Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2020 - Anno XLI

Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Documentazione

FASCICOLO SPECIALE n. 1-2-3 del 30/06/2020

Gennaio 2020 - Giugno 2020

Sommario

- "L'ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO: DALLA GENESI AL RECENTE CASO DELLA FIGC" di Antonio Mitrotti, Dottore di ricerca in Diritto Pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Teramo.
- "LE CONCESSIONI AMMINISTRATIVE" dell'Avv. Andrea Altieri, Professore straordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi Link Campus.
- "IL CODICE DI PROTEZIONE CIVILE ALLA LUCE DELLA (VORTICOSA) DISCIPLINA DELL'EMERGENZA DA COVID-19" di Andrea Conzutti, Sofia Faggionato e Irene Malaroda (Laureandi presso l'Università degli Studi di Trieste).
- "LA CORRETTA GESTIONE DELLE RISORSE PUBBLICHE NEGLI APPALTI SOTTO SOGLIA: TRASPARENZA AMMINISTRATIVA, CONCORRENZA E ROTAZIONE TRA IMPRESE" dell'Avv. Andrea Altieri, Professore straordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi Link Campus.
- "LA MAPPATURA DEGLI ATTI DELL'EMERGENZA COVID-19" di Nicole Piccozzi, Francesca Quaia e Nicole Galliani.
- "IL PROCESSO AMMINISTRATIVO E LA GIURISDIZIONE (S)OGGETTIVA. CONSIDERAZIONI SULLA SENTENZA N. 841/2020 DEL TAR CALABRIA" di Emanuele Guarna Assanti, Avvocato e dottore di ricerca in diritto pubblico.
- "I RITI SPECIALI NEI GIUDIZI INNANZI ALLA CORTE DEI CONTI: SPUNTI E RIFLESSIONI" dell'Avv. Amedeo Di Meo, Dottorando di Ricerca, Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.
- "MISURE ADOTTATE IN MATERIA DI GIUSTIZIA NEL QUADRO DELL'EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA COVID-19" della Dott.ssa Laura Sancilio.
- ""ACQUISTARE VERDE" UNA QUESTIONE AMBIENTALE E AMMINISTRATIVA" del Dott. Cesare Massa.
- "CONSIDERAZIONI SUL SAGGIO DI RENATO FEDERICI "RIVOLTE E RIVOLUZIONI. GLI ORDINAMENTI GIURIDICI DELLO STATO E DELL'ANTI-STATO. SULLA DIFFERENZA FRA STRUTTURE E SOVRASTRUTTURE"" dell'Avv. Tommaso Ajello.
- "L'ESTENSIONE DEI CANONI ERMENEUTICI CIVILISTICI ALL'INTERPRETAZIONE DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI (CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AI BANDI DI GARA)" di Andrea Conzutti, Laureando in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Trieste.

- "IL REGOLAMENTO DI COMPETENZA NELL'ORDINAMENTO DELLA GIUSTIZIA CONTABILE" dell'Avv. Massimiano Sciascia, Professore straordinario di Diritto amministrativo.
- "CONSEGUENZE SULL'ECONOMIA PUBBLICA PER I FATTI DI RESPONSABILITA' MEDICA" di Sergio De Dominicis.
- "DEMOCRAZIA E DIRITTI FONDAMENTALI" di Renato Federici, Professore associato di diritto amministrativo a r. Università di Roma - Sapienza.
- "L'IMPATTO SCONFORTANTE DEL CORONAVIRUS SULL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE" dell'Avv. Jacopo Severo Bartolomei.
- "LA TRASPARENZA DEI CONTI PUBBLICI. LA TUTELA DELLA SANA GESTIONE" dell'Avv. Massimiano Sciascia, Professore straordinario di Diritto amministrativo.
- "NOTA ALLA SENTENZA N. 207 DEL 29 OTTOBRE 2019 DELLA SEZIONE III CENTRALE D'APPELLO DELLA CORTE DEI CONTI" a cura della Dott.ssa Imma Valentino.
- "LE "OBBLIGAZIONI PUBBLICISTICHE" NASCENTI DALLA LEGGE" del Prof. Antonio Corsi.
- "LA DEFINIZIONE DEI PREZZI DEI FARMACI GENERICI - NOTA ALLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO SEZ. III N. 6716 DEL 27/11/2018" a cura di Michele Sala, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico Comparato e Internazionale, Dipartimento di Economia e Diritto, Facoltà di Economia, Università "La Sapienza" Roma.

Presentazione della rivista

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti pubblici

www.contabilita-pubblica.it

Rivista scientifica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato consultivo interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1959 e al decreto del Ministero delle finanze 28 dicembre 1972 - ISSN 0393-5604. La versione online della rivista viene pubblicata sul dominio www.contabilita-pubblica.it, attualmente ospitato in hosting presso la società Tiscali Italia S.p.a. con sede legale in località Sa Illetta, ss. 195, km. 2.300, 09123 Cagliari, ROC n. 13133, C.F. 02508100928.

Direttore responsabile: Prof. Avv. Salvatore Sfrecola

Comitato di direzione: Angelo Buscema - Luigi Condemi - Giovanni Di Leo - Luciano Calamaro - Rocco Di Passio - Edoardo Giardino - Antonio Mitrotti - Domenico Paternostro - Giampiero Pizziconi - Salvatore Sfrecola - Adriano Tortora - Elio Vitale – Paola Maria Zerman

Responsabile della Segreteria di direzione: Giuseppe Girone

Direttore scientifico: Prof. Avv. Salvatore Sfrecola

Comitato scientifico: Prof. Paolo Bianchi (Università degli Studi di Camerino) - Prof.ssa Annamaria Bonomo (Università degli Studi di Bari "Aldo Moro") - Prof. Marco Brocca (Università del Salento) - Prof. Simone Budelli (Università degli Studi di Perugia) - Prof.ssa Elena Buoso (Università degli Studi di Padova) - Prof. Augusto Cerri (Università degli Studi di Roma "La Sapienza") - Prof. Raffaele Chiarelli (Università degli Studi Guglielmo Marconi) - Prof. Salvatore Cimini (Università degli Studi di Teramo) - Prof. Juan Carlos Covilla Martinez (Universidad Externado de Colombia) - Prof. Ruggiero Dipace (Università degli Studi del Molise) - Prof. Gian Paolo Dolso (Università degli Studi di Trieste) - Prof.ssa Elena D'Orlando (Università degli Studi di Udine) - Prof.ssa Vera Fanti (Università di Foggia) - Prof. Paolo Giangaspero (Università degli Studi di Trieste) - Prof. Roberto Miccù (Università degli Studi di Roma "La Sapienza") - Dott. Antonio Mitrotti (Università degli Studi di Teramo) - Prof. Dante Flàvio Oliveira Passos (Universidade Estadual de Paraiba)

Redazione: Marco Bufacchi, Giuseppe Girone, Licia Grassucci, Marco Pisano, Elena Sfrecola, Maria Elisabetta Sfrecola, Micaela Zignani

Responsabile della Segreteria di redazione: Maria Elisabetta Sfrecola

La Direzione e l'Amministrazione hanno sede presso l'Editore "Pagine" S.r.l., via Gualtiero Serafino, 8 - 00136 Roma.

Per la pubblicazione di articoli, note e recensioni, il testo deve essere inviato in versione word direttamente alla Redazione della Rivista, e-mail: webmaster@contabilita-pubblica.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma n. 17534 del 2 febbraio 1979.

Per richiedere informazioni: webmaster@contabilita-pubblica.it

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

L'ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO: DALLA GENESI AL RECENTE CASO DELLA FIGC

di Antonio Mitrotti, Dottore di ricerca in Diritto Pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Teramo

Sintesi. L'organismo di diritto pubblico si atteggia come un peculiare istituto ordinamentale posto al crocevia tra il diritto dell'Unione Europea - da cui rinviene la propria matrice e la propria *ratio existendi* - ed il diritto amministrativo, riflettendo i propri effetti sul piano di esercizio dell'azione preordinata all'affidamento dei contratti pubblici.
Oltretutto l'organismo di diritto pubblico si è posto, nel tempo, come una sensibile cerniera tra ordinamento europeo ed ordinamento statale, specie lungo il crinale della maturazione del "dialogo tra Corti" nonché, per conseguenza, del funzionamento sotteso al meccanismo di rinvio alla Corte di Giustizia Europea.
Il presente lavoro vuole in particolare ripercorrere la genesi e l'evoluzione della figura dell'organismo di diritto pubblico: fino a pervenire all'analisi (più recente) della controversa natura giuridica della FIGC; un'analisi alquanto significativa nel quadro dei fondamentali 'valori' garantiti per il tramite del peculiare istituto, di matrice europea, dell'organismo di diritto pubblico.

Abstract. The body governed by public law acts as a peculiar legal institution placed at the crossroads between European Union law - from which it derives its matrix and its own *ratio existendi* - and administrative

law, reflecting its effects on the exercise plan of the action preordained for the award of public contracts.
Moreover, the body governed by public law has, over time, positioned itself as a sensitive hinge between the European system and the State system, especially along the crest of the maturation of the "dialogue between Courts" and, consequently, of the functioning underlying the mechanism for referring to the European Court of Justice.
This work aims in particular to trace the genesis and evolution of the figure of the body governed by public law: which, nevertheless, up to the analysis (most recent) of the controversial juridical nature of the FIGC; somewhat significant 'in the overall economy' of the fundamental 'values' guaranteed through the peculiar institution, of European origin, of the body governed by public law.

Keywords: European administrative law; FIGC; Market competition; Public contracts; European integration.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Introduzione alla tematica. - 3. Sull'organismo di diritto pubblico. - 4. La FIGC alla luce della sentenza del TAR Lazio del 13 aprile 2018, n. 4100. - 5. Il rinvio interpretativo del Consiglio di Stato alla Corte di Giustizia Europea. - 6. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

È tradizionalmente noto come una tra le questioni maggiormente dibattute nella storia della scienza giuridica italiana sia, da sempre,

quella afferente all'intima ricerca della 'natura' riconducibile agli istituti esistenti nell'ordinamento[1].

Il che appare piuttosto evidente se solo, ad esempio, si ponesse mente al tormentato studio in dottrina delle diverse situazioni giuridiche soggettive ed agli affannosamente ricercati "caratteri distintivi" tra i diritti soggettivi e l'interesse legittimo[2], oppure se soltanto ci si fermasse

[1] Per un'aggiornata analisi di teoria generale del diritto appare illuminante rinviare - *ex plurimis* - a quanto ricostruito in G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018.

[2] Sul punto può dirsi esistente un'amplia letteratura, sicché senza (velleitarie) pretese di un'esaustività nel richiamo sia, qui, considerato sufficiente il rinvio a quanto autorevolmente ricostruito in L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Il diritto processuale amministrativo*, n. 2/1998, pp. 299-373; G. CUGURRA, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 4-5/1999, pp. 922-929; P. BONANNI, *Il risarcimento dei danni in bilico tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *I Tribunali Amministrativi regionali*, n. 5-6/1999, pp. 239-243; F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 11/1999, pp. 2212-2219; M. FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo è dunque risarcibile*, in *Contratto e impresa*, n. 3/1999, pp. 1025-1046; G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico comunitario*, n. 5/1999, pp. 1126-1131; E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria, nota a Cass., 22 luglio 1999, n. 500/SU*, in *Il Foro italiano*, n. 11/1999, pp. 3226-3240; F. LEDDA, *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Il Foro Amministrativo*, n. 11-12/1999, pp. 2713-2721; A. ORSI BATTAGLINI - C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/1999, pp. 487-504; F. G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2000, pp. 13-54; C. ROSSANO, *L'interesse sostanziale tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Il Consiglio di Stato*, n. 10/2004, pp. 2071-2088; G. U. RESCIGNO, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana (dialogando con Andrea Orsi Battaglini a proposito del suo libro Alla ricerca dello Stato di diritto)*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2006, pp. 111-132; A. R. TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2006, pp. 273-298; L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Il diritto processuale amministrativo*, n. 4/2007, pp. 935-958; E. CASETTA, *L'interesse legittimo: una situazione giuridica a progressivo rafforzamento*, in *Il Diritto del'economia*, n. 1/2008, pp. 7-13; P. ADAMI, *La doppia tutela dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica italiana*, n. 11-12/2008, pp. 583-615; F. G. SCOCA, *Interesse legittimo e giudice amministrativo: variazioni in chiave colloquiale*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 1/2010, pp. 15-30; F. G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Il diritto processuale amministrativo*, n. 2/2011, pp. 379-418; 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 *Il diritto processuale amministrativo*, n. 4/2011, pp. 1207-1221; M. MAZZAMUTO, *A*

minimamente a riflettere sulla, non meno controversa, radice (giusnaturalista piuttosto che giuspositivista[3]) dei diritti fondamentali 'riconosciuti', solennemente, ai cittadini in relazione al pregnante esercizio dei pubblici poteri (sia sotto il basilare "profilo negativo", riconducibile ad un'effettiva garanzia dei diritti di libertà del cittadino, che, oltre tutto, sotto il peculiare "profilo positivo" di esercizio del potere pubblico collegato alla 'irrinunciabile' assicurazione dei diritti economici e sociali), sino, fra l'altro, ad arrivare agli apprezzabili sforzi individuativi (di dottrina e giurisprudenza) dei caratteri sintomatici della natura pubblica, o meno, di un ente giuridicamente dotato di personalità.

Specialmente quest'ultima questione (per quanto, apparentemente, più semplice rispetto alle altre evocate esemplificazioni) ha pressoché condotto:« *a considerare l'ente pubblico, dal punto di vista teorico, come*

cosa serve l'interesse legittimo?, in *Il diritto processuale amministrativo*, n. 1/2012, pp. 46-78; L. R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Il diritto processuale amministrativo*, n. 3/2012, pp. 850-875; N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013; L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3/2013, pp. 465-479; A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo (in ricordo di Umberto Pototsching)*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1-2/2013, pp. 1-13; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Il diritto processuale amministrativo*, n. 4/2013, pp. 1005-1020; C. MAZZÙ, *La logica inclusiva dell'interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Torino, 2014; G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3/2014, pp. 479-524; N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la 'relativizzazione' dell'inviolabilità*, in *GiustAmm.it*, n. 1/2015, pp. 1-41; A. PIOGGIA, *Per una 'ridrammatizzazione' della questione dell'interesse legittimo*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2016, pp. 113-132; F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Santarcangelo di Romagna, 2017; M. D'ARIENZO, *Trasferibilità dell'interesse legittimo, in Quaderni di Diritto e Processo Amministrativo*, Volume n. 26, Napoli, 2017; B. STAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2019, pp. 275-307; L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2019, pp. 723-746; G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività di tutela*, in *GiustAmm.it*, n.1/2020, pp. 1-37.

