2007 e n. 227 del 2010, secondo cui «l’ipotesi di illegittimità della norma nazionale per non corretta attuazione della decisione quadro (ma, lo stesso vale per la direttiva non *self executing*, *ndr*) è riconducibile, pertanto, ai casi nei quali, secondo la giurisprudenza di questa Corte, non sussiste il potere del giudice comune di “non applicare” la prima, bensì il potere-dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale (...), laddove, come nella specie, sia impossibile escludere il detto contrasto con gli ordinari strumenti ermeneutici consentiti dall’ordinamento».

la Commissione ad avviare un procedimento di infrazione, volto a far accertare l'inadempimento dello Stato, senza che si possa escludere l'applicazione di tale normativa nel singolo procedimento.

È evidente come tale assetto rischi di compromettere il corretto ed efficace funzionamento della neonata vigilanza bancaria integrata. Come emerge dallo stesso articolo 4(3), infatti, la BCE è tenuta all'applicazione del pertinente diritto bancario al precipuo «scopo di assicurare standard elevati di vigilanza», sulla base dell'applicazione omogenea e coerente di un diritto sostanziale uniforme. Non consentire alla BCE di mettere ordine tra le legislazioni nazionali, eliminando gli eventuali elementi distorsivi introdotti dalle legislazioni nazionali, rischia di vanificare il processo di costruzione di un sistema unico e integrato, riproponendo, sotto altre spoglie, il problema, all'origine del propagarsi della crisi finanziaria, di una vigilanza finanziaria europea frammentata e segmentata lungo le linee nazionali. Invero, la sola strada della procedura di infrazione non appare in grado di dare una soluzione soddisfacente né sul piano della tutela della posizione giuridica dei singoli, né tantomeno su quello funzionale dello svolgimento di una vigilanza prudenziale rigorosa ed effettiva, basata sul rispetto di elevati standard di supervisione.

Un'interessante proposta, potenzialmente in grado di superare l'evidenziata aporia, proviene da quella dottrina che, considerando il principio del primato come canone ordinatore dei rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo, ne individua un ambito applicativo più vasto rispetto a quello dell'effetto diretto⁵⁶ e ne teorizza due possibili effetti giuridici⁵⁷.

Secondo tale ricostruzione, la supremazia del diritto comunitario esplicherebbe in primo luogo un «substitutionary effect», inteso come

⁵⁶ B. DE WITTE, *Direct effect, primacy, and the nature of the legal order*, in P. CRAIG, G. DE BURCA (a cura di), *The evolution of EU Law*, Oxford, 2nd edition, p. 323.

⁵⁷ In particolare, M. LENZ, D. SIF TYNES, L. YOUNG, *Horizontal What? Back to Basics*, in *Eur. Law Rev.*, 25, 2000, p. 509 ss.; P.V. FIGUEROA REGUEIRO, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Current Developments of the Case-Law of "Horizontal" Direct Effect of Directives*, Jean Monnet Working Paper, n. 7/2002; T. TRIDIMAS, *Black, white and shades of grey: horizontality of directives revisited*, in *Yearbook of European Law*, 21, 2001, p. 327 ss.

immediata applicazione della norma europea dotata di effetto diretto, in sostituzione della norma nazionale incompatibile. In secondo luogo, il principio del primato sarebbe in grado, in ogni caso, e dunque anche in assenza di effetto diretto, di produrre un «exclusionary effect»⁵⁸. In tali ipotesi, la norma sovranazionale ha il solo «effetto negativo» di impedire l'applicazione della norma nazionale con essa contrastante, senza tuttavia sostituirsi a quest'ultima. L'effetto di mera esclusione opererebbe dunque dinanzi a qualsiasi norma nazionale incompatibile con il prevalente diritto dell'Unione, anche nei casi in cui ciò potrebbe condurre a riconoscere incidentalmente degli effetti pregiudizievoli nei confronti dei singoli⁵⁹.

La BCE, allora, sarebbe tenuta in prima battuta a verificare la possibilità di «sostituire» la norma nazionale con quella sovranazionale direttamente applicabile e, in mancanza di effetto diretto, a escluderne comunque l'applicazione nel caso di specie. In tal modo, si consentirebbe alla BCE di beneficiare di uno strumento di vaglio e selezione delle normative nazionali, in grado di garantire e stabilizzare l'uniforme applicazione della normativa sostanziale bancaria all'interno dell'Eurozona.

A ben vedere, tuttavia, questa impostazione incontra una serie di difficoltà, tanto da un punto di vista teorico che applicativo⁶⁰. È evidente, infatti, come la sola non-applicazione della norma nazionale incompatibile produca un vuoto normativo che richiederà immancabilmente un intervento di riempimento da parte dell'interprete. In altri termini, a un effetto di esclusione si accompagnerà inevitabilmente una qualche forma di sostituzione. In sostanza, delle due, l'una: o la lacuna potrà essere

⁵⁸ Cf., *ex multis*, D. SIMON, *La directive européenne*, Parigi, 1997, p. 4 ss. Secondo l'A. «l'obligation d'écarter les règles nationales contraires au droit communautaire s'impose au juge national en vertu du principe de primauté, y compris si la norme en cause est dépourvue d'effet direct».

⁵⁹ Un'evoluzione in tal senso è rinvenibile in tema dei c.d. *horizontal side effects* della direttiva, si v. Corte giust., sent. 30 aprile 1996, *CIA Security International*, C-194/94; sent. 26 settembre 2000, *Unilever c. Italia*, C-443/98; sent. 7 gennaio 2004, *Wells*, C-201/02.

⁶⁰ *Ex ceteris*, M. DOUGAN, *When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy*, in *Common Market. Law. Rev.*, 44, 2007, p. 931 ss.; S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 269.

colmata facendo ricorso ad altre norme di diritto dell'Unione direttamente applicabili, ma allora non si potrà più parlare di mero effetto di esclusione; oppure, in assenza di una disciplina europea direttamente applicabile, occorrerà consentire a una norma sovranazionale sprovvista di effetto diretto di definire, in pratica, il regime giuridico applicabile alla singola fattispecie.

In definitiva, nella descritta ipotesi di contrasto tra la normativa nazionale e il parametro sovranazionale non immediatamente applicabile sembra emergere un potenziale corto circuito del sistema. La BCE, infatti, da un lato deve applicare il diritto nazionale in quanto compatibile con il diritto dell'Unione, ma dall'altro trova un limite nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di disapplicazione ed effetto diretto. In altri termini, per «prendere sul serio» il congegno delineato dall'art. 4(3) e dotare la BCE di uno strumento in grado di garantire una corretta e uniforme applicazione del diritto bancario europeo, occorrerebbe forzare il sistema costruito dalla Corte di giustizia e consentire alla BCE di disapplicare la disciplina nazionale, a prescindere dall'esistenza di una norma sovranazionale *self executing*, mettendo, in ultima analisi, in discussione l'assunto per cui l'effetto diretto può prodursi nei soli rapporti verticali, e giammai in quelli orizzontali o verticali all'inverso⁶¹.

⁶¹ In realtà, come si è notato sopra, la Corte di giustizia avrebbe già mostrato un'apertura in tale direzione, in relazione ai c.d. rapporti triangolari. Nel caso *Wells*, infatti, la Corte di giustizia ha affermato che: “un singolo non può far valere una direttiva nei confronti di uno Stato membro, qualora si tratti di un obbligo pubblico direttamente connesso all'attuazione di un altro obbligo che incombe ad un terzo, ai sensi di tale direttiva”, ma che, “per contro, mere ripercussioni negative sui diritti di terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato” (Corte giust., sent. 7 gennaio 2004, *Wells*, C-201/02, pp. 57 e 58). In realtà, una conclusione simile appare *in nuce* nella citata sentenza *Fratelli Costanzo*, dal momento che la disapplicazione della legge nazionale aveva come conseguenza la riedizione della procedura di gara con un'evidente ripercussione negativa sulla situazione giuridica dell'aggiudicatario. Ci si limita a segnalare che, in casi simili, il problema di un'eventuale lesione del legittimo affidamento maturato dal terzo in relazione all'applicabilità della norma nazionale potrebbe trovare adeguata soluzione sul piano di un'azione risarcitoria volta a far valere la responsabilità dello Stato che abbia adottato un atto normativo contrastante con il diritto europeo.

4. Il sindacato giurisdizionale sul provvedimento applicativo del diritto nazionale

Come è stato anticipato in apertura, l'esercizio delle funzioni di vigilanza all'interno del SSM si struttura secondo una complessa matrice delle competenze⁶². Il regolamento istitutivo disegna diversi schemi procedurali in cui convivono procedimenti amministrativi di esclusiva competenza della BCE, procedimenti che rimangono in capo alle autorità nazionali e procedimenti composti che si svolgono in parte a livello europeo e in parte a livello nazionale, secondo sequenze ora ascendenti (*bottom-up*), ora discendenti (*top-down*)⁶³.

Nell'economia del presente lavoro, si analizzerà il tema della tutela giurisdizionale limitatamente a quelle ipotesi in cui l'elemento «estraneo» dell'applicazione del diritto nazionale da parte dell'istituzione sovranazionale si inserisce all'interno di un procedimento amministrativo che termini con un provvedimento adottato dalla BCE⁶⁴. Naturalmente, ciò varrà tanto nei casi in cui la BCE sia l'unica autorità competente all'emanazione del provvedimento, quanto nei casi in cui la decisione finale costituisca il risultato di un procedimento misto in cui confluiscono altresì le determinazioni assunte dalle autorità nazionali⁶⁵.

⁶² Così P.G. TEIXEIRA, *Europeanising prudential banking supervision. Legal foundations and implications for European integration*, in J.E. FOSSUM, A.J. MENENDEZ (a cura di), *The European Union in Crises or the European Union as Crises?*, Arena Report, n. 2/14, p. 544 ss.

⁶³ Sul fenomeno, *ex multis*, C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1992; F. BIGNAMI, S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003; G. DELLA CANANEA, M. GNES, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea. Un'indagine*, Torino, 2004.

⁶⁴ Sul criterio di riparto di giurisdizione tra il giudice nazionale e il giudice comunitario, si v. D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2002, p. 683 ss.

⁶⁵ Si tratta, dunque, rispettivamente, delle ipotesi in cui la BCE esercita in via esclusiva i compiti di vigilanza micro-prudenziale sugli «enti creditizi significativi» previsti dall'art. 4 del regolamento istitutivo e dei casi in cui la BCE è competente a rilasciare e revocare l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia ovvero a valutare l'acquisizione di partecipazioni qualificate, in base ai procedimenti composti di cui agli artt.

Ai nostri fini, il tema del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi adottati dalla BCE sarà analizzato sotto due profili: in primo luogo, allorché la decisione della BCE applichi scorrettamente il diritto nazionale che sia, tuttavia, conforme al parametro europeo; in secondo luogo, nelle ipotesi in cui il provvedimento finale adottato dalla BCE applichi una disciplina nazionale contrastante con il diritto dell'Unione.

Nella prima ipotesi, occorre domandarsi se l'inesatta interpretazione e/o applicazione del diritto nazionale da parte della BCE dia luogo a una qualche forma di invalidità del provvedimento amministrativo e, eventualmente, se questa possa essere invocata dal privato dinanzi alle corti europee per ottenere l'annullamento dell'atto così impugnato⁶⁶. Si è detto come l'articolo 4(3) del regolamento istitutivo operi un rinvio mobile alle norme nazionali poste in funzione comunitaria e come, nello svolgimento delle funzioni di vigilanza, la BCE sia tenuta all'applicazione di questo *corpus* normativo multilivello. L'inosservanza di tale obbligo, dunque, non può che configurare una violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione ai sensi dell'art. 263 Tfeue, dal momento che, in definitiva, la decisione della BCE si porrebbe in contrasto con l'art. 4(3), là dove questo impone di dare applicazione altresì al diritto nazionale⁶⁷. In altri termini, la norma di

14 e 15. In questi ultimi casi, il tema si intreccia con la più generale problematica della tutela giurisdizionale dinanzi ai procedimenti misti o composti e, dunque, con la ben nota questione della dualità e separatezza dei sistemi giurisdizionali degli Stati e dell'Unione. Sul punto si v. in particolare, G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali*, cit.; H.C.H. HOFMANN, A.H. TÜRK, *Legal challenges in EU administrative Law. Towards an Integrated Administration*, Cheltenham, 2009.

⁶⁶ Sui caratteri generali dell'azione di annullamento, si v., *ex multis*, G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *op. cit.*, p. 710; A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 2006, p. 53 ss.; J.V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, M. WAELBROECK, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, in *Commentaire Megrèrè, Le droit de la CEE*, Vol. 10, Bruxelles, 1993, p. 98 ss., cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁶⁷ Sulla portata, ed eventuali limiti, dell'intervento del giudice europeo nell'interpretazione e applicazione del diritto nazionale richiamato da una normativa comunitaria, si v. la citata sent. *Edwin c. UAMI*, in cui la Corte di giustizia ha affermato che "il Tribunale è competente ad esercitare un pieno controllo di legittimità sulla valutazione compiuta dall'UAMI in merito agli elementi presentati dal richiedente per dimostrare il

diritto di nazionale viene ad assumere rilievo nel sindacato di legittimità sul provvedimento della BCE alla stregua di un parametro interposto.

Il congegno di cui all'art. 4(3), in definitiva, delinea un meccanismo di applicazione sovranazionale del diritto nazionale tanto in sede amministrativa quanto in sede giurisdizionale⁶⁸. Siffatta conclusione, per quanto singolare, non sembra destare particolari preoccupazioni, dal momento che – come si è accennato sopra – l'ordinamento giuridico europeo non pone limiti di carattere generale alla possibilità che le sue istituzioni conoscano altresì il diritto nazionale e ne valutino la conformità con il diritto europeo. E ciò, si è visto, è tanto più vero allorché la corretta applicazione del diritto nazionale metta in gioco l'effettività e l'uniformità del diritto dell'Unione⁶⁹.

Più complesso appare, invece, il secondo caso sopra prospettato. A tal fine, sembra opportuno verificare separatamente le ipotesi in cui il contrasto prospettato dal ricorrente in sede di impugnazione assuma come parametro una norma dell'Unione *self executing* o meno.

Con riferimento al primo caso, si è poc'anzi proposto di estendere anche alla BCE il potere/dovere di disapplicare la norma nazionale antieuropea. Occorre allora chiedersi cosa potrà fare la Corte di giustizia dinanzi a un ricorso presentato dall'impresa destinataria della decisione che lamenti la mancata disapplicazione della norma nazionale da parte dell'autorità sovranazionale. In tal caso, sembra pacifico riconoscere l'illegittimità del provvedimento alla stregua del diritto europeo direttamente applicabile. Il fatto che l'invalidità del provvedimento derivi dall'applicazione di una norma nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione non sembra, infatti, mettere in discussione la prospettata soluzione dell'illegittimità-annullabilità, dal momento che quest'ultima

contenuto della normativa nazionale di cui invoca la tutela” (p. 52). Analogamente, Corte giust., sent. 27 marzo 2014, *UAMI c. National Lottery Commission*, C-530/12 P (pp. 32 ss.), con commento di S. BARAZZA, *Interpretation and application of national law in Community trade mark invalidity proceedings*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 9, 2014, p. 790.

⁶⁸ In questi termini, v. altresì DEUTSCHE BUNDESBANK, *Monatsbericht*, Juli 2013, p. 21; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, cit. p. 987.

⁶⁹ Sul punto cf., in particolare, G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali*, cit.

è la posizione abbracciata dalla stessa Corte di giustizia anche in riferimento al regime giuridico dell'atto amministrativo nazionale applicativo di una norma nazionale contrastante con il diritto dell'Unione⁷⁰. A ben vedere, poi, anche in tale ipotesi la BCE verrebbe meno a un obbligo impostole dal diritto dell'Unione e, in particolare, dal regolamento istitutivo del SSM là dove prescrive alla BCE di applicare il diritto nazionale in conformità del diritto dell'Unione e nel rispetto del principio del primato.

In definitiva, la decisione così assunta è da considerarsi illegittima e, per l'effetto, annullabile *ex art. 263* per violazione di una regola di diritto dell'Unione, senza però che in tal caso il diritto nazionale giochi il ruolo di parametro interposto. Con ciò, tuttavia, non si intende affermare che il giudice europeo non venga affatto a conoscere il diritto nazionale: la Corte, infatti, per accertare la sussistenza del potere/dovere dell'amministrazione di disapplicare la norma nazionale, si troverà giocoforza a giudicarne incidentalmente la conformità al parametro sovranazionale⁷¹. Ciò che, tuttavia, la Corte non potrà in ogni caso fare è pronunciarsi direttamente sulla legittimità o meno della disciplina nazionale, conformemente al principio di separazione dei sistemi giurisdizionali nazionali ed europeo.

Con riguardo, invece, alla seconda ipotesi sopra enunciata, occorre chiedersi di quali poteri disponga la Corte di giustizia che si trovi a sindacare un atto amministrativo che il ricorrente assuma applicare una disciplina nazionale contrastante con il diritto dell'Unione, ma non suscettibile di disapplicazione⁷². A rigore – s'è detto – la BCE sarà tenuta

⁷⁰ Si v. in particolare Corte giust., sent. 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, con commento di D. DE PRETIS, «*Illegittimità comunitaria*» dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, in *Giorn. dir. amm.*, 7, 2004, p. 723 e sent. 19 settembre, *Arcor*, C-392/04 e C-422/04.

⁷¹ Sarebbe, peraltro, interessante riflettere circa la portata di tale accertamento incidentale di incompatibilità all'interno degli ordinamenti nazionali. Si potrebbe, infatti, sostenere che la sentenza della Corte che disponga l'annullamento di una decisione per la mancata disapplicazione di una norma nazionale incompatibile con il diritto comunitario potrebbe assumere un contenuto per certi versi analogo a quello di una pronuncia resa dalla Corte a seguito di rinvio pregiudiziale di interpretazione.

⁷² Occorre tuttavia sottolineare come, da un punto di vista pratico, si tratti di un'eventualità piuttosto rara. Infatti l'istituto di credito destinatario della decisione non

ad applicare la norma nazionale, non diversamente da quanto avviene, nel nostro ordinamento, nel caso in cui l'amministrazione si trovi dinanzi a una legge di cui sospetti l'incostituzionalità⁷³. La BCE, peraltro, non dispone del potere di sollevare una questione di legittimità della norma nazionale, né in via diretta presso i competenti tribunali nazionali, né indirettamente dinanzi alla Corte di giustizia nelle forme del rinvio pregiudiziale di interpretazione.

Nel nostro sistema ipotesi analoghe vengono risolte, in ultima analisi, solo dall'intervento della Corte costituzionale, dal momento che la fonte nazionale contrastante con la normativa comunitaria non *self executing* «serberebbe intatto il suo valore e soggiacerebbe al controllo di costituzionalità»⁷⁴, non potendo essere direttamente disapplicata in giudizio. Tale soluzione non risulta tuttavia trasferibile all'interno dell'or-

avrà alcun interesse a impugnare il provvedimento censurando la mancata disapplicazione di una disposizione nazionale incompatibile con una direttiva comunitaria, allorché quest'ultima risulti impositiva di obblighi nei suoi confronti. L'unica ipotesi in cui potrebbe sussistere tale interesse sembra darsi, dunque, nel caso in cui la direttiva, pur essendo attributiva di vantaggi ai singoli, non goda di effetti diretti in quanto non sufficientemente chiara, precisa o condizionata (ipotesi peraltro, di carattere residuale, posto il carattere tendenzialmente chiaro e dettagliato delle recenti direttive bancarie). In relazione, invece, al terzo concorrente che si assuma leso da una decisione della BCE rivolta ad altro istituto di credito, ci si limiterà a osservare come raramente un'impresa concorrente sarà in grado di dimostrare che la decisione «la riguardi direttamente e individualmente», dal momento che ciò può avvenire nei soli casi – si immagina, piuttosto infrequenti nella vigilanza bancaria – in cui essa vanti un «ruolo procedimentale» nella vicenda oggetto di vigilanza. Sulla legittimazione del terzo alla proposizione dell'azione di annullamento, si v. G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 725 ss.; B. MARCHETTI, *Il sistema integrato di tutela*, in B. MARCHETTI, L. DE LUCIA (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, p. 216.

⁷³ Ciò sulla base dell'orientamento prevalente in dottrina per cui la legge incostituzionale, ancorché invalida, risulta pienamente efficace e operante fino alla pronuncia della Corte. Per tutti, G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, ult. ed.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984, p. 389.

⁷⁴ Così Corte cost., sent. n. 170 del 1984; sent. n. 317 del 1996; ord. n. 267 del 1999 e sent. n. 284 del 2007. Sull'invalidità del provvedimento amministrativo a seguito della dichiarazione di incostituzionalità, si v. G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 1, ora in *Scritti scelti*, Padova, 2015, p. 455.

dinamento sovranazionale dal momento che la Corte di giustizia non ha giurisdizione diretta sugli atti nazionali, non potendo procedere al loro annullamento⁷⁵, né dispone di strumenti di coordinamento che, sulla falsariga del rinvio pregiudiziale, le consentano di sollevare la questione dinanzi alle competenti corti nazionali⁷⁶. In tali casi, inoltre, si ritiene che il giudice europeo non possa annullare la decisione della BCE per violazione del regolamento istitutivo del SSM, avendo la BCE correttamente proceduto ad applicare il diritto nazionale di cui si assuma l'illegittimità.

Dinanzi a tale scenario si possono ipotizzare tre soluzioni, per il vero tutte problematiche sul piano teorico o comunque non totalmente convincenti sul piano pratico.

In primo luogo, la Corte di giustizia, non disponendo di adeguati strumenti di tutela, potrebbe rigettare il ricorso o nel merito, non potendo rilevare alcun vizio di legittimità del provvedimento impugnato, ovvero in rito, per difetto di giurisdizione, spettando solamente al giudice nazionale statuire sulla legittimità della disciplina nazionale⁷⁷.

Una seconda soluzione potrebbe essere quella di consentire alla Corte di emanare, sul modello della procedura di infrazione, una sentenza meramente dichiarativa con la quale accerti l'incompatibilità della normativa nazionale con quella sovranazionale. Com'è noto, tuttavia, tale sentenza si rivolge, per sua natura, esclusivamente allo Stato inadempiente, e non in grado, di per sé sola, di determinare l'automatica caducazione del provvedimento della BCE⁷⁸.

⁷⁵ Cf., *ex multis*, Corte giust., sent. 16 dicembre 1960, *Humblet c. Belgio*, 6/60, p. 2.

⁷⁶ In questa prospettiva, si veda la proposta avanzata da autorevole dottrina (H.C.H. HOFMANN, *Decision-making in EU Administrative Law – The Problem of Composite Procedures*, in *Administrative Law Rev.*, 2009, p. 213; H.C.H. HOFMANN, A.H. TÜRK, *op. cit.*, p. 368 ss.) di introdurre nuovi strumenti di cooperazione giurisdizionale tra le corti nazionali e la Corte di giustizia, proprio con riferimento alle ipotesi di procedimenti composti. In estrema sintesi, gli AA. propongono di ampliare i meccanismi di raccordo verticale tra i due livelli giurisdizionali, introducendo la possibilità per le corti europee di sollevare una questione di interpretazione o di validità di un atto nazionale dinanzi alle competenti corti nazionali.

⁷⁷ Si v., ad esempio, Corte giust., sent. 3 dicembre 1992, *Oleificio Borelli*, C-97/91.

⁷⁸ A monte, peraltro, bisognerebbe chiedersi se la Corte di giustizia possa innestare all'interno del giudizio di annullamento una pronuncia il cui contenuto tipico è stretta-

Una strada alternativa è, infine, rappresentata dall'attribuzione alla Corte di giustizia del potere di accertare incidentalmente la non conformità della norma nazionale e di procedere alla sua disapplicazione anche qualora la direttiva non sia *self executing*⁷⁹. Tale prospettiva si lega, evidentemente, alla sopra citata teoria che fa discendere dal principio del primato tanto la tradizionale *invocabilité de substitution*, quanto una *invocabilité d'exclusion*⁸⁰, vale a dire la possibilità per il privato di invocare la sola non-applicazione della norma nazionale incompatibile con il preminente diritto sovranazionale. Seguendo tale impostazione, si perverrebbe alla conclusione – accennata poc'anzi – per cui l'atto amministrativo emanato nel rispetto delle regole nazionali, ma in contrasto con una norma dell'Unione, sarebbe da considerarsi illegittimo e, dunque, annullabile, anche nei casi in cui il parametro sovranazionale non sia immediatamente applicabile. Se d'un lato questa ricostruzione presenta il pregio di accordare al privato uno strumento di tutela giurisdizionale in grado di condurre alla caducazione dell'atto della BCE, dall'altro, tuttavia, si pone in contrasto con la giurisprudenza della stessa Corte in tema di disapplicazione ed effetti diretti⁸¹.

mente legato alla procedura di infrazione e alle garanzie procedurali che questa prevede in favore dello Stato membro. Ciò equivarrebbe, in ultima analisi, a introdurre nell'ordinamento comunitario un principio di atipicità delle azioni esperibili dinanzi alla Corte di giustizia, in contrasto con il principio di attribuzione che governa altresì le competenze giurisdizionali delle corti dell'Unione.

⁷⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Saggio, presentate il 16 dicembre 1999 in relazione all'affare *Océano Grupo editorial*, C-240/98, p. 30 ss. Sul punto, cf. altresì D. SIMON, *La directive européenne*, cit., p. 4 ss.; P. MANIN, *L'invocabilité des directives, quelques interrogations*, in *Rev. trim. droit européen*, 1990, p. 690 ss., il quale configura questo peculiare effetto come «exception d'illégalité».

⁸⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Léger, presentate l'11 gennaio 2000, in relazione alla causa *Linster*, C-287/98, p. 57 ss.

⁸¹ Tale orientamento, infatti, è sostenuto da parte minoritaria della dottrina e non sembra essere accolta dalla giurisprudenza della Corte, se non nelle peculiari ipotesi sopra menzionate. Sul punto, si v. le critiche di M. DOUGAN, *When worlds collide!*, cit., p. 937 ss. e di A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, cit., p. 240 ss. il quale sostiene che «the suggested distinction between substitution and exclusionary effect would involve a radical departure from many of the leading authorities on direct effect». *Contra*, P.V. FIGUEROA REGUEIRO, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion*, cit., p. 30 ss.

In conclusione, in tali casi, il congegno delineato dall'art. 4(3) rischia di creare una zona d'ombra, in cui la normativa nazionale anticomunitaria, ma non disapplicabile, risulterebbe «schermata» tanto nel momento applicativo, data l'impossibilità per la BCE di procedere a una sua sterilizzazione, quanto in fase di controllo giurisdizionale, ora in ragione della strutturale carenza delle condizioni di legittimazione e interesse all'impugnazione del provvedimento, ora per l'assenza di strumenti in grado di garantire un sindacato pieno sull'atto amministrativo applicativo di tale normativa. Analogamente a quanto visto sopra, allora, la peculiarità del meccanismo delineato dall'art. 4(3) impone di riflettere circa l'adeguatezza degli strumenti elaborati dalla Corte di giustizia per razionalizzare i rapporti tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione, specialmente allorché quest'ultimo sia privo del requisito della diretta applicabilità.

In questa prospettiva, si ritiene utile riprendere il discorso avviato da parte della dottrina in tema di graduazione degli effetti esercitati dal diritto dell'Unione sul diritto nazionale⁸². Il diritto dell'Unione, così, in virtù del principio ordinatore del primato, sarebbe in grado di produrre una varietà graduata di conseguenze giuridiche che spaziano dal mero obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale sino all'effetto di sostituzione della norma nazionale da parte del diritto direttamente applicabile o dotato di effetto diretto. Nel mezzo, troverebbero dimora tanto il consolidato principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo – che, com'è noto, sorge anche in assenza di effetto diretto – quanto il sopra descritto “effetto di mera esclusione” della norma nazionale “anticomunitaria”, nei casi in cui il diritto dell'Unione non sia direttamente applicabile o sia privo di effetto diretto.

⁸² Per tutti, R. KOVAR, *La Contribution de la Cour de Justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire*, Collected Courses of the Academy of European Law, IV-1, 15, ripreso da P.V. FIGUEROA REGUEIRO, *op. cit.* p. 27. Cf. altresì K. LENAERTS, T. CORTHAUT, *Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, in *European Law Review*, 2006, 3, p. 290 ss.

5. *Alcune riflessioni conclusive*

Il regolamento istitutivo del SSM introduce interessanti elementi di novità all'interno del panorama istituzionale dell'Unione. Esso infatti costruisce un sistema amministrativo che integra in un sofisticato meccanismo non solo le strutture organizzative, le funzioni e i procedimenti, ma anche le normative sostanziali applicabili all'attività di vigilanza. Il SSM dà vita a una struttura organizzativa composita⁸³ che combina in un sistema fortemente integrato autorità nazionali e sovranazionali, mette in comune l'esercizio di funzioni amministrative e le ripartisce secondo diversi moduli procedimentali; tale carattere si riflette altresì sul piano della normativa applicabile in quanto contempla un inedito sistema di applicazione accentrata di un *corpus* multilivello di normative europee e nazionali.

In particolare, si è visto come l'art. 4(3) produca un movimento circolare di composizione, scomposizione e ricomposizione delle regole nazionali. Queste, infatti, una volta introdotte dagli ordinamenti nazionali con la finalità di dare attuazione alle fonti dell'Unione, vengono successivamente attratte in sede europea e applicate da un'unica autorità amministrativa sovranazionale. Si produce, in altri termini, una «inversione dell'usuale rapporto fra diritto europeo e diritto nazionale»⁸⁴, poiché si passa dal tradizionale schema di applicazione decentrata del diritto europeo all'applicazione accentrata (altresì) dei diritti nazionali posti in funzione comunitaria.

Si è notato, peraltro, come l'introduzione di tale singolare meccanismo rifletta la fisionomia attuale dell'architettura della vigilanza bancaria europea e il movimento di progressivo accentramento dapprima della funzione di regolazione e, in un secondo momento, di quella amministrativa di vigilanza. Lo schema delineato dall'art. 4(3) riproduce, d'altronde, il momento di transizione da un modello di amministrazione indiretta di una disciplina sostanziale armonizzata a un modello di co-gestione della funzione che, per funzionare efficacemente, necessita di un sostrato normativo uniforme e completo. In altri termini, il meccani-

⁸³ S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 79.

⁸⁴ L. TORCHIA, *L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, cit.

simo in esame rappresenta un espediente che, sebbene idealmente transitorio, risulta necessario per gestire il movimento di progressivo accentramento di funzioni amministrative originariamente affidate alle autorità nazionali.

La BCE viene così a trovarsi in mezzo al guado, tra un modello che non c'è più, in cui le regole armonizzate venivano eseguite dalle amministrazioni nazionali, e un sistema che non c'è ancora, in cui la vigilanza bancaria viene esercitata congiuntamente dalle autorità nazionali e sovranazionali sulla base di un diritto bancario europeo integralmente uniformato.

La soluzione di attribuire alla BCE il potere di applicare un composito di elementi normativi nazionali ed europei costituisce, dunque, un punto di equilibrio e di compromesso nella dialettica che contrappone le spinte centripete e centrifughe che notoriamente percorrono il processo di integrazione europea. Il meccanismo in esame può, infatti, essere visto come un inedito strumento di "armonizzazione rafforzata", in grado di operare tanto come garanzia, in favore degli Stati membri, del mantenimento di un certo margine di discrezionalità in materia di vigilanza bancaria, quanto come dispositivo volto, d'un lato, a stimolare gli Stati ad attuare correttamente le direttive e, dall'altro, a consentire alla BCE di pervenire a un'interpretazione e applicazione uniforme delle diverse discipline nazionali.

Nella prima prospettiva, abbiamo individuato una particolare «forza di resistenza» della normativa nazionale che, seppur astrattamente incompatibile con il parametro sovranazionale, non sarebbe suscettibile di immediata disapplicazione da parte della BCE e di sindacato da parte della Corte, là dove il diritto dell'Unione non sia immediatamente applicabile. In tal senso – salvo prefigurare un'evoluzione della giurisprudenza della Corte in tema di disapplicabilità ed effetti diretti – il sistema delineato dall'art. 4(3) permetterebbe alla normativa nazionale di innestarsi nel procedimento amministrativo europeo e di stabilizzare i propri effetti, confluendo in un provvedimento adottato dalla BCE, difficilmente attaccabile in sede giurisdizionale.

Nella seconda prospettiva, si è osservato come la previsione di un meccanismo di applicazione centralizzata dei diritti municipali possa costituire un efficace strumento di conformazione dei diritti nazionali

tanto nel momento interpretativo, quanto in quello più autenticamente applicativo. Muovendo da considerazioni sistematiche e teleologiche si è prospettata l'opportunità di estendere alla BCE sia l'obbligo di interpretare il diritto nazionale conformemente al diritto europeo, sia il potere/dovere di disapplicare, ove possibile, la norma nazionale incompatibile. Tali strumenti, infatti, sembrano consentire alla BCE di superare, in via d'interpretazione, e di correggere, in via d'applicazione, le eventuali distorsioni normative previste dagli ordinamenti nazionali, in definitiva, così supportando l'emersione di uno *ius commune* europeo in materia di vigilanza bancaria. Al contempo, occorre peraltro notare come il meccanismo in esame comporti una distorsione logico-funzionale dello strumento della direttiva in grado di comprimere fortemente l'autonomia degli Stati.

In definitiva, il particolare modello di integrazione amministrativa delineato dall'art. 4(3) sembra prefigurare un ulteriore passo in avanti nella costruzione di un sistema giuridico unitario e integrato. Il processo che si è analizzato, infatti, descrive un inedito movimento ascendente di penetrazione e integrazione dei diritti nazionali all'interno dell'ordinamento sovranazionale, in cui i primi entrano a far parte del diritto sostanziale applicabile da un'istituzione europea e divengono parametro di legittimità della sua azione.

Si tratta, evidentemente, di uno sviluppo embrionale, isolato e dalla portata ancora incerta, ma su cui occorrerà riflettere, soprattutto nell'ipotesi (si ritiene non così remota) in cui in altri settori si riproponga la medesima esigenza, sottesa al meccanismo qui descritto, di attrarre a livello sovranazionale l'esercizio di alcune funzioni amministrative, in assenza di una normativa sostanziale integralmente uniformata.

LA GIURIDICIZZAZIONE DI FUNZIONI AMMINISTRATIVE A LIVELLO GLOBALE

RIFLESSIONI COMPARATISTICHE SUL SETTORE DELLA COOPERAZIONE ALLO SVILUPPO

Elena Mitzman

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. Le funzioni amministrative nella cooperazione allo sviluppo: cenni ad alcune delle principali esperienze, a tre livelli. 2.1. Il livello globale. 2.2. Il livello europeo. 2.3. Il livello nazionale. 3. La giuridicizzazione delle funzioni amministrative nella cooperazione allo sviluppo, in prospettiva comparata. 3.1. I principi generali della materia. 3.2. La programmazione degli interventi. 3.3. Criteri sostanziali e procedurali per l'esercizio delle funzioni amministrative. 3.4. I controlli e i rimedi rispetto alla realizzazione degli interventi. 4. Riflessioni conclusive.*

1. Introduzione

Uno dei temi che nell'ultimo decennio si sono affacciati nel dibattito tra gli studiosi di diritto amministrativo, sia stranieri sia italiani, interessando anche il professor Falcon e alcuni allievi della sua scuola, è quello relativo al c.d. "diritto amministrativo globale", ossia quella "ipotesi interpretative della realtà" che, partendo "dalla constatazione della esistenza di una molteplicità di istituzioni che, in diversi campi, curano una sorta di 'interesse pubblico globale'", postula che

dati i *caratteri*, gli *scopi*, e le *tecniche di azione* di queste istituzioni – la disciplina del diritto amministrativo, sviluppandosi (ed ovviamente adattandosi) a partire dall'esperienza dei diritti amministrativi naziona-

li, possa costituire uno strumento di indagine ulteriore, e forse più adatto, per la migliore comprensione del fenomeno¹.

¹ G. FALCON, *Ordine giuridico e ordine politico nel diritto amministrativo globale*, in P. CARTA, F. CORTESE, *Ordine giuridico e ordine politico*, Padova, 2008, p. 172. Come noto, gli studi sul diritto amministrativo globale sono stati introdotti e diffusi in Italia soprattutto da Sabino Cassese e dalla sua scuola. Tra gli scritti più rilevanti si vedano S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006; S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto*, Bologna, 2008; S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, 2009; S. CASSESE, *Il diritto globale*, Torino, 2009; S. CASSESE, S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato: profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, 2003; G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003; S. CASSESE, B. CAROTTI, L. CASINI, E. CAVALIERI, E. MACDONALD, M. MACCHIA, M. SAVINO, *The GAL casebook*, 2012. Tra gli scritti del professor Falcon e dei suoi allievi in questo settore si vedano anche G. FALCON, *Internationalization of Administrative Law: Actors, Fields and Techniques of Internationalization – Impact of International Law on National Administrative Law*, in *European Review of Public Law*, 2006, p. 217 ss.; B. MARCHETTI, *I possibili ostacoli ad una disciplina unitaria della governance globale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2014, n. 4, p. 917-925; B. MARCHETTI, *EU and Global Judicial System*, in E. CHITI, B.G. MATTARELLA (a cura di), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2011, p. 41-61; B. MARCHETTI, *Rileggendo Sabino Cassese sul diritto globale*, in *Quaderni costituzionali*, v. 30, n. 1, 2010, p. 155-166; B. MARCHETTI, *Giustizia comunitaria e giustizia globale: spunti per una comparazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, v. 6/2009, p. 1381-1406; A. CASSATELLA, *Tutela e conservazione dei beni culturali nei Piani di gestione Unesco: i casi di Vicenza e Verona*, in *Aedon*, v. 2011, n. 1; nonché i contributi di G. BERTEZZOLO, *La regolazione globale della vigilanza bancaria: il Comitato di Basilea (BCBS)*, A. CASSATELLA, *La regolazione globale del mercato dei valori mobiliari: la International Organization of Securities Commissions (IOSCO)*; S. PELLIZZARI, *La regolazione globale del mercato assicurativo: la International association of insurance supervisors (IAIS)*, in S. BATTINI (a cura di), *La regolazione globale dei mercati finanziari*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico. Quaderno*, Milano, 2007. Tra gli altri studiosi italiani e stranieri v. F. MANGANO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, Milano, 2005; M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012; B. KINGSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2005, nn. 3-4, p. 63 e ss.; C. HARLOW, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, in *European Journal of International Law*, 2006, pp. 187 ss.; C. BORIES, *Un droit administratif global?*, Paris, 2011; G. ANTHONY, J.-B. AUBY, J. MORISON, T. ZWART, *Values in*

In relazione ai fenomeni oggetto di tali studi, Falcon osserva come

sembra in effetti di assistere alle conseguenze in termini istituzionali del passaggio da una idea del mondo come spazio potenzialmente indefinito (se non illimitato), che forma l'arena in cui le comunità territoriali organizzate a Stato sviluppano i loro rapporti positivi o negativi, ad una idea del mondo come luogo finito e limitato, nel quale le diverse comunità territoriali convivono in una condizione di sempre maggiore connessione e interdipendenza, condizione che richiede soluzioni istituzionali che consentano un governo unitario di un sempre maggiore numero di ambiti².

Emergono quindi “una pluralità di interessi pubblici mondiali”, in relazione ai quali il mondo si va “progressivamente ‘infrastrutturando’ da un punto di vista istituzionale”³, con la conseguenza che, se è vero che gli amministrativisti “‘inseguono’ le funzioni amministrative là dove esse si vanno spostando”, e che “il diritto amministrativo di stampo tradizionale si occupa delle istituzioni che perseguono gli interessi pubblici all'interno di territori delimitati”, allora il diritto amministrativo globale può nascere e svilupparsi per occuparsi “delle istituzioni che perseguono gli interessi pubblici su scala, appunto, *globale*”⁴.

Negli ultimi decenni, in particolare con l'esempio offerto dal diritto amministrativo dell'Unione europea, si è già osservato come il diritto amministrativo possa svilupparsi anche in contesti non nazionali e, in qualche modo, “oltre lo Stato”.

Pertanto, nell'analisi dei possibili sviluppi di tale disciplina anche a livello globale, può essere interessante operare un confronto proprio con il diritto amministrativo europeo, richiamato dallo stesso Falcon, laddove osserva che, sebbene sia “del tutto evidente [...] che la comunità mondiale non si trova ad una fase di sviluppo istituzionale parago-

Global Administrative Law, Oxford, 2011; A. VON BOGDANDY, P. DANN, M. GOLDMANN, *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities*, 9 *German Law Journal*, pp. 1375-1400 (2008); J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, 2010.

² G. FALCON, *Ordine giuridico e ordine politico nel diritto amministrativo globale*, cit., p. 187.

³ G. FALCON, *op. cit.*, p. 188.

⁴ G. FALCON, *op. cit.*, p. 173.

nabile a quello dell'Unione europea” e che “sarebbe del tutto irrealistico attendersi, in un futuro di cui già si possono scorgere le tracce, un simile sviluppo”⁵, appare comunque lecito affermare come le ipotesi interpretative del diritto amministrativo globale si stiano evolvendo

in parziale analogia con quanto accaduto nel campo del diritto europeo, studiato all'inizio quasi soltanto nella prospettiva del diritto internazionale, ed oggi pacifico oggetto anche di numerose discipline di diritto interno, fra le quali lo stesso diritto amministrativo⁶.

In questa sede si parte dall'assunto che alcuni tratti del diritto amministrativo globale possano essere meglio compresi proprio attraverso una comparazione, oltre che con i diritti amministrativi nazionali, anche con il diritto amministrativo europeo⁷.

Tuttavia, poiché a livello globale non si va sviluppando un vero e proprio ordinamento giuridico, né tanto meno un sistema unitario, bensì piuttosto una “*pluralità di unità parziali*”⁸, è forse opportuno, nell'affacciarsi a questo tipo di studi, adottare un punto di vista settoriale, analizzando il modo in cui il diritto amministrativo globale si stia sviluppando in uno dei suoi specifici settori di intervento.

Da questo punto di vista, un interessante campo di indagine è offerto dal diritto della cooperazione allo sviluppo, ove negli ultimi decenni si è assistito ad una proliferazione, sia degli attori coinvolti (pubblici e privati, nazionali e sovranazionali), sia delle regole che ne disciplinano le funzioni.

Tale settore presenta un notevole intreccio di interessi – pubblici e privati, nazionali e globali – e numerosi profili di internazionalizzazione nella relativa disciplina.

Infine, per quanto poco visitato dagli studiosi, esso offre, in realtà, diversi problemi e spunti di riflessione per il diritto amministrativo, in

⁵ G. FALCON, *Ordine giuridico e ordine politico nel diritto amministrativo globale*, cit., p. 188.

⁶ G. FALCON, *op. cit.*, p. 172.

⁷ In questo senso v. E. CHITI, B.G. MATTARELLA (a cura di), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2011.

⁸ G. FALCON, *op. cit.*, p. 185.

particolare per quanto riguarda le attività di cooperazione realizzate o finanziate da soggetti pubblici, trattandosi di una disciplina volta a regolar⁹e la concessione di benefici economici da parte di Stati e organizzazioni internazionali a favore di una varietà di soggetti richiedenti (Stati ad economie in via di sviluppo, o imprese operanti al loro interno), secondo principi e criteri che presentano, anche, un evidente natura pubblicistica.

Queste riflessioni sorgono, peraltro, in corrispondenza di una serie di coincidenze temporali significative per questo settore, sia a livello globale (il 2015 costituiva il termine per l'attuazione degli obiettivi del millennio, proclamati dall'ONU nel 2000), sia a livello europeo (per la recente approvazione dei nuovi stanziamenti per il periodo di bilancio 2014-2020, nonché per la promozione del 2015 come "anno europeo per lo sviluppo"), sia infine a livello nazionale (per la recente approvazione, nel 2014, di una legge di complessiva riforma della cooperazione allo sviluppo).

Tali scadenze offrono quindi l'occasione per fare il punto sul grado di sviluppo del diritto amministrativo in questo settore, anche attraverso il confronto e l'analisi delle reciproche relazioni tra i tre piani in cui si manifesta (globale, europeo e nazionale)¹⁰.

2. Le funzioni amministrative nella cooperazione allo sviluppo: cenni ad alcune delle principali esperienze, a tre livelli

2.1. Il livello globale

Le iniziative pubbliche nel settore della cooperazione e del finanziamento allo sviluppo, con cui le amministrazioni concedono finanziamenti e assistenza tecnica a favore di Paesi in via di sviluppo, al fine di promuoverne la crescita economica e sociale, sono da tempo oggetto

⁹ In questa sede ci si concentra peraltro su tali soggetti e non sulle iniziative di cooperazione finanziate da soggetti privati.

¹⁰ Una comparazione tra Banca Mondiale, Unione europea e diritto tedesco viene svolta in P. DANN, *The Law of Development Cooperation. A Comparative Analysis of the World Bank, the EU and Germany*, Cambridge, 2013.

di un fenomeno di internazionalizzazione, che consiste, da un lato, nella proliferazione di soggetti a livello globale (organizzazioni internazionali e non solo) che svolgono direttamente funzioni di questo tipo e, dall'altro lato, nella diffusione di iniziative di coordinamento e armonizzazione delle attività svolte in questo campo dagli Stati (e dagli altri attori del settore), anche attraverso l'adozione di principi e *standard* comuni.

Per quanto riguarda il primo profilo, tra i soggetti più importanti e diffusi a livello globale è possibile segnalare (senza pretese di esaustività, impossibili da soddisfare in questa sede)¹¹, le banche multilaterali per lo sviluppo¹², istituite a partire dal secondo dopoguerra, prendendo come modello la struttura della Banca Mondiale¹³.

Si tratta di organizzazioni internazionali che finanziano iniziative e progetti in Paesi in via di sviluppo – talvolta specializzandosi in specifiche aree geografiche (come le Banche regionali per lo sviluppo), o in specifici settori di intervento¹⁴ – attraverso il capitale sociale della banca, costituito dalle quote di partecipazione dei membri (Stati ed organizzazioni internazionali). Questi ultimi esercitano, attraverso propri rappresentanti, un diritto di voto all'interno degli organi decisionali del-

¹¹ Per un quadro più ampio v. G. VENTURINI (a cura di), *Le nuove forme di sostegno allo sviluppo nella prospettiva del diritto internazionale*, Torino, 2009; A. VITERBO, *A proposito delle nuove forme di finanziamento dello sviluppo e della loro funzione nell'ambito della comunità internazionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2008, fasc. 1 pag. 137-152; S. MARCHISIO, *Il finanziamento multilaterale. La terza via della cooperazione allo sviluppo*, Milano, 1986; P. ISERNIA, *La cooperazione allo sviluppo*, Bologna, 1995; A. RAIMONDI, G. ANTONELLI, *Manuale di cooperazione allo sviluppo. Linee evolutive, spunti problematici, prospettive*, Torino, 2001; M. VELLANO, *La cooperazione internazionale allo sviluppo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 2000, pp. 123-136; A. FRAU, *Il diritto alla cooperazione internazionale allo sviluppo*, Padova, 2005; C. DORDI, *Sviluppo economico (Dir. Int.)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di Diritto pubblico*, Vol. VI, Milano, pp. 5844-5851; A. COMBA (a cura di), *Neoliberismo internazionale e global economic governance: sviluppi istituzionali e nuovi strumenti*, Torino, 2013.

¹² Per un'analisi comparata di queste organizzazioni v. M. VAN PUTTEN, *Policing the banks. Accountability mechanisms for the financial sector*, Montreal, 2008; J. HEAD, *Losing the global development war: a contemporary critique of the IMF, the World Bank and the WTO*, The Hague, 2008.

¹³ Sulla Banca Mondiale v. I. SHIHATA, *The World Bank in a Changing World*, vol. I II III, The Hague, 1991-2001.

¹⁴ V. *infra* par. 2.2 il caso della Banca Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo.

l'organizzazione, parametrato sulla quota azionaria posseduta da ciascuno. La progressiva diffusione di queste organizzazioni e la presenza di nuovi esempi sorti anche in tempi molto recenti¹⁵, sono indicative del successo che questo modello organizzativo sembra godere nel settore, presso gli Stati aderenti.

Altre iniziative rilevanti in questo settore sono quelle avviate sotto l'egida dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU). Tra queste, merita anzitutto di essere menzionata lo United Nations Development Program (UNDP), gestito da un consiglio esecutivo interno all'ONU che, amministrando un fondo alimentato dai contributi volontari degli Stati membri, sostiene diversi programmi di assistenza tecnica e finanziaria in Paesi in via di sviluppo. Al pari della Banca Mondiale, esso è anche organizzativamente presente in tali Paesi, con una varietà di uffici periferici, al fine di favorire un miglior coordinamento con i Paesi beneficiari dei finanziamenti¹⁶.

Pur nella molteplicità dei modelli adottati, una delle caratteristiche che si riscontrano a livello globale è il fatto che, all'interno delle organizzazioni attive in questo settore, risultano spesso rappresentati non soltanto i Paesi finanziatori ma anche i Paesi beneficiari degli aiuti, che esercitano anch'essi un diritto di voto, partecipando ai processi decisionali dell'organizzazione. Pur trattandosi di un potere significativamente meno incisivo rispetto a quello dei Paesi finanziatori, tale profilo appare comunque significativo e potrebbe contribuire a spiegare alcune delle differenze rispetto al diritto della cooperazione sviluppatosi a livello europeo e nazionale.

Per quanto riguarda, invece, il secondo profilo di internazionalizzazione, vale a dire il coordinamento e l'armonizzazione delle funzioni svolte a livello nazionale dai singoli Stati, si osserva che proprio sotto l'egida dell'ONU sono state avviate varie iniziative rilevanti.

¹⁵ Un interessante esempio, di recente istituzione, è costituito dalla Asian Infrastructure Investment Bank.

¹⁶ Altre iniziative ONU nel campo della cooperazione allo sviluppo sono svolte dall'UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), dall'UNIDO (United Nations Development Organization), e dall'UNICEF (United Nations Children's Fund). Per un quadro sintetico v. A. FRAU, *op. cit.*, p. 147.

Uno dei documenti più importanti, da questo punto di vista, è la dichiarazione degli obiettivi di sviluppo del Millennio (*millennium development goals*, MDG), adottata al fine di orientare le attività svolte dalle organizzazioni internazionali e dagli Stati in questo settore, definendone le priorità, sia a livello politico che a livello tecnico. Si tratta infatti di una serie di obiettivi molto generali che gli Stati membri dell'ONU si sono impegnati a raggiungere entro il 2015 (quali lo sradicamento della povertà estrema e della fame, combattere l'HIV/AIDS, la malaria e altre malattie, garantire la sostenibilità ambientale), ai quali corrispondono una serie di target più specifici¹⁷. La scadenza temporale per il raggiungimento di tali obiettivi ha costituito l'occasione per svolgere un bilancio sulla loro attuazione, che ha messo in luce come, nonostante i molti risultati raggiunti, si sia ancora lontani dal soddisfare i vari target fissati¹⁸. A livello globale si è quindi aperta una nuova fase di riflessione, volta a definire l'agenda post-2015 per la promozione dello sviluppo¹⁹.

Ulteriori sforzi di coordinamento e armonizzazione a livello globale sono poi svolti dai Paesi donatori stessi.

In particolare, uno dei contesti istituzionali che promuove iniziative di questo tipo è il Comitato di Aiuto allo Sviluppo dell'OCSE (CAS), di cui fanno parte 29 membri, tra cui i maggiori donatori bilaterali, inclusa l'Italia, diversi Paesi membri dell'Unione europea, nonché l'Unione europea stessa.

Oltre a effettuare studi e ricerche in questo settore, il CAS promuove l'adozione, da parte degli Stati membri, di principi comuni e linee guida per la gestione degli aiuti. In particolare, con la Paris Declaration on Aid Effectiveness (2005) e la Accra Agenda for Action (2008), sono stati stabiliti principi generali volti ad assicurare l'effettività degli aiuti a livello globale. Con il forum che si è svolto nel 2011 a Busan, inoltre, sono state gettate le basi per un partenariato globale per lo sviluppo, che include per la prima volta, oltre ad alcuni nuovi Paesi donatori emer-

¹⁷ A. DI LIETO, *Gli obiettivi di sviluppo del millennio: bilanci e prospettive*, in *CI*, 2007, pp. 517-530.

¹⁸ United Nations, *The Millennium Development Goals Report*, 2015.

¹⁹ In particolare ci si riferisce al Sustainable Development Summit, di settembre 2015, volta all'adozione dei nuovi Sustainable Development Goals (SDGs).

genti (come il Brasile, la Cina e l'India), anche diversi attori del settore privato.

Come si vedrà, queste iniziative esercitano un'influenza a livello europeo e nazionale, in quanto le normative in materia di cooperazione allo sviluppo e gli accordi conclusi in questo settore fanno sovente riferimento ai principi espressi in tali conferenze ed agli indicatori elaborati dall'OCSE.

Il CAS stesso, peraltro, contribuisce in diversi modi, a livello organizzativo e procedurale, a promuovere l'effettiva attuazione dei principi affermati sotto la propria egida, attraverso specifici strumenti di controllo e registrazione, cui gli Stati membri si impegnano a partecipare²⁰.

2.2. Il livello europeo

L'attività di cooperazione con i Paesi terzi costituisce una funzione rilevante delle amministrazioni Europee, menzionata per la prima volta nel Trattato di Maastricht²¹.

Con il Trattato di Lisbona le relative basi giuridiche sono state rafforzate, precisando peraltro che le competenze dell'Unione in questo settore si affiancano comunque alle funzioni svolte a livello bilaterale dagli Stati membri, senza quindi sostituirle²².

²⁰ V. *infra* par. 3.4.

²¹ Titolo XVII, art. 130U-130Y TCE, ora art. 208-211 TFUE.

²² “Nei settori della cooperazione allo sviluppo e dell'aiuto umanitario, l'Unione ha competenza per condurre azioni e una politica comune, senza che l'esercizio di tale competenza possa avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro” (art. 4 comma 4 TFUE). Alla “Cooperazione con i Paesi terzi e aiuto umanitario”, è dedicato il Titolo III della Parte V del TFUE. Sul punto v. F. MARTINES, *Alcuni problemi relativi alla politica di cooperazione allo sviluppo della comunità europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1998, fasc. 4, pp. 879-899; G.M. GALLOTTA, *Il fondo europeo di sviluppo: ieri, oggi... e domani?*, in *La Comunità Internazionale*, 1995, fasc. 3-4 pp. 555-571; F. MARTINES, *La politica di cooperazione allo sviluppo della CEE. Rassegna delle attività principali*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1991, fasc. 2, pp. 403-421; G. SERRA, *Cooperazione allo sviluppo, politica estera e di sicurezza comune e “diritto” alla sicurezza umana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, fasc. 1, pp. 187-192; A. LUCCHINI, *Cooperazione e diritto allo sviluppo nella politica estera dell'Unione europea*, Milano, 1999.

Le competenze dell'Unione sono disciplinate in termini molto ampi, potendo essa concludere, con i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti, “qualsiasi accordo utile alla realizzazione degli obiettivi” disciplinati dal Trattato²³, nonché “prendere qualsiasi iniziativa utile a promuovere il coordinamento” con gli Stati membri²⁴.

In concreto, gli strumenti principali attraverso i quali si realizza tale funzione sono di tre tipi.

In primo luogo, all'interno del bilancio UE sono in genere inseriti, ad ogni nuovo ciclo, vari strumenti di aiuto e cooperazione con Paesi terzi (tra cui lo “Strumento di cooperazione allo sviluppo”), definiti per aree geografiche e per settori di intervento, il cui utilizzo è disciplinato da appositi regolamenti²⁵.

In secondo luogo, a tali stanziamenti va aggiunto il Fondo Europeo di Sviluppo (FES), periodicamente finanziato da parte degli Stati membri esternamente al bilancio europeo e gestito da un apposito comita-

²³ Definiti all'art. 21 TUE e all'art. 208 TFUE.

²⁴ Art. 210 TFUE.

²⁵ Fino al 2013, lo Strumento per la cooperazione allo sviluppo era disciplinato dal Regolamento UE 1905/2006. Attualmente, tali strumenti di finanziamento sono previsti all'interno della Rubrica 4 del bilancio 2014-2020 (“Europa Globale”) che prevede un'allocazione complessiva di oltre 66 miliardi di euro. In particolare, sono previsti quattro regolamenti istitutivi di Strumenti geografici, dedicati a categorie diverse di Paesi (lo Strumento di Cooperazione allo Sviluppo, o DCI, Development Cooperation Instrument, con una dotazione finanziaria pari a Euro 19.662.000.000, suddiviso in programmi geografici, programmi tematici e un nuovo programma pan africano, v. Reg. 233/2014; lo Strumento di Pre-adesione, Reg. UE 231/2014; lo Strumento di Vicinato, Reg. 232/2014; e lo Strumento di Partenariato, Reg. 234/2014) e due strumenti tematici, atti a promuovere specifici obiettivi politici ed economici (lo Strumento per la Democrazia ed i Diritti Umani, Reg. 235/2014, e lo Strumento di Stabilità, Reg. 230/2014). Collegati a tale sistema sono inoltre il Reg. 237/2014 EURATOM, istitutivo dello Strumento di cooperazione in materia di sicurezza nucleare, e la decisione del Consiglio UE 2014/137 (per la cooperazione tra UE, Groenlandia e Danimarca). Tali strumenti sono attuati secondo un sistema di procedure amministrative comuni, definite dal Reg. 236/2014, Regolamento Comune di Attuazione (CIR – Common Implementing Regulation).

to²⁶. Attualmente è in corso di ratificazione da parte degli Stati membri l'undicesimo FES, che fa riferimento al periodo 2014-2020²⁷.

Mentre lo Strumento di cooperazione allo sviluppo finanzia la cooperazione con l'America latina, l'Asia, il Medio Oriente e l'Africa meridionale, il FES costituisce lo strumento principale di cooperazione con i paesi dell'Africa, dei Caraibi, del Pacifico e i paesi e territori d'oltremare, che sono regolati dagli Accordi di Cotonou, conclusi con i Paesi interessati nel 2000 e aventi durata ventennale²⁸.

In terzo luogo, anche l'Unione europea si avvale di una banca multilaterale per lo sviluppo, ovvero la Banca Europea degli Investimenti (BEI), il cui capitale sociale è sottoscritto dagli Stati membri dell'Unione e viene utilizzato per il finanziamento di progetti sia all'interno del territorio dell'Unione, sia a favore di Paesi terzi²⁹.

²⁶ Art. 14 Reg. 2015/322 (relativo all'esecuzione dell'11° Fondo europeo di sviluppo).

²⁷ Esso dispone di una dotazione di 30,5 miliardi di euro e affinché possa essere istituito sarà necessaria la ratifica del relativo accordo da parte di tutti i Paesi membri dell'Unione. La Decisione 2013/759/UE del Consiglio prevede misure transitorie per la gestione del Fondo, fino all'entrata in vigore dell'undicesimo ciclo, la cui esecuzione è disciplinata dal Reg. 2015/322 (relativo all'esecuzione dell'11° Fondo europeo di sviluppo) e dal Reg. 2015/323 (recante il regolamento finanziario per l'11° Fondo europeo di sviluppo).

²⁸ I Paesi e territori di oltremare, peraltro, possono accedere anche ai finanziamenti offerti dal DCI e da altri strumenti tematici inseriti nel bilancio UE.

²⁹ Per espressa previsione dei trattati, la BEI contribuisce, alle condizioni previste dal suo statuto, all'attuazione della politica di cooperazione (art. 209 TFUE), ad esempio contribuendo all'attuazione degli accordi di Cotonou assieme al FES (rendendo disponibili 2,6 miliardi di euro per il periodo 2014-2010, sotto forma di prestiti). Di diversa natura è invece la Banca Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo (BERS), che, pur conservando un rapporto privilegiato con gli Stati membri dell'Unione (che, assieme all'Unione europea e alla BEI, detengono, per statuto, non meno del 51% del capitale sociale della Banca), non fa formalmente parte delle istituzioni europee, essendo aperta anche alla partecipazione di Stati terzi. A differenza della BEI e delle altre banche multilaterali, essa ha un mandato più specificamente politico, essendo stata istituita per operare nei Paesi dell'Europa centrale e orientale e dell'Asia centrale, al fine di favorire la transizione verso sistemi democratici pluripartitici e verso economie di mercato.

Una delle peculiarità del livello europeo – che, come si vedrà, è presente anche al livello italiano³⁰ – è il fatto che la cooperazione allo sviluppo risulti concepita e disciplinata come parte integrante della politica estera³¹, il che, se da un certo punto di vista contribuisce a definirne alcuni dei tratti caratteristici, sia organizzativi³², sia sostanziali e procedurali, da un altro punto di vista sembra profilare una possibile tensione tra gli obiettivi di fondo della materia, ovvero: da un lato, l’obiettivo dello sviluppo economico e sociale dei Paesi beneficiari (che sembra richiedere di adottare come punto di riferimento gli interessi di tali Paesi e delle relative popolazioni), dall’altro lato gli obiettivi di politica estera dell’Unione (che si presumono definiti, invece, nell’interesse dell’Unione stessa e delle popolazioni che ne fanno parte).

Una seconda differenza rispetto al piano globale è che, naturalmente, a livello europeo (e nazionale) i Paesi beneficiari non sono rappresentati all’interno delle amministrazioni che decidono le forme e i modi della cooperazione.

Tale asimmetria istituzionale risulta parzialmente mitigata, peraltro, in relazione agli aiuti disciplinati dagli accordi di Cotonou, poiché in questo caso le funzioni amministrative esercitate dall’Unione trovano, se non altro, parte della propria base giuridica in un documento negoziato tra Unione e Paesi beneficiari.

Le tensioni tra i vari interessi coinvolti costituiscono comunque fattori importanti da tenere in considerazione, nel comparare i tre livelli della disciplina della cooperazione.

2.3. *Il livello nazionale*

La cooperazione con i Paesi in via di sviluppo costituisce una funzione amministrativa che lo Stato italiano svolge da tempo, ma che è stata a lungo oggetto di una disciplina frammentaria ed episodica, in

³⁰ V. *infra* par. 1.2.

³¹ I Trattati affermano infatti che “la politica dell’Unione nel settore della cooperazione allo sviluppo è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell’azione esterna dell’Unione” (art. 208 TFUE).

³² Le competenze in materia sono esercitate, oltre che dalla Commissione, anche dal Servizio europeo per l’azione esterna.

particolare fino al 1987, quando, con la l. 49/1987, è stato dato un quadro normativo unitario per il settore, definendone gli obiettivi ed i principali profili organizzativi, sostanziali e procedurali³³.

Recentemente la materia è stata oggetto di una complessiva riforma, attuata dalla l. 11 agosto 2014, n. 125 (recante una “Disciplina Generale sulla cooperazione internazionale per lo sviluppo”), che ha voluto rinnovare il settore in linea con i principi generali venutisi nel frattempo ad affermare sul piano internazionale, oltre che valorizzare le funzioni di cooperazione allo sviluppo nel quadro della politica estera, della quale esse costituiscono, non soltanto “parte integrante”, ma anche “parte qualificante” (comparendo, peraltro, nella nuova denominazione del “Ministero degli affari esteri e della cooperazione Internazionale”).

La potenziale tensione tra gli obiettivi di fondo della materia, cui si è già fatto cenno con riferimento al livello europeo, in relazione alla sua inclusione nel più ampio quadro della politica estera, emerge quindi anche a livello nazionale, pur con alcune peculiarità.

Infatti, se da un lato risulta ribadita l'appartenenza di questa materia alla politica estera, dall'altro lato il ruolo centrale che essa assume nel nuovo quadro delle attività del relativo Ministero sembra porre le basi per un bilanciamento di interessi più sensibile alle esigenze specifiche del settore. Costituisce un dato significativo, da questo punto di vista, il fatto che la legge affermi espressamente che l'azione dell'Italia nell'ambito della cooperazione allo sviluppo “ha come destinatari le popolazioni, le organizzazioni e associazioni civili, il settore privato, le istituzioni nazionali e le amministrazioni locali dei Paesi partner”³⁴; tale dichiarazione che è inevitabilmente volta ad orientare l'esercizio delle

³³ Tra gli studi di diritto amministrativo sul tema della cooperazione allo sviluppo v. S. CASSESE, C. FRANCHINI, *La nuova disciplina della cooperazione dell'Italia con i paesi in via di sviluppo: il quadro generale*, in *Dir. Soc.*, fasc. 2, 1989, pp. 333-346; C. FRANCHINI, *Profili amministrativi della disciplina della cooperazione allo sviluppo in Italia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1991, fasc. 2 pp. 391-402; D. GALLI, C. GUCCIONE, *La cooperazione con i Paesi in via di sviluppo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, vol. IV, Milano, 2003, p. 3649 e ss.

³⁴ Individuati in coerenza con i principi condivisi nell'ambito dell'Unione europea e delle organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte (art. 2).

funzioni amministrative in questo campo, profilando la necessità di tenere conto degli interessi di tali soggetti.

Nel quadro della riforma, peraltro, la cooperazione pubblica allo sviluppo si realizza attraverso una varietà di strumenti³⁵, tra i quali: la partecipazione a iniziative multilaterali (tra cui le attività delle organizzazioni internazionali attive nel settore) e ai programmi di cooperazione dell'Unione europea, le iniziative a dono nell'ambito di relazioni bilaterali, le iniziative finanziate con crediti concessionali, le iniziative di partenariato territoriale, gli interventi internazionali di emergenza umanitaria e i contributi ad iniziative della società civile.

Non è quindi escluso che il bilanciamento tra interessi esterni (dei Paesi beneficiari) ed interessi interni (nazionali) operi in modi diversi, anche in relazione ai diversi strumenti adottati.

Dal punto di vista organizzativo, una delle novità principali della riforma è costituita dall'istituzione di un'agenzia dedicata (l'Agenzia italiana per la cooperazione allo sviluppo), una scelta organizzativa che appare indicativa delle volontà di valorizzare le funzioni di cooperazione allo sviluppo all'interno delle attività del Ministero e le competenze tecniche specifiche che esse richiedono³⁶.

Ulteriore obiettivo della riforma è quello di assicurare, anche in linea con i principi affermati a livello sovranazionale, un maggior coinvolgimento della società civile nelle attività di cooperazione ed il coordinamento tra i vari attori del settore.

Vengono quindi riconosciuti come parti integranti del "sistema della cooperazione allo sviluppo" una varietà di soggetti, pubblici e privati, coinvolti a vario titolo nella realizzazione degli obiettivi della coopera-

³⁵ Elencati dall'art. 4 della l. 125/2014.

³⁶ L'Agenzia gode di autonomia organizzativa, regolamentare, amministrativa, patrimoniale, contabile e di bilancio e svolge principalmente attività a carattere tecnico – operativo, in relazione alle fasi di istruttoria, formulazione, finanziamento, gestione e controllo delle iniziative di cooperazione. Su richiesta del Ministro essa può inoltre contribuire a definire la programmazione degli interventi ed in generale offre servizi, assistenza e supporto tecnico alle altre amministrazioni pubbliche che operano nel settore. Nello svolgimento delle funzioni relative alla cooperazione allo sviluppo, il Ministro è anche coadiuvato dalla Direzione generale per la cooperazione allo sviluppo, in particolare per quanto riguarda le funzioni di indirizzo, proposta e valutazione.

zione³⁷, ed il coordinamento tra tali soggetti è realizzato attraverso l'istituzione di una serie di consigli e comitati, che intervengono in vari modi nelle procedure di attuazione delle politiche di cooperazione.

A livello di esecutivo, il coordinamento tra i vari Ministeri coinvolti è realizzato dal Comitato interministeriale per la cooperazione allo sviluppo³⁸, e dal Comitato congiunto per la cooperazione allo sviluppo³⁹.

Per quanto riguarda il rapporto tra Stato, Regioni ed enti locali, sebbene questi ultimi possano esercitare varie competenze in questo settore, la materia appare comunque caratterizzata da un certo centralismo, per la rilevanza di tali attività sul piano internazionale e della politica estera. A livello normativo è quindi stabilito che le disposizioni della l. 125/2014 costituiscono principi fondamentali della materia, ai fini del riparto di competenze legislative, mentre a livello procedurale sono istituiti oneri di consultazione obbligatoria e di comunicazione, volti ad assicurare un controllo da parte dello Stato sulle attività svolte in questo settore dagli altri enti territoriali⁴⁰.

³⁷ Non solo le amministrazioni dello Stato, le università, gli enti pubblici, le Regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, ma anche una varietà di organizzazioni della società civile attive nel settore, qualora presentino una serie di caratteristiche precisate dalla legge e agiscano con modalità conformi ai principi da essa stabiliti (art. 23, l. 125/2014).

³⁸ Che, nel corso del procedimento di formazione del disegno di legge di stabilità, rappresenta le esigenze finanziarie necessarie per la loro realizzazione e propone la ripartizione degli stanziamenti per ciascun Ministero.

³⁹ Cui possono partecipare, in relazione alle materie di propria competenza, ma senza diritto di voto, anche rappresentanti della Conferenza delle regioni e delle province autonome e degli enti locali (art. 21, l. 215/2014).

⁴⁰ Le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali possono attuare iniziative di cooperazione allo sviluppo soltanto “di norma avvalendosi dell’Agenzia” per la cooperazione allo sviluppo (art. 9). Tali iniziative possono essere attuate “previo parere favorevole del Comitato congiunto” e comunicando preventivamente al Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale e all’Agenzia le attività di partenariato territoriale, finanziate e programmate, per permettere l’esercizio dei controlli e delle pubblicazioni previsti dalla legge (art. 9). Sul ruolo delle Regioni in questa materia v. D. STRAZZARI, *Dalla Corte una conferma: la materia della cooperazione allo sviluppo resta sostanzialmente preclusa all’intervento legislativo regionale*, in *Le Regioni*, 2008 fasc. 4-5, pp. 918-937.

Per quanto riguarda il coinvolgimento della società civile, è istituito il Consiglio nazionale per la cooperazione e lo sviluppo, cui partecipano tutti soggetti della cooperazione allo sviluppo e che vuole costituire uno strumento di partecipazione, consultazione e proposta⁴¹.

Infine, al fine di promuovere l'educazione, la sensibilizzazione e la partecipazione di tutti i cittadini alla solidarietà internazionale, il legislatore ha introdotto lo strumento della Conferenza pubblica nazionale, aperta a tutti i cittadini, convocata su base triennale dal Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale "per favorire la partecipazione dei cittadini nella definizione delle politiche di cooperazione allo sviluppo"⁴².

3. La giuridicizzazione delle funzioni amministrative nella cooperazione allo sviluppo, in prospettiva comparata

3.1. I principi generali della materia

Lo stretto legame con l'attività diplomatica e di politica estera sembra conferire tradizionalmente ampi margini di discrezionalità all'amministrazione nell'attuazione delle politiche di cooperazione allo sviluppo.

Negli ultimi decenni, tuttavia, tali funzioni sembrano soggette ad un progressivo processo di giuridicizzazione e, più in generale, di tecnicizzazione, che si manifesta in vari modi, a livello globale, europeo e nazionale⁴³.

Il primo di questi, dal punto di vista logico, è la progressiva definizione di una serie di principi generali, che orientano l'attività dei legislatori e delle amministrazioni in questo settore, limitandone almeno in parte i margini di scelta.

⁴¹ Esso si riunisce almeno annualmente su convocazione del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale o del vice ministro della cooperazione allo sviluppo, per esprimere pareri e proposte in materia (art. 16, l. 125/2014).

⁴² Art. 16, comma 3, l. 125/2014.

⁴³ Su questo processo di *legalization* il riferimento, ancora una volta, è a P. DANN, *op. cit.*, p. 452.

L'analisi comparata permette di osservare come tale tendenza sia presente a tutti i livelli amministrativi (globale, europeo e nazionale)⁴⁴, rivelando diversi margini di convergenza, pur nel mantenimento di alcune specificità e differenze.

In particolare, per quanto il principio del rispetto degli standard internazionali costituisca uno dei capisaldi della disciplina della cooperazione a livello nazionale ed europeo⁴⁵, in realtà il grado di attuazione dei principi espressi non risulta omogeneo ai vari livelli.

Una delle differenze di fondo, ad esempio, riguarda il diverso rapporto con la dimensione politica: mentre al livello globale è possibile riscontrare – in particolare per quanto riguarda la Banca Mondiale, ma anche per le attività dell'ONU – l'affermazione di un principio di non intervento (in base al quale l'attività di cooperazione allo sviluppo è realizzata senza interferire con le scelte politiche dei Paesi beneficiari)⁴⁶, a livello europeo e nazionale il legame con la dimensione politica sembra invece valorizzato dal citato requisito di coordinamento con la politica estera del soggetto finanziatore⁴⁷.

⁴⁴ Per quanto riguarda la cooperazione italiana, i principi generali della materia sono fissati dalla l. 125/2014 e pertanto risultano espressamente qualificati come principi fondamentali della materia anche ai fini del riparto di competenze tra Stato e Regioni (art. 9).

⁴⁵ “L'Unione e gli Stati membri rispettano gli impegni e tengono conto degli obiettivi riconosciuti nel quadro delle Nazioni Unite e delle altre organizzazioni internazionali competenti” (art. 208 TFUE). Costituiscono obiettivi dell'azione dell'Unione: l'efficacia degli strumenti di cooperazione “in linea con le migliori pratiche dell'OCSE/DAC”. L'Italia, invece, ha aderito all'agenda di Roma, Parigi ed Accra e la l. 125/2014 precisa che la cooperazione italiana “si ispira ai principi della Carta delle Nazioni Unite ed alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea” e che “la sua azione, conformemente al principio di cui all'articolo 11 della Costituzione, contribuisce alla promozione della pace e della giustizia e mira a promuovere relazioni solidali e paritarie tra i popoli fondate sui principi di interdipendenza e partenariato”.

⁴⁶ Tale principio è affermato dagli Articles of Agreement della Banca ed è stato replicato negli Statuto di altre banche multilaterali.

⁴⁷ L'art. 208 TFUE stabilisce che le politiche in materia di cooperazione sono realizzate nel quadro dei principi e degli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione. L'Unione “garantisce la coerenza politica per lo sviluppo e l'omogeneità con gli altri settori dell'azione esterna dell'Unione e con le altre politiche dell'Unione interessate, conformemente all'articolo 208 TFUE”, art. 3 Reg. 233/2014.

Un principio sul quale si riscontra un'ampia convergenza, invece, è quello del rispetto dei diritti umani, in base al quale si è progressivamente affermata l'idea che le attività di cooperazione devono, non soltanto, essere attuate nel rispetto dei diritti dei soggetti beneficiari, ma anche, in certa misura, essere funzionalizzate alla promozione degli stessi⁴⁸.

Tale principio ha determinato un vero e proprio cambiamento di prospettiva a livello globale, influenzando l'attività di vari soggetti della cooperazione, sia dal punto di vista sostanziale (in relazione alla selezione degli interventi)⁴⁹, sia dal punto di vista procedurale⁵⁰.

Esso ha esercitato una indubbia influenza anche a livello europeo e nazionale, dove risulta espressamente dichiarato⁵¹, anche se la sua attuazione a livello sostanziale e procedurale, come si vedrà, non appare assicurata con la stessa efficacia.

Tra i principi specifici di questo settore devono inoltre essere annoverati quelli contenuti nella Dichiarazione di Parigi sull'effettività degli aiuti, che, nonostante la natura non giuridicamente vincolante, sembra svolgere un'influenza importante in diverse sedi.

In particolare, il principio di *ownership* afferma la necessaria appropriazione dei processi di sviluppo da parte dei Paesi beneficiari, a favore dei quali si chiede di assicurare un ruolo più significativo nella definizione delle strategie di sviluppo⁵².

⁴⁸ V. A. DI STASI (a cura di), *Cooperazione internazionale allo sviluppo e tutela dei diritti umani*, Soveria Mannelli, 2007.

⁴⁹ V. *infra* par. 3.2 per quanto riguarda la programmazione dei progetti.

⁵⁰ V. *infra* par. 3.3.

⁵¹ L'art. 3 del Reg. 233/2014 è espressamente rubricato "principi generali" e afferma che "L'Unione si sforza di promuovere, sviluppare e consolidare i principi di democrazia, stato di diritto, rispetto dei diritti umani e libertà fondamentali, che ne sono il fondamento, tramite il dialogo e la cooperazione con i paesi e le regioni partner". In Italia tale principio è ripreso dall'art. 9, l. 125/2014.

⁵² Vi è traccia di questo principio nella l. 125/2014, ove si afferma la "piena appropriazione dei processi di sviluppo da parte dei Paesi partner".

Il principio di *alignment*, invece, richiede di perseguire l'allineamento delle strategie di sviluppo alle strategie, alle scelte ed alle procedure adottate a livello nazionale dai Paesi beneficiari⁵³.

Il principio di *harmonization* richiede di promuovere il coordinamento tra i soggetti della cooperazione⁵⁴, anche assicurando maggiore trasparenza nella concessione degli aiuti, al fine di promuoverne l'efficacia complessiva.

Il principio del *managing for results* richiede di migliorare l'efficacia degli aiuti regolando le strategie e gli interventi a seconda dei risultati ottenuti, anche predisponendo forme di controllo e sistemi di valutazione dell'impatto degli stessi⁵⁵.

Infine, la *mutual accountability* afferma il principio della responsabilità condivisa tra paesi donatori e beneficiari, rispetto ai risultati degli aiuti.

⁵³ “L’Unione [...] allinea il proprio sostegno alle loro strategie di sviluppo nazionali o regionali, alle politiche e alle procedure di riforma dei partner, ove possibile, e sostiene la titolarità democratica e la responsabilità interna e reciproca”, art. 3 del Reg. UE n. 233/2014. A tal fine essa promuove, tra le altre cose “un processo di sviluppo trasparente e sotto la direzione e la titolarità del paese o della regione partner, mirato anche a incentivare le competenze locali”, e “la partecipazione alle decisioni della popolazione dei paesi partner, approcci allo sviluppo inclusivi e partecipativi e un ampio coinvolgimento di tutti i segmenti della società nel processo di sviluppo e nel dialogo nazionale e regionale, compreso il dialogo politico”. Infine “particolare attenzione è prestata ai ruoli rispettivi dei parlamenti, delle autorità locali e della società civile, anche in materia di partecipazione, supervisione e responsabilità”. Può ricondursi a questi principi generali anche l’approccio differenziato, in base al quale l’Unione adotta “un approccio differenziato tra i paesi partner atto a garantire una cooperazione specifica e su misura che tenga conto” delle specificità di ciascuno, dando priorità “ai paesi più bisognosi, in particolare quelli meno sviluppati, quelli a basso reddito e quelli in situazioni di crisi, post crisi, fragilità e vulnerabilità” (art. 3, Reg. UE n. 233/2014).

⁵⁴ Anche l’Unione promuove un approccio multilaterale affermando che “la politica di cooperazione allo sviluppo dell’Unione e quella degli Stati membri si completano e si rafforzano reciprocamente” (art. 208 TFUE).

⁵⁵ L’Unione, ad esempio, adotta “approcci di sviluppo basati sui risultati, anche tramite quadri di riferimento trasparenti condotti dai paesi e basati, ove opportuno, su traguardi e indicatori internazionalmente convenuti, quali quelli degli OSM, per valutare e comunicare i risultati, compresi realizzazioni, esiti e ripercussioni degli aiuti allo sviluppo” (art. 3, Reg. UE n. 233/2014).

Ciascuno di tali principi si traduce in una serie di corollari sostanziali e procedurali, significativi dal punto di vista amministrativo, quali il riconoscimento di diritti di partecipazione ai beneficiari dei progetti finanziati⁵⁶, l'affermazione di principi di trasparenza e diritti di accesso alle informazioni, lo sviluppo di garanzie procedurali, controlli e rimedi.

Di essi è possibile trovare tracce, oltre che a livello globale, anche, in certa misura, a livello europeo e nazionale, laddove si affermano i principi della materia⁵⁷.

Da un certo punto di vista, molti di questi principi hanno l'effetto di ribadire e rafforzare il ruolo dei Paesi beneficiari e delle relative popolazioni nella definizione dei processi di sviluppo, con l'obiettivo di compensare, almeno in parte la asimmetria istituzionale tra soggetto finanziatore e soggetto beneficiario, cui si è fatto cenno in precedenza.

La loro concreta realizzazione, tuttavia, presenta, come si vedrà, diversi profili di problematicità.

Da ultimo, è possibile osservare come, a livello europeo e nazionale, i principi mutuati dal piano globale si completino e si integrino con il richiamo a principi tipicamente interni.

Tra questi è possibile richiamare quello di sussidiarietà, che richiama l'esigenza di coinvolgere vari attori nell'attuazione delle politiche di cooperazione⁵⁸, nonché il principio personalista e di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che inseriscono la cooperazione internazionale nel quadro della tradizionale costituzionale italiana, colorando in modo particolare la disciplina della materia (e contribuendo forse a spiegare la

⁵⁶ V. *supra*, nota 53.

⁵⁷ A livello nazionale si afferma che l'Italia “nel realizzare le iniziative di cooperazione allo sviluppo l'Italia assicura il rispetto, tra gli altri, “dei principi di efficacia concordati a livello internazionale, in particolare quelli della piena appropriazione dei processi di sviluppo da parte dei Paesi partner, dell'allineamento degli interventi alle priorità stabilite dagli stessi Paesi partner e dell'uso di sistemi locali, dell'armonizzazione e coordinamento tra donatori, della gestione basata sui risultati e della responsabilità reciproca”, nonché “di criteri di efficienza, trasparenza ed economicità, da garantire attraverso la corretta gestione delle risorse ed il coordinamento di tutte le istituzioni che, a qualunque titolo, operano nel quadro della cooperazione allo sviluppo” (art. 2, l. 125/2014).

⁵⁸ Art. 23, l. 125/2014.

particolare sensibilità che il legislatore italiano talvolta dimostra per questo settore)⁵⁹.

3.2. *La programmazione degli interventi*

Un secondo profilo di giuridicizzazione delle funzioni amministrative svolte in questo settore è l'adozione di piani e programmi entro i quali definire le priorità e le strategie di intervento, contribuendo ad orientare e limitare le scelte dell'amministrazione sui singoli finanziamenti.

Anche questa tendenza è presente a tutti i livelli amministrativi analizzati, sebbene risultino diversi, da caso a caso, sia il grado di vincolatività e la natura dei programmi, sia i procedimenti richiesti per la loro adozione, in particolare per quanto riguarda le forme di partecipazione assicurate ai soggetti interessati dagli interventi stessi (Paesi beneficiari e relative popolazioni).

Da questo punto di vista, risultano particolarmente dettagliate, soprattutto dal punto di vista procedurale, le norme elaborate a livello globale, in particolare nel contesto della Banca Mondiale, in relazione all'adozione dei CAS (*Country Assessment Strategies*), in relazione ai quali l'apporto e la partecipazione dei soggetti interessati sono assicurati, sia durante la procedura di approvazione di tali programmi, attraverso meccanismi di consultazione, sia nella fase di avvio del procedimento.

Al fine di potenziare il ruolo dei Paesi beneficiari la Banca Mondiale (assieme al Fondo Monetario Internazionale) ha infatti stabilito l'onere, per questi ultimi, di predisporre dei programmi preliminari (*Poverty Reduction Strategy Papers*, PRSP), formati secondo procedure partecipative stabilite dalla Banca stessa, per assicurare una raccolta di informazioni rilevanti ottenute in modo diretto, nonché per promuovere la capacità di pianificazione degli Stati beneficiari e la partecipazione della società civile al loro interno. Il rispetto di tali garanzie di partecipazione costituisce, per lo Stato beneficiario, una vera e propria condizione di accesso ai finanziamenti concessi dalla Banca, mentre per la

⁵⁹ Art. 9, l. 125/2014.

Banca i PRSP costituiscono il punto di partenza e di riferimento per la propria attività di programmazione.

Questo modello costituisce un punto di riferimento per una varietà di soggetti della cooperazione, anche perché i PRSP sono stati riconosciuti, nella Dichiarazione di Parigi, come strumento collegato con il raggiungimento degli obiettivi del millennio.

Per quanto riguarda il livello europeo, va operata una distinzione tra la condizione dei Paesi ACP (Africa, Caraibi e Pacifico), con i quali l'Unione ha un rapporto privilegiato disciplinato dall'Accordo di Cotonou, e gli altri Paesi.