[3] Nell'ambito della sterminata letteratura scientifica sul punto pare utile richiamare, senza alcuna pretesa di esaustività, quanto ricostruito in R. ALEXY, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, Napoli, 2015; L. FERRAJOLI - E. VITALE, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2015; N. BOBBIO, Giusnaturalismo *e positivismo giuridico*. *Prefazione di L. Ferrajoli*, Roma-Bari, 2018.

una categoria dogmaticamente non unitaria, in cui [cioè] *la varietà e la diversità di disciplina positiva si traducono fisiologicamente in singolarità della persona giuridica pubblica, pur in presenza di quelli che la dottrina tradizionale definiva indici rilevatori della pubblicità dell'ente*»[4].

La natura pubblica di un ente ha infatti, inevitabilmente, finito, nel tempo, per assumere i connotati di una tematica assai scivolosa tra gli studiosi del diritto pubblico.

Tanto è vero che l'opera di qualificazione pubblica di un ente è pervenuta sino all'emblematico punto teorico di ammettere una sua pressoché "relativizzazione" in relazione ai contorni fisionomici delle diverse figure soggettive di volta in volta prese in considerazione dalla dottrina nonché, specialmente, dalla giurisprudenza.

Giungendo ad un vero e proprio frammentario 'spezzettamento' all'interno del già «reticolare»[5] sistema italiano delle Pubbliche Amministrazioni.

Uno spezzettamento reso, a monte, ancor più evidente dalla progressiva emersione ordinamentale del celebre istituto del, così detto, "organismo di diritto pubblico".

D'altra parte è oggettivamente innegabile come l'opera stessa di riconducibilità, o meno, di un ente alla natura di organismo di diritto pubblico presupponga, al tempo stesso, sia la sostanziale presa d'atto di un vero e proprio sgretolamento della concezione unitaria della Pubblica Amministrazione che - non di meno - la (ricollegabile) considerazione di una funzionalizzazione dell'attività amministrativa (che, cioè, non è più semplicemente legata a dei formali requisiti soggettivi), tale per cui oggi

[4] F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in www.astrid-online.it, p. 1.

[5] Sul modello di organizzazione di tipo reticolare delle Pubbliche Amministrazioni nell'attuale sistema amministrativo italiano si rimanda a S. CASSESE, *La basi del Diritto Amministrativo*, Milano, 2000, p. 190 ss.; G. VOLPE (*a cura di*), *Alla ricerca dell'Italia federale*, Pisa, 2003, p. 9 ss.; C. FRANCHINI - G. VESPERINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a *cura di*), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 2012, pp. 86-128; R. D'AMICO (*a cura di*), *L'analisi della pubblica amministrazione. Teorie, concetti e metodi*, 2015.

non è affatto escluso che attività di pubblico interesse siano, proprio, esercitate da soggetti "formalmente privati"[6].

Tanto è vero che quando si tratta dell'organismo di diritto pubblico ci si riferisce, in sostanza, ad un istituto che (come autorevolmente evidenziato in dottrina):« *si pone sul crinale tra soggettività pubblica e privata,* [dal che] *v'è quanto basta per comprendere come sia* [un istituto senz'altro] *suscettibile di fraintendimenti*»[7].

Da qui l'opportunità di procedere ad una rinnovata riflessione sugli elementi tipici dell'organismo di diritto pubblico: con lo sforzo di ricostruire sinteticamente i punti risalenti del (più che ventennale) dibattito sin qui maturato, fino a cogliere i possibili spunti desumibili dal recente rinvio interpretativo che la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte di Giustizia Europea in merito alla, pregnante, qualificazione giuridica della Federazione italiana giuoco calcio (FIGC) come organismo di diritto pubblico (così come, del resto, era stato, in prime cure, attentamente ricostruito, già, dal Giudice Amministrativo di primo grado ovverosia dal TAR Lazio, con la sentenza dello scorso 13 aprile 2018, n. 4100).

2. *Introduzione alla tematica*

[6] Appare utile rimandare, *ex multis*, alle approfondite disamine sviluppate in F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; G. BERTI, *Pubblica Amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, 1993; M. P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa: cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; F. COCOZZA, *Diritto Pubblico applicato all'economia*, Torino, 2003; S. DEL GATTO, *Natura privata e 'sostanza pubblica'. Il Consiglio di Stato torna a pubblicizzare un ente privatizzato ope legis*, in *Il Foro Amministrativo - C.d.S.*, n. 2/2006, pp. 579-593; B. MARCHETTI (*a cura di*), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2013; M. COZZIO, *Appalti e Concessioni*, in G. A. BENACCHIO - F. CASUCCI (*a cura di*), *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Torino, 2017, pp. 45-65; G. F. FERRARI, *Il diritto pubblico dell'economia: oggetto, modelli ed evoluzione storica*, in G. F. FERRARI (*a cura di*), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2019, p. 26-28.

[7] L. R. PERFETTI - A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa. Variazioni su Corte di Giustizia delle Comunità europee, sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2004, p. 136.

L'obiettivo di creazione di un mercato comune - tanto desiderato dai Padri fondatori dell'attuale Unione europea[8] - ha ispirato, come noto, i principi fondativi del vigente diritto unionale[9].

Il diritto europeo, sin dall'origine dei Trattati istitutivi della Comunità europea, affonda ogni proprio provvedimento nella precipua volontà di favorire un unico mercato interno che sia, effettivamente, caratterizzato e contraddistinto dall'eliminazione di qualsivoglia ostacolo alla libera circolazione di persone, merci, servizi e di capitali.

Tre, in particolare, sono stati gli strumenti realizzativi del processo di integrazione che ha contraddistinto la creazione del mercato unico europeo[10].

In primis ha rivestito una portata dirimente la garanzia delle, così dette, quattro libertà fondamentali dell'Unione, ovverosia le libertà della circolazione di lavoratori, merci, servizi e capitali.

[8] Nell'ambito dell'ampia letteratura sul punto, appare prezioso il rinvio (*ex multis*) a M. P. CHITI, *Diritto Amministrativo europeo*, Milano, 2004; B. G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4/2006, pp. 909-928; C. GASPARINI CASARI, *In tema di diritto europeo e diritto amministrativo europeo*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 3-4/2008, pp. 763-797; C. GASPARINI CASARI, *Fondamenti del diritto amministrativo europeo*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, n. 3/2009, pp. 283-298; U. DRAETTA, *Elementi di Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione Europea*, Milano, 2009, p. 20 ss.; E. CHITI, *Diritto Amministrativo europeo, stabilizzazione dei comportamenti e costruzione dell'ordine sociale*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2015, pp. 909-984; S. STAIANO, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, p. 2341-2362.

[9] Appare significativo il rinvio a quanto diffusamente analizzato in M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014; R. BIN - P. CARETTI - G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea. Processo costituente e governance economica*, Bologna, 2015; R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017, p. 468 ss.; A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea. Profili sostanziali*, Torino, 2018; C. FRATEA (*a cura di*), *Stato dell'arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza*, Bari, 2019.

[10] Per la sintesi dei principi costitutivi del mercato unico europeo, nonché per una preziosa ricostruzione delle vicende istituzionali (nonché costituzionali) dell'Unione Europea, appare utile il rinvio a R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2016, pp. 100-143. Più in generale si confronti altresì la significativa ricostruzione sviluppata in R. BIN - P. CARETTI - G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea. Processo costituente e governance economica*, Bologna, 2015.

In secondo luogo ha incarnato un peso 'decisivo' il divieto per gli Stati membri di erogare nei confronti degli operatori economici aiuti finanziari che potessero distorcere il mercato comune.

Da ultimo - e con funzione strumentale rispetto ai primi due - si è 'imposta' la necessaria tutela e garanzia della, essenziale, concorrenza nel mercato[11].

Quanto questi tre fondamentali principi normativi, sottesi ai Trattati europei, abbiano influenzato il diritto amministrativo interno meriterebbe una trattazione *ad hoc* (quale privilegiato oggetto di approfondimenti in separata sede): sia sufficiente, tuttavia, mettere in evidenza due significative, e preliminari, osservazioni.

Da un lato è incontrovertibile, ad oggi, che il diritto europeo abbia influenzato, con decisività, il modo stesso di definire per il legislatore nazionale che cosa sia la "pubblica amministrazione" e cosa no[12].

Dall'altro lato - ed in maniera altrettanto pacifica - è evidente che, sin da quando il nostro Paese dovette adeguarsi ai celebri parametri di Maastricht[13], il sistema di contabilità pubblica delle amministrazioni[14] sia

[11] «*Nell'area europea, in particolare, la continua correlazione e l'interscambio tra la regolazione pubblicistica e quella privatistica dell'economia derivano imperativamente dagli artt. 106 TFUE (già art. 86 TCE) e 345 TFUE (già art. 295 TCE), che in sostanza stabiliscono l'indifferenza della natura privata o pubblica dell'impresa rispetto al suo regime giuridico e in specie alla salvaguardia della concorrenza come valore dominante dell'ordinamento comunitario*», G. F. FERRARI, *Il diritto pubblico dell'economia: oggetto, modelli ed evoluzione storica*, in G. F. FERRARI (*a cura di*), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2019, p. 26.

[12] Utili, sul punto, gli approfondimenti sviluppati in S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/2003, pp. 35-52; S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico comunitario*, n. 5/2004, pp. 1135-1142; D. URANIA GALETTA, *"Garanzia linguistica" e diritto amministrativo europeo: fra diritto ad una buona amministrazione e problemi di "cattiva traduzione"*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico comunitario*, n. 2/2005, pp. 345-364; M. A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Rivista di Diritto Pubblico comunitario*, n. 1/2008, pp. 37-70; D. URANIA GALETTA (*a cura di*), *Diritto Amministrativo nell'Unione Europea. Argomenti e materiali*, Torino, 2014; A. PAJNO, *Diritto europeo e transformation el diritto amministrativo. Alcune provvisorie osservazioni*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico comunitario*, n. 2/2017, pp. 467-478.

[13] Sul processo di integrazione economica europea si rimanda *ex multis* (e senza, naturalmente, delle pretese di esaustività nell'ampia letteratura) a M. CARTABIA - J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000;

stato pressoché "guidato" dalle regole contabili che l'Italia si è impegnata solennemente a perseguire a livello europeo ed internazionale[15], oltre che - è significativo puntualizzare - a livello costituzionale interno, con la modificazione degli articoli 81, 97, 117[16] e 119 della Costituzione, in forza dell'entrata in vigore della, nota, legge costituzionale del 20 aprile 2012, n. 1[17].

S. PANUNZIO - P. SCISO (*a cura di*), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, Milano, 2003; A. TIZZANO (*a cura di*), *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Torino, 2008; F. CAPRIGLIONE, *Mercato regole democrazia. L'UEM tra euroscetticismo e identità nazionali*, Torino, 2012; G. MARAZZITA (*a cura di*), *Il processo di integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, 2012; S. M. CARBONE (*a cura di*), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso* nuo*ve regole*, Napoli, 2013; E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2018; A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2018.

[14] Per una lucida ed aggiornata analisi tecnica della complessa materia di contabilità delle pubbliche amministrazioni, M. FRATINI, *Compendio di Contabilità Pubblica*, Roma, 2017; si confronti, in particolar modo, l'approfondimento in tema di organismo di diritto pubblico, pp. 6-9.

[15] Non è affatto casuale la distinzione tra impegni europei ed impegni internazionali: giova - infatti - sottolineare, solo per un esempio, come il "Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione europea" - firmato il 2 marzo 2012 e la cui parte fondamentale è rinvenibile nel "patto di bilancio" (comunemente noto come *Fiscal Compact*) - costituisca un vero e proprio trattato internazionale stipulato (ben) al di fuori dei Trattati su cui è istituita l'Unione europea.
Più diffusamente si confrontino - sulle tematiche sottese alle relazioni intercorrenti tra le regole contabili di matrice europea ed i bilanci della pubblica amministrazione italiana - G. VEGAS, *Il bilancio pubblico*, Bologna, 2014; M. FRATINI, *Compendio di Contabilità Pubblica*, Roma, 2017; M. V. LUPÒ AVAGLIANO, *Il bilancio dello Stato tra ordinamento nazionale e vincoli europei*, Torino, 2017.

[16] Preziosa e significativa appare la ricostruzione giurisprudenziale sulle materie di legislazione esclusiva dello Stato di cui all'art. 117, c. 2, lett. e, Cost., sviluppato nel contributo di A. SANDULLI, *La concorrenza nei servizi pubblici e negli appalti: tra sentenze della Corte costituzionale*. *Report annuale 2011*. Italia, in *IUS PUBLICUM NETWORK REVIEW,* aprile, 2011.

[17] *Ex multis*, A. GIOVANNELLI, *Vincoli europei e decisione di bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2013, pp. 933-972; A. ARENA, *Vincoli di bilancio e (contro)limiti costituzionali nella prospettiva del diritto internazionale dei trattati*, in *Rassegna di Diritto Pubblico europeo*, n. 1/2014, pp. 139-158; C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Milano, 2014; A. MORRONE (*a cura di*), *La Costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, Torino, 2015; C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario,* Milano, 2015; M. DE BELLIS, *Vincoli europei ed equilibrio di bilancio: scritti recenti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2/2016, pp. 274-276; A. ANTONELLI, *L'introduzione del "pareggio" di bilancio nella Costituzione: nuove prospettive per la governance della finanza pubblica*, in *Federalismi.it*, n. 26/2016; G. LO CONTE, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale,* Torino, 2016; M. BELLETTI, *Corte costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai*

Quanto fin qui premesso fa da *pendant* per introdurre il peculiare ruolo di una figura 'relativamente' nuova per l'organizzazione amministrativa italiana: qual è oggi l'organismo di diritto pubblico.

Soprattutto affinché poter meglio comprendere la ricostruzione argomentativa che ha condotto il TAR Lazio - con la sentenza del 13 aprile 2018, n. 4100 - a sottoporre la FIGC al regime contemplato dal vigente D.lgs. 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) che, come noto, è stato proprio posto in essere a recepimento - pressoché fedele - del contenuto delle direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del 26 febbraio 2014[18], a loro volta confermative di quanto già precedentemente statuito con l'assetto normativo europeo disposto con le direttive n. 17 e 18 del 2004[19].

3. Sull'*organismo di diritto pubblico*

L'obiettivo di un mercato unico - unitamente, da un lato, al divieto per gli Stati membri di apprestare aiuti finanziari per le imprese operanti sul mercato e, dall'altro lato, alla fondamentale garanzia del 'valore' della concorrenza tra gli operatori economici produttori di beni e servizi - è stato l'*input* decisivo affinché - salva l'imprescindibile distinzione tra funzione amministrativa e servizio[20] - si innescasse un processo in cui si

tempi dell'equilibrio di bilancio, Torino, 2016; F. ZAMMARTINO, *La tutela dei diritti sociali nei più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa tra vincoli di bilancio e principio di libera concorrenza*, in *GiustAmm.it*, n. 11/2017, pp. 1-28; G. LUCHENA, *Le clausole di salvaguardia nella finanza pubblica (equilibrio della legge di bilancio, vincoli europei, spesa pubblica)*, Bari, 2017.

[18] Sul punto si rimanda *ex plurimis* a quanto ricostruito in C. FRANCHINI - F. SCIAUDONE (*a cura di*), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015.

[19] Sul punto si rinvia a R. GAROFOLI - M. A. SANDULLI (*a cura di*), *Il nuovo diritto degli Appalti Pubblici nella direttiva 2004/18/Ce e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005.

[20] Illuminante sul punto, S. CASSESE (*a cura di*), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 2012, pp. 25-27. In modo particolare appare utile puntualizzare come nel diritto amministrativo europeo la distinzione tra funzione e servizio sia fondamentale proprio per circoscrivere esattamente l'ambito applicativo della deroga disposta nei confronti della libera circolazione dei lavoratori, contemplata - con riguardo alle funzioni attinenti all'esercizio dei pubblici poteri e alla tutela degli

è realizzata:« *l'evoluzione del diritto pubblico dell'economia che* [...] *ha visto una ritrazione dello Stato dall'intervento diretto nell'attività di impresa ed un connesso utilizzo di strumenti privatistici nell'erogazione dei servizi pubblici,* [il che] *ha imposto la necessità di un nuovo inquadramento giuridico dei soggetti di diritto sorti per effetto del fenomeno delle privatizzazioni.*

Questa trasformazione epocale dell'assetto proprietario e gestionale dell'esercizio dell'impresa pubblica ha reso necessaria una riconsiderazione delle categorie concettuali di riferimento»[21].

In termini di organizzazione delle amministrazioni pubbliche, la nozione di 'amministrazione italiana' - la cui definizione sfugge, di per sé, ad una ontologica concezione unitaria[22] - è stata, infatti, sempre più influenzata dall'utilizzo degli strumenti privatistici.

Il che vuoi per l'esigenza - maturata anche alla luce delle pregresse esperienze negative - di esercitare attività imprenditoriali in modo efficiente ed efficace, vuoi perché con l'utilizzo di strumenti privatistici - in luogo, cioè, dell'esercizio dei 'classici' poteri autoritativi - si sarebbe voluto favorire il migliore adeguamento possibile dell'organizzazione amministrativa italiana ai principi dell'ordinamento dell'Unione europea: che, a rigore, non ammette che norme nazionali possano conferire posizioni di privilegio (o di vantaggio) alle amministrazioni esercenti delle attività concorrenziali.

Sennonché la selvaggia privatizzazione, da un lato, e la stessa ibridazione dei modelli di organizzazione amministrativa, dall'altro lato, hanno condotto, ad un certo punto, ad una 'nuova' situazione di incertezza: se non altro per il semplice fatto che non sempre risultava

interessi generali dello Stato o di enti pubblici - all'art. 45 T.F.U.E. Analogamente è sottratto alle norme europee di tutela della concorrenza - *ex art.* 101 ss. T.F.U.E. - l'esercizio di funzioni concernenti prerogative tipiche dei pubblici poteri; su quest'ultimo punto è emblematico il celebre caso Eurocontrol, Corte giust. UE 19 gennaio 1994, C-364.

[21] C. DEODATO, *Le società pubbliche. Il regime dei contratti*, in *www.giustamm.it.*

[22] S. CASSESE (*a cura di*), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 2012, p. 3.

sufficientemente chiaro quale dovesse essere il regime da applicare a determinati operatori del mercato.

Sotto questo profilo, l'organismo di diritto pubblico costituisce la più interessante risposta al fenomeno degli "smembramenti amministrativi"[23].

Al dilagare di apparati amministrativi di natura ibrida ed incerta, non riconducibili ai tradizionali schemi dell'organizzazione amministrativa italiana, la giurisprudenza europea ha infatti rinvenuto nell'organismo di diritto pubblico[24] la figura risolutiva affinché evitare che i principi europei e le regole dell'evidenza pubblica fossero, in quale modo, eluse.

[23] B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, p. 1 ss.

[24] Per un approfondimento inerente ai caratteri dell'organismo di diritto pubblico - nonché per un'attenta ricostruzione sulla relativa 'evoluzione' negli arresti della prima giurisprudenza comunitaria - appare prezioso confrontare, *ex multis*, quanto sviluppato in R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *Il Foro italiano*, n. 4/1998, pp. 133-154; B. MAMELI, *La S.p.A. a prevalente capitale pubblico e la categoria comunitaria dell'organismo di diritto pubblico: la Corte di giustizia risolve i dubbi interpretativi*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2/1999, pp. 394-402; E. SCOTTI, *I nuovi confini dell''organismo di diritto pubblico' alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Il Foro italiano*, n. 4/1999, pp. 140-146; V. CAPUTI IAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2000, pp. 13-39; A. SANDULLI, *La giurisdizione sugli atti dell'organismo di diritto pubblico*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 12/2000, pp. 1195-1200; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico comunitario*, n. 3-4/2000, pp. 839-846; D. MARAMMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di 'organismo di diritto pubblico'*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3-4/2000, pp. 585-615; M. P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; G. PASQUINI, *La nozione di organismo di diritto pubblico: 'marée montate'*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 9/2001, pp. 912-918; A. DI GIOVANNI, *La Corte di Giustizia e i criteri necessari per la qualificazione dell'organismo di diritto pubblico: un passo avanti?*, in *Corriere giuridico*, n. 2/2002, pp. 193-204; L. R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, in *Il Foro amministrativo - C.d.S.*, n. 9/2003, pp. 2498-2509; C. GUCCIONE, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 10/2003, pp. 1027-1036; L. R. PERFETTI - A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa. Variazioni su Corte di Giustizia delle Comunità europee, sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2004, pp. 135-179; M. P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, *Servizi Pubblici e Appalti*, n. 4/2004, pp. 67-76; F. CINTIOLI, *'Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale': il bisogno o l'attività? (brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, n. 4/2004, pp. 79-89; G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la*

È stato così che - con l'accantonamento dei criteri di stampo squisitamente formale e soggettivistico - si è pervenuti a coniare una figura di "amministrazione aggiudicatrice"[25] fondata su parametri di tipo 'oggettivo', in cui, vale a dire, l'analisi delle attività sostanzialmente esercitate sul mercato concorrenziale è stata progressivamente effettuata sulla base di un paradigma funzionale[26] che avesse riguardo, essenzialmente, a tre pregnanti profili: a) la soggettiva natura giuridica; b) le finalità di interesse generale perseguite dall'ente; c) l'esistenza di

necessità di un distinguo, in *Servizi Pubblici e Appalti*, n. 4/2004, pp. 91-96; R. DE NICTOLIS, *L'organismo di diritto pubblico. Profili relativi alla giurisdizione*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, n. 4/2004, pp. 97-121; F. BRUNETTI, *La c.d. 'teoria della contaminazione' dell'attività commerciale o industriale svolta dall'organismo di diritto pubblico*, in *Rivista Amministrativa degli Appalti*, n. 3/2005, pp. 231-247; R. DIPACE, *L'organismo di diritto pubblico ed i contratti atipici*, in *Giustizia Amministrativa*, n. 1/2006, pp. 53-58; G. LA ROSA, *L'Organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2007, pp. 293-318; M. G. ROVERSI MONACO, *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 2/2007, pp. 387-419; M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contratto e impresa*, n. 6/2008, pp. 1201-1227.

[25] Il presupposto del conseguimento del sospirato recupero di una nozione unitaria della pubblica amministrazione - che, indirettamente, contribuisse anche a delineare nella maniera più certa possibile i contorni della stessa figura delle 'amministrazioni aggiudicatrici' - ha costituito la più inconscia risposta data dalla dottrina e dalla giurisprudenza per arginare il dilagante fenomeno degli 'smembramenti amministrativi', nonché il processo di strisciante 'disgregazione' dei classici modelli organizzativi dell'amministrazione italiana; sul punto appare emblematica l'autorevole interpretazione suggerita da chi ha definito: « *un intento "risorgimentale" quello che anima l'autorevole e raffinata dottrina che attribuisce alla figura dell'organismo di diritto pubblico la somma funzione di nuovo paradigma della soggettività pubblica in grado, mediante l'applicazione di noti indici sintomatici, di discriminare il pubblico dal privato e di scorgere la "vera natura" dei soggetti [...]»,* F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentirei interrotti*, Bologna, 2012, p. 52.

[26] Si confrontino, *ex plurimis*, M. P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, *Servizi Pubblici e Appalti*, n. 4/2004, pp. 67-76; V. PEDACI, *Considerazioni sull'organismo di diritto pubblico nel processo di sostanzializzazione della funzione amministrativa*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica italiana*, n. 2-3/2005, pp. 261-269; V. PEDACI, *Sostanzializzazione della funzione amministrativa e organismo di diritto pubblico*, in *L'Amministrazione italiana*, n. 2/2006, pp. 161-169; S. SIMONE, *Cassa depositi e prestiti: organismo di diritto pubblico?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2/2008, pp. 155-169; S. VINTI, *Note critiche in merito all'elevazione dell'organismo di diritto pubblico ad archetipo della personalità giuridica 'a regime amministrativo'*, in GiustAamm.it, n. 10/2013, pp. 1-8.

forme di finanziamento o di controllo sull'ente da parte dei pubblici poteri.

In verità - già in forza dei due noti *leading cases* del 1998[27] - la Corte di Giustizia Europea (a poco tempo di distanza dall'emanazione delle direttive appalti degli anni '90) ha contribuito in maniera assai decisiva allo sviluppo di una interpretazione oggettivamente estensiva[28] della nozione di organismo di diritto pubblico[29].

Laddove i "bisogni di carattere generale" - geneticamente propri del requisito "teleologico" dell'organismo di diritto pubblico - sono stati via via interpretati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia alla stregua di uno schema estremamente dilatato, all'interno del quale poteva pure rinvenirsi la sotto-categoria dei "bisogni di carattere non industriale o commerciale": la cui esistenza, per altro, non avrebbe in alcun modo precluso la riconducibilità alla natura di organismo di diritto pubblico, nemmeno qualora (si badi) l'attività finalizzata al soddisfacimento di "bisogni di carattere non industriale o commerciale" avesse rivestito una posizione non prevalente - quand'anche addirittura del tutto minoritaria - sull'attività esercitata dall'ente (per effetto della, nota, "teoria del contagio").

A codesta interpretazione 'estensiva', poi, è stato anche significativamente precisato - sempre sulla scorta di quanto autorevolmente interpretato dalla Corte di Giustizia (ed è qui, fra l'altro, il vero punto dirimente che fa da collante con i principi fondativi del diritto unionale) - che l'esistenza stessa di una effettiva concorrenza fra imprese private operanti sul mercato, da un lato, ed enti finanziati, o controllati, dallo Stato per il perseguimento di attività di interesse generale, dall'altro lato, non avrebbe, in alcun modo, escluso, affatto, la

[27] Corte giust. UE 15 gennaio 1998, Mannesmann, C-44/96; Corte giust. UE 10 novembre 1998, BFI Holding, C-360/96.

[28] Più diffusamente, sul punto, si veda M. P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000.

[29] Sul punto è preziosa la ricostruzione presente in M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Federalismi.it*, n. 16/2008.

natura di questi ultimi come organismi di diritto pubblico, ma anzi - ed al contrario - ne avrebbe avvalorato la relativa, e dovuta, configurabilità, stante la necessaria garanzia del valore fondamentale della concorrenza, nonché della stessa inammissibilità per il diritto europeo di (distorsivi) "interventi" statali sul mercato.

In questi termini:« […] *la nozione di o.d.p. si dilatava notevolmente, fino a comprendere qualsiasi società in mano pubblica che avesse tra i propri compiti, anche a titolo non esclusivo, quello di produrre servizi di interesse economico generale*»[30].

Fatta salva, dunque, l'eccezione per il celebre caso che ha coinvolto la Fiera di Milano[31] (in cui, ad onor del vero, la Corte di Giustizia è sembrata imprimere una decisa correzione in senso restrittivo al suo primo orientamento) il *trend* della giurisprudenza europea - negli anni immediatamente successivi[32] ai primi *leading cases* - non ha fatto che confermare, e senza alcuna soluzione di continuità, il 'paradigma funzionale' (interpretato alla stregua di uno schema di tipo oggettivo, estremamente dilatato) della figura dell'organismo di diritto pubblico.

Emblematiche, sul punto, le due successive e cruciali pronunce *Truley*[33] e *Fernwärme Wien*[34].

[30] M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Federalismi.it,* n. 16/2008, p. 8.

[31] Corte giust. UE 10 maggio 2001, Agorà c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano, C-223/99. In questo caso, precisamente, la Corte Europea - sebbene avesse tenuto a puntualizzare che l'Ente Fiera avesse esercitato fino a quel momento attività connotata dall'assenza di uno scopo di lucro (e in effetti solo successivamente l'Ente sarà trasformato in una s.p.a.) - focalizzò la propria analisi sul fatto che l'Ente fosse stato, comunque, un operatore di mercato secondo criteri di economicità tali da sopportare direttamente il rischio economico dell'attività: il che portava ad escludere, di per sé, qualsiasi forma di finanziamento o controllo da parte dei pubblici poteri. In dottrina, *ex multis*, si confrontino B. MAMELI, *L'ente Fiera di Milano estromesso dall'organismo di diritto pubblico*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 7/2000, pp. 721-727; B. MAMELI, *La Corte di Giustizia conferma l'estraneità dell'Ente Fiera dalla nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 9/2001, pp. 981-986.

[32] Corte giust. UE 3 ottobre 2000, University of Cambridge, C-380/98; Corte giust. UE 12 dicembre 2002, Universale - Bau Ag, C- 470/99.

[33] Corte giust. UE 27 febbraio 2003, Adolf Truley GmbH v. Bestattung Wien Gmbh, C-373/00.