In relazione ai primi si prevedono infatti forme di programmazione propriamente negoziate, oggetto di specifici accordi di programmazione tra Unione e Paesi beneficiari⁶⁰.

Per quanto riguarda gli altri Paesi, invece, i programmi sono definiti in modo unilaterale dalla Commissione, che però tiene conto dei PRSP e prevede forme di consultazione (per quanto blande) con i Paesi beneficiari⁶¹. Vi è comunque la possibilità di definire procedure più dettagliate nell'ambito di possibili accordi conclusi con i Paesi interessati (che l'Unione si impegna a promuovere).

Come nel caso della Banca Mondiale, anche a livello di Unione le funzioni di programmazione svolte dalla Commissione e dal SAE sono disciplinate con maggior precisione, sia dal punto di vista procedurale sia dal punto di vista sostanziale. Infatti, sebbene gli obiettivi della cooperazione siano chiaramente definiti dai Trattati e dai relativi regola-

⁶⁰ Art. 4, Accordo di Cotonou.

⁶¹ Il regolamento attuativo dello Strumento di cooperazione allo sviluppo prevede che l'Unione, anche al fine di incoraggiare un coordinamento e una complementarità maggiori tra i donatori, punta su programmazioni pluriennali congiunte imperniate sulle strategie di riduzione della povertà o strategie di sviluppo equivalenti dei paesi partner (art. 2, Reg. UE n. 233/2014). Inoltre, si stabilisce che i documenti di programmazione per i programmi geografici "si basano, per quanto possibile, su un dialogo tra l'Unione, gli Stati membri interessati e il paese o la regione partner interessati, compresi i parlamenti nazionali e regionali, e coinvolge la società civile, le autorità locali e altre parti, così da migliorare la titolarità del processo e incoraggiare il sostegno alle strategie nazionali di sviluppo, in particolare quelle volte alla riduzione della povertà" (art. 10, Reg. UE n. 233/2014). Disposizioni analoghe sono anche previste per altri programmi disciplinati dal regolamento.

menti, essi sono comunque espressi in termini generali, tali da concedere ampi margini di discrezionalità nella scelta dei contenuti della programmazione.

Una specifica enfasi viene posta, invece, sulla necessità di coordinare l'azione dell'Unione con quella degli Stati, anche attraverso forme di programmazione congiunta.

Il principio di programmazione, peraltro, risulta mitigato da una serie di eccezioni, volte ad assicurare comunque una certa flessibilità alle azioni dell'amministrazione Europea, in relazione ad esigenze particolari⁶².

Infine, anche a livello nazionale la disciplina relativa alla programmazione, in particolare la preparazione del "Documento triennale di programmazione e di indirizzo e relazione sulle attività di cooperazione", risulta disciplinata nel dettaglio per quanto riguarda le procedure⁶³, ma, salvo l'obbligo di allineamento con i programmi delle Nazioni Unite, delle altre organizzazioni internazionali nonché dell'Unione europea⁶⁴, concede notevoli margini di discrezionalità nella definizione dei contenuti del programma⁶⁵, e non prevede profili di partecipazione dei

⁶² Ad esempio, nel regolamento di esecuzione dell'11° FES è stabilito che "in caso di esigenze o situazioni impreviste e debitamente giustificate, e qualora il finanziamento non sia possibile mediante fonti più appropriate" (art. 2).

⁶³ Il programma è approvato su proposta del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, dal Consiglio dei ministri, entro il 31 marzo di ogni anno, previa approvazione da parte del Comitato interministeriale per la cooperazione allo sviluppo e, al fine di assicurare il coordinamento tra i vari soggetti interessati, previa acquisizione dei pareri delle Commissioni parlamentari competenti e, sullo schema del documento, della Conferenza unificata (Stato, regioni, città ed autonomie locali) e del Consiglio nazionale per la cooperazione allo sviluppo.

⁶⁴ Artt. 1 e 6, l. 125/2014.

⁶⁵ Tale documento "indica la visione strategica, gli obiettivi di azione e i criteri di intervento, la scelta delle priorità delle aree geografiche e dei singoli Paesi, nonché dei diversi settori nel cui ambito dovrà essere attuata la cooperazione allo sviluppo" ed "esplicita altresì gli indirizzi politici e strategici relativi alla partecipazione italiana agli organismi europei e internazionali e alle istituzioni finanziarie multilaterali" (art. 12, l. 125/2014). Peraltro, la disciplina sui contratti pubblici in materia stabilisce che "in relazione alla necessità di definizione degli accordi con i paesi beneficiari possono essere inserite nella programmazione anche solo le indicazioni delle risorse disponibili per i

Paesi beneficiari; tali aspetti sembrano infatti interamente delegati alla possibile conclusione di accordi bilaterali di partenariato con i singoli Paesi interessati.

3.3. Criteri sostanziali e procedurali per l'esercizio delle funzioni amministrative

Un terzo profilo di giuridicizzazione riguarda l'elaborazione di procedure amministrative specifiche per l'approvazione dei singoli interventi di finanziamento e l'indicazione, a livello normativo, dei criteri di selezione degli stessi.

Uno dei casi più interessanti a livello globale è rappresentato dalle *policies* interne della Banca Mondiale, approvate dal consiglio di amministrazione per vincolare, sia il personale della Banca (nella preparazione dei progetti da finanziare), sia il consiglio stesso (in relazione all'approvazione del finanziamento, ammesso soltanto per i progetti preparati in conformità con i requisiti prescritti).

Tali procedure appaiono particolarmente interessanti, non soltanto, perché limitano la discrezionalità della Banca, vincolandola ad una serie di criteri tecnici predefiniti, ma anche perché alcune di esse mutua-no, trasponendoli a livello globale, una serie di principi e istituti tipici del diritto amministrativo nazionale; ad esempio, l'obbligo di effettuare valutazioni di impatto ambientale per assicurare la salubrità e la sostenibilità del progetto⁶⁶, il rispetto di garanzie sostanziali e procedurali avverso l'espropriazione⁶⁷, nonché il rispetto dei diritti di informazione e partecipazione delle popolazioni indigene interessate⁶⁸. Alla prepara-

programmi di intervento” (art. 344, Regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207). Sulla disciplina in generale v. G. FERRARI, *I contratti eseguiti all'estero*, in M.A. SANDULLI, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. VIII. *Il regolamento di attuazione*, Milano, 2011, pp. 5059 e ss.; G. FERRARI, *I contratti di cooperazione internazionale*, in M.A. SANDULLI, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. IV. *Le tipologie di contratto*, Milano, 2011, pp. 3099-3125.

⁶⁶ OP 4.01, *Environmental Resettlement*, artt. 2 e 3.

⁶⁷ OP e BP 4.12, *Involuntary Resettlement*.

⁶⁸ OP e BP 4.10, *Policy on Indigenous Peoples*. Sul tema in generale v. A. FODELLA, *La tutela dei diritti collettivi: popoli, minoranze, popoli indigeni*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 711 e ss.

zione dei progetti partecipano inoltre in modo attivo i Paesi beneficiari, sui quali gravano, di fatto, la maggior parte degli oneri procedurali previsti dalle *policy*. Al personale della Banca spettano invece, più che altro, poteri di monitoraggio, coi quali assicurare che tali procedure siano state rispettate e che il progetto predisposto dal Paese beneficiario rispetti i requisiti richiesti.

A livello europeo, invece, il grado di coinvolgimento del Paese beneficiario cambia a seconda dei casi: mentre in relazione ai Paesi ACP l'Accordo di Cotonou prevede un coinvolgimento maggiore, in quanto i singoli interventi sono di fatto preparati e selezionati dai Paesi beneficiari⁶⁹, nel caso degli altri Paesi la procedura è di competenza dell'amministrazione Europea⁷⁰.

In entrambi i casi, tuttavia, la disciplina sostanziale e procedurale relativa alla loro preparazione ed approvazione risulta relativamente scarsa ed ampi sono i margini di discrezionalità lasciati alle amministrazioni competenti.

Più precisamente, mentre sono molto dettagliate le discipline di evidenza pubblica volte ad assicurare regole uniformi sul confronto competitivo tra progetti, mancano le garanzie sostanziali e procedurali relative al contenuto degli stessi, in particolare per quanto concerne la tutela delle popolazioni interessate.

L'unica eccezione, da questo punto di vista, è rappresentata dalle disposizioni speciali sulla necessità di assicurare la compatibilità ambientale dei progetti, effettuando valutazioni di impatto ambientale e assicurando alle persone interessate i diritti di informazione e partecipazione in relazione alle relative procedure⁷¹.

⁶⁹ Art. 57, Accordo di Cotonou.

⁷⁰ Il regolamento di procedura comune prevede una procedura di comitato per l'approvazione dei singoli progetti, disciplinandola in termini molto generali e prevedendo, tra l'altro, che essa non si applica per i progetti al di sotto di una certa soglia di valore (art. 16, Reg. UE n. 236/2014). In tale regolamento sono inoltre previsti criteri precisi per definire quali soggetti possono accedere ai finanziamenti stabiliti a bilancio per i singoli strumenti finanziari, ma non per quanto riguarda le caratteristiche dei relativi progetti.

⁷¹ In relazione ai fondi previsti dal bilancio UE viene fatto espresso richiamo alla disciplina europea in materia di valutazione di impatto ambientale e ambientale (art. 2, Reg. UE n. 236/2014). Previsioni analoghe sono anche previste in relazione al FES, che

Per il resto, la Commissione ha adottato delle linee guida sull'approvazione ed il monitoraggio dei progetti, ma esse risultano comunque meno precise rispetto alle *policy* della Banca Mondiale e, inoltre, non sono vincolanti.

Da questo punto di vista, appaiono forse maggiormente standardizzati e proceduralizzati i finanziamenti concessi dalla BEI, che, in linea con il modello offerto dalla Banca Mondiale, ha adottato specifiche *policies* che disciplinano gli standard sostanziali e procedurali per la preparazione, l'approvazione, l'esecuzione ed il monitoraggio dei progetti⁷², dotandosi peraltro, come si vedrà, di strumenti di controllo volti ad assicurarne il rispetto⁷³.

Anche a livello nazionale, infine, le procedure e gli *standard* in questo campo appaiono definiti in termini ampi, non tanto sotto il profilo della tutela della concorrenza (che è invece oggetto di dettagliate discipline di evidenza pubblica)⁷⁴ bensì sotto il profilo della tutela dei diritti e degli interessi delle popolazioni interessate da tali progetti.

Da questo punto di vista, si prevede che progetti, programmi e iniziative a dono, finanziati interamente o parzialmente dall'amministrazione dello Stato, da enti pubblici e da enti locali, devono "corrispondere ad una specifica richiesta da parte del Paese partner, in linea con i principi della piena appropriazione dei processi di sviluppo da parte dei

peraltro stabilisce che debba essere analizzato preventivamente, non soltanto l'impatto ambientale, ma anche l'impatto dei progetti sensibili "sul tessuto sociale" (art. 9, Reg. UE n. 2015/322). È inoltre previsto che in relazione a tali valutazioni siano "garantiti la partecipazione dei soggetti interessati alle valutazioni ambientali e l'accesso pubblico ai risultati di tali valutazioni".

⁷² Le *policy* sono pubblicate sul sito delle due Banche. V. ad esempio EIB, *Environmental and Social Principles and Standards*, http://www.eib.org/attachments/strategies/eib_statement_esps_en.pdf; EBRD, *Environmental and Social Procedures*, <http://www.cbd.int/financial/mainstream/ebd-enviropro2010.pdf>.

⁷³ V. *infra* par. 3.4.

⁷⁴ V. anche la Parte VI del regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) sui contratti eseguiti all'estero. Anche da questo punto di vista il livello globale esercita comunque la sua influenza in quanto il recepimento delle Raccomandazioni OCSE-DAC del 2001 e del 2008 ha ampliato il novero degli Stati nei cui confronti i crediti di aiuto sono "slegati" (ovvero non condizionati al finanziamento di lavori, forniture e servizi di origine italiana, prevedendo invece lo svolgimento di gare internazionale per l'affidamento dei progetti).

Paesi partner e del coinvolgimento delle comunità locali”, ma non sembrano meglio precisate le procedure per la proposizione di tale richiesta, né la misura in cui debbano essere assicurati i diritti di partecipazione affermati⁷⁵.

Anche in questo caso, peraltro, l’unica eccezione significativa risulta prevista in materia ambientale, laddove si prevede che la progettazione di lavori relativi agli interventi di cooperazione deve “conformarsi ai principi generali desumibili dalle norme italiane vigenti in materia di sicurezza e di tutela dell’ambiente”⁷⁶.

Per il resto, come a livello europeo, la definizione di standard comuni appare rimessa all’amministrazione, mediante l’adozione di regole interne non vincolanti. Si stabilisce infatti che l’Agenzia per la cooperazione allo sviluppo adotti un codice etico al quale debbano attenersi, nella realizzazione delle iniziative previste da tale legge, tutti i soggetti pubblici e privati che fanno parte del sistema della cooperazione e intendano partecipare alle attività di cooperazione allo sviluppo beneficiando di contributi pubblici”.

Appare significativa, peraltro, la previsione che tale codice debba richiamare “le fonti normative internazionali in materia di condizioni di lavoro, di sostenibilità ambientale nonché la legislazione per il contrasto della criminalità organizzata”⁷⁷, come a confermare il ruolo di guida svolto dal livello sovranazionale e globale, nella definizione degli standard in materia.

3.4. I controlli e i rimedi rispetto alla realizzazione degli interventi

Infine, un quarto profilo di analisi non può che riguardare l’insieme dei controlli e dei rimedi operanti *ex post*, in relazione alla realizzazione degli interventi. Da un certo punto di vista, infatti, tali istituti rappresentano, nella misura in cui permettono di verificare il rispetto dei prin-

⁷⁵ Art. 7, l. 125/2014.

⁷⁶ Art. 345, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

⁷⁷ Art. 17, l. 125/2014.

cipi e parametri giuridici che si vanno affermando *ex ante*, una sorta di banco di prova del processo di giuridicizzazione stesso⁷⁸.

Una prima categoria di controlli operanti in questo settore sono i controlli politici, assicurati dai Parlamenti nazionali e, in generale, dagli organi rappresentativi.

A livello globale, ad esempio, vi sono una varietà di modi in cui gli Stati esercitano, attraverso i propri rappresentanti negli organi decisionali delle organizzazioni internazionali, un controllo politico sui risultati della cooperazione, così come a livello europeo e nazionale le amministrazioni competenti rispondono politicamente ai rispettivi Parlamenti e, in generale, agli organi rappresentativi⁷⁹.

A tali controlli si aggiungono poi quelli operanti all'interno delle amministrazioni stesse, che assumono in certi casi un valore strumentale e prodromico agli altri⁸⁰.

Per quanto concerne la valutazione dell'efficacia degli aiuti, costituiscono un punto di riferimento, anche per le amministrazioni Europee e nazionali, gli standard e gli indicatori sviluppati a livello globale, ai quali è fatto espresso riferimento a livello normativo⁸¹.

⁷⁸ In questa sede si fa riferimento ai controlli sull'amministrazione finanziatrice, non invece ai controlli sul soggetto finanziato e ai rapporti contrattuali reciproci.

⁷⁹ A livello europeo le iniziative in materia di cooperazione sono, in genere, definite dal Parlamento europeo e dal Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria (artt. 209, 212 TFUE). Tali programmi sono poi attuati dalla Commissione, secondo le modalità previste nei rispettivi documenti.

⁸⁰ A livello europeo il controllo sull'efficacia dei programmi è realizzato dalla Commissione e, in particolare, dalla Direzione Generale per la cooperazione internazionale allo sviluppo. La Commissione trasmette le proprie relazioni al Parlamento, al Consiglio ed agli Stati, attraverso i comitati competenti. A livello nazionale, il Parlamento (e in particolare le commissioni competenti) esprime il proprio parere sullo schema del documento triennale di programmazione, cui deve essere allegata una relazione sulle attività di cooperazione allo sviluppo realizzate nell'anno precedente, predisposta dal Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, dando conto dell'attività di cooperazione allo sviluppo svolta da tutte le amministrazioni pubbliche, nonché della partecipazione a banche e fondi di sviluppo e agli organismi multilaterali (art 12, l. 125/2014).

⁸¹ "L'Unione europea controlla la qualità degli aiuti applicando obiettivi stabiliti a livello internazionale dalla dichiarazione di Parigi (2005), dal piano di azione di Accra (2008) e rivisti dal forum di alto livello di Busan (2011) sull'efficacia degli aiuti".

L'elaborazione di questi indicatori ha conferito un maggior grado di tecnicità ai controlli sull'effettività degli aiuti, il che sembra confermato dalla tendenza – affermatasi, prima, a livello globale⁸² e, poi, a livello europeo e nazionale⁸³ – ad affidare tali valutazioni anche a soggetti esterni ed indipendenti, che offrano garanzie di terzietà ed oggettività.

Del tutto peculiare, invece, è il controllo sull'effettività degli aiuti istituito a livello di OCSE, che tiene sempre come punto di riferimento gli indicatori sviluppati all'interno di tale organizzazione, ma si svolge mediante un sistema di *peer review* tra Stati membri.

Una ulteriore categoria di controlli riguarda la corretta gestione degli aiuti dal punto di vista finanziario. Da questo punto di vista, a livello globale sono previsti, presso le istituzioni attive nel settore, una serie di controlli interni *ad hoc*, mentre a livello di Unione europea la Commissione, la Corte dei Conti e l'OLAF effettuano controlli e verifiche nell'ambito delle rispettive competenze⁸⁴, e a livello nazionale il controllo

Commissione Europea, Le politiche dell'Unione europea, Cooperazione internazionale e sviluppo, 2014, in http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/it/development_cooperation_it.pdf, p. 7. Per quanto riguarda lo strumento di cooperazione allo sviluppo, i regolamenti in materia stabiliscono che tali valutazioni si basano “sui principi di buone prassi dell'OCSE/DAC”, nonché al sistema annuale di rilevamento fondato sulla metodologia dell'OCSE («marcatori di Rio»), per quanto riguarda l'azione sul clima e la biodiversità (artt. 12 e 14, Reg. UE n. 236/2014). A livello nazionale, la valutazione dell'efficacia degli interventi è svolta dal Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, attraverso il riferimento ad un “sistema di indicatori misurabili qualitativi e quantitativi, secondo gli indicatori di efficacia formulati in sede di Comitato di aiuto allo sviluppo dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE-DAC)”. Art. 12, l. 125/2014.

⁸² All'interno della Banca Mondiale è stato istituito, già nei primi anni '70, lo Independent Evaluation Group (IEG), un ufficio interno alla Banca ma dotato di garanzie di indipendenza, che valuta l'efficacia ed efficienza dei programmi.

⁸³ A livello nazionale, ad esempio, il controllo sulle attività dell'Agenzia è svolto anche dalla Direzione generale per la cooperazione allo sviluppo che, per legge, ha il compito di valutare l'impatto degli interventi di cooperazione allo sviluppo e verificare il raggiungimento degli obiettivi programmatici, avvalendosi, a quest'ultimo fine, anche di valutatori indipendenti esterni (art. 20, l. 125/2014).

⁸⁴ Art. 12, Reg. UE n. 322/2015. V. disposizioni analoghe anche nel Reg. UE n. 236/2014, art. 7.

sulla gestione dell’Agenzia per la cooperazione allo sviluppo e delle relative articolazioni periferiche è affidato alla Corte dei conti.

Sono invece funzionali a permettere un controllo più ampio (da parte dei soggetti interessati, di altri attori della cooperazione, nonché della società civile in generale), gli strumenti volti a promuovere la trasparenza delle attività di cooperazione e l’accesso alle relative informazioni⁸⁵.

Da questo punto di vista, le istituzioni operanti a livello globale sembrano svolgere un ruolo trainante, sia nel promuovere l’attuazione di tali principi a livello nazionale (come avviene nell’OCSE)⁸⁶, sia nell’osservarli essi stessi (come avviene nel contesto della Banca Mondiale)⁸⁷.

Una categoria del tutto particolare, infine, è quella dei controlli azionati dai soggetti direttamente interessati dai progetti finanziati, ovvero i cittadini dei Paesi beneficiari dei finanziamenti, che subiscono l’impatto dei progetti così realizzati, nonché dei possibili rimedi forniti in relazione ai danni eventualmente causati dai progetti finanziati.

Da questo punto di vista, è possibile rilevare una tendenziale debolezza sul fronte dei rimedi giurisdizionali, sia a livello globale che a livello europeo e nazionale.

Per quanto riguarda il piano globale, il controllo giurisdizionale risulta di fatto assente, in quanto le azioni della Banca Mondiale (e delle altre organizzazioni internazionali) sono sottratte al controllo delle corti nazionali attraverso un sistema di immunità (né risulta presente, a livel-

⁸⁵ A livello nazionale, l’Agenzia per la cooperazione allo sviluppo “realizza e gestisce una banca dati pubblica nella quale sono raccolte tutte le informazioni relative ai progetti di cooperazione realizzati e in corso di realizzazione” (art. 17, l. 125/2014).

⁸⁶ Oltre a esprimere tale principio a livello di principio, l’OCSE ne promuove l’attuazione attraverso un sistema di registrazione e pubblicazione dei dati relativi agli aiuti, comunicati dagli Stati membri stessi.

⁸⁷ A partire dal 2010, la Banca Mondiale si è dotata di una *policy* in base alla quale la pubblicità delle informazioni non costituisce più l’eccezione, bensì la regola: tutti i documenti della Banca sono resi disponibili al pubblico, salvo alcune esplicite eccezioni. Essa si è inoltre dotata di un sistema di ricorsi amministrativi in materia di accesso, gestiti da un *panel* interno, cui spetta il compito di assicurare il rispetto della *policy* sulla trasparenza. V. WORLD BANK, *The World Bank policy on access to information*, 2010.

lo internazionale, un organo giurisdizionale in grado di assumere tale compito).

A livello europeo, invece, le azioni dell'Unione sono evidentemente soggette al controllo della Corte di Giustizia, ma l'accesso ai relativi rimedi in fattispecie di questo tipo appare difficoltoso⁸⁸.

Anche a livello nazionale, infine, sebbene il controllo giurisdizionale sulle attività dell'amministrazione in questo settore sia in astratto ammissibile, il riconoscimento di rimedi a favore delle popolazioni interessate, rispetto ai soggetti finanziatori, appare ostacolato, da un lato, dalle potenziali difficoltà di accesso alla giustizia da parte di questa categoria di ricorrenti e, dall'altro, dalla potenziale difficoltà di provare in giudizio il nesso di causalità tra la concessione del finanziamento ed il danno subito per la realizzazione del progetto.

In questo quadro si inseriscono, pertanto, una serie di tentativi, avviati anzitutto dalle organizzazioni internazionali, volti a sopperire a tali lacune, attraverso l'istituzione di rimedi *ad hoc*, di natura amministrativa.

Tra questi è particolarmente interessante il caso degli *independent accountability mechanisms*, organi interni alle Banche multilaterali, composti da esperti e dotati di garanzie di indipendenza, che sono abilitati a ricevere ricorsi presentati dai cittadini dei Paesi in via di sviluppo che abbiano subito un danno in relazione alla realizzazione di un progetto finanziato dall'organizzazione di riferimento, ove tale danno sia la conseguenza di una violazione delle sue *policy* interne (ad esempio, la mancata consultazione delle popolazioni indigene durante la preparazione del progetto, o la mancata effettuazione di una valutazione di im-

⁸⁸ V. P. DANN, *op. cit.* 461. L'autore osserva come, nella maggior parte dei casi, le controversie in materia decise dalla Corte di Giustizia abbiano avuto ad oggetto il rispetto delle proprie competenze da parte della Commissione, o la base giuridica dei suoi poteri in materia. Successivamente egli osserva come, se per i soggetti potenzialmente danneggiati dall'impatto dei progetti finanziati risultano astrattamente proponibili alla Corte di Giustizia azioni di annullamento o di risarcimento dei danni avverso gli atti della Commissione, per le prime costituiscono un potenziale ostacolo i requisiti di ammissibilità del ricorso, impugnandosi provvedimenti che in genere non incidono in modo diretto nella sfera giuridica dei ricorrenti, mentre per le seconde appare difficoltosa la prova del nesso di causalità tra provvedimento della Commissione e danno prodotti.

patto ambientale). Al termine della necessaria istruttoria, tali meccanismi hanno il potere di stabilire se vi è stata o meno una violazione delle *policy* e di proporre possibili soluzioni rispetto alle questioni sollevate dai ricorrenti, prevedendo modifiche al progetto finanziato. Sebbene i pareri di tali *panel* non siano vincolanti per le organizzazioni di riferimento, e sebbene essi non possano in alcun modo soddisfare pretese risarcitorie, i risultati delle relative ispezioni sono resi pubblici e, nella prassi, hanno permesso di verificare il rispetto delle *policy*⁸⁹, anche assicurando il controllo, da parte degli organi decisionali delle organizzazioni di riferimento, sul relativo personale amministrativo.

Questi meccanismi traggono ispirazione da una serie istituti amministrativistici nazionali (come i difensori civici e varie forme di ricorso amministrativo), per dare vita ad un modello nuovo, con tratti originali, plasmati sulle specifiche esigenze del settore di riferimento.

Il successo di tali istituti, a partire dal modello originario, costituito dall'Inspection Panel creato dalla Banca Mondiale nel 1993⁹⁰, è testi-

⁸⁹ Sul punto v. B. KINGSBURY, *Operational policies of international institutions as part of the law making process: the World Bank and indigenous peoples*, in G.S. GOODWIN-GILL, S. TALMON (eds.), *The reality of international law: essays in honor of Ian Brownlie*, Oxford, 1999, pp. 323-342.

⁹⁰ Sull'Inspection Panel della Banca Mondiale v. D.D. BRADLOW, *International organizations and private complaints: the case of the World Bank Inspection Panel*, in *Virginia journal of international law*, 1994, vol. 34, pp. 553-613; D.D. BRADLOW, S. SCHLEMMER-SCHULTE, *The World Bank's New Inspection Panel, a constructive Step in the Transformation of the International Legal Order*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1994, p. 392 ss.; M. CIRCI, *The World Bank Inspection Panel: is it really effective?*, in *Global Jurist Advances*, Vol. 6, Iss. 3, Article 10, University of Berkeley Electronic Press, 2006, <http://www.bepress.com/gj/advances/vol6/iss3/art10>; F. SEATZU, *Il panel di ispezione della Banca Mondiale. Contributo allo studio della funzione di controllo nelle banche internazionali di sviluppo*, Torino, 2008; I. SHIHATA, *The World Bank Inspection Panel*, New York, 1994. I. SHIHATA, *The World Bank Inspection Panel: In Practice*, 2nd ed., New York, 2000. Sulla proliferazione di tali meccanismi a livello globale v. S. SCHLEMMER-SCHULTE, *The World Bank Inspection Panel: a model for other international organizations?*, in N. BLOKKER, H.G. SCHERMERS (eds.), *Proliferation of International Organizations*, The Hague, 2001, pp. 483-537; E. SUZUKI, S. NANWANI, *Responsibility of International Organizations: The Accountability Mechanisms of Multilateral Development Banks*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, Fall 2005, pp. 177-225; T. TREVES, M. FRIGESSI DI RAT-

moniato dalla loro progressiva diffusione presso tutte le Banche multilaterali per lo sviluppo, nonché presso l'ONU stessa, a livello di UNDP.

Tale modello non è tuttavia penetrato a livello europeo e nazionale, dove non è possibile individuare meccanismi anche funzionalmente simili.

Le uniche eccezioni sono costituite dal Mediatore Europeo (che tuttavia presenta una serie di differenze rispetto agli IAM, che lo rendono potenzialmente meno efficace), nonché dalla BEI (che, come le altre banche multilaterali, ha seguito il modello della Banca Mondiale, dotandosi di un proprio IAM).

4. Riflessioni conclusive

L'analisi svolta ha permesso di osservare come sia possibile rilevare una tendenza comune alla giuridicizzazione delle funzioni amministrative nel settore della cooperazione allo sviluppo, a livello globale, europeo e nazionale, che però non procede in modo omogeneo.

In particolare, mentre in relazione ai principi generali della materia si riscontrano punti di convergenza tra i tre livelli, l'attuazione concreta di tali principi, attraverso l'elaborazione di norme, istituti e procedimenti che limitino la discrezionalità dell'amministrazione, sotto il profilo sostanziale e procedurale, si realizza con intensità diverse.

Da questo punto di vista, quello che a tratti appare più evoluto degli altri, contrariamente a quanto si potrebbe immaginare, è forse proprio il diritto amministrativo sviluppato a livello globale.

Quest'ultimo, pur nella specificità delle sue forme di manifestazione (trovando collocazione in fonti del diritto del tutto peculiari, come le *policy* interne delle organizzazioni internazionali), ha elaborato negli anni una serie di principi, procedure e modelli di controllo, che a livello europeo e nazionale risultano ancora in parte assenti.

Così, mentre a livello globale determinati profili della disciplina della cooperazione allo sviluppo appaiono proceduralizzati e tecnicizzati, a

TALMA, A. TANZI, A. FODELLA, C. PITEA, C. RAGNI (eds.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, The Hague, 2005.

livello europeo e nazionale sembrano invece riscontrarsi margini più significativi di discrezionalità, sia procedurale sia sostanziale.

Tale differenza si manifesta soprattutto in relazione ai principi sostanziali, procedurali e processuali, di tipo amministrativo, posti a tutela delle popolazioni beneficiarie dei progetti finanziati, che a livello globale sembrano godere di maggiori possibilità di partecipazione nelle varie fasi della cooperazione – la programmazione, la preparazione dei progetti, l’attuazione ed il monitoraggio dei relativi risultati – mentre a livello europeo e nazionale le relative garanzie sembrano minori, o comunque più variabili.

Una possibile spiegazione di questo dato è forse da ricercarsi nel fatto che, a livello globale, e particolarmente in contesti multilaterali, tali interessi appaiono meglio rappresentati a livello istituzionale e l’interesse allo sviluppo economico e sociale dei Paesi in via di sviluppo si è così potuto affermare come vero e proprio interesse pubblico globale. Mentre a livello nazionale ed europeo, invece, tali interessi non risultano direttamente rappresentati a livello istituzionale, essendo per definizione esclusi dal circuito democratico, e si intrecciano in modo più problematico e complesso con interessi nazionali, economici e di politica estera dei Paesi finanziatori.

Del resto, disposizioni relativamente più garantistiche sono state rinvenute proprio nei casi in cui (come avviene per gli Accordi di Cotonou), la disciplina della cooperazione è in parte il risultato di un processo di negoziazione, in cui anche i Paesi beneficiari sono rappresentati e gli interessi delle relative popolazioni ricevono una tutela rafforzata.

Tanto premesso, è stato altresì osservato come i modelli elaborati sul piano internazionale possano svolgere una funzione di guida e modello rispetto al piano nazionale ed europeo, dove sono già numerosi i riferimenti alla normativa internazionale, in particolare a livello di principi generali e di indicatori per la valutazione degli interventi di cooperazione.

È quindi possibile che tale influenza si estenda gradualmente anche ad altri profili della disciplina, sul piano anche procedurale ed applicativo.

Dal punto di vista del diritto della cooperazione allo sviluppo, ne risulterebbe una possibile riduzione dei margini di discrezionalità delle

amministrazioni competenti, anche in parallelo ad un rafforzamento degli istituti a tutela delle popolazioni direttamente interessate dai progetti di cooperazione.

Dal punto di vista della disciplina amministrativistica, invece, si potrebbe verificare un interessante caso di circolazione di modelli, in cui istituti sviluppati sul piano del diritto amministrativo globale (sulla base di esempi forniti dalle esperienze nazionali), vengono successivamente mutuati sul piano nazionale ed europeo, per colmare lacune di tutela specifiche del settore della cooperazione.

PROBLEMI DI ATTIVITÀ E GIUSTIZIA

PROFILI EVOLUTIVI DELL'ESECUTORIETÀ AMMINISTRATIVA

Nadia La Femina

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. Il fondamento giuridico dell'esecutorietà: da attributo generale del provvedimento a privilegio speciale della p.a. Esecutorietà implicita: un'alternativa ancora possibile? 3. Il procedimento esecutivo: luci ed ombre dell'art. 21 ter. 4. L'ambito di operatività: applicabilità dell'esecuzione coatta amministrativa alle pretese non provvedimentali. 5. L'esecutorietà amministrativa negli ordinamenti europei. Cenni di comparazione. 6. Considerazioni conclusive.*

1. Introduzione

Il tema dell'esecutorietà delle pretese dell'amministrazione costituisce da tempo una problematica dibattuta e, per molti aspetti, irrisolta¹.

Essa rappresenta, infatti, non solo un attributo nel quale si esprime, e riproduce, il perenne conflitto tra autorità dell'amministrazione e libertà dell'amministrato ma, prima ancora, lo strumento per garantire effettività nella realizzazione dell'interesse pubblico. Ciò nei non rari casi in cui la soddisfazione dello stesso passi attraverso la necessaria collaborazione del destinatario della pretesa amministrativa, essendo indispensabile l'esecuzione di attività materiali preordinate ad adeguare la realtà all'effetto giuridico della decisione amministrativa.

Prendendo le mosse dal contributo dato al tema da Giandomenico Falcon², si intende ripercorrere i principali profili problematici che

¹ Il dibattito esistente in dottrina in materia di esecutorietà amministrativa è piuttosto risalente. La dottrina ha iniziato ad occuparsi del tema sin dall'inizio del secolo scorso. Per una ricognizione del dibattito nelle sue origini storiche si richiamano gli scritti di U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901, ora in *Studi di diritto pubblico*, I, Padova, 1976, 1 ss.; ID., *Fondamento giuridico dell'esecuzione forzata amministrativa*, in *Studi Senesi*, 1905, 116, ora in *Studi di diritto pubblico*, cit., 237.

l'istituto pone in rilievo, allo scopo di analizzarne l'evoluzione e verificare – a distanza ormai di oltre vent'anni dal suo contributo – se, e in che termini, gli stessi abbiano trovato una composizione.

Si vuole innanzitutto analizzare il ruolo svolto dall'art. 21 *ter* della l. 241/90 nell'ambito del tradizionale dibattito dottrinale in tema di esecutorietà che, come noto, è stato a lungo caratterizzato dalla contrapposizione tra due opposte tendenze. Da un lato quella, oggi recessiva, che la qualificava come un attributo implicito della norma attributiva del potere primario di amministrazione attiva³, connaturato al concetto di imperatività dell'atto amministrativo⁴ e tradizionalmente identificata come una delle principali manifestazioni dell'autotutela amministrativa⁵; dal-

² G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo* (voce), in *D. Disc. pubb.*, vol. VI, Torino, 1991, 145.

³ U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit., 52; F. CAMMEO, *La esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, in *Giur. It.*, LXXXI, 1929, III, 5; C. CARBONE, *Esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XV, 1966, p. 416; O. RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1947, 127; O. RANELLETTI, A. AMORTH, *Atti amministrativi*, in *Nuovo Dig. It.*, I, Torino, 1937, 1095 ss.; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972; G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, 78 ss.; P. BODDA, *Esecuzione coattiva e poteri del Consiglio di Stato*, in *Giur. cass. civ.*, 1945, II, 698 ss.

⁴ Va in questa sede evidenziato, sia pur senza possibilità di un'analisi approfondita, come lo stesso connotato dell'imperatività sia oggi entrato in crisi e posto in discussione da una parte della dottrina B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1 ss.; ID., *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, 151.

⁵ Ancorché autorevolmente sostenuta, F. BENVENUTI, *Autotutela (Diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 553, la tesi che identifica l'esecutorietà come espressione di autotutela – già posta in discussione dallo stesso G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione*, cit., 145 – è oggi superabile proprio alla luce di considerazioni sviluppate sul tema dell'esecutorietà. Se è vero, infatti, che a fronte di pretese amministrative esecutorie si prescinde dalla preventiva intermediazione di un provvedimento dell'autorità giudiziaria – legittimando la p.a. a evitare l'instaurazione di un processo di esecuzione – il rapporto di alternatività con cui l'esecutorietà si pone rispetto al processo di esecuzione è tale solo nella fase preventiva ma non vale a parificare l'attività esecutiva coattiva che la p.a. pone in essere all'attività giurisdizionale. Tantomeno l'esistenza di una pretesa amministrativa esclude del tutto l'intervento – ancorché posteriore – dell'autorità giudiziaria, restando impregiudicato il sindacato giudiziale sugli atti esecutivi posti in essere dall'amministrazione sotto il profilo della loro liceità e legittimità. Non

l'altro la tesi, oggi dominante, che invece la riconduce ad un autonomo potere qualitativamente diverso da quello primario – ossia alla coazione – giustificando in tal senso una ricerca della norma secondaria di attribuzione del potere esecutorio⁶.

Nell'ambito di tale dibattito la posizione di Falcon⁷ – che, pur aderendo alla tesi maggioritaria, non reputa eccezionali i casi di esecutorietà, ma ritiene sufficiente a soddisfare il requisito di legalità una fonte di diritto positivo idonea a giustificare il potere esecutorio “anche se non necessariamente esplicita” – offre lo spunto per esaminare se, e in che termini, la norma in questione abbia davvero risolto le problematiche dottrinali sul fondamento di tale potere. È necessario chiedersi se, anche all'indomani del citato intervento normativo, sia ancora consentito configurare casi di esecutorietà implicita, desumibili dai principi generali dell'ordinamento e derivanti dalla natura stessa del provvedimento da eseguire⁸.

mancano, tuttavia, in dottrina voci ancora favorevoli a ricomprendere l'attributo dell'esecutorietà nel più ampio concetto di autotutela amministrativa, facendo leva sulla collocazione sistematica degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, in materia di revoca ed annullamento d'ufficio, nell'ambito dello stesso Capo IV-bis della novellata legge n. 241 del 1990 in cui è inserito l'art. 21 *ter*, si v. G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, 162; M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, in *Dir. Amm.*, 2007, 343.

⁶ F. BENVENUTI, *op. cit.*, 535; S. CASSESE, *I beni pubblici (circolazione e tutela)*, Milano, 1967, 320 e 359 ss.; ID., *L'esecuzione forzata*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 173 ss.; G. SACCHI MORSIANI, *L'esecuzione delle pretese amministrative (parte generale)*, Padova, 1977, 61 ss.; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 422 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 280 ss.; ID., *Atto Amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 93; ID., *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, 80; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 438 e 467 ss.; A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 831 ss.

⁷ G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione*, cit., 145.

⁸ Per un'analisi più ampia dei c.d. poteri amministrativi impliciti nell'ottica di verificarne la compatibilità con il principio di legalità si rimanda a N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 36; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *www.giustamm.it*, 2007 e in *Dir. Amm.*, 2007, 703.

Partendo da questa premessa, ci si vuole poi soffermare sui concreti profili problematici che la disposizione normativa, data la sua laconicità, pone. Primo fra tutti, l'individuazione di una disciplina unitaria ed organica dei procedimenti esecutori e delle modalità attraverso cui realizzare l'esecuzione in forma specifica delle pretese della p.a. a fronte della perdurante inerzia del privato, specie al cospetto di prestazioni infungibili, o a fronte dell'insolvibilità del destinatario rispetto a pretese relative ad obbligazioni pecuniarie. Posto, infatti, come acclarato il fondamento positivo e l'*an* del potere esecutivo, ciò che oggi resta aperta e discussa è l'individuazione del *quid* e del *quomodo* del suo esercizio.

Si tratta, inoltre, di chiarire se, nei casi in cui la legge prevede la natura esecutoria di una pretesa amministrativa, esista una riserva di amministrazione in ordine alla soluzione delle controversie nascenti dalla sua mancata spontanea esecuzione o se la materia possa essere comunque affidata al giudice. Profilo questo che coinvolge, a monte, la stessa individuazione della natura del potere esecutivo, come discrezionale o vincolato e, quindi, la diversa misura della sua sindacabilità in sede giurisdizionale.

Va altresì esaminato se, ed in che misura, l'art. 21 *ter* consenta di ritenere applicabili al procedimento esecutivo gli stessi istituti dettati dalla l. 241/90, in cui la norma è stata inserita: ci si riferisce, in particolare, all'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento, alla partecipazione procedimentale, alla possibilità stessa per la p.a. di stipulare accordi con il privato inottemperante per concordare modalità alternative di esecuzione della pretesa inadempita.

Vero problema centrale della materia è poi quello di identificare l'ambito di operatività dell'esecutorietà amministrativa. È da chiarire, in sostanza, se la stessa rappresenti un attributo derivante dal solo provvedimento amministrativo – riguardando tutte le tipologie o solo alcune di esso – o se la si possa più in generale riferire ad ogni obbligazione derivante da qualsiasi atto o fatto idoneo a produrla, ivi compresi, oltre alla legge, gli obblighi nascenti dai contratti stipulati dalla p.a. e dagli stessi accordi amministrativi.

2. Il fondamento giuridico dell'esecutorietà: da attributo generale del provvedimento a privilegio speciale della p.a. Esecutorietà implicita: un'alternativa ancora possibile?

Quando si parla di esecutorietà, ci si riferisce tradizionalmente all'attitudine del provvedimento amministrativo a essere portato ad esecuzione dalla stessa amministrazione senza alcuna previa mediazione giurisdizionale, in assenza o contro la volontà del soggetto destinatario e anche mediante l'uso della forza pubblica, in tutti i casi in cui ciò sia reso necessario dall'esigenza di conformare la realtà materiale agli effetti giuridici prodotti dall'atto⁹.

In sostanza, un problema di esecutorietà si pone in quelle fattispecie in cui si realizza una scissione tra effetto giuridico del provvedimento e realizzazione del risultato pratico in termini di soddisfacimento del pubblico interesse cui l'Amministrazione è istituzionalmente preposta. Si tratta di casi in cui l'adozione del provvedimento efficace – ancorché in grado di produrre gli effetti giuridici che la legge ad esso ricollega indipendentemente dalla sua validità – non appare da sola idonea a conformare la realtà materiale e, quindi, a realizzare l'interesse pubblico cui l'adozione di quell'atto tende in quanto, a tal fine, si rende necessaria la cooperazione del destinatario¹⁰. Laddove tale collaborazione spontanea difetti, il provvedimento – ancorché esistente ed efficace – rischierebbe di restare privo di efficacia pratica se all'Amministrazione non fossero concessi dei mezzi di natura coercitiva per realizzare lo scopo sotteso al provvedimento adottato. Risulterebbe, in tal modo, fortemente pregiudicata la realizzazione degli interessi pubblici, lasciata all'arbitrio del privato¹¹.

⁹ Si tratta della definizione di esecutorietà fornita da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 278.

¹⁰ Per una distinzione tra i concetti giuridici di efficacia e validità ed una approfondita analisi in merito alle reciproche interferenze tra gli stessi esistenti si rimanda a G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. Amm.*, 2006, 1.

¹¹ G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione*, cit., 145. Si tratta secondo l'Autore di casi in cui opera la distinzione tra «effetto giuridico del provvedimento» e «risultato pratico di pubblico interesse che deve essere conseguito» riguardando solo quella categoria di provvedimenti dai quali nasca una pretesa dell'Amministrazione ad uno speci-

Allo stesso tempo, però, trattandosi di un attributo che incide sulla sfera di libertà del singolo, con attitudine potenzialmente lesiva di posizioni giuridiche costituzionalmente garantite, essa pone l'esigenza di un fondamento costituzionale in rapporto alle libertà individuali – si pensi all'art. 23 Cost. per le pretese tributarie – oltre che di un'adeguata tutela del destinatario contro il rischio di esecuzioni indebite, indeterminate o non proporzionate rispetto all'esigenza di soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Com'è stato efficacemente osservato dallo stesso Falcon, nel nostro ordinamento giuridico la teoria dell'esecutorietà ha registrato una doppia transizione: da un lato il passaggio dalla concezione dell'esecutorietà come attributo del solo provvedimento alla teoria dell'esecutorietà come attributo in generale delle pretese dell'amministrazione, indipendentemente dalla loro fonte di derivazione, di cui ci si occuperà oltre; dall'altro la transizione dalla prospettazione dell'esecutorietà come principio generale dell'ordinamento amministrativo all'affermazione della stessa come privilegio speciale, esistente nei soli casi previsti dalla legge, di cui si è accennato in premessa¹².

Il nostro ordinamento, infatti, a differenza di altri, è sempre stato caratterizzato, almeno fino alle più recenti modifiche normative – e per molti anche a seguito di detto intervento – dall'assenza di una normativa generale e organica sul procedimento amministrativo esecutivo.

Fino all'entrata in vigore nel 2005 dell'art. 21 *ter* l. 241/90, non esisteva una definizione normativa di esecutorietà amministrativa, né una legge generale sull'esecuzione coatta amministrativa, ma solo una serie di disposizioni normative di parte speciale afferenti a diversi settori dell'ordinamento, che disciplinano l'aspetto della materiale esecuzione di

fico comportamento dell'amministrato, definendo pertanto l'esecutorietà come «facoltà di realizzazione diretta del risultato pratico del provvedimento»; in senso analogo G. CORSO, *op. cit.*, 434 il quale distingue tra «effetti finali» del provvedimento direttamente satisfattivi dell'interesse curato dall'atto ed «effetti strumentali» che, a differenza dei primi, non conseguono direttamente il risultato voluto di cura dell'interesse pubblico esigendo, per la soddisfazione di quest'ultimo, l'esecuzione del provvedimento; A. FALZEA, *Efficacia giuridica (voce)*, in *Enc. Dir.*, 1965, 433; G. PAGLIARI, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter l. 7 agosto 1990 n. 241 e S.M.I.*, in *Foro Amm.*, TAR, 2007, 321.

¹² G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione*, cit., 145.

specifiche pretese o provvedimenti amministrativi, con particolare riferimento al settore dell'edilizia, della tutela del paesaggio, o del patrimonio storico-artistico, la tutela del demanio, le ordinanze contingibili ed urgenti.

Si fa riferimento, a titolo meramente esemplificativo a: gli artt. 45 e ss. d.P.R. n. 602/73 che disciplinano la procedura di riscossione coattiva dei tributi erariali e alla procedura di ingiunzione di cui al r.d. n. 639/1910 per la riscossione coattiva delle entrate patrimoniali, rispetto alle quali, tuttavia, non mancano opinioni contrarie alla loro riconducibilità nell'alveo della esecutorietà¹³; l'art. 823 c.c. che sancisce il principio dell'esecutorietà come strumento alternativo di difesa della proprietà pubblica; l'art. 54 d.lgs. 267/2000 in materia di ordinanze sindacali; l'art. 29, co. 3 e 4, d.lgs. 152/2006 in tema di valutazione di impatto ambientale; l'art. 167, co. 1, 2 e 3, d.lgs. 44/2004 per le violazioni in tema di tutela del paesaggio; l'art. 217 del R.D. 1265/1934 in materia di esalazioni insalubri di manifatture e tabacchi¹⁴, o si pensi anche all'intera materia dei trattamenti sanitari obbligatori, rispetto ai quali l'esecutorietà trova giustificazione nello stato di necessità che legittima un sacrificio della libertà individuale a tutela della salute o dell'incolumità fisica propria o di terzi¹⁵.

¹³ Si veda in tal senso N. DOLFIN, G. FALSITTA, *Tributi (riscossione dei)*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, VI, Milano, 2002, 1129-1130 che preferiscono qualificare l'esecuzione forzata in base a ruolo come «una tipica forma di esecuzione mediata», rispetto alla quale gli atti della fase espropriativa concretizzano un procedimento amministrativo di autotutela.

¹⁴ Per una più approfondita analisi delle leggi di settore che disciplinano ipotesi di esecuzione coatta amministrativa si rimanda a G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012 118 ss. Il tentativo di trarre da alcune di queste disposizioni, ed in particolare dall'art. 7 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo e dall'art. 823 c.c., la conferma dell'esistenza di un principio generale di esecutorietà del provvedimento amministrativo, considerandole come clausole generali, è stato contestato dalla dottrina maggioritaria che ne ha, al contrario, evidenziato la neutralità rispetto al problema in questione. Cfr. G. SACCHI MORSIANI, *op. cit.*, 115 ss. e F. BENVENUTI, *op. cit.*, 553; A.M. SANDULLI, *Note, cit.*, 821 ss.

¹⁵ Per un esame più approfondito della materia si rinvia a G. PELEGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, 1 ss.; C. BENATTI, *Sanità obbligata: quando i trattamenti sanitari obbligatori non rispettano le persone, la libertà*, Diegaro di Cesena (FC), 2004, 1 ss.

Al contempo, la giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore dell'art. 21 *ter* si è sempre occupata del fenomeno in modo settoriale ed indiretto, affrontando questioni solo incidentalmente coincidenti con l'istituto in esame: la proponibilità o meno delle azioni possessorie nei confronti della p.a., il giudizio cautelare, la responsabilità dell'amministrazione per atti esecutivi. In queste rare occasioni ha, comunque, sempre affermato – sia pur in modo acritico o presupposto – la natura di principio generale dell'ordinamento giuridico dell'esecutorietà del provvedimento amministrativo¹⁶.

L'atteggiamento di neutralità assunto dal legislatore statale in materia, affiancato alla posizione acritica della giurisprudenza rispetto al tema, ha agevolato il proliferare di dibattiti in ordine a diversi profili dell'esecutorietà amministrativa, primo fra tutti quello dell'individuazione della sua natura e del suo fondamento giuridico, dando luogo al tradizionale contrasto, di cui si è dato conto in premessa.

¹⁶ Si richiamano, tra le altre, relativamente alla giurisprudenza costituzionale: C. cost. 12 marzo 1970, n. 44 e C. cost. 11-15 luglio 1991, n. 345, in *www.cortecostituzionale.it* dove si afferma, nel primo caso, la natura pacificamente esecutoria dell'atto amministrativo nel campo tributario, in quanto finalizzato a garantire allo Stato la percezione delle entrate necessarie al perseguimento dei suoi fini pubblici; nel secondo caso, la natura esecutoria dell'ingiunzione a demolire in quanto «provvedimento autoritativo che, in quanto tale, è assistito, in base ai principi generali che regolano l'azione amministrativa, dal carattere dell'esecutorietà insito nel potere di autotutela». Relativamente alla giurisprudenza di legittimità e a quella amministrativa si rinvia a: Cass., Sez. Un., 16 ottobre 2006, n. 22221, in *www.cortedicassazione.it* e Cons. St., Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, sebbene successive all'introduzione dell'art. 21 *ter* l. 241/90, affrontano il tema dell'esecutorietà in relazione a fattispecie antecedenti all'entrata in vigore della norma. In entrambe l'esecutorietà viene richiamata come principio generale dell'ordinamento il cui fondamento giuridico viene ravvisato nella presunzione di legittimità dell'atto amministrativo. Per un esame più analitico e critico della giurisprudenza antecedente all'art. 21 *ter* in tema di esecutorietà si rinvia a F. SAITTA, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione. La struttura procedimentale*, Napoli, 1995, 98; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 89 e 301; G. GRÜNER, *op. cit.*, 263.

Non vi è dubbio – pur permanendo qualche isolata posizione contraria¹⁷ – che l'introduzione dell'art. 21 *ter*¹⁸ abbia posto fine a tale contrasto, decretando il definitivo superamento del già recessivo orientamento che propendeva per il carattere di principio generale dello stesso, connotato al potere primario.

Ciò che ci si domanda è, invece, se a seguito di tale disposizione possano continuare a configurarsi nel nostro ordinamento ipotesi di esecutorietà implicita, come prospettate da Falcon¹⁹, giustificate dalla particolare natura dell'atto da eseguire.

Si tratta di atti che, per loro stessa natura e per necessità logica, richiederebbero un'immediata conformazione della realtà materiale agli effetti giuridici prodotti, al fine di realizzare lo stesso interesse pubblico al cui soddisfacimento sono preordinati. Tra questi vengono annoverati i provvedimenti ablatori reali o i provvedimenti contingibili ed urgenti,

¹⁷ G. GRÜNER, *op. cit.*, 365 ss.; ID., *L'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi*, in *Dir. Amm.*, 2011, 2, 273. Attraverso un'approfondita disamina della norma e del panorama legislativo nel quale la stessa è inserita, alla luce dei principi costituzionali vigenti, l'Autore giunge a sostenere che l'esecutorietà rappresenta un carattere costituzionalmente necessario del provvedimento amministrativo in quanto indispensabile alla concreta realizzazione del principio di buon andamento della p.a. consacrato dall'art. 97 Cost.

¹⁸ La norma, oltre a fissare la regola per cui i provvedimenti amministrativi costitutivi di obblighi per gli amministrati devono essere espressamente previsti dalla legge, assoggettando in tal modo espressamente l'esecutorietà amministrativa al rispetto rigoroso del principio di legalità, detta altresì taluni profili di disciplina del potere esecutivo: l'obbligo di indicazione del termine e delle modalità di esecuzione da parte del soggetto obbligato, il principio della previa diffida, che, tuttavia, non sono generalmente riconosciuti come esaustivi.

¹⁹ G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione*, cit., 145. Nello stesso senso A.M. SANDULLI, *Note*, cit., 837 ss. L'Autore, pur aderendo alla tesi della esecutorietà come privilegio speciale e connotato eccezionale del provvedimento amministrativo, riconosce, tuttavia, ai poteri esecutori un ambito di applicazione molto ampio ritendendo, non solo che l'assegnazione di tale potere possa essere implicita nella legge, ma ammettendo, altresì, che in taluni ambiti particolari il potere derivi dalla tradizione o dalla stessa natura delle cose (es. in ambito militare).

espressione di una forma di esecuzione “reale” diversa da quella “sostitutiva”²⁰.

Sebbene non manchino sul punto posizioni contrastanti che continuino ad ammetterne la praticabilità – specie in relazione ai provvedimenti ablatori reali e alle ordinanze di necessità ove l’esecutorietà resterebbe “connaturale” al peculiare potere primario²¹ – la dottrina maggioritaria pone in discussione la possibilità di configurare ancora oggi casi di esecutorietà implicita del provvedimento e, più in generale, delle pretese amministrative²².

3. Il procedimento esecutorio: luci ed ombre dell’art. 21 ter

Se da un lato l’art. 21 ter ha contribuito a far chiarezza in ordine alla natura e al fondamento giuridico dell’esecutorietà quale attributo eccezionale e meramente eventuale del provvedimento amministrativo – dettando una sorta di riserva assoluta di legge²³ nella parte in cui richiede la necessaria predeterminazione legislativa, non soltanto dei “casi” ma anche delle “modalità” di esecuzione – dall’altro ha lasciato aperte e irrisolte altre problematiche non trascurabili.

²⁰ Favorevoli al riconoscimento, per talune tipologie di atti amministrativi, di una esecutorietà implicita G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione*, cit., 145; A.M. SANDULLI, *Note*, cit., 837; G. SACCHI MORSIANI, *op. cit.*, 48 ss.; R. VILLATA, *L’atto amministrativo*, in AA.VV. (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, Bologna, 2005, 811. In termini critici rispetto all’accoglimento della teoria dell’esecutorietà implicita N. BASSI, *op. cit.*, 305.

²¹ A favore, della possibilità di ricorrere ancora ad ipotesi di esecutorietà implicita, nonostante l’intervento normativo in oggetto, si esprimono M. CLARICH, *op. cit.*, 328 ss.; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 324 ss.

²² Si esprimono nel senso della impossibilità di configurare forme di esecutorietà implicita dopo l’entrata in vigore dell’art. 21 ter, G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 703; G. PAGLIARI, *op. cit.*, 333. L’impossibilità di considerare l’esecutorietà come un potere implicito, dopo l’intervento dell’art. 21 ter, è stata evidenziata anche da una parte della giurisprudenza amministrativa: TAR Puglia, Bari, Sez. I, 9 luglio 2009, n. 1803 in www.giustizia-amministrativa.it.

²³ Si esprime in tal senso G. GRÜNER, *L’esecutorietà*, cit., 295.

Come correttamente evidenziato da molti Autori, infatti, si avverte nel testo normativo una certa carenza di tecnica di codificazione²⁴.

Manca, in primo luogo, una regolamentazione organica delle varie fattispecie di esecuzione – fatta eccezione per il richiamo alla disciplina dell'esecuzione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro – con conseguente esigenza di continuare a riferirsi alle norme di settore esistenti o di introdurre delle nuove, ove carenti, allo scopo di soddisfare lo stretto principio di legalità, ora espressamente imposto²⁵. Da ciò, deriverebbe la nullità per carenza di potere del provvedimento esecutivo adottato sia in assenza in una disposizione di settore che lo autorizzi – attesa l'impossibilità di ravvisare nell'art. 21 *ter* una norma generale attributiva di tale connotato – sia secondo modalità integralmente diverse da quelle normativamente stabilite – atteso che la norma sembrerebbe configurare una sorta di “attribuzione modale” del potere esecutivo,

²⁴ N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, 4 secondo cui «la conseguenza è necessariamente quella di affidare alla giurisprudenza il delicato compito di stabilire i confini di applicazione delle nuove disposizioni, soprattutto con riferimento agli obblighi di carattere fungibile»; F. SAIITTA, *Un abbozzo di codificazione per l'esecuzione amministrativa (Note a margine dell'art. 21 ter della nuova 241)*, in *www.giustamm.it*, 2005, 6.

²⁵ A fronte di questa carenza normativa, alcuni Autori, come si è visto, reagiscono ritenendo ancora possibile configurare ipotesi di esecutorietà implicita; parte della dottrina propende, invece, per una tesi di compromesso fondata sul concetto di *tipizzazione diffusa nell'ordinamento* e di *tipicità attenuata* delle misure esecutive, definita come *tipicità ordinamentale* secondo la quale, poiché l'ordinamento giuridico offre una gamma sufficientemente tipizzata e consolidata di misure esecutive, tale tipizzazione può reputarsi sufficiente a soddisfare le garanzie di legalità richieste dall'art. 21 *ter* senza necessità di una tipizzazione delle misure operata di volta in volta dalle singole norme di legge attributive di poteri esecutori all'amministrazione. Si esprime in tal senso M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, cit., 27. Secondo una diversa impostazione, quando le disposizioni di settore attribuiscono poteri di imposizione e di esecuzione coattiva, ma non disciplinano compiutamente le modalità procedurali, può farsi ricorso in via suppletiva alle disposizioni sul procedimento amministrativo in generale, interpretando il termine *legge* contenuto nell'art. 21 *ter* come riferito alla l. 241/90, in tal senso M. D'ANGELOSANTE, *L'azione amministrativa dalla efficacia alla esecuzione nella riforma della legge 241 del 1990*, in *Dir. Amm.*, 2009, 723.

in quanto non si limita a richiedere che il potere sia espressamente attribuito, ma anche che sia esercitato secondo le modalità prescritte²⁶.

Difetta, inoltre, una regolamentazione delle varie tipologie di obblighi da adempiere e delle diverse forme di esecuzione coattiva adottabili, che tengano conto sia della natura, fungibile o meno, dell'obbligo, sia del contenuto dello stesso.

Al contempo, la norma nulla dice in merito alla qualificazione del potere di coazione come discrezionale o vincolato²⁷, dato idoneo a ripercuotersi non solo sulla sindacabilità in sede giurisdizionale del provvedimento di esecuzione forzata sotto il profilo del vizio di eccesso di potere²⁸ ma, altresì, sull'applicabilità al procedimento di esecuzione

²⁶ G. PAGLIARI, *op. cit.*, 326.

²⁷ È evidente come la discrezionalità di cui in questa sede si discute riguarda non la cura dell'interesse primario perseguito con il provvedimento da eseguire, quanto piuttosto la scelta dello strumento esecutivo del provvedimento primario. A favore della natura discrezionale del potere esecutivo almeno nell'*an* già F. CAMMEO, *op. cit.*, 22; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 3^a ed., Milano, 1993, II, 1322; ID., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 422; ribadita più di recente da E. SAITTA, *Esecutorietà*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 439; ID., *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241/90*, in www.giustamm.it, 2005; G. CARLOTTI, *Il nuovo procedimento amministrativo: l. n. 15 e n. 80 del 2005*, Padova, 2005, 251, che evidenziano come oggi sia la stessa disposizione normativa a qualificare l'esercizio di tale potere come facoltativo, rimettendo quindi alla p.a. la valutazione circa l'opportunità di ricorrere all'esecuzione coatta amministrativa o piuttosto ad optare per misure di esecuzione indiretta o ancora a ricorrere all'autorità giurisdizionale, preferendo la maggiore certezza dell'azione esecutiva. Si esprimono, invece, per la natura vincolata L. MONTESANO, *La condanna nel processo civile anche tra privati e pubblica amministrazione*, Napoli, 1957, 217-218. Contrario a soluzioni generalizzanti, ma favorevole alla necessità di verificare di volta in volta, in relazione al modello legale tipico fissato dalle singole norme attributive del potere esecutivo, la doverosità dell'esercizio di tale potere e la sua alternatività rispetto al processo di esecuzione C. MIGNONE, *L'esecutorietà delle pretese amministrative*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 844.

²⁸ Cfr. Cons. St., sez. IV, n. 5461 del 2001, in www.giustizia-amministrativa.it ove si afferma la natura vincolata del potere di autotutela esecutiva di cui all'art. 823 c.c. con conseguente sottrazione dall'ambito di applicazione delle norme dettate dalla l. n. 241/90 e la non ipotizzabilità del vizio di eccesso di potere. Si ritiene comunque che, oggi, all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 21 *ter*, vada esclusa ogni discrezionali-

coatta amministrativa dei principi ed istituti disciplinati dalla stessa l. 241/90.

Fra essi, basti menzionare l'obbligo di inoltrare la comunicazione dell'avvio del procedimento che, originariamente contenuto nel d.d.l., non è poi più stato riprodotto nel testo definitivo della norma approvata. La giurisprudenza amministrativa tende ad escludere l'obbligatorietà della comunicazione di avvio del procedimento, attesa l'impossibilità di ravvisare alcuno spazio utile per un'eventuale cooperazione del privato all'adozione dell'atto in questione²⁹.

Discussa appare poi l'applicabilità anche ai procedimenti esecutori delle garanzie partecipative, stando alla lettera della disposizione che tace sul punto³⁰. Il silenzio del legislatore in merito all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento potrebbe essere interpretato nel senso della volontà di non estendere al procedimento esecutivo le garanzie partecipative a favore dell'esecutato. Parte della dottrina, tuttavia, sostiene come tale estensione dovrebbe implicitamente desumersi dalla qualificazione del potere di coazione come autonomo rispetto a quello primario concretato dal provvedimento costitutivo dell'obbligo da eseguire, il cui esercizio suppone, quindi, un processo logico decisionale rispetto al quale l'apporto partecipativo del privato esecutato può assumere una rilevanza decisiva sulle scelte di opportunità della

tà nel *quomodo* dell'esecuzione, di modo tale che, ove la p.a. opti per l'esecuzione coatta amministrativa, dovrà necessariamente seguire le modalità fissate dalla norma attributiva del potere, in tal senso si esprime E. SAITTA, *Un abbozzo di codificazione per l'esecuzione amministrativa*, cit., 6.

²⁹ Si veda in tal senso TAR Campania, Napoli, VIII, 8 ottobre 2009, n. 5203; TAR Sicilia, Catania, II, 14 maggio 2008, n. 901; Cons. St. VI, 3 dicembre 2009, n. 7570, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁰ L'art. 21 *ter* non detta una organica regolamentazione del procedimento esecutivo, inteso come procedimento finalizzato ad accertare l'inadempimento da parte dell'obbligato alle prescrizioni derivanti dall'atto primario impositivo di obblighi da eseguire. La norma si limita, infatti, a stabilire come tale procedimento debba concludersi con l'adozione di un atto di intimazione ad adempiere – definito diffida – con il quale, accertato il mancato adempimento spontaneo, la p.a. ribadisce la cogenza dell'obbligo inevaso e ordina il compimento dell'attività, entro un termine predeterminato, con l'avvertimento che, alla scadenza, avrà luogo l'attività coattiva.

p.a.³¹. Contraria la scarsa giurisprudenza rinvenibile sul punto che ha ritenuto le norme sulla partecipazione procedimentale non applicabili all'emanazione dei provvedimenti ex 823 c.c., non potendo il privato offrire apporti partecipativi utili alla valutazione degli interessi coinvolti³².

Dibattuta anche l'applicabilità dell'art. 3 l. 241/90 ai procedimenti esecutori e, quindi, l'estendibilità dell'obbligo di motivazione al provvedimento esecutivo³³ rispetto al quale, in realtà, il problema si è posto più in termini di determinazione del contenuto della motivazione necessaria, ovvero sul *quantum*, piuttosto che sull'*an*, ovvero sull'obbligo della presenza di una motivazione in generale.

Altro problema, tuttora aperto, resta la possibilità di estendere anche ai procedimenti esecutori la disposizione di cui all'art. 11 l. 241/90, consentendo alla p.a. di definire la procedura di esecuzione coatta attraverso la stipulazione di un accordo con il privato inottemperante per concordare modalità alternative di esecuzione basate sulla collaborazione del destinatario. Tale strumento, infatti, sarebbe di grande utilità

³¹ In tal senso N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, 4 ss. Favorevole all'applicazione al procedimento esecutivo delle regole della l. 241/90 C. MIGNONE, *op. cit.*, 853.

³² Si veda TAR Campania, Napoli, VII, 3 dicembre 2009, n. 7570 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³³ Favorevoli alla necessità che il provvedimento con il quale la p.a. esercita il potere esecutivo sia adeguatamente motivato in ordine alle ragioni della scelta di ricorrere o meno all'esercizio dell'esecutorietà e del percorso seguito per dare attuazione al provvedimento amministrativo, optando per l'esecuzione coatta amministrativa in luogo di quella di diritto comune, F. SAITTA, *Esecutorietà*, cit., 461; G. PAGLIARI, *op. cit.*, 331; N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, 5; contrario F. MACIOCE, *Esecutorietà*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, 831 per il quale la decisione di procedere all'esecuzione diretta è un mero atto interno. Contraria la giurisprudenza che, in relazione all'ordine di demolizione, ha escluso la necessità che sia sorretto da specifici motivi circa la sussistenza dell'interesse pubblico per impossibilità di configurare un legittimo affidamento a conservare una situazione di fatto abusiva, si v. TAR Sicilia, Palermo, II, 20 ottobre 2009, n. 1665, in *www.giustizia-amministrativa.it*; o che ha ammesso che il provvedimento che ordina il rilascio di un immobile demaniale possa essere assunto, oltre che in assenza di contraddittorio con l'interessato, anche senza una "diffusa motivazione", si v. TAR Toscana, 24 luglio 1998, n. 460, in *Foro Amm.*, 1999, 1298.

in tutte quelle ipotesi di impossibilità sopravvenuta di adempimento, specie al cospetto di obblighi infungibili³⁴.

Un interessante spunto in tal senso proviene dal settore del diritto tributario, che sempre più spesso costituisce campo privilegiato di sperimentazione di istituti di matrice amministrativa. Si fa riferimento all'istituto – di recente introduzione³⁵ – del c.d. baratto amministrativo che consente ai Comuni, a fronte del mancato pagamento di tributi locali scaduti (TASI, IMU e TARI), la possibilità di accettare – previa delibera ed adozione di apposito regolamento – proposte dei singoli cittadini, o cittadini associati, di realizzare lavori socialmente utili in cambio dell'esenzione dal relativo pagamento forzato del debito pecuniario, in casi di comprovate difficoltà economiche ad adempiere.

La disposizione non chiarisce neppure se, nelle ipotesi in cui i poteri esecutori siano espressamente attribuiti per legge, la p.a. sia obbligata ad esercitarli o possa alternativamente far ricorso alla procedura ordinaria di esecuzione di carattere giurisdizionale. Sul punto la giurisprudenza amministrativa è stata oscillante e controversa. In generale il problema non è mai stato affrontato in relazione alla disposizione generale dell'art. 21 *ter*, ma sempre con riferimento alle singole fattispecie disciplinanti le ipotesi settoriali di esecutorietà. Mentre nelle pronunce più risalenti si rilevava come l'art. 832 comma 2 attribuisse alla p.a. la possibilità di ricorrere tanto all'autotutela amministrativa quanto ai mezzi ordinari a difesa della proprietà³⁶; in quelle più recenti, postume rispetto all'introduzione dell'art. 21 *ter*, si è ritenuto che il potere di autotutela ex art. 832, comma 2 c.c., spetti alla p.a. in rigida alternativa ai mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso³⁷. Il problema, in realtà, riguarda la stessa individuazione della natura della posizione

³⁴ N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, 3.

³⁵ L'istituto è stato introdotto dall'art. 24 Dl 133/2014, c.d. decreto Sblocca Italia, e prevede, ai fini della sua concreta operatività, che ciascun Comune si doti di un apposito regolamento con cui stabilire i criteri di esenzione.

³⁶ Si veda Cons. St., VI, 28 novembre 1992, n. 958; ID., 17 ottobre 1988, n. 1152; Cass. Civ. SU, 3 dicembre 1992, n. 12889 in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁷ Si veda TAR Campania, Napoli, VII, 5 gennaio 2007, n. 67; TAR Emilia Romagna, Bologna, I, 10 ottobre 2005, n. 1560; TAR Valle Aosta, 17 marzo 2005, n. 34; TAR Campania, Napoli, VII, 4 dicembre 2008, n. 20998 in www.giustizia-amministrativa.it.

giuridica soggettiva della p.a. rispetto alla pretesa all'esecuzione del provvedimento esecutorio. Si tratta di indagare se essa consista in un potere-dovere o, piuttosto, in un diritto di credito azionabile nei confronti del cittadino, aspetto trascurato tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza.

In conclusione, le molteplici carenze evidenziate impedirebbero, allo stato attuale, di classificare l'art. 21 *ter* come norma generale ed organica che disciplina nel nostro ordinamento il procedimento di esecuzione coatta amministrativa e alla quale sia sufficiente riferirsi nell'adozione di atti finalizzati a portare ad esecuzione le pretese amministrative rimaste inadempite.

Al contempo, l'opera interpretativa della giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della norma non può affatto definirsi esaustiva né chiarificatrice, sussistendo allo stato attuale numerose zone d'ombra³⁸.

La norma in questione si sarebbe, pertanto, limitata ad affermare il principio – per la dottrina dominante già ritenuto implicito e desumibile dal sistema – del carattere eccezionale e speciale dell'esecutorietà del provvedimento e della conseguente necessità del suo fondamento in una disposizione normativa espressa, senza tuttavia dettare una disciplina organica del procedimento esecutorio.

Ciò determina, come conseguenza, la necessità di continuare a far riferimento alle singole discipline di settore, tanto per l'individuazione della disciplina in concreto delle modalità esecutive, quanto per l'individuazione stessa della natura esecutoria o meno di una data pretesa amministrativa.

³⁸ Non sono numerose le sentenze in cui la giurisprudenza amministrativa si è occupata del tema dell'esecutorietà successivamente all'entrata in vigore dell'art. 21 *ter* nelle quali, tra l'altro, i giudici amministrativi si limitano ad affermare la sussistenza dell'esecutorietà alla sola ricorrenza delle condizioni previste dalla legge, senza alcuna specificazione in merito alle stesse, o a confermare la sussistenza di tale connotato in relazione a specifiche categorie di provvedimenti, senza soffermarsi sulla portata della nuova norma, depotenziandola in concreto. Si rimanda a Cons. St., Sez. IV, 18 aprile 2012, n. 2301; Cons. St., Sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 712; Cons. St., Sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4575; Tar Sicilia, Palermo, Sez. III, 11 novembre 2011, n. 2093; Tar Toscana, Sez. II, 6 luglio 2011, n. 1148; Tar Lazio, Sez. I – *Quater*, 24 luglio 2012, n. 6825; Tar Campania, Napoli, Sez. IV, 26 giugno 2009, n. 3530; Tar Lombardia, Milano, Sez. VI, 21 aprile 2009, n. 2436, in www.giustizia-amministrativa.it.

4. *L'ambito di operatività: applicabilità dell'esecuzione coatta amministrativa alle pretese non provvedimentali*

Oltre agli esaminati aspetti problematici che la nuova disposizione normativa ha posto in sede applicativa, il principale problema che emerge in materia di esecutorietà riguarda la determinazione del relativo ambito di operatività. Si tratta, in altri termini di stabilire, a fronte di quale tipo di pretese la p.a. è legittimata ad azionare i propri poteri esecutori.

Sul punto, uno dei connotati principali che ha contraddistinto la dottrina tradizionale italiana in tema di esecutorietà amministrativa è rappresentato dalla tendenza a collegare la teoria dell'esecutorietà a quella del provvedimento. Per molto tempo, infatti, si è ritenuto che un problema di esecutorietà potesse concretamente porsi solo a fronte di obbligazioni inadempite scaturenti dal provvedimento amministrativo, non anche da fonti diverse, di natura sia pubblica che privata.

Già prima dei recenti sviluppi normativi, si deve anche a Falcon la precisazione che tale collegamento non fosse necessario ed esclusivo, e come il concetto di esecutorietà andasse più genericamente riferito alle pretese amministrative indipendentemente dalla relativa fonte e, quindi, anche ad atti diversi dal provvedimento quali, ad esempio, il contratto o anche immediatamente la legge³⁹.

Si intende in questa sede esaminare se e in che misura l'intervento in materia del già citato art. 21 *ter* abbia inciso sul dibattito richiamato, contribuendo o meno a far chiarezza in ordine all'ambito di operatività

³⁹ G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione*, cit., 145 il quale evidenzia come quando anche si intendesse riferire il problema dell'esecutorietà ai soli provvedimenti amministrativi – cosa che l'Autore non ritiene corretto – andrebbe comunque chiarito come l'ambito di operatività dell'esecutorietà è più ristretto e non coincide con l'intera area dei provvedimenti amministrativi restandone esclusi, ad esempio, gli atti di tipo autorizzativo, gli atti con i quali si accertano qualità giuridiche di persone, cose o situazioni (si pensi agli atti di pianificazione urbanistica o di qualificazione di beni pubblici); in senso analogo G. CORSO, *op. cit.*, 437; G. SACCHI MORSIANI, *Esecuzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 16, per il quale «agli effetti del procedimento esecutorio non si ha riguardo all'atto o al fatto fonte dell'obbligo ma all'obbligazione in se stessa»; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 252.

dell'esecutorietà amministrativa, con particolare riferimento alle vicende esecutive riguardanti l'adempimento di obbligazioni scaturenti da fattispecie convenzionali.

Il problema si pone poiché, nella fase di esecuzione dell'accordo, non viene più in rilievo l'esercizio di un potere discrezionale della p.a., ormai consumatosi, quanto piuttosto le comuni regole civilistiche, salvo specifiche eccezioni normativamente contemplate. L'esercizio da parte dell'Amministrazione di poteri coattivi di esecuzione a fronte d'inadempiamenti contrattuali urterebbe contro il regime civilistico cui tali accordi sono per legge assoggettati.

Sul punto, non sembra che la novella legislativa abbia apportato significativi sviluppi. Al contrario, l'impressione che potrebbe trarsi da un'interpretazione meramente letterale e restrittiva della norma, indurrebbe a ritenere che l'intenzione del legislatore sia stata quella di restringere l'ambito di operatività dell'esecutorietà amministrativa alle sole pretese ed obbligazioni nascenti da atti provvedimenti.

La norma, infatti, parla di "provvedimento costitutivo di obblighi" in modo tale che sembrerebbe limitare la categoria di obbligazioni di cui la p.a. possa legittimamente imporre un adempimento coattivo esclusivamente a quelle discendenti da provvedimenti amministrativi. Allo stesso tempo, la circostanza per cui il legislatore – pur essendo intervenuto per la prima volta a dettare una norma generale sull'esecuzione delle pretese amministrative – non abbia colto l'occasione per chiarire se l'esecuzione coatta amministrativa possa estendersi oltre l'area degli obblighi nascenti da provvedimento, ma abbia piuttosto inserito tale disposizione nella sezione dei caratteri del provvedimento, lascerebbe supporre – anche per ragioni sistematiche – una volontà di delimitare a quest'area l'operatività dell'esecutorietà.

La dottrina che ha affrontato il problema – in gran parte sottovalutandolo – mostra sul punto atteggiamenti diversificati.

Da un lato si pone chi ritiene che la norma in tema di esecutorietà riguardi esclusivamente gli obblighi di origine provvedimentoale, escludendo che l'attività esecutoria possa essere esercitata per ottenere l'esecuzione coatta di obblighi derivanti direttamente dalla legge, da un contratto o da un accordo tra p.a. e privati. Partendo da questo presupposto, questi Autori interpretano l'esplicito riferimento operato dal legislatore

nell'art. 21 *ter* ai soli provvedimenti costitutivi di obblighi come conferma, a livello normativo, di tale delimitazione, con conseguente necessità per l'Amministrazione di ricorrere all'autorità giudiziaria in caso di mancato adempimento alle pretese derivanti da fonti non provvedimentali⁴⁰.

Altra parte della dottrina si è per lo più espressa in senso sfavorevole a questa possibile interpretazione della norma evidenziando come, al di là del mero dato letterale, non esistano valide ragioni per escludere dal fenomeno dell'esecutorietà le pretese amministrative non provvedimentali. Si tratta infatti di un fenomeno unitario e, quindi, comprensivo di tutti gli obblighi rimasti inadempiti da parte del cittadino nei confronti dell'amministrazione, indipendentemente dalla natura della fonte da cui scaturiscono⁴¹.

Non sono mancate interpretazioni più caute dell'operatività dell'attributo dell'esecutorietà in relazione alle pretese amministrative derivanti da accordi che tendono a limitarne la portata ai soli accordi integrativi ma non anche a quelli sostitutivi, stante l'"ambientazione tipicamente pubblicistica" degli accordi *ex art.* 11 e l'eccezionalità dei poteri amministrativi derogatori del regime civilistico a essi applicabile⁴².

Maggiormente condivisibile, perché più in linea con la complessiva *ratio* garantistica dell'art. 21 *ter* sembra invece essere l'orientamento che – prescindendo da ogni distinzione circa la natura sostitutiva o inte-

⁴⁰ Cfr. G. PAGLIARI, *op. cit.*, 332; F. MACIOCE, *Esecutorietà*, cit., 835; G. CARLOTTI, *op. cit.*, 253; M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 279; L. PERFETTI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007, 584; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 316; G. GRECO, *op. cit.*, 252.

⁴¹ Si esprime in tal senso F. SAITTA, *Un abbozzo di codificazione per l'esecuzione amministrativa*, cit., 6; G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione*, cit., 145; G. SACCHI MORSIANI, *op. cit.*; N. BASSI, *op. cit.*, 307; M. CLARICH, *op. cit.*, 328; M. D'ANGELO-SANTE, *op. cit.*, 727; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 964.

⁴² G. LIGUGNANA, *op. cit.*, 2004; concorde sul punto, con riferimento alle sole pretese derivanti da accordi F. SAITTA, *Un abbozzo di codificazione per l'esecuzione amministrativa*, cit., 6. Teoria che oggi porrebbe comunque problemi di compatibilità con la parificazione degli accordi sostitutivi a quelli endoprocedimentali, a seguito della l. 15/2005.

grativa dell'accordo – tende a risolvere la questione in esame alla luce del principio di legalità.

Per tale via si giunge ad affermarne la compatibilità con il connotato dell'esecutorietà nei soli casi in cui si tratti di portare coattivamente ad esecuzione obblighi derivanti da un accordo concluso rispetto al cui inadempimento è la legge stessa a prevederne espressamente la possibilità, come alternativa alla risoluzione⁴³.

In sostanza ciò che rileva, al fine di stabilire se sussista o meno la facoltà per l'amministrazione di portare coattivamente a esecuzione obblighi inadempiti, non è la fonte da cui tali obblighi scaturiscono, né la loro natura pubblica o privata, quanto piuttosto l'esistenza a monte di un'apposita previsione di legge che attribuisca alla p.a. poteri tipici e nominati di esecuzione coattiva.

È ciò che accade per gli obblighi pecuniari, laddove alle amministrazioni pubbliche sono conferiti poteri di riscossione coattiva anche se nascenti da contratti di diritto privato o in relazione alle obbligazioni di fare e di non fare tipiche della materia urbanistica⁴⁴, dell'edilizia e dell'espropriazione⁴⁵. Numerosi sono poi gli esempi in materia di lavori pubblici, in cui la legge attribuisce all'amministrazione poteri di coazione che prescindono dal ricorso al giudice⁴⁶.

⁴³ M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2010, 1, 27.

⁴⁴ Si pensi all'esecuzione dell'ordine di demolizione di costruzioni abusive ai sensi degli artt. 27 e ss. del d.P.R. 380/2001 per il quale si rinvia a D. DE PRETIS, A. SIMONATI, *Diritto Urbanistico e delle opere pubbliche*, Torino, 2014; F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2011, 217.

⁴⁵ Il riferimento è all'art. 24 del d.P.R. 327/2001 in materia di esecuzione del decreto di esproprio ai fini della realizzazione dell'«immissione in possesso» da parte della p.a. o all'art. 22 *bis* per l'esecuzione del decreto di occupazione di urgenza.

⁴⁶ Ci si riferisce, tra gli altri, agli strumenti della sospensione del contratto o dei lavori; al fermo amministrativo dei pagamenti; alle penalità. Rispetto a tali fattispecie, tuttavia, parte della dottrina ritiene che, in presenza di una disciplina generale sull'esecuzione limitata espressamente alle sole pretese nascenti da provvedimento, ne sarebbe necessaria una ricollocazione sistematica tra gli istituti di autotutela privata dell'amministrazione piuttosto che nell'ambito dell'esecutorietà, in tal senso N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, 6.

Oltre al caso dell'esecuzione di obblighi inadempiti scaturenti da accordi amministrativi, un problema di esecutorietà delle pretese amministrative derivanti da fonti non provvedimentali si è posto anche in relazione ai provvedimenti concessori, tutte le volte in cui gli obblighi imposti dall'amministrazione concedente in capo al concessionario non siano indicati direttamente nel provvedimento concessorio ma nel contratto accessivo allo stesso. Rispetto a questa ipotesi, la dottrina fa dipendere la risoluzione della questione dalla previa individuazione della natura giuridica di tale contratto accessivo. Coloro i quali propendono per la natura negoziale dell'atto escludono che, in caso di spontaneo inadempimento degli obblighi in esso sanciti, l'amministrazione concessionaria disponga di poteri esecutori, ritenendo necessaria l'intermediazione di un provvedimento giurisdizionale e, quindi, la previa instaurazione di un processo esecutivo; al contrario, chi ne sostiene la natura pubblicistica, riconducendo il contratto accessivo alla concessione alla categoria degli accordi, riconosce alla p.a. la facoltà di avvalersi di strumenti di esecuzione coattiva ove sussistano i presupposti di cui all'art. 21 *ter*⁴⁷.

Viceversa è stato espressamente escluso dalla giurisprudenza che requisiti di esecutorietà possano essere attribuiti ex art. 21 *ter* alle convenzioni di lottizzazione, laddove è stato affermato che per dare forzata attuazione alle obbligazioni da esse discendenti sia necessario per la p.a. ricorrere alla intermediazione di un provvedimento giurisdizionale, tra cui la sentenza di esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c. Analogamente, in tema di accordi amministrativi, la giurisprudenza consente alla p.a. di ricorrere all'art. 2932 c.c. per ottenere una sentenza costitutiva che tenga luogo della stipula dell'accordo procedimentale o di un contratto, in esecuzione di provvedimenti autorizzativi rimasti ineseguiti dal destinatario⁴⁸. Questo sta a significare che, in difetto di

⁴⁷ In tal senso M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, cit., 75. Sulla questione della natura giuridica dei contratti accessivi a provvedimenti concessori si rimanda a F. FRACCHIA, *Concessioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 268; G. GRECO, *op. cit.*, 252.

⁴⁸ TAR Veneto, Venezia, II, 11 giugno 2009, n. 1731; TAR Lombardia, Brescia, 13 agosto 2003, n. 1157, 3470; TAR Toscana, Firenze, I, 11 marzo 2009, n. 1146 in www.giustizia-amministrativa.it.

espresse previsioni di legge, per la giurisprudenza amministrativa, la via maestra per tutelare i diritti negoziali della p.a. è data dal ricorso al giudice, in sede esclusiva, e non dall'esercizio di poteri esecutori da parte della stessa p.a.

Ciò che emerge è come sia ormai acquista la consapevolezza che l'esecutorietà costituisca espressione di un potere autonomo, ulteriore e diverso rispetto a quello primario di cura dell'interesse pubblico specifico attuato attraverso l'adozione del provvedimento, ancorché necessariamente collegato ad un atto per così dire "primario" da cui scaturisce l'obbligo rimasto inadempito e necessitante di una concreta attuazione e che, proprio in quanto tale, così come tutti gli altri poteri conferiti alla p.a., in ossequio al principio di legalità, necessiti di un imprescindibile ancoraggio normativo.

La circostanza che l'attuale art. 21 *ter*, nell'esplicitare questo necessario collegamento dell'esecutorietà con il principio di legalità, parli di provvedimenti costitutivi di obblighi non vale a limitare il campo di operatività di tale potere alle sole pretese amministrative nascenti da provvedimento. Tale riferimento vale piuttosto a sancire che, quando a fondare tali pretese sia un provvedimento, il suo contenuto viene parzialmente conformato rispetto a un modello legale dettato dalla norma richiamata, che prevede specifici elementi costitutivi ulteriori che il provvedimento esecutivo deve contenere al fine di fondare legittimante l'eventuale esecuzione coattiva della p.a. in caso di mancato adempimento spontaneo: l'indicazione del termine e delle modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato⁴⁹.

In questi casi, infatti, il potere esecutivo perde il suo connotato di alterità rispetto a quello primario di emanazione del provvedimento fondendosi con esso, cosa che, invece, non accade in tutti i casi in cui le pretese esecutorie dell'amministrazione scaturiscano da fonti non provvedimentali.

Aderendo a questa chiave di lettura, l'esecutorietà viene oggi – secondo l'orientamento ormai prevalente scollegata dalla teoria del provvedimento e configurata come un potere autonomo che si estrinseca attraverso un procedimento esecutivo diverso e ulteriore da quello

⁴⁹ C. MIGNONE, *op. cit.*, 844.

eventuale primario che ha condotto all'adozione dell'originario provvedimento.

In quest'ottica, appare molto più appropriato parlare – come, infatti, già fanno molti Autori⁵⁰ – di esecutorietà delle pretese amministrative piuttosto che, riduttivamente, di esecutorietà del provvedimento amministrativo, espressione idonea a cogliere solo un aspetto del ben più complesso fenomeno.

5. L'esecutorietà amministrativa negli ordinamenti europei. Cenni di comparazione

Una breve indagine comparata può essere utile a verificare come gli altri ordinamenti giuridici europei abbiano affrontato il problema dell'esecutorietà delle pretese amministrative a fronte di comportamenti inerti o inadempimenti dei privati destinatari, onde trarne possibili spunti di riflessione in una prospettiva evolutiva del fenomeno.

Il problema di identificare il fondamento giuridico dell'esecutorietà delle pretese amministrative e di individuarne, caso per caso, le modalità di esecuzione, infatti, non si pone nella stessa misura in tutti gli ordinamenti giuridici a livello europeo.

Nell'ordinamento giuridico tedesco, ad esempio, sin dal 1953, esiste un'apposita legge federale che disciplina la materia in termini generali.

Si tratta della *Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG)* che disciplina compiutamente, oltre all'esecuzione coattiva dei crediti pecuniari della p.a., anche l'esecuzione degli obblighi di fare, di non fare e di sopportare scaturenti dal provvedimento amministrativo. Sicché, l'esecuzione dell'atto amministrativo tedesco contempla *ex lege* la possibilità della sua attuazione coatta, senza intervento dell'autorità giudiziaria, con i mezzi esecutivi e le modalità specificamente indicate dalla legge richiamata che disciplina nelle sue diverse fasi il procedimento esecutivo.

⁵⁰ G. SACCHI MORSIANI, *op. cit.*, *passim*; G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione*, cit., 145; G. CORSO, *op. cit.*, 437.

Tale legge prevede tre misure esecutive: l'esecuzione d'ufficio, ammessa a fronte dell'inadempimento di obblighi fungibili di fare e consistente nell'incaricare al compimento dell'azione inadempita un soggetto terzo nominato dalla p.a. a spese del privato; l'ammenda, ammessa solo in relazione all'inadempimento di obblighi infungibili di fare o di non fare; la coazione diretta, prevista come *extrema ratio* e previo riconoscimento di adeguate garanzie per il privato esecutato, nei casi di inidoneità delle prime due misure a realizzare in modo opportuno il risultato perseguito⁵¹.

Un'analogia legge sul procedimento di esecuzione delle pretese amministrative esiste nell'ordinamento austriaco: si tratta della *Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VVG)* del 1950. La legge in questione disciplina tanto la riscossione coattiva di crediti pecuniari, quanto l'adempimento coattivo di altre prestazioni e di obblighi di non fare, sancendo espressamente il principio dell'eccezionalità della forma dell'esecuzione mediante coercizione diretta oltre che quello di proporzionalità nella scelta ed adozione della misura coercitiva più adeguata e non eccedente la finalità perseguita. Viene, inoltre, affermato l'obbligo della preventiva diffida⁵².

Situazione analoga al nostro ordinamento interno è, invece, presente nell'ordinamento francese, dove pure manca una legge generale che disciplini l'esecutorietà degli atti amministrativi.

In Francia, peraltro, l'*acte administratif unilatéral* è assistito da due speciali privilegi, di matrice dottrinale: il *privilège du préalable* – corrispondente all'attributo italiano dell'imperatività – generalmente riconosciuto come carattere intrinseco a tutti gli atti amministrativi, e il *privilège de l'exécution forcée* – equivalente sul piano definitorio al concet-

⁵¹ Per un'analisi dettagliata del procedimento di esecuzione coattiva nell'ordinamento tedesco si rinvia, nella dottrina italiana, a: G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione*, cit., 145; G. GRÜNER, *op. cit.*, 308; L. DE GREGORIIS, *Esercizio proporzionale del potere esecutorio nell'ordinamento giuridico italiano e tedesco*, in www.giustamm.it, 2011; per la dottrina tedesca: G. ARNDT, *Der Verwaltungsakt als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung*, Berlin, 1967, *passim*; M. RUFFERT, *Vollstreckung von Verwaltungsakt*, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2010, 748 ss.; G. SADLER, *VwVG – VwZG, Huthing Jehle Rehm*, München, 2011, 3.

⁵² Si veda G. SACCHI MORSIANI, *op. cit.*, 21 ss., nota 22.

to italiano di esecutorietà – esercitabile nei soli casi espressamente previsti dalla legge (rispetto ai quali l'Amministrazione, a fronte dell'adempimento del destinatario non ha alcun margine di discrezionalità, dovendo obbligatoriamente esercitare tale potere).

Tuttavia, diversamente da quanto accaduto in Italia, nonostante l'atteggiamento di neutralità assunto anche qui dal legislatore rispetto al profilo esecutivo, la giurisprudenza francese si è occupata a fondo della materia, arrivando ad enucleare, a livello pretorio, una sorta di prassi dell'esecuzione forzata.

Per giurisprudenza costante essa è consentita, anche al di fuori delle ipotesi normativamente previste, nelle ipotesi d'urgenza – intesa rigorosamente come pericolo imminente per la sicurezza, la salute e l'ordine pubblico – e in tutti i casi in cui, al di fuori di un'espressa autorizzazione normativa, essa si ponga come un *moyen empirique justifié par la nécessité d'assurer l'obéissance à la loi*. Ciò purché siano rispettate quattro condizioni: la sussistenza a monte di un potere amministrativo puntualmente previsto da una norma di legge; una resistenza accertata, attiva o passiva, del soggetto amministrato rispetto all'adempimento del precetto contenuto nell'atto; la proporzionalità della misura di esecuzione coatta adottata rispetto all'interesse perseguito; il fatto che l'adempimento non sia qualificabile come un reato⁵³.

Per quanto concerne, invece, l'esperienza in tema di esecutorietà delle pretese amministrative negli ordinamenti di *common law*, sebbene, secondo il tradizionale principio, l'esecuzione delle decisioni am-

⁵³ Per un più approfondito esame del tema dell'esecutorietà nell'ordinamento giuridico francese: S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in ID., *Il diritto amministrativo: storie e prospettive*, Milano, 2010, 73; G. GRÜNER, *op. cit.*, 299; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1900, 358; A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1967, 275 ss.; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, 1985, 1 ss.; R. CHINOT, *Le privilège d'action d'office de l'administration*, Paris, 1945, *passim*; C. MILHAT, *Entre contraintes et interdits: l'administration et l'exécution de ses actes*, in *Droit et cultures*, 2009, 57; P.L. FRIER, *L'exécution d'office, principe et évolution*, in *A.J.D.A.*, 1999, 45. Per la giurisprudenza francese in materia si fa riferimento al decisivo *grand arrêt du Tribunal des Conflits*, 2 dicembre 1902, in www.tribunal-conflit.fr. Sull'evoluzione di tale giurisprudenza P.L. FRIER, *L'exécution d'office: principe et évolutions*, in *A.J.D.A.*, 1999, 45 ss.

ministrative sia affidata all'autorità giudiziaria e le *public authorities* non possano eseguire coattivamente le proprie decisioni in assenza di apposite autorizzazioni legislative, si assiste, tuttavia, ad un ampliamento del novero delle *administrative enforcement procedures* normativamente disciplinate che, quindi, assumono un carattere, non più eccezionale, ma alternativo e concorrente rispetto alle esecuzioni coattive giudiziarie. Tanto nel sistema statunitense, quanto in quello del Regno Unito, infatti, tutte le più importanti *agencies* sono dotate oltre che di *regulatory powers* anche di *enforcement powers* esercitabili senza un preventivo controllo giurisdizionale che resta esperibile *ex post*⁵⁴.

Peculiare è, infine, il regime dell'esecuzione forzata degli atti amministrativi comunitari che, come quelli nazionali, possono richiedere un'attività di esecuzione volta ad adeguare la realtà materiale a quella giuridica⁵⁵. In primo luogo, l'esecuzione forzata nell'ordinamento UE richiede che l'atto amministrativo da eseguire sia stabile, ovvero non sottoponibile a un ulteriore ricorso⁵⁶. Il diritto dell'Unione non ammette, inoltre, la coazione sugli Stati membri⁵⁷ – che godono di immunità dalla giurisdizione solo quando agiscono *iure imperii*, non anche quando operano *iure gestionis* – ma destinatari di esecuzione forzata degli

⁵⁴ Per un'analisi del tema dell'esecutorietà nell'ordinamento statunitense: J. HART, *An introduction to administrative law*, New York, 1950, 548; D.E. HALL, *Administrative law. Bureaucracy in a democracy*, Upper Saddle River, N.J., 2012, 4 ss.; R.L. GLICKSMAN, E.E. LEVY, *Administrative law. Agency action in legal context*, New York, 2010, 49 ss. Con riferimento al Regno Unito: F. JACOBS, *United Kingdom Report*, in *The execution of the individual administrative decisions and the intervention of the courts in the execution of the decisions*, Lisbon, 1988, in www.juradmin.eu; P. CRAIG, *Administrative Law*, London, 2012, capp. III, IV e XII; D. DE GRAZIA, *Il regime delle funzione amministrativa nel sistema giuridico britannico*, in www.giustamm.it, 2012.

⁵⁵ M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 363.

⁵⁶ Per un'analisi critica del fenomeno della coazione nel diritto dell'Unione europea L.M. DIEZ PICAZO, *Esiste una teoria della coazione nel diritto dell'Unione europea?*, in S. BATTINI, G. VESPERINI, *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2006, 67 ss.

⁵⁷ Per l'inottemperanza da parte degli Stati il diritto UE prevede altri rimedi tra cui la procedura di infrazione e l'azione di responsabilità verso i privati, per cui, a fronte dell'inosservanza da parte di uno Stato membro di decisioni comunitarie che impongono obbligazioni pecuniarie, la Commissione può soltanto presentare un ricorso per inadempimento dinanzi alla CGUE.

obblighi nascenti da atti comunitari possono essere solo i privati e limitatamente ai soli atti del Consiglio e della Commissione e della Banca centrale europea impositivi di obbligazioni pecuniarie, secondo quanto stabilito dall'art. 299 TFUE. L'area dell'esecuzione coatta amministrativa degli atti comunitari risulta, quindi, piuttosto ristretta, in quanto non copre tutti quegli atti produttivi di obblighi di fare e non fare, né quelli di dare una cosa diversa da una somma di denaro. Ciononostante il diritto derivato può stabilire sanzioni – sotto forma di ammenda – nel caso di inadempimento ai doveri anche di fare o non fare che lo stesso impone, trasformando pertanto quest'ultimi in obbligazioni pecuniarie suscettibili, a quel punto, di esecuzione forzata.

Il TFUE non disciplina, tuttavia, il procedimento esecutivo ma si limita a rinviare per l'esecuzione forzata alle norme del processo civile di ciascuno Stato membro, con ciò statuendo che il potere di coazione forzata degli atti comunitari è riservato esclusivamente al giudice nazionale e non alle pubbliche amministrazioni – dettando in materia una riserva di giurisdizione – e che deve svolgersi secondo procedimenti nazionali.

Il confronto tra le diverse esperienze riportate consente di svolgere qualche breve riflessione.

Non vi è dubbio che, in punto di effettività di tutela e di certezza del diritto, la soluzione preferibile appaia quella già da tempo sperimentata nell'ordinamento tedesco e austriaco: dotarsi, già a livello normativo, di una dettagliata normativa generale in materia di procedimento esecutivo che diversifichi le misure coercitive da adottare in ragione della natura dell'obbligo da adempiere.

Non del tutto soddisfattiva è, invece, la soluzione offerta dall'ordinamento francese ancorché questo sistema, pur difettando di una norma in materia di esecuzione coatta amministrativa, presenti, rispetto al nostro, l'indubbio vantaggio di una proficua opera interpretativa da parte della giurisprudenza amministrativa che, invece, manca nell'esperienza italiana.

Molto interessanti sono poi gli spunti che provengono dai sistemi di *common law* che potrebbero indurre a valutare, come possibile alternativa all'assenza nel nostro ordinamento di una norma generale e detta-

gliata in materia, di consentire a ciascuna p.a. di dotarsi di regolamenti interni preordinati a disciplinare le singole attività coattive.

6. *Considerazioni conclusive*

Alla luce di quanto esposto, non sembra, quindi, che molte delle problematiche connesse al tema dell'esecutorietà delle pretese amministrative abbiano trovato una definitiva composizione.

Senza dubbio, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 21 *ter*, può dirsi definitivamente acquisita – salvo qualche residua resistenza in dottrina – la concezione dell'esecutorietà come attributo eccezionale e non più consustanziale all'esercizio del potere pubblico.

Ne deriva, per ciò stesso, la sottoposizione anche di tale potere al principio di legalità, che ne comporta il necessario ancoraggio a una previsione normativa espressa, con conseguente esclusione della configurabilità d'ipotesi residue di esecutorietà implicita.

Permangono, tuttavia, numerose incertezze e contrasti su altri aspetti analizzati, di non secondaria importanza, rispetto ai quali la nuova norma generale in materia, a causa della sua laconicità e incompletezza, non solo non ha contribuito a far chiarezza in ordine ai dubbi già esistenti ma, al contrario, ne ha fatti sorgere di nuovi e più complessi.

Primo fra tutti, la questione circa la sufficienza della norma richiamata a disciplinare l'esercizio del potere di esecuzione coatta amministrativa, che sembrerebbe doversi escludere proprio in ragione della sua estrema genericità, con conseguente necessità di continuare a far riferimento alle singole normative di settore.

In secondo luogo, l'individuazione dell'ambito di operatività dell'esecuzione coatta amministrativa oltre i limiti delle pretese di natura provvedimentale e dei conseguenti rapporti di alternatività con il rimedio giurisdizionale del processo di esecuzione – oltre che con i poteri di autotutela amministrativa – che parrebbe essere stato circoscritto alle sole pretese nascenti da provvedimenti costitutivi di obblighi, sebbene la tendenza analizzata della dottrina maggioritaria militi nel senso di un'interpretazione estensiva e non meramente letterale della norma.

Non da ultimo, le questioni relative all'estensibilità di tutte le garanzie partecipative previste dalla l. 241/90 al procedimento esecutivo che, non essendo disciplinato nel suo svolgimento – se non per quanto attiene all'obbligo di notifica del previo atto di diffida – pone problemi d'individuazione delle regole a esso applicabili, con tutte le evidenti ricadute che ne derivano in punto di sindacabilità giurisdizionale degli atti adottati nel corso della procedura di esecuzione coattiva.

A fronte di queste numerose incertezze, nessuna efficace opera interpretativa della nuova norma generale sull'esecutorietà amministrativa sembra potersi ricavare dalle scarse pronunce giurisprudenziali esistenti in materia. Al contrario, l'atteggiamento che si riscontra nella giurisprudenza è di una maggiore propensione a considerare le singole fattispecie normative di settore regolanti specifiche ipotesi di esecutorietà, piuttosto che a dare diretta e concreta attuazione all'art. 21 *ter*, a riprova della atipicità stessa del fenomeno e della difficoltà di fondare una categoria unitaria di esecutorietà.

Ne è derivato, come molti commentatori hanno avuto modo di evidenziare⁵⁸, un sostanziale depotenziamento della disposizione normativa in commento, da alcuni giustificato sotto il profilo dell'inutilità della stessa, perché meramente ripetitiva di principi già *aliunde* fissati; da altri per la sua sostanziale genericità e incompletezza che rende comunque necessario e imprescindibile il richiamo alle singole norme speciali di settore.

Sarebbe pertanto auspicabile, onde evitare una interpretazione riduttiva dell'art. 21 *ter* della l. n. 241/1990, una sua maggiore valorizzazione e utilizzazione, nella regolazione dei casi concreti, ad opera della giurisprudenza amministrativa che contribuisca per tale via a definirne più compiutamente la portata e l'ambito di operatività.

Sarebbe altresì opportuno che le singole amministrazioni si dotassero, a monte, di regolamenti preordinati a disciplinare le singole attività coattive, con ciò sopperendo alle carenze normative esistenti, nell'ottica di garantire una maggiore certezza del diritto per i cittadini.

⁵⁸ C. MIGNONE, *op. cit.*, 858; N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, 5; F. SAITTA, *Un abbozzo di codificazione per l'esecuzione amministrativa*, cit., 6; G. GRÜNER, *op. cit.*, 291.

Verrebbero in tal modo colmate, in via interpretativa, quelle lacune di cui, allo stato attuale, la disposizione è portatrice, contribuendo a gettar luce su un fenomeno – quello dell'esecutorietà – che appare spesso trascurato, nonostante la sua rilevanza nella concreta attuazione dell'interesse pubblico e la sua incidenza nella sfera privata del destinatario dell'azione amministrativa.

LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA ITALIANA: PROFILI COMPARATI¹

Barbara Marchetti

SOMMARIO: *1. Le forme di protezione giurisdizionale dei cittadini nei confronti della p.a.: il giudice e la procedura. 2. Il paradigma comune della tutela soggettiva e l'eccezione del Regno Unito. 3. I tratti del sistema di giustizia nazionale vincolati dal diritto europeo (CEDU e Ue). 4. La giustizia amministrativa italiana tra processo amministrativo e assenza di rimedi alternativi. Le A.D.R. negli altri ordinamenti: il caso della Germania e del Regno Unito. 5. Qualche riflessione finale.*

1. Le forme di protezione giurisdizionale dei cittadini nei confronti della p.a.: il giudice e la procedura

In un momento in cui la questione dell'utilità del giudice amministrativo – come giudice speciale per le controversie con la pubblica amministrazione – è divenuta non solo oggetto di dibattito scientifico, ma argomento di discussione politica ed economica, si vuole svolgere in questa sede qualche riflessione sul sistema italiano di giustizia amministrativa in un'ottica comparatistica, e in particolare alla luce di un raffronto con i sistemi inglese, francese e tedesco.

In questa logica, si cercherà di rispondere agli interrogativi più frequenti che riguardano l'utilità della giurisdizione amministrativa, i suoi rapporti con l'amministrazione pubblica, la sua capacità di rispondere alla domanda di tutela del cittadino. Il giudice amministrativo compie un buon servizio o è di ostacolo all'economia? È troppo vicino all'amministrazione o è troppo ingerente rispetto alla sua azione? I suoi stru-

¹ Lo scritto costituisce la trascrizione della relazione tenuta a Milano il 20 giugno 2014, nell'ambito del convegno intitolato *Giustizia amministrativa. Ostacolo o servizio?*, organizzato dalla Società lombarda degli avvocati amministrativisti (SOLOM) e dalla Unione nazionale avvocati amministrativisti (UNA).

menti sono adeguati? La tutela fornita al cittadino è effettiva? Sarebbe utile rinunciare alla giurisdizione amministrativa per passare ad un sistema a giurisdizione unica? E poi, la giustizia amministrativa si esaurisce nel processo amministrativo?

Vorrei provare a fornire qualche elemento di riflessione utile a chi si ponga queste domande, muovendo dall'osservazione dei sistemi stranieri considerati e dal modo in cui questi ultimi sono organizzati. E vorrei farlo indicando tre direttrici attraverso cui operare questa comparazione, che rappresentano altrettante questioni di fondo della giustizia amministrativa. In particolare, vorrei innanzitutto interrogarmi sulla specialità: ai fini della specialità della tutela conta la specialità del giudice o la specialità della procedura? In secondo luogo, possiamo ritenere che il diritto dell'Unione europea abbia delle preferenze per un tipo di giurisdizione o per una specifica procedura? Infine, è sufficiente comparare i diversi processi amministrativi per capire il funzionamento e la capacità di un sistema di rispondere alle domande di tutela del cittadino?

Consentitemi un breve *excursus* storico, per richiamare anzitutto l'impronta originaria dei sistemi cui facciamo riferimento, perché questo ci consente di cogliere mutamenti e trasformazioni in atto².

² S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo I, Milano, 2003; D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea*, Edizione provvisoria, Trento, 2000; G. FALCON, *Per una migliore giustizia amministrativa: spunti comparatistici con particolare riferimento alla repubblica federale tedesca*, in Atti del Convegno su *La giustizia amministrativa nelle Regioni e Province a Statuto speciale*, in *Informator*, 1996, 139; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in *Dig. Disc. pubbl.*, V, Torino, *ad vocem*; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992; G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007; D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009; M. TAGGART (a cura di), *Judicial Review of Administrative Action in the 1980s. Problems and Prospects*, Oakland, 1986; T. KOOPMANS, *Comparative Law and the Courts*, in *Int. Law Quart.*, 1996, 545; S.R. ACKERMAN, P. LINDSETH, *Comparative Administrative Law*, Northampton, 2010, in particolare, Part. 5, *Administrative Litigation and Administrative Law*, 389 e ss.; M. FROMONT, *La convergence des systèmes de justice en Europe*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 126; ID., *La place de la justice administrative française en Europe*, in *Droit adm.*, 2008, 7, 8.

Il contesto europeo si caratterizza per una contrapposizione (inizialmente accentuata, ora molto attenuata) tra modelli di tutela oggettiva e soggettiva e modelli che vedono la presenza di un giudice speciale (Germania e Francia) e altri che invece lo rifiutano (Regno Unito).

Il sistema francese, cui il nostro sistema originariamente si è ispirato, ha fin dall'inizio assegnato la protezione dei cittadini ad un giudice speciale, dinanzi al quale si svolgeva un processo di impronta (almeno in origine) oggettiva. Proprio sul *recours pour excès de pouvoir* francese è stato modellato il ricorso di annullamento per vizi di legittimità dinanzi al nostro Consiglio di Stato, al momento della creazione della IV sezione e dopo un'iniziale preferenza per un sistema monista, ispirato all'esperienza belga.

L'azione di annullamento ha inizialmente lo scopo fondamentale di rimuovere dall'ordinamento gli atti illegali dell'amministrazione e solo secondariamente, quale effetto della sentenza di annullamento, la tutela dell'interesse del cittadino. Di qui discendono i tratti fondamentali del processo impugnatorio di stampo francese: la centralità dell'atto, l'indisponibilità dell'effetto annullatorio, la legittimazione ampia e via dicendo.

Al modello francese e italiano si affianca quello tedesco. Dopo un'iniziale incertezza, dalla Costituzione del 1949 (art. 19 IV co.), esso sposa una concezione soggettivistica ("Ogni persona i cui diritti siano lesi dai poteri pubblici ha il diritto di ottenere una tutela effettiva da parte dei giudici e dei Tribunali"), in cui è accentuata l'indipendenza del giudice³, la sua separazione netta dall'amministrazione, il principio dispositivo, la pluralità delle azioni (compresa la c.d. azione di adempimento) e la parità delle parti. Tuttavia, il processo amministrativo tedesco presenta numerosi tratti di specialità, funzionali ad assicurare nel processo la tutela dell'interesse generale. Ad esempio, il giudice amministrativo non è rigidamente vincolato alla formulazione della domanda della parte (par. 88 della legge sul processo amministrativo – *Verwaltungsgerichtordnung* – del 1960); la fase istruttoria è retta dal principio inquisitorio, che attribuisce al giudice poteri istruttori d'uffi-

³ Stabilisce l'art. 1 della *VwGO* che "la giurisdizione amministrativa è esercitata da tribunali amministrativi indipendenti, separati dalle autorità amministrative".

cio, nella misura in cui ciò appaia fondamentale ad accertare i fatti oggettivi della causa. La protezione del cittadino è inoltre affidata a giudici speciali, i tribunali amministrativi, e non alla giurisdizione ordinaria.

Abbiamo qui dunque un giudice amministrativo, un'impronta tendenzialmente soggettivistica del processo, e tratti di specialità legati alla presenza dell'interesse pubblico.

Diversa è l'esperienza inglese: qui la giustizia amministrativa – fin dai primi decenni del XX secolo – risulta affidata a corpi amministrativi giustiziali specializzati nei settori delle diverse politiche pubbliche (che compiono una revisione di merito e di legittimità degli atti), e – di seguito – al giudice ordinario (a una sezione specializzata della High Court), che opera secondo una procedura di sindacato giurisdizionale speciale, chiamata *application for judicial review*.

In tale sistema, dunque, il controllo giurisdizionale sugli atti della p.a. è effettuato dalle Corti che decidono le dispute tra privati, seppure in una composizione specializzata, ma le regole che governano tale controllo (*rule 54 delle Civil procedure rules*) presentano tratti che ricordano da vicino la disciplina del giudizio di legittimità dinanzi al giudice amministrativo francese: un termine breve di decadenza (discrezionalmente valutabile), una legittimazione ampia, il tipico potere di annullamento in capo al giudice, e – peculiarità del sistema inglese – una fase preliminare in cui il giudice concede il *permission* per la trattazione nel merito della causa.

Proprio questa fase riserva al giudice d'oltre Manica un ampio potere discrezionale di "amministrazione" del ricorso, consentendogli di dichiarare ammissibile o inammissibile una domanda in virtù delle possibili conseguenze del giudizio sul *public interest*. Ad esempio la trattazione nel merito del ricorso viene negata se può essere *detrimental* per l'amministrazione.

Nel Regno Unito abbiamo così un giudice non speciale, ma specializzato che dosa attentamente interesse pubblico ed esigenze di tutela effettiva, secondo un approccio flessibile tipico della tradizione di *common law*.

Questo sintetico quadro, che qui è solo abbozzato (poiché ogni sistema meriterebbe una trattazione ben più approfondita) ci consegna dunque varie combinazioni possibili tra giurisdizione competente e ti-

pologia di protezione accordata al privato: giudice speciale, procedura speciale e tutela oggettiva (Francia), giudice speciale, regole speciali e tutela soggettiva (Germania), giudice ordinario specializzato, procedura speciale e tutela “oggettiva”, in un senso tuttavia diverso da quello in cui lo si può intendere se riferito al modello francese (Regno Unito). Se volessimo considerare anche l’ordinamento statunitense, avremmo un ulteriore dato interessante: in tale sistema il controllo sull’azione amministrativa è riservato al giudice ordinario (non c’è nemmeno un giudice specializzato) ma secondo regole procedurali ancora una volta peculiari per il controllo dell’azione amministrativa, caratterizzate di nuovo da un termine breve di decadenza, da una legittimazione ampia, dalla *deference* nei confronti della discrezionalità dell’amministrazione, da poteri di annullamento con *remand*.

Da ciò discende un primo dato: il tipo di protezione garantito al privato di fronte al potere pubblico dipende, più che dalla giurisdizione, speciale od ordinaria, competente a decidere le controversie, dalle norme procedurali e dal modo in cui queste costruiscono e conciliano le istanze di tutela del ricorrente e l’interesse generale.

Inoltre, in tutti i sistemi, quale che sia la scelta in ordine alla giurisdizione, la via generale lungo cui passa la giustizia amministrativa è il giudizio di impugnazione degli atti amministrativi e la (eventuale) connessa azione di danni, i cui tratti rispecchiano la peculiarità del rapporto controverso.

Così i termini brevi di impugnazione dosano esigenze di legalità e certezza del diritto; una legittimazione ampia si spiega in ragione della struttura del rapporto amministrativo e delle esigenze di sindacabilità delle decisioni pubbliche; il regime istruttorio, peculiare a sua volta, si collega all’oggetto del giudizio; le misure cautelari sono calibrate sul potere pubblico; i poteri decisorii del giudice, di revisione e non sostitutivi, sono anch’essi il riflesso dei rapporti tra potere esecutivo e potere giudiziario.

2. *Il paradigma comune della tutela soggettiva e l'eccezione del Regno Unito*

Se questo sopra riportato era il dato di partenza, ovvero la struttura originaria dei sistemi, occorre riconoscere che ad oggi alcune delle contrapposizioni iniziali appaiono superate. Il sistema francese e quello italiano, in particolare, hanno conosciuto un graduale processo di soggettivizzazione della tutela giurisdizionale amministrativa che ha portato a ritenere superato il modello oggettivo del *recours pour excès de pouvoir*.

Ciò è avvenuto per effetto di diversi fattori, endogeni ed esogeni: da un lato si è assistito a un cambio di paradigma (secondo l'efficace espressione di Garcia de Enterría), che ha portato a ridiscutere in generale, in tutti gli ordinamenti europei, il rapporto tra amministrazione e cittadino e le relative ricadute sul sistema di tutela; dall'altro è stata fondamentale l'influenza esercitata dalla CEDU e dal diritto dell'Unione europea.

Nel nostro sistema sono noti a tutti i termini di questa evoluzione e trasformazione, culminata nell'adozione del codice del processo amministrativo, ma in gran parte anticipata dalla giurisprudenza e positivizzata dalla legge 205/2000, che ha spostato l'attenzione dall'atto al rapporto sostanziale.

In Francia, la struttura del *recours pour excès de pouvoir* è stata piegata e modificata per consentire una protezione effettiva (in via cautelare e in fase di esecuzione) degli interessi del ricorrente ed è stata ampliata la giurisdizione oggettiva di piena giurisdizione del giudice amministrativo, così da consentire a questo ultimo di sommare ai poteri di annullamento classici, poteri di condanna notevolmente estesi e capaci di rendere effettiva la protezione della posizione del ricorrente.

Tali modifiche hanno determinato la scomparsa del modello puro di tutela oggettiva (Chapus) per lasciare il posto a un modello di protezione giurisdizionale del cittadino che affianca agli originari tratti di giurisdizione oggettiva una crescente attenzione al principio di effettività della tutela. In questa logica, non stupisce che, in entrambi i sistemi, il giudice amministrativo possa ora, pur avendo accertato l'illegittimità

dell'atto, non dispone l'annullamento, qualora ciò corrisponda ad esigenze di tutela del ricorrente.

Questo processo di soggettivizzazione non pare, per ora, aver attraversato la procedura inglese di *application for judicial review*, che con la riforma del governo Cameron dello scorso anno vede anzi rafforzati i suoi tratti di specialità (rispetto alle regole procedurali applicabili alle liti tra privati): un'abbreviazione dei termini di impugnazione (in alcuni settori, quali i contratti pubblici, portato a trenta giorni), una contrazione della oralità della procedura e l'aumento del contributo (*fee*) ne sono una chiara testimonianza.

Insomma, nonostante l'avversione di Dicey per la specialità, è proprio in Inghilterra che la procedura per il controllo giurisdizionale sugli atti dell'amministrazione pare allontanarsi più marcatamente dal modello del processo civile, secondo un *trend* opposto a quello che interessa il giudizio amministrativo in Francia, Italia e anche in Spagna.

3. I tratti del sistema di giustizia nazionale vincolati dal diritto europeo (CEDU e Ue)

L'attrazione crescente verso il principio di effettività della tutela (indotta dalla CEDU e dall'Ue) ha prodotto una sostanziale convergenza dei sistemi e trasformato in modo rilevante istituti e regole processuali nazionali.

La prospettiva in cui la CEDU conforma il processo amministrativo è tuttavia diversa da quella abbracciata dal diritto dell'Unione europea.

La prima rileva sotto il profilo del giusto processo, custodito dall'art. 6 della CEDU, al fine di assicurare determinati standard minimi di protezione: le implicazioni più significative riguardano, come noto, la ragionevole durata del processo, il contraddittorio effettivo tra le parti e l'indipendenza e l'imparzialità del giudice, declinata anche in termini di "apparenza di indipendenza" (Corte EDU, *Findlay v. the United Kingdom*, del 25 febbraio 1997).

Quest'ultimo aspetto, in particolare, ha più volte richiamato l'attenzione della Corte di Strasburgo sul Consiglio di Stato, istituzione che accomuna diverse esperienze europee. Da un lato la sentenza *Procola*

del 1995 ha sancito il difetto d'imparzialità (oggettiva) del Consiglio di Stato del Lussemburgo per aver sindacato la legittimità di un regolamento con una formazione collegiale in cui quattro giudici su cinque avevano precedentemente partecipato alla redazione del parere sul medesimo atto (di qui sia il Consiglio di Stato Lussemburghese che quello francese hanno provveduto a riformare l'istituzione)⁴, mettendo così in luce la problematica convivenza tra funzione giurisdizionale e funzione consultiva in capo alla medesima Istituzione.

Dall'altro, costituisce un elemento critico sul fronte dell'imparzialità oggettiva e dell'apparenza di indipendenza – nonostante le modifiche apportate dalla legge anticorruzione n. 190 del 2012 – anche la pratica degli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi, nello specifico del Consiglio di Stato, soprattutto per i ruoli ricoperti nell'amministrazione di *staff* dei Ministeri (capi di gabinetto, capo legislativo, consigliere giuridico). La stessa Corte costituzionale italiana, peraltro, già nella sentenza n. 177 del 1973 aveva raccomandato parsimonia nell'assegnazione di tali incarichi⁵. E in termini analoghi si è espressa la Corte di Strasburgo nel caso *Sacilor Lormines v. France*, del 9 novembre 2006 (p.to 69). Del resto, la presenza di un numero consistente di magistrati del Consiglio di Stato negli uffici di *staff* dei Ministeri (per esempio 28 consiglieri nel 2008)⁶ non può non generare qualche dubbio circa l'imparzialità e l'indipendenza del controllore rispetto al controllato. Può valere la pena di notare che, per esempio, una netta separazione

⁴ Si tratta della l. di revisione costituzionale lussemburghese del 12 luglio 1996, entrata in vigore il 1° gennaio 1997, che ha tolto al Consiglio di Stato le funzioni giurisdizionali, lasciandogli le sole funzioni consultive; e dei decreti n. 2008-225 del 6 marzo 2008 e n. 2010-164 del 22 febbraio 2010 che hanno modificato il *Code de Justice Administrative* in modo da evitare la confusione dell'esercizio della funzione consultiva e giurisdizionale.

⁵ Letteralmente si raccomandava “un sostanziale contenimento degli incarichi speciali”, e un “rigoroso rispetto delle norme relative al collocamento fuori ruolo dei magistrati del Consiglio di Stato con esclusione di deroghe”. La sentenza è richiamata anche da F. FURLAN, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi: problemi e prospettive*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012.

⁶ I dati sono riportati da F. FURLAN, *op. cit.*, 8. Cfr. in argomento anche B. PONTI, *Dati sulla presenza dei magistrati amministrativi negli uffici ministeriali di collaborazione diretta*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 759.

dall'amministrazione è imposta in Germania, in cui è esclusa la confusione tra i due ruoli e sono tollerati, in misura limitatissima, solo taluni incarichi presso il Ministero di Giustizia (art. 4 *Deutsches Richtergesetz*, legge federale sulla magistratura).

Il diritto dell'Ue, invece, conforma i sistemi nazionali di giustizia amministrativa in un'altra logica.

Secondo questa logica, se le macchine giudiziarie nazionali sono il luogo in cui si ripara la violazione delle norme europee – prodottasi per effetto dell'azione amministrativa statale – diventa necessario vigilare a che, pur nel rispetto del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, tali macchine funzionino bene e consentano una tutela adeguata ed effettiva delle posizioni protette dal diritto europeo⁷.

Ciò è particolarmente evidente se si pensa alle gare pubbliche. È sufficiente affermare il principio di pubblicità delle gare e il principio di non discriminazione delle imprese se poi l'impresa discriminata o che non ha potuto partecipare efficacemente alla gara non ha modo di farne valere la violazione attraverso un procedimento adeguato ed efficace?

Insomma, l'effettività delle norme europee su cui si basa l'integrazione comunitaria richiede che i sistemi rimediali degli Stati membri siano in grado di rispondere efficacemente alle istanze di tutela che si generano dalla violazione delle regole europee.

⁷ In argomento, cfr. D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009; G. TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 133; W. VAN GERVEN, *Bridging the Gap between Community and National Law: Towards a principle of Homogeneity in the Field of Legal remedies?*, in *CMLR.*, 1995, 3, 684; D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, 303; R. CARANTA, *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo I, Parte generale, Milano, 2007, 1031; J.S. DELICOSTOPOULOS, *Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems*, in *ELJ*, 2003, 5, 599; G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 5; M. ELIANTONIO, *The Future of National Procedural Law in Europe: Harmonization vs. Judge-made Standards in the Field of Administrative Justice*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 13.3, September 2009.

A questo scopo, l'Ue, dopo un primo periodo di indifferenza alle regole procedurali nazionali, ha sviluppato gradatamente principi e regole che sono penetrati nelle discipline procedurali nazionali, conformandole. In particolare, com'è noto, la Corte di giustizia ha formulato, attraverso il rinvio pregiudiziale, due principi che sono posti a salvaguardia dell'effettività delle norme europee: *a*) il primo, secondo cui le norme procedurali e processuali interne non possono riservare un trattamento procedurale discriminatorio rispetto alle stesse posizioni protette dal diritto interno (principio di equivalenza); *b*) il secondo per cui, comunque, le medesime regole non possono rendere impossibile o eccessivamente difficile la tutela dei diritti comunitari (principio di effettività).

Su tale base, sono state “comunitariamente” scolpite la tutela cautelare, la questione della impugnabilità o meno dei bandi di gara, quella del termine di ricorso per l'azione di impugnazione e così via⁸.

Per lo più tale ingerenza nel terreno procedurale degli Stati è avvenuta attraverso pronunce rese in via pregiudiziale, e dunque secondo un approccio casistico, ma in qualche ipotesi, laddove si è ritenuta necessaria una maggiore armonizzazione – nel caso noto degli appalti pubblici – si è operato addirittura con lo strumento della direttiva, capace di dettare una disciplina processuale comune di carattere generale.

Per effetto delle direttive ricorsi del 1989 (n. 665) e del 2007 (n. 66) – come noto – la tutela nei confronti degli atti dell'amministrazione aggiudicataria viene così fissata in termini comuni in tutti gli Stati dell'Ue.

Quali che siano i caratteri della tutela processuale nazionale, quale che sia il giudice o l'organismo competente a sindacare gli atti di gara (in Germania, per esempio, è la *Vergabekammern*, un'autorità amministrativa indipendente, e non un giudice), ciò che rileva – dal punto di

⁸ Lo strumento precipuo di affermazione di questi contenuti e principi di tutela è stato il rinvio pregiudiziale, con cui la Corte, su rinvio del giudice nazionale (di qualunque grado) risolve una questione di interpretazione dei Trattati o del diritto derivato o una questione di validità del diritto derivato. Non mi soffermo qui sulle regole procedurali che disciplinano tale meccanismo, se non per ricordare che esso costituisce un obbligo (e non una mera facoltà) per il giudice di ultima istanza ed ha una portata vincolante per il giudice del rinvio (e per ogni altro giudice che abbia ad interrogarsi sulla medesima questione comunitaria).

vista comunitario – è che: *a*) l'atto di aggiudicazione sia contestabile e sindacabile dinanzi ad un organo a ciò preposto; *b*) tale organo abbia un potere di annullamento dell'aggiudicazione e un potere cautelare efficace; *c*) sia sanzionato con la caducazione il contratto preceduto da un'aggiudicazione adottata in presenza di vizi particolarmente gravi; *d*) sia previsto il risarcimento del danno subito dal concorrente non aggiudicatario.

A questo insieme di strumenti e rimedi noi (e i francesi) mettiamo l'etichetta del diritto amministrativo e della giurisdizione amministrativa. Ma il diritto dell'Ue è indifferente a queste etichette: esso non impone di chiamare provvedimento amministrativo l'aggiudicazione (anche se ne ricostruisce il regime in modo analogo), né esprime preferenze per il giudice (speciale od ordinario) che deve essere competente a decidere il contenzioso delle gare pubbliche. Ciò che importa è la sostanza dei poteri e le tecniche di controllo utilizzate, cui corrisponde – nel nostro e in altri Paesi europei, come la Francia – la struttura tipica del processo dinanzi alla giurisdizione amministrativa.

Cedu e diritto Ue non impongono la scelta di una giurisdizione piuttosto che di un'altra: essi hanno a cuore piuttosto l'indipendenza del decisore, l'efficacia e l'adeguatezza dei suoi poteri, l'effettività della protezione che egli è in grado di garantire.

Gli stessi tratti dell'attuale sistema di tutela giurisdizionale nel settore degli appalti pubblici, per esempio, sono “imposti” dal diritto europeo (ad es. la tutela cautelare) e non sono il frutto di una libera scelta nazionale: rinunciandovi, s'incorrerebbe in una palese violazione delle regole dell'UE.

Potremmo anche “rinunciare” al giudice amministrativo, decidere di dare questi stessi poteri al giudice civile o a un organismo non giurisdizionale, o unificare la giurisdizione, ma ciò non muterebbe la natura del controllo esercitato sulle amministrazioni aggiudicatrici, né gli strumenti che dovrebbero comunque essere garantiti al ricorrente, tutela cautelare compresa.

4. La giustizia amministrativa italiana tra processo amministrativo e assenza di rimedi alternativi. Le A.D.R. negli altri ordinamenti: il caso della Germania e del Regno Unito

Un tratto che ancora vorrei mettere in luce in questo esercizio di comparazione riguarda il rapporto tra processo amministrativo e giustizia amministrativa. Sovente quando si parla di giustizia amministrativa ci si riferisce – in modo prevalente – alla giurisdizione amministrativa e al processo amministrativo.

Questa sovrapposizione è comprensibile, perché nel nostro sistema la protezione del cittadino nei confronti dell'amministrazione è esclusivamente (o quasi) affidata al giudice.

Ciò spiega anche il carico di lavoro dei TAR e del Consiglio di Stato: secondo il rapporto ISTAT 2013 sulla giustizia (tavola 10), ogni anno sono depositati dinanzi ai TAR 55.000 ricorsi e dinanzi al Consiglio di Stato altri 11.000 circa. Alla fine del 2011 erano pendenti dinanzi ai TAR 435.000 ricorsi, cui vanno sommati i 28.000 dinanzi al Consiglio di Stato.

Se si esclude la rivitalizzazione del ricorso straordinario al Consiglio di Stato (che però ne ha anche prodotto la sostanziale giurisdizionalizzazione) non vi è alcun impiego di vie rimediali alternative, né sul fronte degli strumenti di mediazione, né sul fronte dell'amministrazione giustiziale. I ricorsi amministrativi disciplinati dalla legge 1199 del 1971 sono praticamente estinti, e non sono all'orizzonte proposte di un possibile loro ripensamento.

Dunque dopo la difesa procedimentale c'è solo la difesa processuale.

Uno sguardo al diritto comparato può anche in questo caso farci riflettere.

In Germania è in atto un ripensamento del ricorso amministrativo previo: tale ricorso amministrativo, prima previsto come generale e obbligatorio, è ora stato reso facoltativo in molti *Länder*; a seguito di alcune sperimentazioni condotte nei diversi *Länder*, è comunque ritenuto uno strumento efficace in termini di deflazione del contenzioso e un'occasione per l'amministrazione di rivedere il proprio operato sia in punto di legittimità che di merito. A tali ricorsi amministrativi, si è ora affian-

cato il tentativo di introdurre, in maniera significativa, il ricorso alla mediazione anche per le controversie di diritto pubblico (legge federale sulla mediazione del 12 luglio 2012)⁹.

Il Regno Unito ha proposto da tempo un sistema di *proportionate dispute resolution* (PDR), allo scopo di alleggerire il lavoro delle Corti¹⁰. Il percorso non è agevole, per la peculiarità delle controversie di diritto pubblico, ma il sistema di giustizia amministrativa appare in tal modo articolato in diversi gradi e *steps*, tra loro tendenzialmente alternativi. L'*ombudsman*, il ricorso agli *Administrative Tribunals* (in *appeal*), l'accesso alle Corti. Dinanzi agli *Administrative Tribunals* sono previsti istituti quali la *mediation* e la *early neutral evaluation*, una sorta di consulenza data alle parti da parte di un soggetto terzo sulla consistenza delle loro pretese e le possibilità di successo nel caso di ricorso alle Corti. L'idea di fondo è che la macchina giudiziaria non debba essere sempre e comunque attivata, quale che sia l'importanza e il tenore della controversia, e che si possano trovare soluzioni alternative informali, flessibili ed efficaci.

Anche l'Ue, sul modello dei Paesi anglosassoni, ha sviluppato un sistema di ricorsi amministrativi dinanzi a Commissioni con una composizione tecnico-giuridica (soprattutto nel settore di azione delle Agenzie decentrate) che assicura un controllo di merito e di legittimità sulle decisioni dell'amministrazione satellitare dell'Unione europea, che sta alleggerendo significativamente il carico di lavoro del giudice comunitario, ormai oberato dai molti ricorsi nascenti da un'amministrazione sempre più diversificata e capillare¹¹.

L'introduzione di rimedi alternativi alla giurisdizione ha del resto diverse finalità: offrire strumenti più informali e meno costosi di giusti-

⁹ In argomento cfr. C. FRAENKEL HAEBERLE, *Il ripensamento del ricorso amministrativo previo in Germania*, in G. FALCON, B. MARCHETTI, *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, in corso di pubblicazione.

¹⁰ Sull'amministrazione giustiziale inglese cfr. G. LIGUGNANA, *L'altra giustizia amministrativa*, Torino, 2010; M. MACCHIA, *La riforma degli administrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 1; P. CANE, *Administrative Tribunals and Adjudication*, Oxford-Portland, 2009; ID., *Judicial Review in the Age of Tribunals*, in *Public Law*, 2009, 479.

¹¹ L. DE LUCIA, *I ricorsi amministrativi nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, 323 e ss.

zia, alleggerire il lavoro delle Corti, offrire all'amministrazione un'opportunità di revisione che sia anche in grado di rispondere meglio all'interesse pubblico: naturalmente ciò presuppone un ripensamento complessivo dell'amministrazione giustiziale, al fine di assicurare imparzialità e separazione tra gli organi che svolgono funzioni di amministrazione attiva e organi con compiti di amministrazione giustiziale.

5. Qualche riflessione finale

Tirando le fila di questa indagine di diritto comparato, necessariamente sintetica e a grane grosse, si può giungere alle seguenti riflessioni conclusive.

Primo: nei sistemi considerati, il tipo di tutela di cui gode il cittadino nei confronti del potere amministrativo ha tratti ricorrenti, che non dipendono dalla specialità del giudice chiamato a decidere le controversie, ma piuttosto dall'equilibrio rinvenuto (pur con differenti sfumature e alcune variabili) tra istanze di protezione del privato e tutela dell'interesse pubblico. Dai rapporti tra giurisdizione e amministrazione dipendono le regole procedurali, il tipo di sindacato operato sulle scelte discrezionali della p.a., i poteri del giudice, e numerosi tratti e istituti del processo.

La specialità della tutela va dunque ben al di là della specialità del giudice, e anche laddove il giudice è quello delle liti tra privati, sono le regole procedurali differenziate a determinare il tipo di protezione accordato al privato cittadino.

Secondo: il diritto dell'Ue è interessato a determinate tecniche di tutela, a poteri decisorii con contenuti specifici, a misure cautelari disegnate in maniera tale da contrastare efficacemente una decisione pubblica. Esso è indifferente alle etichette cui ciascun Paese riconduce il proprio sistema di tutela, ma ha a cuore la sostanza delle cose. Questa "sostanza" è quella che noi riconosciamo nei tratti del giudizio impugnatorio dinanzi alla giurisdizione amministrativa.

Terzo: la Convenzione europea dei Diritti dell'uomo e il diritto dell'Ue vanno anch'essi al di là delle categorie nazionali, ed esigono che il

sistema di protezione giurisdizionale del cittadino sia effettivo e assicurato da organi indipendenti e imparziali.

Il giudice amministrativo, del resto, non può certo in sé ritenersi responsabile del dissesto economico italiano, né di eventuali inefficienze dell'azione amministrativa. Un giudice con poteri analoghi e regole procedurali simili esiste anche in Germania (e l'economia di questo Paese pare non risentirne), così come in Francia e in numerosi altri Paesi europei.

Questo non significa, ovviamente, che il giudice amministrativo non si debba toccare o che il sistema non possa essere migliorato. Correttivi devono anzi essere introdotti, anche abbandonando la tradizione, se questa è la condizione per farlo. E rimedi alternativi al processo andrebbero ricercati, anche a costo di sperimentare soluzioni e vie inedite.

DOVE VA IL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI? OSSERVAZIONI SULLE SENTENZE 10 E 155 DEL 2015

Carlo Padula

SOMMARIO: *1. La centralità del bilanciamento degli interessi. 2. I confini del bilanciamento: la distinzione tra principi e regole. 3. Il bilanciamento e i rapporti finanziari tra Stato e Regioni speciali. 3.1. Osservazioni introduttive sul bilanciamento degli interessi nei rapporti tra Stato e Regioni. 3.2. È applicabile il bilanciamento nei rapporti finanziari tra Stato e Regioni speciali? La sentenza 155/2015. 4. La sentenza 10/2015 (dichiarazione di illegittimità costituzionale pro futuro). 4.1. La vicenda della Robin tax. 4.2. Delimitazione del campo d'indagine: la sentenza 10/2015 non è una pronuncia che determina una situazione normativa "ancora più incostituzionale" e non è una sentenza "di spesa". 4.3. Il bilanciamento degli interessi nella sentenza 10/2015: infondatezza delle critiche rivolte al punto 7 della sentenza; la sentenza 10 non viola l'art. 30 l. 87/1953. 4.4. (segue) Fondatezza delle critiche rivolte al punto 8 della sentenza. 5. Conclusioni: la Corte costituzionale da "uomo del passato" a "uomo del futuro"? 5.1. (segue) Bilanciamento discrezionale o "a rime obbligate"? 5.2. (segue) Le alternative praticabili dalla Corte. 5.3. (segue) Per rispondere alla domanda iniziale.*

1. La centralità del bilanciamento degli interessi

Il bilanciamento degli interessi è stato definito da Gustavo Zagrebelsky il «pane quotidiano» della Corte costituzionale. Non a caso, la prima pronuncia della storia della Corte costituzionale annullò una norma del t.u.l.p.s. (che limitava la libertà di manifestazione del pensiero, richiedendo l'autorizzazione della questura per la distribuzione di stampati nella strada pubblica e per l'uso di altoparlanti per comunicazioni al pubblico) dichiarando che «il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile», ma che la norma *de qua* non era rivolta a tutelare la «tranquillità pubblica», attribuendo invece alla p.a. «po-

teri discrezionali illimitati»¹. All'epoca la Corte non usò la parola "bilanciamento", in quanto la limitazione dei diritti per effetto di altri interessi scorreva sui binari dell'interpretazione sistematica, ma la sostanza non cambia².

Perché il bilanciamento è il «pane quotidiano» della Corte costituzionale? I motivi sono diversi. In primo luogo, la nostra Costituzione presuppone il bilanciamento perché è essa stessa un bilanciamento, un compromesso, in quanto dà tutela agli interessi contrapposti delle diverse parti sociali e politiche, dello Stato e degli altri enti territoriali, degli individui e della collettività, avendo come scopo l'integrazione pluralista della società. Certe volte la Costituzione opera essa stessa il bilanciamento, attraverso regole (v. l'art. 117, co. 2, lett. m)³, o l'art. 13, co. 3)⁴; più spesso, però, la Costituzione prescrive al legislatore lo scopo di tutelare i diversi interessi con distinte disposizioni di principio⁵ e spetta poi al legislatore contemperarli. I principi costituzionali lasciano spazio alle scelte del legislatore: il legislatore fa prevalere certi interessi, in relazione agli orientamenti della maggioranza, e queste scelte sono soggette al controllo di ragionevolezza operato dalla Corte costituzionale, controllo che ha lo scopo di «garantire continuamente i contenuti dell'unità politica»⁶.

¹ V. la sent. 1/1956.

² Sul nesso tra interpretazione e bilanciamento degli interessi v. R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 63 ss.

³ Tale disposizione attribuisce allo Stato competenza legislativa esclusiva sulla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale", al fine di conciliare l'autonomia delle Regioni e l'uguaglianza tra i cittadini.

⁴ "In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto": questa regola serve a bilanciare la libertà personale e la sicurezza pubblica.

⁵ O con un'unica disposizione: v. l'art. 118, co. 1, Cost., che congloba gli interessi delle autonomie locali e quelli unitari.

⁶ V. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Torino, 2014, 10. In generale, sull'oggetto del bilanciamento v. A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo II, Milano, 2008, 187 ss.

Il legislatore, dunque, risolve i conflitti fra i diversi interessi (individuali e collettivi)⁷ che emergono dalla società e i bilanciamenti legislativi danno spesso origine a questioni di costituzionalità, che portano ad un giudizio della Corte costituzionale sulla legittimità del fine, sulla necessità (che comprende il criterio del *less restrictive means*) e idoneità della norma a conseguirlo, sulla proporzionalità dell'intervento limitativo rispetto al motivo giustificativo⁸. Preciso che non comprendo, tra i criteri di controllo sul bilanciamento, quello del rispetto del «contenuto minimo» del diritto perché, se una norma costituzionale su un diritto prescrive inderogabilmente di tutelarne il contenuto minimo, quella è una regola, non un principio, e quindi siamo al di fuori del bilanciamento (v. *infra*, § 2).

Come mai le scelte legislative sono spesso contestate? La prima ragione sta nella scelta dell'accesso in via incidentale, che coinvolge i privati nella rilevazione dei vizi (portando alla luce anche le micro-violazioni) e consente una verifica sulla legge spostata nel tempo rispetto alla legge stessa e collegata ad un caso concreto⁹: il passaggio del tempo può portare a rendere irragionevole un bilanciamento che all'inizio non lo era (per mutamenti sociali, normativi o tecnici) ed il collegamento con il caso concreto può far emergere squilibri che, in astratto, non emergevano, perché la legge soffre del suo stesso carattere di atto generale e astratto, che non può prevedere tutte le possibili vicende¹⁰.

⁷ Alexy parla di “collisione di diritti in senso stretto” quando la collisione è tra diritti individuali, omogenei o no, e di “collisione di diritti fondamentali in senso ampio” quando la collisione è “tra diritti fondamentali e beni collettivi”: v. R. ALEXY, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE, A. SPADARO, *op. cit.*, 29 e 32.

⁸ V., fra i tanti, A. MORRONE, *op. cit.*, 104 ss.; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf, § 1.2.

⁹ Vantaggi e svantaggi dell'accesso incidentale sono stati di recente esposti in modo molto chiaro da M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in AA.VV., *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2014, 47 ss.

¹⁰ V. R. BIN, *op. cit.*, 77; gli esempi classici, a questo proposito, sono quelli dell'aspettativa dal lavoro per allattamento (sent. 179/1993) e della differenza di età ai fini dell'adozione (sent. 303/1996).

Un'altra ragione sta nel fatto che col tempo è stato riconosciuto rilievo costituzionale ad interessi non espressamente menzionati in Costituzione oppure si sono individuati profili nuovi in interessi "nominati": la moltiplicazione degli interessi costituzionali ha aumentato le occasioni di interferenza e, dunque, la necessità dei bilanciamenti. Non sto alludendo ai c.d. "nuovi diritti", ormai diventati "classici"¹¹, ma a casi recenti nei quali la Corte costituzionale ha individuato interessi costituzionali "atipici" (nel senso di non nominati in Costituzione): ad es., il diritto delle coppie omosessuali alla regolazione giuridica della propria convivenza, ricavato dall'art. 2 Cost.¹²; gli interessi coinvolti dalla rettificazione di sesso di un coniuge¹³; il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini, ricavato dall'art. 2 Cost. come componente del diritto all'identità¹⁴; la generale libertà di autodeterminazione¹⁵, sulla scia di quanto espressamente riconosciuto nella Costituzione tedesca¹⁶ e in quella statunitense¹⁷; gli interessi coinvolti nel caso "Stamina"¹⁸; il

¹¹ V., tra gli altri, il diritto all'onore, alla *privacy*, all'abitazione.

¹² V. la sent. 138/2010.

¹³ V. la sent. 170/2014: "La fattispecie peculiare che viene qui in considerazione coinvolge, infatti, da un lato, l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi) e, dall'altro lato, l'interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere".

¹⁴ V. la sent. 278/2013.

¹⁵ Riconosciuta dalla Corte costituzionale, ad es., nella sentenza 162/2014, che ha annullato il divieto di fecondazione eterologa.

¹⁶ Art. 2. "1. Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale".

¹⁷ V. la *Due process of law* di cui agli emendamenti V (per la Federazione: nessuno "sarà privato della vita, della libertà o delle proprietà senza un regolare procedimento legale") e XIV, per gli Stati.

¹⁸ La sentenza 274/2014 ha fatto salvo il d.l. 24/2013 (che aveva promosso la sperimentazione dell'impiego di medicinali a base di cellule staminali, consentendo il completamento dei trattamenti già avviati presso le strutture pubbliche anteriormente alla data di entrata in vigore del d.l. n. 24 del 2013, per iniziativa di vari giudici che, in

principio dell'affidamento, considerato un aspetto del principio di ragionevolezza e connaturato allo Stato di diritto, che conduce a limitare la possibilità per le leggi di incidere sui diritti quesiti.

Infine, i bilanciamenti legislativi sono spesso contestati perché, in alcuni casi, sono difficili: questo accade, ad esempio, quando c'è una «disputa fondamentale» sull'intensità della limitazione o sul peso del motivo giustificativo¹⁹ (come nel caso dell'aborto o in quelli attinenti al “fine vita”).

Nei giudizi di costituzionalità delle leggi, però, il bilanciamento degli interessi si sta diffondendo anche al di là di queste situazioni. La Corte costituzionale, cioè, utilizza l'istituto del bilanciamento non per la necessità di giudicare bilanciamenti effettuati dal legislatore, ma a prescindere da ciò. Prima di illustrare questi casi di bilanciamento “non tradizionale”, però, è opportuna una premessa sulla teoria del bilanciamento che si accoglie come presupposto del ragionamento.

2. I confini del bilanciamento: la distinzione tra principi e regole

Il presupposto della teoria del bilanciamento nel diritto costituzionale è la distinzione fra principi e regole²⁰. Il bilanciamento ha a che fare con i principi costituzionali, non con le regole. I principi (scritti o non scritti) «prescrivono che qualcosa venga realizzato in misura possibilmente elevata in relazione con le possibilità di fatto e di diritto»; dunque, i principi sono «precetti di ottimizzazione», ossia precetti che non

via cautelare, avevano ordinato a strutture pubbliche di effettuarli), bilanciando i principi di tutela della salute e le “esigenze di corretta utilizzazione e destinazione dei fondi e delle risorse a disposizione del Servizio sanitario nazionale” con i “principi di continuità terapeutica ed esigenze di non interferenza con provvedimenti dell'autorità giudiziaria”.

¹⁹ V. R. ALEXY, *op. cit.*, 42 ss.

²⁰ V. A. MORRONE, *op. cit.*, 16 ss. e 88 ss. (peraltro l'A. solleva dubbi sulla teoria dei principi come presupposto del bilanciamento: v. pp. 113 ss.). Sulla distinzione fra principi e regole v., di recente, C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Dir. Pubblico*, 2015, 1, 35 ss.; poi v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 147 ss.; R. BIN, *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/ConvegnoCUIA.pdf>, 2013, § 3.

necessariamente richiedono un rispetto assoluto, bensì il maggior grado di osservanza compatibile con le contingenze fattuali e giuridiche²¹. I principi sono norme che, al momento della loro attuazione, richiedono una *scelta*, perché quelle norme prescrivono di soddisfare interessi che il legislatore può tutelare in misura maggiore o minore, a seconda del *peso* che intende attribuire a quell'interesse di fronte ad altri interessi interferenti. Così, ad es., il legislatore soddisfa il principio di tutela della salute (art. 32 Cost.) tenendo conto di quello dell'equilibrio finanziario (art. 81 Cost.), dando al primo un peso maggiore o minore a seconda del proprio orientamento; il legislatore soddisfa il principio di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.) in misura maggiore o minore, tenendo conto, ad es., del principio di cui all'art. 24 Cost. (diritto di difesa). Il bilanciamento degli interessi, dunque, è un fenomeno simile alla discrezionalità *amministrativa*, la quale consiste appunto nella valutazione comparativa e nella scelta fra i diversi interessi affidati alle cure dell'amministrazione.

Naturalmente, le leggi non possono prevedere tutti i casi concreti in cui i principi costituzionali possono venire in conflitto, per cui potrà capitare anche agli operatori giuridici (p.a. e giudici) di dover bilanciare principi costituzionali²². In diversi casi, è la stessa legge che “delega” alla p.a. o al giudice il bilanciamento di interessi costituzionali²³; oppure può essere la Corte costituzionale a dichiarare «l'illegittimità di disposizioni in cui il legislatore ha fissato un assetto troppo rigido degli interessi, impedendo al giudice di comporre il loro conflitto in relazione al caso concreto»: sono i casi di «delega di bilanciamento», operazione che la Corte compie spesso quando si trova di fronte ad “automatismi” legislativi²⁴. Naturalmente, i bilanciamenti compiuti direttamente dal

²¹ V. R. ALEXY, *op. cit.*, 37.

²² V., ad es., il caso Englaro o si pensi ad un gruppo di genitori che chieda al preside di una scuola di esporre il crocifisso, in assenza di una norma sul punto: la p.a. (cioè, il preside) e eventualmente il giudice (in caso di contestazione) dovranno bilanciare i principi costituzionali rilevanti (libertà religiosa positiva, libertà religiosa negativa, diritto di educare i figli secondo le proprie inclinazioni, laicità dello Stato...).

²³ V., ad es., l'art. 21-*nonies* l. 241/1990, sull'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi, e gli artt. 274-275 c.p.p., sull'applicazione delle misure cautelari.

²⁴ V. R. BIN, *La Costituzione fra testo e applicazione*, in *Ars interpretandi*, 2009, § 7; R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 88 ss. e 120 ss.

giudice avranno natura diversa da quelli legislativi: il giudice si trova di fronte ad un fatto che incide su interessi contrapposti e dovrà prendere una decisione *neutrale*, non frutto di una scelta politica.

Le regole, invece, non consentono una *scelta*, non si bilanciano. Le regole o si rispettano o si violano: è famosa la definizione di Dworkin, secondo la quale “le regole sono applicabili nella forma del ‘tutto o niente’”²⁵. Le regole sono “precetti definitivi”, non si applicano tramite il bilanciamento ma tramite la sussunzione²⁶: cioè, se si è verificata la fattispecie prevista dalla regola, si devono verificare le conseguenze previste dalla regola.

Ciò non significa che le regole siano precise: alcune lo sono (ad es., v. il già citato art. 13, co. 3, Cost., o gli artt. 56 e 58 Cost., là dove fissano l’età minima per essere eletti deputati e senatori) ma in molti casi non lo sono e di conseguenza può non risultare chiaro se la fattispecie concreta corrisponde alla fattispecie astratta (v. l’art. 59, co. 2, Cost., sulla nomina dei senatori a vita, o le regole del Titolo V sul riparto di competenza tra Stato e Regioni). In questo caso, però, i problemi che si pongono sono di sussunzione, non di bilanciamento. Può anche capitare che una regola sia precisa o non lo sia a seconda dei casi: così è per l’art. 117, co. 1, Cost., che tramite un rinvio “mobile” obbliga il legislatore a rispettare una serie eterogenea di norme internazionali, cosicché la regola espressa dalla norma può essere più o meno precisa a seconda dell’obbligo internazionale che viene in rilievo nel caso concreto²⁷.

La differenza tra regole e principi, dunque, non attiene alla genericità della norma, e non attiene neppure alla sua applicabilità: i principi possono essere applicabili e le regole possono non esserlo, se sono condizionate. Ad es., l’art. 2 l. 165/2004, che sancisce il divieto del terzo mandato per i presidenti delle Regioni, ha natura di *regola* (perché non consente scelte a chi lo applica) ma non è applicabile perché rinvia alla

²⁵ V. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, 51.

²⁶ V. R. ALEXY, *op. cit.*, 38.

²⁷ Sull’art. 117, co. 1, Cost. v. A. BONOMI, *Il ‘limite’ degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008, 185 ss.; in particolare, sulla natura di regola dell’art. 117, co. 1, Cost. sia consentito il rinvio a C. PADULA, *La Corte costituzionale ed i “controlimiti” alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo: riflessioni sul bilanciamento dell’art. 117, co. 1, Cost.*, in www.federalismi.it, 10.12.2014.

legge regionale in materia; le regole costituzionali sulla composizione della Corte costituzionale sono rimaste inapplicabili fino all'adozione della l. 87/1953. La differenza tra principi e regole attiene all'esistenza o meno di una possibilità di attuazione *temperata*, di una possibilità di scelta al momento dell'applicazione.

Certe volte principi e regole stanno insieme: l'inviolabilità della libertà personale è un principio ma la riserva di legge assoluta è una regola. La tutela della salute è un principio ma l'intangibilità del contenuto minimo del diritto alla salute è una regola²⁸.

3. Il bilanciamento e i rapporti finanziari tra Stato e Regioni speciali

3.1. Osservazioni introduttive sul bilanciamento degli interessi nei rapporti tra Stato e Regioni

I rapporti tra Stato e Regioni sono dominati da regole, non da principi. Le norme dell'art. 117 Cost., che ripartiscono le competenze legislative tra lo Stato e le Regioni ordinarie, sono regole, seppur non precise. Esse non indicano un obiettivo da raggiungere²⁹, da "pesare", ma collegano ad una certa fattispecie (la materia) una certa conseguenza (la competenza statale, concorrente o regionale: commi 2, 3 e 4 dell'art. 117). Le norme sul riparto di competenza tra Stato e Regioni pongono un confine fra le sfere delle competenze statali e regionali e sanciscono un obbligo di rispetto a carico sia dello Stato che delle Regioni: ad es., nel caso dell'art. 117, co. 3, nei confronti della potestà legislativa regionale di dettaglio e dei principi fondamentali statali.

Si tratta di regole non precise perché incerti sono i confini tra le materie ed il concetto di "principi fondamentali", ma quello che conta è che Stato e Regioni non devono compiere scelte, nel concretizzare il riparto di competenze, ma solo cercare di far corrispondere le fattispecie concrete a quelle astratte dell'art. 117. L'applicazione di questa disposizione può essere assimilata ad un'attività caratterizzata da discre-

²⁸ V., ad es., la sent. 185/1998 (caso "Di Bella").

²⁹ Anche se alcune materie hanno in sé una componente finalistica: v., ad es., la "tutela della concorrenza" e la "tutela dell'ambiente".

zionalità tecnica, non da discrezionalità amministrativa, e si svolge secondo il metodo della sussunzione, non secondo quello del bilanciamento.

Dunque, nella giurisprudenza costituzionale relativa ai rapporti fra Stato e Regioni il bilanciamento degli interessi – e i collegati criteri di ragionevolezza e proporzionalità – vengono in gioco raramente: essi possono rilevare qualora la legge non venga contestata per violazione di norme sul *riparto di competenze* ma per violazione di *principi*, quali il principio di sussidiarietà³⁰ e di leale collaborazione³¹. L'utilizzo del criterio di ragionevolezza nell'applicazione del principio di sussidiarietà (che – come notato nel § 1 – è in realtà un principio “bifronte”, che tutela contemporaneamente gli interessi locali e quelli unitari) si collega alla giurisprudenza costituzionale (precedente al 2001) relativa al limite degli interessi nazionali³².

³⁰ Ad es., la sentenza 215/2010 ha dichiarato illegittimo l'art. 4 del d.l. n. 78 del 2009 (concernente la realizzazione di interventi relativi alla produzione, al trasporto ed alla distribuzione dell'energia) in quanto “i canoni di pertinenza e proporzionalità richiesti dalla giurisprudenza costituzionale al fine di riconoscere la legittimità di previsioni legislative che attraggano in capo allo Stato funzioni di competenza delle Regioni non sono stati [...] rispettati”. La sentenza 303/2003 ha stabilito che “la disciplina statale di dettaglio a carattere suppletivo determina una temporanea compressione della competenza legislativa regionale che deve ritenersi non irragionevole, finalizzata com'è ad assicurare l'immediato svolgersi di funzioni amministrative che lo Stato ha attratto per soddisfare esigenze unitarie e che non possono essere esposte al rischio della ineffettività” (punto 16).

³¹ In materia di leale collaborazione la Corte valuta la ragionevolezza-proporzionalità dello strumento di raccordo (o della mancanza di esso) in relazione al grado di condizionamento subito dalla Regione, al tipo di interessi in gioco e di competenze coinvolte, all'intensità delle esigenze unitarie che devono essere soddisfatte: v., ad es., le sentt. 50/2008, 285/2005, 62/2005.

³² V. ad es. la sent. 271/1996: “risponde, del resto, ad una corretta ripartizione di attribuzioni tra i diversi organi costituzionali il fatto che l'apprezzamento dell'interesse nazionale sia compiuto dapprima in sede politica, da parte del Parlamento, e solo successivamente, in sede di controllo di legittimità costituzionale, ad opera di questa Corte, alla quale spetterà giudicare della congruità dell'apprezzamento compiuto dal legislatore nazionale, anche alla luce dei valori costituzionali coinvolti e del loro grado di coerenza, nonché della ragionevolezza della limitazione imposta alla competenza regionale”.

In realtà, in qualche decisione la Corte utilizza i criteri della ragionevolezza e proporzionalità anche nel sindacare norme legislative *ex art. 117 Cost.*: ad es., le norme statali nelle materie concorrenti vengono talora considerate legittime se rispettano «il canone generale della ragionevolezza e proporzionalità dell'intervento normativo rispetto all'obiettivo prefissato»³³. In questo caso, però, dire che una norma non è proporzionata rispetto, ad es., al fine del coordinamento della finanza pubblica equivale a dire che non è un principio fondamentale. I criteri di ragionevolezza e proporzionalità, dunque, appaiono una tecnica argomentativa per risolvere problemi di sussunzione, non problemi di bilanciamento di interessi. Lo stesso si può dire per i casi in cui la Corte utilizza il criterio di proporzionalità per definire il confine delle materie trasversali³⁴.

La realtà è che diverse norme dell'art. 117 Cost. rappresentano già un bilanciamento tra diversi interessi: così è per il già citato comma 2, lett. m)³⁵ ma così è per le regole del comma 3 e, in particolare, per la regola sul coordinamento della finanza pubblica, che rappresenta un evidente bilanciamento tra il principio di autonomia regionale e quello di equilibrio finanziario. Tali regole, dunque, o si rispettano o si violano: esse non vanno “pesate” ma vanno “misurate”, per trovare il confine tra le diverse competenze.

3.2. È applicabile il bilanciamento nei rapporti finanziari tra Stato e Regioni speciali? La sentenza 155/2015

I rapporti finanziari tra Stato e Regioni speciali sono regolati in modo diverso con riferimento alle singole Regioni speciali. Negli ultimi anni tali rapporti hanno dato luogo ad un cospicuo contenzioso costituzionale, determinato soprattutto da ricorsi regionali proposti contro norme legislative statali che, in vario modo, incidono sull'autonomia

³³ V., ad es., la sent. 156/2015 e la sent. 278/2010, punto 17.

³⁴ V. la sentenza 272/2004, punto 3, che dichiara illegittima una norma statale in materia di servizi pubblici locali rilevando che essa “pone in essere una illegittima compressione dell'autonomia regionale, poiché risulta ingiustificato e non proporzionato rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza l'intervento legislativo statale”.

³⁵ V. il §1, nota 3.

finanziaria regionale per migliorare la difficile situazione delle finanze pubbliche.

I principi in gioco in questa materia sono il principio di autonomia regionale, quello di equilibrio finanziario e – in posizione intermedia – quello di leale collaborazione. Tali principi sono stati bilanciati sia dal legislatore costituzionale che da quello ordinario, tramite due regole: la competenza concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica (che si applica anche alle Regioni speciali) ed il metodo consensuale per la definizione dei rapporti finanziari Stato-Regioni speciali³⁶ (ovviamente a tali regole si aggiungono le specifiche regole statutarie e di attuazione che definiscono l'autonomia finanziaria di ogni Regione speciale, a partire da quelle sulle partecipazioni).

Sulla prima regola mi sono già soffermato. Quanto alla regola del metodo consensuale, essa solleva qualche punto interrogativo con riferimento sia al suo esatto contenuto sia alla sua estensione³⁷ sia al suo “rango”, dato che, in diverse occasioni, la Corte ha attribuito ad essa fondamento costituzionale, considerandola vincolante per il legislatore³⁸, mentre, in altre pronunce, l'ha qualificata come regola *legislativa*, derogabile da leggi successive³⁹.

³⁶ Il primo fondamento di tale metodo è dato dalle norme statutarie che prevedono la possibilità di modificare le norme (costituzionali) degli statuti speciali in materia finanziaria con legge ordinaria, previo accordo fra lo Stato e la Regione speciale: v. l'art. 63 St. FVG, l'art. 54 St. Sardegna, l'art. 50 St. VdA, l'art. 104 St. TAA.

³⁷ La regola è stata originariamente prevista con riferimento alla determinazione del patto di stabilità (v. l'art. 48 l. 449/1997 e poi le leggi finanziarie successive) ed ha poi assunto carattere più generale in virtù dell'art. 27 l. 42/2009.

³⁸ V., ad es., le sentt. 155/2015 (che nel punto 6.3 parla di «metodo pattizio quale strumento indefettibile, anche sotto il profilo procedurale, nella disciplina delle relazioni finanziarie tra Stato e autonomie speciali», sottolineando che «l'art. 27 della legge n. 42 del 2009 – ancorché non goda di rango costituzionale – è disposizione assolutamente coerente con l'ordinamento finanziario di queste ultime» e che in definitiva esso dispone «una vera e propria “riserva di competenza alle norme di attuazione degli statuti” speciali per la modifica della disciplina finanziaria degli enti ad autonomia differenziata [...] così da configurarsi quale autentico presidio procedurale della specialità finanziaria di tali enti»; inoltre, nel punto 7 la Corte rileva che «il procedimento legislativo unilaterale adottato dallo Stato non è rispettoso del principio di leale collaborazione come espresso dall'art. 27 [legge 42/2009], che prevede “una permanente interlocuzione [...] tra lo Stato e le autonomie speciali per quanto attiene ai profili perequativi e

Però, mentre il generale principio di leale collaborazione vincola il *contenuto* delle leggi (nel senso che il legislatore statale deve prevedere raccordi con le Regioni e gli enti locali nell'adozione di atti amministrativi interferenti con le competenze di quegli enti), ma non il procedimento legislativo⁴⁰, il metodo pattizio nei rapporti finanziari Stato-Regioni speciali vincola il *procedimento* legislativo e, dunque, ha carattere di regola (perlomeno in relazione al suo nucleo "minimo", cioè al necessario coinvolgimento della Regione speciale).

Come detto, negli ultimi anni esiste una corposa giurisprudenza costituzionale sui rapporti finanziari tra Stato e Regioni speciali. Una recente sentenza (la 155/2015) si differenzia da tutte le precedenti. Essa ha giudicato dei ricorsi proposti dalle Regioni Valle d'Aosta, Sicilia, Sardegna e Friuli-Venezia Giulia contro l'art. 13 (in materia di Imu) e l'art. 14, co. 13-bis (in materia di Tares), del d.l. 201/2011, e dei ricorsi proposti dalle Regioni Valle d'Aosta, Friuli-Venezia Giulia e Sardegna contro alcuni commi (relativi all'Imu) dell'art. 1 l. 228/2012. In sostanza, le norme impugnate riservavano allo Stato una quota dell'Imu⁴¹ e assicuravano allo Stato il recupero del maggior gettito Imu e del maggior gettito Tares. Le Regioni invocavano le norme sulle compartecipa-

finanziari del federalismo fiscale [...] secondo il principio di leale collaborazione" [...], dettando a tal fine un percorso di indefettibili relazioni bilaterali e multilaterali)), 125/2015 (v. il punto 5.1: «L'art. 15, comma 22, del d.l. n. 95 del 2012 incide invece in modo unilaterale, violando il principio di leale collaborazione, sull'autonomia finanziaria della ricorrente, la cui specialità sarebbe vanificata se fosse possibile variare l'assetto dei rapporti finanziari con lo Stato attraverso una semplice legge ordinaria)), 88/2014 (punto 10.3), 118/2012 (punto 2), 82/2007 (punto 6: «la previsione normativa del metodo dell'accordo tra le Regioni a statuto speciale e il Ministero dell'economia e delle finanze, per la determinazione delle spese correnti e in conto capitale, nonché dei relativi pagamenti, deve considerarsi un'espressione della descritta autonomia finanziaria e del temperamento di tale principio con quello del rispetto dei limiti alla spesa imposti dal cosiddetto "patto di stabilità"»).

³⁹ In questo senso v. le sentt. 46, 77 e 82 del 2015.

⁴⁰ V., ad es., le sentt. 247/2009 (punto 3.1), 196/2004 (punto 27) e 437/2001 (punto 3).

⁴¹ L'art. 13, co. 11, d.l. 201/2011 riservava allo Stato «la quota di imposta pari alla metà dell'importo calcolato applicando alla base imponibile di tutti gli immobili l'aliquota dello 0,76 per cento»; l'art. 1, co. 380, l. 228/2012 ha riservato allo Stato il gettito IMU derivante dagli immobili ad uso produttivo.

zioni, quelle che prevedono i casi di possibile riserva all'erario e alcuni principi (di leale collaborazione, di neutralità finanziaria); alcune Regioni invocavano anche la propria competenza in materia di finanza locale.

Con una motivazione di ampio respiro (che muove da una ricostruzione della disciplina dei rapporti finanziari Stato-Regioni speciali per poi affrontare le questioni della procedura utilizzata dallo Stato e del rispetto del metodo pattizio, dell'equilibrio del bilancio statale e della corrispondenza tra funzioni e risorse delle Regioni speciali), la Corte decide "collettivamente" tutte le questioni proposte e le dichiara inammissibili per mancanza di "rime obbligate".

I passaggi salienti della motivazione sono i seguenti: *a)* «le norme censurate [...] producono un risultato incidente sul nucleo del sistema della fiscalità locale in ragione della sommatoria dei loro effetti e dell'impatto finanziario che realizzano» (punto 6.1); *b)* la l. 42/2009 ha innovato «importanti fattispecie tributarie», facendo sì che «dette fattispecie non trovino più automatico riscontro con le vigenti prescrizioni degli statuti» (punto 6.4); *c)* l'art. 27 l. 42/2009 e l'art. 14 d.lgs. 23/2011 fissano alcuni «criteri guida»⁴² per «realizzare il necessario bilanciamento tra le ragioni di salvaguardia delle autonomie speciali, quelle di realizzazione del federalismo solidale e quelle di tutela degli equilibri di bilancio, intesi questi ultimi come riferiti sia alle singole autonomie che al sistema della finanza pubblica allargata»; in sostanza, alle norme appena citate deve far seguito una disciplina statale che introduca «una proporzionata modificazione dell'assetto delle relazioni finanziarie inerenti al riparto fiscale», «ai fini del bilanciamento dei rapporti finanziari sopravvenuti alla riforma»⁴³; *d)* tutte le questioni sollevate sono inammissibili perché «la mancata specificazione [da par-

⁴² V. il punto 6.3: «*a)* conferma del metodo pattizio quale strumento indefettibile, anche sotto il profilo procedurale, nella disciplina delle relazioni finanziarie tra Stato e autonomie speciali; *b)* principio di neutralità nella rideterminazione delle attribuzioni fiscali alle autonomie speciali da attuare secondo il canone della leale collaborazione; *c)* finalità di razionalizzazione e perequazione del meccanismo rideterminativo del riparto fiscale; *d)* criterio guida della "sostituzione" dei tributi per assicurare il nuovo riparto della fiscalità territoriale».

⁴³ Punti 6.3, 6.4 e 7.

te del legislatore] dei criteri attraverso cui determinare la titolarità dei nuovi tributi non consente di enucleare parametri utili per una pronuncia a rime obbligate»; lo «scrutinio di legittimità delle norme impugnate non potrebbe essere svolto in modo proficuo», perché «esso può essere indirizzato solo al procedimento legislativo adottato ma non alle modalità con cui avrebbero dovuto essere bilanciati i dialettici interessi della neutralità finanziaria, della sostituzione, della perequazione e del dimensionamento delle entrate fiscali di competenza delle autonomie speciali»; in altre parole, la Corte potrebbe censurare la deroga al metodo pattizio ma non riallocare le risorse; e) «uno scrutinio meramente formale svolto in riferimento ai parametri statutari vigenti condurrebbe a risultati non appropriati in relazione al bilanciamento tra i valori costituzionali potenzialmente antagonisti»; in caso di accoglimento (anche parziale) delle censure, si produrrebbe «uno squilibrio nell'ambito della finanza pubblica allargata in quanto lo Stato – sia pure violando lo schema legislativo presupposto [cioè lo schema pattizio di cui all'art. 27 l. 42/2009] – ha riallocato nel proprio bilancio le somme in contestazione per un arco temporale che, complessivamente inteso, supera ormai il triennio»; l'eventuale accoglimento «investirebbe risorse già impiegate dallo Stato per la copertura di spese afferenti ai decorsi esercizi»; f) «in definitiva, la ritenuta inammissibilità delle questioni deriva dall'impossibilità per questa Corte di esercitare una supplenza, dettando relazioni finanziarie alternative a quelle adottate dallo Stato in difformità dallo schema costituzionale precedentemente richiamato, considerato che il compito del bilanciamento tra i valori contrapposti della tutela delle autonomie speciali e dell'equilibrio di bilancio grava direttamente sul legislatore, mentre a questa Corte spetta valutarne a posteriori la correttezza» (punto 7.1).

La Corte, poi, formula un forte monito al legislatore statale, con riferimento sia al metodo unilaterale utilizzato⁴⁴ sia alla «situazione di potenziale squilibrio tra le entrate così unilateralmente rideterminate ed il fabbisogno di spesa storicamente consolidato delle autonomie specia-

⁴⁴ «Il procedimento legislativo unilaterale adottato dallo Stato non è rispettoso del principio di leale collaborazione come espresso dall'art. 27» l. 42/2009.

li»⁴⁵. La Corte illustra in modo articolato l'importanza del metodo pattizio, auspica che la dialettica non si limiti al «confronto bilaterale» fra lo Stato e la singola regione speciale e sottolinea come «lo stesso principio dell'equilibrio di bilancio comporti che le parti – anzitutto lo Stato – debbano concordare relazioni finanziarie nelle quali sia tenuto conto anche degli eventuali *vulnera* causati alle finanze regionali da un riparto delle risorse stesse non ponderato nelle forme costituzionalmente corrette»⁴⁶.

Dunque, la sentenza 155/2015 è una decisione importante, nella quale la Corte si è accollata il compito di cercare di risolvere, una volta per tutte, le difficili questioni che sorgono nei rapporti finanziari tra Stato e Regioni speciali, senza, però, provocare “terremoti” nelle finanze statali. Per raggiungere l'obiettivo, la Corte ha dovuto deludere le rivendicazioni regionali (con una pronuncia di inammissibilità, dalla quale emerge un'incostituzionalità “accertata ma non dichiarata”) ma ha poi cercato un “bilanciamento” interno nella propria decisione, dedicando ampio spazio al monito rivolto al legislatore statale e all'illustrazione delle esigenze delle Regioni speciali.