[34] Corte giust. UE 10 aprile 2008, Fernwärme Wien, C-393/06. In questo caso, in particolar modo, la Corte si premurò di ribadire sostanzialmente la propria

Con la sentenza *Truley*, specialmente, il Giudice europeo tenne significativamente a puntualizzare - e per la prima volta in maniera assolutamente esplicita - quale fosse la *ratio iuris* sottesa alla figura dell'organismo di diritto pubblico.

Una *ratio* consistente nella funzione di strumentalità rispetto all'obiettivo della liberalizzazione dei mercati e della loro stessa trasparenza, in ragione di cui si è spinto, coerentemente, la nozione di organismo di diritto pubblico verso una lettura che potesse "*essere estensivamente intesa*"[35], anche a fronte delle stringenti motivazioni di certezza del diritto europeo, nonché delle naturali esigenze di uniformità di regime tra gli Stati membri.

Il che, per altro, ha incentivato la Corte di Giustizia a rimarcare in maniera meticolosa e pleonastica - *ad abundantiam* - che la nozione dei "bisogni non industriali o commerciali" non potesse mai, ed in alcun modo, essere modificata od interpretata secondo la 'discrezionalità' del legislatore nazionale.

Posto che, senza dubbi, la nozione dei "bisogni non industriali o commerciali" corrispondeva (e corrisponde) ad una fattispecie rientrante sotto la competenza *ratione materiae* del diritto europeo.

Sicché appare alquanto evidente - in altri termini - la *ratio* che ha condotto la prima giurisprudenza europea[36] a delineare la genesi della

pregressa e consolidata giurisprudenza, ribadendo che, oltre che per esigenze di certezza del diritto legate all'uniformità di regime delle regole di evidenza pubblica, la qualificazione come organismo di diritto pubblico considerasse l'insieme delle attività svolte dall'ente, ben potendo rientrare sotto tale figura anche un ipotetico soggetto che svolgesse attività miste, ovvero in parte di interesse generale e in parte no.

[35] Corte giust. UE 27 febbraio 2003, Adolf Truley GmbH v. Bestattung Wien Gmbh, C-373/00, § 40.

[36] Non si può far a meno di approfondire il primo, e celebre, *leading case*, di cui alla pronuncia della Corte giust. UE 15 gennaio 1998, Mannesmann, C-44/96, in Racc., 1998, I-00073. In quell'occasione, più esattamente, la Corte - impegnata in un delicato caso inerente all'attività della tipografia di Stato austriaca - non esitò nel porre a base della propria decisione il valore preminente della 'certezza del diritto europeo': coniando un paradigma funzionale che facesse dipendere la qualifica di 'organismo di diritto pubblico' unicamente dal possesso di requisiti di carattere oggettivo, tra cui spiccava, in specie, (oltre, chiaramente, al possesso dei concorrenti requisiti della personalità giuridica e della sottoposizione all'influenza

figura dell'organismo di diritto pubblico: rinvenibile, come per altro sostenuto dalla dottrina autorevole[37], non tanto nella volontà di ampliare le maglie dell'organizzazione dei soggetti pubblici, quanto, piuttosto, nel proposito di circoscrivere e rendere il più certo possibile l'ambito di applicazione della disciplina delle procedure di evidenza pubblica, con, allo sfondo, l'irrinunciabile garanzia di un'uniformità di regime tra gli Stati membri dell'Unione.

In tal senso l'opera giurisprudenziale della Corte di Giustizia Europea può dirsi - senza timore di smentite - che sia stata, assolutamente, dirimente per la disciplina normativa europea (di "recepimento") della figura dell'organismo di diritto pubblico tra le Amministrazioni aggiudicatrici nell'alveo delle procedure ad evidenza pubblica.

Dal che, in forza delle preziose soluzioni pretorie suggerite dagli interventi della giurisprudenza europea, la disciplina degli "organismi di diritto pubblico" ha, quindi, oggettivamente trovato la propria naturale *sedes materiae* dapprima nelle direttive n. 17 e 18 del 2004[38] (recepite sul piano nazionale con il D.lgs. 2006, n. 163) e successivamente nelle, più recenti, direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del 26 febbraio 2014, il cui contenuto è stato pressoché fedelmente riprodotto al vigente articolo 3 del D.lgs. 2016, n. 50.

dei pubblici poteri) il soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi un carattere non industriale o commerciale, che - tra le fortissime critiche della dottrina - veniva assunto come requisito oggettivo di riferimento indipendentemente dalla predominanza, o meno, di tale attività sulle altre eventualmente svolte dall'organismo di diritto pubblico, con il sicuro pregio di estendere al massimo il regime della disciplina europea sulle regole di evidenza pubblica ma, anche, con l'indubbio pericoloso risvolto - fatto ben presente dalla dottrina più attenta - di ricadere in un nuovo soggettivismo legato alla verifica 'caso per caso' dello *status* giuridico di organismo di diritto pubblico; si vedano, *ex multis*, R. GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico: allineamento tra Giudice comunitario e nazionale*, in www.altalex.com; M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in *Federalismi.it*.

[37] M. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000, p. 8.

[38] Appare prezioso il rinvio a quanto ricostruito in R. GAROFOLI - M. A. SANDULLI (*a cura di*), *Il nuovo diritto degli Appalti Pubblici nella direttiva 2004/18/Ce e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005.

Sul piano interno giova evidenziare, per altro, come la giurisprudenza domestica si sia, da anni, allineata con l'interpretazione tipicamente estensiva (suggerita dalla Corte di Giustizia) dell'organismo di diritto pubblico: invero - già prima dell'entrata in vigore del previgente Codice dei contratti pubblici - la giurisprudenza amministrativa nazionale non ha rinvenuto particolari difficoltà nel ricondurre la natura di organismo di diritto pubblico ad enti soggettivamente connotati dalla forma privatistica[39]; posto che la mera forma non può, di per sé, essere idonea ad escludere la sostanziale ed oggettiva natura pubblicistica di un ente[40]. Ciò posto e ferma la sterminata giurisprudenza nazionale (all'interno della quale appare comunque sempre assai significativo evidenziare i più recenti e sintomatici esempi) è utile (se non prezioso) ricordare, qui, le ultime pronunce che hanno riconosciuto la natura di organismo di diritto pubblico tanto alle attività delle fondazioni di natura privata[41], quanto - non di meno - ai fondi paritetici interprofessionali[42], fino a giungere alla stessa, e controversa, società Expo 2015[43] (senza, oltre tutto, mai

[39] Cons. St., sent., sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498. Per un autorevole commento, S. CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale:il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 12/1995, pp. 1134-1140

[40] *Ex multis*, F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa: cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; F. COCOZZA, *Diritto Pubblico applicato all'economia*, Torino, 2003; S. DEL GATTO, *Natura privata e 'sostanza pubblica'. Il Consiglio di Stato torna a pubblicizzare un ente privatizzato ope legis*, in *Il Foro Amministrativo - C.d.S.*, n. 2/2006, pp. 579-593; B. MARCHETTI (*a cura di*), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2013; M. COZZIO, *Appalti e Concessioni*, in G. A. BENACCHIO - F. CASUCCI (*a cura di*), *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Torino, 2017, pp. 45-65.

[41] Cons. St., sent., sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2843; Cons. St., sent., sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5617; Cass., sent., Sez. Un., 20 marzo 2020, n. 7645. Per un ricco approfondimento sul tema appare utile il rinvio a S. DE GÖTZEN, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011. Più di recente si rimanda, altresì, a T. MAIELLO, *La giurisdizione della Corte dei conti sulla fondazione ENPAM (Commento alla sentenza Sezioni Unite n. 7645 del 20 marzo 2020)*, in *Diritto & Conti - Bilancio Comunità Persona*, reperibile sul sito dirittoeconti.it.

[42] Per commenti in dottrina sul punto si rimanda a E. BOTTA, *Assoggettabilità al Codice dei contratti pubblici dei Fondi paritetici interprofessionali e nozione estensiva di organismo di diritto pubblico e di personalità giuridica*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, n. 2/2017, pp. 43-52.

[43] Cons. St., sent., sez. IV, 4 febbraio 2014, n. 552.

trascurare la più recente riferibilità della nozione di organismo di diritto pubblico anche alle stesse società concessionarie autostradali[44]).

4. *La FIGC alla luce della sentenza del TAR Lazio del 13 aprile 2018, n. 4100*

In un recente contenzioso amministrativo, introdotto con ricorso volto ad ottenere l'annullamento degli atti di una procedura avviata dalla FIGC per l'affidamento di servizi di trasporto e facchinaggio, il TAR Lazio - con sentenza del 13 aprile 2018, n. 4100 - ha dichiarato infondata l'eccezione per difetto di giurisdizione sollevata dalla, resistente, Federazione sportiva italiana giuoco calcio.

Segnatamente la resistente FIGC sollevava il difetto di giurisdizione nei confronti della domanda con cui la ricorrente società chiedeva, invece, al Giudice Amministrativo che la FIGC venisse sottoposta, in via generale, ai principi delle procedure ad evidenza pubblica e, in particolare, al regime contemplato dal Codice degli Appalti.

Sul punto ha assunto un rilievo pregnante proprio la questione inerente alla qualificabilità della FIGC come organismo di diritto pubblico, dirimente al fine di individuare l'esatto ambito di applicazione delle regole di evidenza pubblica.

In particolare - con l'esplicito richiamo all'articolo 3, comma 1, lettera a) del D.lgs. 2016, n. 50 - è stato puntualizzato che nel novero delle "amministrazioni aggiudicatrici" rientrino (oltre alle amministrazioni dello Stato, agli enti pubblici territoriali ed agli enti pubblici non economici) anche gli organismi di diritto pubblico, individuabili - secondo quanto prescritto alla lettera d) del summenzionato comma primo dell'articolo 3 contemplato dal D.lgs. 2016, n. 50 - come enti: 1) istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non

[44] In dottrina si veda F. CALIANDRO, *L'evoluzione della nozione di organismo di diritto pubblico e la sua riferibilità alle società concessionarie autostradali*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, n. 2/2017, pp. 21-42.

industriale o commerciale; 2) dotati di personalità giuridica; 3) le cui attività siano controllate o finanziate, in modo maggioritario, dallo Stato, enti pubblici territoriali ed economici ovvero altri organismi di diritto pubblico; oppure ancora i cui organi di amministrazione, direzione o vigilanza siano costituiti da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, enti pubblici territoriali ed economici o altri organismi di diritto pubblico.

Ciò posto, il TAR - risalendo dalla disciplina sulle Federazioni sportive contemplata dal D.lgs. 242/1999 e con puntuali argomentazioni (assolutamente condivisibili) - ha evidenziato i tratti distintivi delle federazioni sportive nazionali, giungendo fino a ricostruirne la natura di associazioni con personalità giuridica di diritto privato, perseguenti, sì, finalità prive di un carattere di lucro, sebbene contraddistinte da un (indubbio) rilievo "pubblicistico" connotante, per esempio, le oggettive funzioni amministrative esercitate in punto di ammissione ed affiliazione di società, associazioni sportive e tesserati - ovverosia, *mutatis mutandis*, in materia di connessa revoca e modificazione dei relativi provvedimenti - nonché in relazione agli stessi compiti di (peculiare) "controllo" in merito al regolare svolgimento delle competizioni e dei campionati sportivi, senza trascurare, fra l'altro, la delicata attività di 'gestione' delle 'concessioni' dei contributi pubblici.

Nelle Federazioni sportive, in sostanza, è indubbio che la connotazione privatistica della forma associativa conviva con la stessa valenza pubblicistica delle attività esercitate per legge[45].

[45] *Ex multis* si confrontino, in dottrina, L. TRIVELLATO, *Considerazioni sulla natura giuridica delle federazioni sportive*, in *Diritto e società*, n. 1/1991, pp. 141-167; P. PIZZA, *L'attività delle federazioni sportive tra diritto pubblico e diritto privato*, in Il *Foro Amministrativo - C.d.S.*, n. 12/2002, pp. 3255-3264; V. LANDI, *Federazioni sportive nazionali e procedure di evidenza pubblica*, in *Responsabilità, comunicazione e impresa*, n. 1/2003, pp. 125-149; A. AVERARDI, *Tra Stato e società: le federazioni sportive nel perimetro mobile delle amministrazioni pubbliche*, in *Rivista di Diritto sportivo*, n. 1/2016, pp. 39-55; G. PEPE, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica delle Federazioni sportive nazionali*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 4/2016, pp. 264-273. Con particolare riferimento alla FIGC appare utile rinviare ad E. LUBRANO, *Il TAR Lazio segna la fine del vincolo di giustizia. La FIGC si adegua*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, n. 2/2005, pp. 21-37; M.

Del resto l'esistenza stessa di una Federazione sportiva è costituzionalmente collegata alla garanzia di un diritto inviolabile dell'uomo, qual è il diritto alla salute, solennemente riconosciuto *ex articolo* 32 della Carta costituzionale[46].

Un diritto pragmaticamente tutelato anche attraverso la promozione civica e sociale della pratica sportiva da parte del cittadino (sia come singolo che soprattutto nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità), unitamente ad ogni sua connessa forma organizzativa, rispetto a cui l'esercizio dei pubblici poteri e, più in generale, l'influenza della sfera pubblica non potrebbero (e non devono) mai essere totalmente estromesse dal campo dell'autonomia privata (singola ed associata che sia) dei cittadini, se non altro per evitare, cioè, di correre il non improbabile rischio di collassi per l'effettivo svolgimento delle attività di (oggettivo) 'interesse generale' (*ex artt*. 2, 32 e 118 della Costituzione repubblicana) per la collettività[47].

GRASSANI, *Il nuovo statuto FIGC tra passato e futuro*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, n. 1/2007, pp. 11-25.
Più di recente, in termini dubitativi, E. LUBRANO, *La sottoposizione dell'attività delle federazioni sportive al Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), tra certezze (apparenti) e perplessità (consistenti) ancora da definire*, in *GiustAmm.it*, n. 3/2018, pp. 1-45; S. BASTIANON, *L'incerta natura delle federazioni sportive nazionali: associazioni di diritto privato o organismi di diritto pubblico? Alla Corte di Giustizia l'ardua sentenza*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, n. 1/2019, pp. 149-157.

[46] In dottrina, sulle relazioni tra il diritto alla salute e, in generale, lo sport si confrontino P. SANDULLI, *Costituzione e sport*, in www.coni.it, p. 1 ss.; P. RAIMONDO, *La tutela della salute nelle attività sportive,* in *Sanità pubblica*, n. 10/2002, pp. 1183-1214; F. BLANDO, *Evoluzione e prospettive del rapporto tra Stato, Regioni e Coni in materia di sport,* in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2009, p. 75 ss.; P. D'ONOFRIO, *Il rapporto tra ordinamento statale ed ordinamento sportivo nell'attuale contesto costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 12/2019, p. 2 ss.

[47] La letteratura sul principio di 'sussidiarietà orizzontale' è davvero copiosa, tale da non poter essere richiamata qui con delle pretese di esaustività; ciò posto sia considerato sufficiente il rinvio, *ex multis*, alle ricostruzioni presenti in A. RINELLA - L. COEN - R. SCARCIGLIA, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999; P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralista*, in A. CERVATI - S. P. PANUNZIO - P. RIDOLA (*a cura di*), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001, p. 221 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2001, pp. 13-34; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2002, pp. 51-84; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; P. DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004; E. DE MARCO (*a cura di*), *Problemi*

Del resto è da puntualizzarsi come in forza dello Statuto del CONI - ed esattamente ai sensi di quanto espressamente disposto dal suo articolo 20, comma 4 - le federazioni sportive siano sempre tenute, comunque, a svolgere le proprie attività associative in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi posti in essere dal CIO e dal CONI, e che, soprattutto, nel sistema delle fonti dell'ordinamento sportivo le federazioni nazionali - sebbene dotate di un'autonomia tecnica, organizzativa e di gestione - sono sempre sottoposte alla (pregnante) "vigilanza" del Comitato Olimpico Nazionale Italiano.

In particolar modo, il TAR Lazio non ha potuto far a meno di osservare come - oltre ai già rilevanti compiti di vigilanza - il CONI eserciti, fra l'altro, anche dei significativi poteri di controllo sulle federazioni sportive.

Il che a cominciare dalla (pregnante) verifica dei requisiti per il riconoscimento della personalità giuridica delle federazioni, passando per l'approvazione annuale dei bilanci adottati dalle federazioni stesse, sino alla, significativa, approvazione degli Statuti di cui ogni singola Federazione sportiva si dota.

Per queste ragioni il Giudice Amministrativo ha riconosciuto che - ferma restando l'autonomia attribuita dalla legge e dallo Statuto del CONI - non può, assolutamente, disconoscersi che il 'controllo' esercitato dal Comitato Olimpico sulla FIGC si concretizzi:« *nella titolarità di poteri*

attuali della "sussidiarietà", Milano, 2005; G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009; S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2011, pp. 593-612; M. MELCHIONNI, *Il principio di sussidiarietà nella prospettiva storica, dalla tradizione di pensiero cattolica al Trattato di Maastricht*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, n. 2/2013, pp. 167-177; A. SPADARO, *I «due» volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Politica del Diritto*, n. 3/2014, pp. 403-444; L. AZZENA, *Vecchi e nuovi paradigmi per le politiche pubbliche in tempo di crisi: la doppia faccia della sussidiarietà orizzontale*, in *Munus*, n. 2/2015, pp. 419-437; C. DEODATO, *La sussidiarietà come criterio di organizzazione di una società libera e orientata al bene comune*, in *L'Arco di Giano*, n. 90/2016; F. TRIMARCHI BANFI, *La sussidiarietà orizzontale*, in *Amministrare*, n. 2/2018, pp. 211-218; J. LUTHER, *La sussidiarietà come principio sussidiario del diritto pubblico*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 3/2019, pp. 1-12; F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2020, pp. 3-33.

salienti nella vita e nell'attività [...] *della FIGC, a cominciare dal riconoscimento* [...] *per continuare con l'approvazione dello statuto e del bilancio* [...] *fino alla verifica complessiva in ordine allo svolgimento dell'attività di promozione sportiva in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi del CIO e del CONI. Il complesso di tali poteri deve ritenersi integrante il contenuto della nozione comunitaria di controllo, recepita dal legislatore nazionale nel disciplinare la figura dell'organismo di diritto pubblico*»[48].

In sostanza il TAR Lazio, con la sentenza n. 4100/2018, ha ricostruito le peculiari caratteristiche genetiche della FIGC: quale forma associativa avente una personalità giuridica di diritto privato e perseguente rilevanti finalità di interesse generale, in rapporto alle quali vengono (significativamente) esercitate pregnanti funzioni amministrative di controllo da parte del CONI.

Sicché a ben riflettere sussistono, di conseguenza, tutti i requisiti contemplati dal Codice degli Appalti per la configurabilità come organismo di diritto pubblico e, dunque, la consequenziale estensione della qualifica di amministrazione aggiudicatrice, sottoposta al regime delle stazioni appaltanti.

In senso confermativo, peraltro, il Collegio del TAR ha richiamato, pure, una delibera dell'ANAC - n. 372 del 26 marzo 2016 - in cui l'Autorità anticorruzione è giunta, sostanzialmente, alle medesime conclusioni.

Né, all'opposto, potrebbe aver un valore contrario - ha stigmatizzato il TAR Lazio - il fatto che la FIGC non sia inserita nell'elenco delle amministrazioni pubbliche redatto dall'ISTAT.

Infatti - ancorché in forza delle regole fissate dal Sistema Europeo dei conti nazionali e regionali (SEC95) nella Federazione Italiana Giuoco Calcio sia assente il requisito del finanziamento pubblico maggioritario - tale elemento sarebbe comunque irrilevante ai fini della qualificabilità come organismo di diritto pubblico, sussistendo, in ogni caso,

[48] TAR Lazio, 13 aprile 2018, n. 4100.

l'alternativo presupposto del 'controllo' esercitato dal CONI (che è un ente pubblico non economico)[49].

Per completezza giova puntualizzare come il TAR Lazio abbia aggiunto alla summenzionata ricostruzione - mortificando le eccezioni processuali sollevate dalla resistente FIGC - che (anche a prescindere dalla stessa riconducibilità o meno della FIGC alla figura dell'organismo di diritto pubblico) una risalente e consolidata giurisprudenza amministrativa avesse, comunque, già affermato per dei casi analoghi la sussistenza della giurisdizione del Giudice Amministrativo: con la sottoposizione alle regole di evidenza pubblica dell'attività contrattuale posta in essere dalla stessa FIGC.

Il che è emerso specificamente per il caso verificatosi in merito a:« "*la licitazione privata con cui la FIGC sceglie il contraente di un contratto atipico di sponsorizzazione della squadra nazionale di calcio* [che] *non costituisce una fase della c.d. vita interna della Federazione ma rappresenta il momento in cui questa, come organo del Coni, disciplina interessi fondamentali, strettamente connessi con l'attività sportiva" (Cons. St., sez. VI, 10.10.2002, n. 5442); nel medesimo senso Cons. Stato, sez. VI, 10.9.2007, n. 4743, secondo cui "l'attività posta in essere da una federazione sportiva volta alla individuazione e scelta del contraente per un contratto avente ad oggetto l'assicurazione, a favore di tutti i tesserati, per la responsabilità civile e gli infortuni personali derivanti dallo svolgimento di un'attività sportiva, non costituisce una fase della c.d. vita interna della Federazione stessa, ma rappresenta il momento in cui questa, quale organo del C.O.N.I., provvede alla tutela*

[49] Per degli approfondimenti sulla natura giuridica del CONI, specie all'indomani del D.lgs. 23 luglio 1999, n. 242, G. NAPOLITANO, *La nuova disciplina dell'organizzazione sportiva italiana: prime considerazioni sul decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, di "riordino" del C.O.N.I.*, in *Rivista di Diritto sportivo*, n. 3/1999, pp. 617-623; G. NAPOLITANO, *La riforma del Coni e delle federazioni sportive*, in *Giornale di Diritto Amministrativo,* n. 1/2000, pp. 113-119; C. FRANCHINI, *Il riordino del Coni*, in *Giornale di Diritto Amministrativo,* n. 11/2003, pp. 1209-1214; più di recente G. PASTORI, *Il riordino del C.O.N.I. attuato con il d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242*, in L. CANTAMESSA - G. M. RICCIO - G. SCIANCALEPORE (*a cura di*), *Lineamenti di Diritto Sportivo*, Milano, 2008, pp. 89-93.

dei suoi iscritti per i rischi ai quali questi sono esposti nell'esercizio dell'attività sportiva. [...]. *In quanto finalizzata alla realizzazione di interessi fondamentali ed istituzionali dell'attività sportiva, la Federazione agisce, dunque, quale organo del C.O.N.I., ponendo in essere atti amministrativi (e non meramente privatistici), con la conseguenza che la giurisdizione sull'eventuale controversia nascente da tale situazione deve essere riconosciuta al Giudice Amministrativo"*»[50].

In sintesi - anche in forza delle preziose ricostruzioni argomentative suggerite dal TAR Lazio per inquadrare i peculiari "tratti genetici" associativi della Federazione italiana giuoco calcio - si deve riconoscere che ogni qualvolta la FIGC venga ad esercitare attività a valenza pubblicistica[51] essa non potrebbe che essere sottoposta al regime tipico delle regole, di matrice europea, dell'evidenza pubblica; contemplate, in modo puntuale, dal vigente D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016.

Il che - preme evidenziare - trova, detto in estrema sinteticità, una necessaria applicazione per via di due fondamentali, ed invero difficilmente superabili, argomentazioni di diritto.

In primis per una generale riconducibilità della natura della FIGC agli elementi strutturali della peculiare figura amministrativa dell'organismo di diritto pubblico.

In secondo luogo (nella denegata ipotesi, invero di carattere residuale, che la FIGC non fosse qualificabile come un organismo di diritto pubblico) perché in ogni caso - sulla scorta di una risalente giurisprudenza

[50] TAR Lazio, 13 aprile 2018, n. 4100.

[51] Giova, per altro, puntualizzare come il TAR Lazio abbia significativamente precisato, con la sentenza in commento, che, ai fini della qualificazione come organismo di diritto pubblico della FIGC, il soddisfacimento di bisogni d'interesse generale, che siano privi di natura commerciale o industriale, non debba necessariamente rivestire carattere esclusivo delle attività poste in essere, essendo sufficiente che una parte dell'attività della FIGC presenti tali fondamentali qualità: la Federazione potrebbe, dunque, perseguire al contempo interessi di carattere commerciale ed industriale, rimanendo in ogni caso qualificabile come organismo di diritto pubblico. Sul punto è stato pure fatto richiamo alla recente pronuncia della Corte giust. UE 5 ottobre 2017, n. 567.

amministrativa domestica[52] (verosimilmente debitrice delle 'tendenze' adottate dalla Corte di Giustizia) - qualsiasi tipo di attività non costituente una fase della così detta "vita interna" alla Federazione realizza, già di per sé, il momento in cui la FIGC - quale federazione posta sotto la "vigilanza ed il controllo" del CONI - provvede alla tutela degli interessi 'generali'[53], fondamentali ed istituzionali dell'attività sportiva calcistica nazionale.

5. *Il rinvio interpretativo del Consiglio di Stato alla Corte di Giustizia Europea*

Come era immaginabile la Federazione italiana giuoco calcio ha tempestivamente impugnato la sentenza del TAR Lazio n. 4100 del 13 aprile 2018: lamentando - in generale - il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo nonché in particolare (quale pregnante presupposto a monte del difetto di giurisdizione) la non qualificabilità giuridica come "organismo di diritto pubblico" delle Federazioni sportive e, specialmente, della FIGC.

Meno immaginabile - ad onor del vero - sarebbe stato, in effetti, che i Giudici di Palazzo Spada chiamati a decidere in appello rimettessero i propri dubbi interpretativi alla Corte di Giustizia Europea: segnatamente con ordinanza della Sezione V, del 12 febbraio 2019, n. 1007.

Ebbene da un'attenta analisi degli elementi dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale (di carattere interpretativo) alla Corte di Giustizia emerge, in particolare, come la Quinta Sezione del Consiglio di Stato abbia avuto, quasi, delle remore nel portare sino in fondo i consolidati orientamenti della giurisprudenza europea circa i requisiti strutturali propri dell'organismo di diritto pubblico.

[52] *Ex multis*, Cons. St., sent., sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442; Cons. St., sent., sez. VI, 10 settembre 2007, n. 4743.

[53] In tal senso si legga, per altro, quanto diffusamente argomentato nei contributi di F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano, 2007, p. 10 ss.; M. SANINO - F. VERDE, *Il Diritto Sportivo*, Padova, 2008, p. 102 ss.

Il che specialmente in relazione al requisito teleologico dell'organismo di diritto pubblico, oltre che - non di meno - in riferimento all'esatta portata interpretativa del requisito afferente al "controllo" cui sono sottoposti gli "organismi di diritto pubblico" (fermo restando che il requisito del "controllo" si pone - lo si è già evidenziato - come alternativo sia rispetto a quello del finanziamento maggioritario da parte dello Stato o di altri enti pubblici che rispetto al caso in cui gli organi di amministrazione, direzione e di vigilanza dell'organismo di diritto pubblico siano costituiti per più della metà da membri designati dallo Stato ovvero da altri enti pubblici).

Ora, è sicuramente vero (come autorevolmente evidenziato[54]) che - in generale - la ricorrenza, o meno, degli elementi strutturali dell'organismo di diritto pubblico debba, sempre, essere verificata caso per caso.

La qual cosa tuttavia dovrebbe, parimenti, essere costantemente accompagnata dalla lucida considerazione per cui una cosa sia il dubbio interpretativo inerente alla sussunzione di una fattispecie concreta sotto quella astratta, altra (ed assai diversa) cosa costituisca l'attività interpretativa dei singoli elementi strutturali di una fattispecie astratta la cui portata ermeneutica è (a rigore) di esclusiva competenza propria, *ratione materiae*, del Giudice europeo[55].

Nel caso di specie sembrerebbe quasi che l'ordinanza di remissione alla Corte di Giustizia (pur formalmente domandando quesiti interpretativi relativi alla qualificazione della Federazione italiana giuoco calcio come organismo di diritto pubblico) sottenda una richiesta del Consiglio di Stato di (audace) *revirement* da parte del Giudice europeo in merito, *in primis*, all'elemento teleologico dell'organismo di diritto pubblico, oltre che, in secondo luogo, in relazione al requisito della "influenza pubblica dominante".

[54] F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in www.astrid-online.it.

[55] *Ex multis*, Corte giust. UE 27 febbraio 2003, Adolf Truley GmbH v. Bestattung Wien Gmbh, C-373/00; Corte giust. UE 10 aprile 2008, Fernwärme Wien, C-393/06.

Tant'è che la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha, energicamente, evidenziato - con l'ordinanza di remissione - dei seri dubbi relativi all'effettiva sussistenza del requisito teleologico ipotizzabile per il caso della FIGC per il fatto che:« *l'impiego del concetto di istituzione specifica e il vincolo funzionale ad interessi di carattere generale rimanda ad un atto autoritativo dei pubblici poteri (legge o sentenza) che nel caso delle Federazioni sportive non sembra ravvisabile*»[56].