La Corte si è trovata di fronte ad un *puzzle* di difficile soluzione, stretta tra le rivendicazioni regionali e le conseguenze che un eventuale accoglimento avrebbe prodotto sull'equilibrio finanziario statale. Essa, per riuscire a comporre il *puzzle*, ha dovuto utilizzare tecniche decisorie “ardite”, a partire dalla dichiarazione “collettiva” di inammissibilità di

⁴⁵ «Il principio di proporzionalità tra risorse delle autonomie speciali e funzioni da esse esercitate deve essere tenuto al riparo da mutamenti legislativi – come quelli in esame – strutturati in modo tale da turbare l'equilibrio di bilancio delle singole autonomie speciali» (punto 7.1).

⁴⁶ La Corte, dunque, ipotizza che gli accordi consentano «di rimodulare in modo più appropriato le relazioni finanziarie anche con riguardo ai decorsi esercizi» e conclude evidenziando «l'esigenza che le parti, e lo Stato in particolare, diano tempestiva soluzione al problema individuato nella presente pronuncia attraverso un comportamento leale in sede pattizia, concretamente diretto ad assicurare regole appropriate per il futuro»: infatti, «il protrarsi dell'anomala situazione precedentemente illustrata pone in essere un ingiustificato sacrificio “della sfera di competenza costituzionalmente attribuita alla Regione e [la] violazione, per l'effetto, del principio di leale collaborazione (sentenza n. 179 del 2012)” (sentenza n. 39 del 2013), al quale va posto immediato rimedio».

tutte le questioni per mancanza di “rime obbligate”, di fronte a ricorsi che non chiedevano una pronuncia manipolativa ma l’annullamento secco delle norme che prevedevano le riserve e gli accantonamenti.

Quello che più interessa, però, in questa sede, è il modo in cui la Corte ha impiegato il bilanciamento degli interessi. La Corte dovrebbe giudicare della ragionevolezza di un bilanciamento legislativo o di un mancato bilanciamento legislativo, qualora venga contestata l’omissione. La sentenza 155/2015 aveva ad oggetto norme impugnate per la violazione di specifiche regole statutarie e di attuazione e ha invocato un *mancato bilanciamento legislativo* (in sostanza, la mancanza di nuove norme di attuazione) per evitare di decidere nel merito le questioni sollevate. La necessità del bilanciamento (e la sua infungibilità da parte della Corte) è stata utilizzata come ragione della pronuncia di inammissibilità. Inoltre, la Corte ha proceduto essa stessa a bilanciare le ragioni fatte valere dalle Regioni con l’art. 81 Cost., ritenendo che l’accoglimento avrebbe provocato uno squilibrio finanziario eccessivo.

Dunque, il bilanciamento è stato utilizzato in modo “non tradizionale” sotto due profili. Alla base di ciò risulta evidente il timore delle conseguenze finanziarie derivanti da un eventuale accoglimento. Si tratta di una preoccupazione comprensibile dal punto di vista degli equilibri istituzionali (v. il § 5) ma, da un punto di vista strettamente giuridico, restano alcune perplessità.

La prima è che le Regioni non avevano invocato i generali principi di autonomia e leale collaborazione ma precise regole statutarie e di attuazione, che – essendo regole (v. il § 2) – non sono bilanciabili.

La seconda è che, nel caso di specie, il bilanciamento viene effettuato in prima battuta dalla Corte e non dal legislatore. La Corte ha *scelto* di dare prevalenza agli interessi finanziari statali rispetto a quelli delle Regioni speciali? Oppure il bilanciamento da essa compiuto era “a rime obbligate”? La prima ipotesi farebbe sorgere interrogativi sul ruolo della Corte costituzionale (su ciò si tornerà nel § 5); la seconda manca di un supporto preciso nella motivazione della sentenza perché la Corte non offre dati sullo squilibrio derivante dall’accoglimento e sulla sua “insuperabilità”. La violazione dell’art. 81 avrebbe richiesto una maggiore illustrazione anche considerando che, in caso di accoglimento, le risorse sarebbero rimaste nella sfera pubblica e che la stessa Corte con-

sidera le norme impugnate tali «da turbare l'equilibrio di bilancio delle singole autonomie speciali» (punto 7.1), ragion per cui l'accoglimento avrebbe operato “contro” l'art. 81, co. 1, Cost.⁴⁷ ma “a favore” dell'art. 97, co. 1, Cost.⁴⁸.

La terza perplessità riguarda il fatto che l'impossibilità di decidere in base ai parametri invocati viene motivata con una riforma legislativa, che avrebbe, dunque, prodotto l'effetto di rendere “inutilizzabili” norme statutarie e di attuazione vigenti. La Corte precisa che «non è in dubbio la vigenza della parte finanziaria degli Statuti delle autonomie ricorrenti, in relazione alla quale sono formulate tutte le censure»⁴⁹, ma tale puntualizzazione non si spiegherebbe (nessuno aveva messo in dubbio la vigenza delle norme finanziarie degli statuti) se non con il fatto che, in realtà, la Corte nega implicitamente la “parametricità” delle norme finanziarie degli statuti invocate dalle ricorrenti⁵⁰.

La quarta perplessità sta nel fatto che l'argomento dello squilibrio finanziario derivante dall'accoglimento implica che, più risorse lo Stato avoca a sé e più lungo è il giudizio di costituzionalità, meno è probabile che le norme vengano annullate: il che equivale paradossalmente a dire che più lesive sono le norme statali e maggiore è il danno per la Regione, minore è la possibilità per essa di ottenere ragione. La sentenza 155/2015 ha dato rilievo anche al tempo trascorso dall'entrata in vigore delle norme alla decisione, ma è opinabile che la lunghezza del giudizio (che già danneggia le Regioni ricorrenti)⁵¹ si traduca addirittura in uno degli elementi che impediscono l'accoglimento.

⁴⁷ “Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico”.

⁴⁸ “Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”.

⁴⁹ V. il punto 7.

⁵⁰ Come visto, la Corte definisce «meramente formale» lo scrutinio «svolto in riferimento ai parametri statutarie vigenti».

⁵¹ Salvo il caso in cui sia stata la stessa ricorrente a chiedere un rinvio.

4. La sentenza 10/2015 (dichiarazione di illegittimità costituzionale pro futuro)

4.1. La vicenda della Robin tax

Un altro caso interessante, nella prospettiva del presente lavoro, è quello deciso dalla sentenza 10/2015.

Il d.l. 112/2008 aveva introdotto – a decorrere dal 2008 – la c.d. Robin tax, cioè un'addizionale del 5,5% all'imposta sul reddito delle società (Ires), a carico dei «soggetti che abbiano conseguito nel periodo di imposta precedente un volume di ricavi superiore a 25 milioni di euro e che operano» in determinati settori tra i quali la commercializzazione di benzine, petroli, gas e oli lubrificanti (art. 81, co. 16, d.l. 112/2008).

Una s.p.a. gestore di una rete di distributori di carburante presenta ricorso avverso il silenzio-rifiuto opposto dall'Agenzia delle entrate all'istanza di rimborso della somma pagata a titolo di «addizionale» all'Ires. La Commissione tributaria solleva questione di costituzionalità sul succitato art. 81, co. 16, e la Corte costituzionale accoglie la questione fondata sugli artt. 3 e 53 Cost., in quanto la norma – invece di colpire i «sovra-profitti congiunturali» – si traduce in una stabile maggiorazione d'imposta sull'intero reddito della società e, inoltre, non sono previsti meccanismi idonei ad evitare la «traslazione» degli oneri a danno dei consumatori: dunque, lo scopo della norma (solidaristico e redistributivo) sarebbe legittimo ma i mezzi apprestati per conseguirlo non sono congrui.

A questo punto, però, la Corte si chiede quali sarebbero gli effetti di un accoglimento *tout court*. In primo luogo, la Corte afferma il proprio dovere di «tenere in debita considerazione l'impatto che una tale pronuncia determina su altri principi costituzionali, al fine di valutare l'eventuale necessità di una graduazione degli effetti temporali della propria decisione sui rapporti pendenti», e argomenta con articolate considerazioni la possibilità di limitare la retroattività della dichiarazione di illegittimità costituzionale⁵².

⁵² Punto 7.

In secondo luogo, la Corte osserva che, nel caso di specie, la conseguenza dell'accoglimento *tout court* sarebbe la necessità, per lo Stato, di restituire ingenti somme e, dunque, di effettuare una «manovra finanziaria aggiuntiva»: pertanto, mentre la norma censurata mirava a redistribuire la ricchezza, colpendo soggetti oligopolisti che avevano beneficiato di una congiuntura favorevole, la retroattività della pronuncia di accoglimento avrebbe l'effetto opposto, cioè quello di imporre oneri a carico di tutti i soggetti (compresi quelli deboli), a beneficio delle società petrolifere.

La Corte ritiene, dunque, che la retroattività degli effetti della sentenza di accoglimento si porrebbe in contrasto con i principi dell'equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.), di solidarietà (art. 2 Cost.) e di eguaglianza (art. 3 Cost.). Inoltre, poiché il beneficio della restituzione potrebbe favorire anche le società che erano riuscite a “trasferire” il carico dell'imposta sui prezzi al consumo, nonostante il divieto legislativo, ci sarebbe «una ulteriore irragionevole disparità di trattamento, questa volta tra i diversi soggetti che operano nell'ambito dello stesso settore petrolifero, con conseguente pregiudizio anche degli artt. 3 e 53 Cost.».

Secondo la Corte, «la cessazione degli effetti delle norme dichiarate illegittime dal solo giorno della pubblicazione della presente decisione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica risulta, quindi, costituzionalmente necessaria allo scopo di contemperare tutti i principi e i diritti in gioco»⁵³.

La vicenda ha avuto poi un seguito particolare, in quanto la Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia si è discutibilmente rifiutata di applicare le norme dichiarate incostituzionali (solo per il futuro) dalla Corte, e ha dichiarato “illegittima” la motivazione della sentenza 10/2015 (v. la sent. 14 maggio 2015, n. 217)⁵⁴.

⁵³ Punto 8.

⁵⁴ La decisione è reperibile in www.giurcost.org (sezione “casi scelti”).

4.2. Delimitazione del campo d'indagine: la sentenza 10/2015 non è una pronuncia che determina una situazione normativa “ancora più incostituzionale” e non è una sentenza “di spesa”

Anche la sentenza 10/2015 (come la 155/2015) è molto importante, sia per quanto disposto sia per l'ampiezza dell'argomentazione utilizzata dalla Corte.

Essa tocca un tema (quello della limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di accoglimento) oggetto di ampia attenzione in dottrina⁵⁵ ed è stata a sua volta ampiamente commentata⁵⁶. Mi sembra, invece, che alla sentenza 10/2015 siano estranee altre due questioni, che potrebbero invece apparire da essa coinvolte: *a)* quella delle sentenze di accoglimento che determinano una situazione normativa *ancora più incostituzionale* e *b)* quella delle sentenze della Corte costituzionale che *costano*.

a) Nella sentenza 10/2015, in realtà, la Corte sottolinea anche la necessità di evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale «determini, paradossalmente, “effetti ancor più incompatibili con la Costituzione” [...] di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa», e richiama la sentenza 13/2004 (punto 7). In quest'ultimo caso, però, l'accoglimento “secco”, non “modulato” nel tempo, avrebbe effettivamente prodotto una situazione *normativa* lesiva di interessi costituzionali, perché sarebbe venuta meno la competenza statale a distribuire i docenti fra le scuole senza che le Regioni fossero in grado di svolgere

⁵⁵ V. le monografie di M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000; v. anche i quattro volumi pubblicati dalla stessa Corte costituzionale: AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989; AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993; Servizio studi, *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, a cura di P. PASSAGLIA, dicembre 2014; Servizio studi, *Decisioni della Corte costituzionale ed effetti di spesa*, a cura di N. SANDULLI, 1998.

⁵⁶ V. le 26 note pubblicate in www.giurcost.org.

la medesima funzione⁵⁷. Similmente, una situazione *normativa* ancora più incostituzionale si sarebbe determinata se la sentenza 1/2014 avesse annullato le disposizioni della legge elettorale 270/2005 senza lasciare in vita una disciplina applicabile, dato che la legge sulle elezioni politiche è costituzionalmente necessaria.

Nel caso di specie, invece, l'accoglimento "secco" non avrebbe prodotto affatto una situazione *normativa* incostituzionale, ma avrebbe semplicemente fatto venir meno sin dall'inizio l'addizionale all'Ires (cioè, la c.d. Robin tax). Il problema posto dalla sentenza 10/2015, dunque, riguardava solo gli effetti *materiali* dell'annullamento, cioè l'obbligo dell'Agenzia delle entrate di restituire l'imposta pagata al ricorrente nel giudizio *a quo* e agli altri soggetti che fossero ancora in grado di chiedere il rimborso. Non si tratta, perciò, di effetti *di per sé* incompatibili con la Costituzione ma di obblighi restitutori che possono avere un impatto più o meno forte sul bilancio statale a seconda di diverse variabili. Il caso di cui alla sentenza 10/2015, dunque, mi pare diverso da quello di cui alla sentenza 13/2004.

b) Anche il tema delle sentenze costituzionali che *costano* mi pare estraneo alla sentenza 10/2015. Quando si è affrontato quel tema e la questione della compatibilità di quelle decisioni della Corte costituzionale con il principio di copertura finanziaria delle leggi di spesa (art. 81, co. 3, Cost.), si è fatto riferimento a sentenze manipolative che *introducevano* il dovere di erogare prestazioni a carico della p.a. (le c.d. additive di prestazione). Per esse può aver senso porre la questione del rispetto dell'art. 81, co. 3, Cost., dato che le additive, introducendo una norma che implica una nuova spesa, sono assimilabili alla «legge che

⁵⁷ V. la sent. 13/2004, punto 4: «Il tipo di pronuncia che questa Corte è chiamata ad adottare è suggerito insomma dall'esigenza di tenere insieme il rispetto del riparto delle competenze costituzionali e la continuità del servizio scolastico. L'art. 22, comma 3, della legge n. 448 del 2001 deve pertanto continuare ad operare fino a quando le singole Regioni si saranno dotate di una disciplina e di un apparato istituzionale idoneo a svolgere la funzione di distribuire gli insegnanti tra le istituzioni scolastiche nel proprio ambito territoriale secondo i tempi e i modi necessari ad evitare soluzioni di continuità del servizio, disagi agli alunni e al personale e carenze nel funzionamento delle istituzioni scolastiche».

importi nuovi o maggiori oneri» di cui all'art. 81, co. 3, Cost.⁵⁸. Tutt'altro è il caso della sentenza 10/2015, che non è un'additiva ma dichiara illegittima una disposizione incostituzionale che prevedeva un'entrata supplementare per l'erario. La sentenza 10/2015 non è una sentenza “di spesa”, ma una sentenza che colpisce entrate statali incostituzionali e dalla quale derivano (o, meglio, sarebbero dovuti derivare) conseguenti obblighi restitutori. Il diritto alla restituzione di una somma indebitamente percepita dallo Stato è ben diverso dal diritto di avere una prestazione⁵⁹.

⁵⁸ Dire che ha senso porre la questione, ovviamente, non pregiudica in alcun modo la sua soluzione.

⁵⁹ Sul punto v., di recente, L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2013, 9 s.; M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/.../Seminario2013_Luciani.pdf, 32 ss. V. poi AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, cit., e ivi, in particolare, A. CORASANITI, *Introduzione ai lavori del seminario*, 4 ss. (“una limitazione delle sentenze caducatorie introduttive di entrate importerebbe una lesione dell'art. 53 in relazione all'art. 136 Cost. [...] non può pensarsi di elidere la garanzia costituzionale del diritto alla restituzione di una somma pagata indebitamente trattando tale diritto come un diritto a prestazione”); V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, 30 ss. (“le decisioni costituzionali di annullamento delle leggi tributarie [...] fanno semplicemente valere una violazione costituzionale [...] È ovvio dunque che la Corte, nel far ciò, non incontri limiti di sorta. Toccherà invece al Parlamento, nella misura in cui le risorse derivanti o attese dalla legge tributaria incostituzionale fossero già state destinate, nell'ambito dell'equilibrio finanziario complessivo, rivedere tale equilibrio e ricostituirlo, ricorrendo a mezzi costituzionalmente legittimi”); G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, 111 ss.; D. SORACE, *L'art. 81, quarto comma Cost., e tre tipi di sentenze della Corte costituzionale*, 178 ss.

4.3. Il bilanciamento degli interessi nella sentenza 10/2015: infondatezza delle critiche rivolte al punto 7 della sentenza; la sentenza 10 non viola l'art. 30 l. 87/1953

La sentenza 10/2015, come detto, è stata molto commentata, sia in senso positivo⁶⁰ sia in senso negativo. Essa è stata criticata, essenzialmente, per le seguenti ragioni⁶¹: a) per aver bilanciato alcuni principi costituzionali (gli artt. 2, 3, 53 e 81 Cost.) con una *regola* processuale (l'art. 30, co. 3, l. 87/1953), che non è bilanciabile⁶²; b) per aver esercitato un potere non attribuito da alcuna norma alla Corte⁶³; c) per aver vanificato la *ratio* della incidentalità/pregiudizialità della questione, escludendo la retroattività della decisione⁶⁴; d) per aver “svuotato” il diritto di difesa del ricorrente nel giudizio *a quo*⁶⁵.

⁶⁰ In senso positivo v., ad es., A. ANZON, *La Corte costituzionale “esce allo scoperto” e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in www.asociationedeicostituzionalisti.it, 01.05.2015; L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in www.giurcost.org, 23.04.2015; A. PIN, E. LONGO, *La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità “in concreto” o realistico?*, in www.giurcost.org, 24.04.2015.

⁶¹ Che riprendono critiche già rivolte in passato contro la limitazione degli effetti temporali delle pronunce di accoglimento: v. A. CELOTTO, *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, I, Milano, 1999, 103.

⁶² V. l'esauriente commento di R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in www.giurcost.org, 06.04.2015, 14 (ma v. già R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale*, cit., 98 s.); R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in www.giurcost.org, 27.04.2015, 2; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, in www.giurcost.org, 09.04.2015, 2; A. MORELLI, *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il «caso» come occasione della «tutela sistemica» della legalità costituzionale e la «forza politica» del Giudice delle leggi*, in www.giurcost.org, 27.04.2015, § 4.

⁶³ R. BIN, *Quando i precedenti*, cit., 2 s.; A. RUGGERI, *op. cit.*, 6.

⁶⁴ V. M. BIGNAMI, *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale*, in www.questionegiustizia.it, 18.02.2015, 1; R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice*, cit., 7; A. RUGGERI, *op.*

Cominciamo dalla prima critica, che mi pare la più “forte” perché afferma il contrasto tra la sentenza 10/2015 e una precisa regola sulle decisioni della Corte. Se la Corte avesse effettivamente bilanciato l’art. 30 l. 87/1953, le critiche sarebbero senz’altro condivisibili (v. il § 2)⁶⁶. In realtà, il bilanciamento della regola processuale sulla retroattività è un mero “effetto ottico”: come confermato dallo stesso giudice relatore della sentenza 10/2015⁶⁷, la limitazione della retroattività è un effetto *indiretto* del bilanciamento tra i principi posti a base dell’accoglimento e quelli che sarebbero stati pregiudicati da un accoglimento secco. La

cit., 2; P. VERONESI, *La Corte “sceglie i tempi”: sulla modulazione delle pronunce d’accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in *www.giurcost.org*, 03.04.2015, 2; M. D’AMICO, *La Corte e l’applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *www.giurcost.org*, 03.04.2015, 2 s.; A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *www.giurcost.org*, 03.04.2015, 2 (per il quale l’art. 1 l. cost. 1/1948 «non impone di riconoscere necessariamente alle sentenze di accoglimento un generalizzato effetto retroattivo» ma certamente «pretende che la norma dichiarata incostituzionale non trovi applicazione ai fatti oggetto del giudizio a quo»), R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d’incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *www.giurcost.org*, 20.04.2015, § 5.3, e A. MORELLI, *op. cit.*, 1.

⁶⁵ V. A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 5, e R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali*, *cit.*, § 5.3, ma già A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze*, *cit.*, 54, riteneva che l’accoglimento dovesse retroagire sui rapporti pendenti in virtù dell’art. 24 Cost. (v. anche S. BARTOLE, *L’efficacia temporale delle sentenze ed il bilanciamento dei valori costituzionali*, in *Quad. cost.*, 1989, 25 ss.).

⁶⁶ Non pare dubbio che la retroattività sia una regola e non un principio. La cessazione retroattiva degli effetti della disposizione dichiarata illegittima è una conseguenza che l’art. 30 l. 87/1953 (attuando l’art. 136 Cost. e l’art. 1 l. cost. 1/1948) collega alla pronuncia di accoglimento. Il combinato disposto di queste norme non si rivolge al legislatore ma agli operatori giuridici, imponendo di non applicare le norme annullate dalla Corte. La non applicazione retroattiva non è un fine che il legislatore deve attuare, è un dovere che incombe su tutti. Sul punto v. R. BIN, *Quando i precedenti*, *cit.*, 4.

⁶⁷ V. l’intervento di M. Cartabia nel seminario “Principio di proporzionalità e bilanciamento dei diritti”, svoltosi a Treviso il 10 aprile 2015.

regola sulla retroattività, dunque, non è uno dei termini del bilanciamento ma l'“area” in cui ricadono gli effetti del bilanciamento⁶⁸.

A me pare che non sia neppure corretto parlare di *disapplicazione* dell'art. 30 l. 87/1953. Questa disposizione stabilisce che “le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”, ma le norme sulla Robin tax *non sono state dichiarate incostituzionali* con riferimento al periodo antecedente la pubblicazione della sentenza⁶⁹; lo sarebbero state ma, in virtù del bilanciamento operato, la Corte ha limitato temporalmente il *contenuto* della dichiarazione di incostituzionalità. Dunque, in base all'art. 30 le norme sulla Robin tax vanno applicate, perché le “norme dichiarate incostituzionali” sono solo quelle prodotte dall'art. 81 d.l. 112/2008 *dopo* la pubblicazione della sentenza: in sostanza, la sentenza 10/2015 ha prodotto non l'*annullamento* della disposizione impugnata ma la sua *abrogazione*.

Come si può vedere, il bilanciamento operato dalla Corte non opera “all'esterno” del giudizio⁷⁰ ma sull'*oggetto* di esso, seppur in un momento successivo rispetto all'accertamento dell'illegittimità delle norme. La Corte, dopo aver constatato l'incostituzionalità delle norme, ha considerato l'impatto dell'accoglimento secco su alcuni interessi costituzionali e ha limitato *diacronicamente* l'oggetto dell'accoglimento⁷¹.

⁶⁸ La sentenza 10/2015 non parla mai di bilanciamento *della regola* sulla retroattività, ma nel punto 7 parla di “bilanciamento tra valori di rango costituzionale” e nel punto 8 di contemperamento tra “tutti i principi e i diritti in gioco”.

⁶⁹ V. soprattutto il punto 7, là dove la Corte precisa che “la modulazione dell'intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata”; v. R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali*, cit., § 4.2; P. VERONESI, *op. cit.*, 4, osserva che, per il passato, la sentenza 10 è una “pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata”.

⁷⁰ Così R. ROMBOLI, *L'“obbligo”*, cit., 14.

⁷¹ V. A. RUGGERI, *Vacatio sententiae, “retroattività parziale” e nuovi tipi di pronunzie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, 932; F. MODUGNO, *I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1989, 40 ss.; per G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1989, 65, “la sentenza costituzionale può avere un certo contenuto rispetto al tempo giuridico, che costituisce una delle dimensioni della stessa norma”.

Il punto è: poteva farlo? Affrontiamo, dunque, la seconda critica.

È chiaro che, anche in questo caso (come in quello della sentenza 155/2015), non siamo di fronte al bilanciamento “classico”. Qui l’atto che pregiudica eccessivamente alcuni interessi costituzionali non è la legge ma la stessa sentenza della Corte; la Corte, dunque, compie essa stessa il bilanciamento⁷², riducendo l’attuazione degli artt. 3 e 53 Cost., cioè delle norme poste a base dell’accoglimento, tramite la limitazione temporale del suo contenuto, in modo da salvaguardare i principi di cui agli artt. 2, 3, 53 e 81 Cost.

Si è già visto (§ 2) che il bilanciamento non è un’esclusiva del legislatore: giudici e p.a. risolvono direttamente i conflitti tra interessi costituzionali qualora la legge sia lacunosa o qualora la legge rinvi il bilanciamento al momento dell’applicazione o qualora sia la Corte costituzionale a sostituire un automatismo legislativo con una “delega di bilanciamento” a favore del giudice. Nel caso della sentenza 10/2015 si è verificata la prima ipotesi: l’art. 30 l. 87/1953 non regola la “modulazione” del contenuto della sentenza al fine di limitare il suo impatto⁷³. Dunque, di fronte ad un *fatto* (la propria sentenza) che incideva su interessi costituzionali contrapposti (tutelandone alcuni e pregiudicandone altri), la Corte è intervenuta operando il bilanciamento. La Corte ha esercitato un potere che rientra nel generale potere di applicazione delle norme costituzionali, spettante anche a giudici comuni e p.a. in caso di lacune legislative⁷⁴.

Inoltre, è da osservare che, facendo ciò, la sentenza 10/2015 ha utilizzato una tecnica già messa a fuoco da autorevole dottrina nel periodo in cui è stata studiata più a fondo la limitazione della retroattività dell’accoglimento⁷⁵.

⁷² Su questo punto v., in senso critico, R. BIN, *Quando i precedenti*, cit., 2.

⁷³ Si è di recente proposto una modifica in tal senso dell’art. 30 l. 87/1953: v. *infra* il § 5.3.

⁷⁴ Peraltro, se la Corte avesse adottato un accoglimento secco, le commissioni tributarie non potrebbero rifiutarsi di disapplicare le norme sulla Robin tax, operando esse il bilanciamento (così invece R. ROMBOLI, *L’“obbligo”*, cit., 21), perché è vero che anche i giudici comuni sono legittimati al bilanciamento ma, in caso di accoglimento secco, “scatta” l’art. 30, co. 3, l. 87/1953, che è una regola e dunque va rispettata.

⁷⁵ V. F. MODUGNO, *I criteri della distinzione diacronica*, cit., 40 s.; V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*

Perciò, mi pare che il vero tratto di originalità della sentenza 10/2015 stia nell'ampia motivazione e nella "teorizzazione" della tecnica sopra illustrata⁷⁶: sotto questo profilo, la sentenza 10/2015 si fa decisamente apprezzare per la "trasparenza" sul ruolo dell'art. 81 nel bilanciamento (trasparenza che era stata invocata da taluno in dottrina)⁷⁷ e per la volontà di individuare criteri regolatori della tecnica decisoria in questione.

Veniamo, infine, alle ultime due critiche. Secondo la terza, la Corte – escludendo la retroattività della decisione – avrebbe inciso sulla incidentalità/pregiudizialità della questione. In parte, la replica si trova già

anche con riferimento alle esperienze straniere, cit., 337 (in caso di "limiti alla retroattività derivanti dall'operare di altri valori costituzionali", "la Corte non tanto modula gli effetti delle proprie pronunce, ma accerta e dichiara che vi sono nell'ordinamento alcuni principi e valori costituzionali, dai quali discende necessariamente una limitazione degli effetti cosiddetti retroattivi"); C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze*, cit., 44: "il problema di limiti della retroattività è oggi [...] un problema di bilanciamento e dunque di ragionevolezza; un problema, insomma, di diritto costituzionale sostanziale riguardante il merito della decisione della Corte" (l'A. cita l'art. 81 Cost. fra i principi che possono limitare la retroattività dell'accoglimento); R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario*, cit. 186 s., in particolare nota 3; S.P. PANUNZIO, *Incostituzionalità sopravvenuta, incostituzionalità progressiva ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze*, cit., 274; G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, cit., 113 ss. e, riassuntivamente, A. CELOTTO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., 101 ss. Sulla limitazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento che producono nuove spese v. anche M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio*, cit., 34; B. CARAVITA, *La modifica dell'efficacia temporale delle sentenze della Corte costituzionale: limiti pratici e teorici*, in AA.VV., *Effetti temporali*, cit., 261 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze*, cit., 215 ss.

⁷⁶ V. R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali*, cit., § 4.1.

⁷⁷ Notandosi che, in certi casi, l'influenza dell'art. 81 Cost. restava "sotto traccia": v. R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, 194 ss. (che cita anche uno spunto di Mortati del 1970), e C. MEZZANOTTE, *op. cit.*, 46; S.P. PANUNZIO, *op. cit.*, 284, che invitava la Corte ad "uscire allo scoperto".

nella sentenza 10/2015 (là dove si sofferma sulla rilevanza: punto 7)⁷⁸. La necessaria pregiudizialità/incidentalità della questione discende dall'art. 1 l. cost. 1/1948 e dall'art. 23 l. 87/1953, cioè è un requisito che riguarda l'*ingresso* della questione. Le ricadute *effettive* della sentenza di accoglimento sul giudizio *a quo* sono un'altra cosa. Esse possono non esserci, o perché il giudizio *a quo* non c'è più (art. 18 N.i.) o perché le norme dichiarate incostituzionali *sin dall'inizio* devono comunque essere applicate (è il caso delle norme penali di favore) o perché la dichiaratoria di incostituzionalità opera solo per il futuro (è il caso della sentenza 10/2015). Anche volendo ricavare dall'art. 1 l. cost. 1/1948 e dall'art. 23 l. 87/1953 un principio che va al di là della fase di instaurazione del giudizio e si riflette sull'esito di esso, si potrebbe osservare che il "faro" in base al quale la Corte deve orientarsi è il principio di costituzionalità⁷⁹, ragion per cui, se ci sono principi costituzionali che impongono di limitare temporalmente il contenuto dell'accoglimento, il principio di costituzionalità può prevalere sulla *ratio* del giudizio incidentale. Uno degli Autori che hanno contestato la "violazione" della pregiudizialità ha evidenziato «come, in realtà, la sentenza in esame riassume in sé una doppia pronuncia [...]: *di rigetto* per tutti i rapporti pendenti, ivi compreso quello principale; *di accoglimento* per tutti i rapporti futuri»⁸⁰. Se dunque le norme *non* sono state dichiarate incostituzionali per il passato, perché stupirsi della loro non applicazione nel giudizio *a quo*? Né mi pare convincente l'idea di far retroagire l'accoglimento *almeno* per il giudizio *a quo*⁸¹: ciò, da un lato, porrebbe problemi di eguaglianza rispetto a giudici e parti di altri giudizi pendenti⁸², nei quali non era stata ancora sollevata la questione, dall'altro consenti-

⁷⁸ Qui la Corte riprende M.R. MORELLI, *Declaratoria di illegittimità "dal momento in cui"*. *Genesis e fondamento di una nuova tipologia di decisioni costituzionali di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1988, 522.

⁷⁹ V. R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali*, cit., § 4.2, secondo il quale anche le pronunce manipolative si giustificano con l'esigenza di realizzare una migliore attuazione della Costituzione.

⁸⁰ V. A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 3, sulla scia di A. RUGGERI, *Vacatio sententiae*, cit., 932 s.

⁸¹ V. M. BIGNAMI, *op. cit.*, 6; A. PUGIOTTO, *op. cit.*, § 6.

⁸² V. A. RUGGERI, *Sliding doors*, cit., 3.

rebbe agli altri giudici (se si ritiene che per il passato la sentenza sia di rigetto) di sollevare la questione chiedendo il medesimo trattamento⁸³.

Infine, si è ritenuto che la sentenza 10/2015 abbia menomato il diritto di azione/difesa del ricorrente nel giudizio *a quo*. A me pare che il ricorrente abbia esercitato in pieno il proprio diritto di azione/difesa contro la legge incostituzionale, contestandola e arrivando davanti alla Corte costituzionale. Se poi la Corte ha limitato cronologicamente il contenuto della declaratoria di incostituzionalità, ciò non attiene al diritto di difesa. La Corte non ha dichiarato le norme incostituzionali per il passato e, dunque, è ovvio che la parte non benefici della decisione della Corte.

4.4. (segue) *Fondatezza delle critiche rivolte al punto 8 della sentenza*

Il punto “critico” della sentenza 10/2015 attiene al bilanciamento compiuto *in quel caso* dalla Corte. Mentre il bilanciamento operato dal legislatore implica una scelta, quello operato dalla Corte dev’essere “a rime obbligate”⁸⁴, perché la Corte non può “scegliere” in che misura attuare gli interessi costituzionali. Come si è già visto, la stessa Corte è consapevole di ciò, nel momento in cui dichiara che la limitazione della retroattività «risulta [...] costituzionalmente necessaria allo scopo di contemperare tutti i principi e i diritti in gioco».

Ora, si può dire che la limitazione al futuro della dichiarazione di incostituzionalità della Robin tax fosse imposta dagli artt. 2, 3, 53 e 81 Cost.? La Corte compie le seguenti affermazioni: «l’applicazione retroattiva della presente declaratoria di illegittimità costituzionale determinerebbe anzitutto una grave violazione dell’equilibrio di bilancio ai sensi dell’art. 81 Cost.»; lo squilibrio sarebbe di entità tale «da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l’Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale»; tale manovra finirebbe «per richiedere, in un periodo di perdurante crisi economica e finanziaria che pesa sulle fasce più deboli, una irragionevole redistribuzione della ricchezza

⁸³ Sugli effetti delle dichiarazioni di incostituzionalità *pro futuro* nei confronti degli altri giudici v. A. RUGGERI, *Vacatio sententiae*, cit., 933.

⁸⁴ V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, cit., 337.

a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole»; il vantaggio economico degli operatori del settore petrolifero potrebbe essere «indebito» data l'«impossibilità di distinguere ed esonerare dalla restituzione coloro che hanno traslato gli oneri», con conseguente «ulteriore irragionevole disparità di trattamento, questa volta tra i diversi soggetti che operano nell'ambito dello stesso settore petrolifero».

Il problema è che tali affermazioni non vengono corredate di un supporto probatorio: non vengono forniti dati né sul *quantum* della restituzione né sulla violazione dei parametri europei. Senza dubbio i rapporti ancora “pendenti” (cioè, suscettibili di essere portati davanti ad un giudice) erano molti nel 2015, cioè tutti quelli per i quali non era spirato il termine quadriennale previsto per chiedere il “rimborso di versamenti diretti” (v. l'art. 38 DPR 602/1973). Però in dottrina si sono sollevati dubbi sul fatto che l'accoglimento secco determinasse inevitabilmente uno squilibrio di bilancio e ci si è chiesti perché la (eventuale) futura manovra dovesse per forza pesare sulle fasce deboli, con conseguente violazione degli artt. 2 e 3 Cost.⁸⁵.

Oltre a non essere documentato, l'argomento che fa leva sull'art. 81 va incontro alla possibile obiezione (simile a quella già esposta con riferimento alla sentenza 155/2015) secondo la quale invocare l'art. 81 per negare la restituzione delle imposte incostituzionali pagate significa che tanto più lo Stato riuscirà d'ora in poi ad “incamerare” tributi in

⁸⁵ V., ad es., E. DE MITA, *Sulla Robin tax una bocciatura assai discutibile*, in *Il Sole 24 Ore*, 08.03.2015; D. STEVANATO, «Robin Hood Tax»: un'incostituzionalità «a futura memoria», in *Dialoghi tributari*, 2015, 54 s.: “questa visione [...] sembra risentire della teorizzazione dell'imposta come obbligazione di riparto, secondo cui quello che non sarà pagato da alcuni contribuenti andrà automaticamente a ricadere su altri contribuenti e classi sociali”; M. BIGNAMI, *op. cit.*, 7 (“trovare le risorse economiche di cui vive una democrazia [...] è [...] il frutto di decisioni politiche su chi deve pagare, e chi no”); P. VERONESI, *op. cit.*, 2; C. MAINARDIS, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali e principio di proporzionalità*, in *www.giurcost.org*, 09.04.2015, 6; M. RUOTOLO, M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin tax*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2015, § 3. In generale, sul significato del principio dell'equilibrio di bilancio e sulla portata dei vincoli europei v. M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio*, cit., 17 s. e 30; R. BIN, *Quando i precedenti*, cit., 3 s.

modo incostituzionale tanto più sarà probabile che l'eventuale dichiarazione di illegittimità della legge valga solo per il futuro⁸⁶. Detto altrimenti, nel bilanciamento operato dalla sentenza 10/2015 manca il principio *ab iniuria jus non oritur*⁸⁷: limitare la restituzione delle imposte pagate in nome dell'art. 81 Cost. significherebbe derogare a quel principio, perché dall'"illecito" costituzionale dello Stato sorgerebbe il diritto di trattenere la somma.

Si potrebbe osservare che il peso di tale obiezione è attenuato dal fatto che l'art. 81 è solo uno degli argomenti utilizzati dalla Corte per limitare la retroattività, aggiungendosi ad esso il richiamo agli artt. 2, 3 e 52 Cost.

Peraltro, l'art. 81 e gli artt. 2, 3 e 53 Cost. (cioè, i principi messi "a rischio" dall'accoglimento secco) sono alternativi: l'adozione della «manovra finanziaria aggiuntiva» (con conseguente lesione, secondo la Corte, degli artt. 2, 3 e 53 Cost.) escluderebbe la violazione del primo principio invocato, cioè dell'art. 81, dato che la manovra escluderebbe lo squilibrio⁸⁸.

Occorre dunque chiedersi se i principi di cui agli artt. 2, 3 e 53 (senza l'"ausilio" dell'art. 81) siano idonei ad imporre la deroga alla retroattività. Quanto all'art. 2, pare doversi rispondere negativamente perché resta una mera ipotesi che la (eventuale) manovra aggiuntiva sarebbe andata a pesare sulle fasce deboli.

Quanto agli artt. 3 e 53, il punto centrale è l'avvenuta violazione del divieto di traslazione. Supponendo che solo *alcuni* operatori abbiano

⁸⁶ V. D. STEVANATO, *op. cit.*, 51.

⁸⁷ Una famosa applicazione di questo principio si è avuta nel diritto europeo: uno Stato non può rifiutarsi di risarcire la lesione di un diritto invocando la mancata attuazione della direttiva europea che prevede quel diritto (sent. CGE *Francovich* del 19.11.1991).

⁸⁸ Per D. STEVANATO, *op. cit.*, 54, "la violazione [dell'art. 81] si avrebbe infatti, al limite, soltanto se il Parlamento non adottasse alcuna manovra di aggiustamento, ad esempio rivedendo o tagliando spese già deliberate, rinviando, congelando o rinunciando a programmi di spesa futuri, istituendo nuove imposte o aumentando quelle esistenti, dismettendo beni demaniali, facendo fruttare adeguatamente il patrimonio pubblico". È solo "in caso di inerzia delle autorità politiche che si avrebbe al limite una violazione del principio dell'equilibrio del bilancio".

traslato l'imposta⁸⁹, gli argomenti della Corte non sono insuperabili. La Corte ritiene che la manovra implicherebbe “una irragionevole redistribuzione della ricchezza”: ma la restituzione a chi non ha “traslato” l'imposta non sarebbe affatto irragionevole, mentre la restituzione a chi ha “traslato” sarebbe irragionevole tanto quanto la *non* restituzione a chi non ha traslato⁹⁰.

In realtà, il bilanciamento operato dalla Corte (nel punto 8) va letto alla luce di quanto affermato in precedenza (nel punto 6.5.3) sul probabile carattere “diffuso” della traslazione. Questo è, verosimilmente, il profilo decisivo nella decisione della Corte. Il problema è che mancano le prove e, stando così le cose, è difficile considerare “imposta” la deroga alla retroattività⁹¹.

5. Conclusioni: la Corte costituzionale da “uomo del passato” a “uomo del futuro”?

Le due sentenze esaminate in questo lavoro hanno affrontato il problema delle conseguenze finanziarie derivanti dall'accoglimento e l'hanno risolto in due modi diversi, ma entrambe attribuendo al bilanciamento degli interessi un significato diverso da quello “tradizionale”.

⁸⁹ La Corte parla di “una situazione caratterizzata dalla impossibilità di distinguere ed esonerare dalla restituzione coloro che hanno traslato gli oneri”: punto 8.

⁹⁰ Per D. STEVANATO, *op. cit.*, 58, “non si comprende perché, onde evitare una ipotetica distorsione a vantaggio delle imprese che fossero riuscite a traslare l'imposta, si debba preferire una distorsione certa, a carico di tutte le altre imprese che hanno versato e sono rimaste definitivamente incise dall'imposta dichiarata incostituzionale”; inoltre, secondo l'A., “è frutto di una illusione ottica ritenere che il rimborso dell'imposta a imprese che siano putacaso riuscite a traslare l'onere dell'imposta determini una ‘irragionevole disparità di trattamento’ all'interno delle imprese operanti nel settore petrolifero: il rimborso manterrebbe infatti inalterati i loro rapporti relativi, così come accade percorrendo l'ipotesi alternativa della mancata restituzione dell'imposta”. V. anche C. MAINARDIS, *op. cit.*, 8.

⁹¹ M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione*, cit., 3, si chiede “come mai la Corte in un caso come questo non abbia sentito l'esigenza, per rendere ineccepibile quella necessità di una pronuncia a efficacia solo futura, di fare uso dei poteri istruttori formali, dei quali pure è dotata”.

In un momento di grave crisi finanziaria come quello attuale, la Corte ha ritenuto (nelle sentt. 10/2015 e 155/2015) che il lungo periodo passato tra l'adozione delle norme impugnate (norme che prevedevano un'entrata per lo Stato) e le decisioni e l'avvenuta utilizzazione delle risorse da parte dello Stato rendessero difficilmente sostenibile l'impatto dell'accoglimento "secco".

Ciò è andato a scapito delle Regioni speciali – nel caso della sentenza 155/2015 – e del giudice *a quo* e dei soggetti privati nel caso della sentenza 10/2015. Nel primo caso la Corte ha cercato di tutelare le esigenze delle Regioni con un forte "monito" al legislatore statale e con l'espressa previsione che gli accordi futuri fra Stato e Regioni consentano «di rimodulare in modo più appropriato le relazioni finanziarie anche con riguardo ai decorsi esercizi», e anche nella seconda decisione si ritrova l'ipotesi che il legislatore provveda "anche eventualmente rimediando ai rilevati vizi della disciplina tributaria in esame" (con riferimento al passato, pare di capire, dato che per il futuro i vizi sono stati eliminati dalla Corte).

Normalmente, il giudice è l'"uomo del passato", l'amministratore è l'"uomo del presente" e il legislatore è l'"uomo del futuro": la metafora di Husserl⁹² richiederebbe diverse precisazioni⁹³, ma si può osservare che nelle sentenze 10 e 155 del 2015 la Corte ha evitato di rimediare ai vizi della legge per il passato, lasciando questo compito al legislatore, e, con un curioso "scambio di ruoli", si è dedicata a regolare il futuro, dettando una "guida" per le future relazioni Stato-Regioni speciali nella sentenza 155/2015 e riportando l'Ires nei binari costituzionali (solo) per il futuro nella sentenza 10/2015.

⁹² Citato da C. PINELLI, *op. cit.*, § 6 (l'opera citata di G. Husserl è *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto* (1955), Milano, 1998).

⁹³ V. ad es. C. PINELLI, *op. cit.*, § 6, nota 37; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009, 232 ss.

5.1. (segue) *Bilanciamento discrezionale o “a rime obbligate”?*

È ben noto che la Corte non è un giudice come gli altri, che non può essere insensibile agli equilibri istituzionali⁹⁴ e che nella sua giurisprudenza le manifestazioni di “creatività” non sono certo una novità, sia a livello “costituzionale”⁹⁵ sia a livello “legislativo” (è il caso delle sentenze additive e sostitutive).

È necessario, però, che le attività “paranormative” della Corte siano sempre ancorate all’interpretazione o all’attuazione della Costituzione⁹⁶, perché la Costituzione è la prima fonte di legittimazione della Corte, prima ancora della sua indipendenza e del metodo giurisdizionale utilizzato.

Non a caso, la sentenza 10/2015 ha presentato la limitazione della retroattività come “imposta” da un bilanciamento di principi costituzionali.

Dunque, anche ammesso che la Corte possa limitare gli effetti della propria sentenza in virtù di un bilanciamento tra principi costituzionali, occorre che questo potere di “modulazione” degli effetti sia a sua volta limitato. La Corte non è un organo politico e, dunque, il bilanciamento non dovrà essere frutto di una scelta fra interessi (come quello operato

⁹⁴ M. LUCIANI, *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale*, cit., 59, notava che il problema del “costo” delle sentenze costituzionali attiene “alla collocazione e al ruolo della Corte nella *forma di governo*”; di questa “la Corte costituzionale è un elemento essenziale, e certo non può sfuggire alla sua sensibilità l’importanza del rispetto degli equilibri e delle compatibilità politico-istituzionali su cui essa si regge”. In generale, sul rapporto tra categorie processuali e collocazione della Corte nella forma di governo v. C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA.VV. *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 65 ss., per il quale “il processo costituzionale non è la culla delle coerenze processuali poiché in esso si celebra una vicenda che riguarda l’effettività del sistema di governo nel suo complesso, e nel quale si sottopone a una sorta di bilanciamento, espresso, tacito o implicito, tutto quanto ha rilievo ai fini di un esito ragionevole, non importa se processuale o di merito, delle questioni di costituzionalità”.

⁹⁵ Si pensi, per fare solo due esempi fra i tanti, ai limiti impliciti al *referendum* ed al principio di ragionevolezza.

⁹⁶ V., ad es., G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, cit., 105 s.

dal legislatore) ma dovrà discendere direttamente dai principi costituzionali. Non occorre dimenticare che la posta in gioco è alta, dato che la deroga alla retroattività (cioè l'esonero dello Stato dalla restituzione di somme percepite in modo incostituzionale) incrina il diritto di difesa dei privati⁹⁷ (nel caso della Robin tax) contro le leggi incostituzionali e la parità di trattamento di fronte alla giurisdizione⁹⁸.

Perciò, qualora manchino le “rime obbligate”, i problemi derivanti dalla restituzione delle somme non devono essere risolti dalla Corte ma dal legislatore⁹⁹.

E così arriviamo alla questione centrale: considerando gli artt. 81, 2, 3 e 53 (nel caso della Robin tax) al fine di limitare la retroattività dell'accoglimento, la Corte è rimasta nel terreno di sua competenza o ha “anticipato” una valutazione che spettava al legislatore? La dichiara-

⁹⁷ Su ciò v. A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento*, cit., 54. M. BIGNAMI, *op. cit.*, 6, dubita anche (in generale, non con riferimento al caso della Robin tax) “sulla conformità agli artt. 6 e 13 della Convenzione [Cedu] di un processo cui è precluso di soddisfare integralmente il bene della vita, nonostante sia riconosciuta la fondatezza della pretesa” (in tal senso v. anche A. RUGGERI, *Sliding doors*, cit., 6).

⁹⁸ V. G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, cit., 111: “nello Stato di diritto non c'è nessuna ragione per differenziare la posizione dello Stato da quella di qualsiasi altro soggetto, di fronte alle legittime pretese di ordine patrimoniale che lo riguardano”.

⁹⁹ Sui casi in cui la limitazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento è avvenuta mediante il collegato intervento della Corte e del legislatore, talora sulla base di un “invito” in tal senso della Corte, talaltra no, v. A. CELOTTO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., 106 ss. (a p. 132 ss. l'Autore si sofferma sugli interventi legislativi tesi a contenere gli effetti delle sentenze “di spesa”, notando che di solito essi sono tempestivi e che, se vengono contestati, la Corte si mostra accondiscendente verso di essi). Per F. SAJA, *La giustizia costituzionale nel 1988*, in *Foro it.*, 1989, V, 196, “se a seguito delle pronunce ripristinatorie della legalità costituzionale, il legislatore avvertisse la mancanza di copertura finanziaria, ben potrebbe – anzi dovrebbe – provvedere ad un'apposita riforma del settore considerato”; per G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, cit., 112 s., “se la spesa è imposta costituzionalmente [...], l'equilibrio di bilancio che deve essere preservato non potrebbe essere usato come argomento per impedire l'affermazione della Costituzione, ma solo per imporre agli organi che ne hanno il potere (cioè il Governo e il Parlamento) di agire di conseguenza, disponendo le necessarie variazioni di bilancio o statuendo nuove misure legislative di entrata”; V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, cit., 30 s.

zione di incostituzionalità *pro futuro* è stata “imposta” dal bilanciamento o è stata una scelta discrezionale della Corte?

La sentenza 10/2015 la presenta come un esito necessario. Si è però visto (nel § 4.3) che si possono sollevare dubbi su tale necessità¹⁰⁰. Del resto, come può la Corte valutare quando un accoglimento secco pregiudica l’equilibrio di bilancio? Essa ha i mezzi tecnici per compiere queste valutazioni¹⁰¹? Anche nei periodi di crisi, la Corte non potrà evitare sempre di provocare spese, anche grosse, a carico dell’erario¹⁰²: come può scegliere i casi in cui pronunciare l’accoglimento secco e quelli in cui temperare gli effetti di esso? Quando opta per la limitazione degli effetti, in base a quali criteri decide in che misura “distribuire” i soldi fra l’erario e i soggetti titolari dei diritti lesi?

Come si vede, è difficile sfuggire alla sensazione che le sentenze 10 e 155 del 2015 non abbiano operato “a rime obbligate”; la sensazione è che la Corte abbia voluto “togliere le castagne dal fuoco” al legislatore,

¹⁰⁰ Similmente, la prevalenza data nella sentenza 155/2015 alle esigenze dell’equilibrio finanziario statale non era *necessaria*: v. il § 3.2.

¹⁰¹ Alle prime due domande si potrebbe rispondere ricordando la possibilità, per la Corte, di compiere un’istruttoria. Senz’altro l’acquisizione di dati precisi dovrebbe precedere un bilanciamento comprendente l’art. 81 Cost., ma l’istruttoria potrebbe non risolvere i problemi, dato che occorrerebbe verificare l’attendibilità dei dati forniti dallo Stato, che avrebbe un evidente interesse a “gonfiare” i futuri oneri: v. la vicenda ricordata da R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario*, cit., 191, che nota come, nei giudizi incidentali in materia finanziaria e tributaria (cioè “a rischio spesa”), il Presidente del Consiglio intervenga “sempre e comunque” (p. 192); il tema *de quo* è approfondito da T. GROPPI, *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, in P. COSTANZO (a cura di), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 274 ss.; v. anche L. PALADIN, *Intervento*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale*, cit., 290 s. Su questo punto non pare risolutivo il d.d.l. A.S. 1952 presentato il 9 giugno 2015, che prevede (art. 1, lett. a) la «facoltà di chiedere all’Ufficio parlamentare di bilancio di cui all’articolo 16 della legge 24 dicembre 2012, n. 243, una relazione sugli effetti finanziari dell’eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni oggetto dell’istanza o del ricorso»; tale facoltà pare esercitabile già adesso.

¹⁰² Infatti la sentenza 10/2015 è stata seguita dalla sentenza 70/2015, che ha dichiarato incostituzionale il blocco della rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici, che era stato previsto con riferimento agli anni 2012 e 2013 ed ai trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo INPS.

anticipando una valutazione di sua spettanza. Se, nel caso della sentenza 10/2015, l'attuazione di una sentenza di accoglimento "secco" avesse messo a rischio l'equilibrio di bilancio, sarebbe potuto e dovuto intervenire il legislatore statale, bilanciando – con una nuova scelta legislativa – i diversi interessi in gioco (compreso l'art. 81 Cost.), e la Corte avrebbe eventualmente giudicato la ragionevolezza di questo bilanciamento¹⁰³.

Il legislatore poteva intervenire anche in via preventiva, ad es. accantonando risorse in vista di un eventuale annullamento della norma sulla Robin tax¹⁰⁴. Gli interventi del legislatore preventivi e successivi rientrano nella "fisiologia" del giudizio di costituzionalità¹⁰⁵.

Il bilanciamento successivo alla decisione della questione, compiuto dalla Corte in prima battuta con riferimento agli effetti della propria sentenza, proietta la Corte nella sfera delle scelte "paralegislative"¹⁰⁶

¹⁰³ V. V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, cit. 338 ss.: "nel caso di dichiarazione di illegittimità di norme tributarie [...], se questa illegittimità fosse derivata solo da una irrazionalità dei criteri dell'imposizione, nulla impedirebbe che una nuova legislazione tributaria, anche retroattiva [...], colpisca la medesima capacità contributiva, già incisa dalla legge dichiarata incostituzionale"; "in tutti questi casi l'intervento 'modulatore' degli effetti della pronuncia potrebbe essere compiuto dal legislatore"; v. anche L. ANTONINI, *Forzatura dei principi*, cit., 4 ss.; C. MAINARDIS, *op. cit.*, 6; I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *www.giurcost.org*, 26.05.2015, 4.

¹⁰⁴ S. FOIS, *Intervento*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale*, cit., 169, ipotizza un "fondo speciale" per far fronte agli effetti di spesa derivanti da presumibili sentenze di accoglimento (nel medesimo senso v. L. PALADIN, *op. cit.*, 291). La Corte ha lasciato molto tempo al legislatore per affrontare il problema della Robin tax, dato che la causa è stata discussa più di tre anni dopo la pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella G.U.

¹⁰⁵ V. l'art. 23, co. 4, l. 87/1953, che prevede la comunicazione dell'ordinanza di rimessione ai Presidenti delle Camere, e l'art. 136 Cost., che prevede la comunicazione della sentenza di accoglimento alle Camere, "affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali". V. poi l'art. 17, co. 13, l. 196/2009.

¹⁰⁶ Per G. SILVESTRI, *Intervento*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale*, cit., 79, "lo stesso porsi il problema dell'impatto della sentenza nel sistema, con considerazioni estranee al puro e semplice scrutinio di costituzionalità, evoca questioni tipiche di politica legislativa"; per S. FOIS, *op. cit.*, 165, l'uso del bilanciamento per limitare le sentenze di spesa "accentuerebbe al massimo le caratteristiche discrezionali di un giudizio della Corte destinato a valere solo per, e nello, specifico caso concreto, col

senza alcuna “rima obbligata”. La Corte ha cercato di salvaguardare gli equilibri istituzionali e la propria legittimazione di fronte al raccordo Parlamento-Governo¹⁰⁷, ma rischia di perdere legittimazione a livello “diffuso”, nel momento in cui dà la sensazione di compiere “scelte” non imposte dalla Costituzione e “contrastanti” con l’art. 30 l. 87/1953; di qui la “ribellione” della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia (v. il § 4.1). Si è visto, peraltro (nel § 4.3), che la sentenza 10/2015 non contrasta in realtà con l’art. 30 l. 87/1953, ragion per cui la “ribellione” del giudice tributario non è giustificata: anche a prescindere dal principio di *totalità* nell’interpretazione della sentenza (che impone di leggere il dispositivo alla luce della motivazione), lo stesso dispositivo della sentenza 10/2015 è chiaro nel limitare *la dichiarazione di incostituzionalità* al periodo successivo alla pubblicazione della sentenza, ragion per cui l’art. 30 non giustificava la disapplicazione delle norme sulla Robin tax. Può essere interessante notare, peraltro, che la disapplicazione della legge dichiarata illegittima dalla Corte in modo non retroattivo era stata puntualmente prevista in dottrina, sia a cavallo degli anni ’90¹⁰⁸ sia subito dopo la sentenza 10/2015¹⁰⁹.

risultato che uno stesso diritto potrebbe essere una volta negato e l’altra invece riconosciuto per ragioni del tutto indipendenti dalla natura e dalle caratteristiche del diritto in questione”; A. RUGGERI, *Sliding doors*, cit., 7, parla di “tardiva rivincita di Schmitt su Kelsen” per il “carattere viepiù marcatamente politico delle decisioni della Consulta”.

¹⁰⁷ C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti*, cit., 42 s., nota-va che “si sta gradualmente passando da un tipo di giustificazione dell’agire della stessa Corte che si basava prevalentemente sulla credenza dell’assolutezza del valore, a un tipo di legittimazione che vede indirizzarsi verso il giudice delle leggi anche istanze di congruenze rispetto al fatto”, come risulta “dalla sempre più marcata presenza del canone della ragionevolezza”.

¹⁰⁸ V. S. FOIS, *Il problema degli effetti temporali alla luce delle fonti sul processo costituzionale*, in *Quad. cost.* 1989, 32; G. ZAGREBELSKY, *Il controllo*, cit., 219; A. PACE, *Effetti temporali*, cit., 64: “la surrettizia delimitazione dell’efficacia temporale delle decisioni di accoglimento [...] produce [...] un effetto che finisce per ‘delegittimare’ la Corte agli occhi dei giudici comuni; e costituisce un pericoloso invito a ‘far da sé’, quante volte la Corte costituzionale [...] si distacchi dal modello del giudizio costituzionale così come prefigurato nell’art. 1 l. cost. n. 1 del 1948 e nella l. 87 del 1953”; secondo V. ONIDA, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze*, cit., 187, “è il giudice comune ad avere l’ultima parola sul modo in cui operano gli effetti delle sentenze della Corte”; F. DONATI, *Tutela dei principi costituzionali e rispet-*

5.2. (segue) *Le alternative praticabili dalla Corte*

La Corte aveva alternative¹¹⁰? Chiaramente il caso era intricato e nessuna soluzione era pienamente soddisfacente. La Corte ha scelto la strada della chiarezza e dell'*effettività* (salva l'anomalia verificatasi proprio nel giudizio *a quo*: v. *supra*), escludendo altri percorsi. Nel caso sulla Robin tax essa avrebbe potuto pronunciare un dispositivo esattamente corrispondente alla motivazione, cioè dichiarare l'illegittimità della disposizione nella parte in cui non limitava l'imposta ai "sovraprofiti congiunturali" (invece di prevedere una stabile maggiorazione d'imposta sull'intero reddito della società) e nella parte in cui non prevedeva meccanismi idonei ad evitare la "traslazione" degli oneri a danno dei consumatori¹¹¹. Tale decisione (additiva di principio) avrebbe lasciato incertezza sul *quantum* degli obblighi restitutori ma la risoluzione di queste incertezze sarebbe rientrata pienamente nei compiti dei giudici¹¹² e del legislatore. Quest'ultimo (o i giudici, in caso di inerzia

to delle decisioni di bilancio, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale*, cit., 342, ricorda che la Corte dei conti ampliò gli effetti della sentenza 501/1988, in materia di riliquidazione della pensione dei magistrati.

¹⁰⁹ V. M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione*, cit., 3 ("non è escluso che lo stesso giudice *a quo* o anche altri giudici nell'ambito di giudizi pendenti, in questo o in eventuali casi futuri, ritengano di essere vincolati all'applicazione degli art. 136 Cost., art. 1, legge cost. n. 1 del 1948 e art. 30, legge n. 87 del 1953"), R. ROMBOLI, *L'"obbligo" per il giudice*, cit., 18, P. VERONESI, *op. cit.*, 2, e M. BIGNAMI, *op. cit.*, 5, che ipotizza un conflitto di attribuzioni sollevato dalla Corte nei confronti del giudice comune dissenziente.

¹¹⁰ Su tale profilo ciò v. R. BIN, *Quando i precedenti*, cit., 6; A. ANZON, *op. cit.*, 8; I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, 30.03.2015, 9.

¹¹¹ V. P. VERONESI, *op. cit.*, 3.

¹¹² L'ipotesi dell'additiva di principio è formulata, seppur con riferimento a casi diversi, da A. ANZON, *Nuove tecniche di decisione di questioni di costituzionalità e attuazione dell'art. 81, quarto comma Cost.*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale*, cit., 252 ss., che sottolinea l'inconveniente derivante dalla possibilità di soluzioni giurisprudenziali diversificate, "con gravi ripercussioni sulla certezza del diritto" (p. 255).

legislativa) sarebbe potuto intervenire definendo la misura e la durata del “sovra-profitto congiunturale” ed i giudici, applicando il “principio” fissato dalla Corte con riferimento alla traslazione dell’imposta, avrebbero anche potuto cercare di accertare, nei singoli casi, se la traslazione si fosse verificata, eventualmente negando il rimborso.

Si sarebbe trattato di operazioni difficili, per il Parlamento dal punto di vista politico¹¹³ e per i giudici dal punto di vista istruttorio, ma... a ciascuno il suo. Inoltre, la “supplenza” della Corte – oltre ad avere gli aspetti negativi sopra illustrati – rischia di “deresponsabilizzare” il Parlamento, che ha avuto un lungo periodo per intervenire¹¹⁴ e che, alla prossima occasione, potrebbe restare nuovamente inerte contando sul fatto che sarà la Corte a “bilanciare” tutti gli interessi coinvolti nella questione¹¹⁵.

5.3. (segue) *Per rispondere alla domanda iniziale*

È ora giunto il momento di rispondere alla domanda contenuta nel titolo di questo lavoro. Nel diritto costituzionale il bilanciamento è, di solito, una storia con quattro protagonisti: la Costituzione, il legislatore, il giudice comune e la Corte costituzionale. Nei casi che abbiamo esaminato, mancano il secondo ed il terzo attore, perché la legge non regola il caso della limitazione temporale delle sentenze di accoglimento (lo potrebbe fare, ovviamente, “delegando” il potere di bilanciamento alla

¹¹³ V. la vicenda del “seguito” della sentenza 70/2015, in cui il Governo ha adottato un decreto-legge che ha attuato solo parzialmente gli obblighi restitutori conseguenti alla decisione della Corte.

¹¹⁴ L’ordinanza di rimessione relativa alla Robin tax è stata pubblicata nella G.U. del 19 ottobre 2011 e la causa è stata discussa il 13 gennaio 2015. Parlamento e Governo avrebbero potuto (e dovuto?) cautelarsi in qualche misura nella prospettiva di un possibile accoglimento della questione.

¹¹⁵ Sull’*horror vacui* che spesso affiora nella giurisprudenza costituzionale v. R. PINARDI, *L’horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007 (p. 116 s. sulle sentenze di “incostituzionalità differita”), e V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi*, cit., 37, secondo il quale la tendenza della Corte a non creare vuoti colmabili solo con un nuovo intervento legislativo crea un “circolo vizioso”, “una sorta di supplenza che si autoalimenta”: “se la Corte, invece, creasse più ‘vuoti’, incentiverebbe o costringerebbe il Parlamento ad intervenire, in via successiva o in via preventiva”.

Corte costituzionale, in relazione agli effetti della sentenza di accoglimento)¹¹⁶. La Corte, dunque, si è trovata “direttamente” di fronte al fatto che determina il conflitto “contingente” tra principi costituzionali (la propria decisione di accoglimento, nel caso della Robin tax) e ha ritenuto di poter operare il bilanciamento, limitando al futuro la dichiarazione di incostituzionalità.

Nel ridurre (o nell’azzerare, nella sentenza 155/2015) l’impatto della propria decisione sulla legge, però, la Corte (come si è visto) non ha dato la sensazione di operare “a rime obbligate”, ma di compiere una *scelta*, forse ispirata alla weberiana “etica della responsabilità”¹¹⁷.

Quando la Corte *sceglie* una certa soluzione processuale per rimediare a inerzie passate del legislatore (sent. 155/2015) o nel timore di possibili inerzie o debolezze future (sent. 10/2015); quando la Corte dà indicazioni per la futura regolazione dei rapporti tra Stato e Regioni speciali (sent. 155/2015), muta il ruolo della Corte nella forma di governo, nel senso che la Corte assume anche le vesti di una “mediatrice degli interessi in conflitto”¹¹⁸.

Se il collegamento tra la “duttività” delle categorie processuali e la “mobilità” del ruolo della Corte nella forma di governo non è una novità¹¹⁹, pare invece da segnalare la nuova “direzione” del bilanciamento degli interessi. Il bilanciamento è sempre stato considerato una tecnica di giudizio potenzialmente invasiva della “discrezionalità” del legistato-

¹¹⁶ V. il d.d.l. A.S. 1952 presentato il 9 giugno 2015: esso prevede (oltre alla *dissenting opinion*) il potere della Corte di limitare gli effetti temporali delle sentenze di accoglimento. L’art. 1, lett. c) del d.d.l. aggiunge, nel terzo comma dell’articolo 30: «salvo che la Corte non disponga una diversa modulazione dell’efficacia nel tempo della stessa decisione, a tutela di altri principi costituzionali».

¹¹⁷ V. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 60, secondo il quale, “nell’ambito della ricerca della regola ‘adeguata ai casi’, è quindi necessario considerare anche le conseguenze che le decisioni astrattamente possibili determinano nella vita costituzionale e nel funzionamento concreto dell’ordinamento giuridico”.

¹¹⁸ V. T. GROPPI, *op. cit.*, 283; v. anche G. D’ORAZIO, *Il legislatore e l’efficacia temporale delle sentenze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1988, 915.

¹¹⁹ C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, cit., 65, osserva che “esiste una relazione stretta tra l’incertezza delle categorie processuali nel giudizio di costituzionalità e l’incertezza della collocazione della Corte costituzionale nella forma di governo”.

re. L'impressione è che, talora, in collegamento con la crisi finanziaria dello Stato ma anche con ragioni equitative (nel caso della Robin tax), il bilanciamento stia mutando "senso", venendo utilizzato allo scopo di far salve le leggi, a scapito degli interessi di alcuni soggetti (pubblici o privati) e del giudice *a quo*, al quale viene detto che la legge *sarebbe* incostituzionale ma che la deve applicare¹²⁰. Il bilanciamento, di regola, pone la Corte *contro* il legislatore statale, nel senso che la prima controlla la ragionevolezza dei bilanciamenti effettuati dal secondo; nei casi di cui alle sentenze 155 e 10 del 2015, invece, il legislatore statale non è intervenuto per bilanciare gli interessi costituzionali in gioco (benché la Corte, nel caso della Robin tax, abbia fatto passare più di tre anni fra la pubblicazione dell'ordinanza di rimessione e la discussione della causa) e la Corte usa il bilanciamento *a favore* del legislatore statale, per far salve – in tutto o in parte – le norme contestate.

¹²⁰ La sentenza 10/2015 si può accostare alla sentenza 264/2012, che ha bilanciato l'art. 117, co. 1, Cost. al fine di non annullare una legge in materia di pensioni censurata dalla Corte Edu.

LA RESPONSABILITÀ DA PROVVEDIMENTO ILLEGITTIMO DELL'AMMINISTRAZIONE

QUESTIONI ANCORA ATTUALI

Silvia Pellizzari

SOMMARIO: 1. Premessa: quadro evolutivo della responsabilità da provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione. 2. Gli illeciti civili della pubblica amministrazione: i confini incerti di un quadro ancora frammentato. 2.1. Dalla classica dicotomia tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato alla “pluriqualificazione” della fattispecie. 3. La natura sostanziale degli interessi legittimi e la loro risarcibilità. 3.1. Gli interessi legittimi dei terzi nella prospettiva risarcitoria. 4. L’interesse risarcibile tra interessi finali e interessi strumentali: le situazioni giuridiche soggettive nel procedimento. 4.1. La responsabilità per la violazione delle norme procedurali con particolare riferimento all’inosservanza del termine di conclusione del procedimento. 5. L’art. 30 co. 3 del CPA: vecchie e nuove questioni in materia di risarcimento da lesione degli interessi legittimi. 5.1. Ingiustizia del danno, lesione dell’interesse legittimo e rilevanza dei vizi di illegittimità del provvedimento. 5.2. Alcune brevi considerazioni sul rapporto tra le azioni.

1. Premessa: quadro evolutivo della responsabilità da provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione

Il tema della responsabilità civile della pubblica amministrazione ha interessato la dottrina italiana di diritto pubblico e privato sin dall’introduzione della legge abolitiva del contenzioso amministrativo.

In quel momento la questione risarcitoria si inseriva in quella, ben più ampia, dell’individuazione dei confini della giurisdizione del giudice ordinario rispetto all’esercizio delle funzioni pubbliche.

Una volta istituita la IV sezione del Consiglio di Stato con competenze giurisdizionali e assestatosi il rapporto tra giudice ordinario e giudice amministrativo in base alla distinzione tra le situazioni giuridiche soggettive dell’amministrato – rispettivamente di diritto soggettivo e

interesse legittimo – anche l’ambito di applicazione della tutela risarcitoria nei confronti dell’amministrazione assunse connotazioni più precise¹.

Essa venne, infatti, esclusa in tutte quelle ipotesi in cui la condotta dell’apparato pubblico fosse rappresentata da un provvedimento autoritativo che avesse inciso su un’utilità (o bene della vita) di cui il privato intendeva continuare a godere o che si aspettava di acquisire nel proprio patrimonio giuridico.

In questi casi l’unica tutela esperibile era quella al giudice amministrativo attraverso il processo “all’atto”. Dopo aver ottenuto l’annullamento del provvedimento, era possibile chiedere al giudice ordinario l’accertamento e la condanna al risarcimento solo per quei danni che, prodotti da un atto limitativo di una posizione giuridica qualificata originariamente come diritto soggettivo, non erano venuti meno in virtù degli effetti della sentenza costitutiva.

Il quadro così sinteticamente delineato è rimasto pressoché invariato sino alla ben nota sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 500 del 1999, nonostante il dibattito dottrinale in tema di responsabilità dell’amministrazione non si sia mai del tutto sopito e abbia tentato, a più riprese, di valorizzare la tutela del privato rispetto all’esercizio del potere pubblico.

Lo snodo centrale dell’arresto giurisprudenziale poggia sul riconoscimento della natura primaria (e non secondaria) dell’art. 2043 c.c. da cui derivano due conseguenze significative sul piano della tutela del titolare di un interesse legittimo leso da un provvedimento amministrativo.

In primo luogo, ogni azione ex art. 2043 c.c., chiunque sia il soggetto convenuto, consiste nell’accertamento di un diritto (quello al risarcimento del danno) e nella condanna ad adempiere all’obbligazione risarcitoria sorta dal fatto illecito. Quest’ultima può consistere in un

¹ Per una completa analisi del tema della risarcibilità degli interessi legittimi in prospettiva diacronica e nell’ambito del riparto delle giurisdizioni G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 289, ora in *Scritti scelti*, Padova, 2015, p. 371. In tema interessante è anche la ricostruzione contenuta in G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991.

facere specifico o nel *quantum* stabilito a titolo di riparazione per equivalente².

In secondo luogo, la natura dell'interesse leso, da condizione di ammissibilità dell'azione, diviene parte dell'accertamento dei fatti costitutivi dell'obbligazione risarcitoria; in altre parole, ciò che conta è la meritevolezza di tutela dell'interesse sostanziale pregiudicato.

Il fatto che la lesione di quell'interesse sia dovuta all'emanazione di un provvedimento amministrativo, ritenuto illegittimo, non può avere effetti preclusivi o ostativi rispetto alla tutela del danneggiato. In altre parole, la circostanza che all'interesse sostanziale leso si accompagni la lesione dell'interesse legittimo non può escludere l'accesso alla tutela aquiliana né per ragioni di diritto processuale, né, tantomeno, per ragioni di diritto sostanziale.

Da queste affermazioni della Cassazione si sono tratte alcune significative implicazioni.

Per un verso, infatti, l'attenzione si è concentrata sul problema della necessità o meno di mantenere una relazione di pregiudizialità tra la tutela di annullamento e quella risarcitoria³. Dal punto di vista processuale, inoltre, l'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione sulle azioni risarcitorie per la lesione degli interessi legittimi, avvenuta con la Legge n. 205 del 2000, ha imposto di perfezionare i tratti caratterizzanti la natura soggettiva del processo amministrativo.

Per altro verso, i tentativi di armonizzare la tutela risarcitoria nel sistema dei rimedi tradizionali avverso l'attività provvedimentoale dell'amministrazione hanno condotto a nuove riflessioni su tematiche classiche del diritto amministrativo tra cui, in particolare, la relazione tra diritto pubblico e diritto privato – o, meglio, tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato – e il carattere sostanziale dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva autonoma.

Solo alcune delle questioni sollevate dalla decisione delle Sez. un. e dalla giurisprudenza successiva hanno trovato soluzione con l'entrata in

² Questo è il motivo per cui nel 1999 la Cassazione concludeva per la giurisdizione del giudice ordinario.

³ In tema si rinvia a F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2007.

vigore del Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010, d'ora in poi "CPA") che, come è noto, all'art. 30 disciplina l'azione (*rectius* le azioni) di condanna al risarcimento dei danni ingiusti derivanti dall'*illegittimo esercizio dell'attività amministrativa* o dal *manca-to esercizio di quella obbligatoria*⁴.

Il presente contributo intende trattare alcuni profili problematici che permangono rispetto al tema della responsabilità civile dell'amministrazione da provvedimento illegittimo.

Si affronteranno, in particolare, i temi relativi alla frammentarietà delle ipotesi risarcitorie, alla natura degli interessi legittimi risarcibili e al rapporto tra giudizio risarcitorio, illegittimità del provvedimento e azione costitutiva di annullamento.

2. Gli illeciti civili della pubblica amministrazione: i confini incerti di un quadro ancora frammentato

Già il testo della sentenza n. 500 del 1999 ha posto il problema di definire le fattispecie di responsabilità dell'amministrazione a cui le argomentazioni del *revirement* della Cassazione andavano applicate. Ancora oggi, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento positivo, la questione non è di poco momento in quanto dall'incerta qualificazione

⁴ Sui caratteri della azione di responsabilità della amministrazione a seguito dell'entrata in vigore del CPA v. R. CARANTA, *Le controversie risarcitorie*, in ID. (dir.), *Il nuovo processo amministrativo. Commentario sistematico*, Bologna, 2011, p. 629 e ss.; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo*, Milano, 2010, p. 168 e ss.; L. TORCHIA, M. CLARICH, D. DE PRETIS, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1117 e ss.; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1319 e ss.; P. CARPENTIERI, *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 857 e ss.; F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 9 e ss.; L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1207 e ss.; F.D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 531 e ss.

degli illeciti possono derivare dubbi in punto di giurisdizione o di corretta applicazione delle disposizioni sostanziali e processuali rilevanti.

Fin dalle sue prime battute la Cassazione ha identificato la c.d. responsabilità civile della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo con i casi di risarcibilità degli interessi legittimi, nonostante questi ultimi, a rigore, ne rappresentino solo una specifica declinazione. Basti pensare al caso in cui un provvedimento leda contemporaneamente l'interesse legittimo di un soggetto (negando a questi il bene della vita a cui aspira) e un diritto soggettivo suo o di terzi (rivelando, per esempio, dati personali sensibili in violazione di quanto previsto dalle disposizioni in materia di trattamento dei dati personali).

Il rischio di indeterminatezza si presenta in termini non così diversi dopo l'introduzione dell'art. 30 del CPA; quest'ultimo, infatti, disciplina almeno tre ipotesi di illecito, vale a dire una categoria generale data dalla responsabilità per danni derivanti dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria (art. 30 co. 2) e due fattispecie puntuali rappresentate, rispettivamente, dal risarcimento per lesione degli interessi legittimi (art. 30 co. 3) e dal risarcimento del danno che il ricorrente comprovi di aver subito dalla inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (art. 30 co. 4).

Definire i caratteri distintivi delle previsioni richiamate è decisivo, considerato che, se si ricade nell'ipotesi generale, l'azione di condanna deve essere esercitata contestualmente ad altra azione, mentre per quelle previste dall'art. 30 co. 2 e 3 la tutela risarcitoria può essere esperita anche in via autonoma.

Peraltro, la prassi applicativa precedente e successiva all'entrata in vigore del CPA ha dimostrato che il panorama della responsabilità civile della pubblica amministrazione è potenzialmente molto più variegato: ai casi di responsabilità da provvedimento illegittimo o semplicemente erroneo si affiancano quelli conseguenti alla violazione di particolari norme e regole di condotta consistenti nella lesione di affidamenti legittimi o incolpevoli.

A tale proposito, basti ricordare che, anche di recente, la Corte di Cassazione ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario per i danni subiti da un soggetto che ripone un affidamento incolpevole su un

provvedimento amministrativo ampliativo della sua sfera giuridica, risultato poi illegittimo e, per questo, annullato⁵.

Le argomentazioni a supporto di tale conclusione si fondano sul presupposto che l'attrazione della tutela risarcitoria nell'ambito della giurisdizione amministrativa può verificarsi esclusivamente se il danno, patito dal soggetto che ha provveduto alla impugnazione dell'atto lesivo, sia conseguenza immediata e diretta dell'illegittimità di questo.

Diversa sarebbe, invece, la situazione del proprietario o di altro titolare dello *ius aedificandi* che, ottenuto un titolo abilitativo ed iniziata l'attività di edificazione facendo affidamento (incolpevole) sulla (apparente) legittimità dell'atto, venga successivamente privato del diritto ad edificare a seguito dell'annullamento d'ufficio del provvedimento o in accoglimento del ricorso giurisdizionale promosso da un terzo. A seguito dell'annullamento dell'atto e venuto meno il suo diritto ad edificare, il privato risulta pregiudicato nell'affidamento che l'attività amministrativa ha generato, senza che sussista un qualche altro provvedimento amministrativo contro il quale possa ragionevolmente insorgere.

Per il giudice ordinario, in questi casi il danno astrattamente risarcibile è connesso alla lesione di un interesse ritenuto meritevole di tutela che prescinde da valutazioni sulla legittimità o meno dell'esercizio del potere pubblico e si fonda sulla violazione di doveri di comportamento il cui contenuto non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto responsabile.

2.1. Dalla classica dicotomia tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato alla "pluriqualificazione" della fattispecie

Quanto sostenuto dal giudice ordinario nelle decisioni sopra richiamate rende esplicito un criterio interpretativo già contenuto nella sen-

⁵ In questo senso si vedano, tra le altre, Cass., sez. un., ord. 23 marzo 2011 n. 6594; Cass., sez. un., ord. 23 marzo 2011 n. 6595; Cass., sez. un., ord. 3 maggio 2013 n. 10305. Sul punto cfr. A. CASSATELLA, *Potestà di autotutela, risarcimento del danno e riparto di giurisdizione: vecchi temi e nuovi problemi*, in *Diritto e formazione*, 2011, 3, p. 387 e ss.

tenza delle Sez. un. del 1999, che finisce per incidere sul fondamentale rapporto tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato⁶.

Fin dalla dottrina amministrativistica più risalente e autorevole si registra, infatti, una certa ritrosia a consentire il sindacato dell'operato dell'amministrazione rispetto ai canoni civilistici di correttezza e diligenza, affermando, al contrario, l'inevitabile autonomia e specialità dei

⁶ La distinzione "qualitativa" tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato è comune a molti ordinamenti giuridici e presente anche nei sistemi di *common law* per cui sia consentito rinviare a S. PELLIZZARI, *La responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento amministrativo illegittimo in Inghilterra: questioni sostanziali e processuali a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 1003 e ss. Essa richiama la celebre contrapposizione tra norme di azione e norme di relazione teorizzata da E. GUICCIARDI fin dai *Concetti tradizionali e principii ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 51 e ss. La tesi di Guicciardi chiariva, infatti, il criterio di riparto tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa: non è la natura del soggetto coinvolto, ma quella della disciplina del rapporto e degli interessi ad essa sottesa che qualifica le situazioni giuridiche soggettive e quindi il giudice chiamato a tutelarle. Ecco quindi che le relazioni giuridiche tra amministrazione e amministrato possono essere regolate da norme «poste a tutela dei diritti (reciproci) tra amministrazione e amministrato» (le norme di relazione) o da norme «per la disciplina dei diritti-poteri dell'amministrazione [...] le quali [...] in linea di diritto non riguarda[va]no affatto l'amministrato, ma [erano] sono finalizzate alla esclusiva tutela dell'interesse pubblico; ed [era] è perciò l'interesse pubblico, *a priori* identificato con il rispetto delle norme di azione, a trionfare immancabilmente alla fine del giudizio». Così, G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, cit., p. 371. Si veda anche ID., *Norme di relazione e norme di azione* (tradizione e vicende della giustizia amministrativa nella dottrina di Enrico Guicciardi), in *Dir. soc.*, 1974, p. 384 ove si riprende un passaggio tratto da E. GUICCIARDI, *I limiti soggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. it.*, 1941, III, col. 20 in cui l'Autore sottolineava che nella scienza giuridica amministrativistica era da tempo matura l'idea che «le norme di diritto amministrativo hanno una funzione diversa da quella delle norme poste per la disciplina dei rapporti individuali». Mentre le seconde (le norme di diritto privato o ordinario) sono poste con il fine esclusivo di stabilire i diritti e i corrispondenti obblighi dei soggetti nei rapporti giuridici intercorrenti tra loro, nelle prime (le norme di diritto pubblico) è predominante la funzione di circoscrivere «l'attività dell'Amministrazione entro la sfera giuridica che le viene riconosciuta». Come si vedrà *infra*, questa sistematica è ancora oggi imprescindibile per qualificare le posizioni giuridiche soggettive dei privati a fronte del potere amministrativo e, di conseguenza, i caratteri della loro risarcibilità.

soggetti pubblici e del diritto ad essi applicabile⁷. In questo approccio trova espressione quella che è stata definita una delle più grandi dicotomie della storia del pensiero giuridico, ovvero la netta distinzione tra diritto pubblico e diritto privato⁸.

A ben vedere, proprio questa contrapposizione è una delle ragioni che giustificavano l'irrisarcibilità degli interessi legittimi e, prima ancora, l'impossibilità che questi ultimi potessero essere oggetto di cognizione da parte del giudice ordinario.

In questo senso, la norma (di azione) che attribuisce la funzione amministrativa e il potere autoritativo di limitare (con il provvedimento) l'interesse sostanziale del privato in vista del soddisfacimento dell'interesse pubblico presuppone, in virtù del principio di completezza dell'ordinamento⁹, una norma implicita che consenta la lesione dei diritti o delle libertà dell'amministrato, altrimenti garantite e protette direttamente dalle norme di diritto privato¹⁰.

Fintanto che il provvedimento emanato dall'autorità cui è attribuito il potere (e quindi non in difetto assoluto di attribuzione) produce i suoi effetti, l'interesse sostanziale del privato all'utilità perduta o non ottenuta non è tutelato direttamente dall'ordinamento, ma solo attraverso la

⁷ Di questo avviso anche V.E. Orlando per cui la specialità del diritto amministrativo non consentiva una frammentazione del diritto comune in diverse forme di responsabilità, quanto piuttosto un regime derogatorio di volta in volta giustificato da rapporti aventi «per causa il diritto pubblico». Così G. CAZZETTA, *op. ult. cit.*, pp. 500 e 501.

⁸ Così N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in ID. (a cura di), *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, p. 150.

⁹ Il tema della completezza dell'ordinamento richiama quello delle c.d. *lacune* per cui si rinvia all'opera di D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910 e al contributo di G. FALCON, *Donato Donati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, in particolare, p. 262, ora in *Scritti scelti*, cit., p. 21 e ss.

¹⁰ A tal fine si veda in particolare quanto argomentato da E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 634 e 635: «a questo proposito va ricordato innanzitutto che ben spesso l'ordinamento, che ha riconosciuto, mediante una norma di relazione, un soggetto come titolare di un diritto, consente poi, e talora impone, mediante altre norme, che altri soggetti, nell'esercizio della propria attività, incidano su questo diritto, senza che si possa parlare di una sua violazione».

legittimità o meno dell'azione amministrativa e, quindi, la lesione o meno dell'interesse legittimo che ad esso, di volta in volta, si collega¹¹.

Un'impostazione di questo tenore si accompagna al riconoscimento della natura secondaria dell'illecito aquiliano tale per cui l'obbligazione risarcitoria intende sanzionare un comportamento posto in violazione di un diritto soggettivo o, meglio, della norma primaria che lo protegge. Seguendo la tesi *de qua*, stante il provvedimento, questa situazione non potrebbe porsi e di conseguenza l'attività amministrativa non potrebbe dirsi contemporaneamente illegittima e illecita in base all'inosservanza della medesima norma¹².

Al contrario la Cassazione sembra aver progressivamente accolto la tesi di una possibile "pluriqualificazione" delle fattispecie, cosicché l'esercizio di un'attività amministrativa, anche di natura provvedimentoale, che si ponga in contrasto con le norme che regolano sul piano pubblicistico la funzione o il potere, può essere accertato anche secondo canoni civilistici di correttezza, buona fede e diligenza in vista del rispetto o meno del principio del *neminem laedere*, che assume valore di norma generale di chiusura¹³.

¹¹ Tale ricostruzione si ritrova anche nel modello dell'equiparazione così come delineato da M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 522 e ss. e, in particolare, p. 538.

¹² Sul punto E. GUICCIARDI, *Diritto, interesse e doppia tutela*, in *Giur. it.*, 1951, III, col. 21.

¹³ Interessanti sul punto si rivelano altresì le argomentazioni contenute in Cass. civ., sez. I, sent. 19 ottobre 2011, n. 21648 e Cass., sez. un., ord., 21 dicembre 2011, n. 25764. Tuttavia, parlare di pluriqualificazione può risultare improprio. In dottrina la questione della pluriqualificazione della fattispecie secondo il binomio illecito/illegittimo è invero nota da tempo e, in epoca passata, si poneva soprattutto con riferimento alla ammissibilità o meno della doppia tutela giurisdizionale. La soluzione che veniva data era di segno negativo, nel senso che la tutela dell'illegittimità veniva pacificamente devoluta al giudice amministrativo e l'attività che ne era affetta non poteva ritenersi automaticamente anche illecita. L'illegittimità poteva, però, rappresentare una componente o un sintomo di un comportamento illecito. In questo senso fondamentali sono le riflessioni di E. CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 361, secondo cui «il rapporto fra la lesione dell'interesse e la lesione del diritto soggettivo permettono di escludere l'ammissibilità della doppia tutela giurisdizionale, secondo la specie della illegittimità fatta valere e di ritenere che, nella ipotesi di concorso delle due lesioni, la illegittimità (più esattamente:

3. La natura sostanziale degli interessi legittimi e la loro risarcibilità

L'analisi dell'ambito di applicazione dell'art. 30 CPA restituisce all'interprete un insieme di ipotesi risarcitorie piuttosto frammentato.

Le fattispecie che paiono più semplici, perché più note, sono quelle in cui il risarcimento è chiesto a fronte della lesione di un interesse legittimo. Rispetto a queste ultime, i principali profili problematici riguardano la struttura della fattispecie, l'identificazione dell'interesse risarcibile e la prova degli elementi costitutivi della responsabilità nell'ambito del giudizio amministrativo¹⁴.

Data la natura essenzialmente riparatoria del nostro sistema di responsabilità civile, la tutela risarcitoria intende proteggere l'interesse all'integrità patrimoniale del privato, vale a dire l'interesse a che le diverse utilità che compongono il suo patrimonio non vengano ridotte o possano aumentare sulla base della capacità di autodeterminazione garantita ad ogni soggetto dall'ordinamento.

Per quanto riguarda i casi di risarcibilità degli interessi legittimi, si tratta del medesimo interesse che da sempre differenzia il destinatario del provvedimento sfavorevole rispetto alla collettività e che consente a costui di far valere in giudizio l'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, la quale trova specifico fondamento nei principi e nelle disposizioni proprie del diritto pubblico¹⁵.

la lesione dell'interesse) rifluisce – secondo la valutazione dell'ordinamento – sulla illicità».

¹⁴ Sul piano generale, gli illeciti in cui la condotta lesiva è rappresentata da un provvedimento amministrativo illegittimo possono configurare, in base agli effetti dell'atto, illeciti permanenti – come nel caso dei provvedimenti cui consegue, per esempio, l'occupazione di un immobile privato – o, nella maggior parte dei casi, illeciti istantanei ad effetti sia temporanei che permanenti. In questa seconda ipotesi, gli effetti permanenti si verificano, in particolare, quando l'efficacia costitutiva dell'atto, in mancanza della previsione di un termine finale, comporta un pregiudizio che si consolida, potenzialmente *sine die*, una volta decorsi i termini di decadenza per l'impugnazione dell'atto.

¹⁵ Che l'interesse legittimo non potesse coincidere con la mera pretesa alla legittimità dell'atto, la quale non avrebbe potuto considerarsi neppure quale bene della vita oggetto di una situazione giuridica soggettiva, è messo in evidenza da M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 259.

In concreto, è proprio la convergenza tra l'interesse sostanziale al bene della vita leso dal provvedimento e l'interesse alla legittimità dell'esercizio del potere – che grazie al primo si differenzia e individualizza¹⁶ – a determinare in capo a quel soggetto la titolarità dell'interesse legittimo che assume, di conseguenza e pacificamente, natura sostanziale.

Circa il momento in cui sorga l'interesse legittimo così definito si è molto discusso¹⁷.

Sulla base delle tesi più risalenti, pare potersi dedurre che prima dell'efficacia del provvedimento la qualificazione dell'interesse sostanziale dovrebbe, a rigore, essere compiuta sulla base delle norme che lo tutelano indipendentemente dall'avvio dell'azione pubblica. Usando un'espressione cara agli autori anglosassoni si potrebbe dire che l'interesse continua ad essere più o meno protetto in virtù del diritto ordinario o comune.

Sul piano descrittivo, quindi, esso potrebbe avere la consistenza del diritto soggettivo assoluto (a fronte di un emanando decreto di esproprio), della libertà di esercitare o meno l'autonomia privata anche attraverso atti dispositivi del proprio patrimonio (in vista dell'adozione di

¹⁶ In senso critico sul punto L. MAZZAROLLI, *La tutela giurisdizionale del cittadino tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, IV ed., 2005, p. 472: «si può essere d'accordo sull'osservazione che, se mancasse il «bene della vita», non si potrebbe parlare dell'interesse legittimo come di una situazione giuridica soggettiva di ordine sostanziale: ma anche questo non comporta che si debba riconoscere in quel bene della vita un elemento costitutivo dell'interesse legittimo. Se così fosse, si dovrebbe coerentemente affermare (come appunto fa una parte della dottrina) che anche il giudizio amministrativo – al pari di quello civile – è preordinato alla protezione di un interesse sostanziale. Ma è conclusione che non si concilia con il dato innegabile che l'esito favorevole di un giudizio di annullamento, comportante l'accertamento dell'illegittimità di un atto, non sempre comporta il realizzarsi di una tale protezione».

¹⁷ Sulla controversa natura dell'interesse legittimo cfr. tra gli altri A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)* (voce), in *Enc. dir.*, II agg., Milano, 1998, p. 967 e ss.; F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2212 e ss. e ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 511 e ss.; B. SORDI, *Interesse legittimo* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, Annali 2008, p. 709 e ss.; M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. civ.*, 2012, p. 46 e ss.

provvedimenti impositivi di obblighi o divieti) o di un'aspettativa ad ottenere un'utilità, sia essa data dall'esercizio lecito di un'attività o dal godimento di un bene fungibile o infungibile altrimenti indisponibile (provvedimenti di autorizzazione e concessione)¹⁸.

Seguendo questa ricostruzione, il provvedimento, che è dotato di effetti costitutivi indipendentemente dalla sua legittimità, definisce in modo potenzialmente incontrovertibile l'interesse del privato rimasto insoddisfatto (o perché lo estingue, o perché ne limita alcune facoltà o perché non gli consente di realizzarsi completamente).

All'amministrato non resta che esperire l'azione (tradizionalmente quella di annullamento) a tutela dell'interesse legittimo che gli è riconosciuto in quanto destinatario degli effetti costitutivi e pregiudizievoli prodotti dall'atto¹⁹.

¹⁸ Sul punto, cfr. le osservazioni di A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig, Milano 19 aprile 2013, Napoli, 2014, p. 171 e ss.

¹⁹ Così G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, cit., pp. 375 e 376: «una volta emanato il provvedimento «lesivo» (lesivo, al fondo, in quanto non satisfattivo, non in quanto illegittimo), l'interesse legittimo si manifesta pur sempre in un potere di provocare un sindacato di legittimità, la cui correlazione con l'interesse sostanziale del ricorrente rimane astratta e distante: l'atto verrà salvato o annullato in quanto per qualunque ragione «illegittimo», non in quanto abbia tolto o non abbia dato all'interessato qualcosa che non avrebbe dovuto essere tolto o avrebbe dovuto essere dato: esso può consentire «solo e sempre di garantire la legittimità del comportamento dell'amministrazione»». In senso analogo, F.G. COCCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1971, p. 28 e ss. che in ID., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2012, vol. II, p. 910 sostiene che «l'oggetto proprio dell'interesse legittimo è il comportamento dell'amministrazione, ma solo in quanto tale comportamento consente di conservare o di acquisire una utilità sostanziale (la conservazione di un bene di proprietà, l'acquisizione del diritto su un bene di proprietà pubblica, la possibilità effettiva di esercitare un'attività astrattamente consentita, l'ammissione allo svolgimento di attività riservate all'amministrazione). È in tale tensione verso una utilità sostanziale che occorre vedere il carattere strumentale dell'interesse legittimo, strumentale rispetto ad un interesse sostanziale del privato, non certo alla soddisfazione dell'interesse pubblico». Sul punto si ricorda anche la posizione di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, 2002, p. 103, secondo cui l'interesse legittimo rispecchia una posizione di vantaggio che l'ordinamento assegna ad un soggetto in vista di una «utilità oggetto di potere am-

Egli ha, infatti, interesse specifico all'annullamento del provvedimento che, se in alcuni casi potrebbe determinare subito la riaffermazione del suo interesse, in altri gli garantirebbe almeno una nuova possibilità di veder realizzata l'aspettativa a cui aspira.

Date queste premesse, la tutela risarcitoria non potrebbe che avere un ruolo ancillare rispetto alla tutela di annullamento e ai suoi effetti diretti.

Accanto a tale posizione, che rimane peraltro ancora valida nei suoi principali tratti fondamentali, ne sono state elaborate altre che hanno inteso amplificare la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo essenzialmente attraverso due vie: valorizzando maggiormente il suo ruolo all'interno del procedimento amministrativo e fornendo un'interpretazione delle norme che regolano l'agire amministrativo meno orientata al solo ed esclusivo perseguimento dell'interesse pubblico.

Tale prospettiva ha contribuito a giustificare, in tempi più recenti, un'interpretazione degli illeciti per cui i casi di risarcibilità degli interessi legittimi non coinciderebbero con le sole ipotesi di danno da provvedimento amministrativo illegittimo, in quanto la lesione di un interesse legittimo sostanzialmente inteso (soprattutto se di natura procedimentale) può essere indipendente dalla lesione dell'interesse sostanziale riconducibile all'emanazione dell'atto.

Così, è stato autorevolmente sostenuto che l'interesse legittimo sorge in virtù della "concorrenza in un'unica fattispecie di più interessi degni di tutela". Mentre alcuni di questi interessi, in quanto pubblici, godono di una protezione prevalente e per questo sono affidati alla pubblica amministrazione, altri sono garantiti dalla stessa norma che fonda e regola le funzioni pubbliche che, in questo modo, garantisce anche situazioni soggettive concorrenti, sia private che pubbliche. In questa seconda categoria di interessi protetti si colloca l'interesse legittimo, che nasce "con il verificarsi del fatto della norma regolatrice del potere o, se si preferisce, con l'atto o col fatto con cui ha inizio il procedimento amministrativo".

ministrativo» che garantisce a tale soggetto «poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità».

Per questa tesi, al pari del diritto soggettivo, l'interesse legittimo si attua quindi in un rapporto che si instaura nel corso del procedimento tra l'autorità e l'amministrato, titolari di situazioni giuridiche concorrenti disciplinate dall'insieme delle norme che regolano la funzione e il potere.

L'interesse legittimo così definito si estingue con l'emanazione del provvedimento che realizza l'interesse pubblico. Tuttavia, a fronte dell'illegittimità dell'atto, si determina la lesione dell'interesse privato che integra la fattispecie costitutiva del mezzo di tutela rappresentato dall'azione di annullamento attraverso cui il giudice amministrativo non si limita a rimuovere l'atto, ma accerta quanto "è di diritto nel rapporto controverso".

Questa ipotesi ricostruttiva²⁰ è in armonia con altra dottrina la quale sottolinea come le norme che disciplinano il procedimento amministrativo garantiscono altresì gli interessi dei soggetti che in esso intervengono. In questo senso le disposizioni che attribuiscono al privato il potere di condizionare con propri atti lo svolgimento del rapporto procedimentale divengono norme di tutela materiale dell'interesse legittimo²¹.

In ragione di quanto detto si può quindi ritenere che sussistano almeno due prospettive da cui osservare la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo: una è legata all'interesse sostanziale (e finale) inciso dal provvedimento, l'altra prende a riferimento gli interessi protetti dai principi e dalle disposizioni che disciplinano l'agire amministrativo. Questi ultimi possono essere concepiti sia in via autonoma, sia come strumentali rispetto agli interessi finali²².

²⁰ Così M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XIX, 1970, in particolare p. 253.

²¹ In particolare E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, in ID., *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, p. 100 e ss.

²² Come è noto, quando si parla di norme procedimentali ci si riferisce a parametri normativi molto eterogenei tra loro che possono riguardare tanto il bilanciamento degli interessi in sede di definizione del contenuto discrezionale dell'atto, quanto gli aspetti "formali" dell'*iter* procedimentale seguito per addivenire alla decisione finale. Questi ultimi, inoltre, vanno dalla disciplina del rapporto tra amministrazioni portatrici di interessi connessi all'oggetto del procedimento, alla garanzia del contraddittorio e della

3.1. *Gli interessi legittimi dei terzi nella prospettiva risarcitoria*

Restano da inquadrare quelle fattispecie in cui il provvedimento non leda il destinatario dell'atto, ma un terzo che potrebbe trarre un pregiudizio dal contenuto dello stesso, soprattutto quando questo consenta lo svolgimento di un'altra attività privata che riduca o limiti l'esercizio delle sue facoltà.

Si pensi al classico caso dell'interesse del vicino rispetto a un titolo edilizio rilasciato al proprietario del fondo confinante o, ancora, all'operatore economico che si reputi leso nei suoi interessi economici dall'autorizzazione rilasciata illegittimamente ad un concorrente per svolgere un'attività analoga a breve distanza.

Nonostante rispetto al terzo il provvedimento non produca alcun effetto giuridico immediato, questi è titolare di un interesse legittimo oppositivo che oggi lo legittima non solo ad impugnare l'atto che ha effetti nei confronti di altri privati, ma anche a richiedere all'amministrazione il risarcimento dei danni da questo conseguenti.

La soluzione non è immune da perplessità in quanto già la lesione che legittima il terzo ad impugnare l'atto troverebbe, a rigore, fondamento non tanto nel provvedimento in sé, quanto piuttosto nel comportamento e nelle azioni che quest'ultimo consente²³.

A questo proposito pare interessante quanto stabilito dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 1346 del 2007, a fronte di una domanda risarcitoria promossa da un privato, venditore ambulante di fiori, per i danni da sviamento di clientela rivolta all'amministrazione locale a seguito dell'emanazione a favore di un terzo di una concessione per

trasparenza degli atti apparendo, per alcuni versi, molto simili a quelli che anche altri poteri pubblici sono chiamati rispettare. L'esempio più immediato è dato dal processo giurisdizionale che deve seguire alcune precise formalità a tutela del corretto svolgimento della funzione e degli interessi delle parti coinvolte. L'aspetto che può divergere è la conseguenza giuridica che l'ordinamento riconduce alla violazione di questo tipo di norme nei differenti contesti: mentre nell'azione amministrativa, solitamente, i vizi inerenti alla disciplina del procedimento si convertono in vizi dell'atto finale, nel processo giurisdizionale essi possono comportare una sospensione dello stesso e una rinnovazione dell'atto o della fase endoprocessuale viziati.

²³ In questo senso G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, III ed., Padova, 2013, in particolare p. 61.

l'occupazione temporanea di suolo pubblico in area limitrofa a quella del ricorrente e per lo svolgimento di una medesima attività economica.

Nel merito, la sentenza di annullamento riconosce che il destinatario del provvedimento di concessione non possedeva i requisiti necessari per ottenerlo.

Quanto all'azione risarcitoria, il Consiglio di Stato afferma che sussistono gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano e, in particolare, l'ingiustizia del danno integrata dall'illegittima presenza, peraltro in posizione più vantaggiosa e in uno spazio ristretto, di un'ulteriore rivendita.

Il provvedimento illegittimo ha, quindi, determinato il verificarsi di un fatto causativo di uno sviamento di clientela e, quindi, di un minor profitto in capo al ricorrente per tutto il periodo in cui l'atto ha prodotto i suoi effetti.

Il caso descritto induce altresì a riflettere sulle ipotesi in cui la responsabilità dell'amministrazione rispetto al terzo dovrebbe, invece, essere esclusa. Si tratta di fattispecie in cui l'attività del privato, consentita dal provvedimento amministrativo, debba essere qualificata in senso illecito indipendentemente dalla illegittimità del provvedimento (che potrebbe anche sussistere). Nel caso descritto ciò si sarebbe verificato se il destinatario della concessione illegittima avesse, per esempio, compiuto anche atti di concorrenza sleale.

4. L'interesse risarcibile tra interessi finali e interessi strumentali: le situazioni giuridiche soggettive nel procedimento

Come è emerso nei precedenti paragrafi, il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi ha posto il problema della omogeneità o meno di questa situazione giuridica soggettiva.

Nel dibattito è riemersa, in particolare, la distinzione tra l'interesse legittimo all'utilità finale e gli interessi legittimi di natura procedimentale²⁴.

²⁴ Per un'autorevole ricostruzione del dibattito sotteso a tale tematica si rinvia, da ultimo, al contributo di G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo*,

Degli interessi procedimentali si è molto discusso, soprattutto con riferimento alla possibilità di risarcirne autonomamente la lesione che si verifica a fronte della violazione delle norme che li proteggono la quale può comportare l'illegittimità dell'atto, anche se non necessariamente la lesione dell'interesse finale.

Così, se la dottrina maggioritaria tende a ricostruire tali interessi come strumentali rispetto all'interesse finale, altri autori difendono la possibilità di interpretare le posizioni giuridiche procedimentali come veri e propri diritti riconosciuti al singolo dall'ordinamento²⁵.

In realtà, entrambe le prospettive paiono fondate e non si escludono reciprocamente.

Rispetto a un bene della vita, che legittima la partecipazione al procedimento e l'eventuale impugnazione del provvedimento, gli interessi ad intervenire nella fase istruttoria, a vederla conclusa in tempi rapidi e senza eccessivi aggravii sono senz'altro strumentali, nel senso che vengono riconosciuti in capo al soggetto in quanto titolare dell'interesse all'utilità finale potenzialmente pregiudicata dal provvedimento; per questo motivo l'amministrato potrà farli valere anche solo come vizi dell'azione amministrativa.

Teoricamente nulla vieta che questi stessi interessi possano essere considerati indipendentemente da quelli finali, sebbene un qualche collegamento relazionale con questi ultimi dovrà sussistere per vederli garantiti tanto nel procedimento, quanto nel processo.

alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale, in *Dir. amm.*, 2014, p. 479 e ss.

²⁵ In tema è suggestiva la posizione di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005 per cui, a fronte dell'esercizio dell'attività amministrativa, deve essere riconosciuto in capo all'amministrato un *diritto soggettivo alla legittimità dell'atto* considerato quale «interesse di uno specifico soggetto, relativamente ad un bene determinato, a che la particolare regola del rapporto venga osservata» (in particolare pp. 169 e 170). La ricostruzione è ripresa autorevolmente da L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, pp. 141 e 142, che afferma come «ogni vincolo, sia di carattere sostanziale, sia di carattere procedimentale o genericamente formale, si presta ad essere letto, guardando al lato attivo del rapporto, in termini di vantaggio, confermando da questo punto di vista che l'utilizzazione della nozione di obbligo è ad esso congeniale».

Allo stesso tempo, è possibile classificare gli interessi procedimentali come diritti, analogamente a quanto avviene in molti ordinamenti giuridici²⁶. Il problema è piuttosto quello di valutare il contenuto di questi diritti, la natura della loro protezione e i mezzi che l'ordinamento appresta per la loro tutela.

Autorevole dottrina ha proposto di considerarli quali diritti soggettivi dell'*ordinamento amministrativo* in quanto essi rimangono tutelati pur sempre nei limiti e nel rispetto delle regole e dei principi giuridici del sistema amministrativo²⁷. Anche in questo caso, il passaggio dalla dogmatica delle situazioni giuridiche alla riflessione sulla natura delle norme che le tutelano appare imprescindibile.

Prima di tutto, sembra da escludere la generalizzata assimilazione dei diritti procedimentali ai diritti di credito, che troverebbe il suo principale riferimento nell'art. 1173 c.c.

In virtù di tale disposizione, come è noto, le *obbligazioni* sorgono non solo da contratto o da fatto illecito, ma anche da ogni *altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico*.

Per la scienza civilistica²⁸ si tratta del riconoscimento delle c.d. *obbligazioni ex lege*, ovvero generate da un atto normativo e quindi a prescindere dall'esercizio dell'autonomia privata. In altre parole, in questi casi la legge impone ad un soggetto un'obbligazione a cui, in base ad una visione dinamica delle situazioni giuridiche, corrisponde un diritto

²⁶ Emblematico al riguardo è quanto avviene nell'ordinamento statunitense, ove i diritti procedimentali e in particolare quelli legati al principio del contraddittorio sono considerati *constitutional rights* in virtù della *due process clause*. Di qui è pacifica l'affermazione della loro autonoma risarcibilità anche se tradizionalmente viene riconosciuto solo un risarcimento simbolico (*nominal damage*). Sul punto cfr. J.C. LOVE, *Damages: A Remedy for the Violation of Constitutional Rights*, in *California Law Review*, 1979, p. 1242 e ss.

²⁷ In questo senso si veda A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 95 e ss.

²⁸ Si veda in particolare C. CASTRONOVO, *L'obbligo senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, I, p. 148 e ss. e ora in ID., *La nuova responsabilità civile*, II ed., Milano, 1997, p. 177 e ss.

soggettivo relativo (o di credito) in capo a quel soggetto nel cui interesse quella stessa obbligazione va adempiuta²⁹.

Piuttosto delicata è l'applicazione di tale schema al rapporto tra amministrazione e amministrato nell'esercizio di un potere autoritativo che si svolge nel procedimento³⁰.

In estrema sintesi, l'*iter* argomentativo per una soluzione in senso affermativo dovrebbe articolarsi nel seguente modo: le norme che disciplinano il procedimento amministrativo sono norme che, pur collegate all'esercizio di un potere, impongono dei doveri. A fronte di un dovere imposto *ex lege* a un soggetto, deve potersi rintracciare una corrispondente posizione giuridica di vantaggio, che non può che avere la consistenza del diritto ad ottenere la prestazione dovuta. Dovere (obbligo) e diritto (di credito) sono i due poli in cui andrebbe così inquadrato il rapporto amministrativo procedimentale.

Ora, che nel procedimento vi siano norme impositive di doveri, che la loro inosservanza possa essere sanzionata con l'illegittimità dell'atto e che i privati coinvolti nel procedimento siano i principali interessati al

²⁹ Per la concezione dinamica dei diritti il riferimento teorico indiscusso è senza dubbio il pensiero hohfeldiano espresso a partire da due articoli pubblicati rispettivamente nel 1913 e nel 1917 nel *Yale Law Journal* (W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, I e II*). Secondo B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Analisi e diritto*, 2001 «secondo Hohfeld, con il termine 'diritto' (*a right*), che sembra connotare una singola nozione, si fa in realtà riferimento, nel discorso giuridico corrente, a quattro diversi fenomeni, o quattro diverse nozioni, che egli denomina rispettivamente: (1) diritto in senso stretto ("in the strictest sense"), o pretesa (*claim*); (2) privilegio (*privilege*); (3) potere (non fisico, ma) giuridico (*power*); (4) immunità (*immunity*). A ciascuna di queste quattro nozioni corrisponde una nozione correlativa, rispettivamente (1) dovere (*duty*); (2) non diritto (*no-right*); (3) soggezione (*liability*); (4) incapacità (*disability*)». Come è noto, spesso le traduzioni possono non corrispondere al significato giuridico degli istituti nel sistema di appartenenza. In ogni caso la coppia obbligazione/diritto di credito di cui al diritto privato italiano rappresenta una declinazione di quella generale *right/duty*.

³⁰ Contrario a questa possibilità è G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 241 e ss. e ora in *Scritti scelti*, cit., p. 561 e ss., in particolare, p. 567, che esclude che questo processo ermeneutico possa essere svolto rispetto alle norme che impongono dei doveri all'amministrazione nell'ambito del rapporto autorità/libertà.

rispetto di tali disposizioni, *nulla quaestio*; il profilo che suscita qualche perplessità è dato dalla relazione tra norma, dovere e diritto letta alla luce dell'art. 1173 c.c.

Quest'ultimo richiama, infatti, in modo specifico le obbligazioni che sorgono in virtù di circostanze e presupposti previsti dall'ordinamento; a fronte dell'obbligazione, sta il diritto relativo che permette al suo titolare di esercitare le azioni previste per l'adempimento della prestazione che, come già detto, è posta essenzialmente (per non dire esclusivamente) nel suo interesse.

Da questa precisazione si ricava che non tutte le disposizioni che impongono doveri intendono creare un'obbligazione e che, a tal fine, è necessario esercitare un'operazione ermeneutica complessa.

Il problema si è posto già nel diritto privato proprio ai fini di qualificare come extracontrattuali o contrattuali gli illeciti commessi in violazione di alcune disposizioni normative.

Il dibattito ha interessato per un verso la struttura dell'art. 2043 c.c. e, in particolare, l'elemento soggettivo della colpa e, per altro verso, altre enunciazioni normative impositive di doveri, tra cui, in particolare, l'obbligo di buona fede nelle relazioni precontrattuali o i doveri di diligenza e precauzione in alcuni specifici contesti sociali.

Anche nell'illecito aquiliano, infatti, l'idea del dovere è essenziale tanto che si è soliti dire che la responsabilità extracontrattuale è conseguenza dell'inosservanza del dovere di *neminem laedere* e che la colpa consiste nell'accertata violazione dei doveri di prudenza, diligenza e perizia. Nessuno, a fronte di tali doveri, pensa di essere titolare di un diritto di credito da azionare indipendentemente dagli altri elementi che integrano la fattispecie risarcitoria.

Ciò nonostante, con l'intensificarsi degli scambi e delle relazioni economico-sociali, alcuni doveri sono divenuti tipici di particolari rapporti giuridici, soprattutto se espressamente indicati dalla legge, e la loro violazione è stata considerata progressivamente come condizione sufficiente ad integrare la colpa di una delle parti rispetto all'altra. Si è parlato, dunque, di colpa specifica o anche relazionale.

In un numero più ridotto di casi, a partire dalla colpa specifica si è ritenuto che la previsione legislativa di quel particolare dovere o obbligo non intendesse semplicemente specificare il generale dovere di dili-

genza di cui all'art. 2043 c.c., ma garantire direttamente l'interesse della controparte "sociale"³¹.

Di qui sono sorte le ipotesi di responsabilità da contatto sociale qualificato che si verificano, per esempio, a seguito di informazioni inesatte nei settori finanziari o in capo al medico e all'insegnante rispettivamente verso i pazienti e gli allievi³².

Quanto ai diritti procedimentali pare, invece, più opportuno inquadrarli nell'ambito di quelle posizioni giuridiche riconosciute ai singoli nei confronti dello Stato o, meglio, dell'autorità. Il riferimento principale è dato dai *diritti pubblici soggettivi* di Jellinek il cui pensiero ha influenzato gran parte della riflessione filosofica moderna sui limiti o autolimiti del potere³³.

In questa cornice i diritti che sono riconosciuti al privato nel rapporto con i poteri pubblici devono essere ricostruiti secondo una logica diversa da quella tradizionale, pensata per i rapporti tra privati³⁴.

³¹ In altre parole, il dovere è imposto non tanto per tipizzare la colpa, ma per imporre a tizio un comportamento che, una volta adempiuto, realizza, per volontà legislativa, un interesse specifico di caio.

³² Hanno prospettato la qualificazione della responsabilità civile dell'amministrazione come responsabilità da contatto, tra gli altri, G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, II ed., Padova, 2003 e M. PROTTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità degli interessi legittimi: una svolta epocale?*, in M. ANDREIS (a cura di), *Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione*, Milano, 2002, p. 131 e ss. Tale tesi è stata accolta anche dalla giurisprudenza per un certo periodo di tempo a partire in particolare da Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157.

³³ Per un'efficace ricostruzione di questa tematica si veda F. VIOLA, *Diritti umani* (voce), *Enc-filos.*, Milano, 2006, p. 2178 e ss.

³⁴ Sviluppando ulteriormente il ragionamento proposto, che richiederebbe un ben più ampio approfondimento, si può dire che anche i diritti o le libertà private nel momento in cui vengono presupposte da una norma attributiva del potere diventano diritti soggettivi pubblici o ad ordinamento pubblico. Ciò imporrebbe di considerare in chiave critica la posizione, peraltro imprescindibile in argomento, di A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, Milano, 1988, p. 268 e ss. Muovendo dalla questione del c.d. scopo della norma, l'Autore afferma che le norme che sono tradizionalmente qualificate come norme di azione possono essere interpretate come norme dirette a tutelare in via primaria e non secondaria l'interesse del privato, soprattutto quanto il potere assegnato all'amministrazione ha natura vincolata. In questi casi è possibile un'operazione ermeneutica che faccia con-

I diritti pubblici, anche se soggettivi, si caratterizzano infatti per una propria e peculiare razionalità sistematica per cui ad essi non corrispondono veri e propri doveri ma, piuttosto, incapacità (corrispondenti alle categorie del *no-right*, del *no-power* o della *disability* nella terminologia hohfeldiana).

In questo senso, il diritto al contraddittorio assicurato al singolo nel procedimento amministrativo è condizione del potere tale da giustificare il principio o la disposizione che ne circoscrivono l'esercizio. Il diritto partecipa perciò alla *ragione* della norma di diritto pubblico che limita il potere e la cui violazione non va letta in chiave di lesione del diritto, ma piuttosto come motivo di invalidità dell'atto conseguente³⁵.

cludere a priori per la spettanza o meno del provvedimento, e quindi dell'utilità sostanziale, una volta verificatisi i presupposti previsti dalla disciplina in parola. Secondo la ricostruzione prospettata nel testo, invece, anche in queste ipotesi il diritto o la libertà sarebbero da interpretare come una delle ragioni per cui potere deve essere esercitato nel rispetto di certe modalità e con un certo contenuto.

³⁵ Lo stesso meccanismo opererebbe per molte delle previsioni costituzionali comuni alla *Western Legal Tradition*. Secondo R. MARTIN, *A System of Rights*, Oxford, 1993, quando si afferma che lo Stato non può limitare un determinato diritto non si vuole intendere che esso non *deve* farlo, ma che non è giuridicamente (costituzionalmente) legittimato a farlo. Una logica analoga pare sottesa a quanto affermato da G. FALCON nella recensione al volume di N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Bari, 2007 pubblicata in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 637 e ss. e, in particolare, p. 639 secondo cui «Se guardo al diritto, agli ordinamenti giuridici, non riesco a vedere soltanto volontà di potenza e infinite norme contingenti e frammentarie prodotte dalle macchine normative. Vedo invece ordinamenti strutturati intorno a valori di base, valori concreti storicamente affermati e vigenti, spesso codificati in Costituzioni che regolano la stessa validità delle norme prodotte dal legislatore, parametrandola a quei valori. Vedo che molti di quei valori e principi sono comuni a molti ordinamenti in una sorta di universalità, che tende ad espandersi in quello che taluni chiamano diritto globale: il principio di legalità dei poteri, il principio *audi et alteram partem*, i diritti alla tutela giurisdizionale da parte di Corti indipendenti [...]».

4.1. La responsabilità per la violazione delle norme procedurali con particolare riferimento all'inosservanza del termine di conclusione del procedimento

Quanto detto in chiusura del precedente paragrafo non significa che il mancato rispetto delle disposizioni procedurali non possa creare in capo all'amministrato un danno risarcibile.

A ben vedere, infatti, il procedimento amministrativo e gli adempimenti ad esso connessi possono divenire eccessivamente e ingiustamente costosi per i singoli a causa del comportamento dell'amministrazione procedente.

Si pensi al caso della violazione del principio del contraddittorio in una vicenda particolarmente complessa ove l'amministrazione non abbia consentito al privato e ai suoi consulenti di prendere piena visione degli atti procedurali e, quindi, permesso loro di elaborare adeguate difese. L'annullamento del provvedimento a seguito dell'accertamento di tale vizio e la necessità di garantire una nuova *disclosure* determineranno un danno per l'interessato, il quale dovrà commissionare ai propri esperti la redazione di ulteriori controdeduzioni sulla base del materiale visionato per la prima volta³⁶.

La natura pubblicistica delle norme in parola e la loro incidenza sull'esercizio del potere inducono a ritenere che le rispettive azioni siano attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo ex art. 7 del CPA. Essendo tali norme condizioni di legittimità dell'esercizio del potere, l'interesse al loro rispetto ha pur sempre la consistenza dell'interesse legittimo. Si può quindi ritenere che in questo caso l'illecito derivante da un *esercizio illegittimo dell'attività amministrativa* possa essere azionato indipendentemente da altra azione e, in particolare, dall'azione di annullamento, rispetto alla quale il privato potrebbe addirittura non avere interesse³⁷.

Il legislatore italiano ha espressamente previsto un'ipotesi di responsabilità per violazione di una norma procedimentale; si tratta dell'inos-

³⁶ Nel diritto dell'Unione europea un'ipotesi di questo tipo è sottesa, per esempio, al noto caso *Schneider* (decisione di primo grado T-351/03 e di appello C-440/07).

³⁷ In senso contrario, prima dell'entrata in vigore del CPA, G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, cit., p. 569.

servanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (art. 30 co. 4 CPA).

L'ammissibilità del c.d. "danno da ritardo" è oggetto di un contrasto giurisprudenziale in merito alla necessità o meno di provare la lesione dell'interesse sostanziale pregiudicato dal provvedimento, oltre a quella dell'interesse alla certezza e prevedibilità dei tempi di svolgimento dell'azione amministrativa.

Nella ricostruzione più tradizionale – rappresentata dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2005 – il danno da ritardo costituisce una forma di tutela risarcitoria dell'interesse pretensivo e presuppone, quindi, l'accertamento della spettanza del bene della vita.

Tale posizione richiama implicitamente dottrina autorevole la quale, ancora a metà degli anni '60, sosteneva che la risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi potesse essere concepita come indennizzo a fronte dell'efficacia retroattiva del provvedimento legittimo e favorevole emanato in luogo di quello illegittimo (e annullato) che avrebbe, quindi, dimostrato *ora per allora* la spettanza del bene della vita³⁸.

³⁸ In questo senso E. GUICCIARDI, *Risarcibilità degli interessi legittimi? Tentativo di impostazione del problema... da parte di un suo negatore*, in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, tenutosi a Napoli dal 27 al 29 ottobre 1963, Milano, 1965, p. 217 e ss. e, in particolare, p. 224 e 226. Il presupposto della tesi era dato dalla competenza sulle questioni attinenti ai *diritti patrimoniali consequenziali (alla pronuncia di legittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre)* riconosciuta al giudice ordinario dall'allora art. 30 del R.D. n. 1054 del 1924 (T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato). Tale disposizione, che si poneva in sintonia con l'art. 2 della l. n. 2248 del 1865 All. E, riguardava espressamente i casi di giurisdizione esclusiva e, per questo, valeva *a fortiori* per le ipotesi di giurisdizione generale di legittimità. Stante l'interpretazione tradizionale del 2043 c.c. come norma sanzionatoria a fronte della lesione dei diritti soggettivi, era lecito dedurre che i casi di risarcibilità degli interessi legittimi coincidessero con i diritti patrimoniali consequenziali all'annullamento. In quest'ottica, Guicciardi afferma che «il problema della risarcibilità degli interessi legittimi è in realtà il problema della risarcibilità delle conseguenze dannose derivate dalla esecuzione di atti annullati per illegittimità» (p. 224). Il problema della c.d. risarcibilità degli interessi legittimi andava per l'Autore risolto secondo questa progressione logica: i) il problema può sorgere solo *dopo* che il provvedimento amministrativo è stato annullato e concerne i danni nei confronti del privato che persistono *malgrado l'annullamento con efficacia retroattiva dell'atto e quanto può essere fatto dall'amministrazione o da altri in esecuzione del giudi-*

Tuttavia, la previsione espressa di una responsabilità dell'amministrazione per inosservanza del termine di conclusione del provvedimento – avvenuta inizialmente con l'art. 7, co. 1, lett. c) della l. n. 69 del 2009 e oggi confermata dal CPA – ha indotto parte della giurisprudenza a ritenere plausibile la configurazione di un c.d. danno da “mero ritardo”, vale a dire un danno che il privato coinvolto nel procedimento subisce indipendentemente dall'esito di quest'ultimo e per il solo fatto di rimanere a lungo nell'incertezza di vedere definita la vicenda amministrativa per cui si procede.

Così, in una vicenda relativa alla ritardata emanazione di un provvedimento di autorizzazione alle immissioni in atmosfera, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Sicilia ha affermato che il ritardo imputabile alla pubblica amministrazione nello svolgimento di procedimenti che riguardano interessi economici di cittadini e imprese è sempre un costo risarcibile. Il fattore tempo è, infatti, una variabile essenziale per le scelte individuali, condizionandone la convenienza economica. Tale incertezza si traduce in un aumento, spesso eccessivo, del c.d. “rischio amministrativo” che la legge pone in capo al privato nei limiti della predeterminazione e del necessario rispetto dei termini procedurali³⁹.

Più di recente il Consiglio di Stato, in un caso piuttosto complesso, ha ritenuto astrattamente configurabile il danno da mero ritardo.

Per il giudice «questa ricostruzione del pregiudizio sofferto, prescindendo del tutto dalle valutazioni circa l'attribuibilità del bene della vita finale, cui il privato tende[va] con la presentazione dell'istanza, alla quale l'Amministrazione non ha dato riscontro (o l'ha fatto con ritardo)». Il fondamento della risarcibilità del danno da mero ritardo risiede

cato, ii) il comportamento dell'amministrato visto in retrospettiva non trova più titolo nel provvedimento annullato e deve aver leso un diritto soggettivo *fondato su una norma diversa da quella che ha determinato il suo annullamento in quanto violata*; iii) nel caso in cui l'ipotesi descritta nel punto precedente non si verifichi occorre *portare al limite estremo l'effetto retroattivo dell'annullamento dell'atto illegittimo (dovere giuridico dell'Amministrazione di provvedere nuovamente ora per allora) o attribuire efficacia retroattiva al nuovo provvedimento emanato al posto di quello annullato* (pp. 225 e 226) [corsivo nostro].

³⁹ C.G.A., sez. giur., 4 novembre 2010, n. 1368. Si vedano anche Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271 e Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739.

«nell'affidamento del privato alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa che sembra – nell'attuale realtà economica e nella moderna concezione del c.d. rapporto amministrativo – essere interesse meritevole di tutela in sé considerato»⁴⁰.

Nel concreto, il *quantum debeatur* è rappresentato essenzialmente dal danno emergente collegato all'interesse negativo, ovvero dalle spese sostenute per la realizzazione dell'intervento auspicato.

A questa giurisprudenza se ne è da ultimo contrapposta altra che, invece, è tornata a negare la risarcibilità del danno da mero ritardo richiedendo la dimostrazione della spettanza del bene della vita finale. Quest'ultimo argomento sembrerebbe oggi giustificato dalla previsione ex art. 2 *bis* co. 1 *bis* della Legge n. 241 del 1990 introdotto dalla Legge n. 98 del 2013 secondo cui, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, il privato ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo, secondo quanto previsto dalla legge o da atti regolamentari⁴¹.

Tale posizione non sembra del tutto condivisibile, né la disposizione da ultimo richiamata pare fornire un elemento risolutivo rispetto alla questione di cui si è dato conto.

In primo luogo il co. 1 *bis* fa salvo quanto previsto al co. 1 dove, in linea con quanto previsto dal CPA, si afferma che la responsabilità dell'amministrazione non consegue automaticamente all'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, essendo necessaria, tra l'altro, la prova dell'elemento soggettivo; inoltre la disposizione precisa che l'indennizzo corrisposto va detratto dall'eventuale risarcimento, dimostrando, quindi, che le fattispecie sottese ai due meccanismi sono diverse e non coincidenti e che, nonostante la previsione dell'indennizzo *ex lege*, può dirsi pur sempre ammissibile l'azione per il maggior danno. Quest'ultimo, anche indipendentemente dalla spettanza del bene della vita, potrebbe superare la misura dell'indennizzo automatico (che prescinde dalla dimostrazione del danno ed è dovuto anche quando la

⁴⁰ Così Cons. Stato, sez. IV, 1 luglio 2015, n. 3258.

⁴¹ Sul punto si vedano da ultimo Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2015, n. 1287 e Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2011, n. 5663.

mancata emanazione del provvedimento è scusabile)⁴² e corrispondere al danno emergente e al lucro cessante conseguenti alla comprovata lesione dell'interesse negativo del soggetto leso.

5. L'art. 30 co. 3 del CPA: vecchie e nuove questioni in materia di risarcimento da lesione degli interessi legittimi

Quando il risarcimento degli interessi legittimi riguarda i danni dovuti alla lesione dell'interesse finale da parte del provvedimento della cui illegittimità si discute, l'accertamento della responsabilità dipende da una duplice verifica: l'illegittimità del provvedimento, da un lato, e la natura e consistenza del bene della vita pregiudicato, dall'altro.

Quanto al primo profilo, è sorta la nota questione della c.d. pregiudizialità amministrativa, la quale imporrebbe al privato danneggiato di esperire sempre e prima di ogni altra tutela l'azione costitutiva di annullamento, al fine di ottenere con essa non solo l'accertamento in via principale della illegittimità, ma soprattutto l'eliminazione (retroattiva) degli effetti dell'atto.

Il secondo profilo ha interessato finora principalmente gli interessi pretensivi; già la sentenza delle Sez. un. n. 500 del 1999 aveva statuito che il risarcimento di tali posizioni giuridiche dovesse essere accordato in base ad un c.d. "giudizio prognostico" sulla spettanza o meno dell'utilità sostanziale negata dal provvedimento.

Parte del dibattito è venuto meno con l'introduzione dell'art. 30 co. 3 CPA il cui contenuto può essere così schematizzato: al privato è riconosciuta la possibilità di esercitare in via autonoma l'azione risarcitoria entro il termine di decadenza di 120 giorni e al giudice è assegnata la facoltà di escludere o ridurre il risarcimento relativamente a quei danni che la parte avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, anche mediante l'esperimento dei mezzi di tutela previsti dall'ordinamento.

⁴² Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione del 9 gennaio 2014.

In ogni caso, l'organo giudicante deve valutare tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti per accertare gli elementi costitutivi oggettivi e soggettivi del fatto illecito.

Nonostante l'intervento del legislatore, alcune questioni permangono.

L'autonomia della tutela risarcitoria rispetto a quella annullatoria porta con sé il rischio di assegnare all'azione di responsabilità una funzione quasi *correttiva* della invalidità.

In altre parole, si lascerebbe nel dominio della parte la scelta di procedere ad una sorta di *convalida onerosa* del provvedimento illegittimo e dannoso, qualificando come danno anche quell'utilità che, lungi dall'essere definitivamente compromessa al momento del perfezionarsi degli effetti lesivi, potrebbe essere garantita dall'esecuzione della sentenza di annullamento o dal nuovo esercizio dell'azione amministrativa⁴³.

Il rischio si aggraverebbe ove la logica correttiva portasse a intravedere una facoltà del giudice di ricorrere alla tutela compensativa in luogo dell'annullamento dell'atto nei casi in cui quest'ultimo pregiudichi in modo consistente l'interesse pubblico o quello di terzi coinvolti nella vicenda amministrativa.

Il problema non è meramente ipotetico, dal momento che è stato di recente portato all'attenzione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, con la decisione n. 4 del 2015, ha stabilito l'impossibilità per il giudice di procedere *ex officio* alla condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati in luogo del loro annullamento. Il principio della domanda, infatti, non può essere frustrato dalla considerazione che l'annullamento, rispetto al quale il privato conserva interesse, possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche per il lungo tempo trascorso dall'adozione degli atti.

⁴³ Nel diritto privato perplessità analoghe sono state sollevate con riferimento al rapporto tra azione di annullamento del contratto e tutela risarcitoria da M. BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in ID., *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 467 e ss. che critica la deriva correttiva espressa talvolta dalla giurisprudenza di legittimità.

Per questi motivi, l'aspetto che forse più di altri ha attirato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza è quello legato all'interpretazione dell'ultimo periodo dell'art. 30 co. 3 CPA, ove si prevede che il giudice possa rigettare nel merito la domanda risarcitoria per quei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare anche utilizzando diligentemente i mezzi di tutela che l'ordinamento prevede a garanzia del suo interesse sostanziale. In questa previsione si può intravedere la conferma di una sorta di pregiudiziale amministrativa, che non vale più sul piano processuale come condizione di ammissibilità della domanda risarcitoria, ma sul piano sostanziale in vista dell'applicazione del principio di cui all'art. 1227 co. 2 c.c.

Tuttavia, come è stato acutamente sostenuto, questa previsione finisce per indebolire ulteriormente l'autonomia della tutela risarcitoria, soprattutto se letta in combinato disposto con il termine di decadenza cui l'azione è soggetta⁴⁴.

In ossequio a quanto stabilito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 2011 – per cui l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti costituisce un elemento valutabile sulla base del canone di buona fede e del principio di solidarietà – molte decisioni del giudice amministrativo⁴⁵ hanno finito per ricorrere al mancato esperimento dell'azione di annullamento o al mancato stimolo dell'autotutela ammini-

⁴⁴ In questo senso, F. CORTESE, *L'Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi* (nota a Cons. Stato, ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3), in *Giornale dir. amm.*, 2011, 9, p. 962 e ss. Coloro che anche prima dell'entrata in vigore del CPA avevano proposto l'applicazione dell'art. 1227 co. 2 c.c. ai casi di proposizione autonoma dell'azione risarcitoria inquadravano questa proposta nell'ambito della azionabilità del rimedio nell'ordinario termine di prescrizione quinquennale. In dottrina cfr. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, p. 399, F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, p. 47 e ss., A. ROMANO TASSONE, *Sul problema della "pregiudiziale amministrativa"*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, p. 286; C. CONSOLO, *Problemi del nuovo riparto di giurisdizione dopo la legge 205 del 2000*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse*, cit., pp. 322 e 323, M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, p. 243.

⁴⁵ Si vedano sul punto tra le altre Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1781 e Cons. Stato, sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 820.

strativa quale argomento preliminare per il rigetto della domanda risarcitoria.

A ben vedere, però, la costante attenzione al rapporto tra le azioni rischia ancora una volta di precludere lo sviluppo di un'adeguata ricostruzione sistematica dei casi di risarcibilità degli interessi legittimi che tenga conto di variabili fondamentali, vale a dire l'efficacia del provvedimento lesivo, i vizi che lo inficiano e la prova del danno ingiusto cui collegare le conseguenze dannose patite.

5.1. Ingiustizia del danno, lesione dell'interesse legittimo e rilevanza dei vizi di illegittimità del provvedimento

L'elemento centrale nella struttura dell'illecito di cui al 2043 c.c. è, come noto, il c.d. danno evento, il quale deve essere ingiusto in una duplice accezione: il pregiudizio non deve essere giustificato dall'ordinamento (la condotta, in altre parole deve essere *non iure*) e deve riguardare la lesione di un interesse ritenuto meritevole di tutela da parte del sistema giuridico (e quindi non di mero fatto).

Da questa lesione sorge l'obbligazione risarcitoria (i.e. danno-conseguenza) che, se considerata per equivalente, può corrispondere al danno patrimoniale (comprensivo di danno emergente e lucro cessante) ed eventualmente anche al danno non patrimoniale, la cui quantificazione deve fondarsi su criteri atti, ove possibile, a garantire la c.d. personalizzazione del danno.

Che l'interesse legittimo, considerato in astratto, sia ritenuto ormai pacificamente risarcibile non risolve del tutto il problema dell'ingiustizia del danno in concreto e della certezza che i danni richiesti spettino effettivamente al danneggiato.

La miglior dottrina sostiene infatti che, se l'interesse legittimo ha ad oggetto il bene della vita a cui il titolare aspira o che teme di perdere, occorre che l'entità giuridica e la misura del risarcimento siano ad esso parametrate⁴⁶.

In questo senso, l'interesse legittimo leso *in concreto* deve essere accertato dal giudice amministrativo nell'ambito del giudizio risarcito-

⁴⁶ F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, III ed., in particolare, p. 54.

rio e su tale accertamento influiranno i fatti costitutivi del vizio o dei vizi che determinano l'illegittimità del provvedimento⁴⁷.

Ai fini risarcitori, rispetto alla lesione di un interesse di natura oppositiva, il caso in cui l'amministrazione abbia emanato un provvedimento ablatorio o sanzionatorio in assenza dei presupposti predeterminati dalla legge sarà diverso da quello in cui l'atto sia sostanzialmente fondato, ma sproporzionato. In quest'ultima ipotesi, tra l'altro, il comportamento del danneggiato potrebbe essere considerato in parte *non iure* e verrebbe meno il suo titolo ad un pieno ristoro del danno sofferto.

Così, a fronte di un'ordinanza sindacale che anticipava, per alcuni mesi, l'orario di chiusura di un esercizio per la vendita di generi alimentari e bevande, il giudice amministrativo ha riconosciuto al privato il risarcimento del danno per il mancato profitto subito nel periodo di vigenza dell'atto; quest'ultimo era stato, infatti, emanato con riferimento a fatti e circostanze prive della connotazione emergenziale richiesta *ex lege* per la legittimità del potere esercitato⁴⁸.

Dare rilevanza in sede risarcitoria ai vizi di illegittimità dedotti era, del resto, un approccio tipico del giudice ordinario, quando, prima del 1999, la sua competenza in materia risarcitoria era indiscussa per i danni conseguenti all'annullamento dell'atto.

Emblematica, a tal riguardo, è una sentenza della Corte di Cassazione in cui una domanda risarcitoria nei confronti del Comune è stata rigettata sull'assunto che a fronte dell'annullamento della revoca della licenza edilizia per motivazione lacunosa e mancato bilanciamento degli interessi in gioco, non poteva configurarsi il diritto al risarcimento in quanto la caducazione del provvedimento per quei motivi non dimostrava che lo *ius aedificandi* spettasse in concreto e che il programma

⁴⁷ Sul punto si veda F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 633 la quale riconosce nel giudizio prognostico originariamente indicato dalle Sez. Un. della Cassazione nel 1999 un'operazione ermeneutica che «attiene non ad un evento futuro, ma al nesso di causalità tra il vizio che inficia il provvedimento e il contenuto del provvedimento stesso». In senso analogo si esprimeva anche G. ABBAMONTE, *Tutela degli interessi legittimi e risarcimento del danno*, in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 29 e ss. e in particolare p. 32.

⁴⁸ TAR Toscana, Firenze, Sez. II, 24 agosto 2010, n. 4876.

edilizio, della cui impossibile realizzazione il privato si lamentava, fosse concretizzabile⁴⁹.

Più in generale, la Cassazione affermava che stante il giudicato amministrativo in tema di illegittimità dell'atto, il giudice ordinario poteva comunque apprezzare gli elementi di sussistenza dell'illecito della pubblica amministrazione in modo autonomo in virtù della documentazione allegata alla domanda e, solo in via ulteriore, sulla base delle valutazioni contenute nella decisione del giudice amministrativo⁵⁰.

Anche per la giurisprudenza amministrativa, cui è assegnata ormai l'esclusiva competenza in materia di risarcimento dei danni da lesione degli interessi legittimi, si pone quindi il problema di verificare la corrispondenza dei vizi di legittimità, magari già accertati nel giudizio di annullamento, rispetto agli elementi da verificare in quello risarcitorio.

Si conferma, in questo senso, l'evoluzione del giudizio amministrativo da processo all'atto a giudizio sul rapporto e la necessità che la parte ricorrente e il giudice collaborino affinché la decisione verta sui vizi i cui fatti costitutivi possano comprovare la consistenza dell'interesse sostanziale ritenuto leso⁵¹.

5.2. Alcune brevi considerazioni sul rapporto tra le azioni

Resta da esaminare il tema, un tempo centrale, del rapporto tra tutela annullatoria e tutela risarcitoria⁵². Come visto, alla luce del dato normativo, non può ritenersi più condivisibile, in senso assoluto, una relazione di stretta pregiudizialità tra la prima e la seconda che abbia come conseguenza l'inammissibilità dell'azione di responsabilità.

Si tratta piuttosto di un legame di rilevanza nel senso che l'accertamento dell'illegittimità contenuto nella decisione d'annullamento in-

⁴⁹ Cass. civ., sez. I, 7 aprile 2006, n. 8244.

⁵⁰ In questo senso si veda ancora di recente Cass. civ., sez. III, 21 marzo 2013, n. 7115.

⁵¹ In argomento è imprescindibile l'opera di G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto*, Milano, 1980.

⁵² In tema, si veda anche L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo, dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo*, cit., p. 1207 e ss.

fluenza l'accertamento dei fatti costitutivi dell'illecito e che il mancato esperimento della tutela risarcitoria potrebbe, in molti casi, determinare una riduzione del *quantum* risarcitorio o, addirittura, il rigetto della domanda nel merito.

Vi sono, peraltro, ipotesi in cui l'azione risarcitoria è correttamente esercitata in via autonoma in quanto l'annullamento dell'atto sarebbe del tutto inutile per il privato danneggiato.

Considerato il termine di decadenza cui è soggetta l'azione di responsabilità, si può dire che questa potrà essere esperita e, se fondata, accolta quando il pregiudizio è circoscritto in un periodo di tempo limitato perché, per esempio, il provvedimento lesivo ha avuto un'efficacia meramente temporanea e relativamente breve.

Se, invece, come nella maggior parte dei casi, il provvedimento ha effetti durevoli o dovrebbe garantire un'utilità il cui godimento si protrae nel tempo, l'azione può incorrere nella falcidia di cui all'art. 30 co. 3 CPA, ultimo periodo. In questi casi il giudice dovrebbe valutare con estrema attenzione l'incidenza del mancato annullamento sull'ammontare dei danni⁵³.

Il meccanismo di cui all'art. 30 co. 3 ultimo periodo, in combinato disposto con la previsione del breve termine di decadenza, finisce per assorbire anche quei casi in cui la pregiudizialità dell'azione di annullamento sembra giustificata dal fatto che la richiesta dei danni finirebbe per avere effetti analoghi a quelli conseguibili con la sentenza costitutiva di annullamento.

Una di queste ipotesi si verifica, per esempio, a fronte di provvedimenti sanzionatori di natura pecuniaria, quando il privato chieda, a titolo risarcitorio, la ripetizione di quanto già corrisposto. Non solo qui l'azione risarcitoria sarebbe da qualificare piuttosto come tutela per l'ingiustificato arricchimento della pubblica amministrazione ex art. 2041 c.c. – la quale, notoriamente, può essere esperita solo in via sussidi-

⁵³ In tema si veda la sentenza del Cons. Stato, sez. V, 28 novembre 2012, n. 6010 dove l'azione risarcitoria esperita in via autonoma è stata accolta per una parte soltanto del danno richiesto (in particolare per il lucro cessante) in quanto il privato non aveva richiesto l'annullamento del provvedimento lesivo consistente in una concessione edilizia cui erano state apposte condizioni inattuabili e in contrasto con lo strumento urbanistico vigente.

diaria e in mancanza di altro rimedio specifico – ma, a rigore, non si dovrebbe neppure parlare di vera e propria pregiudizialità in quanto l'azione di responsabilità integrerebbe con molta probabilità un abuso del processo⁵⁴.

⁵⁴ L'abuso del processo sussiste, infatti, anche quando una parte ricorra ad uno strumento processuale non per ottenere l'effetto naturale proprio di questo, ma per raggiungere un effetto deviato perseguito comunque con tale rimedio.

LA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA NELLA NORMATIVA ITALIANA: UN PRINCIPIO IN EVOLUZIONE

Anna Simonati

SOMMARIO: 1. *La trasparenza amministrativa e la sua definizione legislativa: da garanzia di buon andamento a meccanismo di prevenzione e contrasto della corruzione.* 2. *Il rapporto fra trasparenza e pubblicità.* 3. *“Nuova” e “vecchia” trasparenza, efficienza ed economicità: componenti difficilmente conciliabili del principio di buona amministrazione.* 4. *I profili rimediali: la “nuova” trasparenza come principio self-executing?* 5. *Brevi considerazioni di sintesi.*

1. La trasparenza amministrativa e la sua definizione legislativa: da garanzia di buon andamento a meccanismo di prevenzione e contrasto della corruzione

Come è noto, da tempo la trasparenza è considerata pacificamente come uno dei corollari del principio costituzionale di buon andamento dell'attività amministrativa¹. Fino ad anni recenti, però, il legislatore ha evitato di definirla, in tal modo implicitamente dimostrando di accogliere la concezione via via elaborata dalla dottrina.

¹ In questi termini, v. per tutti M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'amministrazione*, in M.P. CHITI, G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 154 ss., e ID., *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, in particolare 90. Sul fondamento costituzionale del principio di trasparenza amministrativa, v. vari contributi contenuti in F. MERLONI, G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. UOLI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, nonché E. CARLONI, *I principi del codice della trasparenza*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013, 34 ss.

Il punto di partenza di tale riflessione è costituito dalle tesi a suo tempo espresse da Turati² e Chardon³. Alla luce della celeberrima metafora della “casa di vetro”, la trasparenza è stata indicata come il principio che impone alla p.a. di rendere la propria attività conoscibile nel suo dinamico dispiegarsi e controllabile nei suoi effetti finali⁴. La piena applicazione del principio non è inconciliabile con la permanenza di spazi coperti da segreto, ove questo si giustifichi con l'intento di proteggere interessi pubblici o interessi privati (per esempio, la tutela della riservatezza individuale) di fondamentale rilievo.

Una svolta significativa in questo contesto ormai sedimentato si è verificata con l'entrata in vigore del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, il qua-

² È appena il caso di ricordare la nota frase pronunciata da Turati nel 1908: «dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro». V. così F. TURATI, in *Atti del Parlamento italiano - Camera dei Deputati*, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, 22962. Non a caso, l'immagine della casa di vetro è sopravvissuta al suo ideatore ed è oggi diventata il simbolo della trasparenza.

³ H. Chardon – che pure riteneva che i cittadini dovessero essere tenuti all'oscuro delle scelte compiute dai depositari del potere pubblico e dei meccanismi che determinano il funzionamento dell'amministrazione – assumeva una concezione gerarchica, in base alla quale l'autorità superiore deve sempre essere in grado di controllare l'operato di quelle subordinate e quelle che si trovano in regime di reciproca equiordinazione devono essere in grado di comunicare consapevolmente tra loro e sono dunque tenute a trasmettersi reciprocamente le informazioni utili. Pertanto, egli è considerato in un certo qual modo il “padre” della concezione “verticale” della trasparenza. V. H. CHARDON, *L'administration de la France. Les fonctionnaires*, Paris, 1908, VI ss.

⁴ In questi termini si esprime soprattutto G. ABBAMONTE, *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Introduzione al tema*, in AA.VV., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione - Varenna 1989*, Milano, 1991, 13, a parere del quale il principio di trasparenza incarna una regola generale di correttezza nell'esercizio del potere, per cui la funzione pubblica deve risultare proprio «conoscibile [...] nei suoi vari svolgimenti e leggibile nei suoi prodotti finali». Sul tema v. anche a mero scopo esemplificativo, oltre alla dottrina già citata: G. ARENA (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2001; R. CHIEPPA, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1994, 613 ss.; A. CONTALDO, *Breve contributo per una definizione del principio di trasparenza*, in *Nuovo dir.*, 1993, I, 235 ss. S. PIRAINO, *La trasparenza dell'azione amministrativa: diafanità di un concetto*, *Nuova rass.*, 1991, 263 ss.

le, in attuazione dell'art. 1, c. 35, l. 6 novembre 2012, n. 190, ha razionalizzato – in parte innovandola – la disciplina degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni che incombono sulle autorità⁵. La riforma del 2013⁶ dimostra come stia mutando a livello normativo la percezione del ruolo dell'amministrazione nei suoi rapporti con i cittadini. Infatti, la definizione del concetto di trasparenza accolta nel 2013⁷ non è del tutto in linea con quella precedentemente elaborata dalla dottrina⁸ e dalla giurisprudenza⁹ italiane.

⁵ Per ragioni connesse alla necessaria sintesi di questo contributo mi limiterò ad esaminare la consistenza “oggettiva” del principio di trasparenza alla luce delle modifiche più recenti. Restano esclusi dall'analisi, invece, i profili connessi alla legittimazione soggettiva, attiva e passiva, all'esercizio degli interessi connessi al principio. Con riferimento all'ambito applicativo soggettivo del d.lgs. n. 33/2013, v. riassuntivamente, nella dottrina recente, F. DI LASCIO, *Trasparenza e controlli sulle imprese*, in *Munus*, 2014, 235 ss., e M. MACCHIA, *Gli obblighi di trasparenza per le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 767 ss.

⁶ Per un'analisi complessiva della riforma a ridosso della sua entrata in vigore, v., per esempio, B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, cit. Inoltre, v., per esempio: F. TENTONI, *Trasparenza “riservata”*, in *Azienditalia - Il Personale*, 2013, n. 5, 236 ss.; ID., *L'“oscura” trasparenza*, in *Azienditalia*, 2013, n. 3, 231 ss.; A.E. MATARAZZO, *Il nuovo codice della trasparenza*, in *Lo stato civ. italiano*, 2013, n. 5, 50 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica Amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *www.federalismi.it*, 2013, n. 8, 12 (consultato il 9 luglio 2015); P. CANAPARO, *Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: i nuovi confini della trasparenza pubblica e il diritto alla conoscibilità dell'azione amministrativa*, in *www.giustamm*, 2013, n. 4, 27 (consultato il 9 luglio 2015); G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: Un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 875 ss. Infine, v., in prospettiva in parte diversa, R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto di trasparenza e le politiche necessarie*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 30 marzo 2013 (consultato il 9 luglio 2015) e B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 123 ss. Peraltro, la l. 7 agosto 2015, n. 124 prevede nel prossimo futuro l'integrazione e la modificazione del decreto n. 33/2013: v. soprattutto artt. 1 e 7 della legge.

⁷ Sul punto v. B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, cit., 128, a parere del quale l'approvazione della l. n. 190/2012 (a cui, come si è detto, il d.lgs. n. 33/2013 è profondamente correlato) ha determinato «il passaggio [...] dal diritto d'accesso, come diritto degli individui ad accedere ai documenti o alle informazioni che li riguardano, alla pubblicità delle informazioni, che le amministrazioni hanno l'obbligo di rendere note a tutti i cittadini, spesso senza bisogno che nessuno lo chieda». V. anche

Da un lato, in perfetta continuità con il passato, il c. 2 dell'art. 1 del decreto n. 33 conferma sia il legame profondissimo con gli altri principi costituzionali, sia la pacifica compresenza della trasparenza amministrativa con eccezionali sacche di (legittima) opacità. Si afferma, infatti, che

la trasparenza, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali, concorre ad attuare il principio democratico e i principi costi-

le interessanti considerazioni di M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituz. Fed.*, 2013, 657 ss., a parere del quale nella riforma del 2013 emerge quanto meno una duplice valenza del principio di trasparenza, come meccanismo di garanzia contro la corruzione e come strumento a presidio della buona amministrazione. Infine, molto recentemente, v. A. NATALINI, G. VESPERINI (a cura di), *Il Big Bang della trasparenza*, Napoli, 2015.

⁸ Le opinioni avanzate in dottrina a proposito della consistenza giuridica della trasparenza sono assai numerose. Sia qui sufficiente richiamare, a scopo esemplificativo, la posizione di M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, cit., in particolare 89 ss., il quale precisa che, in base al principio di trasparenza, l'amministrazione «è obbligata ad assumere modelli organizzativi e forme comportamentali lineari, semplici, comprensibili e certi». Per una ricostruzione dell'evoluzione del concetto di trasparenza nell'ordinamento italiano, v., poi, A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, 2012; inoltre, v. ancora più recentemente V. ESPOSITO, F. DEL GRASSO, G. PASSANANTI, *Il diritto sociale alla trasparenza tra il diritto di accesso ed il diritto civico*, in *www.filodiritto.it*, 8 luglio 2013 (consultato il 9 luglio 2015).

⁹ In realtà, i giudici amministrativi raramente si soffermano a ricostruire e definire il concetto di trasparenza, limitandosi per lo più a darne per scontata la consistenza, che normalmente non si fa coincidere con la pubblicità dell'azione amministrativa. Alcune sentenze, però, richiamano espressamente l'immagine della “casa di vetro” per affermare che la trasparenza, quale corollario dei principi costituzionali di efficienza e buon andamento, deve applicarsi a tutti gli uffici pubblici. V., per esempio, Cons. St., IV, 14 aprile 2010, n. 2093, in *F. amm. - C.d.S.*, 2010, 822; analogamente, v. Tar Campania, Napoli, V, 2 marzo 2009, n. 1192, in *F. amm. - Tar*, 2009, 843, ove la medesima immagine è richiamata a fondamento della previsione del diritto di accesso ai documenti amministrativi; v., poi, Tar Campania, Napoli, VI, 31 gennaio 2005, in *F. amm. - Tar*, 2005, 212. È interessante anche C. conti, I, 9 gennaio 2008, n. 14, in *F. amm. - C.d.S.*, 2008, 194, in cui si ricostruisce la trasparenza come «immediata e agevole controllabilità di tutti i momenti e passaggi in cui si esplica l'operato di una p.a., onde garantirne e favorirne lo svolgimento imparziale».

tuzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione.

Inoltre, essa

è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino.

Dall'altro lato, però, nella prospettiva della disciplina del 2013, è profondamente mutata la portata semantica e operativa della stessa nozione di "trasparenza", che, come recita il c. 1 dell'art. 1¹⁰,

è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

Questa definizione è degna di nota per due ordini di ragioni.

¹⁰ Questa definizione non è sostanzialmente molto dissimile, in realtà, da quella già contenuta nell'art. 11, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni), in base al quale «la trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità». La disposizione è stata abrogata dall'art. 53, c. 1, lett. i), d.lgs. n. 33/2013. In proposito, v. per esempio, C. SILVESTRO, *Trasparenza e riforma Brunetta*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 706 ss.; v. anche P. CANAPARO, *Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: i nuovi confini della trasparenza pubblica e il diritto alla conoscibilità dell'azione amministrativa*, cit., il quale annovera fra gli antecedenti normativi rilevanti anche l'art. 10 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), che parla della pubblicità degli atti delle amministrazioni provinciali e comunali e del diritto dei cittadini di accedere alle informazioni in possesso dell'amministrazione.

In primo luogo, è lampante, sul piano sistematico, la discrepanza rispetto alla concezione tradizionale. In particolare, spicca la (apparente) incompatibilità con l'istituto – la cui sopravvivenza è ribadita più volte dal legislatore¹¹ – che della trasparenza tradizionale è forse il simbolo, cioè l'accesso ai documenti amministrativi *ex lege* n. 241/1990¹², il quale può essere esercitato esclusivamente dai titolari di un interesse qualificato, al fine di curarlo e difenderlo, mentre non può mai essere utilizzato per svolgere un controllo generalizzato sull'operato della p.a.

In secondo luogo, la definizione di trasparenza contenuta nel decreto n. 33 è formulata senza alcuna precisazione circa l'ampiezza del suo ambito applicativo e, di conseguenza, parrebbe assumere portata generale¹³. Ciò palesemente appare contraddittorio rispetto al mantenimento in vigore della nozione tradizionale, accolta nella l. n. 241/1990.

2. Il rapporto fra trasparenza e pubblicità

Il legislatore del 2013 offre una nozione di pubblicazione applicabile esclusivamente «ai fini del [...] decreto» n. 33¹⁴, che coincide con la

pubblicazione [...] nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, cui corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione.

¹¹ V. soprattutto il combinato disposto dei cc. 6 e 7 dell'art. 4, d.lgs. n. 33/2013.

¹² Evidenza in particolare il legame fra la trasparenza e il diritto di accesso ai documenti amministrativi F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, anche in www.astridonline.it (consultato il 9 luglio 2015), il quale sottolinea che la trasparenza richiede, da un lato, il rispetto da parte della p.a. delle regole procedurali e, dall'altro lato, la comprensibilità dell'azione amministrativa da parte degli amministrati.

¹³ Per quanto concerne la delimitazione della portata della nozione di pubblicazione contenuta nell'art. 2 ai soli fini del decreto n. 33, v. subito *infra*, par. 2.

¹⁴ V. così art. 2, c. 2.

È evidente, dunque, che la pubblicazione presa in considerazione è esclusivamente quella attuata per via telematica.

Come si è visto, però, la definizione di trasparenza proposta nell'art. 1, c. 1, del decreto sembrerebbe dare luogo a un generale obbligo di pubblicazione delle informazioni relative all'attività e all'organizzazione della p.a. La disciplina contenuta nel d.lgs. n. 33/2013 parrebbe discostarsi in maniera piuttosto significativa, dunque, dall'orientamento tradizionale¹⁵, segnando una linea di tendenziale sovrapposizione ontologica fra trasparenza e pubblicità¹⁶, che in gran parte deriva dalla scelta nel senso dell'apertura in vista della realizzazione degli obiettivi di contrasto alla corruzione alla base della riforma.

D'altra parte, la perdurante vigenza della normativa a fondamento dei segreti di diritto pubblico e della protezione dei dati personali inequivocabilmente dimostra la persistenza di una nozione di trasparenza amministrativa che non corrisponde affatto a quella proposta dal legi-

¹⁵ La dottrina da tempo riconosce come la trasparenza – che richiede la conoscenza e la comprensione dell'agire amministrativo – non si risolve affatto nella pubblicità, benché questa possa risultare funzionale alla prima; sul punto v., per esempio; R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416 ss.; G. ABBAMONTE, *Introduzione al tema*, in AA.VV., *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1991, 8 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa* (voce), in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5945 ss. e ID., *Trasparenza amministrativa* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, 1995, 1 ss.; F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. MERLONI, G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 9 ss.; M.R. SPASIANO, *Qualità e strumentalità del diritto di informazione*, in F. MANGANARO, A. ROMANO-TASSONE (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto di informazione*, Torino, 2005, 129 ss.

¹⁶ È di questa opinione anche M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, cit., 681. Analogamente, in senso critico rispetto alla scelta effettuata dal legislatore, v., poi, P. MARSOCCI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in *Istituz. Fed.*, 2013, 687 ss. Per una disamina generale del rapporto fra pubblicità e trasparenza v., nella dottrina recente, M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SATTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 143 ss.

slatore del 2013 in termini di accessibilità totale. In tal senso depone il riferimento al doveroso rispetto delle «disposizioni in materia [...] di protezione dei dati personali»¹⁷ e di quelle della l. n. 241/1990 sui limiti all'accesso ai documenti amministrativi; inoltre, l'art. 1 della stessa legge tuttora menziona sia la pubblicità sia la trasparenza fra i criteri basilari dell'attività della p.a. (con ciò palesando la loro reciproca diversità)¹⁸.

Del resto, gli obblighi di pubblicazione instaurati *ex novo* dal decreto n. 33 sono quantitativamente circoscritti e riguardano specifiche categorie di atti¹⁹. Si chiarisce, infatti, che i documenti, i dati e le informazioni pubblici sono quelli «oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente»²⁰. In realtà, la riforma del 2013 in pochi settori ha posto vincoli inediti di pubblicazione, limitandosi per lo più a “modernizzare” le modalità con cui questa, ove prescritta, deve avvenire²¹. Trova, dunque, indirettamente conferma l'impostazione tradiziona-

¹⁷ Il riferimento intuitivamente va alle norme del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), come emerge anche dalla precisazione di cui all'art. 4, c. 2, d.lgs. n. 33/2013, per cui la trasparenza «integra una finalità di rilevante interesse pubblico nel rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali». V. anche art. 4, cc. 1 e 5, del medesimo d.lgs. n. 33/2013. Per alcune considerazioni sul rapporto fra il decreto del 2013 e il cosiddetto “Codice della *privacy*”, anche alla luce delle pronunce del Garante per la protezione dei dati personali, v., per esempio, F. TENTONI, *Trasparenza “riservata”*, cit., 236 ss. V. anche B. PONTI, *Il regime dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria: i tempi, le modalità ed i limiti della diffusione; l'accesso civico; il diritto di riutilizzo*, in ID. (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, cit., 80 ss. In proposito, v. anche M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, cit., 670 ss., ove pure si segnalano le difficoltà di armonizzazione fra la trasparenza e la tutela della riservatezza individuale che emergono dalla formulazione del d.lgs. n. 33/2013.

¹⁸ Sul punto v., per esempio, F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, cit., in particolare 3 e 12, nonché P. MARSOCCI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, cit., 694 ss. V. anche M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, cit., 143 ss.

¹⁹ V. In tal senso CIVIT, del. n. 50/2013, 3 s.

²⁰ V. art. 3, d.lgs. n. 33/2013.

²¹ In dottrina si evidenzia come in realtà il decreto del 2013 abbia quanto meno intensificato alcuni obblighi di pubblicazione preesistenti. P. CANAPARO, *Il decreto legi-*

le accolta nella legge n. 241, in base alla quale la pubblicità si riconnette a precisi obblighi normativi²².

Resta il fatto che, in prospettiva generale, con la pubblicazione degli atti per i quali l'ordinamento espressamente prevede tale adempimento, non necessariamente è soddisfatto il parametro della trasparenza tradizionale, che richiede anche la "comprensibilità" delle informazioni da parte degli interessati²³. Può concludersi, pertanto, che, a ben vedere, nonostante l'intervento del decreto n. 33 apparentemente abbia determinato l'appiattimento di un concetto sull'altro, in realtà la "nuova" trasparenza/pubblicità/obbligo di pubblicazione *on line* non ha affatto soppiantato quella tradizionale. Di conseguenza, il dovere di trasparenza che incombe sulla p.a. continua ad imporle di operare in modo complessivamente efficiente e tale da consentire agli amministrati di interagire quanto più possibile consapevolmente con l'interlocutore pubblico.

slativo 14 marzo 2013, n. 33: i nuovi confini della trasparenza pubblica e il diritto alla conoscibilità dell'azione amministrativa, cit., ritiene che nuovi obblighi di pubblicazione riguardino soprattutto l'organizzazione dell'ente, nonché l'elenco dei provvedimenti "ad alto rischio", attinenti l'attività contrattuale e concorsuale. Secondo R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto di trasparenza e le politiche necessarie*, cit., gli ambiti che hanno subito un'innovazione concernono la pubblicazione dei dati relativi alla situazione patrimoniale dei titolari di organi di indirizzo politico, ai rendiconti dei gruppi consiliari regionali e provinciali, al conferimento di incarichi dirigenziali e consulenze, alle opere pubbliche e ai contratti pubblici, alla pianificazione e al governo del territorio, al servizio sanitario nazionale e alla realizzazione di interventi straordinari ed emergenziali derogatori della normativa vigente. In termini, v. anche F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica Amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, cit.

²² Nel testo della l. n. 241/1990 attualmente vigente, v. gli artt.: 2, c. 9 *bis*; 4, c. 2; 6, c. 1, lett. *d*); 8, c. 3; 14 *ter*, c. 10; 21 *bis*, c. 1; 26.

²³ V., per esempio, F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, cit., 3, il quale opportunamente richiama R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, cit., 419 ss.

3. “Nuova” e “vecchia” trasparenza, efficienza ed economicità: componenti difficilmente conciliabili del principio di buona amministrazione

Come si è detto, la nozione di trasparenza accolta dal legislatore del 2013 appare ontologicamente circoscritta. A ben vedere, infatti, essa si riduce all'introduzione dell'obbligo di pubblicazione *on line* con riferimento a categorie determinate di documenti, dati e informazioni.

La sopravvivenza di piani di opacità nella casa prevalentemente “vitre” dell'amministrazione solo apparentemente è in contrasto con l'instaurazione da parte dei soggetti pubblici di condotte realmente trasparenti. Al contrario, essa può a sua volta operare come fattore di efficienza, non solo in vista della tutela di preminenti interessi pubblici e fondamentali diritti individuali, ma anche nella prospettiva dell'intelligibilità della comunicazione, che talora richiede una selezione quantitativa a monte²⁴. Inoltre, va tenuto presente l'obiettivo del contenimento dei costi (strettamente economici e più latamente funzionali), che a fronte dell'apertura totale del bagaglio informativo in possesso della p.a. risulterebbero assai più onerosi²⁵. Non a caso, lo stesso d.lgs. n. 33/2013,

²⁴ Sui principi di economicità, efficacia ed efficienza dell'attività amministrativa, è particolarmente esauriente, nella dottrina recente, A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 22 ss. e soprattutto, con riferimento al rapporto fra efficienza e trasparenza, 49 ss. V. anche i numerosi riferimenti ivi indicati. Inoltre, v. M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Istit. Fed.*, 2013, 433, e F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, cit., 18 s. A proposito dei costi della trasparenza, v. per esempio, anche in prospettiva comparata, M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 797 s., nonché L. BERIONNI, *Attuazione della trasparenza: il responsabile per la trasparenza e l'invarianza finanziaria*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, cit., 372 ss.

²⁵ Con riferimento alle recenti riforme, sul punto v., per esempio, R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto di trasparenza e le politiche necessarie*, cit., *passim*. A proposito dei costi della trasparenza, v. per esempio, anche in prospettiva comparata, M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, cit., 797 s., nonché L. BERIONNI, *Attuazione della trasparenza: il re-*

pur intendendo estendere l'ampiezza del dovere ostensivo in capo all'amministrazione, vieta espressamente che ne derivi l'assunzione di «nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»²⁶.

L'aspirazione all'efficienza dell'operato dei soggetti pubblici parrebbe alla base anche di un tendenziale sforzo nel senso della semplificazione, che sembrerebbe aver indotto il legislatore della riforma ad escludere la previsione di compiti inediti di natura discrezionale. Infatti, in generale incombe sulla p.a. esclusivamente il dovere di verificare, alla luce della normativa vigente, la sussistenza del carattere della natura pubblica della documentazione²⁷. Le modalità di esecuzione dell'obbligo di pubblicazione, poi, sono indicate con precisione nel testo del decreto; pertanto, anche su questo fronte non sembrano profilarsi margini valutativi significativi.

Tuttavia, lo stesso decreto non esclude l'emersione di attribuzioni di natura discrezionale, allorché prevede la possibilità che, per dare esecuzione in modo più puntuale ed esauriente al “nuovo” principio di trasparenza amministrativa, siano individuate categorie di dati o documenti, ulteriori rispetto a quelli interessati dall'obbligo normativo di pubblicazione, che, se pur con l'adozione di alcune precauzioni, sia opportuno rendere accessibili alla collettività. In altri termini, un possibile profilo di complicazione deriva dal fatto che, alla luce della recente disciplina, sta alla buona volontà delle singole amministrazioni andare anche oltre il livello minimo di trasparenza, coincidente con l'inserimento nei siti

sponsabile per la trasparenza e l'invarianza finanziaria, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, cit., 372 ss.

²⁶ V. art. 51.

²⁷ Il c. 1 dell'art. 4 esclude esplicitamente dall'obbligo di pubblicazione i dati sensibili e giudiziari. Precisamente, in base a questa disposizione, «gli obblighi di pubblicazione dei dati personali diversi dai dati sensibili e dai dati giudiziari, di cui all'articolo 4, comma 1, lett. d) ed e) del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, comportano la possibilità di una diffusione dei dati medesimi attraverso siti istituzionali, nonché il loro trattamento secondo modalità che ne consentono la indicizzazione e la rintracciabilità tramite i motori di ricerca web ed il loro riutilizzo ai sensi dell'articolo 7 nel rispetto dei principi sul trattamento dei dati personali». Il c. 4 del medesimo art. 4 stabilisce ulteriormente che l'obbligo di pubblicazione di atti o documenti non può mai coinvolgere «dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità di trasparenza della pubblicazione».

istituzionali delle informazioni “pubbliche per legge”. È prevista, infatti, la facoltà di pubblicare *online* gruppi ulteriori di documenti, previa (indispensabile) «anonimizzazione dei dati personali eventualmente presenti»²⁸, compatibilmente con la necessità, richiamata in apertura del decreto, di garantire il rispetto delle disposizioni in materia di segreto pubblicistico e di protezione dei dati personali²⁹.

In realtà, anche da queste previsioni può desumersi la perdurante vitalità della concezione tradizionale della trasparenza amministrativa, che trova conferma nel *favor* legislativo per l’instaurazione di un rapporto dialogico fra amministrazione e amministrati al di là dei ristretti confini normativi. In concreto, tuttavia, pare improbabile ipotizzare l’inserimento *on line* del testo integrale di provvedimenti singoli diversi da quelli pubblici per legge³⁰, se non nei casi in cui la mera omissione delle generalità dei soggetti a cui si riferiscono garantisca pacificamente l’assenza di rischi di illegittima violazione della riservatezza individuale. Invece, ove quei rischi permanessero, anche potenzialmente, la complessità degli adempimenti richiesti all’autorità depositaria della documentazione renderebbe probabilmente antieconomico procedere in tal senso³¹. Pertanto, la via della pubblicazione *on line* di informazioni diverse da quelle pubbliche per legge sarà forse concretamente applicata solo ai dati di natura statistica o comunque conservati in forma aggrega-

²⁸ V. così art. 4, c. 3, d.lgs. n. 33/2013.

²⁹ V. così art. 1, c. 2, d.lgs. n. 33/2013.

³⁰ Per esempio, v. artt. 23 e 26-27, d.lgs. n. 33/2013.

³¹ V., tuttavia, CIVIT, del. n. 50/2013, 13 s., ove sul punto sembra essere accolta una concezione della trasparenza ben più ampia di quella espressa nel d.lgs. n. 33 e assai più vicina a quella tradizionale. In generale, l’Autorità auspica la pubblicazione *on line* di dati ulteriori a quelli pubblici per legge ove ciò appaia funzionale alle esigenze dei portatori di interessi qualificati in senso lato. Per esempio, indica le informazioni contenute in documenti che statisticamente sono frequentemente oggetto di istanze di accesso ex l. n. 241/1990, oppure le informazioni frutto di elaborazioni “di secondo livello” idonee a rendere più agevolmente comprensibili dagli amministrati quelle oggetto di pubblicazione obbligatoria. Nonostante l’intento di conciliare le diverse anime della trasparenza sia indubbiamente encomiabile, l’orientamento seguito dalla CIVIT pecca forse di eccessivo ottimismo e rischia di restare lettera morta, quanto meno a causa del limite di invarianza finanziaria nell’attuazione del decreto n. 33, di cui all’art. 51.

ta, cioè in modo tale da escludere alla radice qualsiasi pericolo di indebita lesione delle regole a difesa dei dati personali. Con ogni probabilità, i numerosi profili di complessità connessi alla valutazione dei rischi (in particolare, rispetto alla tutela della riservatezza individuale) derivanti da pubblicazioni non sufficientemente “ponderate” risulteranno fortemente disincentivanti all’assunzione da parte delle autorità di comportamenti virtuosamente trasparenti oltre quanto indispensabile³².

In questa direzione depone anche l’analisi del contributo fornito, sul piano interpretativo, nei mesi immediatamente successivi all’entrata in vigore della riforma, dal Garante per la protezione dei dati personali, il quale, nelle Linee Guida del 2014 sui trattamenti effettuati da soggetti pubblici per finalità di pubblicità e trasparenza *on line*³³, richiama con forza proprio l’esigenza che le autorità prestino particolare attenzione al rispetto del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Precisamente, secondo il Garante, è possibile procedere alla pubblicazione dei dati personali solo se strettamente necessario³⁴ e comunque con esclusione di quelli inerenti alla vita sessuale e allo stato di salute delle persone³⁵. Inoltre, il Garante tiene distinte le fattispecie in cui è prevista normativamente la pubblicità di documenti, dati o informazioni per ragioni connesse alla tutela della trasparenza amministrativa da quelle in cui la *ratio* è diversa; in proposito, afferma che le disposizioni del decreto n. 33 sarebbero pienamente applicabili alle prime e non alle seconde³⁶. Ulteriori precisa-

³² A maggior ragione, risulterà disincentivante all’assunzione di prassi virtuose il disposto dell’art. 51, d.lgs. n. 33/2013, che vieta l’assunzione di «nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica» a seguito dell’attuazione della riforma.

³³ Precisamente, v. Gar. prot. dati pers., All. del. 15 maggio 2014, n. 243, 31 ss.

³⁴ Sul principio di necessità applicabile ai trattamenti di dati personali, v. art. 8 e art. 11, c. I, lett. d), d.lgs. n. 196/2003.

³⁵ V. Linee Guida Gar. prot. dati pers., 8 ss.