Eppure è assai noto che al di là dell'esercizio di un atto autoritativo dei pubblici poteri - sin dalla la sentenza *Truley*[57] - la nozione dei bisogni non industriali o commerciali (da intendersi quale sotto categoria compresa nell'alveo del soddisfacimento dell'esigenze di "interesse generale") debba andare sempre estensivamente interpretata, riconoscendo in ogni caso la qualifica giuridica di organismo di diritto pubblico anche qualora i "bisogni non industriali o commerciali" rivestano una posizione "non prevalente" - quand'anche addirittura del tutto minoritaria - sull'attività esercitata dall'ente: il che anche a prescindere, appare piuttosto ovvio, dalla circostanza che l'attività di carattere generale sia esercitata mediante l'esercizio, o meno, di atti autoritativi dei pubblici poteri.

Considerazione che rischia di rivelarsi quasi banale, se si pensa che l'esercizio di atti autoritativi è proprio uno degli indici sintomatici della natura pubblica di un ente (ed a prescindere dalla sua stessa, possibile e residuale, "qualificazione" come un "organismo diritto pubblico").

Del resto a parte i - poco convincenti - palesati dubbi legati all'assenza nelle Federazioni sportive della (formale) possibilità di un'adozione di atti autoritativi (in esercizio dei pubblici poteri)[58] la richiamata ordinanza del

[56] Cons. St., Sezione V, ordinanza 12 febbraio 2019, n. 1007 (punto d1).

[57] Corte giust. UE 27 febbraio 2003, Adolf Truley GmbH v. Bestattung Wien Gmbh, C-373/00, § 40.

[58] Basterebbe, in effetti, soltanto ricordare le - oggettive - funzioni amministrative esercitate dalla FIGC in punto di ammissione ed affiliazione di società, associazioni sportive e tesserati - ovverosia, *mutatis mutandis*, in materia di connessa revoca e modificazione dei relativi provvedimenti - nonché, oltre tutto, le funzioni esercitate in relazione agli stessi, sensibili, compiti di (peculiare e delicato) "controllo" in merito al regolare svolgimento delle competizioni e dei campionati sportivi, senza

Consiglio di Stato (manifestando, in verità, più di qualche tangibile contraddittorietà argomentativa) non evidenzia, affatto, delle particolari perplessità sull'oggettiva "valenza pubblicistica" delle attività esercitate dalla FIGC[59].

Al più sembrerebbe che l'ordinanza intenda sollevare il dubbio ermeneutico relativo all'effettiva "estensione" della, stessa, valenza pubblicistica delle attività poste in essere dalla FIGC: ricostruendone, cioè, un ambito di operatività limitato all'interno della Federazione, con, dunque, un (discutibile) esaurimento nell'alveo dei confini (domestici) della Federazione stessa.

Quanto, poi, al requisito della "influenza dominante" (essendo pacifico, anche dagli atti di causa, che la FIGC non benefici di alcun finanziamento maggioritario) l'ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia Europea solleva alcuni dubbi interpretativi afferenti alla portata del concetto di "controllo" (ed indirizzo) sulle attività di valenza pubblicistica della FIGC.

Secondo una linea dubitativa che, per il vero, sembrerebbe, quasi, non interamente considerare la piena portata dell'esercizio dei significativi poteri da parte del CONI in relazione all'approvazione annuale del bilancio presentato dalla FIGC, nonché lo spessore inerente all'esercizio dei poteri di "vigilanza" sul corretto funzionamento delle attività della Federazione (fino al punto 'massimo' del commissariamento dell'ente federale), senza trascurare, non di meno, il (penetrante) potere del CONI di approvazione dello Statuto deliberato dalla FIGC[60].

6. *Considerazioni conclusive*

Appare quasi ironico, a ben riflettere, che la recentissima dottrina abbia commentato il descritto rinvio interpretativo del Consiglio di Stato alla

trascurare, fra l'altro, la, gravida, attività di 'gestione' delle 'concessioni' dei contributi pubblici e di 'affidamento' dei contratti necessari alla vita della Federazione.

[59] Cons. St., Sezione V, ordinanza 12 febbraio 2019, n. 1007 (punto d3).

[60] Sul punto si confronti, *ex multis*, M. GRASSANI, *Il nuovo statuto FIGC tra passato e futuro*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, n. 1/2007, pp. 11-25.

Corte di Giustizia Europea stigmatizzando severamente: «*l'incerta natura delle federazioni sportive nazionali: associazioni di diritto privato o organismi di diritto pubblico? Alla Corte di Giustizia l'ardua sentenza*»[61].

D'altra parte è incontrovertibile che l'incertezza nell'uniforme applicazione dei principi europei (fra cui, in questa sede, il fondamentale valore della concorrenza nel mercato[62]) e della, connessa, disciplina sugli organismi di diritto pubblico[63] rappresenti, di per sé, un sintomo

[61] S. BASTIANON, *L'incerta natura delle federazioni sportive nazionali: associazioni di diritto privato o organismi di diritto pubblico? Alla Corte di Giustizia l'ardua sentenza*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, n. 1/2019, pp. 149-157. Sul punto si confronti altresì E. LUBRANO, *La sottoposizione dell'attività delle federazioni sportive al Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), tra certezze (apparenti) e perplessità (consistenti) ancora da definire*, in *GiustAmm.it*, n. 3/2018, pp. 1-45.

[62] «*Nell'area europea, in particolare, la continua correlazione e l'interscambio tra la regolazione pubblicistica e quella privatistica dell'economia derivano imperativamente dagli artt. 106 TFUE (già art. 86 TCE) e 345 TFUE (già art. 295 TCE), che in sostanza stabiliscono l'indifferenza della natura privata o pubblica dell'impresa rispetto al suo regime giuridico e in specie alla salvaguardia della concorrenza come valore dominante dell'ordinamento comunitario*», G. F. FERRARI, *Il diritto pubblico dell'economia: oggetto, modelli ed evoluzione storica*, in G. F. FERRARI (*a cura di*), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2019, p. 26.

[63] In dottrina, sui pregressi orientamenti ermeneutici si vedano R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *Il Foro italiano*, n. 4/1998, pp. 133-154; B. MAMELI, *La S.p.A. a prevalente capitale pubblico e la categoria comunitaria dell'organismo di diritto pubblico: la Corte di giustizia risolve i dubbi interpretativi*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2/1999, pp. 394-402; E. SCOTTI, *I nuovi confini dell''organismo di diritto pubblico' alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Il Foro italiano*, n. 4/1999, pp. 140-146; V. CAPUTI IAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2000, pp. 13-39; A. SANDULLI, *La giurisdizione sugli atti dell'organismo di diritto pubblico*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 12/2000, pp. 1195-1200; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico comunitario*, n. 3-4/2000, pp. 839-846; D. MARAMMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di 'organismo di diritto pubblico'*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3-4/2000, pp. 585-615; M. P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; G. PASQUINI, *La nozione di organismo di diritto pubblico: 'marée montate'*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 9/2001, pp. 912-918; A. DI GIOVANNI, *La Corte di Giustizia e i criteri necessari per la qualificazione dell'organismo di diritto pubblico: un passo avanti?*, in *Corriere giuridico*, n. 2/2002, pp. 193-204; L. R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, in *Il Foro amministrativo - C.d.S.*, n. 9/2003, pp. 2498-2509; C. GUCCIONE, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 10/2003, pp. 1027-1036; L. R. PERFETTI - A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa. Variazioni su Corte di Giustizia delle Comunità europee, sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2004, pp. 135-179; M. P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo*

dell'oggettiva distorsione interpretativa del caso della FIGC rispetto alla *ratio* che sorregge - da sempre - la figura dell'organismo di diritto pubblico.

Come, infatti, qui evidenziato la genesi giurisprudenziale dell'organismo di diritto pubblico è storicamente legata, a filo doppio, al rispetto dell'obiettivo di liberalizzazione dei mercati e della loro stessa trasparenza: in ragione di cui la Corte di Giustizia ha spinto, coerentemente, la nozione di organismo di diritto pubblico verso una lettura che potesse "*essere estensivamente intesa*"[64], anche a fronte delle stringenti motivazioni di certezza del diritto europeo.

Tale:« *è la funzione che l'istituto* [dell'organismo di diritto pubblico] *svolge nell'ordinamento, funzione che andrà* [sempre] *ricercata in relazione alla protezione della concorrenza intracomunitaria cui preside la disciplina degli appalti*»[65].

Ponendosi tale lettura quale imprescindibile "canone ermeneutico" di carattere teleologico, e sistematico, per la corretta interpretazione degli

di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?, *Servizi Pubblici e Appalti*, n. 4/2004, pp. 67-76; F. CINTIOLI, *'Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale': il bisogno o l'attività? (brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, n. 4/2004, pp. 79-89; G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, n. 4/2004, pp. 91-96; R. DE NICTOLIS, *L'organismo di diritto pubblico. Profili relativi alla giurisdizione*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, n. 4/2004, pp. 97-121; F. BRUNETTI, *La c.d. 'teoria della contaminazione' dell'attività commerciale o industriale svolta dall'organismo di diritto pubblico*, in *Rivista Amministrativa degli Appalti*, n. 3/2005, pp. 231-247; R. DIPACE, *L'organismo di diritto pubblico ed i contratti atipici*, in *Giustizia Amministrativa*, n. 1/2006, pp. 53-58; G. LA ROSA, *L'Organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2007, pp. 293-318; M. G. ROVERSI MONACO, *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 2/2007, pp. 387-419; M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contratto e impresa*, n. 6/2008, pp. 1201-1227. Più di recente appare prezioso il rimandare a V. CERULLI IRELLI, *L'Amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa,* Torino, 2019, pp. 171-178.

[64] Corte giust. UE 27 febbraio 2003, Adolf Truley GmbH v. Bestattung Wien Gmbh, C-373/00, § 40.

[65] L. R. PERFETTI - A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa. Variazioni su Corte di Giustizia delle Comunità europee, sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2004, p. 138.

"elementi strutturali" della fattispecie astratta sottesa alla disciplina europea dell'organismo di diritto pubblico.

Il che si "impone" ai Giudici degli Stati membri anche al fine di assicurare il ricollegabile, fondamentale, valore della certezza del diritto europeo (ed interno)[66].

Dal che discende logicamente come lo strumento processuale del rinvio pregiudiziale di tipo interpretativo[67] (*ex articolo* 267 TFUE) alla Corte di Giustizia assurga ad una funzione nomofilattica per il diritto unionale: con l'obbligo da parte dei Giudici degli Stati membri di ricorrervi in caso di seri dubbi interpretativi che possano potenzialmente pregiudicare

[66] «*Alla stabilizzazione, così come al rinnovamento, degli indirizzi giurisprudenziali tutti gli operatori di giustizia sono chiamati a dare il loro fattivo, coraggioso e vigilato allo stesso tempo, concorso. La convergenza degli indirizzi stessi può essere, congiuntamente, causa ed effetto di un uso accorto del rinvio* [pregiudiziale alla Corte di Giustizia]*: alimentarsi da questo ed a questo offrire indicazioni per il suo congruo svolgimento, con un moto – come si vede – circolare che da se medesimo si rigenera e ricarica senza sosta. Tutti possono, insomma, far sì che il rinvio sia risorsa piuttosto (o anziché) problema, o, quanto meno, con maggior cautela, più l'una che l'altra cosa al piano delle relazioni interordinamentali che prendono corpo nelle esperienze giudiziali*» A. RUGGERI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? (nota minima su una questione controversa)*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 1/2012, p. 105.

[67] La letteratura sul punto è piuttosto ampia, sicché senza alcuna pretesa di esaustività si rimanda, *ex multis*, a M. GNES, *Giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/1999, pp. 331-422; R. MURGIA, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo davanti alla Corte di giustizia della C.E.*, in *Il diritto processuale amministrativo*, n. 2/2006, pp. 441-470; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, p. 313 ss.; A. RUGGERI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? (nota minima su una questione controversa)*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 1/2012, pp. 95-105; R. CONTI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte UE del giudice di ultima istanza. Ma è davvero tutto così poco «chiaro»? (Note su Cons. Stato 5 marzo 2012 n. 4584)*, in *Politica del Diritto*, n. 1/2012, pp. 83-106; G. ZAMPETTI, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 276, par. 3, Tfue e conseguenze della sua mancata osservanza (riflessioni a partire da Cons. Stato, sez. VI, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte giust., C-136/12, del 18 luglio 2013)*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2014; P. D. DOMENICUCCI, *Il meccanismo del rinvio: istruzioni per l'uso*, in *Contratto e impresa*, n. 1/2014, pp. 31-74; F. CROCI, *Nuove riflessioni sull'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo alla luce delle sentenze Ferreira da Silva e x,* in *Studi sull'integrazione europea,* n. 2/2017, pp. 427-454*;* T. PAVONE, *Il diritto dell'Unione europea e l'analisi sociologica del rinvio pregiudiziale in Italia*, in *Rivista Trimestrale degli appalti*, n. 2/2017, pp. 431-452; A. TIZZANO, *Il rinvio pregiudiziale e la prassi dei giudici italiani*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 2/2018, pp. 403-420; S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3/2018, pp. 985-1016.

l'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto europeo; anche a causa, ad esempio, di possibili orientamenti discordanti nell'alveo della stessa giurisprudenza europea.

Del resto:« *l'obbligo del rinvio è escluso, infatti, nell'ipotesi in cui sul punto controverso ricorra una giurisprudenza costante della CGUE che non consente alcun ragionevole dubbio interpretativo*»[68].

Il punto è che finora la giurisprudenza europea in materia di organismo di diritto pubblico può dirsi che sia stata particolarmente costante, senza cioè soluzioni di continuità: tale da poter quasi definirsi come pressoché "cristallizzata".

Sicché è davvero forte la sensazione che il rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato alla Corte di Giustizia sottenda, surrettiziamente, la richiesta di una sorta di (poco funzionale[69]) *revirement* ermeneutico in relazione ai requisiti dell'organismo di diritto pubblico.

D'altra parte se si esaminasse attentamente l'ordinanza di rinvio si scorgerebbe, e senza troppe difficoltà, che i dubbi interpretativi palesati vanno, oggettivamente, ben al di là di quelli afferenti alla "classica" attività ermeneutica di sussunzione della fattispecie concreta sotto quella

[68] S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa,* in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3/2018, p. 999.