³⁶ V. Linee Guida Gar. prot. dati pers., 5 ss. L’opinione ivi espressa dal Garante, però, non mi sembra del tutto condivisibile. In particolare, è forse eccessivo richiedere alle autorità di verificare quale sia la *ratio* di ogni previsione normativa che richiede la pubblicazione di documenti o informazioni. Al di là della difficoltà oggettiva di ricostruirla correttamente (magari, a distanza di tempo dall’emanazione della relativa fonte normativa), della rilevanza giuridica di tale elemento non c’è traccia nell’articolato del d.lgs. n. 33/2013, ma neppure essa è riconducibile – credo – al sistema del d.lgs. n. 196/2003.

zioni sono svolte per chiarire che non tutti i dati pubblicati *on line* possono essere resi liberamente riutilizzabili dai privati³⁷: lo sono certamente soltanto quelli pubblicati in forma aggregata, mentre per quanto concerne quelli personali è richiesta una valutazione caso per caso³⁸.

In un'altra prospettiva, la compatibilità fra la "nuova" trasparenza e quella tradizionale, all'insegna dell'obiettivo dell'efficienza amministrativa, emerge, poi, sul fronte della qualità della comunicazione pubblica. Infatti, se «il diritto ad essere informati è ormai riconosciuto sotto forma di affermazione generalizzata del principio della pubblicità dell'azione amministrativa», tuttavia

l'esperienza derivante dall'applicazione di tale principio dimostra che la conoscibilità non è sufficiente, perché poi non tutti e non sempre sono in grado di passare dalla potenzialità della conoscenza alla conoscenza vera e propria e da questa alla comprensione, intesa come interpretazione della realtà³⁹.

Pertanto, il dovere di trasparenza, quale corollario del principio di buon andamento amministrativo, ha a che fare anche con la chiarezza del linguaggio utilizzato e con l'eshaustività delle informazioni fornite.

Su questo fronte, nello stesso decreto n. 33 non si esclude affatto che il dovere di trasparenza vada ben oltre l'adesione all'obbligo di pubblicare sul sito *web* dell'ente documenti, informazioni e dati determinati.

³⁷ La norma di riferimento è l'art. 7, d.lgs. n. 33/2013, in base al quale «i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente [...] sono pubblicati in formato di tipo aperto ai sensi dell'articolo 68 del Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e sono riutilizzabili ai sensi del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, senza ulteriori restrizioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità».

³⁸ V. Linee Guida Gar. prot. dati pers., 14 ss., ove sono anche richiamate la normativa nazionale e quella europea di riferimento.

³⁹ V. G. ARENA, M. BOMBARDELLI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, Napoli, 2006, 412. In prospettiva in parte diversa, P. CANAPARO, *Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: i nuovi confini della trasparenza pubblica e il diritto alla conoscibilità dell'azione amministrativa*, cit., paventa il rischio che la recente normativa, gravando le amministrazioni di oneri eccessivi, determini in concreto una «opacità per confusione».

Anzi, nell'art. 6 sono indicati una serie di parametri degli elementi sottoposti a pubblicazione *on line*, che rappresentano una sorta di “livello qualitativo minimo”⁴⁰ che deve essere assicurato. Precisamente, si parla di requisiti quali integrità, aggiornamento, completezza, tempestività dell'inserimento nel sito, semplicità di consultazione, comprensibilità⁴¹, facile accessibilità, conformità ai documenti originali, riutilizzabilità.

Dalla norma ora richiamata pare potersi desumere l'attenzione per l'armonizzazione fra l'adempimento dei doveri puntuali di pubblicazione *on line*, introdotti nel 2013, e il rispetto di parametri più “ambiziosi”, che rappresentano altrettante manifestazioni del principio generale di trasparenza. Il risultato complessivo palesa, però, le difficoltà correlate alla convivenza fra i vari aspetti. In primo luogo, a stretto rigore⁴² non è prevista in capo all'amministrazione alcuna specifica sanzione per la violazione dell'art. 6. Inoltre, la sua piena implementazione richiederebbe in molti casi l'attivazione di idonee misure organizzative e gestionali, in concreto pressoché impraticabile, soprattutto alla luce del vincolo di invarianza finanziaria nell'attuazione del decreto n. 33, di cui all'art. 51.

In tale prospettiva, dovrà essere interpretata e attuata (mi sembra) la precisazione contenuta nel c. 3 dell'art. 1, d.lgs. n. 33/2013, in base al quale la recente disciplina integra

⁴⁰ Sulla qualità delle informazioni oggetto di trasparenza amministrativa, v., per esempio, E. CARLONI, *I principi del codice della trasparenza*, cit., 49 ss.

⁴¹ Stabilisce che la pubblicazione dei dati debba avvenire «in modo [...] facilmente comprensibile» anche l'art. 25 del decreto.

⁴² Rileva in particolare, nell'ambito dello scarno impianto sanzionatorio predisposto dal legislatore del 2013, l'art. 46, c. 1, del decreto n. 33. In base a questa disposizione, «l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente [...] costituis[...e] elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione [...] ed è] comunque valutat[...] ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili». Alla luce della formulazione della norma (in cui si fa riferimento specificamente agli obblighi di pubblicazione e non genericamente agli obblighi conseguenti all'applicazione della disciplina nel suo insieme), mi sembra che si possa evincere che la responsabilità ricorre esclusivamente a fronte di comportamenti omissivi in relazione all'*an* – e non anche al *quomodo* – della pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione.

l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione.

Al di là dell'immediata constatazione dell'impatto vincolante prodotto dalla disposizione ora indicata sul potere dei legislatori regionali⁴³, la sua effettiva portata potrà essere valutata solo fra qualche tempo. Soprattutto, sarà interessante verificare le modalità della sua attuazione da parte delle amministrazioni regionali e degli enti locali⁴⁴. In particolare con riferimento a questi ultimi, alla piena adesione alle norme puntuali del decreto (che non lasciano alcun margine valutativo in sede applicativa) si affiancherà probabilmente un notevole livello di flessibilità per quanto concerne il rispetto dei parametri qualitativi di cui all'art. 6,

⁴³ Per quanto riguarda il ruolo dei legislatori regionali (anche rispetto a quello del legislatore nazionale) a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione nel 2001, v., nell'ambito della sterminata bibliografia prodotta in più di un decennio, G. FALCON, *La legislatura rilegittimata e le riforme*, in *Le Regioni*, 2014, 5 ss., nonché ID., *Le autonomie della Repubblica. La realizzazione concreta nella giurisprudenza costituzionale*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Le autonomie della Repubblica: la realizzazione concreta. Atti del Seminario, Roma, 11 giugno 2012*, Milano, 2013, 71 ss. e ID., *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2011, 241 ss.; precedentemente, v., per esempio, ID., *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 3 ss. e ID., *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, *ivi*, 2011, 1247 ss. Nella prospettiva dell'imminente ulteriore riforma costituzionale, v. anche, recentemente, G. FALCON, *La riforme costituzionale nello specchio del regionalismo*, in *Le Regioni*, 2015, 3 ss.

⁴⁴ In particolare, dalla configurazione della predisposizione delle misure di trasparenza in termini di livello essenziale delle prestazioni si potrebbero trarre, un po' provocatoriamente, una serie di deduzioni circa l'ampiezza dei doveri gravanti sui singoli enti pubblici, che consisterebbero, a ben vedere, nell'obbligo non solo di predisporre un sito *web*, ma anche di mettere (gratuitamente) a disposizione dell'utenza una postazione *internet* e forse anche di farla presidiare da un dipendente in grado di assistere nelle loro ricerche i cittadini privi di un livello sufficiente di alfabetizzazione giuridica. È appena il caso di sottolineare che, qualora si ricostruisse in questi termini il vincolo di cui all'art. 117, c. 2, lett. *m*), Cost., la sua attuazione nel rispetto del limite dell'invarianza finanziaria di cui all'art. 51, d.lgs. n. 33/2013 assumerebbe contorni puramente utopistici.

che difficilmente potranno essere soddisfatti senza costi aggiuntivi per l'amministrazione⁴⁵.

Da quanto precede si evince come la riforma del 2013 in realtà costringa i soggetti pubblici alle prese con l'adesione a ("vecchie" e) nuove regole di trasparenza, a confrontarsi con doveri di efficienza sempre più complessi. In questo quadro composito, proprio il principio di trasparenza nella sua accezione tradizionale dovrà costituire, mi pare, un irrinunciabile punto di riferimento per l'assunzione delle scelte operative a cui ciascuna autorità sarà chiamata.

4. I profili rimediali: la "nuova" trasparenza come principio self-executing?

L'art. 50 del decreto n. 33 afferma che «le controversie relative agli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente sono disciplinate dal decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104». Quindi, il Codice del processo amministrativo è richiamato nel suo insieme e non con riferimento a specifiche disposizioni. Alcune di queste, però, sono state modificate proprio per consentirne l'applicazione nella fattispecie di lesione del "nuovo" principio di trasparenza. Si tratta, in primo luogo, dell'art. 23 del Codice, che autorizza le parti a stare «in giudizio perso-

⁴⁵ Questo profilo è strettamente correlato al dibattito circa la possibilità di riconoscere un diritto individuale ad accedere ad *internet*. In caso affermativo, evidentemente, la rilevanza di tale diritto si intensificherebbe nel campo del diritto amministrativo, ove la riforma del 2013 ha esplicitamente ricondotto la possibilità in capo a chiunque di esercitare l'accesso civico sui dati inseriti nei siti *web* istituzionali all'esercizio di un controllo diffuso sul rispetto da parte dei soggetti pubblici dei principi di legalità e buona amministrazione. Sul tema, v. in dottrina, per esempio: P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta online*, 2012, 14; L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Pol. dir.*, 2012, 263 ss.; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Munus*, 2011, 121 ss.; P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in *Consulta online*, 2011, 37; F. BORGIA, *Riflessioni sull'accesso ad Internet come diritto umano*, in *La comunità intern.*, 395 ss. In proposito, v. oggi anche la l. n. 124/2015, in particolare art. 1.

nalmente senza l'assistenza del difensore»⁴⁶. Inoltre, è prevista l'estensione ai giudizi in materia di trasparenza della regola della trattazione in camera di consiglio⁴⁷ ed essi sono inseriti fra le ipotesi di giurisdizione esclusiva⁴⁸.

Qualche incertezza può essere espressa per quanto riguarda la natura dell'azione proponibile a fronte della condotta di un'autorità, incompatibile con le norme contenute nel decreto n. 33 diverse⁴⁹ dall'art. 5 sull'esercizio del diritto di accesso civico⁵⁰. È ragionevole supporre, in generale, che la fattispecie più frequente fra quelle contestate sarà quella in cui la p.a. abbia tenuto comportamenti omissivi. La via maestra sembra essere, dunque, quella dell'esperimento di un'azione di condanna⁵¹, per ottenere dal giudice l'emanazione di un ordine di adempimento alle prescrizioni normative (eventualmente, congiuntamente alla richiesta di risarcimento del danno, subito a causa della condotta tenuta dall'autorità). Ove permanessero, eccezionalmente, margini valutativi in capo all'amministrazione, il giudice potrebbe comunque essere adito, salvo ovviamente nominare un commissario *ad acta*⁵² per l'adozione

⁴⁶ Naturalmente, la norma così dispone nella formulazione successiva alla riforma operata dall'art. 52, c. 4, lett. a), d.lgs. n. 33/2013.

⁴⁷ V. art. 87, c. 2, lett. c) del Codice, come modificato dall'art. 52, c. 4, lett. b), d.lgs. n. 33/2013.

⁴⁸ V. art. 133, lett. a), num. 6 del Codice, come modificato dall'art. 52, c. 4, lett. e), d.lgs. n. 33/2013.

⁴⁹ La fattispecie potrebbe consistere, per esempio, nella violazione del termine quinquennale o di quello coincidente con la perdurante efficacia dell'atto, *ex art. 8, c. 3, d.lgs. n. 33/2013*. Ancora, si pensi alla possibile violazione del dovere di predisporre apposite sezioni dei siti *web* in cui collocare i dati accessibili, *ex art. 9*. Un altro esempio concerne la violazione dell'art. 10 sulla predisposizione del programma triennale per la trasparenza e l'integrità. Come già si è segnalato (v. *supra*, par. 3.), profili di ulteriore complessità emergono, poi, rispetto all'attuazione dell'art. 6, che richiede un livello qualitativo minimo dei dati pubblicati.

⁵⁰ Come si preciserà subito *infra* nel testo, tale fattispecie va tenuta distinta dalle altre poiché in questo caso è prevista la piena applicazione delle norme dettate nel Codice del processo per il giudizio speciale in materia di accesso ai documenti amministrativi.

⁵¹ V. art. 30, Codice del processo amministrativo.

⁵² A questo riguardo, sembra logico ed efficiente prevedere la coincidenza soggettiva fra il commissario e il responsabile della trasparenza.

delle conseguenti iniziative⁵³. Tale soluzione sembrerebbe astrattamente praticabile anche laddove non sia stato garantito il livello qualitativo minimo dei dati pubblicati, *ex art. 6 del decreto n. 33*; non vanno dimenticate, però, le perplessità espresse a proposito delle (nell'immediato, improbabili) ripercussioni virtuose concrete di quella disposizione⁵⁴.

Qualche considerazione ulteriore merita la disciplina processuale dettata per i casi in cui si lamenti la lesione del diritto di accesso civico. L'art. 5, d.lgs. n. 33/2013 prevede che chiunque possa presentare una richiesta all'autorità competente, affinché integri il contenuto del sito *web*⁵⁵. Non sono previsti limiti per la legittimazione soggettiva dell'istante e la domanda (che va inoltrata al responsabile della trasparenza, senza alcun onere economico) non deve essere motivata; entro trenta giorni, l'amministrazione procede alla pubblicazione del documento, dell'informazione o del dato richiesto e lo trasmette contestualmente al richiedente, ovvero gli comunica l'avvenuta pubblicazione, indicando il relativo collegamento ipertestuale⁵⁶. Con una formulazione quanto mai

⁵³ V. in proposito l'art. 21 del Codice del processo amministrativo.

⁵⁴ V. *supra*, par. 3.

⁵⁵ In dottrina, sul punto, v., per esempio, R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto di trasparenza e le politiche necessarie*, cit., e F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica Amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, cit. V. anche A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, cit., 734. Si sofferma sinteticamente sul rapporto fra l'accesso ai documenti amministrativi e l'accesso civico M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, cit., 425 ss.

⁵⁶ È significativo, poi, il riferimento alla possibile attivazione di poteri sostitutivi nell'ipotesi di inerzia dell'autorità competente. Precisamente, il potere sostitutivo è esercitato in base al c. 9 *bis* dell'art. 2, l. n. 241/1990, il quale prevede che: «l'organo di governo individua, nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione, il soggetto cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia. Nell'ipotesi di omessa individuazione il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione. Per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella homepage, l'indicazione del soggetto a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi [...]. Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi

sintetica, l'art. 5, c. 5, del decreto n. 33 stabilisce che pure «la tutela del diritto di accesso civico è disciplinata dalle disposizioni» contenute nel d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Inoltre, l'art. 116 del Codice del processo amministrativo equipara ora il rito⁵⁷ predisposto per l'accesso ai documenti e quello per l'esercizio dell'accesso civico⁵⁸. Di fatto, dunque, il legislatore del 2013 si è limitato ad assimilare, ai fini processuali⁵⁹, la tutela dell'accesso tradizionale e quella dei diritti connessi ai (rinforzati) obblighi di pubblicazione *on line* conseguenti alle regole sulla “nuova” trasparenza amministrativa⁶⁰.

nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria».

⁵⁷ Pertanto, alla tutela dell'accesso civico si applicheranno la norma che impone l'integrazione del contraddittorio (v. art. 49, d.lgs. n. 104/2010), quella che consente alle parti di stare in giudizio personalmente, senza l'assistenza di un difensore tecnico (v. art. 23, d.lgs. n. 104/2010), quella che impone, per ragioni di celerità, la trattazione della causa in camera di consiglio (v. art. 87, c. 2, lett. c), d.lgs. n. 104/2010), nonché la norma che qualifica in termini di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo il processo in materia di accesso ai documenti e ora anche quello in materia di «tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza» (v. art. 133, c. 1, n. 6, d.lgs. n. 104/2010, come modificato, da ultimo, dall'art. 52, c. 4, lett. c), d.lgs. n. 33/2013, a proposito del quale M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, cit., 443 ss., solleva qualche perplessità proprio sulla generale attribuzione di queste controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo).

⁵⁸ V. art. 116, c. 1, d.lgs. n. 104/2010. A proposito di questa disposizione e dei numerosi profili problematici che la contraddistinguono, sia consentito richiamare A. SIMONATI, M. CALABRÒ, *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., in particolare 1185 ss.; v. i numerosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali ivi indicati.

⁵⁹ V. anche, in prospettiva generale, l'art. 50, d.lgs. n. 33/2013.

⁶⁰ L'equiparazione legislativa dell'accesso tradizionale e dell'accesso civico sul piano rimediabile sta a mio giudizio alla base dell'orientamento giurisprudenziale in base al quale i due istituti sono suscettibili di intersecarsi, potenzialmente fino a sovrapporsi. In particolare, in alcune sentenze, a fronte di istanze di accesso tradizionale presentate in base agli artt. 22 segg., l. n. 241/1990, il giudice, dopo aver constatato che i documenti oggetto della richiesta rigettata dalla p.a. rientrano fra quelli sottoposti al d.lgs. n. 33, ingiunge all'amministrazione di pubblicarli *online*, consentendo dunque al ricorrente l'esercizio (non dell'accesso ai documenti amministrativi, che aveva chiesto, bensì) dell'accesso civico: v. così, per esempio, Cons. St., VI, 24 febbraio 2014, n. 865 (in <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsavvocati/ucmProxy>, consultato il 9 luglio 2015) e Id., sez. V, 11/02/2014, n. 648 (in <https://www.giustizia-amministrativa.it/cds>

Un profilo problematico comune a tutte le fattispecie, che emerge dalla formulazione del decreto, ha a che fare con la determinazione della legittimazione alla presentazione del ricorso. Con specifico riferimento alla protezione del diritto di accesso civico, in dottrina è stata avanzata la tesi per cui il giudizio potrebbe essere instaurato da chiunque; tale iniziativa, secondo questa opinione, sarebbe assimilabile all'esercizio di un'azione popolare⁶¹. In realtà, a mio parere, dalla legittimazione diffusa all'esercizio dell'accesso civico deriva (più che la configurazione di un'azione popolare *tout court*) la legittimazione ad attivare la tutela in sede giurisdizionale non del *quisquis de populo*, ma esclusivamente dell'autore della richiesta di accesso civico a cui la p.a. non abbia risposto o abbia risposto in modo non soddisfacente⁶². La stessa soluzione, mi pare, dovrebbe applicarsi qualora l'istanza del pri-

avvocati/ucmProxy, consultato il 9 luglio 2015). Tuttavia, mi pare più corretta T.A.R. Lazio, Latina, I, 9 dicembre 2014, n. 1046, in *F. amm. Tar*, 2014, 3231 in cui, in ossequio ai principi generali, si è dichiarato inammissibile il ricorso presentato ex art. 116 c.p.a. senza chiarirvi quale dei due accessi si desiderasse ottenere. Dalla valorizzazione delle analogie fra l'accesso tradizionale e l'accesso civico deriva anche l'opinione, occasionalmente espressa nella giurisprudenza amministrativa senza ulteriori precisazioni, per cui i due istituti potrebbero essere esercitati anche congiuntamente sul medesimo documento, ove ricorrano contemporaneamente i presupposti previsti nella l. n. 241/1990 e nel d.lgs. n. 33/2013: v. T.A.R. Campania, Napoli, VI, 5 novembre 2014, n. 5671, in *Dir. giust.*, 1 dicembre 2014.

⁶¹ V. così, per esempio, B. PONTI, *Il codice della trasparenza amministrativa: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa on-line*, cit., il quale, appunto, espressamente individua a sostegno del diritto di accesso civico «un meccanismo di implementazione (in caso di inadempimento dell'obbligo di pubblicazione) attivabile da chiunque, quasi nella forma dell'azione popolare». V. anche S. TOSCHEI, *Accesso civico: per l'utente arriva l'azione diffusa*, in *Guida dir.*, 2013, n. 18, 73 ss., e F. DINELLI, *Le sanzioni per le violazioni degli obblighi di pubblicazione e la tutela giurisdizionale dell'accesso civico*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, cit., 418 ss.

⁶² Secondo M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, cit., 431 ss., il diritto di accesso civico di cui all'art. 5, d.lgs. n. 33/2013 (distinto e strumentale rispetto al generale diritto alla conoscibilità delle informazioni relative all'azione amministrativa) «riceve [...] la tutela tipica dell'interesse legittimo»; anch'egli nega che a difesa del diritto di accesso civico si ponga un'azione popolare in senso tecnico (*ivi*, 436 ss.).

vato disattesa dall'amministrazione riguardi altri adempimenti connessi ai "nuovi" doveri di trasparenza.

Per quanto riguarda, poi, la gestione dell'esito del processo, sarà necessario prestare attenzione all'art. 116, c. 4, d.lgs. n. 104/2010, in base al quale il giudice adito, «sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione dei documenti richiesti, [...] dettando, ove occorra, le relative modalità»⁶³. In proposito, rileva attualmente anche il c. 30 dell'art. 1, l. n. 190/2012, che obbliga le amministrazioni a consentire agli interessati l'accesso *ex artt.* 22 segg., l. n. 241/1990, in via informatica, mediante predisposizione di adeguati meccanismi di identificazione.

In prospettiva generale, emerge come la disciplina vigente abbia tendenzialmente determinato un'intensificazione delle garanzie poste a presidio dell'efficacia della trasparenza. Tale maggiore sensibilità, tuttavia, difficilmente è suscettibile di tradursi – quanto meno, nell'immediato – nella concreta esigibilità di comportamenti pubblici trasparenti, al di là del rispetto puntuale degli obblighi tassativi.

5. Brevi considerazioni di sintesi

Lo sforzo compiuto dal legislatore del 2013 nel senso della codificazione del concetto di trasparenza va interpretato in stretta connessione con le finalità di prevenzione e repressione della corruzione nell'azione amministrativa. Rispetto al perseguimento di tale obiettivo, la riforma certamente è suscettibile di produrre un importante passo avanti, grazie alle previsioni puntuali che instaurano virtuosi circuiti di controllabilità dell'attività dei soggetti pubblici. D'altro canto, è necessario precisare che la variazione concettuale apportata dal d.lgs. n. 33/2013 nella nozione di trasparenza amministrativa va rigorosamente circoscritta a livello ermeneutico nella sua portata, proprio alla luce dell'elemento teleologico che la contraddistingue.

⁶³ Questa è la formulazione risultante dalla modifica prodotta dall'art. 52, c. 4, lett. d), d.lgs. n. 33/2013.

Invero, dall'analisi "isolata" del decreto n. 33 si dovrebbe evincere che il principio di trasparenza oggi assume una portata semantica variabile, a seconda dell'ambito in cui trova applicazione. Potremmo infatti affermare che la "nuova" trasparenza, definita dal legislatore come accessibilità totale alle informazioni, sostanzialmente coincide con la pubblicazione *on line* esclusivamente di documenti, dati e informazioni pubblici per legge. Dunque, la "nuova" trasparenza non comporta un obbligo generale e contenutisticamente indiscriminato di pubblicazione degli atti e dei dati. La pubblicazione, anzi, continua a corrispondere a norme specifiche e puntuali e il legislatore del 2013 espressamente ha fatto salvi i limiti che impongono margini di segretezza a protezione dell'interesse pubblico e della riservatezza dei dati personali. Del resto, lo stesso concetto di pubblicazione si biforca, quanto meno sul piano modale, poiché all'accezione originaria connessa con la piena ed immediata disponibilità delle informazioni a vantaggio della collettività si affianca la pubblicazione (soltanto) come esibizione dei dati nei siti *web* delle amministrazioni, a cui è dedicato il decreto.

Pertanto, quasi paradossalmente, la nozione di trasparenza accolta nel diritto positivo più recente appare meno ampia di quella tradizionale. Mentre la prima impone (esclusivamente) la pubblicità (per quanto in concreto in via tendenziale, cioè obbligatoriamente solo entro i limiti dei vincoli normativi), la seconda sicuramente non si risolve nella libera ostensibilità degli atti e nella piena circolazione dei dati in possesso della p.a. e ha a che fare anche con l'efficacia della comunicazione pubblica.

Del resto, come si è tentato (in queste pagine e più diffusamente in altra sede)⁶⁴ di dimostrare, in vari punti lo stesso decreto del 2013 dimostra di accogliere e richiamare la nozione tradizionale di trasparenza. Pertanto, può essere utile tenere ben distinto il piano dei principi – in cui la trasparenza non sembra avere oggi essenzialmente mutato la sua natura – e quello delle norme puntuali, in cui diversi significati convivono. Questa via è percorribile se si ritiene che, a dispetto della sua portata apparentemente generale, la definizione contenuta nell'art. 1, d.lgs.

⁶⁴ Sia consentito richiamare A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, 749 ss.

n. 33/2013 possa operare solo nei ristretti limiti dell'applicazione del decreto medesimo, in un regime di parallelismo con quanto esplicitamente indicato rispetto alla definizione della pubblicità contenuta nell'art. 2. La linea ora indicata con ogni probabilità corrisponde al reale intento del legislatore del 2013, che in vario modo dimostra di non voler sostituire il "nuovo" concetto di trasparenza a quello tradizionale.

Certo, ciò non significa che la recente riforma non abbia affatto inciso sul panorama pregresso. Anzi, come pure si è visto, gli accresciuti obblighi di pubblicazione *on line* di dati, informazioni e documenti richiederanno alla p.a. maggiore attenzione e sensibilità, per armonizzare le disposizioni successive con quelle preesistenti, in particolare con riferimento alla disciplina del trattamento dei dati personali e a quella del diritto di accesso ai documenti *ex l. n. 241/1990*. Diviene, dunque, sempre più sfaccettato e complesso il rapporto fra trasparenza ed efficienza dell'azione amministrativa, entrambi corollari del macro-criterio del buon andamento. La loro pacifica convivenza richiederà nel prossimo futuro l'assunzione di scelte delicate, con cui ciascun soggetto pubblico dovrà calibrare attentamente il proprio ruolo ed instaurare con i cittadini un rapporto dialogico costante, improntato alla massima apertura possibile nel rispetto dei diritti individuali alla riservatezza e degli interessi pubblici basilari, che richiedono peraltro la permanenza, per quanto in via eccezionale, di ambiti di segretezza dell'operato delle autorità.

ESISTE L'AUTOAMMINISTRAZIONE DEI PRIVATI?

Leopoldo Zuanelli Brambilla

SOMMARIO: 1. *L'ambito dell'indagine: l'autoamministrazione tra amministrazione privata e amministrazione pubblica.* 2. *Amministrazione, partecipazione e illusioni ottiche.* 3. *Il procedimento ex art. 19 della legge 241/1990 e i suoi profili critici nel 1996.* 4. *Cenni sulle vicende successive.* 5. *Lo stato dell'arte.* 6. *Considerazioni conclusive.*

1. L'ambito dell'indagine: l'autoamministrazione tra amministrazione privata e amministrazione pubblica

Secondo la tesi di Feliciano Benvenuti, l'amministrazione pubblica, a differenza di quella privata, è essenzialmente un fenomeno giuridico¹. Nonostante infatti tanto il privato quanto il pubblico agiscano per il soddisfacimento di un interesse 'politico' individuato ad un livello superiore (e dunque di politica aziendale in senso lato, con riferimento al primo, e di politica nazionale, per quanto riguarda il secondo), le divergenze tra i due modelli sorgono nel momento in cui si analizzino le ragioni dell'amministrare.

Invero, se l'amministrazione privata si caratterizza per la ricerca di un profitto, quella pubblica, cui manca in linea generale questo criterio, è connotata da questioni più prettamente politiche, giuridiche e sociali. Ed è per questa ragione che il privato si scontra quotidianamente con gli effetti, per così dire, della *legge del mercato* (della domanda e dell'offerta, delle utilità sostanziali e dei costi marginali e così via), mentre l'amministrazione pubblica ha incombenze diverse, derivanti, se si vuol-

¹ F. BENVENUTI, *Amministrazione privata e Amministrazione pubblica*, in *Amm. civ.*, 1959, 9.

le, dalla *legge del Parlamento* (la burocrazia, le classi dirigenti, l'attività amministrativa, sempre per riprendere il pensiero di Benvenuti)².

Tuttavia questa discordanza, come ha sostenuto l'Autore, è in realtà *storicamente relativa*. Già dalla fine degli anni Cinquanta, difatti, si è potuto evidenziare come gli amministratori privati non solo debbano tenere in considerazione gli elementi tipicamente economici, come gli utili d'impresa, ma siano altresì chiamati a prestare attenzione ad aspetti più squisitamente socio-politici, quali le politiche economiche nazionali e le disposizioni legislative.

Parallelamente, anche allo Stato sono attribuite competenze in materia economica (il *New deal* di Roosevelt è accreditato come la prima esperienza in tal senso), cosicché in certe occasioni le Amministrazioni si trovano a vestire i panni dei privati e questi ultimi convergono, con tutte le necessarie precisazioni del caso, verso le prime³.

Si è argomentato che questo simultaneo avvicinamento della sfera del pubblico verso quella del privato e viceversa ha comportato, in primo luogo, la riscoperta dello Stato patrimoniale – il quale non funge soltanto da garante ed ordinatore dell'ordinamento giuridico, ma ne è anche vero e proprio soggetto – e, in seconda battuta, il riconoscimento di una rilevanza pubblicistica a determinati comportamenti del cittadi-

² E infatti, nel momento in cui questi due tipi di amministrazione hanno palesato criteri distintivi propri, da un lato il potere economico tipico dell'attività dei privati si è slegato dalla politica e dall'altro si è sviluppata la concezione liberistica dello Stato: così ancora F. BENVENUTI, *op. cit.*, 10. In argomento, tra gli altri, cfr. G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 7; S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 374; ID., *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, *ivi*, 1991, 378; G. PETRILLI, *Lo Stato imprenditore. Validità e attualità di una formula*, Bologna, 1967.

³ F. BENVENUTI, *op. cit.*, 11, il quale precisa che, mentre l'amministrazione privata è indirizzata verso un proprio 'fine interno strutturale' e completa l'intero fenomeno amministrativo, l'amministrazione pubblica persegue sempre un 'fine esterno collettivo', attraverso un procedimento in cui ciascuna Amministrazione è solo una parte del più ampio fenomeno amministrativo. In tema si rimanda nuovamente a G. PETRILLI, *op. cit.*

no, quasi a legittimare quest'ultimo a svolgere funzioni di stampo non privatistico⁴.

Il procedimento codificato dal legislatore all'art. 19 della legge n. 241 del 1990 è di certo l'esempio più dibattuto di questo tipo di *autoamministrazione* e sarà l'istituto sul quale ci si soffermerà nel contributo, con l'intento di analizzare, da un lato (e in misura chiaramente non esaustiva), l'evoluzione della disciplina e, dall'altro, le ragioni di un suo sostanziale mancato decollo, nonostante i molti interventi di riforma che, si anticipa, più che a semplificare (o liberalizzare) pare che abbiano contribuito a rendere più onerose le incombenze a carico dei privati.

Del resto, proprio Benvenuti sosteneva che non può esistere una vera democrazia se l'ordinamento non prevede dei meccanismi che consentono la presenza attiva e diretta dei cittadini in quanto singoli e riconoscono loro posizioni giuridiche attive nell'ambito delle funzioni⁵. Siffatto nuovo assetto, realizzazione del principio democratico di partecipazione e perciò battezzato *demarchia*, si contrappone alla 'monarchia' di uno Stato che è l'unico detentore delle funzioni pubbliche⁶. Ed è interessante notare, come si cercherà di fare all'inizio, seppur per meri cenni, le caratteristiche e le funzioni che può avere il fenomeno partecipativo.

⁴ F. BENVENUTI, *Dal consenso al consenso*, in *Profili giuridici e prospettive della nuova normativa sull'edificabilità dei suoli. Atti del convegno di Trieste*, Milano, 1978, 10, che cita a dimostrazione della propria tesi lo *ius aedificandi*: da un lato, infatti, l'autonomia privata in tema di proprietà è stata progressivamente affiancata ad una serie di norme che non solo hanno stabilito i limiti ma anche il contenuto di tale diritto; dall'altro, nondimeno, il provvedimento ora noto come permesso di costruire più che di atto di autorizzazione ha natura di atto di consenso, frutto dell'apporto collaborativo dell'Amministrazione con il cittadino nell'interesse comune. Al riguardo cfr., dello stesso Autore, *I limiti dello jus aedificandi e la natura giuridica della licenza edilizia*, in *Atti del secondo convegno di diritto amministrativo in materia di licenza edilizia*, Roma, 1957, 15.

⁵ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, 22.

⁶ Di 'demarchia', ma con altri significati, si parlava già in F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, ed. it. a cura di A. PETRONI, S. MONTI BRAGADIN, Milano, 1994.

2. Amministrazione, partecipazione e illusioni ottiche

In un convegno del 1996, alla domanda se esistessero forme di autoamministrazione dei privati, Giandomenico Falcon diede una risposta sostanzialmente negativa, pur con le necessarie precisazioni⁷.

È necessario premettere infatti che, se è vero che il privato ha il *diritto* di rimanere tale, quantomeno fino a quando norme di rango costituzionale non gli impongano precisi obblighi pubblici, sarebbe tra il resto costituzionalmente illegittimo che questi potesse assumere verso di sé compiti di amministrazione pubblica. D'altro canto, così facendo, verrebbe meno il bilanciamento tra gli interessi del cittadino e quelli della comunità a tutela dei quali opera l'apparato amministrativo⁸.

Analizzando, poi, le *forme* dell'agire amministrativo nei confronti delle attività private, Falcon ha identificato prima di tutto due modelli di amministrazione 'pura'⁹.

Il primo è quello del *controllo eventuale*, collegato alla tradizionale concezione liberale dello Stato. In questo frangente, il rispetto delle regole (o, per citare l'Autore, la loro *amministrazione*) è affidato agli stessi destinatari, mentre all'autorità è attribuito il ruolo di tutore della legge, attraverso il potere di vigilare sull'effettiva osservanza delle norme e, se del caso, di intervenire nei casi di accertata trasgressione. Solo in simili casi, quindi, si ha attività amministrativa vera e propria,

⁷ La relazione, dal titolo *L'autoamministrazione dei privati*, è stata raccolta negli atti del 42.mo Convegno di Studi amministrativi *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale* tenutosi a Tremezzo (ora Tremezzina) dal 19 al 21 settembre 1996 (Milano, 1997, 139), ora anche in G. FALCON, *Scritti scelti*, Padova, 2015, 279. Il nucleo essenziale della relazione è anche in G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge n. 241 del 1990*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 411. Ai fini delle citazioni, la numerazione delle pagine farà qui riferimento all'edizione originale.

⁸ Cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 142: l'esempio è quello della vecchia concessione edilizia, il cui scopo non è di consentire l'edificazione al privato, quanto di permettere alla collettività di verificare gli effetti potenzialmente nocivi di tale edificazione. Le stesse considerazioni sono contenute in G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Digesto pubbl.*, Torino, 1991, VI, 142.

⁹ Cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 143, tenendo in considerazione, tuttavia, che – come lì si avverte – il diritto positivo può dar luogo ad ulteriori «intrecci e combinazioni».

intesa come attività provvedimentale, corollario della responsabilità giuridica del privato¹⁰.

Il secondo è invece l'opposto modello del *consenso previo*, integrato tutte le volte in cui lo svolgimento di una attività è inibito al privato in assenza di un provvedimento di consenso dell'Amministrazione. A differenza delle ipotesi precedenti, la spontanea osservanza delle regole da parte del privato non è sufficiente per l'esercizio dell'attività, ma è necessario che sia accertata la *spettanza* al privato del bene della vita, attraverso un procedimento che non solo è sempre necessario, ma anche deve precedere l'inizio dell'attività: segni evidenti di come qui sia l'autorità amministrativa ad avere la responsabilità giuridica dell'attuazione delle norme¹¹.

Se i due schemi ora tracciati si caratterizzano per essere ai due estremi dell'agire amministrativo, con l'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo sono stati introdotti i noti istituti della (allora) denuncia di inizio attività e del silenzio assenso. Nel tentativo di semplificare l'azione amministrativa (così la rubrica del capo IV della legge n. 241 del 1990), entrambi temperano i modelli di cui sopra – collocandosi rispetto ad essi in una posizione intermedia – e sono caratterizzati dalla configurazione, come principio generale, del silenzio quale funzionale al procedimento, più che ai rimedi avverso il provvedimento¹².

Da una parte, precisamente, la disciplina di cui all'art. 19 implementa il modello dell'attività privata soggetta ad eventuale vigilanza amministrativa successiva, prevedendo che il controllo del rispetto delle re-

¹⁰ Così anche F. BENVENUTI, *Dal consenso al consenso*, cit., 9.

¹¹ Sono noti a tutti i benefici e i costi di entrambe le tipologie ora tratteggiate. L'Autore, nell'indicarli, propende per un utilizzo del modello del previo consenso limitato alle situazioni nelle quali «i vantaggi derivanti da esso non siano sormontati dagli svantaggi»: cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 146.

¹² Secondo V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, 56, è «del tutto casuale» che la legge italiana sul procedimento amministrativo contenga le previsioni di cui agli artt. 19 e 20, che non racchiudono una disciplina proceduralmente classica e infatti non sono generalmente presenti nelle principali leggi generali sul procedimento di altri ordinamenti. *Contra* P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, 216, per il quale la collocazione all'interno della l. n. 241 del 1990 ha un preciso valore sistematico.

gole da parte dell’Autorità sia in realtà sempre *necessario*, attraverso un procedimento silenzioso, il quale non condiziona lo svolgimento dell’attività, ma diventa esplicito solo nel caso di esito sfavorevole per l’interessato¹³. Dall’altra, invece, l’art. 20 mitiga la struttura dello schema dell’attività privata soggetta a preventivo consenso dell’Amministrazione, disponendo che, scaduto il termine per provvedere, il silenzio serbato dall’autorità acquisti il significato di accoglimento dell’istanza¹⁴.

¹³ Si v. in argomento A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 del 1990 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993, n. 537. Intrapresa dell’attività privata e silenzio dell’amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 32. In questa sede si prenderanno in esame, evidentemente, solo alcuni profili della disciplina positiva dell’attuale segnalazione certificata di inizio attività (di seguito anche solo s.c.i.a.). Per una trattazione esauriente si rinvia quindi alla copiosa dottrina in materia. Si segnalano, *ex plurimis* e in aggiunta ai contributi già citati: G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Milano, 2000; E. BOSCOLO, *La segnalazione certificata di inizio attività: fra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 580; D. CORLETTI, *La denuncia di inizio attività*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Il Testo Unico sull’edilizia*, Bologna, 2005, 103; G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3492; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008; G. LAVITOLA, *Denuncia di inizio attività*, Padova, 2003; F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Milano, 2011; L. MARTINEZ, *La dichiarazione di inizio attività: natura e regime giuridico*, Torino, 2008; N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2010, 748; M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 329; M.A. SANDULLI, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione “a rischio”*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 478; S.S. COCCA, *Gli atti di autoamministrazione*, in *Giur. it.*, 2014, 1787; A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 15; ID., *Dichiarazione di inizio attività (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, II, Milano, 2008, *ad vocem*.

¹⁴ Anche con riferimento all’istituto ex art. 20, l. n. 241/1990, del quale non ci si occuperà, è necessario operare un rinvio, tra gli altri, a: A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005, n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 99; F. GAMBARDELLA, *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, in *www.giustamm.it*, 3/2010; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, Napoli, 2006, 265; A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. soc.*, 1982, 715; F.G. COCCA, *Il silenzio*

A questo punto è necessario chiedersi, come ha fatto l'Autore, se nel quadro così delineato vi sia spazio per una autoamministrazione da parte dei privati e – nell'affermativa – quale sia il ruolo che essa riveste.

Per prima cosa è necessario chiarire che per autoamministrazione, sulla base dei ragionamenti sinora svolti, altro non possa intendersi che la decisione e la responsabilità dei privati di applicare, in autonomia, le regole dell'ordinamento alle proprie attività. In questo modo, analogamente a quanto ipotizzato da Benvenuti, consegue una sorta di partecipazione di tipo *provvedimentale* all'attività amministrativa, fondata sulla presenza attiva del cittadino, il quale finisce per indossare le vesti di *sostituto* dell'autorità dotata del potere di emanare il provvedimento¹⁵.

A ben vedere, però, in nessuno degli schemi appena esaminati è rinvenibile una autoamministrazione nel senso ora inteso: chiaramente in nessuno dei due modelli c.d. puri, atteso che, nel primo (quello della verifica successiva), non c'è nessun atto, comunque denominato, nemmeno implicito, che si sostituisca ai provvedimenti favorevoli propri dell'autorità amministrativa e, nel secondo (quello del previo consenso), si verifica la situazione contraria, per cui non residua nessun margine di sostituzione in capo all'interessato.

Meno immediate sono le conclusioni con riferimento ai modelli intermedi. Va esclusa per prima l'ipotesi riconducibile al silenzio assenso, che tradizionalmente configura un esempio di partecipazione procedimentale, ma non provvedimentale. Invero, in tali fattispecie, il privato assurge a *co-amministrante* e partecipa all'esercizio della funzione amministrativa, la quale però resta evidentemente di esclusiva competenza dell'Amministrazione: il meccanismo così congegnato, in altre parole,

della pubblica amministrazione, Milano, 1971; A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 83.

¹⁵ In questi termini F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., 81 e G. FALCON, *op. cit.*, 142. In argomento si v. anche la tesi di M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004 e le considerazioni, con riferimento agli artt. 19 e 20 della l. n. 241 del 1990, di M.P. CHITI, *Atti di consenso*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, spec. 221.

non muta il regime autorizzatorio, ma semplifica le modalità di conseguimento del provvedimento finale, ancorché fittizio¹⁶.

Il procedimento contenuto nell'art. 19 della legge n. 241 del 1990, invece, comporta necessariamente qualche considerazione ulteriore. In tale frangente è noto che restano in vigore le disposizioni sostanziali inerenti ai requisiti richiesti per l'esercizio dell'attività, mentre il meccanismo attuativo fondato su un'attività da svolgersi a cura dell'Amministrazione è sostituito da uno omologo fondato sulla responsabilità dell'interessato¹⁷.

Qui, secondo parte della dottrina, emerge una delle principali distinzioni con le ipotesi di silenzio assenso: mentre in entrambi i casi si rileva senz'altro l'intento del legislatore di semplificare i procedimenti, purtuttavia solo con riferimento alle denunce o segnalazioni di inizio attività si rinverrebbe una vera e propria ipotesi di *liberalizzazione* di attività prima regolamentate¹⁸.

Nondimeno, nemmeno in quest'ultima accezione può utilmente configurarsi un'attività di 'amministrazione pubblica' del privato con riferimento a sé stesso. Semmai si tratta, secondo Falcon, di un *effetto ottico* causato dalla fungibilità funzionale dell'attività privata all'attività

¹⁶ Cfr. P. DURET, *op. cit.*, 217. L'immagine del cittadino co-amministrante è di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., 81; in argomento si v. anche G. FALCON, *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento?*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 133 e ID., *L'«uomo situato». Due idealtipi di democrazia partecipativa?*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, spec. 80.

¹⁷ Cfr. G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, cit., 142; M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 257. Secondo F. BENVENUTI, *op. cit.*, 81, in questi casi il provvedimento finale viene concepito «per generazione spontanea» dall'atto del privato.

¹⁸ Le posizioni della dottrina sono ricostruite anche da P. DURET, *op. cit.*, 191. Ad una liberalizzazione di attività private si riferisce anche il Consiglio di Stato in occasione di due pareri resi dall'Adunanza generale (17 febbraio 1987, n. 7, in *Foro it.*, 1988, III, 22 e 6 febbraio 1992, n. 27, *ivi*, 1997, III, 200), mentre altra dottrina, non negando lo scopo semplificativo dell'art. 19, non ritiene ricorra una vera liberalizzazione, atteso che il modello della denuncia di inizio attività comporta comunque l'esercizio di una attività amministrativa in senso tecnico: cfr. V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, cit., 58. È un profilo su cui, comunque, si ritornerà *infra*.

amministrativa¹⁹. Per eliminare tale illusione ottica, è sufficiente notare come l'attività privata resti tale, mentre è il contesto procedimentale ad essere mutato.

Come si diceva, le modifiche sono state molteplici e può valere la pena, quindi, di raffrontare la situazione del 1996 con quella attuale, per appurare se le conclusioni cui si è arrivati all'epoca sono valide ancora oggi.

3. Il procedimento ex art. 19 della legge 241/1990 e i suoi profili critici nel 1996

Prima del 1990, il nostro ordinamento già conosceva modelli procedurali classificati dalla dottrina successiva come gli antefatti del moderno meccanismo di cui all'art. 19 della legge sull'attività amministrativa²⁰.

Ma si trattava, invero, di *comunicazioni* a carico del privato – e non di denunce, dichiarazioni o segnalazioni certificate – le quali attivavano il potere dell'Amministrazione in maniera diversa dalla generica istanza e, più che di semplificazione procedimentale, risultavano essere disposizioni di aggravamento dell'attività privata e di cooperazione coatta del privato con l'autorità: disposizioni che, parrebbe di potersi dire, erano legate al c.d. principio di precauzione, ora contenuto nell'art. 191, co. 2, TFUE²¹.

Salutato dalla dottrina come una rivoluzione copernicana²², il procedimento delineato dall'art. 19, assieme alla successiva introduzione delle ipotesi generali di silenzio assenso, ha invece effettivamente capo-

¹⁹ In questi termini G. FALCON, *op. cit.*, 151.

²⁰ Ne ricordano alcuni, ad esempio, G. ACQUARONE, *op. cit.*, 35 e F. MARTINES, *op. cit.*, 1.

²¹ Un recente approfondimento dell'intera tematica e dei suoi fondamenti nel diritto europeo si deve anche a S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2013.

²² L'espressione è di A. PAJNO, *op. cit.*, 23, mentre ad una mera inversione della sequenza procedimentale, che tuttavia non travolge la posizione di supremazia dell'Amministrazione, si riferisce P. DURET, *op. cit.*, 215.

volto i rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione, sovvertendo la regola classica per la quale l'interesse generale può essere soddisfatto unicamente con la forma pubblica e non anche attraverso l'iniziativa dei privati. L'impostazione che ne è derivata, come si sostiene tuttora, attua in ambito amministrativo quella *deregulation*²³ tipica in materia di concorrenza e libero mercato, di talché l'autorizzazione di competenza dell'Amministrazione cede il passo alla segnalazione a carico dell'interessato²⁴.

Nel 1996 i procedimenti avviati con denuncia di inizio attività erano già stati interessati da una prima importante riforma dopo l'entrata in vigore della legge n. 241/1990, in conseguenza della quale l'art. 19 diveniva di applicazione generale, laddove erano codificate solamente le eccezioni²⁵. E immediatamente si era notato il grado di incisività della disposizione, maggiore di quello dei procedimenti disciplinati dal successivo art. 20, vista l'assenza di qualsiasi provvedimento finale²⁶.

Ciononostante, le criticità apparivano numerose, perché lasciavano all'interprete la risoluzione di almeno tre macrocategorie di questioni, che di seguito si riportano, brevemente, nell'ordine seguito da Giandomenico Falcon nel suo scritto.

La prima interessa l'ambito di applicazione dell'istituto. L'art. 19 prevedeva che la denuncia di inizio attività tenesse luogo del provve-

²³ L'espressione 'deregolamentazione amministrativa' è di E. SCHINAIA, *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 186. Ad un'ipotesi di *deregulation* si è riferito anche il Consiglio di Stato, nel parere 27/1992 cit., ma nel senso che in queste circostanze si è di fronte «ad una delegificazione della materia, con il trasferimento al potere normativo del Governo della potestà di disciplinare una materia prima regolata dalla legge».

²⁴ Cfr. G. CORSO, *Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo*, in *Istituzioni del federalismo*, 2007, 281 e A. PAJNO, *op. cit.*, 60, ad avviso del quale, appunto, si verifica una circostanza per cui la libertà del cittadino precede l'autorità dell'Amministrazione.

²⁵ In tali casi, come noto, l'interessato poteva iniziare da subito l'attività, mentre all'autorità amministrativa era prenotato un termine massimo di sessanta giorni per l'esercizio dei poteri repressivo-ripristinatori. Cfr. l'art. 2, co. 10, della l. 24 dicembre 1993, n. 537 e il d.P.R. 9 maggio 1994, n. 411.

²⁶ Cfr. P. LIGNANI, *I tempi del procedimento amministrativo*, in B. CAVALLO (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso. Legge 7 agosto 1990, n. 241*, II ed., Napoli, 1993, 46.

dimento permissivo nei casi in cui il rilascio di quest'ultimo fosse dipeso dall'accertamento dei presupposti e dei requisiti di legge, senza l'espletamento di prove che comportassero valutazioni tecniche discrezionali, e non fosse stato oggetto di limiti o contingenti complessivi.

Posto che quasi tutta la dottrina aveva concluso per l'esclusione dei provvedimenti discrezionali dal raggio operativo delle denunce, le principali difficoltà interpretative hanno riguardato l'attività amministrativa collegata a presupposti da valutare, dal momento che in simili procedimenti è richiesto all'Amministrazione di effettuare un diverso e più complicato *accertamento*²⁷.

Allo stesso modo, non era agevole stabilire la portata (e l'eventuale illegittimità) della disciplina attuativa – nella quale erano indicati i procedimenti esclusi dal meccanismo della previa denuncia – nei casi in cui contenesse procedimenti in realtà caratterizzati dai requisiti richiesti dall'art. 19²⁸.

La seconda categoria di criticità inerisce invece al meccanismo della denuncia. Preso atto del dettato normativo, a tenore del quale il provvedimento permissivo era sostituito dall'atto del privato, ciò che interessava comprendere era se la denuncia avesse o meno natura *legittimante*.

Alla questione, effettivamente, può darsi al contempo risposta positiva ovvero negativa. Nella prima eventualità, poiché la denuncia sostituisce l'atto permissivo, la legge associa alla prima – e solo ad essa – l'effetto legittimante del secondo, in via provvisoria s'intende, onde consentire all'Amministrazione le successive verifiche.

Questa tesi non tiene però conto del caso in cui l'autorità emetta un ordine di rimozione degli effetti di un'attività iniziata in difetto dei presupposti o dei requisiti di legge. Dal momento che i prodotti da rimuovere si riferiscono ad un'attività già svolta, è in realtà indubitabile che il legislatore ritenesse detta attività illegittima. Questa conclusione, però, pare essere in divergenza rispetto alla natura *ex se* legittimante dell'atto

²⁷ Favorevole all'applicabilità del procedimento ex art. 19 anche alle ipotesi di amministrazione discrezionale M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; in materia di discrezionalità c.d. tecnica si rivelano sempre attuali le riflessioni di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

²⁸ Cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 156.

di denuncia, sicché per risolvere il contrasto è necessario attribuire al provvedimento ripristinatorio i medesimi effetti del provvedimento di annullamento dell'atto di consenso, privando così l'attività di una legittimazione *ex tunc*²⁹.

Ma alla stessa questione può darsi risposta negativa, sostenendo che la legittimazione all'esercizio dell'attività non deriva dalla denuncia, quanto invece dalla legge, laddove l'interessato ha solo l'onere di notificare l'Amministrazione nelle forme previste, sempre che esso sia in possesso dei requisiti richiesti³⁰. Nell'ipotesi così descritta, la denuncia rileva – da un lato – perché dà avvio al procedimento di controllo da parte della PA e – dall'altro – perché lo svolgimento dell'attività in assenza di essa rende l'attività stessa anti-giuridica. Ragionando in questi termini, è evidente, da ultimo, che la perdita dei requisiti legittimanti l'attività comporta inevitabilmente l'obbligo di cessare quest'ultima³¹.

La terza categoria di profili critici, infine, riguarda tutto ciò che accade in seguito alla presentazione della denuncia, dal procedimento di verifica ai poteri del terzo.

Con riferimento al procedimento di controllo, la norma non specificava se questo fosse obbligatorio o facoltativo e se dovesse o meno concludersi con un provvedimento espresso. L'orientamento maggioritario propendeva per l'obbligatorietà della verifica – peraltro attraverso un'istruttoria meramente cartacea³² – mentre riteneva che se l'esito del controllo fosse stato positivo non era necessario un provvedimento

²⁹ Secondo il correttivo proposto da G. FALCON, *op. cit.*, 160.

³⁰ Così, in giurisprudenza, ad esempio, il parere dell'Adunanza generale n. 7/1987, cit. Analogamente ragiona la dottrina, per la quale – se il diritto di avviare un'attività fosse nella diretta disponibilità del privato – «non avrebbe alcun senso che quegli sia tenuto a costituirlo in capo sé», a mezzo della comunicazione all'autorità: cfr. F. VOLPE, *L'annullamento del silenzio assenso e della s.c.i.a.: riflessioni di teoria generale a seguito dell'abrogazione dell'art. 21, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *www.giustamm.it*, 11.

³¹ Cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 160.

³² Favorevole a verifiche 'a campione' E. SCHINAIA, *op. cit.*, 192; propenso per un'istruttoria non solo cartacea G. FALCON, *op. cit.*, 170. In tema si v. ancora, quale atto di indirizzo recepito dalla dottrina maggioritaria, Cons. Stato, Ad. gen. 27/1992, cit.

espresso, potendo l'Amministrazione semplicemente passare la pratica all'archivio³³.

D'altra parte, in questo contesto, ammettere, all'opposto, che gli esiti di tutti i procedimenti dovessero essere formalizzati con una dichiarazione di conformità dell'attività al dettato normativo – il che chiaramente non significava che tale atto assumesse la forma del provvedimento permissivo – avrebbe procurato una serie di vantaggi, sia all'interessato che al controinteressato: il primo infatti otteneva una sorta di garanzia della legittimità del suo operato; il secondo, viceversa, aveva lo strumento per far valere in giudizio la propria posizione giuridica³⁴.

Se, al contrario, l'esito della verifica fosse stato negativo per mancanza dei presupposti o dei requisiti, secondo un orientamento dottrinale consolidato, l'ordine di regolarizzazione o di cessazione dell'attività veniva emesso al termine di un secondo procedimento, che l'Amministrazione doveva avviare d'ufficio, poiché il primo, quello di verifica, si era concluso senza un atto finale. Parimenti, il controllo dell'autorità sull'attività iniziata a seguito della denuncia era da riferirsi all'ambito della autotutela amministrativa, con il dovere per la PA di valutare se l'interesse pubblico all'annullamento prevalesse su quello del privato a proseguire l'attività denunciata, tenendo altresì conto del tempo trascorso e dell'affidamento dell'interessato³⁵.

Questa tesi è stata oggetto di critiche da parte di Falcon, ad avviso del quale – se nell'istruttoria del procedimento di verifica si fosse appurato che l'interessato non possedeva i requisiti o non vi erano i presupposti di cui all'art. 19 – era più convincente immaginare che quel procedimento si concludesse con un provvedimento espresso³⁶. Similmente

³³ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 61; A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, 608; *contra* G. DE MINICO, *Note sugli artt. 19 e 20, della legge n. 241/90*, in *Dir. amm.*, 1993, 289.

³⁴ Come sostiene G. FALCON, *op. cit.*, 169. Secondo l'Autore, infatti, ogni procedimento che abbia avuto esito positivo deve concludersi con una «presa d'atto della denuncia» ed una «annotazione che non si è ravvisata alcuna irregolarità».

³⁵ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 62; G. DE MINICO, *op. cit.*, 283.

³⁶ Cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 172. In questo modo, peraltro, era più agevole rispettare il termine di sessanta giorni per l'emissione dell'ordine a colui che aveva denunciato l'inizio dell'attività e si evitavano, al contempo, gli oneri di comunicazione dell'inizio

te, non convinceva l'inquadramento del procedimento di verifica nella sfera dell'autotutela della PA: a differenza dei casi di silenzio assenso, invero, nelle fattispecie ex art. 19 non c'era nessun atto che potesse essere annullato d'ufficio, né si poteva affermare che vi fossero i presupposti per la formazione di un legittimo affidamento del privato, causato dal comportamento di quest'ultimo, quantomeno fino al decorso del termine assegnato all'autorità per la verifica³⁷.

Proprio con riguardo a detto termine, restavano da ultimo da chiarire la natura e gli effetti, anche con riferimento ai terzi. A proposito del primo profilo, la tesi della perentorietà comportava l'inevitabile conseguenza che, scaduti i sessanta giorni dalla denuncia, l'attività potesse essere proseguita, anche in carenza dei presupposti e dei requisiti; propendere per la non perentorietà del termine, invece, comportava tra il resto la possibilità di tutelare le posizioni dei terzi interessati.

L'orientamento di Falcon si colloca, piuttosto, in una posizione *intermedia*. Partendo dalla considerazione che il decorso del termine in capo all'Amministrazione per il controllo dell'attività denunciata inducesse nell'interessato, quantomeno in quello definito dall'Autore di 'buona fede', un legittimo affidamento circa l'iniziativa intrapresa, il termine era perentorio con riferimento ai casi di intervento per mancanza dei requisiti e dei presupposti di legge, con la conseguenza che scaduto tale termine non era più possibile sindacare la regolarità della denuncia e la completezza della documentazione, né inibire l'attività per tali motivi di ordine *formale*³⁸.

Ciò nonostante, osservando il fenomeno da un diverso angolo visuale, lo stesso termine poteva essere considerato sostanzialmente ordinatorio. Non era infatti concepibile, seguendo questo schema, che l'autorità non potesse esercitare, eventualmente e in ogni tempo, un intervento repressivo per ragioni di interesse pubblico. Siffatta mancata previsione, infatti, giungeva alla paradossale conseguenza per cui all'autorità

del secondo procedimento, il quale chiaramente – se avviato – soggiaceva a tutte le regole di cui alla l. n. 241 del 1990. La giurisprudenza successiva ha peraltro confermato l'orientamento: tra gli altri si segnala Cons. Stato, sez. IV, 23 dicembre 2005, n. 7359, in *Foro amm. CdS*, 2005, 3688.

³⁷ Cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 176.

³⁸ Cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 184; sul denunciante di buona fede, *ivi*, 179.

era vietato di interdire la prosecuzione di un'attività che invece, ai sensi dell'art. 21 della l. n. 241 del 1990, il giudice penale o l'autorità amministrativa stessa avevano il potere di sanzionare³⁹.

Questa lettura della semi-perentorietà del termine, tra l'altro, lasciava aperta la possibilità di una tutela del terzo, il quale dunque poteva ricorrere o avverso il silenzio dell'Amministrazione, al fine di sollecitarla all'emanazione del provvedimento repressivo-ripristinatorio, oppure impugnando il provvedimento emanato all'esito positivo del procedimento di controllo⁴⁰.

Solo un cenno, per concludere, all'ambito edilizio, che prima dell'entrata in vigore della legge 241 del 1990 conosceva senz'altro forme preventive di controllo da parte dell'autorità amministrativa, anche se la prima disciplina della materia assimilabile alla denuncia ex art. 19 è intervenuta nel 1995⁴¹.

³⁹ Cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 182, il quale, con riferimento alla tipologia dei requisiti richiesti, la cui mancanza era (ed è) sanzionata ai sensi dell'art. 21, co. 2., l. n. 241/1990, richiama S. AGNES, *Commento ad art. 21, legge n. 241/1990*, in *Nuove leggi civili*, 1995, 115.

⁴⁰ Cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 180, che definisce, in ogni caso, questa tutela in favore del terzo «inutilmente complicata e difficoltosa», se paragonata all'impugnazione prevista per i procedimenti di cui all'art. 20 della l. n. 241 del 1990. In effetti, qualificando l'art. 19 quale espressione di una semplificazione amministrativa, il terzo potrebbe contestare in giudizio la legittimità del provvedimento favorevole silenzioso. Se si classifica la denuncia di inizio attività come un fenomeno di semplificazione, all'opposto, non si potrà assimilare il silenzio dell'Amministrazione ad un provvedimento favorevole e dunque il terzo dovrà contestare in sede giurisdizionale il mancato utilizzo dei poteri inibitori da parte dell'autorità. L'orientamento è stato condiviso anche dalla giurisprudenza: cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916, in *Foro amm. CdS*, 2005, 2141.

⁴¹ Ad opera del d.l. 27 marzo 1995, n. 88, convertito dopo una lunga serie di reiteratezze dalla l. 23 dicembre 1996, n. 662. Sull'illustrazione delle discipline precedenti si opera rinvio a F. MARTINES, *op. cit.*, 99, mentre su un'analisi partita del meccanismo e delle sue ricadute, in particolare con riferimento ai rapporti con lo schema di cui all'art. 19 della l. n. 241/1990, è necessario rinviare. In aggiunta alla bibliografia già indicata, si segnalano: A. CASSATELLA, *L'attività edilizia*, in D. DE PRETIS, A. SIMONATI (a cura di), *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche*, II ed., Torino, 2014, 55; C. CUDIA, *La denuncia di attività edile fra modello generale e modello speciale: controindicazioni di una liberalizzazione apparente*, in *Dir. amm.*, 2003, 413; F. LIGUORI, *I modelli settoriali: d.i.a. edilizia e procedure semplificate in tema di rifiuti*, in M.A. SANDULLI (a cura

La denuncia, che come si ricorderà era ammessa solo per gli interventi c.d. minori, doveva essere presentata almeno venti giorni prima dell'inizio dell'attività, durante i quali l'Amministrazione poteva notificare l'ordine di non eseguire i lavori o richiedere integrazioni alla documentazione. Allo stesso tempo, il progettista dell'opera, che asseverava la conformità dei lavori agli strumenti urbanistici, assumeva la qualità di persona esercente un servizio di pubblica necessità ex art. 459 c.p., sicché il nodo centrale dell'istituto più che nella denuncia era rinvenibile nell'*asseverazione* del professionista abilitato⁴².

4. Cenni sulle vicende successive

Dal 1996 ad oggi la disciplina normativa di cui all'art. 19 è variata molte volte. Dovendo necessariamente rinviare a scritti specifici per un'analisi diacronica⁴³, si possono qui riportare solo brevissimi cenni in ordine ad alcuni profili oggetto di riforma, che può essere utile citare ai fini dei ragionamenti che seguiranno.

In primo luogo viene in rilievo il termine iniziale per l'esercizio dell'attività. Nel 2005⁴⁴, infatti, fu introdotta la c.d. d.i.a. ad efficacia differita, vale a dire che si poteva dare avvio all'attività solo decorsi trenta giorni dalla denuncia – che contestualmente prese il nome di dichiarazione – e comunque previa una ulteriore *comunicazione* all'Ammini-

di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 771; P. MARZARO GAMBA, *La denuncia di inizio attività edilizia. Profili sistematici, sostanziali e processuali*, Milano, 2005; R. MURRA, *La denuncia di inizio attività in materia edilizia*, in *Cons. Stato*, 2002, 317; G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, IV ed., Milano, 2010; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *S.c.i.a.*, in *Enc. dir., libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012, 269; P. STELLA RICHTER, *I titoli abilitativi in edilizia. Commento al T.U. in materia di edilizia in vigore dal 30/06/03*, Torino, 2003.

⁴² Cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 190. Peraltro si può anche ricordare l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la dichiarazione di inizio attività costituiva un vero e proprio titolo edilizio impugnabile, in quanto provvedimento formatosi tacitamente. Molto efficace, in questo senso, la ricostruzione di Tar Veneto, sez. II, 20 giugno 2003, n. 3405, in *Foro amm. Tar*, 2003, 1573.

⁴³ Come per esempio quello di F. MARTINES, *op. cit.*, 8.

⁴⁴ Con l'entrata in vigore del d.l. 14 marzo 2005, n. 35.

strazione. Nel 2009⁴⁵, con l'intento di promuovere lo sviluppo economico ed accrescere la competitività, la previsione fu però modificata: per le attività che riguardavano, in particolare, prestazioni di servizi o impianti produttivi di beni e servizi era ristabilita la disciplina della dichiarazione ad efficacia immediata, mentre per le altre restava invariato il termine di trenta giorni. Dal 2010⁴⁶, infine, scompare ogni distinzione e ogni attività assentibile ai sensi dell'art. 19 può essere avviata dal momento della presentazione dell'atto del privato, nella denominazione tuttora in vigore di segnalazione certificata di inizio attività.

In secondo luogo muta il rapporto tra i procedimenti ai quali si applica la disciplina generale e quelli da essa esclusi per legge. Nella novella del 2005 si ampliò l'operatività del procedimento ex art. 19 alle concessioni non costitutive e alle domande di iscrizioni ad albi o ruoli per l'esercizio di attività imprenditoriali, commerciali o artigianali, mentre comparve un elenco di autorità i cui atti ne erano esclusi; queste autorità erano caratterizzate dal fatto di essere depositarie di interessi particolarmente delicati, come la sicurezza pubblica o l'amministrazione della giustizia. Nuovi *settori* esclusi furono inseriti nel 2009 (asilo e cittadinanza) e anche nel 2010, prendendo direttamente come parametro di raffronto interessi peculiari come quelli ambientali, paesaggistici o culturali, anziché le Amministrazioni preposte alla loro difesa.

Ancora, in terzo luogo, sono oggetto di riforma il procedimento di verifica di competenza dell'apparato amministrativo e i poteri ad esso conferiti. Nel 2005 la verifica dei presupposti e dei requisiti doveva concludersi entro trenta giorni, salvo il potere di agire in autotutela in ogni tempo. Con le modifiche del 2010, il termine torna ad essere di sessanta giorni, salve sempre le ipotesi di revoca e annullamento d'ufficio. La stessa norma, poi, prevedeva che, decorso tale termine – ad eccezione dei casi di dichiarazioni false o mendaci, ove un intervento inibitorio-ripristinatore era sempre ammesso – l'Amministrazione potesse agire solo in presenza di determinati pericoli (riferiti anche qui ad interessi di particolare importanza, come la salute o la difesa nazionale),

⁴⁵ Ad opera della l. 18 giugno 2009, n. 69.

⁴⁶ Cfr. l. 30 luglio 2010, n. 122, di conversione del d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

sicché non era chiaro se l'autotutela fosse limitata o meno alle fattispecie appena elencate⁴⁷.

Il dubbio interpretativo è stato risolto nel 2014⁴⁸, quando il legislatore ha previsto espressamente che il potere di assumere determinazioni in via di autotutela possa essere esercitato solo in presenza dei pericoli sopra ricordati, avvalorando l'idea, prospettata in dottrina, di una autotutela *atipica*, giacché riferita a poteri esercitati per la prima volta e non, quale provvedimento di secondo grado, ad atti già emanati⁴⁹.

In ultima analisi, riguardo al settore dell'edilizia, la disciplina speciale cui si è fatto cenno al paragrafo che precede è stata abrogata dal testo unico del 2001⁵⁰, il quale – con l'intento di dettare una disciplina organica – ha cercato al contempo di risolvere le questioni di coordinamento tra il modello generale di cui all'art. 19 della legge sull'attività amministrativa e quello particolare per la materia edilizia.

L'attività edilizia diventa così libera o assoggettata a permesso di costruire, a seconda che rientri nelle previsioni di cui agli artt. 6 o 10 t.u.e., ovvero – per le ipotesi residuali ex art. 22 – subordinata a d.i.a.⁵¹, in questo modo abbandonando l'idea per la quale la d.i.a. in edilizia avrebbe un carattere eccezionale⁵².

⁴⁷ Cfr. F. MARTINES, *op. cit.*, 85.

⁴⁸ Cfr. l. 11 novembre 2014, n. 164.

⁴⁹ Cfr. F. LIGUORI, *Lo «Sblocca Italia» sbloccherà la s.c.i.a.?*, in *www.giustamm.it*, ad avviso del quale questa «forzatura» non sarebbe stata necessaria se la disposizione sull'autotutela fosse stata «semplicemente cancellata», permettendo all'autorità di intervenire in ogni momento a tutela di interessi sensibili, o riferita al provvedimento già emanato nei termini.

⁵⁰ Cfr. d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

⁵¹ Cfr. A. AULETTA, *Ancora su s.c.i.a. e tutela del terzo: le questioni irrisolte e soluzioni prospettate, in attesa della pronuncia della Plenaria*, in *www.giustamm.it*, 4.

⁵² Peraltro, prima dell'entrata in vigore del t.u.e., la c.d. legge obiettivo dello stesso anno (l. 21 dicembre 2001, n. 443) e il d.lgs. 27 dicembre 2002, n. 301 che ne seguì lo hanno modificato in misura sostanziale: si pensi alla possibilità per le Regioni a statuto ordinario di ampliare o ridurre l'ambito applicativo delle disposizioni inerenti alle opere subordinate a d.i.a. (art. 22, co. 4, t.u.e.). In dottrina si sono sviluppate tesi opposte in merito alla illegittimità costituzionale della disciplina così introdotta per violazione dell'art. 117, co. 3, Cost.: a favore P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, 65; *contra* F. LIGUORI, *I modelli settoriali*, cit., 781. Sulla vicenda, come noto, è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza 1 ottobre 2003, n. 303, in *Giur. cost.*, 2003, 5, la quale ha legitti-

Fino al 2011, tuttavia, gli interpreti generalmente concludevano per la non applicabilità del modello ex art. 19 all'ambito edilizio, considerato in particolare che non era dato rinvenire nessun riferimento ai procedimenti in materia edilizia, sicché il meccanismo generale operava solo con riguardo ai profili sul procedimento, i termini per l'inizio dell'attività e i poteri inibitori-ripristinatori, laddove per gli aspetti segnatamente edilizi la fonte di riferimento restava la norma speciale⁵³. La questione è stata risolta introducendo nell'art. 19 una norma di interpretazione autentica, dimezzando al contempo in trenta giorni il termine per il procedimento di controllo di competenza dell'Amministrazione, salve le previsioni sanzionatorie contenute nel t.u. edilizia e nella normativa regionale⁵⁴.

5. *Lo stato dell'arte*

È notizia delle scorse settimane l'approvazione definitiva da parte del Senato, in seconda lettura, del c.d. secondo atto della 'Riforma Madia' in materia di Amministrazioni pubbliche, in vigore dal 28 agosto 2015⁵⁵.

Composta da ventitré articoli, dei quali sedici deleghe, la legge n. 124 del 2015 ha tra il resto affidato al Governo – da un lato – la precisa *individuazione* dei procedimenti oggetto di s.c.i.a., di silenzio assenso, di atti di consenso o di comunicazione preventiva e – dall'altro – l'in-

mato l'intervento del legislatore sulla base del principio dell'urbanistica, individuato dalla stessa Consulta. In merito, tra i molteplici contributi, cfr. A. D'ATENA, *L'allocatione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2003, 2782.

⁵³ Cfr. V. PARISIO, *Il silenzio amministrativo nell'attività edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, 207. Così anche la giurisprudenza: tra gli altri si v. Tar Piemonte, sez. I, 19 aprile 2006, n. 1885, in *Foro amm. Tar*, 2006, 1199.

⁵⁴ Cfr. l. 12 luglio 2011, n. 106, di conversione del d.l. 14 maggio 2011, n. 70.

⁵⁵ Il riferimento è alla l. 7 agosto 2015, n. 124, promulgata esattamente venticinque anni dopo la legge sull'attività amministrativa del 1990 e, a sua volta, ad un anno esatto dall'approvazione da parte della Camera della l. n. 114/2014 di conversione del d.l. n. 90/2014, più noto come il 'primo atto' della riforma amministrativa promossa dal Governo Renzi.

troduzione di una disciplina generale per le attività non assoggettate ad autorizzazione preventiva espressa⁵⁶.

L'obiettivo principale della delega, secondo la relazione accompagnatoria stilata dall'esecutivo, è di semplificare l'organizzazione amministrativa, rendendo più agevoli e trasparenti le regole che ne disciplinano i rapporti con i privati, le imprese e i suoi dipendenti. In questo contesto, l'intenzione è di rendere più chiari «i casi di silenzio assenso in materia di segnalazione certificata di inizio attività» ove, a causa dei numerosi interventi normativi, l'ambito di applicazione «è alquanto incerto e, quindi, il funzionamento *limitato*»⁵⁷. Inoltre è previsto anche che, in sede di ricevimento di un'istanza, l'Amministrazione debba comunicare «ai soggetti interessati» i termini entro cui è tenuta a rispondere ovvero quelli entro i quali il *silenzio* serbato dall'apparato amministrativo equivale ad accoglimento della domanda⁵⁸.

Al di là di alcuni dubbi che possono sorgere all'interprete in merito alle locuzioni utilizzate – in particolare con riguardo agli interessati cui comunicare i termini di conclusione del procedimento – e alle considerazioni in merito all'effettiva semplificazione di un procedimento di tal fatta, il punto di partenza del legislatore, o meglio del Governo, sembra essere corretto: a distanza di venticinque anni dalla sua entrata in vigore, non è ancora chiaro, appunto, l'effettivo ambito di operatività dell'art. 19.

In generale si ritiene ancora valida la conclusione per la quale detto procedimento non possa trovare applicazione nei casi in cui residui all'Amministrazione (e solo in capo ad essa) un potere di valutazione di presupposti e requisiti non compiutamente definiti e disciplinati a livello normativo⁵⁹. Nondimeno, c'è chi lo reputa applicabile anche agli atti di consenso caratterizzati da discrezionalità c.d. tecnica, poiché, tra il resto, la possibilità di revoca, contenuta nel co. 3 dell'art. 19 e attribuita

⁵⁶ Cfr. art. 5, co. 1, l. n. 124/2015.

⁵⁷ Rinvenibile all'indirizzo www.governo.it/backoffice/allegati/76272-9695.pdf, pag. 4 (*link* controllato, da ultimo, il 6 ottobre 2015).

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 166. In giurisprudenza si v., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in *Foro amm. CdS*, 2009, 478.

all'autorità amministrativa dopo il termine di sessanta giorni per le verifiche, presuppone l'esistenza di un potere discrezionale⁶⁰.

In ogni caso, l'entrata in vigore della cennata riforma pare comportare un ritorno alla disciplina originaria della legge n. 241 del 1990, modificata peraltro rispetto agli esiti della Commissione Nigro, quando era previsto che un regolamento elencasse dettagliatamente le attività assentibili con d.i.a.⁶¹.

Questa operazione ha senz'altro il merito di chiarire, a tutte le parti interessate, quali procedimenti sono invece *esclusi* – procedimenti che, in quanto tali, dovranno come visto confluire nelle altre categorie, anch'esse nominativamente dettagliate – così risolvendo una serie di contrasti registratisi sia in dottrina che in giurisprudenza sull'esatta collocazione dei singoli procedimenti⁶².

Allo stesso tempo, una simile puntuale classificazione probabilmente non aiuta l'intento complessivo di semplificazione, né a maggior ragione quello di liberalizzazione, essendo probabilmente più semplice, sulla base del dettato normativo, che ciascuna Amministrazione indichi i procedimenti di propria competenza cui applicare il modello ex art. 19⁶³. Per raggiungere questo obiettivo, ad ogni buon conto, è necessario che la norma sia chiara e non lasci spazio a plurime interpretazioni. La sensazione, allo stato, sembra fatalmente di segno opposto, ma per una

⁶⁰ Cfr. F. MARTINES, *op. cit.*, 96. Sul potere di revoca attribuito all'Amministrazione si tornerà, comunque, a breve.

⁶¹ Cfr. d.P.R. 26 aprile 1992, n. 300. Sugli intenti della Commissione si v. M. NIGRO, *Commissione per la revisione della disciplina del procedimento amministrativo. Appunto introduttivo*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1984, 79.

⁶² Si pensi alla tutela della salute, espunta dalla riforma avutasi con la l. 122/2010, cit., dagli interessi sensibili di cui al co. 1 dell'art. 19, ma non anche dai motivi per i quali, ai sensi del successivo co. 4, è possibile per la PA agire anche dopo il decorso del termine di sessanta giorni dalla segnalazione. Su questo cfr. F. MARTINES, *op. cit.*, 98 e G. FALCON, *La normativa sul procedimento amministrativo*, cit., 131, a detta del quale sono proprio i numerosi problemi interpretativi della disposizione, come ad esempio l'esatto ambito di applicazione, ad avere decretato «il modesto successo di un istituto in apparenza tanto significativo ed innovativo».

⁶³ Cfr. G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, cit., 192.

valutazione complessiva è evidentemente necessario attendere l'esercizio della delega da parte del Governo⁶⁴.

La legge n. 124 ha invece già modificato le disposizioni inerenti ai poteri di verifica dell'Amministrazione sull'attività segnalata dal privato⁶⁵. Qualora infatti sia possibile conformare alla normativa vigente l'attività intrapresa in carenza dei presupposti e dei requisiti, è stabilito che l'autorità sospenda l'attività, prescrivendo le misure necessarie, le quali hanno da essere adottate entro un termine di almeno trenta giorni. Decorso tale termine, in caso di mancata adozione delle misure ordinate, l'attività si intende vietata.

In secondo luogo, viene ridimensionato il potere di autotutela in capo all'Amministrazione, il quale può essere esercitato, tramite l'adozione di provvedimenti repressivo-ripristinatori, in tutti i casi in cui ricorrano le condizioni previste dalla legge per l'annullamento d'ufficio. Viene così meno la possibilità per l'Ente pubblico di ricorrere alla revoca, la cui previsione, come si è visto, coinvolgendo provvedimenti discrezionali, si rivelava in effetti priva di utilità.

Analogamente, decorso il termine di sessanta giorni dalla segnalazione, l'Amministrazione non è più obbligata a dimostrare, in sede di autotutela decisoria, la falsità della segnalazione o delle attestazioni, ovvero la presenza di pericoli di danno ad interessi sensibili: in questi termini la previsione dovrebbe risolvere le svariate difficoltà ermeneutiche di cui erano fonte i commi 3 e 4 dell'art. 19⁶⁶.

⁶⁴ Da compiersi, ex art. 5, co. 1, l. n. 124 del 2015, entro dodici mesi dall'entrata in vigore della riforma.

⁶⁵ Art. 6, l. 124/2015, che modifica i co. 3 e 4 dell'art. 19 della l. n. 241/1990.

⁶⁶ Ne dà conto, ad esempio, F. MARTINES, *op. cit.*, 85. Mentre, per quanto concerne gli strumenti a tutela del terzo, come noto, dopo Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *Foro amm. CdS*, 2011, 2309, il legislatore del 2011 è intervenuto inserendo il co. 6-ter all'art. 19 e così prevedendo, quale unica forma di tutela, l'azione avverso il silenzio inadempimento ex art. 31 c.p.a., maturato a seguito della presentazione di un'istanza tesa a sollecitare l'esecuzione di verifiche da parte dell'Amministrazione. In argomento è necessario rinviare, tra gli altri, a G. GRECO, *Ancora sulla Scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 645. Si consideri, da ultimo, che il co. 1, lett. d, l. n. 142/2015 ha modificato l'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, quantificando in non più di diciotto mesi il termine ra-

Riguardo alla perentorietà o meno del termine entro il quale l'auto-rità deve concludere il procedimento di verifica, invece, la delega all'esecutivo nulla prevede. Né l'attuale formulazione del primo comma dell'art. 19 contiene una formula letterale in grado di porre fine ai dubbi interpretativi finora registratisi.

L'orientamento prevalente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, propende per la natura perentoria di siffatto termine, muovendo dai principi di reciproca lealtà e correttezza nei rapporti procedurali tra Amministrazioni e amministrati⁶⁷. Ragionando diversamente, difatti, il modulo procedimentale avviato con la segnalazione certificata finirebbe per condizionare l'azione del privato in misura maggiore rispetto ai casi di autorizzazione espressa.

Del resto, si argomenta, in tal modo verrebbero svuotate di contenuto sia le successive ipotesi di autotutela – e, si può ora aggiungere, a maggior ragione con l'entrata in vigore della riforma cui ci si è adesso riferiti – che la tutela risarcitoria del danno da ritardo di cui all'art. 2-bis della l. n. 241 del 1990, la cui *ratio* è di ristorare il privato per il semplice fatto che il procedimento non si è concluso nei termini, indipendentemente dalle ragioni di merito⁶⁸.

Ancora, permangono le critiche nei confronti della segnalazione certificata in materia edilizia. A seguito delle già ricordate modifiche normative, il modello generale di s.c.i.a. sostituisce le attività prima assentite con d.i.a. edilizia, ma non subentra ai regimi alternativi o sostitutivi rispetto al permesso di costruire individuati da leggi statali o regionali⁶⁹. Inoltre, esso non si interessa delle disposizioni contenute nel t.u. edilizia relative agli aspetti della d.i.a. edilizia non interessati dalle ri-

gionevole per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici.

⁶⁷ In giurisprudenza si v., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1474, in *Riv. giur. ed.*, 2009, 895 e Tar Lombardia, sez. IV, 7 giugno 2011, n. 1405, *ivi*, 2011, 1368; in dottrina cfr. F. MARTINES, *op. cit.*, 72.

⁶⁸ Tra le pronunce dei giudici amministrativi si possono segnalare Tar Toscana, sez. II, 31 agosto 2010, n. 5145, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 2064 e Tar Veneto, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 197, in *Foro amm. Tar.*, 2010, 97; in dottrina si v., tra gli altri, G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *op. cit.*, 251.

⁶⁹ Cfr. l. 122/2011, cit.

forme dell'art. 19 della legge 241 del 1990, che quindi devono intendersi ancora in vigore⁷⁰.

Il risultato è un intervento di interpretazione autentica – peraltro in sede di decretazione d'urgenza – giudicato *frettoloso* dalla dottrina, il quale risolve solo in parte le questioni relative all'ambito di applicabilità del modello generale e concentra le verifiche dell'autorità in un periodo temporale particolarmente ristretto⁷¹.

Ma, come è stato già notato in dottrina, la chiave di volta dell'intero fenomeno è costituita dalla natura (e dagli effetti) dell'atto inviato dal privato alla Pubblica Amministrazione⁷².

Secondo parte degli interpreti, la segnalazione certificata non rivestirebbe un mero *onere* a carico dell'interessato – vale a dire il collegamento tra la posizione giuridica del soggetto che vuole avviare l'attività e il potere di verifica dell'Amministrazione – per effetto del quale i contatti tra questo e l'apparato amministrativo si verificano solo in occasione della presentazione della segnalazione⁷³. Allo stesso modo, tale segnalazione non potrebbe utilmente essere definita neppure una semplice dichiarazione notiziale, dal momento che con la s.c.i.a. l'interessato manifesta la volontà di avvalersi del potere, riconosciutogli dalla legge, di *costituire* l'effetto, realizzando così l'assetto di interessi prefigurato⁷⁴.

La segnalazione sarebbe dunque un *atto dovuto*, nel senso che la legge lo impone e che, quindi, l'avvio dell'attività senza di essa costituirebbe un comportamento illecito ai sensi del successivo art. 21 e non

⁷⁰ Indica le disposizioni del t.u.e. ancora in vigore, dopo le riforme del 2010-2011, F. MARTINES, *op. cit.*, 122. In argomento si v. anche G. FALCON, *La normativa sul procedimento amministrativo*, cit., 131, che rilevava come, quando si introduce una previsione simile a quella ex art. 19 in una disciplina di settore, questa si discosti non di poco dal modello generale.

⁷¹ Cfr. F. MARTINES, *op. cit.*, 121.

⁷² Cfr. M.P. CHITI, *op. cit.*, 212.

⁷³ Cfr. E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, 197. Ad un onere imposto a chi vuole iniziare l'attività si riferisce invece G. FALCON, *op. cit.*, 148. Sulla nozione di onere cfr. P. GELATO, *Onere*, in *Dig. disc. priv.*, XIII, Torino, 1995, *ad vocem*.

⁷⁴ Secondo l'espressione utilizzata da M.P. CHITI, *op. cit.*, 224.

un mero comportamento in contrasto con il dovere di agire tipico delle situazioni gravate da onere⁷⁵.

L'effetto della presentazione della segnalazione, all'interno del procedimento congegnato dall'art. 19, sarebbe quindi quello di dar vita ad una situazione di *contatto durevole* tra cittadini ed autorità amministrativa, i quali, secondo la tradizionale idea di Nigro, entrambi manifestano poteri, aspettative ed oneri⁷⁶.