[69] «*Il rinvio, al pari di altri istituti che connotano la struttura dell'ordinamento dell'Unione, sembra destinato ad un percorso di tipo parabolico; e, come nelle vere parabole, la partenza e l'arrivo potrebbero (se non coincidere) presentare forti, sostanziali assonanze nell'esito, se non pure nelle cause che lo determinano e nelle motivazioni che lo sorreggono e giustificano. In principio si trattava di sollecitare i giudici nazionali a fare largo utilizzo dello strumento, prezioso al fine di una uniforme implementazione del diritto (comunitario prima ed ora) "eurounitario". La stessa Corte di Giustizia ne ha incoraggiato la diffusa attivazione, al duplice intento di conseguire lo scopo suddetto e dar modo a sé stessa di acquisire consensi crescenti attorno alla propria giurisprudenza, legittimandosi come artefice di prima grandezza del processo d'integrazione sovranazionale. Rammento al riguardo che le punte più avanzate e sensibili della dottrina hanno, sin dai primi anni di funzionamento delle Comunità, deprecato, a più riprese e con varietà di toni ma sostanziale comunanza di idee, la scarsa attenzione prestata dai giudici nazionali (specie da alcuni) per il diritto comunitario e, conseguentemente, per lo strumento che, con altri, concorre alla sua salvaguardia.*
Oggi, però, il rischio è che un uso smodato, comunque non adeguatamente vigilato, dello strumento stesso possa recare seri problemi di funzionalità per il Giudice dell'Unione» A. RUGGERI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? (nota minima su una questione controversa)*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 1/2012, p. 96.

astratta: spingendosi sino al punto di chiedere una (re)interpretazione dei (classici) requisiti dell'organismo di diritto pubblico; con un particolare riferimento a quello "teleologico" e "dell'influenza dominante" (come se, finora, la giurisprudenza europea non avesse elaborato consolidati orientamenti sui punti).

Eppure come lucidamente avvertito, anni or sono, da una lungimirante dottrina[70] l'interprete non può, in verità, non essere ben consapevole che l'affannosa ricerca di una ("naturale") definizione dell'organismo di diritto pubblico in termini puramente "astratti" ed "ontologici" rechi con sé il (serio) rischio di condurre, gli orientamenti giurisprudenziali, verso uno sforzo poco proficuo se non addirittura sul terreno (assai scivoloso) di «un confronto ideologico»[71].

La verità è che - ed al di là di qualsiasi, astratto, ideologismo (che nulla avrebbe in teoria a che fare con la, stretta, funzione interpretativa della giurisprudenza) - non si può mai prescindere dal fatto che l'intima matrice europea (e la *ratio existendi*) dell'organismo di diritto pubblico si è data:« *non per farne una nuova categoria di soggetti pubblici, ma per sottoporlo alla disciplina dettata in materia di gare ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di appalti*»[72].

[70] L. R. PERFETTI - A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa. Variazioni su Corte di Giustizia delle Comunità europee, sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2004, p. 138 ss. In questo senso si veda anche F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in www.astrid-online.it, p. 1 ss.

[71] L. R. PERFETTI - A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa. Variazioni su Corte di Giustizia delle Comunità europee, sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2004, p. 138.

[72] L. R. PERFETTI - A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa. Variazioni su Corte di Giustizia delle Comunità europee, sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2004, p. 138. Sempre in tal senso, per altro. si confronti quanto, già a suo tempo, autorevolmente ricostruito in M. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000, p. 8 ss.

Il che al fine di assicurare - di caso in caso (con un metodo 'tendenzialmente' deduttivo)[73] - l'irrinunciabile obiettivo (strutturale) di una "effettiva ed uniforme" applicazione della disciplina europea (quale essenziale principio finalistico per il diritto europeo), nonché non di meno per garantire la, basilare, certezza del diritto, tanto all'interno dell'ordinamento europeo quanto nell'alveo dell'ordinamento nazionale.

In tal senso una specifica lettura degli elementi sottesi alla fattispecie concreta delle attività poste in essere dalla "Federazione italiana giuoco calcio" non sembrerebbe esulare (anche in luce dell'attenta ricostruzione operata, in prime cure, dal TAR Lazio) dall'essenziale garanzia del valore della "concorrenza nel mercato" e da un'applicazione uniforme (e certa) della disciplina europea in materia di gare ad evidenza pubblica[74].

[73] Rifuggendo dai pericoli ermeneutici dell'applicazione di un "metodo induttivo", che, in verità, se 'consistentemente' utilizzato dal Giudice domestico potrebbe rischiare, potenzialmente, di rivelarsi contrario ad un'uniforme applicazione della disciplina europea e, non di meno, alla garanzia di una certezza del diritto.

[74] Sul punto appare utile rimandare, *ex multis*, agli approfondimenti in A. M. ANGIULI, *Consenso e Autorità nell'evidenza pubblica*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/1998, pp. 167-201; V. LANDI, *Federazioni sportive nazionali e procedure di evidenza pubblica*, in *Responsabilità, comunicazione e impresa*, n. 1/2003, pp. 125-149; S. S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008; A. POLICE, *Prime riflessioni su semplificazione ed evidenza pubblica nei contratti della p.a.*, in *Nuove Autonomie*, n. 3-4/2008, pp. 691-701; F. RIMOLI, *L'autotutela sull'evidenza pubblica e il contratto,* in *Diritto Amministrativo*, n. 3/2008, pp. 599-630; S. A. ROMANO, *Procedura ad evidenza pubblica e contratto*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 11/2014, pp. 2546-2552; F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016; A. FARÌ, *I «contratti attivi». L'evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, Napoli, 2018; A. NICODEMO, *Imprese pubbliche e settori speciali. L'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*, Torino, 2018.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

LE CONCESSIONI AMMINISTRATIVE

di Andrea Altieri*

Sommario. 1.1 Evoluzione storico-giuridica dell'istituto. - 1.2 La natura giuridica della concessione: le soluzioni fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza. - 1.3 La funzione concessoria nell'ordinamento amministrativo. - 1.4 La concessione e il provvedimento amministrativo. - 1.5 La concessione e il fondamento dell'agire negoziale della P.A. - 1.6 La concessione tra atto amministrativo unilaterale e rapporto negoziale: la c.d. *concessione-contratto*. - 1.7 Le figure affini.

1.1 Evoluzione storico-giuridica dell'istituto

"*Se un fiume cambia alveo, è pubblico. Se un'alluvione crea una spiaggia, ove prima era acqua, essa è subito pubblica. Non appena una strada viene ad esistenza, essa è bene pubblico*".[1]

Sintesi esatta delle tematiche trattate nel presente contributo, il pensiero del GIANNINI colloca l'esercizio del potere pubblico, inteso quale funzione svolta da una Pubblica Amministrazione nell'interesse della collettività organizzata, alla base dell'agire amministrativo.

* Professore straordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi "Link Campus University" di Roma, Avvocato patrocinante in Cassazione.

[1] Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977.

Tale funzione si svolge attraverso schemi procedimentali di azione che possono essere di diritto pubblico e di diritto privato, prestabiliti dalla legislazione positiva, in quanto occorre che l'agire pubblico, andando ad incidere su posizioni giuridiche soggettive di terzi, sia puntualmente disciplinato; i primi, costituiscono manifestazione dell'esercizio di poteri amministrativi; i secondi, sono espressione della libertà e dell'autonomia negoziale delle parti, private e pubbliche, sia pure limitata da elementi pubblicistici, quali, a titolo esemplificativo, il procedimento di aggiudicazione che precede la stipulazione del contratto e quello di approvazione che ad esso segue.

L'attività amministrativa non viene, quindi, a identificarsi, in prevalenza, come nel passato, con l'attività svolta *iure imperii* dall'Amministrazione, ma si attua anche tramite l'attività privatistica.[2] La P.A., infatti, nello svolgimento della sua attività, è andata progressivamente utilizzando, oltre ai tradizionali strumenti pubblicistici, quelli di diritto comune, operando, in questa seconda fattispecie, su un piano paritario con il soggetto privato.

In tale contesto deve correttamente identificarsi la *funzione concessoria*, ovvero la scelta discrezionale ed autoritativa di una Pubblica Amministrazione di procedere alla concessione al privato di un bene, di un servizio pubblico e di lavori strumentali alla erogazione di quest'ultimo, in funzione della migliore cura concreta dell'interesse pubblico; così facendo, l'Amministrazione è in grado di garantire al detto bene o al servizio una migliore

[2] Cfr. M. MIRABELLA, A. ALTIERI, P. M. ZERMAN, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012.

gestione, sulla base del presupposto che i privati possono operare una più efficiente allocazione di risorse.[3]

Fino alla seconda metà dell'Ottocento, i rapporti contrattuali tra la P.A. e il privato erano regolati e disciplinati dal diritto privato; non vi era, pertanto, una figura giuridica di concessione, né, tantomeno, era sentita l'esigenza di un approfondimento scientifico sulla sua natura, stante l'assenza di un giudice degli interessi. La giurisprudenza, piuttosto, parlava di contratti *tout court*, che si limitavano a prevedere alcune forme di utilizzazione di beni pubblici oppure ipotesi di affidamento a privati della costruzione e gestione di opere pubbliche.[4]

La struttura di siffatti rapporti era prevalentemente impostata su canoni privatistici; ne conseguiva la quasi integrale applicabilità dei principi civilistici sulle obbligazioni e sui contratti. Gli elementi pubblicistici, che raramente interagivano, non alteravano la sostanza naturale privatistica del rapporto.

La *ratio* di tale regolamentazione giuridica risiedeva nella particolare situazione economica in cui versava l'Italia all'epoca.

Affinchè i privati fossero indotti a cooperare con i pubblici poteri nella creazione di importanti opere, vista l'effettiva inidoneità degli apparati esecutivi del settore pubblico, occorreva fornire loro sufficienti garanzie di stabilità nei rapporti, oltre a mezzi di

[3] ZANOBINI riteneva che il carattere comune dei provvedimenti concessori fosse "*l'effetto, che è loro proprio, di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica*"); cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958.

[4] Fino alla seconda metà del XIX secolo, il diritto delle amministrazioni pubbliche italiane era dominato dalle regole e dai principi privatistici. A differenza dell'ordinamento francese, nell'ambito del quale veniva a formarsi il c.d. "diritto amministrativo speciale", l'ordinamento italiano - tramite le pronunzie giurisprudenziali dell'epoca - poneva il diritto privato alla base dell'attività delle Pubbliche Amministrazioni. Nel primo ventennio dello Stato unificato il diritto comune contrattuale governava i principali rapporti amministrativi che giungevano dinanzi alle Corti.

tutela efficienti e tempestivi che solo il giudice ordinario poteva garantire.

Con la nascita di una teoria del diritto amministrativo, ove l'interesse pubblico assunse una posizione dominante, cambiò anche la concezione normativa del rapporto collaborativo tra la P.A. e il privato.

Nell'ambito delle nuove relazioni intersoggettive, la posizione della P.A. concedente diventò dominante rispetto a quella del concessionario, dipendendo la nascita ed anche le vicende successive del rapporto quasi esclusivamente dall'esercizio del potere discrezionale facente capo all'Amministrazione stessa.

Seguendo tale impostazione, il rapporto di concessione nasceva esclusivamente per effetto di un provvedimento unilaterale, per cui la dichiarazione del privato degradava a presupposto o condizione di efficacia e, in alcuni casi, anche a mera dichiarazione di sottomissione.

Mutando la natura giuridica della concessione, si modificò anche la disciplina giuridica dell'atto e del rapporto, la cui ragion d'essere era dipendente dalla realizzazione costante dell'interesse pubblico; all'uopo fu prevista, infatti, la possibilità di revoca e modifica senza indennizzo del provvedimento concessorio e le posizioni tutelabili riconosciute al privato furono identificate come di interesse legittimo, con conseguente spostamento della giurisdizione.

La necessità di un equilibrato esercizio della pubblica funzione indusse a inquadrare i poteri di modificazione ed estinzione dei rapporti concessori in rigidi schemi procedimentali.[5]

[5] Cfr. R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1996.

1.2. La natura giuridica della concessione: le soluzioni fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza

In passato, si è discusso molto sulla natura giuridica della concessione, giungendo a risultati non sempre univoci, in ragione della maggiore rilevanza attribuita, di volta in volta, all'aspetto privatistico o pubblicistico dell'istituto.

L'impostazione è mutata coerentemente con l'evolversi della società e dei rapporti intercorrenti tra lo Stato e i privati.

Le principali teorie hanno definito la concessione in termini di *contratto*, *provvedimento* o *provvedimento-contratto* (v. *infra*).

La dottrina inquadrò inizialmente l'istituto nel contratto.[6]

La concessione nacque, difatti, nella prassi delle Pubbliche Amministrazioni centrali e locali, come un vero e proprio negozio giuridico tra le parti (ovvero l'Amministrazione emanante l'atto amministrativo iniziale e il privato destinato ad assumere gli obblighi derivanti da quest'ultimo) in grado di prevederne e regolarne i reciproci adempimenti;[7] la concessione era, pertanto, il contratto stesso, e solo quest'ultimo era in grado di conferire efficacia all'atto amministrativo da cui dipendeva e che lo precedeva temporalmente.

La costruzione privatistica era considerata perfettamente compatibile sia con la natura demaniale del bene oggetto di concessione, sia con la natura pubblicistica dell'attività dedotta in contratto; ciò, in quanto il nuovo Stato unitario da un lato

[6] La struttura contrattuale comportava, evidentemente, l'applicabilità alle concessioni amministrative delle norme e dei principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti, oltre alla conseguente devoluzione di esse alla giurisdizione del giudice ordinario.

[7] La concessione, pertanto, già in quei tempi, non era considerata come un provvedimento unilaterale e non era adottata a seguito di una manifestazione d'imperio della P.A., ma nasceva effettivamente solo a seguito della stipula del contratto approvato dal concedente.

intendeva offrire adeguata tutela agli interessi economici dei rappresentanti pubblici, d'altro lato - a mezzo della disciplina privatistica paritaria -, si proponeva di garantire la necessaria certezza, stabilità ed equilibrio economico a quegli interlocutori che, tramite le concessioni, assicuravano lo svolgimento di attività indispensabili per lo sviluppo economico che i pubblici poteri erano impotenti a gestire direttamente.