Seguendo questo schema, ne deriva che il privato, avvalendosi del potere che la legge gli riconosce, sostituisce al previo provvedimento permissivo pubblico la propria autonomia, che in questi casi non è più privata, ma anch'essa pubblica⁷⁷. In simili contesti, sono i titolari dell'interesse privato che misurano la conformità di questo con l'interesse pubblico, arrivando con ciò a perseguire essi stessi il fine pubblico, ovviamente all'interno delle sole ipotesi di amministrazione vincolata⁷⁸.

In altre parole, secondo questo orientamento, l'interesse pubblico si preciserebbe al termine di un processo di autovalutazione affidato ai titolari degli interessi privati, nel momento in cui questi, presentando la segnalazione, si confrontano con l'Amministrazione⁷⁹. L'esito di questi ragionamenti è dunque che il privato non opererebbe come autorità amministrativa con riferimento a sé stesso, ma sarebbe all'opposto la funzione pubblica a raggiungere i soggetti della società⁸⁰.

6. Considerazioni conclusive

Resta ora da chiarire se, alla luce di quello che si è notato, il nostro ordinamento identifichi nel meccanismo di cui all'art. 19 della legge

⁷⁵ Cfr. P. DURET, *op. cit.*, 212.

⁷⁶ Cfr. P. DURET, *op. cit.*, 200, il quale appunto richiama M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, 478.

⁷⁷ Cfr. P. DURET, *op. cit.*, 202; M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 257.

⁷⁸ Cfr. G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Studi in onore di Pietro Virga*, Milano, 1993, 1321.

⁷⁹ Cfr. P. DURET, *op. cit.*, 205.

⁸⁰ Cfr. P. DURET, *op. cit.*, 226.

sull'attività amministrativa un'ipotesi di autoamministrazione dei privati, che è poi la ragione di questo contributo.

Per risolvere agevolmente la questione, sarebbe sufficiente affermare che, osservando il fenomeno ai fini che qui rilevano, nulla è cambiato dal 1996 ad oggi. Ma vale la pena forse di motivare la risposta, oltre che *per relationem*, anche sulla base di argomentazioni ulteriori.

Le riforme varate nell'ultimo decennio, come si è visto, prendono le mosse da un rinnovato bisogno di aumentare la competitività tra i soggetti di diritto privato diminuendo la 'complicazione' amministrativa, attraverso la riduzione della *sfera* pubblica e – tramite questa – la riduzione della *spesa* pubblica dovuta ai procedimenti di consenso⁸¹.

In questi termini, l'intento del legislatore è duplice: da una parte, semplificare, o meglio eliminare, i provvedimenti per diminuire i procedimenti, riallocando le risorse interne ad altre funzioni; dall'altra rendere responsabile il privato degli oneri di preparazione ed acquisizione di tutti i documenti sostitutivi, prevedendo sanzioni penali ragguardevoli a suo carico in caso di dichiarazioni o attestazioni false.

Questi due obiettivi meritano di essere analizzati separatamente.

Con riguardo al primo, vale a dire la semplificazione dei procedimenti amministrativi, non pare che il legislatore sia riuscito nel suo intento. Ne è una prima, elementare, dimostrazione la lunghezza del testo dell'art. 19 oggi in vigore, in attesa dell'entrata in vigore delle norme delegate, rispetto alla ben più esigua versione del 1990, ancorché modificata dal Governo rispetto alle conclusioni cui era giunta la Commissione Nigro⁸². Ma, in aggiunta a questo dato, basta scorrere la norma per accorgersi di quanto *complicate* siano, in realtà e solo per citare qualche esempio, tutte le disposizioni in materia di ambiti esclusi, allegazioni necessarie, procedimento di verifica, poteri inibitori e di autotutela, rapporti con le sanzioni penali e amministrative. Per non parlare della s.c.i.a. in ambito edilizio, la quale tuttora continua ad essere disciplinata da regole in parte diverse: non soddisfa il termine per la conclu-

⁸¹ Di riduzione della sfera pubblica, su scala globale, si è interessato, tra gli altri, S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012, soprattutto 319 ss.

⁸² Si v., ancora, M. NIGRO, *Commissione per la revisione della disciplina del procedimento amministrativo*, cit., 79.

sione del procedimento di verifica, che come si è notato quasi mai consente i dovuti controlli da parte dell'Ente pubblico, né può dirsi soddisfacente il coordinamento con la disciplina generale di cui all'art. 19 e le altre norme, specialmente quelle delle Regioni.

Insomma, è evidente come, più che di una fonte di semplificazione, il meccanismo della segnalazione certificata finisca per essere una fonte di aggravamento. Beninteso, ipotesi di aggravamento sono previste in molteplici occasioni nel nostro ordinamento giuridico: lo stesso Falcon, in un altro scritto, ne elenca alcune (si pensi al procedimento di revisione costituzionale, ad esempio, che non a caso è definito *rinforzato*)⁸³.

Lo scopo, in questi casi, secondo l'Autore, è di tutelare valori che vengono ritenuti più importanti. In effetti, ragionando in astratto, semplificazione e aggravamento costituiscono il potere di scelta di cui gode il legislatore nel disciplinare una data materia o un dato istituto, sulla base, appunto, degli interessi che esso reputa prevalenti. La stessa facoltà degli aventi diritto di partecipare al procedimento amministrativo, di per sé, configura un esempio di aggravamento, tanto che si è arrivati a sostenere che vi sia una certa discrezionalità nell'idea di semplificazione amministrativa⁸⁴.

Si è sostenuto che il procedimento delineato dall'art. 19 in tanto è oggetto di semplificazione in quanto migliori la situazione degli amministrati, i quali sono liberi di agire senza dover attendere il consenso dell'apparato amministrativo⁸⁵. Tuttavia un quesito sorge spontaneo: perché una norma con finalità di semplificazione si concretizza in ipotesi di aggravamento, peraltro sia per l'amministrato che per la stessa PA?

L'interrogativo e le considerazioni che precedono conducono al secondo intento del legislatore e, segnatamente, alla finalità di *deregulation* – ancorché non in senso tecnico, come si è detto⁸⁶ – dell'art. 19,

⁸³ Cfr. G. FALCON, *La normativa sul procedimento amministrativo*, cit., 121.

⁸⁴ Così G. FALCON, *op. cit.*, 124. In argomento si v. anche F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 310 e G. VESPERINI, *La semplificazione del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 655.

⁸⁵ Cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 130.

⁸⁶ Cfr. F. MARTINES, *op. cit.*, 47.

che, almeno fino alla versione vigente, appare manifesta e di cui già si sono operate delle considerazioni.

Agendo in questo modo, secondo parte della dottrina, si attuerebbe una responsabilizzazione del privato rispetto ad un'Amministrazione che si contrae e che quindi viene privata, almeno parzialmente, del potere autorizzativo⁸⁷. Del resto, il concetto di autoresponsabilità, ai fini della formazione del meccanismo di cui all'art. 19 della legge n. 241 del 1990, è frequentemente richiamato dalla giurisprudenza, anche con riferimento ai numerosi oneri gravanti sul privato ai fini della formazione dell'effetto giuridico favorevole all'inizio dell'attività⁸⁸.

Non a caso, su questa linea, alcuni interpreti ravvisano, a fronte di un'autorizzazione vincolata e senza contingentamenti, la sussistenza di posizioni di diritto soggettivo e questo rende, per certi versi, superflua l'intermediazione dell'autorità amministrativa al fine di garantire la formazione dell'atto autorizzativo, posto che l'effetto potrebbe essere direttamente prodotto dal privato⁸⁹.

È sicuramente ancora valida, quindi, l'idea per cui nelle ipotesi disciplinate dall'art. 19 l'intervento autoritativo dell'Amministrazione cede il passo ad una tutela dell'interesse pubblico, per il tramite dell'esercizio della libertà del privato e grazie all'iniziativa di quest'ultimo⁹⁰.

⁸⁷ Cfr. M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 257; G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, cit., 3494; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, 148. Così anche, più in generale, F. SATTA, *op. cit.*, 310.

⁸⁸ Si v., in particolare, Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, cit., per cui l'attività dichiarata può essere intrapresa «senza il bisogno di un consenso dell'amministrazione, surrogato dall'assunzione di autoresponsabilità del privato, insito nella denuncia di inizio attività». In questo contesto non è ipotizzabile «alcun potere preventivo di tipo ampliativo (...), sostituito dall'attribuzione di un potere successivo di verifica della conformità a legge dell'attività denunciata».

⁸⁹ Cfr. in tal senso L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996, 74; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 33.

⁹⁰ Secondo il pensiero di A. PAJNO, *op. cit.*, 69, che muove dalle originarie intuizioni di M. NIGRO, *Amministrazione pubblica*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, II, *ad vocem*, ora anche in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1985.

Tuttavia, ciò che è mutato – e in misura rilevante – è l'apporto, per così dire *responsabile*, del privato: da un lato, infatti, dalle autocertificazioni previste nel 1996 si è passati agli elaborati tecnici ed alle attestazioni dei professionisti, quali atti necessari per poter avviare l'attività; dall'altro e in conseguenza di ciò, una parte della verifica degli aspetti tecnici è stata affidata non più all'autorità, bensì a professionisti della società civile, seppur dotati delle necessarie competenze⁹¹.

Non sembra, quindi, che residuino molti spazi per una autoamministrazione pura, nel significato che all'inizio si è precisato.

È vero che in qualche modo manca il provvedimento di consenso, che prima era necessario per poter iniziare un'attività, ed è parimenti vero che il procedimento di controllo dell'Amministrazione si rivela essere di tipo meramente formale, a maggior ragione nel momento in cui si responsabilizza, anche penalmente, chi attesti il falso.

A questo punto, però, non è più, come si sostiene⁹², il titolare dell'interesse privato che ne definisce la coerenza con l'interesse pubblico, ma semmai – quantomeno nella maggior parte dei casi – è colui al quale si rivolge il titolare dell'interesse privato che svolge una simile funzione; e si è dell'idea che tale funzione non possa essere ritenuta, a ragione, fenomeno di vera autoamministrazione. In effetti, osservando il fenomeno, parrebbe di dire che il privato che forma la segnalazione ha un interesse alla base di tale atto, il quale è e resta privato; semmai del ruolo che prima aveva l'autorità amministrativa, in un certo senso, viene investito il professionista.

Non solo. La serie copiosa di modifiche normative susseguite nel tempo e il coacervo di teorie che, con riferimento all'art. 19 più volte così emendato, sono state elaborate riflettono una certa approssimazione ascrivibile al legislatore, il quale nella corsa alla semplificazione ha posto in essere e variamente modificato una disciplina che ancora non può dirsi completa, né pienamente soddisfacente.

⁹¹ Come già aveva concluso, con riferimento alla d.i.a. nel settore edilizio, ove come si è visto già esistevano tali asseverazioni, G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, cit., 190.

⁹² Cfr. P. DURET, *op. cit.*, 204.

La sensazione, insomma, è che anche dopo anni di riflessioni e di riforme non si può che rispondere affermativamente al bisogno di cambiare l'attuale modello di amministrazione pubblica⁹³.

Ci sono buoni motivi, ad esempio, per ripensare il principio di sussidiarietà orizzontale quale fonte di fattispecie di autoamministrazione, facendo leva su una funzione pubblica in dialogo con la collettività – che in effetti è il primo vero destinatario dell'ultimo comma dell'art. 118 Cost.⁹⁴.

Ma ci sono anche ottime ragioni per ripensare il meccanismo di cui all'art. 19. L'entrata in vigore della legge n. 124 del 2015 traccia i contorni di una riforma che, almeno secondo gli intenti, vorrebbe chiarire e semplificare: chiarire il quadro normativo e semplificare i procedimenti (e, con l'occasione, gli oneri in capo alle parti di tali procedimenti). Spetta ora alla compagine governativa di dipingere il quadro, con il rischio, sempre in agguato, che con l'intento di semplificare si finisca, a conti fatti, per complicare ulteriormente una disciplina da anni in attesa del decollo⁹⁵.

⁹³ Esattamente come pensava, nel 1994, F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., 38.

⁹⁴ In questi termini si può aderire alla teoria di P. DURET, *op. cit.*, 226, che in qualche modo sembra riprendere la tesi di M.P. CHITI, *op. cit.*, 181. In argomento si v., ad esempio, A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, spec. 51 e G. ARENA, G. COTTURRI (a cura di), *Il valore aggiunto*, Roma, 2010.

⁹⁵ L'espressione *semplificazione "complicata"* è di G. FALCON, *La normativa sul procedimento amministrativo*, cit., 121.

ISTITUZIONI E TERRITORIO

ORDINAMENTO E DIVENIRE DELLE FONDAZIONI LIRICHE

Sandro de Götzen

SOMMARIO: 1. *Premessa*. 2. *Impiego della privatizzazione per fondazione nel campo della amministrazione della cultura: la rilevanza della questione economica nella lirica*. 3. *Il progressivo delinarsi della disciplina delle fondazioni lirico-sinfoniche. Dagli enti pubblici alle fondazioni liriche "di diritto privato"*. *Continuità nella prospettiva dell'organizzazione degli enti e dell'attività*. 4. *I caratteri della fondazione lirico-sinfonica*. 5. (segue) *L'obbligo di predisposizione di nuovi statuti: il mutamento del sistema di governo della fondazione lirica. Dal consiglio di amministrazione al consiglio di indirizzo. Il sovrintendente come unico organo di gestione. Interventi sul personale*. 6. (segue) *I controlli ed i poteri di indirizzo dell'autorità competente in materia di spettacolo e del Ministro dell'economia come determinanti della natura giuridica pubblica delle fondazioni lirico-sinfoniche*. 7. *L'intervento di risanamento del sistema musicale lirico-sinfonico, nella logica dell'amministrazione dell'emergenza. Il commissario governativo straordinario e il piano di risanamento. Interventi sul personale. Criteri di ripartizione del Fondo unico spettacoli*. 8. *Osservazioni conclusive*.

1. Premessa

La privatizzazione degli enti che operano nel settore culturale appare diffusa e sembra mirare ad una loro razionalizzazione, mediante l'impiego dello strumentario privatistico nell'attività e nell'organizzazione degli enti stessi. Nel settore culturale sono impiegati sia il modello della fondazione che quello societario¹.

¹ Si veda ad esempio La Biennale di Venezia, trasformata in società di cultura: G. SCIULLO, *La Biennale di Venezia come società di cultura*, in *Aedon*, 2/2002; F. CORTESE, *La Biennale di Venezia, il Centro sperimentale di cinematografia e l'Istituto nazionale per il dramma antico nel quadro delle recenti riforme culturali*, in *Aedon*, 2004; M. RENNA, *La Sibec s.p.a. tra realtà normativa e prospettive d'attuazione*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 597 ss.; G. FRANCHI SCARELLI, *La gestione dei beni culturali tramite*

Continua in quest'ambito il processo di riforma delle fondazioni lirico-sinfoniche, tutto giocato sulla necessità, costantemente avvertita, della riduzione dei costi per lo Stato, acuitasi nella prosecuzione della crisi economica che dura da quasi due lustri. La manovra di riforma del settore conosce varie tappe normative e si caratterizza per lo stratificarsi ed il sommarsi di leggi.

Le normative recenti accolgono, per gli enti lirici, il modello, impostosi con il d.lgs. 367 del 1996, della fondazione di diritto privato, con una spiccata specialità rispetto alle norme del codice civile, introducendo, nella disciplina di tali enti, rilevanti mutamenti organizzativi e relativi al sistema di finanziamento.

La privatizzazione delle fondazioni liriche, che hanno sostituito i precedenti enti pubblici, di interesse nazionale², appare un'operazione complessa. La privatizzazione della forma dell'ente risulta concepita, oltre che per facilitare la gestione dell'attività, principalmente per favorire il reperimento di risorse provenienti dai privati, per tracciare le linee di un sistema di finanziamento misto pubblico-privato, dato che il settore non può sopravvivere al di fuori di un consistente contributo pubblico. Così, accanto alla previsione delle forme privatistiche, risulta di estrema importanza la disciplina del procedimento di conferimento

fondazioni, in *Aedon*, 1/2002; per un quadro degli enti culturali trasformati in fondazioni si può v. S. DE GÖTZEN, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011, p. 219 ss.; per il ruolo delle fondazioni nel settore culturale nella prospettiva comparatistica B. MARCHETTI, *Diritto privato e amministrazione pubblica: problemi e spunti di diritto comparato*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2013, p. 143 ss., in partic. p. 157 ss.; G. BERTEZZOLO, *Il ruolo delle fondazioni nella promozione dei beni culturali: opportunità, limiti e prospettive future*; E. MITZMAN, *Le fondazioni della pubblica amministrazione nel settore della cultura: una prospettiva di diritto comparato*, entrambi i saggi in B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2013, rispettivamente p. 355 e p. 383.

² L'art. 5 della legge 14 agosto 1967, n. 800 (c.d. Legge Corona), rubricato "Natura giuridica e finalità degli enti", recita: "Gli enti autonomi lirici e le istituzioni concertistiche assimilate hanno personalità giuridica di diritto pubblico e sono sottoposti alla vigilanza del Ministero del turismo e dello spettacolo" (co. 1). "Essi non perseguono scopi di lucro ed hanno come fine la diffusione dell'attività musicale, la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività" (co. 2).

del contributo statale, che appare centrale per la vita delle fondazioni liriche. L'insuccesso ripetuto del tentativo di favorire un rilevante apporto finanziario di *sponsor* privati spiega vicende istituzionali passate e sembra orientare il presente processo di riforma, che prevede, come alternativa al risanamento dei bilanci delle fondazioni liriche, la liquidazione coatta amministrativa.

Ci proponiamo di esaminare sinteticamente il processo di privatizzazione per fondazioni degli enti lirici e di seguire il processo di riforma del settore, che è tuttora *in itinere* e si basa, da un lato, sulla riforma della *governance* della fondazione e, d'altro lato, su di un procedimento di risanamento, che incide sui debiti e sul personale.

2. Impiego della privatizzazione per fondazione nel campo della amministrazione della cultura: la rilevanza della questione economica nella lirica

La privatizzazione degli enti pubblici lirici mediante la trasformazione in fondazioni liriche sembra avere originariamente il fine del contenimento delle spese correnti dello Stato: l'obiettivo appare perseguito mediante l'apertura alla partecipazione di sovventori privati.

Si mira a razionalizzare l'attività ed a comprimerne i costi³ e, conseguentemente, si trasforma l'ente pubblico in fondazione di partecipazione, cui possono aderire privati, apportando risorse finanziarie e ottenendo anche l'ingresso degli stessi negli organi di governo dell'ente, se il contributo raggiunge un determinato ammontare.

Lo spettacolo dal vivo sembra, dal punto di vista strutturale, soffrire di uno squilibrio fra costi e ricavi, ciò che rende necessarie forme di contribuzione pubbliche: la fisiologica impossibilità di coprire i costi di

³ L. ZAN, *La trasformazione delle organizzazioni culturali in fondazione: la prospettiva manageriale*, in *Aedon*, 2/2003. L'A. rileva come i processi di ristrutturazione istituzionale, anche con riferimento al settore culturale, possono avere due diverse motivazioni; a) un tentativo di risparmio e di economizzazione, a fronte di problemi di contenimento del deficit pubblico; b) un tentativo di dare una soluzione al problema di "organizational failure", che spesso caratterizza la amministrazione pubblica.

produzione con i ricavi delle rappresentazioni sembra determinata dalla sostanziale incomprimibilità degli ingenti costi del personale⁴.

La dottrina aziendalistica afferma che vi sono due fattori che impediscono la sopravvivenza autonoma degli istituti del settore dello spettacolo dal vivo: a) esiste uno “strutturale divario negativo tra ricavi e costi per l’incapacità dei ricavi di coprire i costi”, data la “combinazione produttiva del teatro” che si caratterizza per costi fissi rigidi e scarsa possibilità di applicare economie di scala per fattori sociali e strutturali (ampiezza delle sale, ad esempio) che impediscono di praticare prezzi in grado di remunerare i costi di produzione; b) inoltre, “il recupero di produttività risulta insufficiente a compensare l’incremento dei costi di produzione”: “il miglioramento dell’efficienza trova enormi freni nell’elevato peso del personale, nella difficile applicazione delle tecnologie, oltre che nell’impossibilità di standardizzare i processi produttivi”⁵.

⁴ G. PENNELLA, M. TRIMARCHI (a cura di), *Stato e mercato nel settore culturale*, Bologna, 1993, *passim*; G. BRUNETTI, in G. BRUNETTI, P. FERRARESE, *Lineamenti di Governance e Management delle aziende di spettacolo*, Venezia, 2007, p. 15 s.; G. BRUNETTI, *La ricerca dell’equilibrio economico nel teatro d’opera. Il caso Teatro La Fenice*, in corso di pubblicazione in *Economia della cultura*, 2/2015. Sulle modalità con cui viene affrontato il problema del personale si v. S. MAINARDI, D. CASALE, *Il personale delle Fondazioni lirico-sinfoniche dopo la conversione del decreto-legge n. 64/2010*, in *Aedon*, 3/2010; sul finanziamento pubblico dei teatri d’opera in Italia ed in altri Paesi europei si v. G. CERRINA FERONI, *Organizzazione, gestione e finanziamento dei teatri d’opera in Europa*, in G. CERRINA FERONI, E. NEGRI, K. FROBOESE (a cura di), *Organizzazione, gestione e finanziamento dei teatri d’opera: esperienze europee e confronto*, Torino, 2014, p. 43 e *passim*.

⁵ G. BRUNETTI, in G. BRUNETTI, P. FERRARESE, *op. cit.*, p. 15 s.; L. ZAN, *op. cit.*; B. BRIGLIA, *Il fundraising e le fondazioni lirico-sinfoniche*, Brindisi, 2006, *passim* con ricca messe di dati anche economici. Si v. da ultimo la Relazione della Corte dei conti sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria delle Fondazioni lirico-sinfoniche per gli esercizi dal 2010 al 2012.

3. *Il progressivo delinarsi della disciplina delle fondazioni lirico-sinfoniche. Dagli enti pubblici alle fondazioni liriche “di diritto privato”. Continuità nella prospettiva dell’organizzazione degli enti e dell’attività*

La gestione del Teatro alla Scala veniva fatta, agli inizi dell’Ottocento, con le forme della società anonima (tra il comune di Milano ed i palchettisti), che esercitava un’attività di natura commerciale; solo negli anni venti del Novecento la gestione del teatro venne considerata come un bene di interesse nazionale, da tutelarsi impiegando una persona giuridica pubblica⁶. Con la legge n. 1570 del 1936 si disciplinano gli enti lirici come enti pubblici; si prevede la nomina governativa del sovrintendente e dei membri del comitato di direzione; si dispone l’approvazione ministeriale degli atti di una certa importanza e della programmazione delle stagioni. La successiva legge Corona n. 800 del 1967 innova solamente per ciò che concerne gli organi di governo dell’ente lirico, nei quali si introduce una rappresentanza degli enti locali e delle forze sindacali. Nel corso degli anni ottanta e novanta si pongono le premesse culturali per la privatizzazione degli enti lirici, la ricerca del coinvolgimento dei privati come finanziatori e come portatori di “capacità gestionali più dinamiche e maggiormente orientate al soddisfacimento degli utenti”⁷.

Il d.lgs. n. 367 del 1996 si occupa di una parte dell’attività musicale, l’attività lirica e operistica, ed in particolare degli enti autonomi lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate, intervenendo solo su parte della materia già regolata dalla legge n. 800 del 1967 che si occupa del regolamento e della sovvenzione di un più ampio novero di enti ed atti-

⁶ Si v. ampiamente in merito G. IUDICA, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *Fondazioni ed enti lirici*, Padova, 1998, p. XII ss.; ricco di materiali ed in prospettiva storico-istituzionale G. ARMAO, *Le trasformazioni dell’ordinamento giuridico delle fondazioni liriche in Italia*, CIDIM, s.d., ma agg. 2007.

⁷ Ancora G. IUDICA, *Presentazione*, cit., XVI; G. MARASÀ, *Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato*, in *Studium iuris*, 1996, p. 1095, in partic. p. 1098: “impresa e privatizzazione paiono scelte collegate, avendo, forse, operato nel legislatore la suggestione che la forma di fondazione privata fosse in grado di garantire, meglio di quella di ente pubblico, una gestione improntata a criteri di equilibrio, se non di profitto”.

vità artistico-musicali, come i teatri di tradizione e le istituzioni concertistico-orchestrale, festival lirici, concertistici, corali e di balletto (artt. 6, 28, 36, l. n. 800 cit.).

Il d.lgs. n. 367 del 1996 realizza la scelta della privatizzazione degli enti lirici di prioritario interesse nazionale, ricorrendo alla figura della fondazione di diritto speciale. Le nuove fondazioni mutuano in misura rilevante dai precedenti enti pubblici lirici la struttura organizzativa e la disciplina dell'attività. La trasformazione prevista in fondazioni di diritto privato ha originariamente carattere di obbligatorietà, deriva non dalla legge, ma da deliberazione in tal senso dell'organo dell'ente che ha il potere statutario. Non essendosi prodotti risultati concreti, una successiva normativa – il d.lgs. n. 134 del 1998 – prevede una trasformazione coattiva *ex lege*, stabilita direttamente dalla legge e non più subordinata all'ingresso di privati, come invece il d.lgs. del 1996.

Solo il Teatro alla Scala, infatti, riesce ad acquisire conferimenti privati nella misura necessaria prevista dal d.lgs. n. 367 (il dodici per cento dei finanziamenti annuali), perché l'investitore privato possa designare un proprio componente nel consiglio di amministrazione. Il d.lgs. n. 134 del 1998 riduce la quota richiesta ai finanziatori privati per designare un membro del consiglio di amministrazione (il dodici per cento dei soli finanziamenti statali).

Il d.lgs. n. 134 del 1998 verrà dichiarato costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega⁸ ed interverrà la legge n. 6 del 2001 (che converte il d.l. n. 345 del 2000). Tale normativa riprende quasi integralmente il d.lgs. n. 134 del 1998, ribadendo la scelta della trasformazione coattiva *ex lege* degli enti, che sono trasformati in fondazioni e acquisiscono la personalità giuridica di diritto privato a decorrere dal 23 maggio 1998.

Le fondazioni liriche sono dunque introdotte dal d.lgs. n. 367 del 1996⁹, salve le successive, numerose modificazioni; secondo l'art. 4 del

⁸ L'illegittimità per eccesso di delega viene dichiarata dalla sent. 503/2000 della Corte costituzionale.

⁹ Per un commento al d.lgs. n. 367 del 1996 nel testo originario E. FRENI, *La trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 1115 ss.; G. IUDICA (a cura di), *Fondazioni ed enti lirici*, Padova, 1998.

d.lgs. n. 367 solo in via residuale, esse sono regolate dalle norme del codice civile applicabili alle fondazioni di diritto comune.

Il legislatore successivo si preoccupa specialmente dell'aspetto patrimoniale di tali enti.

Il d.lgs. n. 134 del 1998 in particolare prevede lo scioglimento del consiglio di amministrazione (art. 21 modificato) oltre che per le ipotesi precedentemente previste¹⁰, anche quando venga presentato un bilancio preventivo in perdita, quando i conti economici per due esercizi consecutivi siano in perdita per oltre il trenta per cento del patrimonio o quando siano previste perdite patrimoniali di analoga gravità. Varie fondazioni liriche, nell'ultimo triennio, risultano commissariate.

La successiva riforma "Bondi" (d.l. n. 64 del 2010 e legge di conversione n. 100 del 2010) detta criteri per la ridisciplina dell'assetto ordinamentale e organizzativo delle fondazioni lirico-sinfoniche. Gran parte della manovra riguarda provvedimenti inerenti al personale: gli artt. 2 e 3 del d.l. n. 64 ripropongono il blocco alle assunzioni a tempo indeterminato, che sono possibili solo se ricorrono condizioni particolari, quali l'essere coperte dalle erogazioni concesse alla fondazione, evitando ulteriori oneri per la finanza pubblica. L'unica eccezione ammessa sono le assunzioni per le "professionalità artistiche necessarie per la copertura di ruoli di primaria importanza indispensabili all'attività produttiva". Si mette in luce che la verifica vien affidata al Ministro per i beni e le attività culturali al quale l'art. 3, co. 5, assegna un potere di autorizzazione. Si tratta di "un'anomala disciplina di stampo pubblicitario" che assegna al Ministro il potere di autorizzazione in deroga¹¹.

L'ente che risulterà dalla trasformazione di cui si sono posti i principi, ancora denominato fondazione lirico-sinfonica, assume caratteri ancora più marcatamente pubblicitari: si pensi alla previsione (art. 1,

¹⁰ Si tratta dei casi di gravi irregolarità nell'amministrazione, gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative e statutarie che regolano l'attività delle fondazioni (art. 21 d.lgs. n. 367 nel testo originario).

¹¹ S. MAINARDI, D. CASALE, *op. cit.* Il blocco delle assunzioni, si rileva, era stato stabilito specificamente per le fondazioni liriche per gli anni 2008, 2009 e 2010 dall'art. 2, co. 392 della legge finanziaria n. 244 del 2007, che seguiva il blocco per gli anni 2006 e 2007 posto dall'art. 1, co. 595, della legge finanziaria n. 266 del 2005, che non prevedeva neanche deroghe su autorizzazione del Ministro.

co. 1, lett *c-bis*, l. n. 100 del 2010) di specifici “strumenti di raccordo” per la formazione di sinergie e collaborazione tra le diverse fondazioni (cfr. *infra*, par. 6).

Si prevedono “forme organizzative speciali” per le fondazioni liriche in relazione alle loro peculiarità, alla loro assoluta rilevanza internazionale, alle loro eccezionali capacità produttive, per rilevanti ricavi propri o per il significativo e continuativo apporto finanziario di soggetti privati (art. 1, co. 1, lett. f, l. n. 100 del 2010). Si introduce la possibilità di dettare discipline differenziate, in deroga alla normativa, per ciò che riguarda la partecipazione di privati, il consiglio di indirizzo ed il soprintendente¹².

Nella legge n. 100 del 2010 sembrano convivere due diversi modelli di sviluppo della fondazione lirica: da una parte si prevede la sopravvivenza delle sole fondazioni che trovano sostegno nel mercato, dall'altra in questi enti si vede non un veicolo di spesa fuori controllo da troncare in ogni caso, ma un investimento culturale, del quale i territori non debbono essere depauperati¹³.

Nelle leggi che nel corso del 2013 e del 2014 si sono succedute sembra inverarsi il modello che sottolinea la necessità di non gravare sulle finanze pubbliche e di riduzione conseguente della spesa, indipendentemente dall'intervento di finanziatori privati; si designa un commissario governativo cui le fondazioni che si trovano in situazione di dissesto finanziario dovranno presentare un idoneo piano di risanamen-

¹² Lo Statuto de La Scala di Milano prevede un'assemblea dei fondatori, pubblici e privati con funzioni, tra l'altro, consultive e di decisione circa la destinazione degli apporti a patrimonio da parte dei fondatori alla gestione e agli investimenti (art. 6); il presidente, con funzioni di convocazione e presidenza del consiglio di amministrazione e di cura dell'esecuzione degli atti deliberati (art. 9); il Consiglio di amministrazione composto di una maggioranza di membri di nomina pubblica con funzioni di indirizzo e di approvazione dei bilanci (artt. 7, 8) il sovrintendente, che dirige e coordina in autonomia l'attività di produzione artistica e le attività connesse o strumentali (art.10); il Collegio dei revisori, che riferisce con relazione trimestrale ai Ministeri dell'economia e dei beni e attività culturali (art. 5).

¹³ In tal senso S. DE GÖTZEN, *op. cit.*, p. 237 ss.

to, prevedendo un fondo straordinario di finanziamento, di durata triennale, per arrivare all'equilibrio di bilancio¹⁴.

4. I caratteri della fondazione lirico-sinfonica

Gli aspetti organizzativi e di attività della fondazione lirico-sinfonica, espressamente definita dalla legge come fondazione di diritto privato, risultano predeterminati per la gran parte dalla legge, sia nel d.lgs. n. 367 del 1996 che nelle normative successive. Il d.lgs. n. 367 del 1996 (che pure parla di libertà statutaria delle fondazioni liriche) come anche i successivi provvedimenti normativi (v. d.l. n. 91 del 2013, conv. in l. n. 112 del 2013) prevedono una stretta limitazione della libertà statutaria, dato che si ha la predeterminazione normativa della struttura amministrativa, dalla composizione alla competenza degli organi; dello scopo; della specificazione dei criteri di intervento degli altri soggetti nella fondazione. La maggior parte delle caratteristiche delle fondazioni lirico-sinfoniche sono elementi predeterminati dalla normativa¹⁵.

a) Lo scopo della fondazione. È indicato dal d.lgs. n. 367 cit.: le fondazioni liriche debbono perseguire senza fine di lucro “la diffusione dell’arte musicale, la formazione professionale dei quadri artistici e l’educazione musicale della collettività” (art. 3, co. 1), provvedendo alla gestione dei teatri loro affidati e conservando il patrimonio storico-culturale; “realizzano, anche in sedi diverse, nel territorio nazionale o all’estero, spettacoli lirici, di balletto e concerti” (art. 3, co. 2, primo periodo). La normativa relativa allo scopo della fondazione lirica è precisata dall’indicazione che tali enti possono esercitare impresa, avendo la facoltà di svolgere, in conformità dello scopo istituzionale, attività

¹⁴ V. *infra* par. 7. L’art. 20 del d.lgs. n. 367 del 1996 prevede la liquidazione coatta amministrativa per la fondazione lirica che esercita un’attività commerciale e risulti insolvente.

¹⁵ A. DI MAJO, *Le neo-fondazioni della lirica: un passo avanti e due indietro*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 116, rilevava, con riguardo alla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 367 del 1996, che non vi era spazio per un esercizio della pur proclamata libertà statutaria.

commerciali ed accessorie (art. 3 co. 2)¹⁶: per attività accessorie si intendono quelle “poste in essere in diretta connessione con le attività istituzionali o quale loro strumento di finanziamento”. Le fondazioni, in tale contesto, operano secondo criteri di imprenditorialità ed efficienza e nel rispetto dei vincoli di bilancio e gli utili debbono essere interamente destinati al perseguimento dei fini istituzionali.

b) Il patrimonio è elemento fondamentale della fondazione di diritto comune ed anche della fondazione lirica. L’art. 6 del d.lgs. n. 367 prevede che la deliberazione di trasformazione dell’ente lirico in fondazione contenga anche l’indicazione dei “soggetti pubblici o privati che hanno dichiarato di voler concorrere alla formazione del patrimonio iniziale o al finanziamento della gestione della fondazione”. Si tratta di una fondazione che vede costituito il suo patrimonio anche da contributi annuali dei fondatori pubblici e privati (crediti della fondazione)¹⁷.

c) I requisiti della partecipazione dei privati, mutano nel tempo: dall’essenzialità all’opportunità. Il legislatore del d.lgs. n. 367 era stato ottimista sulla possibilità che i privati si proponessero come finanziatori delle fondazioni liriche, sino al punto di prevedere che, per un primo periodo, l’apporto finanziario dei privati non dovesse superare il quaranta per cento del patrimonio della fondazione (art. 10 co. 3 d.lgs. n.

¹⁶ Le fondazioni musicali sono trattate in modo diverso e deteriore rispetto alle fondazioni bancarie quanto alla titolarità dell’impresa: alle fondazioni musicali si applica lo statuto giuridico dell’imprenditore commerciale, mentre alle fondazioni bancarie si applica la disciplina del Libro I del codice civile: in tal senso, criticamente, E. FRENI, *op. cit.*, p. 1110 ss.

¹⁷ A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 116: l’A. nota come la fondazione lirica, rispetto al patrimonio, sembra atipica: infatti ai sensi dell’art. 6 lett. b) e c) d.lgs. n. 367, all’indicazione del patrimonio sembra sufficiente una “dichiarazione di intenti” di soggetti pubblici e privati di “voler concorrere” alla formazione di esso; inoltre l’apporto dello Stato al patrimonio della fondazione costituito da una quota del FUS (Fondo unico per lo spettacolo) è in realtà un credito della fondazione; R. BACCI, *Commento all’art. 6*, in G. IUDICA, *Fondazioni ed enti lirici*, cit., p. 46 ss., in partic. p. 52 ss., osserva come la costituzione del patrimonio risultante da impegni dei fondatori a sovvenzionare l’ente “impedisce di recidere il legame tra la fondazione e i suoi promotori”; S. CASSESE, *La disciplina delle fondazioni: situazioni e prospettive*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, p. 168, mette in luce che in molti modelli di fondazione si riscontra la mancanza di una dotazione iniziale, sostituita da conferimenti fatti con contribuzioni annuali.

367). Il privato “veniva visto come ‘sostituto progressivo dell’intervento pubblico’ orientando lo Stato verso un ruolo integrativo”¹⁸.

Il d.lgs. n. 134 del 1998 si propone di rendere più semplice l’accesso alle fondazioni liriche da parte dei privati, pur senza toccare la sostanza del modello previsto dal d.lgs. n. 367. Si riduce il *quantum* del finanziamento minimo perché i privati finanziatori possano designare un membro nel consiglio di amministrazione (il dodici per cento non più degli interi finanziamenti annui, ma solamente dei contributi statali). Secondo il d.lgs. n. 134 del 1998 la partecipazione dei privati alla fondazione costituisce uno degli obiettivi qualificanti della disciplina di privatizzazione, e la mancata attrazione di capitali privati o un afflusso di essi in misura non rilevante importa che l’ammontare del contributo erogato dallo Stato “non può subire variazioni in aumento fino all’esercizio successivo a quello durante il quale le condizioni predette si realizzano”.

D’altra parte, le disposizioni che regolano la procedura del piano di risanamento delle fondazioni liriche, non sembrano annettere rilievo essenziale alla partecipazione di privati alla fondazione, essendo incentrate sulla riduzione della spesa e sulla messa a disposizione di capitali dal fondo statale di finanziamento appositamente costituito dal d.l. n. 91 del 2013 (legge n. 112 del 2013). La partecipazione del privato resta opportuna ma non vista come l’elemento che fa la differenza per la vita delle fondazioni liriche. Rispetto alle precedenti attese di grandi mecenati, l’art. 12 del d.l. n. 91 del 2013 delega il Ministero dei beni e delle attività culturali, di concerto con il Ministero dell’economia, a dettare disposizioni per agevolare la diffusione di “donazioni di modico valore” (sino a 5.000 euro) in favore della cultura.

È stato messo in evidenza come gli enti privati che partecipano alle fondazioni lirico-sinfoniche sono quasi esclusivamente le fondazioni bancarie, nell’esplicazione della loro finalità statutaria, che prevede anche interventi a favore della cultura¹⁹.

¹⁸ A. SERRA, *La difficile privatizzazione delle fondazioni liriche: strumenti pubblici e presenza privata*, in *Aedon*, 2/1998.

¹⁹ M. IMMORDINO, *Le fondazioni teatrali e la loro ancora incerta collocazione tra pubblico e privato*, in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa (Atti del Convegno-Palermo 13 maggio 2005)*, Torino, 2006, p. 116 s.

d) Predeterminazione del modello organizzativo: il sistema di governo delle fondazioni liriche viene modificato. Il d.l. n. 91 del 2013 apporta modifiche rispetto al sistema di governo predisposto dalla normativa n. 367 del 1996, le quali toccano la distribuzione del potere di gestione. Mutano i meccanismi di controllo ed indirizzo governativi e gli strumenti di governo dell'ente.

e) La fondazione lirica è costruita come fondazione d'impresa; già il legislatore del d.lgs. n. 367 del 1996 prevede che essa, oltre all'attività principale, che è quella di diffondere l'arte musicale, mediante la gestione dei teatri ad essa affidati, possa svolgere attività accessorie, di carattere commerciale, strumentali alle attività principali, il cui ricavo deve essere utilizzato per l'attività culturale svolta dalla fondazione. Trova riscontro in sede legislativa una tesi dottrinale consolidata²⁰.

Si è notato come la normativa che disciplina l'attività d'impresa svolta dalle fondazioni liriche sia caratterizzata da momenti di specialità. Nei casi di insolvenza si applica la disciplina della liquidazione coatta amministrativa e non quella del fallimento, in considerazione dell'interesse generale allo svolgimento dell'attività da parte della fondazione.

Secondo un'opinione²¹, solo l'inizio dell'attività d'impresa obbliga alla iscrizione al registro delle imprese e quindi le disposizioni in tema di scritture contabili e di pubblicità del bilancio che s'impongono per la mera assunzione della forma della fondazione (art. 16) sembrano poco coerenti. Secondo altra opinione²², il d.lgs. n. 367 del 1996 attribuisce fin da subito alla fondazione lirica la qualifica di imprenditore commerciale, ciò argomentandosi dall'applicazione, ai sensi degli artt. 16, 2214 e 2423 e ss. del codice civile, e dall'assoggettamento, in caso di insolvenza, alla liquidazione coatta amministrativa.

L'obbligo di tenuta delle scritture contabili per le fondazioni liriche che non svolgono attività commerciali "introduce un elemento di specialità e di discriminazione, per effetto del quale tali organismi vengono ad essere collocati su di un piano diverso rispetto a quello delle persone

²⁰ G. MARASÀ, *op. cit.*, p. 1098; si v. anche, recentemente, M. D'AMBROSIO, *Partecipazione e attività. Contributo allo studio delle associazioni*, Napoli, 2012, cap. 3, sul fenomeno associativo e l'attività di impresa.

²¹ G. MARASÀ, *op. cit.*, p. 1098.

²² E. FRENI, *op. cit.*, p. 1119.

giuridiche del Libro I". Si sottolinea come tale risultato fa sì che le fondazioni liriche sono assoggettate alla disciplina dell'imprenditore commerciale, mentre alle fondazioni bancarie si applica la disciplina dettata nel libro I del codice civile²³.

5. (segue) L'obbligo di predisposizione di nuovi statuti: il mutamento del sistema di governo della fondazione lirica. Dal consiglio di amministrazione al consiglio di indirizzo. Il sovrintendente come unico organo di gestione. Interventi sul personale

Le fondazioni liriche hanno adempiuto all'obbligo di predisporre nuovi statuti previsto dal d.l. n. 91 del 2013. La più rilevante modifica del sistema di governo introdotta dal d.l. n. 91 del 2013 consiste nella diversa attribuzione del potere di gestione: il consiglio di amministrazione vien sostituito da un comitato di indirizzo ed il potere di gestione vien trasferito in capo al sovrintendente.

Il modello ordinario delle fondazioni liriche si articola, in base alle nuove disposizioni, sulle relazioni tra quattro organi (diversamente per le fondazioni che, per loro peculiari caratteristiche, hanno forme organizzative speciali come La Scala e la Fondazione S. Cecilia)²⁴.

²³ A. DI MAJO, *op. cit.*, p.117; E. FRENI, *op. cit.*, p. 1119.

²⁴ L'organizzazione delle fondazioni varia a seconda della previsione delle forme organizzative speciali e dell'esercizio del potere statutario. In alcune fondazioni, tra cui la Scala di Milano (forme organizzative speciali) ed il Teatro Regio di Torino, accanto agli organi fondamentali previsti dalla legge vi è un organo ulteriore, denominato assemblea dei fondatori, le cui funzioni variano da teatro a teatro; nello statuto del Regio di Torino ha il potere di nomina e revoca dell'organo collegiale di indirizzo, nello statuto della Scala ha il compito di nomina e revoca dei membri del consiglio di amministrazione. Si v. *supra*, nt. 12, sull'organizzazione de La Scala; per ciò che concerne la fondazione S. Cecilia, secondo lo Statuto del 2010, vi è coincidenza tra presidente e sovrintendente, con poteri gestionali e di direzione artistica; svolgono un ruolo centrale l'assemblea ed il consiglio degli accademici, che si spiega con l'attività di formazione che l'Accademia svolge parallelamente all'attività artistica; vi è un consiglio di amministrazione. Sull'esercizio del potere statutario si v. G. CERRINA FERONI, *Organizzazione, gestione e finanziamento dei teatri d'opera in Europa*, cit., p. 42 ss.

Il presidente della fondazione lirica è il sindaco del comune nel quale ha sede l'ente, o persona da lui nominata, con funzioni di rappresentanza legale dell'ente (fatta eccezione per l'Accademia di S. Cecilia, il cui presidente presiede anche la fondazione e svolge le funzioni di sovrintendente).

Scompare il consiglio di amministrazione, sostituito dal consiglio di indirizzo: esso esercita le sue funzioni "con l'obbligo di assicurare il pareggio del bilancio" (art. 11, co. 17, del d.l. n. 91 del 2013, c.d. Valore cultura); non risulta espressamente quali siano le funzioni del consiglio di indirizzo, che si debbono ricostruire indirettamente dalla disciplina degli altri organi, sulla base delle previsioni del d.lgs. n. 367 del 1996 nella parte in cui siano compatibili con le nuove disposizioni. Si ricava dagli statuti approvati che al consiglio di indirizzo spetta l'approvazione del bilancio preventivo e del bilancio consuntivo (prima di competenza del consiglio di amministrazione), predisposti dal sovrintendente²⁵.

L'art. 11, co. 19, del d.l. n. 91 del 2013 conferisce al consiglio di indirizzo anche il potere di determinare la pianta organica della fondazione, previa verifica dell'organo di controllo. Quest'ultima disposizione appare determinante dell'assetto del potere di spesa e uno degli strumenti di controllo di essa, che sono essenziali per l'approvazione del piano di risanamento economico delle fondazioni.

Il sovrintendente è, nel nuovo modello di governo delle fondazioni predisposto nel 2013, per espressa previsione normativa l'unico organo di gestione della fondazione lirica, nominato, su proposta del consiglio di indirizzo, dal Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo tra coloro che hanno competenza in materia attinente alle attività della fondazione musicale; il sovrintendente può scegliere di essere coadiuvato da un direttore artistico e da un direttore amministrativo. Il sovrintendente decide la programmazione della attività della fondazione ed inoltre provvede all'attività di gestione, in via esclusiva.

Tale modifica del sistema di governo delle fondazioni liriche sembra motivato dalla necessità di una più sicura ricezione degli *input* decisio-

²⁵ In tal senso si pronunziava C. CINCOTTI, *La riforma della governance delle fondazioni lirico-sinfoniche. Ecco cosa cambia*, 10 settembre 2013; si vedano, ad esempio, Statuto La Fenice, art 7; Statuto Fondazione Arena di Verona, art. 10.

nali provenienti dagli indirizzi dell'autorità di governo consentita dalla attuazione mediante un organo di gestione individuale piuttosto che a carattere collegiale.

Viene modificata in modo sensibile anche la disciplina dei controlli cui è sottoposta la fondazione lirica (v. *infra*, par. 6).

L'art. 5 del d.l. n. 83 del 2014 (legge n. 106 del 2014) ha dettato una nuova disciplina per l'individuazione delle fondazioni lirico-sinfoniche che possono dotarsi di forme organizzative speciali e ha previsto che entro il 31 luglio 2014 dovessero essere determinati, con decreto interministeriale, i criteri per la loro individuazione. I criteri generali sono relativi alla storia e alla cultura operistica e sinfonica italiana, alla funzione e alla rilevanza internazionale, alle capacità produttive, ai rilevanti ricavi propri, al significativo e continuativo apporto finanziario di privati.

Sulla base dell'annullato d.p.r. n. 117 del 2011 era stata riconosciuta la forma organizzativa speciale all'Accademia di S. Cecilia (D.M. 23 gennaio 2012) e al Teatro alla Scala (D.M. 16 aprile 2012). La fondazione La Scala ha già provveduto a delineare nello statuto la forma di governo dell'ente.

6. (segue) I controlli ed i poteri di indirizzo dell'autorità competente in materia di spettacolo e del Ministro dell'economia come determinanti della natura giuridica pubblica delle fondazioni lirico-sinfoniche

Sono previsti per le fondazioni liriche vari ordini di poteri di controllo, dell'Autorità di governo competente, della Corte dei conti (oltre che del collegio dei revisori), che mal si conciliano con la pretesa natura privata dell'ente dato che esse dimostrano (contribuiscono a dimostrare) il permanere della dipendenza dallo Stato.

Organo di controllo interno è il collegio dei revisori: prescritto dal codice civile per le persone giuridiche di cui al Libro V, appare una deroga (o una integrazione) alle disposizioni del codice civile sulle fondazioni. Alla verifica dei piani strategici, industriali e finanziari predisposti dal sovrintendente provvede il collegio dei revisori, esercitando

un vaglio preventivo di correttezza contabile (i piani sono quindi sottoposti all'approvazione vincolante del consiglio di indirizzo)²⁶.

Nel modello introdotto dal d.l. n. 91 del 2013, successivamente modificato in sede di conversione, gli organi con funzioni di controllo sono due: l'organo monocratico di monitoraggio ed il preesistente collegio dei revisori. L'organo monocratico di monitoraggio²⁷ sarebbe stato titolare di un potere-dovere di controllo, verificando il rispetto dell'obbligo di pareggio del bilancio. Sempre l'organo monocratico di monitoraggio avrebbe dovuto provvedere al controllo della corrispondenza degli atti di gestione del sovrintendente alle delibere del consiglio di indirizzo e al vincolo di bilancio e avrebbe avuto l'obbligo di denunciare alla autorità governativa le violazioni. La previsione dell'organo monocratico di monitoraggio non viene mantenuta nella disciplina attuale, che indica solamente il collegio dei revisori dei conti, semplificando la struttura dei controlli interni alla fondazione, che apparivano ridondanti nel modello del d.l. n. 91.

Il d.lgs. n. 367 del 1996 (art. 19) sottopone le fondazioni liriche alla vigilanza dell'autorità di governo (il Ministro per i beni e le attività culturali ed il turismo ed il Ministro dell'economia e delle finanze): per questa parte il d.lgs. n. 367 si integra con le nuove disposizioni, come risulta anche espressamente dal tenore della nuova disciplina²⁸.

L'art. 21 del d.lgs. n. 367 del 1996 prevede che l'autorità di governo competente in materia di spettacolo, anche su proposta del Ministro del tesoro, possa disporre lo scioglimento del consiglio di amministrazione, nominando uno o più commissari straordinari: *a*) per irregolarità nell'amministrazione, gravi violazioni di disposizioni legislative, amministrative o statutarie regolanti l'attività della fondazione; *b*) per perdite

²⁶ C. CINCOTTI, *op. cit.*

²⁷ C. CINCOTTI, *op. cit.*, sull'espunto organo monocratico di monitoraggio.

²⁸ G. MANGIONE, *Commento all'art. 19*, in G. IUDICA, *Fondazioni ed enti lirici*, cit., p. 159 ss. L'art. 18 del d.lgs. n. 367 del 1996 prevede che l'autorità di governo competente in materia di spettacolo "verifica il rispetto degli impegni cui è subordinata la conservazione dei diritti e delle prerogative riconosciute dalla legge agli enti originari" (co. 1). L'autorità di governo competente in materia di spettacolo può disporre ispezioni, anche su proposta del Ministro del tesoro, ed all'esito di queste può proporre decadenze da diritti o prerogative (art. 19, co. 2).

del patrimonio quando il conto economico della fondazione chiuda con una perdita superiore ad un dato ammontare per due esercizi consecutivi o se sono previste perdite di analoga gravità²⁹. Tale sanzione dello scioglimento dell'organo collegiale della fondazione lirica viene riproposta dall'art. 11, co. 17, d.l. n. 91 del 2013 riguardo all'organo di indirizzo che ha il compito di assicurare il pareggio del bilancio: la violazione di tale obbligo comporta l'attivazione del meccanismo di cui all'art. 21 d.lgs. n. 367, ovvero lo scioglimento dell'organo.

Viene confermato il controllo della Corte dei conti sulla gestione finanziaria degli enti – fondazione, che è tipica forma di controllo sugli enti pubblici (art. 15, co. 5, d.lgs n. 367): si prevede che la gestione finanziaria della fondazione sia soggetta al controllo della Corte dei conti “alle condizioni e con le modalità di cui alla legge 21 marzo 1958, n. 259”.

Quanto al collegio dei revisori, che è istituito che si riscontra per gli enti del Libro V del codice civile, si nota che esso è nominato con decreto del Ministro del tesoro di concerto con l'autorità di Governo competente in materia di spettacolo (art. 14, d.lgs. n. 367). La attuale composizione del collegio dei revisori mostra un accentramento del controllo: il presidente è un magistrato della Corte dei conti, i due revisori sono scelti dal MEF e dal MIBACT³⁰.

Va rinnovata l'osservazione³¹, fatta in altro contesto, secondo cui i controlli – nel nostro caso quelli sulle fondazioni liriche – oltre ad essere particolarmente rigorosi, rigidi e penetranti, presentano aspetti di anomalia, derivanti dalla circostanza che l'autorità vigilante è posta nella situazione di svolgere il ruolo di controllore dall'interno (in virtù

²⁹ Le perdite dovranno essere superiori al trenta per cento, al cinquanta dopo i primi due esercizi successivi alla trasformazione: art. 21, co. 1.

³⁰ L'art. 14 del d.lgs. n. 367 del 1996 disponeva che il MEF potesse scegliere in propria rappresentanza un membro effettivo ed il membro supplente, mentre a proposito degli altri due membri effettivi si limitava a prescrivere che dovessero essere scelti nel registro dei revisori contabili istituito presso il Ministero di grazia e giustizia.

³¹ S. CASSESE, *Gli enti previdenziali privatizzati*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 121 ss., in partic. pp. 121 e 128, sottolinea l'anomalia del doppio ruolo di controllori dall'esterno e di controllori interni degli organismi vigilanti, derivante dalla partecipazione all'organo di controllo interno.

del potere di designare i componenti degli organi di controllo interno) e dall'esterno.

Sono previsti anche poteri di coordinamento che vengono ad incidere direttamente nel processo decisionale delle fondazioni liriche: si pensi alla previsione del decreto del Ministro per i beni e le attività culturali 28 febbraio 2006 recante "Disposizioni in materia di coordinamento delle fondazioni" che prevede una Conferenza dei sovrintendenti delle fondazioni liriche presieduta dal capo del Dipartimento per lo spettacolo e lo sport che la convoca anche per gruppi di fondazioni. L'attività di coordinamento ha per scopo "il contenimento e la riduzione del costo dei fattori produttivi, anche mediante lo scambio di spettacoli, di singoli corpi artistici e di materiale scenico" e "la promozione dell'acquisto o la condivisione di beni e servizi comuni al settore" (artt. 1 e 3 del d.m. cit.). Tali modalità di coordinamento sono di tipo pubblicistico e vanno oltre il livello dell'indirizzo, potendo influenzare immediatamente decisioni concrete delle fondazioni liriche.

7. L'intervento di risanamento del sistema musicale lirico-sinfonico, nella logica dell'amministrazione dell'emergenza. Il commissario governativo straordinario e il piano di risanamento. Interventi sul personale. Criteri di ripartizione del Fondo unico spettacoli

Le fondazioni lirico-sinfoniche registrano perdite e disavanzi di bilancio, che hanno portato ad una situazione patrimoniale e finanziaria molto pesante, che è stata accertata dalla Corte dei conti (delibera n. 85 del 2012) per l'anno 2010: quasi tutte le fondazioni liriche avevano chiuso gli esercizi in perdita, con un disavanzo complessivo di 39,5 milioni. Successivamente i risultati economici d'esercizio sono rimasti negativi, ma solo per una parte delle fondazioni: si registra un disavanzo di 20,6 milioni per il 2012 e di 26,5 milioni di euro per il 2013³².

³² Relazione della Corte dei conti sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria 2013, ad. 24 aprile 2015. Si nota come solo una parte delle fondazioni (Opera di Roma, Maggio Musicale Fiorentino, Fondazioni di Genova, Bologna e Bari) presentano perdite, mentre per gli altri teatri vi è un risultato positivo.

A fronte di questa situazione patrimoniale e finanziaria il d.l. n. 91 del 2013 detta una disciplina indirizzata al “risanamento” degli enti che prevede l’obbligo della predisposizione di nuovi statuti, caratterizzati da un diverso assetto di governo³³; essa viene configurata nella logica dell’amministrazione dell’emergenza, con la nomina di un commissario straordinario governativo *ad hoc* da parte del Ministro dei beni e attività culturali di concerto con il Ministro dell’economia.

Le funzioni caratterizzanti del commissario straordinario governativo sono quelle di ricevere e verificare l’adeguatezza dei piani di risanamento presentati dalle fondazioni, di sovrintendere alla loro attuazione, potendo adottare, sentiti i Ministri interessati, atti e provvedimenti anche in via sostitutiva per assicurare la coerenza delle azioni di risanamento (art. 11, co. 3, d.l. n. 91 del 2013).

Il cuore della disciplina di risanamento finanziario posta dal d.l. n. 91 del 2013 è costituito dalla previsione dell’obbligo di presentazione di un piano (straordinario) di risanamento, che preveda il raggiungimento di condizioni di equilibrio strutturale di bilancio. Le fondazioni liriche che non siano in grado di far fronte a debiti certi ed esigibili o siano in regime di amministrazione straordinaria hanno l’obbligo di presentare un piano di risanamento al commissario governativo straordinario costituito presso il Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo.

I principali contenuti di tale piano di risanamento sono costituiti: *a)* dalla rinegoziazione e ristrutturazione del debito; *b)* dall’indicazione della contribuzione a carico degli enti diversi dallo Stato che partecipano alla fondazione; *c)* dalla riduzione della dotazione organica del per-

³³ La struttura della fondazione musicale non si discosta in modo marcato da quella prevista dalla legge n. 800 del 1967 per il precedente ente lirico, che prevedeva un consiglio di amministrazione, un presidente (di diritto, il sindaco del comune in cui ha sede l’ente), il sovrintendente (designato dal consiglio comunale), il collegio dei revisori ed un comitato di coordinamento. Il legislatore del d.l. n. 91 del 2013 per il rilancio del sistema delle fondazioni lirico-sinfoniche oltre alle norme relative al piano di risanamento economico-finanziario ha dettato nuove norme sulla struttura organizzativa degli enti, che pur tuttavia si pongono in continuità con la disciplina precedente, a cominciare dal collegamento con l’ente locale: si prevede ancora che il presidente della fondazione debba essere il sindaco del comune nel quale ha sede la fondazione o una persona da lui nominata.

sonale tecnico ed amministrativo³⁴; *d*) dalla razionalizzazione del personale artistico; *e*) dal divieto di nuovo indebitamento per il periodo 2014-2016; *f*) dall'indicazione dell'entità del finanziamento statale richiesto per contribuire all'ammortamento del debito; *g*) dall'individuazione di soluzioni atte a riportare la fondazione in condizioni di equilibrio del conto economico o di attivo patrimoniale; *h*) dalla cessazione dell'efficacia dei contratti integrativi aziendali, con applicazione degli istituti giuridici e dei livelli minimi delle voci del trattamento economico fondamentale ed accessorio previsti dal contratto collettivo nazionale di lavoro.

Il piano di risanamento viene approvato su proposta motivata del commissario governativo straordinario, sentito il collegio dei revisori dei conti, con decreto del Ministro dei beni e attività culturali e del turismo, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Il d.l. n. 91 del 2013 ha previsto, per il sostegno di tali piani di risanamento presentati dalle fondazioni lirico-sinfoniche, l'istituzione presso il Ministero dell'economia e delle finanze, di un Fondo di rotazione per la concessione di finanziamenti sino ad una durata di trenta anni³⁵. Circa una diecina di fondazioni liriche hanno ottenuto il finanziamento sul fondo di rotazione volto a contribuire all'ammortamento del debito³⁶.

La mancata presentazione dei piani di risanamento o la mancata approvazione di essi, o il mancato obiettivo del conseguimento delle condizioni di equilibrio strutturale del bilancio per il 2016 implica, ai sensi dell'art. 11 co. 14 del d.l. n. 91 del 2013, la liquidazione coatta amministrativa delle fondazioni liriche.

³⁴ La riduzione dovrà essere sino al cinquanta per cento della dotazione organica in essere al 31 dicembre 2012.

³⁵ L'ammontare del fondo di rotazione è di 75 milioni di euro. Per l'anno 2013, il decreto ha stabilito che una quota pari ad un massimo di 25 milioni di euro possa essere anticipata dal Ministro per i beni e le attività culturali, a favore di quelle fondazioni liriche che non siano in grado di affrontare la gestione ordinaria. Tali anticipazioni sono subordinate a vari adempimenti, tra i quali l'avvio della ristrutturazione del debito, delle procedure per la riduzione del personale tecnico ed amministrativo, di razionalizzazione del personale artistico.

³⁶ G. BRUNETTI, *La ricerca dell'equilibrio economico nel teatro d'opera. Il caso Teatro La Fenice*, cit.

Il tentativo di risanare e rilanciare l'attività lirica e musicale passa, dunque, attraverso una ristrutturazione dell'organizzazione delle fondazioni liriche per ciò che concerne la competenza degli organi di governo e attraverso una razionalizzazione delle spese per il personale amministrativo, tecnico e artistico. Va ricordato ancora che competenza espressa del nuovo Comitato di indirizzo è quella di determinare la dotazione organica della fondazione lirica: scelta di indirizzo e non potere gestionale affidato al sovrintendente.

Il rapporto di lavoro del personale amministrativo, tecnico e artistico della fondazione è disciplinato “dalle disposizioni del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa” ed è costituito e regolato contrattualmente (art. 22, d.lgs. n. 367). Il contratto di lavoro con gli enti lirici si può collocare fra le *species* del contratto di lavoro subordinato privato³⁷.

Il d.l. n. 91 del 2013 prevede, per le fondazioni che accedono al piano di risanamento, la riduzione alla metà dell'organico del personale tecnico e amministrativo, e la razionalizzazione di quello artistico: ciò appare particolarmente rilevante in quanto quella per il personale costituisce la maggior voce di spesa nella attività degli enti. Tuttavia, la disposizione precettiva non sembra autorizzare il licenziamento massiccio di personale artistico come, invece, pare accadere all'Opera di Roma, che prevede il licenziamento dei componenti di orchestra e coro³⁸.

L'accesso al piano di risanamento presuppone tra l'altro la cessazione dei contratti integrativi aziendali in vigore, l'applicazione esclusiva degli istituti giuridici e dei livelli minimi delle voci del trattamento economico fondamentale e accessorio previsti dal contratto collettivo nazionale di lavoro vigente e la cessazione dell'efficacia dei contratti integrativi aziendali in vigore: si pone il problema della cancellazione di ingiustificati privilegi del personale attraverso la riqualificazione della spesa³⁹.

³⁷ M. DEL CONTE, *Commento all'art. 22*, in G. IUDICA, *Fondazioni ed enti lirici*, cit., p. 218 ss.

³⁸ Si v. l'articolo *Lirica, esternalizzare non è la soluzione*, in *Il Piccolo*, 7 ottobre 2014.

³⁹ L. n. 112 del 2013, art. 11; G. ARMAO, *op. cit.*, p. 117: “Le istituzioni lirico-sinfoniche manifestano, come dimostra lo stato di generalizzata difficoltà, l'esigenza di

Il finanziamento delle fondazioni liriche, che vede tra i contributori anche regioni ed enti locali, si incentra sulle calanti risorse del FUS (Fondo unico per lo spettacolo) per il quale si dettano nuovi criteri di ripartizione⁴⁰: il riparto dei fondi pubblici destinati alle fondazioni lirico-sinfoniche, rientranti nel FUS, è indirizzato ad incentivare i miglioramenti gestionali e il risanamento finanziario. L'art. 11, co. 20, 21 e 21-*bis*, del d.l. n. 91 del 2013 indica nuovi criteri per il conferimento della quota del FUS alle fondazioni lirico-sinfoniche, che siano adeguati ai costi di produzione, al miglioramento nei risultati della gestione e alla qualità artistica dei programmi. Gli indicatori di rilevazione della produzione, i parametri per i risultati della gestione e per la qualità artistica dei programmi sono indicati con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo. Il cinquanta per cento della quota del FUS è attribuito in ragione dei costi di produzione, il venticinque per cento in ragione dei miglioramenti dei risultati di gestione e il restante venticinque per cento in ragione della qualità artistica dei programmi. Ispirata esplicitamente e palesemente a questi principi premiali è anche la disposizione che prevede che il cinque per cento della quota del FUS per il triennio 2014-2016 sia attribuito alle fondazioni che hanno raggiunto il pareggio di bilancio nei tre esercizi finanziari precedenti.

Una recente normativa ha introdotto un nuovo strumento di agevolazione-incentivazione, il c.d. art-bonus, destinato a privati ed imprese che effettuino erogazioni liberali in denaro per interventi a favore della cultura, delle fondazioni lirico-sinfoniche e dello spettacolo. La circostanza che si tratti di uno strumento temporaneo di agevolazione fiscale

drastiche misure di riorganizzazione e riqualificazione della spesa. La morsa dei costi ed in particolare di quelli del personale, che erode quasi totalmente il contributo statale ad esse destinato – con trattamenti stipendiali che non hanno eguali – e l'inadeguatezza del modello organizzativo impongono l'eliminazione di ingiustificati privilegi ed il rallentamento della dinamica dei costi crescenti".

⁴⁰ Il FUS viene istituito con la l. n. 163 del 1985, legge organica per il finanziamento degli interventi statali a favore dello spettacolo, che prevede l'accentramento del sistema statale dei finanziamenti di organismi ed imprese operanti nei vari settori dello spettacolo, attività musicali e di danza, cinematografiche e per quelle circensi e dello spettacolo viaggiante: v. ampiamente sul punto G. ARMAO, *op. cit.*, p. 26 ss.; v. anche *supra*, par. 5, lett. c).

della durata di tre anni (2013-2015) sembra ridurne di molto l'efficacia⁴¹.

8. Osservazioni conclusive

La fondazione lirico-sinfonica viene definita legislativamente come ente privato, in quanto ad essa si applicano, ma solo residualmente per gli aspetti non specificamente disciplinati, le norme del codice civile e delle disposizioni di attuazione dedicate alla fondazione privata. La dottrina ritiene generalmente “insincera” questa qualificazione e definisce l'ente lirico come ente pubblico in forma privatistica, mettendo in rilievo come la disciplina sia costituita da un insieme di moduli privatistici e pubblicistici⁴².

Il significato della privatizzazione è modesto in quanto si tratta di una operazione giuridicamente priva di rilevanti contenuti sostanziali⁴³. La riforma sembra accentuare l'aspetto pubblicistico delle fondazioni liriche, disciplinate da un amalgama di regole del diritto amministrativo con istituti privatistici⁴⁴.

La fondazione, originata dalla trasformazione degli enti pubblici lirici, anche dopo la legge n. 6 del 2001 continua ad essere disciplinata dal d.lgs. n. 367 del 1996 – che la definisce fondazione di diritto privato

⁴¹ L'art-bonus è stato introdotto dal d.l. n. 93 del 2014, conv. in legge n. 106 del 2014, art. 1. Sul provvedimento si veda A. CRISMANI, *Art-bonus: strumento partecipativo alla gestione del bene pubblico*, in *federalismi.it*, n. 19 del 15 ottobre 2014.

⁴² A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 114; recentemente V. CERULLI IRELLI, *Le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica*, in *Aedon*, 3/2012. Anche la giurisprudenza costituzionale (sent. 153/2011), ha ribadito la qualificazione pubblicistica degli enti lirici; si v. il commento a tale sentenza di M. ARMANNO, *La Corte costituzionale e la disciplina degli enti lirici tra rischi di abuso delle materie trasversali, elusione della sussidiarietà e incerto utilizzo del precedente*, in *federalismi.it*, 2011.

⁴³ G. MARASÀ, *op. cit.*, p. 1099.

⁴⁴ Si v. da ultimo V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*; M. IMMORDINO, *Le fondazioni teatrali e la loro ancora incerta collocazione tra pubblico e privato*, in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *op. cit.*, p. 116 s.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, *passim*.

– e dalle norme che sono intervenute successivamente, e solo in via integrativa dalla normativa sulle fondazioni dettata dalle disposizioni del codice civile e dalle relative disposizioni di attuazione. Si tratta di un modello di enti che non consente di rilasciare all'attività di autoorganizzazione delle comunità intermedie e della società civile le materie oggetto dell'attività delle fondazioni legali: si mantengono, infatti, nell'ambito del controllo e del governo pubblico attività di vario tipo, accomunate dall'assenza dello scopo di lucro.

La presenza del finanziamento pubblico e la previsione di poteri speciali di indirizzo, direttiva e vigilanza di tipo pubblicistico sulle attività delle fondazioni liriche, come di tutte le fondazioni legali, fa sì che esse si trovino ad essere in una situazione di strumentalità rispetto ad apparati pubblici. Tali poteri di indirizzo, direttiva e controllo di merito sono in grado di incidere sull'attività della fondazione, congiuntamente al potere di nomina dei membri degli organi ed al persistente finanziamento pubblico. Questi ultimi costituiscono validi argomenti per sostenere che le fondazioni, sia pur qualificate dal legislatore come private, sono rimaste sostanzialmente enti pubblici⁴⁵.

Si tratta di enti formalmente privati, ma sostanzialmente pubblici, come ha riconosciuto e statuito la Corte costituzionale nella sent. 153/2011 e come ha affermato la ricordata dottrina assolutamente prevalente⁴⁶.

L'attuale processo di riorganizzazione del sistema delle fondazioni lirico-sinfoniche sembra incapace di porre condizioni funzionali ad un maggior intervento di sovventori privati, di fronte all'assenza di incentivi fiscali. Un intervento significativo dei privati sovventori richiederebbe, infatti, come presupposto il completamento della normativa di riforma con la previsione di agevolazioni fiscali. In Europa resta fondamentale il finanziamento pubblico al teatro d'opera, al di là delle di-

⁴⁵ Si rinvia per questa impostazione a S. DE GÖTZEN, *op. cit.*, p. 435 ss.

⁴⁶ A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 114; E. FRENI, *op. cit.*, p. 1110, in partic. p. 1120; G. MARSÀ, *op. cit.*, p. 1095 ss.; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 2000, p. 267; diversamente B. DELFINO, *Riflessioni sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di atti di gara relativi ad appalti indetti da enti lirici trasformati in fondazioni*, in *Foro amm. Tar*, 2002, p. 1781 ss.; M. IMMORDINO, *op. cit.*, p. 114 ss.; recentemente in tal senso V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*

verse forme giuridiche adottate nei diversi Paesi e dall'ambito di autonomia concesso ai teatri⁴⁷.

Si è osservato da taluno, che “la progressiva decrescita dei costi delle fondazioni lirico-sinfoniche (...) rappresenta uno strumento per invocare (...) una maggiore partecipazione da parte dei privati nelle stesse”⁴⁸. L'osservatore resta dubbioso sulla bontà della riforma a perseguire questo fine istituzionale, data anche la crisi finanziaria che colpisce il nostro Paese. Risulta contraddetta la possibilità, sia pur cautamente adombrata, che al processo di privatizzazione formale, avvenuto mediante la trasformazione degli enti lirici in fondazioni, sarebbe potuta seguire una privatizzazione sostanziale nell'assetto proprietario⁴⁹.

Gli enti (formalmente) privati che usualmente partecipano alla fondazione lirica sono le fondazioni bancarie, nell'esercizio delle proprie finalità istituzionali di supporto alla cultura.

La disciplina, per ciò che riguarda la sorte delle fondazioni liriche, sembra porre la alternativa secca tra fondazioni liriche risanate e enti che vanno incontro alla liquidazione coatta amministrativa. L'avvenuta diminuzione dei fondi provenienti dal FUS fa temere che il panorama degli enti lirici muti in peggio. Sembra giusto un intervento gestionale per l'eliminazione delle spese per il personale che si risolvono in ingiustificati privilegi, con casi di indebita corresponsione di emolumenti ai dipendenti⁵⁰. Non conforme ai criteri dettati dalla legislazione di riforma sembra essere, invece, in particolare, l'indirizzo a esternalizzare l'attività artistica, licenziando orchestrali e coristi: in tal modo si intacca l'insieme di competenze e professionalità che costituiscono il patrimonio immateriale delle fondazioni liriche, con un risparmio di spesa che è da dimostrare⁵¹.

⁴⁷ G. CERRINA FERONI, *op. cit.*, pp. 43, 79 s., indipendentemente dalle diverse forme giuridiche adottate in Italia (unica forma giuridica) e all'estero (libertà di forme).

⁴⁸ M. VERONELLI, *Il risanamento delle fondazioni lirico-sinfoniche e il rilancio del sistema nazionale musicale di eccellenza*, in *Dir. e prat. Amm.*, 2013, n. 11/12.

⁴⁹ A. MORA, *La «privatizzazione» degli enti lirico-musicali*, in G. IUDICA (a cura di), *Fondazioni ed enti lirici*, cit., p. 12 ss., che prospetta la possibilità di un graduale passaggio da una gestione pubblicistica ad una gestione privatistica o mista.

⁵⁰ Conformemente G. ARMAO, *op. cit.*, p. 117 ss.

⁵¹ Si v. ad esempio, *Il Piccolo*, 7 ottobre 2014, p. 27: “Lirica, esternalizzare non è la soluzione”, con riguardo al caso dell'Opera di Roma.

MODELLI PARTECIPATIVI NELL'ORDINAMENTO REGIONALE*

Cristina Fraenkel-Haeberle

SOMMARIO: 1. *Premessa*. 2. *Democrazia partecipativa, deliberativa e associativa*. 3. *I nuovi statuti regionali e i processi partecipativi*. 4. *Leggi regionali sulla partecipazione a carattere settoriale e generale*. 5. *Conclusioni*.

1. Premessa

Per secoli si è ritenuto che le istituzioni e la pubblica amministrazione detenessero il monopolio dell'interesse pubblico e che fossero gli unici soggetti votati al perseguimento del bene comune, mentre si pensava che i privati fossero soprattutto interessati al proprio tornaconto personale e poco attenti alle esigenze della collettività. In tempi recenti, però, questo assunto si è rivelato troppo semplice rispetto alla complessità e alla crescente problematicità della realtà sociale. Si è così delineato un superamento del vecchio «paradigma bipolare»¹ tra cittadini ed ente pubblico, a favore di un modello che facesse convergere entrambi i soggetti verso un obiettivo comune di gestione condivisa della cosa pubblica. Secondo quest'approccio, sia le istituzioni pubbliche sia i privati sono invitati a operare nell'interesse generale, impegnandosi a favore della collettività. Si è inoltre diffuso il convincimento, secondo cui la partecipazione civica aumenterebbe l'accettazione e la qualità dei processi decisionali, consentendo agli organi governativi di avvantag-

* Il presente contributo rappresenta una traduzione rielaborata del saggio C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Italian Regionalism: Participation and Plebiscitary Models*, in C. FRAENKEL-HAEBERLE, S. KROPP, F. PALERMO, K.-P. SOMMERMANN (a cura di), *Citizen Participation in Multi-Level Democracies*, Leiden, 2015, pp. 231 ss.

¹ G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2011 (2^a ed.), p. 26.

giarsi della «saggezza delle moltitudini» (*wisdom of the crowds*)². Tale consapevolezza ha peraltro indotto anche il presidente Obama a pubblicare subito dopo il proprio insediamento alla Casa Bianca nel 2009 il *Memorandum on Transparency and Open Government*³.

2. Democrazia partecipativa, deliberativa e associativa

La democrazia partecipativa è stata definita come una delle più recenti conquiste del «lungo viaggio della democrazia»⁴. Con tale affermazione si è dato atto dell'attuale sfida di riorganizzare il potere oltre ed entro i confini dello Stato nazionale, situazione che è stata confrontata con il compito in cui si sono cimentati i cittadini americani della fine del XVIII secolo, quando si sono trovati a dover «inventare» la

² Cfr., sul punto, J. SUROWIECKI, *Die Weisheit der Vielen*, München, 2007 (l'edizione originale è stata pubblicata nel 2004 con il titolo *The Wisdom of the Crowds: Why the Many Are Smarter Than the Few and How Collective Wisdom Shapes Business, Economies, Societies and Nations*).

³ B. OBAMA, *Transparency and Open Government*, Memorandum of January 21, 2009, *Federal Register*, Vol. 74, 2009, n. 15, pp. 4685 ss.; Cfr. anche G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme. Il federalismo come metodo*, Padova, 2011; H. BAUER, P.M. HUBER, K.-P. SOMMERMANN (a cura di), *Demokratie in Europa*, Tübingen, 2005; M. CIANCAGLINI, *Tra democrazia partecipativa e concertazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2011, pp. 215 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni*, Roma-Bari, 2011 (7^a ed.); A. MENGOZZI, *Idee democratiche e spazi politici della governance partecipativa. Un modello e due leggi regionali a confronto*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2011, pp. 255 ss.; G. PASQUINO (a cura di), *Strumenti della democrazia*, Bologna, 2007; E. STRADELLA, *Partecipazione e deliberazione: un'evoluzione bottom-up della forma di Stato democratico? Appunti a partire dalla legge della Regione Toscana Nr. 69/2007*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2008; A. VALASTRO (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa*, Napoli, 2010.

⁴ R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa, rappresentativa e partecipativa. Tre diverse forme di democrazia*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 65. Per la definizione dei modelli di democrazia partecipativa cfr. anche C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Experimente der Bürgerbeteiligung in Italien*, in *DMS*, 2013, p. 507.

democrazia⁵. In considerazione del crescente scontento dei cittadini e della loro disaffezione nei confronti della politica, nonché della crisi dei tradizionali corpi intermedi, cioè di partiti e sindacati, negli ultimi decenni si è, infatti, diffusa la ricerca di soluzioni volte a colmare questo vuoto di consenso e di legittimazione. Si è voluto in tal modo rafforzare il rapporto tra privati e soggetti istituzionali, il collegamento tra Stato-comunità e Stato-apparato.

I modelli di democrazia partecipativa vengono talora fatti risalire alle esperienze sudamericane in materia di bilanci partecipativi, istituiti negli anni novanta in America Latina e soprattutto a Porto Alegre in Brasile⁶. Da lì il fenomeno si è diffuso anche in Europa ed è stato salutato come il «ritorno delle caravelle»⁷, anche se l'importazione non ha ovviamente determinato, in considerazione del diverso contesto socio-politico, un totale recepimento del modello originario.

Viene attribuita a Luigi Bobbio⁸ la distinzione tra i modelli di democrazia partecipativa, attinti alle esperienze del Sudamerica, e gli schemi della democrazia deliberativa provenienti dalla cultura anglosassone. Secondo questa interpretazione, la democrazia deliberativa è considerata un substrato teorico sulla cui base si sono sviluppate forme concrete di democrazia partecipativa, che assume in tal modo un carattere più applicativo⁹. La democrazia partecipativa è, in conclusione, considerata un'esplicazione pratica del modello della democrazia deliberativa.

Anche geograficamente la democrazia deliberativa viene collocata in un contesto diverso da quello della democrazia partecipativa, e cioè prevalentemente in quello angloamericano. Tale modello è stato qualificato come «ideale normativo della democrazia»¹⁰, fondato sulla massima inclusività e sullo scambio di informazioni, per descrivere il quale

⁵ A. BENZ, *Politikwissenschaftliche Diskurse über demokratisches Regieren im europäischen Mehrebenensystem*, in H. BAUER, P.M. HUBER, K.-P. SOMMERMANN (a cura di), *op. cit.*, p. 279.

⁶ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, cit., p. 9.

⁷ *Ibid.*, p. 9.

⁸ R. BIFULCO, *op. cit.*, p. 67, che rinvia a L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, 2006, p. 14.

⁹ *Ibid.*, p. 67.

¹⁰ *Ibid.*, p. 67.

si è coniato il concetto di «*démocratie technique*», con cui si definiscono processi deliberativi finalizzati a valorizzare non tanto il know-how degli esperti, degli addetti ai lavori, quanto il sapere e l'esperienza dei singoli cittadini¹¹. Il concetto della democrazia deliberativa si fonda soprattutto su un processo di consultazione e di negoziazione che si colloca a monte della fase decisionale. Il fenomeno deliberativo costituisce un momento razionale, finalizzato all'informazione e alla sensibilizzazione su una specifica tematica. Esso promuove una cultura del dialogo attraverso un'ampia discussione a livello politico. La democrazia deliberativa consiste, quindi, soprattutto in un momento discorsivo, ma non ha l'effetto di trasferire ad altri soggetti la decisione finale, che rimane affidata agli esponenti della democrazia rappresentativa. Da ciò si differenziano i modelli di democrazia partecipativa, che sono invece prevalentemente orientati a influire concretamente sulle decisioni pubbliche in esito a un articolato processo di mediazione degli interessi¹².

A questo proposito suscita interesse un'ulteriore distinzione operata tra due idealtipi di democrazia partecipativa¹³.

La prima categoria viene riferita ai procedimenti nei quali viene in rilievo la distribuzione di risorse pubbliche, come nel caso dei bilanci partecipati. Vengono in gioco in questo ambito interessi collettivi non necessariamente legati ad una situazione conflittuale. Oltre all'attività degli organi della democrazia rappresentativa (sindaco, assessori, consiglio comunale), normalmente, nei comuni di dimensioni prevalentemente modeste, in frazioni di essi oppure in consigli di quartiere s'interpellano i cittadini interessati. In questo caso la partecipazione può anche declinarsi concretamente in una forma di codecisione: può aversi una delega o un trasferimento fattuale del potere decisionale.

Diverso è il caso della seconda categoria di partecipazione, quella *conflittuale*¹⁴, riguardante progetti complessi e grandi infrastrutture co-

¹¹ C. HERZBERG, C. CUNY, *Herausforderungen der technischen Demokratie: Bürgerhaushalt und die Mobilisierung von Bürgerwissen*, Berlin, 2007, p. 7.

¹² M.G. SCHMIDT, *Demokratietheorien. Eine Einführung*, Wiesbaden, 2010 (5ª ed.), p. 237.

¹³ G. FALCON, *L'uomo situato. Due idealtipi di democrazia partecipativa?*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, cit., p. 81.

¹⁴ *Ibid.*, p. 81.

me gli aeroporti, i termovalorizzatori, le autostrade, le linee ad alta velocità o i depositi di rifiuti radioattivi. Con questa forma di partecipazione i cittadini favorevoli a un progetto non nutrono normalmente grande interesse a partecipare alla discussione. Chi vi partecipa intensamente è invece la popolazione locale, che si sente direttamente pregiudicata e che cerca egoisticamente di tutelare i propri interessi. In questo caso la partecipazione è soprattutto volta a contrastare una decisione. Di conseguenza i due idealtipi di partecipazione possono essere distinti nel modo seguente: il primo ha carattere propositivo, mentre la seconda, e più diffusa, forma di partecipazione assume natura correttiva e difensiva¹⁵. Si assiste non di rado ad una combinazione tra i due modelli.

Secondo altra impostazione, la democrazia deliberativa viene inquadrata come *species* del *genus* rappresentato dal modello della democrazia partecipativa¹⁶. Alla «deliberation», cioè alla consultazione, viene contrapposto il concetto della democrazia associativa. Quest'ultima categoria, attinta a un sistema neocorporativo, si pone l'obiettivo di tenere debitamente conto delle esigenze di una società sempre più pluralista e diversificata. In questo ambito, lo Stato sostiene l'organizzazione di interessi di particolare rilevanza e il ruolo delle associazioni e organizzazioni preposte alla loro tutela. In quest'ottica la democrazia si declina in una negoziazione tra i rappresentanti di interessi collettivi, cioè tra esponenti parlamentari e governativi, da un lato, e gruppi esponentziali di particolari interessi sociali, dall'altro. Lo schema normativo della democrazia associativa determina in tal modo l'istituzionalizzazione di una democrazia della negoziazione e della concordanza¹⁷. Il fine ultimo è la ricerca di una soluzione condivisa rispetto al modello più «economico», anche in termini di risorse temporali, della mera aggre-

¹⁵ P. BALDESCHI, *Insegnamenti di un caso di democrazia partecipativa nel governo del territorio: l'insediamento turistico di Castelfafi*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, cit., p. 161; cfr. anche C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Repräsentation und Partizipation: neue Gestaltungsoptionen der Demokratie*, Speyer, 2013.

¹⁶ D. DONATI, *Partecipazione come categoria, identità e rappresentanza. Ruolo e contraddizioni delle nuove forme associative*, in A. VALASTRO (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa*, cit., p. 156.

¹⁷ A. BENZ, *op. cit.*, p. 264.

gazione degli interessi, tipico della democrazia rappresentativa. Secondo questa forma di mediazione degli interessi, le decisioni non vengono adottate utilizzando lo schema maggioritario, bensì si fondano sul consenso e sulla discussione tra i vari soggetti portatori di esigenze diverse. In sintesi, può essere effettuata la seguente distinzione tra i modelli deliberativi e associativi. La democrazia deliberativa punta a coinvolgere nelle consultazioni e nella discussione il maggior numero possibile d'interessati. I modelli associativi puntano invece a realizzare con i vari stakeholder «arene» di discussione che partecipano in misura rilevante al processo decisionale¹⁸. La realtà associativa, il coinvolgimento dei gruppi sociali e l'attivazione dei networks presenti nella società civile vengono, infatti, considerati un rilevante fattore di arricchimento, in grado di rilanciare il processo democratico¹⁹. Entrambi i modelli, sia quello deliberativo sia quello associativo, vengono impiegati per promuovere la discussione pubblica su temi controversi, favorendo la legittimazione e l'accettazione delle decisioni assunte a livello politico.

3. I nuovi statuti regionali e i processi partecipativi

In esito all'ampia riforma costituzionale del 2001²⁰, è emersa la necessità di riformulare gli statuti regionali in armonia con il mutato assetto normativo e, in particolare, con l'introduzione, all'art. 118 Cost., del principio di sussidiarietà orizzontale. Secondo il nuovo disposto costituzionale è, infatti, affidato allo Stato e alle autonomie locali il compito di promuovere «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività d'interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

In quest'ottica, la partecipazione che l'ente pubblico è chiamato a favorire non ha unicamente la funzione di rendere più democratico l'ordinamento, bensì anche quella di creare un legame più stretto tra citta-

¹⁸ K.P. SOMMERMANN, *Demokratiekonzepte im Vergleich*, in H. BAUER, P.M. HUBER, K.-P. SOMMERMANN (a cura di), *op. cit.*, pp. 206 ss.

¹⁹ M. RUFFERT, *Demokratie und Governance in Europa*, in H. BAUER, P.M. HUBER, K.-P. SOMMERMANN (a cura di), *op. cit.*, p. 345.

²⁰ V. la nota l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

dini e istituzioni²¹. Essa si coniuga alla profonda crisi di legittimazione dei canali di rappresentanza tradizionale (partiti e sindacati), crisi che sconsiglia di affidare la partecipazione alla mediazione di queste organizzazioni sociali a favore di «cittadini singoli e associati» o di altre formazioni sociali meno istituzionalizzate rispetto a quelle del passato.

La redazione dei nuovi statuti ha quindi determinato l'affermazione di nuovi strumenti di democrazia partecipativa, anche in esito alla «tensione personalista»²², scaturita dalla stessa riforma costituzionale e concretatasi nell'elezione diretta dei «governatori» regionali. Contemporaneamente, la riforma costituzionale del 2001 ha prodotto un depotenziamento del ruolo centrale del Consiglio regionale a favore del presidente e della Giunta regionale. Si era, infatti, avvertito da tempo che la crisi del sistema dei partiti si era inevitabilmente ripercossa sul modello assembleare, predominante nella disciplina statutaria della prima generazione. Tale dequotazione delle assemblee legislative e della democrazia rappresentativa, avvertita a partire dagli anni '90, ha portato a ritenere che la partecipazione potesse assumere una «funzione taumaturgica»²³, rinnovando e dando nuovo slancio all'attività politica e amministrativa.

In virtù di questo mutamento di prospettiva, diversamente dai vecchi strumenti di partecipazione, finalizzati a convogliare interessi strutturati e rappresentati, i nuovi statuti si sono aperti alla comunità e alla società regionale o, più genericamente, a tutti i residenti, includendo nella categoria anche gli stranieri stabilmente presenti sul territorio²⁴. La partecipazione non risulta più, quindi, strettamente abbinata al concetto di cittadinanza, o almeno alla cittadinanza in senso tradizionale, bensì al radicamento locale, cioè alla «cittadinanza sociale», concetto mediante il quale si definiscono generalmente i diritti dell'inclusione non connessi

²¹ V. DE SANTIS, *La spinta partecipativa negli statuti delle regioni italiane*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, cit., p. 220.

²² F. ANGELINI, *Consigli regionali e partecipazione*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, cit., p. 231.

²³ *Ibid.*, p. 232.

²⁴ *Ibid.*, p. 235.

alla cittadinanza politica²⁵. In questa prospettiva i diritti di partecipazione vengono riconosciuti non solo ai cittadini, bensì anche ai «residenti», cioè a coloro che soggiornano legalmente sul territorio regionale. Questa situazione determina asimmetrie rispetto ai diritti politici, come il diritto di petizione, ad esempio, che in alcune regioni può essere esercitato unicamente dai cittadini, in altre invece è stato esteso a tutti gli abitanti che risiedono legalmente sul territorio della Regione²⁶.

Si riscontra, quindi, nei nuovi statuti regionali una forte propensione a coinvolgere i soggetti interessati e la società civile nella «partecipazione», cui vengono dedicati interi titoli e capitoli statutari.

In relazione all'attività dei Consigli vengono in rilievo petizioni, indagini conoscitive e audizioni pubbliche destinate agli organi regionali e alle commissioni consiliari. Quasi tutti gli statuti prevedono la facoltà per le Commissioni consiliari di disporre audizioni e consultazioni di enti, organizzazioni e associazioni di cittadini e anche di residenti. Particolarmente degne di menzione vengono giudicate, a questo proposito, le disposizioni contenute negli statuti delle Regioni Abruzzo, Emilia-Romagna, Lombardia e Toscana²⁷.

Lo statuto della Regione Emilia-Romagna prevede, in particolare, un Titolo II, rubricato «Persone, collettività e partecipazione». Esso dispone che siano garantiti «a tutti coloro che risiedono in un Comune del territorio regionale» i diritti di partecipazione contemplati da tale titolo, ivi compreso il diritto di voto nei referendum (abrogativi, consultivi e confermativi statutari) e nelle altre forme di consultazione popolare (petizioni e istruttorie pubbliche). L'iniziativa legislativa popolare è, invece, riservata ad «almeno cinquemila elettori» (art. 18, comma 2). Per rendere effettivo il diritto alla partecipazione delle associazioni al procedimento legislativo e alla definizione degli indirizzi politico-programmatici più generali, la Regione ha inoltre istituito l'albo generale dell'assemblea legislativa, articolato per singole Commissioni assem-

²⁵ G.C. DE MARTIN, *Partecipazione e cittadinanza a confronto*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *op. cit.*, p. 70.

²⁶ V. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 220, in cui si fa riferimento agli Statuti delle Regioni: Calabria, art. 10, comma 1; Lazio, art. 65, comma 1; Liguria, art. 12, comma 1; Marche, art. 41, comma 1; Emilia-Romagna, art. 16, comma 1.

²⁷ F. ANGELINI, *op. cit.*, p. 236.

bleari (art. 19, comma 2). I diritti di partecipazione consentono a soggetti portatori di interessi generali, nonché ai «portatori di interessi diffusi in forma associata, cui possa derivare un pregiudizio da un atto regionale», la facoltà di intervenire nel procedimento di formazione dello stesso (art. 15). È inoltre prevista la facoltà per l'Assemblea regionale di indire un'istruttoria pubblica, che si svolge nella forma del pubblico contraddittorio, aperta ad associazioni e comitati, nei procedimenti riguardanti la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale, su richiesta di non meno di cinquemila persone. L'istruttoria pubblica si caratterizza per rappresentare una forma di mediazione che incide sul tenore della decisione finale che – secondo lo statuto emiliano – «deve essere motivata in base alle risultanze dell'istruttoria» (art. 17). L'istruttoria pubblica è contemplata anche in altre Regioni, che prevedono la possibilità di ricorrere a «inchieste pubbliche» (che rispetto alle audizioni hanno un carattere più conoscitivo) soprattutto nell'ambito della valutazione d'impatto ambientale²⁸.

Secondo lo Statuto della Regione Abruzzo ogni cittadino singolo e associato che rischi di essere pregiudicato da un «atto amministrativo» ha facoltà di intervenire nel procedimento (art. 12, comma 7). È analogamente previsto che debba essere istituito con legge dell'Assemblea un «Albo Regionale della Partecipazione» e che vengano realizzate consulte telematiche e altre forme di consultazione (art. 12, comma 3). Il diritto di petizione può essere esercitato da «cittadini e residenti» (art. 12, comma 5). Sono inoltre previste risposte scritte nelle forme di legge alle interrogazioni dei cittadini (art. 12, comma 6)²⁹.

Secondo lo Statuto della Lombardia, enti e associazioni possono inviare al Consiglio osservazioni e proposte sui disegni di legge presentati con l'obbligo per le Commissioni consiliari di motivarne il mancato accoglimento (art. 36)³⁰.

²⁸ V. DE SANTIS, *op. cit.*, pp. 223 ss.

²⁹ Anche secondo lo statuto emiliano la facoltà delle autonomie locali e di enti ed organizzazioni di interrogare la Regione su questioni di loro competenza comporta un obbligo di risposta scritta e di contestuale comunicazione all'Assemblea (art. 16, comma 2).

³⁰ F. ANGELINI, *op. cit.*, pp. 236 ss.

Una particolarità nel panorama statutario è rappresentata dallo Statuto della Regione Campania, che prevede, all'art. 15, la possibilità di attivare un referendum approvativo, o propositivo, strumento finora non previsto dalla Costituzione italiana, anche se introdotto dagli Statuti delle Regioni autonome della Valle d'Aosta e del Trentino-Alto Adige, e invece molto diffuso nell'area di lingua tedesca. Esso attribuisce a 50.000 elettori la facoltà di presentare una proposta di legge o di regolamento. Se tale proposta non viene approvata entro sei mesi, o viene approvata con modifiche sostanziali, si indice un referendum che ne determina l'approvazione qualora vi partecipi oltre la metà degli aventi diritto e si raggiunga la maggioranza dei voti validamente espressi. Il referendum campano produce, in sostanza, una «sottrazione di una decisione normativa» al Consiglio o alla Giunta, affinché venga rimessa al corpo elettorale: anche nel caso in cui il Consiglio regionale eserciti la propria potestà normativa, esso dovrà uniformarsi all'iniziativa popolare e non potrà discostarsene in misura sostanziale, dovendo altrimenti procedere al voto popolare³¹.

Da quanto esposto emerge la particolare attitudine dell'ambito regionale a gestire la partecipazione in funzione della dimensione degli interessi in gioco, e quindi in base alla maggiore prossimità alle questioni da trattare. Pertanto spetta innanzitutto alla dimensione regionale (e soprattutto agli statuti, per quanto riguarda i principi fondamentali e di organizzazione) prevedere e disciplinare le forme di democrazia partecipativa e plebiscitaria³².

Va dato atto alla menzionata riforma costituzionale di avere anche comportato un riconoscimento dell'autonomia organizzativa e normativa degli enti locali, che così hanno assunto un ruolo di primo piano nel panorama della partecipazione. La Costituzione ha, infatti, individuato, secondo il principio della sussidiarietà verticale, la struttura della Repubblica come formata da più soggetti dotati di un autonomo potere di governo (Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni), e i

³¹ V. DE SANTIS, *op. cit.*, pp. 225 ss.

³² C. CORSI, *Chi disciplina la democrazia partecipativa locale*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, cit., p. 179.

cui atti normativi rientrano a pieno titolo nell'architettura dell'ordinamento statale³³.

Anche riguardo alla disciplina dell'azione amministrativa, affidata in primo luogo, dall'art. 118 Cost., alla legislazione statale o regionale in base alle rispettive competenze, è ormai previsto che gli enti locali possono ricavarsi autonomi spazi normativi, fatto che consente anche alle Province e ai Comuni di disciplinare liberamente forme di democrazia diretta e partecipativa³⁴. Già precedentemente, peraltro, il Testo Unico degli Enti Locali³⁵ imponeva agli statuti degli enti locali la definizione dei criteri generali della partecipazione popolare mediante gli strumenti della democrazia diretta.

Anche la legge della Regione Toscana sulla partecipazione³⁶, recentemente novellata³⁷, che sarà oggetto di analisi nelle pagine che seguono e che viene ritenuta particolarmente innovativa in questo ambito, prevede «norme sulla partecipazione all'elaborazione delle politiche regionali e locali», facendo perno su un ruolo attivo e propulsivo soprattutto della realtà comunale. Essa prevede, tra l'altro, la sottoscrizione di protocolli d'intesa tra gli enti locali interessati e la Regione, con la quale questi s'impegnano a condividere i principi della legge, a rispettarne le procedure e a soprassedere dall'adozione di atti suscettibili di compromettere gli esiti dei processi partecipativi.

4. Leggi regionali sulla partecipazione a carattere settoriale e generale

In sintonia con la svolta partecipativa degli statuti regionali, negli ultimi anni sono state varate diverse leggi regionali che hanno introdott-

³³ *Ibid.*, p. 176.

³⁴ *Ibid.*, pp. 176 ss.

³⁵ V. la legge del 18 luglio 2000, n. 267, «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali»: art. 6, comma 2.

³⁶ V. la legge della Regione Toscana del 27 dicembre 2007, n. 69, «Norme sulla promozione della partecipazione all'elaborazione delle politiche regionali e locali».

³⁷ Cfr. la legge della Regione Toscana del 2 agosto 2013, n. 46, «Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali».

to molteplici forme di democrazia partecipativa e strumenti di democrazia diretta. In proposito è opportuno premettere che sia gli statuti sia il legislatore regionale non sembrano differenziare i due distinti piani della partecipazione popolare e della democrazia diretta, tendendo a trattare unitariamente queste due forme di democrazia.

Tra le leggi regionali sulla partecipazione viene in rilievo, ad esempio, quella della Regione Calabria sulle elezioni primarie³⁸ e sull'urbanistica partecipata³⁹. Particolare risonanza ha, inoltre, assunto il modello dei bilanci partecipati nella Regione Lazio, introdotto nel 2006⁴⁰. Il regolamento regionale⁴¹, emanato in attuazione della legge, ha delineato tre diversi livelli di partecipazione, cioè quello dell'informazione sul documento di pianificazione finanziaria e sul bilancio, quello della consultazione, in cui gli interessati propongono all'ufficio regionale per la pianificazione economica osservazioni, proposte e istanze sulla cui base viene elaborato un «documento della partecipazione», e il terzo livello, rappresentato dal monitoraggio, che consente agli interessati di verificare in quale misura si sia tenuto conto delle loro proposte⁴².

Carattere generale e non settoriale è stato assunto dalla legge della Regione Umbria sulla democrazia diretta e sulle forme di consultazione popolare⁴³. Tale legge esordisce affermando: «La Regione promuove la partecipazione dei cittadini, singoli ed associati, alle funzioni legislative, amministrative e di governo delle istituzioni regionali e l'esercizio

³⁸ Legge della Regione Calabria del 17 agosto 2009, n. 25, «Norme per lo svolgimento di elezioni primarie per la selezione di candidati all'elezione di presidente della Giunta regionale».

³⁹ Legge della Regione Calabria del 16 aprile 2002, n. 19, «Norme per la tutela, governo ed uso del territorio – legge urbanistica della Calabria», modificata con legge regionale 24 novembre 2006, n. 14.

⁴⁰ Legge della Regione Lazio del 28 aprile 2006, n. 4.

⁴¹ Regolamento regionale della Regione Lazio del 28 giugno 2006, n. 4, «Disciplina del processo di partecipazione alla formazione delle decisioni in materia di programmazione economico-finanziaria e di bilancio della Regione».

⁴² R. TROISI, M. BUONOCORE, *Il Lazio: un laboratorio di processi partecipativi*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, cit., p. 264.

⁴³ Legge della Regione Umbria del 16 febbraio 2010, n. 14, «Disciplina degli istituti di partecipazione alle funzioni delle istituzioni regionali: iniziativa legislativa e referendaria, diritto di petizione e consultazioni».

del referendum quale istituto di democrazia partecipativa» (art. 1). Sono strumenti della partecipazione, ai sensi della legge, l'iniziativa legislativa, l'iniziativa referendaria, il diritto di petizione e la consultazione (art. 2).

La consultazione dei soggetti interessati è garantita in tutte le fasi dei procedimenti amministrativi e normativi, e si articola in incontri consultivi pubblici, convegni e conferenze di studio, audizioni dirette, richieste di pareri scritti e questionari. In sintesi, però, sono previste solo forme di consultazione e di ascolto della società civile e non una vera discussione, motivo per cui le potenzialità della legge sono limitate e suscettibili di rimanere circoscritte a una mera attività informativa. La modesta apertura al contesto sociale esterno è anche dimostrata da un passaggio in cui si precisa che i contributi emersi dalla consultazione hanno natura politica e «non possono costituire elementi di valutazione giuridicamente rilevanti» (art. 66). È inoltre previsto un mero obbligo di pubblicità, sul portale del Consiglio della Regione, dei contenuti della consultazione, oltre che di tutti gli atti a essa conseguenti. Viene, quindi, in rilievo soprattutto un'attività informativa senza implicazioni concrete a livello giuridico⁴⁴. Per questo motivo la legge è stata ritenuta carente e antiquata, visto che le possibilità di partecipazione non vanno molto oltre una semplice proposta di consultazione, e difettano anche riferimenti al bilancio partecipato e alle nuove forme di democrazia partecipativa⁴⁵.

Una categoria particolare di leggi regionali sulla partecipazione è rappresentata dai procedimenti deliberativi previsti dalla citata legge della Regione Toscana, oltre che dalla legge della Regione Emilia-Romagna⁴⁶, che hanno delineato in modo strutturato e non episodico l'esercizio della partecipazione. In proposito, è stato distinto il modello «puro» di partecipazione, in cui l'iniziativa popolare è prevalentemente

⁴⁴ M. CIANCAGLINI, *La disciplina organica della democrazia partecipativa nella legislazione regionale*, in www.astrid-online.it (13 aprile 2012).

⁴⁵ Cfr. il commento di C. Falzone, reperibile al seguente indirizzo: <http://www.labsus.org/2010/05/umbria-legge-14-del-16-febbraio-2010>.

⁴⁶ Legge della Regione Emilia-Romagna del 9 febbraio 2010, n. 3, «Norme per la definizione, riordino e promozione delle procedure di consultazione e partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali».

affidata a persone fisiche e a soggetti non associati, concretato dalla legge Toscana, dal modello «misto», a cavallo tra schema associativo e deliberativo, della Regione Emilia-Romagna, ove viene incentivata l'iniziativa delle organizzazioni sociali e delle persone giuridiche come soggetti propulsori⁴⁷.

La legge Toscana, in sintonia con il carattere sperimentale di questa normativa – come si è detto – è stata successivamente novellata e perfezionata. Essa consta sostanzialmente di due strumenti di partecipazione e precisamente del «dibattito pubblico regionale», su «opere, progetti o interventi che assumono particolare rilevanza per la comunità regionale» (art. 7) e dei processi partecipativi locali su iniziative di minore entità.

In particolare, nella revisione della disciplina del dibattito pubblico regionale, e prendendo atto del fatto che durante la vigenza della legge precedente tale procedimento non era stato mai utilizzato, ci si è distaccati dall'attivazione facoltativa del procedimento, motivo per cui la nuova regolamentazione del dibattito pubblico prevede una classificazione delle opere che vi sono obbligatoriamente assoggettate, oltre che la fissazione di soglie finanziarie. In sintonia con la legge francese (*Loi Barnier*)⁴⁸, a cui la Regione Toscana si è ispirata, il dibattito pubblico si articola in tre momenti, consistenti in una fase istruttoria della durata non superiore a novanta giorni e nella vera e propria fase del dibattito di analoga durata. Al termine del procedimento il responsabile del dibattito redige un rapporto finale che ne riporta i risultati e che il titolare della realizzazione dell'opera dovrà – in una terza fase – debitamente considerare, dichiarando entro novanta giorni se intende rinunciare all'opera, modificarla o confermare il progetto (art. 12).

Tale esempio è una dimostrazione della circolazione orizzontale dei modelli, anche sulla spinta uniformatrice del diritto internazionale ed europeo. In Francia è stata istituita da tempo una «Commission Nationale du Débat Public», come autorità indipendente, priva, però, di poteri normativi e sanzionatori e con prevalenti funzioni consultive e di orientamento. La Commissione si è insediata sulla base della Carta del-

⁴⁷ M. CIANCAGLINI, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁸ Legge n. 95-101 del 2 febbraio 1995.

l'Ambiente⁴⁹, che ha acquisito nel 2005 rango costituzionale e che attribuisce a ciascuno, all'art. 7⁵⁰, un diritto d'informazione e di consultazione in ambito ambientale. Questo principio costituzionale è stato introdotto in aderenza alla Convenzione di Aarhus del 25.6.1998⁵¹, ratificata dalla Francia nel 2002, che rende obbligatori tali diritti⁵². Tale strumento per la realizzazione della «*démocratie de proximité*» prevede la tenuta di un «*débat public*» sull'opportunità, sugli obiettivi e sulle caratteristiche principali – analogamente a quanto successivamente previsto dalla legge toscana – di progetti in materia ambientale, territoriale, paesaggistica, sociale ed economica. Si tratta di politiche pubbliche vicine alla sfera privata, poiché involventi materie come l'assetto del territorio, l'ecosistema e le politiche socio-sanitarie.

Pure la scansione temporale delle fasi in cui si articola il dibattito pubblico pare avere ampiamente ispirato il legislatore toscano. Anch'esso prevede, analogamente alla legge francese, un'autorità indipendente (Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione), a cui vengono parimenti affidati poteri di ammissione, di valutazione, ma anche «di elaborazione di orientamenti», allo scopo di rendere uniforme il processo partecipativo.

La novella del 2013 della legge Toscana ha anche cercato di coordinare il rapporto tra dibattito pubblico e democrazia diretta, prescrivendo

⁴⁹ Legge costituzionale n. 2005-205 del 1° marzo 2005, relativa alla «Charte de l'environnement» (JORF n. 0051 del 2 marzo 2005, p. 3697).

⁵⁰ «Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement».

⁵¹ «Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale», reperibile all'indirizzo: www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43ital.pdf.

⁵² J.-F. BERAUD, *Il caso della Francia: La Commission Nationale du Débat Public*, in A. VALASTRO (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa*, cit., p. 387. Tra i progetti su cui si è svolto un dibattito pubblico e che sono menzionati nel contributo rientrano il collegamento ferroviario Roissy-Picardie, vari parchi eolici, l'ampliamento dei porti di Calais e Le Havre, l'autostrada Nonancourt Dreux Chartres Allaines e Castres-Toulouse, i gasdotti di Eridan e Arc de Dierry, il termovalorizzatore di Ivry e lo sviluppo e la regolazione delle nanotecnologie.

che l'indizione di un referendum consultivo su opere e progetti determini l'inammissibilità di un dibattito pubblico sullo stesso oggetto. Si vuole, evidentemente, evitare che vengano attivati due procedimenti orientati, anche se con modalità diverse, al coinvolgimento della società civile con il rischio di pervenire a risultati differenti. Nell'ottica della razionalizzazione della spesa e delle attività, si è anche previsto un maggiore coordinamento tra i procedimenti partecipativi previsti dalle leggi di settore, come la valutazione di impatto ambientale, riguardo alla quale la legge prescrive che il dibattito pubblico sia la precondizione per l'avvio della procedura di valutazione (art. 7, comma 7). Si sono volute quindi evitare sovrapposizioni tra i due procedimenti, ma anche impedire che opere per le quali gli interessati avevano ricevuto una VIA positiva con notevole impegno lavorativo e dispendio di risorse finanziarie fossero bloccate da eventuali proteste scaturite dal dibattito pubblico⁵³.

L'esigenza di coniugare un processo partecipativo snello con le necessarie garanzie di trasparenza, neutralità e correttezza percorre in filigrana anche la disciplina dei processi partecipativi della Regione Emilia-Romagna.

L'intento garantistico ha ivi condotto a un'organizzazione del procedimento particolarmente complessa, ancorata a soggetti istituzionali diversi, tra cui rientrano: l'assemblea legislativa, che ha il compito di approvare annualmente i criteri secondo cui deve essere erogato il sostegno regionale; il nucleo tecnico di integrazione delle autonomie locali, che rappresenta l'organo di coordinamento tra la Giunta regionale e il Consiglio delle autonomie locali; il tecnico di garanzia, che, analogamente all'autorità toscana, vigila sul corretto svolgimento del processo partecipativo; e un ufficio amministrativo della Giunta, che accorda il sostegno e sovrintende allo svolgimento della partecipazione⁵⁴. Anche il processo partecipativo è concepito come un «percorso di discussione organizzata» (art. 10) su un determinato progetto o su una norma futura. Esso prevede che la discussione si snodi nell'ambito di un tavo-

⁵³ Cfr. la relazione di accompagnamento alla proposta di legge; <http://www.regione.toscana.it/documents/10180/71354/Relazione+sulla+legge+46+2013/93aa2f44-241a-4aa2-8df4-fa658f198f08>.

⁵⁴ M. CIANCAGLINI, *op. cit.*, p. 6.

lo della negoziazione, cui fanno capo i soggetti e le organizzazioni interessate al progetto. È facoltà per il tavolo di negoziazione (oltre che un obbligo, per le richieste di finanziamento regionali superiori a 20.000 euro) istituire un «comitato di pilotaggio», composto da delegati in rappresentanza del tavolo della negoziazione (art. 14).

Come per la legge toscana, la legge dell'Emilia-Romagna accorda ai progetti ritenuti ammissibili un sostegno finanziario, tecnico e metodologico. L'imparzialità e l'obiettività della discussione sono assicurate dal controllo esercitato dal tecnico di garanzia, il quale può anche svolgere un ruolo di mediazione tra i cittadini e l'ente interessato, oltre che validare il «documento di proposta partecipata» che racchiude i risultati del processo di partecipazione. L'ente responsabile, soprattutto qualora si discosti dall'esito del processo partecipativo, è tenuto a esporre esaurientemente le ragioni di una propria decisione difforme.

Similmente alla legge toscana – che prevede il venir meno della propria efficacia decorsi cinque anni dalla sua entrata in vigore – la legge emiliana prevede una clausola valutativa, da attivare entro lo stesso termine quinquennale, allo scopo di sondare le prospettive di ulteriore sviluppo e miglioramento della partecipazione.

5. Conclusioni

In rapporto alle forme di democrazia partecipativa, la democrazia rappresentativa costituisce un modello relativamente semplice, che presume il pluralismo delle opinioni, ma anche una situazione conflittuale costituzionalmente legittimata e contemporaneamente irrisolta⁵⁵. Le decisioni politiche vengono inoltre adottate da soggetti che hanno il potere di dare loro attuazione. Secondo il modello della democrazia rappresentativa, il singolo cittadino trasferisce il potere decisionale ai rappresentanti eletti, tranne che in situazioni eccezionali, in cui lo esercita direttamente nelle forme della democrazia diretta. Anche in quest'ultimo caso, il quesito referendario comporta un'opzione alternativa

⁵⁵ F. BILANCIA, *Conclusioni*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *op. cit.*, p. 378.

tra un sì e un no (salvo le norme sulla soglia di validità), rappresentando quindi uno strumento che dà risposte certe.

Deve essere un obiettivo del processo partecipativo puntare alla stessa efficacia e semplicità. La democrazia partecipativa, ove si ha l'affermazione di una sovranità popolare meno istituzionalizzata che nella classica democrazia rappresentativa, viene spesso criticata per la sua attitudine a rallentare i processi decisionali e ad aumentare il potenziale di conflittualità, e per lo scarso coinvolgimento effettivo della popolazione⁵⁶, anche se è stato ampiamente riconosciuto che i maggiori costi di una decisione partecipata spesso vengono compensati dalle minori resistenze con cui si scontra la fase attuativa⁵⁷.

Oltre a queste considerazioni si è ormai posto da tempo il problema della «democrazia formale senza demos»⁵⁸, cioè dell'affermarsi di una forma di gestione del potere astratta e lontana dalla vita, in cui il *cives* rimane estraneo alla gestione della cosa pubblica, affidata alla mediazione dei partiti e di altri soggetti istituzionali. In sostanza, si è obiettato che la democrazia debba essere per definizione partecipativa e che la partecipazione non possa che essere democratica. Essa inoltre viene frequentemente abbinata – come nel caso della legge ombra – a strumenti di democrazia diretta come referendum, petizioni e iniziative popolari, di cui rappresenta l'integrazione e il completamento, o piuttosto una fase propedeutica. Un'ampia ed esauriente discussione su un progetto normativo o amministrativo può, infatti, costituire un buon corollario di una scelta informata e consapevole, anche mediante il ricorso agli strumenti della democrazia diretta.

Caratteristica della democrazia partecipativa è la pluralità delle forme. Viene in rilievo in questo ambito sia il sistema della *porta aperta*, come nel caso delle descritte leggi regionali sulla partecipazione, sia – in altre situazioni – la scelta di un campione casuale o di un microcosmo di soggetti selezionati chiamati a discutere una specifica questione.

⁵⁶ E. CHELI, *Note conclusive*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, cit., p. 415.

⁵⁷ R. BIN, *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *op. cit.*, p. 14.

⁵⁸ A. VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche diritti*, in A. VALASTRO (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa*, cit., p. 4.

Importante è, però, la definizione di regole chiare e trasparenti. Pur trattandosi, infatti, di forme non istituzionalizzate e non strettamente vincolanti di esercizio di potere popolare, è importante che la partecipazione non risulti ingessata da un'ipertrofia di procedimenti e organi di controllo, e che quindi venga assicurata la necessaria duttilità dei processi partecipativi, mediante una normativa che ne assicuri le precondizioni e i presupposti. Contemporaneamente, però, è imprescindibile evitare una strumentalizzazione e una distorsione del momento deliberativo da parte degli interessi forti, o di coloro che hanno più tempo e risorse da investire nei processi partecipativi. È compito del legislatore coniugare le esigenze di una legislazione leggera e sperimentale con la necessità di opportune forme di garanzia. È quindi imprescindibile che la «partecipazione organizzata» si declini nella definizione di appositi criteri, di specifiche modalità operative, nonché nell'individuazione degli interessi e dei soggetti che ne sono portatori⁵⁹.

L'incremento della richiesta di partecipazione viene frequentemente abbinato alla crescita del ruolo degli esecutivi – a scapito delle assemblee legislative, di cui rappresenterebbe un contrappeso – oltre che alla prevalente allocazione della funzione amministrativa a livello locale⁶⁰. Il decentramento delle competenze e del loro esercizio comporta, infatti, come logica conseguenza, un metodo di governo partecipato, poiché evoca, secondo il concetto della sussidiarietà verticale, una maggiore articolazione dei soggetti decisionali chiamati a esprimersi su un progetto politico o amministrativo. Esso si abbina facilmente a un assetto *federale* del potere, in cui la diversificazione dei «governanti» si associa ad una maggiore attenzione al pluralismo dei «governati».

Diversamente dalla «coloritura oppositiva-contestativa»⁶¹ che ha caratterizzato gli anni '60, la partecipazione ha attualmente la funzione di aumentare la legittimazione delle scelte pubbliche e di predisporre uno strumentario per arricchire e completare i processi decisionali. Essa ha la finalità di informare i cittadini, di consentire loro di svolgere un ruolo attivo e di favorire la tutela dei loro interessi.

⁵⁹ D. DONATI, *op. cit.*, p. 167.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 164.

⁶¹ F. ANGELINI, *op. cit.*, pp. 236 ss.

⁶¹ A. VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, cit., p. 7.

Altra importante caratteristica degli attuali processi partecipativi è il loro carattere sperimentale, come attesta il sistema della «sunset legislation» praticato nelle leggi regionali oggetto di esame. A questa fase segue quella del consolidamento normativo, come si è già riscontrato in riferimento alla seconda legge della Regione Toscana che ha perfezionato e affinato gli strumenti della partecipazione. A titolo di esempio può essere citato a questo proposito il ruolo da protagonista svolto dagli enti locali, e soprattutto dalla realtà comunale, nei processi partecipativi. Sono stati, infatti, soprattutto questi soggetti istituzionali a farsi promotori dei progetti di partecipazione nei quali la Regione ha assunto un importante «ruolo di regia»⁶². La novella della legge della Regione Toscana è così intervenuta con misure correttive, allo scopo di indurre soprattutto le amministrazioni locali a precisare maggiormente le modalità e i tempi del successivo processo decisionale. Recita, infatti, la legge che l'ente locale che presenta una richiesta di finanziamento per un progetto di partecipazione deve indicare le risorse finanziarie destinate alla sua realizzazione (art. 14), nonché gli atti già compiuti comprovanti gli impegni effettivamente assunti dall'amministrazione competente. Si vuole in tal modo evitare che vengano finanziate discussioni non pienamente circostanziate, cioè fondate su iniziative non ben ponderate, prive di contorni ben definiti e di concrete prospettive di realizzazione.

È inoltre previsto, come requisito per l'ammissione al finanziamento dei progetti di partecipazione, che gli enti locali proponenti rendano conto in modo stringente dei risultati del processo partecipativo. Si definisce in tal modo univocamente il rapporto tra il contributo proveniente dal processo partecipativo e l'impegno delle istituzioni a tenere conto dei suoi risultati e a motivare il proprio comportamento, qualora difforme da quanto emerso dalla discussione. Ciò consente d'individuare chiaramente l'obiettivo della partecipazione, che non comporta una «cessione di sovranità»⁶³, o una delega del potere da parte degli organi elettivi, bensì la fattiva collaborazione e un dialogo stabile tra responsabili politici e società civile.

⁶² *Ibid.*, p. 47.

⁶³ *Ibid.*, p. 15.

VENEZIA NEL DIRITTO: LINEE INTRODUTTIVE

Maurizio Malo

SOMMARIO: 1. *La posizione di Venezia nell'ordinamento giuridico.* 2. *La "specialità" legislativa e amministrativa.* 3. *Casi. Le grandi navi nel Bacino di San Marco.* 4. *Casi. Alla ricerca della Città metropolitana di Venezia.* 5. *Una diversa cultura nel segno dei principi costituzionali supremi.*

1. La posizione di Venezia nell'ordinamento giuridico

L'intensa riflessione sulle sorti di Venezia e della sua Laguna¹ si è accresciuta con la proposta, formulata nell'attuale fase di "riforma costituzionale", volta a «porre Venezia nella Costituzione», se non proprio con una disposizione specifica, del tipo «Venezia è città speciale»,

¹ Fra i numerosi studi ed interventi, F. BRAUDEL, *Venezia*, in F. BRAUDEL, F. QUILLICI, *Venezia. Immagine di una città*, Bologna, 1984 (saggio ripubblicato autonomamente, dal medesimo editore nel 2013); A. CHASTEL, *L'arcipelago di San Marco*, Venezia, 1990; G. DE RITA, *Una città speciale. Rapporto su Venezia*, Venezia, 1993; G. FALCON, *Le città metropolitane della l. 142/1990: il caso di Venezia*, in *Le Regioni*, 1994, 36 ss.; P. BEVILACQUA, *Venezia e le acque*, Roma, 1995; S. AMOROSINO, *La salvaguardia di Venezia*, Padova, 1996; V. GREGOTTI, *Venezia Città della Nuova Modernità*, Venezia, 1998; I. MUSU, *Venezia sostenibile: suggestioni dal futuro*, Bologna, 1998; A.A. SEMI, *Quarant'anni dopo. Dieci variazioni sul tema di Venezia*, Venezia, 2006; E. SALZANO, *La Laguna di Venezia*, Venezia, 2011; I. BRODSKIJ, D. COSGROVE, P. GEORGE, E. TURRI, *La Laguna di Venezia*, Verona, 2012; P. SOMMA, *Imbonimenti*, Venezia, 2012; C. DE SETA, *Venezia e Moby-Dick*, Venezia, 2012; A. VITUCCI, *Nel nome di Venezia*, Venezia, 2012; M.R. VITTADINI, *Fare a meno dell'acqua*, Venezia, 2012; M. FAVILLA, *Delendae Venetiae*, Venezia, 2013; L. FERSUOCH, *Confondere la Laguna*, Venezia, 2013; E. SVALDUZ, *I limiti di Venezia*, Venezia, 2013; L. BONOMETTO, *Il respiro della Laguna*, Venezia, 2014; A. MARZOLLO, *Lo stato di Venezia*, Venezia, 2014; S. SCANAGATTA, *Venezia e Venicity*, Padova, 2014; S. SETTIS, *Se Venezia muore*, Torino, 2014; G. ORTALLI, *Venezia. Una città?*, Venezia, 2015.

almeno con una disposizione di genere, secondo cui «la Repubblica tutela i luoghi speciali e di preminente interesse»².

Non appare però necessaria una siffatta modifica costituzionale, perché la Costituzione già contiene una disposizione dello stesso tenore normativo: si tratta dell'articolo 9, secondo il quale «la Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione»³. E la Corte costituzionale ci ha da tempo insegnato che questa disposizione «erige il valore estetico-culturale riferito (anche) alla forma del territorio a valore primario dell'ordinamento, e correlativamente impegna tutte le pubbliche istituzioni, e particolarmente lo Stato e la Regione, a concorrere alla tutela e alla promozione del valore» (sent. 359/1985); un valore «insuscettivo di essere subordinato a qualsiasi altro» (sent. 151/1986); di modo che la libera iniziativa economico-imprenditoriale (pure garantita dalla Costituzione, all'articolo 41) deve comunque conciliarsi con il valore costituzionale supremo della tutela e valorizzazione delle aree di pregio paesaggistico, «quale testimonianza materiale della civiltà e della cultura del Paese» (sentt. 9/1973, 118/1990 e 388/1992).

Si aggiunga che dal 1987 l'area di *Venezia e la sua Laguna* è anche “sito UNESCO”, ovvero parte del Patrimonio culturale e ambientale di rilevanza mondiale; e si avverta che questa classificazione non consiste in un etereo riconoscimento di un club aristocratico; è, bensì, la più significativa qualificazione di bene culturale ed ambientale, operata nell'ambito del diritto internazionale: classificazione che impone ad ogni soggetto (istituzioni pubbliche e soggetti privati) di rispettare l'area come bene culturale e ambientale significativo per l'umanità intera; da tutelare e valorizzare, quindi, attraverso forme di sviluppo sociale ed economico compatibili e coerenti⁴.

Pertanto, *Venezia e la sua Laguna* già si collocano all'apice dell'ordinamento giuridico, complessivamente inteso: come espressione del

² La proposta è del Presidente dell'Autorità portuale ed ex Sindaco di Venezia, Paolo Costa (cfr. *Corriere del Veneto*, 22 luglio 2014, pag. 6).

³ In tema v. per tutti G. FALCON, *I principi costituzionali del paesaggio*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2009, 78 ss.

⁴ Sull'ordinamento dell'UNESCO, L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, 2010.

valore costituzionale supremo del paesaggio, in base all'articolo 9 della Costituzione (cioè in base ad una disposizione della legge italiana giuridicamente più forte) e come parte del patrimonio culturale e naturale di «valore universale eccezionale», in base alla Convenzione internazionale, adottata dalla Conferenza generale dell'UNESCO, il 16 novembre 1972, e ratificata dall'Italia attraverso la legge n. 129 del 1977 (la Convenzione che disciplina la procedura per attribuire la qualificazione di «sito UNESCO»)⁵.

Si può inoltre segnalare che la Laguna di Venezia fa parte dei siti di importanza comunitaria⁶, a norma della direttiva CEE n. 43 del 1992, sulla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali, emanata in considerazione del fatto che «la salvaguardia, la protezione e il miglioramento della qualità dell'ambiente, compresa la conservazione degli *habitat* naturali e della flora e della fauna selvatiche, costituiscono un obiettivo essenziale di interesse generale perseguito dalla Comunità conformemente all'articolo 130 R del trattato CEE»⁷, sulla salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente (ora articolo 191 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea).

A sua volta, lo Statuto della Regione Veneto, nell'includere la tutela del paesaggio tra i principi fondamentali, riconosce «l'inestimabile valore del patrimonio storico, artistico, culturale» di Venezia in particolare (oltre che del Veneto) (art. 8, l.r. statutaria n. 1 del 2012).

L'attenzione per le questioni veneziane deve quindi essere prioritaria per tutte le istituzioni; e la configurazione giuridica di Venezia e la sua Laguna come materia d'interesse pubblico fondamentale e peculiare, legittima, già ora, l'emanazione di una legislazione speciale, statale e regionale, che potrebbe comprendere anche norme per uno speciale

⁵ Ha fatto seguito, fra l'altro, la legge 20 febbraio 2006, n. 77, recante *Misure speciali di tutela e fruizione dei siti italiani di interesse culturale, paesaggistico e ambientale, inseriti nella «lista del patrimonio mondiale», posti sotto la tutela dell'UNESCO*, il cui articolo 1 afferma che i *siti italiani UNESCO* «sono, per la loro unicità, punte di eccellenza del patrimonio culturale, paesaggistico e naturale italiano e della sua rappresentazione a livello internazionale».

⁶ Decisione della Commissione U.E. 10 gennaio 2011, n. 64, che adotta, ai sensi della direttiva 92/43/CEE del Consiglio, un quarto elenco aggiornato dei siti di importanza comunitaria per la regione biogeografica continentale.

⁷ Dal *Preambolo* della direttiva 92/43/CEE.

regime finanziario, volto fra l'altro a trattenere larga parte del prelievo fiscale locale per attività di tutela e valorizzazione dell'area di altissimo pregio.

Le assemblee legislative sembrano assai timide, perplesse e forse in qualche misura ignare del loro potenziale ruolo relativo alla disciplina di Venezia: una disciplina che potrebbe essere largamente speciale, secondo i principi giuridici di riferimento, restando pertanto immune da ipotetici vizi di costituzionalità o da ipotetiche infrazioni comunitarie europee.

Dopodiché, le questioni che riguardano Venezia e la gronda lagunare sono assai numerose; alcune di grandissimo rilievo. Neppure è agevole stendere un decalogo delle priorità⁸.

Fra gli altri, ci ha provato, in modo piuttosto convincente il Gruppo "Venezia Cambia 2015"⁹, che mette al primo posto il tema del *turismo sostenibile*, segnalando la necessità di «individuare regole che non siano determinate, come oggi, dalla esclusiva attenzione alla quantità, ma che garantiscano la tutela della Città e della Laguna e il rispetto della vita quotidiana dei residenti, dimoranti e lavoratori»; «politiche per il turismo che sappiano proporre modelli diversi di soggiorno e di comprensione di Venezia, della sua storia e del suo immenso valore presente»; «modelli che aprano per tutti, e in particolare per i giovani, opportunità di lavoro non precario ed equamente retribuito». Il tema del *turismo sostenibile* assume così un corretto spessore: con riguardo alle più spinose questioni attuali, potrebbe essere prospettata la soluzione ritenuta più idonea per l'approdo delle navi da crociera. Indubbiamente, non parrebbe invece prioritario il problema dell'inquinamento acustico provocato dai *trolley* dei turisti, su cui pure si è attardata (novembre 2014) l'amministrazione comunale in regime commissariale!

Si impongono, piuttosto, temi difficili ed inquietanti: è mai possibile che siano vendute a privati intere isole della Laguna? Qual è il perimetro più opportuno per la Città metropolitana di Venezia (dopo la fase

⁸ Sulle principali questioni e su recenti vicende, oltre alle opere citate nelle note precedenti e successive, v. E. SALZANO, *Lo scandalo del Lido*, Venezia, 2011; P. SOMMA, *Benettown*, Venezia, 2011; S. BOATO, *Giù dalla torre*, 2013; P. SOMMA, *Mercanti in fiera*, Venezia, 2014.

⁹ V. il relativo sito internet veneziacambia2015.org.

iniziale di coincidenza con il perimetro della *ex* Provincia di Venezia)? Quale urbanistica per le aree della gronda lagunare che, con il centro storico e la Laguna, sono tutelate dall'UNESCO come bene del Patrimonio culturale e ambientale di rilevanza mondiale? Come scongiurare il completo dominio della Città e della Laguna da parte di ceti rozzi, arroganti ed ingordi, che già hanno inferto ferite gravissime all'ambiente e alla cultura veneziana?

2. La "specialità" legislativa e amministrativa

Più note e più studiate, sono le leggi statali comunemente qualificate come "speciali", per la «salvaguardia di Venezia»¹⁰: la prima, n. 171 del 1973, istitutiva della «Commissione per la salvaguardia» e con la previsione di un piano per la Laguna e per «l'entroterra veneziano» (piano comprensoriale), ad opera della Regione Veneto¹¹; la seconda, n. 798 del 1984, istitutiva del «Comitato di indirizzo, coordinamento e controllo» (Comitatone); la terza, n. 139 del 1992, «per il proseguimento dei programmi di intervento». E si potrebbero aggiungere: *a*) il decreto legislativo n. 62 del 1994 (pur rimasto senza esito), per la costituzione di una società per azioni con compiti di studio, ricerca, sperimentazione e progettazione delle opere volte alla salvaguardia e per la predisposizione del piano generale unitario degli interventi, nonché di supporto tecnico alle attività di coordinamento; *b*) legislazione d'urgenza, per Venezia e Chioggia (il decreto-legge n. 96 del 1995, ultimo di una serie, e convertito dalla legge n. 206 del 1995, per l'esecuzione di inter-

¹⁰ Cfr. C. COLALUCA, *Venezia tra leggi speciali e nuovo ordinamento delle autonomie locali*, in *Nomos*, 1991, fasc. 3, 13 ss.; E. FORTUNA, *La legge speciale per Venezia*, in *Riv. giur. ambiente*, 1993, 369 ss.; P. URBANI, *Venezia (provvedimenti per)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, 600 ss.; D. CORLETTI, *Venezia (interventi per la salvaguardia e il risanamento di)*, *Enc. giur. it.*, vol. XXXII, Roma, 1994; S. AMOROSINO, *La salvaguardia di Venezia*, cit.; M. MALO, *Venezia*, in *Digesto. Discipline pubblicistiche*, volume di *Aggiornamento*, Torino, 2000, 704 ss.; M. BORGATO, *Una nuova legge speciale per Venezia*, in *Federalismi.it*, 2012, n. 14.

¹¹ Alla legge speciale del 1971 fecero seguito i regolamenti attuativi (decreti del Presidente della Repubblica) n. 791 (disciplina del restauro e del risanamento conservativo) e n. 962 (disciplina volta a tutelare le acque lagunari dall'inquinamento) del 1973.

venti urgenti di risanamento e adeguamento dei sistemi di smaltimento delle acque usate e degli impianti igienico-sanitari; e la legge n. 360 del 1991, approvata a rimedio della mancata conversione di decreti-legge: legge che fra l'altro integra la Commissione per la salvaguardia, con un rappresentante del Ministero dell'ambiente); c) e le leggi della Regione Veneto (come la l.r. n. 17 del 1990, recante norme per l'esercizio delle funzioni di competenza della Regione, conseguente alla seconda legge speciale statale, 798/1984; e, in precedenza, la l.r. n. 49 del 1974, che seguì la prima legge speciale statale, 171/1973)¹². Ma questa legislazione dedicata, che già – di per sé – si presenta in modo affastellato, non ha prodotto effetti soddisfacenti né sotto il profilo dell'organizzazione, né (per ciò che più conta) sotto il profilo dell'azione. Infatti, Venezia (Centro storico, Isole, Laguna, Gronda lagunare) è rimasta esposta ad un progressivo degrado ambientale e sociale che neppure ulteriori norme incluse in leggi di diversa disciplina, e neppure l'attività di pianificazione, hanno saputo arginare.

Fra gli *atti di pianificazione*, si rammenta il Piano di area della Laguna e dell'Area veneziana (Palav), che è parte del piano territoriale regionale di coordinamento (Ptrc), con specifica considerazione dei valori paesaggistici (in base al decreto-legge "Galasso", n. 312 del 1985)¹³, adottato dalla Giunta regionale nel 1991 e approvato dal Consiglio regionale nel 1995¹⁴. Negli ultimi anni è stato adottato un nuovo Piano territoriale regionale di coordinamento (deliberazione della Giunta regionale 17 febbraio 2009, n. 372), a cui è seguita l'adozione della relativa variante per l'attribuzione della valenza paesaggistica (deliberazione della Giunta regionale 10 aprile 2013, n. 427). Il piano, che è ancora in attesa di essere approvato dal Consiglio regionale, al fine di

¹² E si può aggiungere la l.r. n. 41 del 1994, per la partecipazione della Regione Veneto alla costituzione della società per azioni, ai sensi del decreto legislativo n. 62 del 1994 (sopraindicato): legge regionale espressamente abrogata dalla l.r. n. 3 del 2004.

¹³ Convertito, con modificazioni, dalla legge 431 del 1985.

¹⁴ Adozione con delibera della Giunta regionale n.7529 del 23 gennaio 1991 (Bur n. 73 del 10/7/92); approvazione con delibera del Consiglio regionale n.70 del 9 novembre 1995 (Bur n. 8 del 26/01/1996); adozione Variante 1 con delibera della Giunta regionale n. 2802 del 5 agosto 1997 (Bur n. 69 del 26/8/97); approvazione Variante 1 con delibera del Consiglio regionale n. 70 del 21 ottobre 1999 (Bur n. 108 del 14/12/99).

«conservare e migliorare la qualità del paesaggio della *Laguna di Venezia*, propone [sic!] all'attenzione delle popolazioni, in vista della pianificazione paesaggistica d'ambito, trentotto obiettivi e indirizzi prioritari»¹⁵.

Si segnala, inoltre, il *Piano di gestione 2012-2018* per «Venezia e la sua Laguna», come sito dell'UNESCO: piano redatto, secondo quanto stabilito dalla legge n. 77 del 2006¹⁶, su impulso del Comitato del Patrimonio Mondiale per l'implementazione della Convenzione Unesco del 1972, e approvato da tutti i Comuni della gronda lagunare, tra novembre e dicembre del 2012¹⁷. La forza giuridica del piano non è chiara; nella sua *Premessa* si afferma che «il Piano di Gestione del Sito *Venezia e la sua Laguna* non si sovrappone agli strumenti di pianificazione ma diventa il luogo dove vengono affrontate le problematiche e le criticità del Sito, le minacce alla sua integrità sia endogene che esogene, ed individuate le opportunità offerte dai suoi valori, e dove si assumono le decisioni più adeguate per attuare gli obiettivi previsti». I principali obiettivi del Piano, «oltre a quelli di preservare e valorizzare i beni naturali e culturali del Sito, di creare un maggior coordinamento tra gli Enti e le istituzioni responsabili della gestione e di promuovere e sviluppare una maggiore coscienza e consapevolezza dei suoi valori da parte di tutti, sono definiti partendo da alcune immagini e idee di futuro auspicate per Venezia e per la sua Laguna». Il Piano «definisce le strategie e seleziona le modalità di attuazione in Piani di Azione articolati in interventi e progetti».

¹⁵ V. il *Documento per la pianificazione paesaggistica* (pagg. 264-265), che fa parte della *Variante per l'attribuzione di valenza paesaggistica* al P.T.R.C., adottata dalla Giunta regionale con delib. 10 aprile 2013, n. 427 (<http://www.regione.veneto.it/web/ambiente-e-territorio/ptrc-variante-adozione>).

¹⁶ Legge citata nella nota 5, il cui articolo 3 dispone che «per assicurare la conservazione dei siti italiani UNESCO e creare le condizioni per la loro valorizzazione sono approvati appositi piani di gestione» che «definiscono le priorità di intervento e le relative modalità attuative, nonché le azioni esperibili per reperire le risorse pubbliche e private necessarie», «oltre che le opportune forme di collegamento con programmi o strumenti normativi che perseguano finalità complementari, tra i quali quelli disciplinanti i sistemi turistici locali e i piani relativi alle aree protette».

¹⁷ V. il piano in <http://www.veniceandlagoon.net/web/>.

Si può, d'altro canto, osservare che anche nell'ambito di leggi a carattere generale (ovvero, non specificamente dedicate a Venezia) si annidano disposizioni "speciali", come in tema di ordinamento degli enti locali, con la disciplina (ora della legge n. 56 del 2014) per l'istituzione della Città metropolitana: una specialità – questa – non esclusiva di Venezia (poiché com'è ben noto riguarda le maggiori città italiane), ma che è destinata ad assumere declinazioni davvero peculiari, per più aspetti fondamentali (dimensioni dell'area metropolitana, sistema istituzionale, organizzazione politico-amministrativa).

Le norme e l'attività amministrativa che riguardano Venezia e la sua Laguna sono quindi molteplici, ma in effetti non convergono tutte in modo chiaro ed efficace verso lo stesso obiettivo che dovrebbe consistere nella tutela dell'ambiente lagunare e nella sua valorizzazione attraverso attività socio-economiche coerenti, o se si preferisce "sostenibili".

Si direbbe che prevale la tendenza a conciliare l'inconciliabile; ovvero a far convivere iniziative che risultano in contrasto, più o meno evidente, con l'interesse fondamentale alla tutela e alla valorizzazione.

In passato, si sono alternate leggi per la salvaguardia del carattere lagunare e monumentale di Venezia e leggi per l'ampliamento del porto e della zona industriale di Venezia-Marghera: il d.lgs. n. 865 del 1948 e la legge n. 294 del 1956, sulla salvaguardia; invece, le leggi n. 1233 del 1960 e n. 397 del 1963 sull'ampliamento dell'area industriale; poi, ancora sulla salvaguardia, le leggi n. 526 e n. 652 del 1966; ma, nel 1967, un altro provvedimento collegato all'ampliamento dell'area industriale (d.P.R. n. 986 del 1967); successivamente, altre due leggi sulla salvaguardia (n. 161 e n. 1013 del 1969), a cui fece seguito la cosiddetta prima legge speciale (n. 171 del 1973, sopraindicata).

Nella legislazione e nella pianificazione speciale, che è quindi seguita, la "conciliazione degli opposti" sembra insita agli atti stessi, con esiti sconvolgenti come la creazione della squallida Isola artificiale del Tronchetto: esteso e disarmonico parcheggio per autoveicoli al centro della Laguna; o come l'espansione che hanno avuto e che probabilmente ancora avranno le opere aeroportuali lungo la gronda lagunare ai bordi della "Laguna nord" (area di particolare pregio ambientale): Il "Master Plan 2021" di Venezia prevede l'ampliamento dell'aerostazio-

ne passeggeri, del piazzale aeromobili e interventi edilizi, sui parcheggi e sugli impianti tecnologici¹⁸.

Ora, Venezia appare paradossalmente minacciata da ciò che rappresenta la maggiore e pressoché unica risorsa per la città: il turismo, che muta profondamente la radice sociale e segna il territorio, sfigurandolo¹⁹. Del resto, se impianti infrastrutturali di servizio, come l'aeroporto, assumono dimensioni che eguagliano l'intero centro storico veneziano; se le navi da crociera che entrano nel Bacino di San Marco sono tanto grandi che quasi sembrano inghiottire il Palazzo Ducale, la Basilica, la Biblioteca Marciana e l'intera Piazza, tutto simultaneamente; se la situazione è così "squilibrata", si direbbe che l'azione legislativa e l'azione amministrativa per la tutela e la valorizzazione di Venezia e della Laguna abbiamo sostanzialmente fallito.

E forse il simbolo del fallimento del "diritto speciale", volto alla migliore conservazione e all'equilibrato sviluppo dell'ambiente lagunare, consiste nella soppressione del *Magistrato alle Acque*, attraverso l'abrogazione della relativa legge²⁰, nel giugno del 2014 (art. 18, co. 2, d.l. n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 114 del 2014). Motivata come misura (urgente) per la semplificazione dell'organizzazione amministrativa dello Stato, la soppressione della struttura ministeriale periferica qualificata «Magistrato alle acque», le cui competenze si estendevano oltre la Laguna di Venezia, ma che per la Laguna di Venezia veniva principalmente evocata come garanzia di buona amministrazione, sembra in realtà ascrivibile alla insufficienza dell'Ufficio nell'adempiere ai compiti assegnati (provvedere «al buon governo delle acque pubbliche, del sistema delle bonifiche e del regime dei porti, del lido del mare e dei fari»: art. 2, l. 257 del 1907), con l'aggravante del fenomeno corruttivo legato alla realizzazione delle grandi opere a difesa dalle alte maree (cosiddetto Mose), che ha clamorosamente coinvolto due recenti Presidenti della Magistratura alle acque²¹.

¹⁸ V. <http://www.va.minambiente.it/it-IT/Oggetti/Info/1492>. In tema, S. BOATO, *Tesera city*, Venezia, 2011.

¹⁹ In tema, P. LANAPOPPI, *Caro turista*, Venezia, 2011.

²⁰ L. n. 257 del 1907.

²¹ Patrizio Cuccioletta, presidente del Magistrato dal 1999 al 30 giugno 2001, e poi tornato in Laguna con lo stesso incarico dal 2008 al 2011, e Maria Giovanna Piva, ai

3. Casi. Le grandi navi nel Bacino di San Marco

Come sopra indicato, sono molteplici e per lo più di difficile soluzione i problemi di Venezia. La stessa risorsa turistica è diventata un problema, con un flusso eccessivo di “turisti veloci ed ignari” che dedicano il loro tempo alle “immagini *selfie*”, alle vetrine, e alla lettura di menù, inframmettendo fuggacemente lo sguardo su una tela di Tiziano o del Giorgione.

Per le migliaia di turisti che iniziano e concludono la loro crociera a Venezia, intruppati nelle smisurate “navi *luna park*” del “tutto compreso”, la visita è tanto sintetica quanto suggestiva, potendo ammirare il centro storico dall’alto, sul ponte di una nave che sovrasta l’intera città, e che occupa, nel suo transito, gran parte del Bacino di San Marco e del Canale della Giudecca. Ma, anche trascurando il discutibile impatto visivo, di navi di dimensioni tali da “coprire” il centro storico, si prospetta il rischio per persone, palazzi e monumenti lambiti dalle gigantesche navi in movimento, come lenti elefanti all’interno di un museo di cristalli²².

Perciò, in un regolamento del 2012 (2 marzo), del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (di concerto con il Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare), volto a «limitare o vietare il transito delle navi mercantili per la protezione di aree sensibili nel mare territoriale», ed emanato²³ a seguito della sciagura navale all’Isola del

vertici della struttura dal luglio 2001 al 30 settembre 2008. Sulla vicenda del Mose e della Magistratura alle acque, G. BARBIERI, F. GIAVAZZI, *Corruzione a norma di legge*, Milano, 2014, 13 e ss.; L. FERSUOCH, *A bocca chiusa*, Venezia, 2014.

²² In tema, S. TESTA, *E le chiamano navi*, Venezia, 2011; V. GREGOTTI, *L’assurdo fascino delle navi a Venezia*, in *Corriere della sera*, di venerdì 11 luglio 2014, 48 e 49; S. TESTA, *Invertire la rotta*, Venezia, 2014; G. TATTARA, *Contare il crocierismo*, Venezia, 2014; M. GNES, *L’annullamento del divieto del passaggio delle grandi navi nella laguna di Venezia*, in *studiolegale.leggiditalia.it*, 20 gennaio 2015.

²³ In base all’art. 83, del codice della navigazione, secondo cui «il ministro dei trasporti può limitare o vietare, per motivi di ordine pubblico, il transito e la sosta di navi mercantili nel mare territoriale, per motivi di ordine pubblico, di sicurezza della navigazione e, di concerto con il ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, per motivi di protezione dell’ambiente, determinando le zone alle quali il divieto si estende».

Giglio (del 15 gennaio 2012), vennero introdotte disposizioni specifiche, dedicate alla Laguna di Venezia: «è vietato il transito nel Canale di San Marco e nel Canale della Giudecca delle navi adibite al trasporto di merci e passeggeri superiori a quarantamila tonnellate di stazza lorda» (art. 2, co. 1, lett. b, n. 1, del d.m.). Ma, lo stesso regolamento “congela” il divieto, in quanto dispone che esso «si applica a partire dalla disponibilità di vie di navigazione praticabili alternative a quelle vietate, come individuate dall’Autorità marittima» (art. 3); ovvero, si scarica sulla Capitaneria di porto la responsabilità di definire una soluzione alternativa, assai difficile da individuare e mettere in atto, in mancanza della quale non c’è divieto. E si dispone, in aggiunta (art. 3), che «nelle more della disponibilità di vie di navigazione alternative» la stessa Capitaneria di porto, d’intesa con il Magistrato alle acque e con l’Autorità portuale, adotti «misure finalizzate a mitigare i rischi connessi al regime transitorio perseguendo il massimo livello di tutela dell’ambiente lagunare». Ponzio Pilato non avrebbe saputo fare di meglio...

Conseguentemente, la Capitaneria di porto di Venezia, a seguito di un incontro con il Magistrato alle acque e l’Autorità portuale, emana il 5 dicembre 2013 una ordinanza (n. 153) che, per le navi passeggeri superiori a quarantamila tonnellate, vieta lo stazionamento contemporaneo diurno negli ormeggi della Stazione Marittima ad un numero superiore a cinque navi; e stabilisce, relativamente all’anno 2014, il numero massimo di settecentootto transiti di navi, nel Bacino di San Marco e nel Canale della Giudecca. Per lo stesso tratto, ad iniziare dal 2015, viene vietato il transito delle navi passeggeri superiori a novantaseimila tonnellate.

L’ordinanza della Capitaneria di porto viene impugnata e sottoposta al giudizio del Tribunale amministrativo regionale, da società esercenti attività di gestione delle operazioni di sbarco/imbarco passeggeri presso la stazione marittima di Venezia, ed attività di rimorchio delle navi in transito nel Bacino di San Marco e nel Canale della Giudecca: imprese compromesse, sotto il profilo economico, dalle misure interdittive²⁴. Il

²⁴ La stessa ordinanza della Capitaneria di porto viene anche impugnata dal Comune di Venezia, ma per ragioni opposte, lamentando l’insufficienza delle misure interdittive in essa contenute, per mitigare i rischi connessi alla navigazione delle “grandi navi” nel Bacino di San Marco e nel Canale della Giudecca.

giudice amministrativo, prima, con ordinanza cautelare del 17 marzo 2013, sospende gli effetti del provvedimento; poi, con sentenza del 9 gennaio 2015 (n. 13), annulla il provvedimento stesso, della Capitaneria di porto, per «carezza istruttoria e di motivazione» e per «violazione dell'art. 3 del decreto ministeriale», non avendo esso introdotto «misure, finalizzate a mitigare i rischi, in via transitoria», ma avendo «messo a regime drastiche misure interdittive alla navigazione, senza attendere, come prescritto dal decreto ministeriale, la messa a disposizione di una via alternativa» per il passaggio delle navi.

Quanto alla carezza istruttoria e di motivazione del provvedimento, in effetti essa potrebbe anche essere rilevata, con riguardo alla prescrizione (presto sospesa, prima dell'inizio della "stagione crocieristica") del numero massimo, per l'anno 2014, di settecentootto transiti di navi superiori a quarantamila tonnellate; ma, la carezza di motivazione si avverte non per il "rigore del provvedimento", bensì per l'effetto opposto, in quanto tale prescrizione si è rivelata come misura assai blanda²⁵. Se infatti «all'esito dell'istruttoria» dello stesso Tribunale amministrativo è poi emerso che nel 2014 i transiti effettuati sono stati settecentoquattordici, ovvero soltanto sei in più rispetto al "numero-limite" che la Capitaneria (d'intesa con l'Autorità portuale e il Magistrato alle acque) aveva imposto, il provvedimento appare (almeno *ex post*, ma il numero dei transiti per il 2014, era agevolmente preventivabile...) palesemente insufficiente «a mitigare il rischio» determinato dal passaggio nel Bacino di San Marco delle navi superiori a quarantamila tonnellate; passaggio che – non si dimentichi – il regolamento ministeriale del 2 marzo 2012, vieta in modo assoluto (sia pure ad iniziare «dalla disponibilità di vie di navigazione alternative»).

Ma allora questa è tutt'altro che una «drastica misura interdittiva», come invece sostiene il Tribunale amministrativo; essa si rivela misura pressoché inconsistente (solo apparente; a sua volta un po' pilatesca), si direbbe formulata più per acquietare l'opinione pubblica contraria, che per ottenere una significativa riduzione del rischio.

²⁵ Come, in effetti, lamentato dal Comune nel suo "distinto" ricorso (v. nota precedente).

Il divieto di transito nel Bacino di San Marco e nel Canale della Giudecca di navi superiori a novantaseimila tonnellate, ad iniziare dal 2015 (l'altra misura contestata, dell'ordinanza della Capitaneria di porto) è in effetti misura interdittiva, ed anche drastica, d'accordo, ma assunta comunque in via transitoria (sino alla disponibilità di una soluzione alternativa), al fine di evitare il passaggio a pochi metri dal Palazzo Ducale e dalla Riva marciana, spesso affollata di turisti, almeno delle navi che sono decisamente più pericolose.

In sintesi, il Tribunale amministrativo avrebbe potuto (e dovuto, con riguardo ai valori costituzionali supremi della sicurezza-salute e della tutela del paesaggio) argomentare in tutt'altro modo, lasciando in vita il provvedimento, che comunque recava misure transitorie, le quali lungi dall'essere *totalmente* interdittive (del transito di navi superiori a quarantamila tonnellate) erano proprio volte ad evitare i rischi maggiori nel segno della tutela dell'ambiente lagunare (secondo il potere conferito dal decreto ministeriale).

Infatti, una interpretazione coerente del decreto ministeriale conduce a ritenere che esso disponga la *totale* interdizione per le navi superiori a quarantamila tonnellate, ad iniziare dalla disponibilità di una soluzione alternativa; e che esso invece consenta una temporanea interdizione *parziale*: la più limitata possibile; comunque necessaria – in via transitoria – al fine di scongiurare il maggior rischio, nel segno del «massimo livello di tutela dell'ambiente lagunare» (come del resto il decreto ministeriale pretende, dal provvedimento dell'Autorità marittima; *cfr.* art. 3, d.m. 2 marzo 2012).

Invece, il Tribunale amministrativo si ferma ad una decisione essenzialmente formale, che consente la riespansione della situazione più rischiosa (facendo venir meno le misure del provvedimento annullato); invoca «una più adeguata ponderazione di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti» ad opera dell'amministrazione attiva (tutela dell'ambiente lagunare, sicurezza della navigazione, turismo, attività imprenditoriali, posizioni lavorative), senza peraltro considerare che non si tratta di interessi posti tutti sullo stesso piano: i valori della tutela ambientale e della sicurezza sono infatti prevalenti rispetto ad altri valori e interes-

si, pure significativi ma che devono cedere se in insanabile opposizione con i primi²⁶.

4. *Casi. Alla ricerca della Città metropolitana di Venezia*

Era il 1990 quando fece la sua “giuridica comparsa” la figura della «città metropolitana», introdotta dalla “organica” legge n. 142, sull’ordinamento degli enti locali. Venivano per la prima volta considerate «aree metropolitane» le zone comprendenti i maggiori comuni italiani, fra cui il Comune di Venezia²⁷. E si discettò a lungo sulle dimensioni territoriali dell’*area* e sui caratteri istituzionali della *città* metropolitana, anche con un po’ di stupore (e un po’ di sdegno) circa l’appropriatezza della qualificazione (metropolitana), evocatrice dell’impetuoso sviluppo urbanistico contemporaneo, rispetto ai nobili e classici caratteri dell’*area* e della città lagunare.

Ma all’immagine della “città vasta”, che è invalsa nell’uso della parola “metropoli”, si può prospettare un’altra immagine, secondo il significato etimologico della parola: l’immagine della “città madre” che attrae e sostiene altre comunità circostanti (*μητρόπολις*, composta da *μήτηρ* -*τρός* «madre», e *πόλις* «città»).

Il Consiglio regionale, a cui la legge del 1990 affidava il compito di definire l’area metropolitana di Venezia, finalmente si decise, nel 1993, ad individuare l’area in corrispondenza dei territori dei Comuni di Venezia (che ancora comprendeva Cavallino-Treporti), di Marcon, di Mira, di Spinea e di Quarto d’Altino: un’area metropolitana “minima”, secondo una scelta discutibile, che neppure includeva tutti i Comuni della gronda lagunare (restavano, infatti, esclusi i Comuni di Chioggia, Codevigo, Campagna Lupia, Musile di Piave, Jesolo). Tant’è che non se ne fece nulla: dalla perimetrazione dell’area mai si passò alla istituzione della relativa entità metropolitana.

²⁶ Per un commento, viceversa, adesivo alla sentenza del Tar Veneto, v. M. GNES, *L’annullamento del divieto del passaggio delle grandi navi nella laguna di Venezia*, cit.

²⁷ Su cui G. FALCON, *Le città metropolitane della l. 142/1990: il caso di Venezia*, cit., 36 ss.

Il processo di aggregazione fra Comuni fu anzi “derubricato”, nei fatti, dall’irrompere di singolari iniziative di divisione e di secessione nell’ambito del Comune di Venezia, che – com’è noto – condussero rispettivamente alla effettuazione di *referendum* per la “separazione” tra Venezia e Mestre (nel 1994 e nel 2003, dopo i *referendum* già effettuati, nel 1979 e nel 1989), ed alla istituzione del Comune di Cavallino-Treporti, nel 1999. A questa acuta e ricorrente tendenza alla “disaggregazione comunale”, che contraddistingue il “composito” Comune di Venezia (si segnala una ulteriore iniziativa referendaria, per la divisione Venezia-Mestre, presentata nel marzo del 2014, v. *infra*), si sarebbe potuto porre rimedio, in termini di ritrovata coesione territoriale, proprio attraverso l’istituzione della Città metropolitana: una città metropolitana formata da Municipi corrispondenti in parte ai piccoli comuni della gronda lagunare e dell’immediato entroterra veneziano, e in parte alle *ex* circoscrizioni del Comune di Venezia (attualmente qualificate municipalità: Venezia-Murano-Burano; Lido-Pellestrina; Mestre-Carpenedo; Marghera; Chirignago-Zelarino; Favaro Veneto), con qualche eventuale fusione tra esse.

Negli anni si è invece sviluppata tutt’altra idea di città metropolitana, lontana – si direbbe – da quella prefigurata dalla legge, in quanto riferita all’area veneziana. L’eco della parola “metropoli”, intesa come città di smisurate dimensioni, in presenza di un convulso reticolo urbano pluricentrico, sempre più vissuto come normale contesto della propria (affannata) quotidianità (per lavoro, studio, acquisti, cure, tempo libero), che ormai caratterizza gran parte della pianura veneta, ha indotto a prospettare una città metropolitana formata dall’insieme dei tre capoluoghi di provincia, Padova, Treviso, Venezia, e dai Comuni interposti e maggiormente collegati con le tre città capoluogo (Pa.Tre.Ve.).

Frattanto, la figura della città metropolitana assumeva addirittura dignità costituzionale, con le modifiche apportate alla Costituzione nel 2001. Sicché, le città metropolitane, pur se ancora non costituite, risultavano enti territoriali costitutivi della Repubblica italiana (con i Comuni, le Province, le Regioni e lo Stato, in base all’articolo 114 della Costituzione, modificato nel 2001): sembra un “ossimoro istituzionale”, ma è il riconoscimento di una nuova dimensione politico-sociale, che

attendeva di essere puntualmente identificata (come ente autonomo) in alcune aree del Paese.

A questo scopo è stata approvata, su impulso del Governo Renzi, la legge 7 aprile 2014, n. 56 (già progetto di legge del Governo Letta): legge volta a determinare un complessivo, radicale riassetto degli enti locali (comuni, province e città metropolitane).

Secondo quanto dispone tale legge di mostruosa sembianza (centocinquantuno commi in un solo articolo!), come modificata da due decreti-legge (n. 66 e n. 90, convertiti con modificazioni anch'essi, rispettivamente dalla legge n. 89, e dalla legge n. 114, del 2014)²⁸, sono state avviate le città metropolitane come «enti territoriali di area vasta» (comma 2), il cui territorio coincide in un primo tempo con quello della provincia omonima (comma 3). Il sindaco metropolitano è di diritto il sindaco del comune capoluogo (comma 19). Le elezioni del Consiglio metropolitano si sono svolte il 12 ottobre del 2014 (in base al comma 15), ma non per la Città metropolitana di Venezia. Il Comune di Venezia è rimasto infatti senza il Sindaco Giorgio Orsoni, dimissionario l'11 giugno 2014, a seguito dello “scandalo Mose”. Il che ha condotto alla decadenza della Giunta e allo scioglimento del Consiglio comunale, con contestuale nomina di un commissario (secondo quanto dispongono gli artt. 53 e 141 del t.u. enti locali). Ci si è così avviati alle elezioni anticipate del Comune di Venezia, che si sono svolte il 31 maggio e il 14 giugno 2015, con turno di ballottaggio, da cui è uscito vincitore Luigi Brugnaro (sostenuto da una coalizione di centro-destra).

Il nuovo Sindaco di Venezia (che si è dichiarato né di destra, né di sinistra) è quindi anche *sindaco metropolitano*²⁹. In base alla legge (art. 23, comma 1 *ter*, d.l. 90/2014), entro sessanta giorni dalla proclamazione degli eletti come consiglieri del Comune di Venezia, si tiene l'elezione del *consiglio metropolitano*: l'elezione, fissata domenica 9 agosto 2015³⁰, è di secondo grado (o indiretta), in quanto elettori ed eleggibili

²⁸ Si rammenta che sulla legge 56 del 2014, si è pronunciata la Corte costituzionale, con sentenza n. 50 del 2015, di rigetto (delle doglianze prospettate dalle ricorrenti Regioni Campania, Lombardia, Puglia e Veneto).

²⁹ Per l'esattezza, dalla data di insediamento del consiglio metropolitano (art. 23, comma 1 *ter*, lett. b, d.l. 90/2014).

³⁰ Con decreto del Sindaco di Venezia, 29 giugno 2015, n. 289776.

sono i sindaci e i consiglieri comunali dei comuni della *ex* provincia di Venezia (art. 1, comma 25, l. 56/2014). Insediato il consiglio metropolitano, viene avviato anche il terzo organo (con il Sindaco ed il Consiglio) dell'ente "città metropolitana": la *conferenza metropolitana* (art. 1, comma 42, l. 56/2014; art. 23, comma 1 *ter*, lett. b, d.l. 90/2014), composta dal sindaco metropolitano e dai sindaci dei comuni della *ex* Provincia di Venezia (in quanto, inizialmente il territorio della città metropolitana coincide – come già indicato – con il territorio della Provincia). Alla conferenza metropolitana è affidato il compito di adottare³¹ lo *statuto della città metropolitana* (art. 1, comma 9, l. 56/2014). Lo statuto potrà prevedere l'elezione diretta del sindaco e del consiglio metropolitano: elezioni a suffragio universale che però potranno effettivamente svolgersi solo se si sarà previamente proceduto ad articolare il territorio del comune capoluogo in più comuni (art. 1, comma 22, l. 56/2014)³².

Per la (eventuale) articolazione del territorio del comune capoluogo (Comune di Venezia) in più comuni, la legge (art. 1, comma 22, l. 56/2014) dispone che sia il Consiglio comunale a deliberare (a maggioranza qualificata) la relativa proposta: proposta che va poi sottoposta a *referendum* tra tutti i cittadini, non del Comune capoluogo (Comune di Venezia, come parrebbe naturale), ma dell'intera città metropolitana (ovvero i cittadini della *ex* Provincia di Venezia). Il positivo esito referendario conduce (secondo l'art. 133 della Costituzione) all'approvazione di una legge regionale istitutiva dei nuovi comuni (nati per "frazionamento" del Comune capoluogo).

Si avverta che la disciplina legislativa non rende necessario l'avvio del procedimento per l'articolazione del Comune capoluogo (Comune di Venezia) in più comuni: in mancanza della proposta di articolazione ad opera Consiglio comunale, il Comune resta "unito" e di conseguenza non si procede all'elezione diretta del sindaco e del consiglio metropolitano (sindaco metropolitano è di diritto il sindaco del Comune di Ve-

³¹ Entro centoventi giorni dal suo insediamento (art. 23, comma 1 *ter*, lett. b, d.l. 90/2014).

³² L'art. 1, comma 22, l. 56/2014, prevede anche che il sistema di elezione diretta, del sindaco e del consiglio metropolitano, sia determinato con legge statale.

nezia; il consiglio è quello eletto da sindaci e consiglieri dei comuni della città metropolitana).

In tema di divisione del Comune di Venezia, s'innesta però il progetto di legge regionale di iniziativa popolare (n. 448 del 2014, della nona legislatura; n. 8 del 2015, della attuale, decima legislatura)³³, primo firmatario Marco Sitran, per la «suddivisione del Comune di Venezia nei due Comuni autonomi di Venezia e di Mestre». La Commissione affari istituzionali del Consiglio regionale (della nona legislatura) si è espressa favorevolmente; nell'attuale legislatura, il progetto potrebbe diventare presto legge regionale, conducendo al voto referendario i cittadini del Comune di Venezia (in base all'art. 6, l.r. 25 del 1992). Ma c'è chi dubita della legittimità di siffatta legge regionale, nell'attuale fase costitutiva della città metropolitana, determinata dalla legge statale n. 56 del 2014³⁴.

Se per un verso la città metropolitana potrà evolversi con la suddivisione del Comune di Venezia (comune capoluogo) in più comuni (presupposto per l'elezione diretta del Sindaco e del Consiglio metropolitano), per altro verso essa potrà mutare il suo perimetro complessivo (che – si ripete – inizialmente corrisponde a quello della *ex* Provincia di Venezia).

A questo secondo fine (ovvero, una peculiare dimensione territoriale della Città metropolitana di Venezia), si procede mediante l'*iniziativa di comuni per la modifica delle circoscrizioni provinciali*: iniziativa – si osservi – che può riguardare sia Comuni delle province limitrofe (come ad esempio del Comune di Mogliano, in provincia di Treviso; o del Comune di Codevigo, in provincia di Padova, in ipotesi propensi ad entrare a far parte della Città metropolitana), sia Comuni della (*ex*) provincia di Venezia (in ipotesi, intenzionati ad uscire dalla Città metropolitana).

La legge n. 56 indica esclusivamente la prima prospettiva (di Comuni delle province di Treviso, Padova e Rovigo, che intendono aderire alla Città metropolitana); ma la seconda prospettiva (di Comuni della *ex*

³³ Si rammenta che a norma dello Statuto della Regione Veneto «i progetti di legge di iniziativa popolare non decadono con la fine della legislatura» (art. 20, comma 4).

³⁴ Cfr. A. VIGNERI, *Città metropolitane e nuovi comuni. Ovvero come boicottare la città metropolitana di Venezia*, in *Astrid. Rassegna*, n. 15 del 2014.

Provincia di Venezia che non desiderano restare nell'alveo della Città metropolitana) non può essere esclusa, essendo direttamente legittimata dalla Costituzione (art. 133). In effetti, alcuni Comuni del Veneto orientale, più che ad una loro diversa collocazione provinciale, aspirano a staccarsi dalla Regione Veneto per entrare a far parte della Regione Friuli-Venezia Giulia, attraverso una procedura costituzionale più complessa, per il "passaggio" di Comuni da una Regione all'altra.

Quanto, invece, ai Comuni di province limitrofe che intendono aderire alla Città metropolitana, la legge prefigura espressamente l'eventuale iniziativa anche dei Comuni *capoluogo* di province limitrofe. La disposizione può essere letta come implicito incoraggiamento a creare una Città metropolitana di vaste dimensioni territoriali, con "annessione" di intere province limitrofe o di ampie parti di esse? Probabilmente sì, ma l'esortazione della legge statale cede di fronte al volere autonomo degli enti locali. E, allora, ci si può chiedere quale possa essere l'ambito territoriale ragionevole per la Città metropolitana di Venezia.

Con attenzione ai Comuni di province limitrofe, certamente si auspica l'adesione del Comune di Codevigo, "innaturalmente" legato alla Provincia di Padova, in quanto il suo territorio è naturalmente parte dell'area lagunare veneziana. Sulla stessa direttrice, dalla Laguna all'entroterra, dopo il Comune di Codevigo (e sempre in Provincia di Padova), c'è il Comune di Piove di Sacco; poi il Comune di Sant'Angelo; poi Legnaro, Ponte San Nicolò, e Padova stessa; ma si potrebbe proseguire evocando i Comuni dei Colli Euganei: si prospetta una tale estensione della Città metropolitana? Della Provincia di Treviso, presumibilmente aderirà alla Città metropolitana il Comune di Mogliano Veneto (con dimensione urbanistica e contesto sociale che si uniscono a Mestre). Proseguendo verso l'interno, c'è poi Preganziol; la stessa Treviso; ed oltre, ci sono Villorba, Spresiano, Susegana, Conegliano, Vittorio Veneto: con questi ultimi Comuni la Città metropolitana di Venezia si estenderebbe sino alle Prealpi. Avrebbe senso una tale estensione? Per decisioni di programmazione, di pianificazione e di governo relative ad un'area così vasta e diversificata, appare coerente l'azione della Regione, secondo i principi costituzionali.

La Città metropolitana non può avere la pretesa di "accantonare" o finanche di "sostituire" la Regione. Non è questo il ruolo che la Costi-

tuzione le riconosce e le assegna. La Città metropolitana va piuttosto orientata a coordinare l'azione di più municipalità appartenenti ad un contesto morfologico sufficientemente omogeneo, consentendo così – in particolare – di articolare il territorio del Comune capoluogo (il Comune di Venezia) in più Comuni, finalmente in grado – si auspica – di curare con adeguata attenzione anche gli aspetti più minuti, ma non meno importanti, o non meno significativi, della convivenza urbana. Perché di questo sembrano più soffrire le grandi città, Venezia compresa (con i suoi specifici problemi): incuria (per taluni aspetti anche molto grave) nella amministrazione pubblica “di dettaglio”, dal sistema urbano dei trasporti, all'arredo urbano; dalla nettezza urbana, alla manutenzione del verde pubblico; dai servizi di assistenza ai deboli, ai servizi di pronto soccorso; dai controlli di ordine pubblico, ai controlli sulle attività private; dal recupero di beni e aree pubbliche, alla loro equa destinazione.

5. Una diversa cultura nel segno dei principi costituzionali supremi

Quanto l'attività normativa, amministrativa e giurisdizionale indicata nei due casi or ora tratteggiati, è coerente con il principio costituzionale supremo della tutela e della valorizzazione dei beni culturali e ambientali (art. 9 Cost.) che comprende – chiaramente – la salvaguardia e lo sviluppo sostenibile di Venezia e della sua Laguna? Quanto sino a questo momento si è agito per dare autentica ed efficace attuazione a tale principio (subordinando interessi antagonisti)? E ci si può chiedere se vi sia autentica ed adeguata consapevolezza circa il valore universale, assoluto, di Venezia e dell'ambiente lagunare: mito e desiderio che andrebbe valorizzato ed esteso; e che invece viene progressivamente consumato ed aggredito da una modernità senza affezione, priva di coscienza. La “cornice lagunare” (che fa parte del sito UNESCO) è un «territorio oggi assediato dalle edificazioni, dalle strade, dalle autostrade, e da tutta la varietà tipologica di artefatti che sono propri del paesaggio italiano»; cosicché, «la laguna appare come uno spazio lontano, accerchiato, e Venezia sempre più come una sopravvivenza incredibile in un'Italia devastata dalla cementificazione, dalla motorizzazione in-

vadente, dalla intensità degli usi dello spazio, dalla confusa banalità della sua modernizzazione e post-modernizzazione»³⁵.

Solo se in ogni azione e attività (politica, legislativa, amministrativa, giurisdizionale) che riguarda Venezia si saprà far prevalere *autenticamente* il principio costituzionale supremo della tutela e della valorizzazione dei beni culturali ed ambientali (art. 9 Cost.)³⁶; e si saprà espandere questo valore nelle scelte relative all'entroterra e a tutto il territorio costiero, espandendo così i caratteri di Venezia, anziché il contrario³⁷: solo così, avrà significato "il diritto per Venezia"; ovvero, *il diritto* potrà contribuire a rigenerare la Città e la Laguna, in senso fisico e sociale; affinché Venezia possa essere simbolo della "nuova modernità"³⁸, sapiente, matura, "sostenibile".

³⁵ E. TURRI, *La valva di Venezia*, in I. BRODSKIJ, D. COSGROVE, P. GEORGE, E. TURRI, *La Laguna di Venezia*, cit., 56.

³⁶ Sul valore giuridico di ogni disposizione costituzionale, come fondamentale criterio interpretativo nell'esercizio di ogni funzione pubblica, su tutti V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

³⁷ Espandere i caratteri di Venezia significa, per esempio, creare e sviluppare le vie d'acqua, come l'*Idrovia Venezia-Padova*, opera pubblica incompiuta che le istituzioni sembrano ora prendere nuovamente in considerazione: cfr. M. ZAMBONI, *Padova-Mare. Spinta bipartisan all'idrovia*, in *Corriere del Veneto*, di martedì 28 luglio 2015, pag. 9.

³⁸ Secondo l'espressione di V. GREGOTTI, *Venezia Città della Nuova Modernità*, cit.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)
2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)
3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)
4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)
5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)
6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)
7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. JOSÉ LUIS GUZMÁN D'ALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