Durante gli ultimi decenni dell'Ottocento, però, mutarono radicalmente le qualificazioni giuridiche dei rapporti tra le Amministrazioni e i loro interlocutori. Dalla costruzione privatistica si passò a un'impostazione pubblicistica, funzionale alla creazione di un diritto amministrativo soggetto a regole diverse rispetto a quelle proprie del diritto comune.[8]

L'abbandono, da parte della dottrina, delle vocazioni paritarie, seguito dall'idea di costruire un diritto "speciale delle amministrazioni", che fosse imperniato sull'atto amministrativo unilaterale e imperativo, trovò il suo principale fondamento nell'ideologia del rafforzamento amministrativo dello Stato appena unificato politicamente, che si sosteneva avesse bisogno di strumenti di azione autoritativi per far valere appieno la sua sovranità.[9]

[8] Il mutamento, seppur graduale, apriva la strada a nuove tendenze verso la "pubblicizzazione", che investivano pressoché tutti i settori dell'agire amministrativo, penetrando altresì nell'opera della dottrina e della giurisprudenza. La via è stata aperta dagli scritti di Mantellini, cui fece seguito tutta la grande scuola classica italiana, da Vittorio Emanuele Orlando a Oreste Ranelletti, da Federico Cammeo a Santi Romano, i quali sostenevano l'idea della formazione di un diritto pubblico-amministrativo.

[9] Fu sempre la dottrina a dare rilievo al provvedimento amministrativo vero e proprio, adottato a seguito della conclusione del contratto e lo fece applicando la teoria della fattispecie a *formazione progressiva*. La concessione diveniva, pertanto, l'anello finale di un procedimento capace di formare progressivamente la volontà dell'Amministrazione a seguito degli accordi con il concessionario.

Le concessioni amministrative seguivano gli andamenti generali; l'elaborazione teorica più completa è ascrivibile al RANELLETTI,[10] al quale si deve il merito di aver proceduto ad una prima ricostruzione sistematica della materia,[11] poiché l'eterogeneità dei rapporti e delle prassi utilizzate in epoca risalente rendeva problematica una vera e propria classificazione dell'istituto.

L'atto di concessione è configurato quale provvedimento amministrativo, posto in vista di interessi pubblici da un soggetto che opera come autorità.

Da ciò derivavano, evidentemente, conseguenze interpretative che ribaltavano le implicazioni pratiche discese dalle pregresse tesi contrattual-privatistiche.

Mentre, infatti, queste ultime qualificavano la concessione come contratto costitutivo di diritti soggettivi pieni in capo al concessionario, devoluto alla cognizione del giudice ordinario, al contrario la tesi unilateralistica del RANELLETTI era incentrata sul fatto che il provvedimento unilaterale di concessione fosse un atto eminentemente discrezionale, dal quale derivavano in capo al privato *"facoltà compenetrate con l'interesse pubblico",* devoluto, quindi, alla cognizione del giudice amministrativo.

[10] Cfr. O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. I, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.,* XLVI, 1984, IV; Id., *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, XVII, 1984, 3; Id., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, XIX, 1985. L'Autore riteneva che ogni concessione *"che porti con sé degli obblighi pel concessionario"* presentasse al contempo due atti amministrativi.

[11] La concessione amministrativa, invero, costituendo strumento di rilievo per la gestione della *res publica*, non rimase indifferente neanche all'evoluzione normativa (che passò, come detto, dalla previsione di strumenti privatistici alla creazione di figure pubblicistiche), poiché influenzata, da un lato, dalle esigenze di autorità, dall'altro, dalla necessità di costruire un ordinamento giuridico indipendente e permanente, nonché in grado di soddisfare appieno le esigenze della collettività. Pur tuttavia, nonostante numerose fossero le teorie che in passato si sono succeduto, le distinzioni tra loro non furono mai realmente nette.

L'Autore negò, in tal modo, la possibilità di intendere le concessioni come negozi, ritenendole, al contrario, "*atti amministrativi ad effetti bilaterali*", ovvero atti di imperio che trovavano la propria causa "*negli scopi di interesse generale che l'ente concedente deve raggiungere.*"[12]

Gli effetti pratici delle costruzioni pubblicistiche, recepite anche dalla giurisprudenza, non erano però favorevoli agli interessi dei concessionari. Esse, peraltro, si ponevano in contrasto con la nuova realtà economica dei primi del Novecento. L'epoca giolittiana, in particolare, introdusse un regime paritario, più che di subordinazione, tra le Amministrazioni (in particolare quelle municipali) e i concessionari, dedicando a questi ultimi un'attenzione particolare.

La successiva dottrina cercò un nuovo punto di equilibrio, rinvenendo a favore del concessionario, nel rapporto instaurato con la P.A., non solo l'insorgere di interessi legittimi,[13] ma di "*diritti soggettivi di natura pubblica*".[14]

Si richiama, al riguardo, la tesi del FORTI, [15] il quale fece un passo in avanti utilizzando l'espressione "*concessione di servizi*" ed attribuendo a quest'ultima uno specifico significato nonostante l'istituto esistesse e fosse conosciuto e utilizzato già dai tempi remoti. L'Autore analizzò, in particolare, la concessione in funzione dell'esercizio di un pubblico servizio, determinando, in tal modo, il punto di svolta della propria ricerca.[16]

[12] Cfr. O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, in Giur. It*.,1984.
[13] Come teorizzato nei propri scritti dal RANELLETTI.
[14] Cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative, in Enc. Giur. Treccani*, 1988.
[15] Cfr. U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative, in Giur. It*, 1900.
[16] Nei suoi studi sulla natura giuridica della concessione amministrativa, l'Autore rapportò l'istituto, per la prima volta, al capitolato d'appalto di servizi (termine utilizzato in questo caso in modo promiscuo, non esistendo ancora la

L'abbandono delle qualificazioni pubblicistiche delle concessioni amministrative, del tutto incompatibili con la nuova realtà economico-sociale, prendeva corpo anche nella giurisprudenza di legittimità.

Difatti, al chiudersi del primo decennio del Novecento, la Corte di Cassazione,[17] stabilendo un principio generale destinato a divenire un riferimento nella successiva evoluzione giuridica dell'istituto, identificò la concessione come la contestuale presenza di: "*due negozi giuridici distinti che si congiungono: il primo si attua e si realizza nell'altro, ma può anche essere accompagnato dalla stipulazione di un contratto. All'accettazione del concessionario, che rappresenta rispetto all'atto amministrativo il verificarsi della condizione per la quale esso consegue il suo effetto, si unisce il consenso delle due parti sopra un regolamento convenzionale della concessione per suo modo di attuarsi e svolgersi".*

Viene confermato, pertanto (anche se la tesi proposta dalla Cassazione non ha smentito appieno le tesi pubblicistiche che continuavano a ritenere la concessione un atto di disposizione o

distinzione tra concessione e appalto), ovvero al contratto che veniva concluso tra l'Amministrazione e il concessionario, accertando che i diritti e doveri delle parti erano oggetto di vere e proprie trattative e tra gli obblighi pattuiti ne esisteva sempre uno, in capo al privato, che non mancava mai (un obbligo di fare), che si concretizzava proprio nel pubblico servizio oggetto del rapporto. Ciò lo portò a ritenere che, in ogni tipo di concessione amministrativa, potesse rinvenirsi "*un fondo contrattuale*".

[17] Cfr., sul punto, Corte di Cassazione Roma, 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.,* 1910, secondo cui, inoltre "*questo regolamento giuridico può essere costituito dal complesso delle modalità e delle condizioni dettate dalla pubblica amministrazione, indipendentemente da ogni vincolo convenzionale, ma può, senza ostacolo legale, formare obbietto di una stipulazione o di un complesso di patti, in cui l'ente pubblico assume la figura di contraente. In questa seconda ipotesi, certamente, possono aver luogo vere e proprie valutazioni contrattuali e azioni* ex contractu *per ripararle. Ma anche nella prima ipotesi, sia pure che non si tratti di vincolo contrattuale nella sua essenza operatosi per l'accettazione da parte della volontà individuale del concessionario, sorgono obbligazioni e responsabilità, diritti e doveri giuridici, le cui violazioni possono dar luogo ad azioni giudiziali*".

atto "volitivo sovrano di un'autorità")[18] il *revirement* in ordine alla struttura e alla natura della concessione amministrativa, che era sì un provvedimento amministrativo, al quale - tuttavia - accedeva un contratto di diritto privato. Tale nuovissima figura è stata denominata "*concessione-contratto*" e si è poi estesa ai beni pubblici, ai servizi e alle opere pubbliche (v. *infra*).

La costruzione giurisprudenziale sopra descritta, nata in età giolittiana, si è poi stabilizzata nei periodi successivi fino a diventare, in tempi attuali, una figura generale, potenzialmente applicabile a tutti i rapporti concessori.

Rispetto agli esordi, tuttavia, si è assistito a un mutamento sotto un duplice profilo; in primo luogo, è evidente una separazione progressiva del contratto dal provvedimento, con un graduale accrescersi del ruolo del contratto e con sempre più larga penetrazione del diritto comune nei rapporti concessori; in secondo luogo, si assiste ad una modificazione delle giurisdizioni a seguito dell'istituzione, da parte della Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.[19]

1.3. La funzione concessoria nell'ordinamento amministrativo

[18] Autorevole dottrina argomentò, al riguardo, che *"nel primo momento è un atto, un movimento di potestà sovrana, ch'è la manifestazione di una sovrana volontà; nel secondo momento la volontà dell'amministrazione funziona come volontà di un contraente e, incontrandosi con quella del concessionario, dà esistenza ad un vero contratto. Non è a confondersi questo regolamento contrattuale con la semplice accettazione: questa può non costituire un contratto, ma un avvenimento indispensabile per l'attuazione della concessione"* (cfr. G.F. *Concessioni sul demanio marittimo per uso industriale e competenza dell'autorità giudiziaria*, in Riv. Dir. Comm., 1910).

[19] Cfr. M. S. GIANNINI, *Lezione di diritto amministrativo*, Milano, 1950. Cfr., inoltre, G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, 2012.

Al fine di comprendere appieno l'istituto della concessione, occorre svilupparne l'analisi all'interno dell'attuale tessuto ordinamentale amministrativo, evidenziando, preliminarmente, lo stretto rapporto che lega oggi la concessione con l'*atto*, il *provvedimento* e l'*agire negoziale* della Pubblica Amministrazione.

- *l'atto e il provvedimento amministrativo*

Per l'emanazione di un provvedimento concessorio occorrerà un'attività concretantesi in momenti del procedimento amministrativo finalizzati all'emanazione del provvedimento finale; i vari atti procedimentali non sono, peraltro, dotati, di norma, né di esecutorietà, né di autoritarietà, come, invece, il *provvedimento* medesimo.[20]

Gli *atti* sono poi quelli posti in essere da un'autorità amministrativa nell'esercizio di una funzione amministrativa; sono espressione di un potere amministrativo, produttivo di effetti indipendentemente dalla volontà dei soggetti cui sono rivolti. Essi si distinguono, in tal modo, dagli accordi, dalle convenzioni e dai contratti che la stessa P.A. conclude non in posizione di autorità, ma in posizione di sostanziale parità nei confronti dell'amministrato. Ai fini del suo inquadramento, *"l'atto stesso va interpretato non solo in base al tenore letterale, ma soprattutto risalendo all'effettiva volontà dell'Amministrazione ed al potere concretamente esercitato*".[21]

[20] Secondo il CERULLI IRELLI, "*la nozione originaria di atto amministrativo nasce in giurisprudenza come atto unilaterale d'autorità, imperativo, esecutorio, adottato da un organo amministrativo*" (cfr. *Principii del diritto amministrativo*, Vol. I, 2005).

[21] Cfr. C.d.S. Sez. III, sent. n. 5877/2014. Secondo il giudice amministrativo, pertanto, "occorre prescindere dal *nomen iuris* adottato dall'Amministrazione ai fini dell'inquadramento degli stessi all'interno delle tradizionali categorie

L'atto amministrativo si presenta, quindi, come una categoria generale (comprendente, infatti, una serie di atti, pareri, valutazioni tecniche, atti di conoscenza, manifestazioni di giudizio, proposte, intimazioni, diffide etc..), assolvendo, per lo più, ad una funzione strumentale, accessoria e secondaria, poiché destinato a svolgere i propri effetti in ambito endoprocedimentale, con funzione servente nei confronti del provvedimento. Pertanto, salvo che non svolga effetti prodromici, l'atto non è, in linea di massima, suscettibile di autonoma impugnazione.

Il provvedimento offre, rispetto alle caratteristiche proprie dell'atto amministrativo, un carattere dinamico e propulsivo, poiché capace di creare una nuova realtà nell'ordinamento.[22]

Ancora oggi non ne esiste una definizione univoca; il GIANNINI, ad esempio, lo identificava come *"l'atto con cui l'autorità amministrativa dispone in un caso concreto in ordine all'interesse pubblico affidato alla sua tutela, esercitando una potestà amministrativa ed incidendo sulle situazioni giuridiche soggettive di privati".*[23]

Tale definizione, ancora attuale, evidenzia come il provvedimento costituisca effettivamente l'estrinsecazione dell'autorità amministrativa, divenendo, pertanto, *"costitutivo del*

dell'annullamento, che opera per vizi di legittimità, con effetto *ex tunc*, e della revoca, in presenza di vizi di merito, che opera *ex nunc*".

22 Al fine dell'individuazione del provvedimento nell'ambito degli atti amministrativi, la dottrina ricorre all'utilizzo dei seguenti criteri: il primo, di carattere *logico sistematico*, individua il provvedimento nell'atto finale del procedimento, ossia nella decisione che regola l'assetto di interessi coinvolti dall'esercizio del potere; il secondo, concernente la sua *efficacia*, descrive la caratteristica del provvedimento concentrandosi sulla produzione degli effetti esterni nei confronti dei privati, effetti che questi ultimi possono impugnare qualora ritengano il provvedimento illegittimo. Tale impostazione consente di distinguere tra i meri atti amministrativi (normalmente interni al procedimento e sforniti di capacità lesiva diretta, come tali non impugnabili) e i provvedimenti amministrativi.

[23] Cfr. M. S. GIANNINI, *Enciclopedia del diritto*, Vol. IV, Milano, 1959.

rapporto autorità-libertà relativamente al quale, il procedimento svolge una funzione di composizione di interessi".[24]

Attraverso l'emissione del provvedimento, la Pubblica Amministrazione ordina, decide e trasforma unilateralmente situazioni giuridiche private. Questa funzione, che, da un lato, costituisce la massima espressione dell'autorità e la sintesi del potere pubblico, rappresenta, al contempo, strumento di garanzia anche per i privati.

Nel provvedimento amministrativo il vincolo finalistico è stretto tra il rispetto dell'indirizzo politico espresso dalla legge e perseguito dalla Pubblica Amministrazione e la garanzia degli interessi coinvolti.[25] Tale prospettiva ha reso lo svolgimento del procedimento amministrativo più simile a un processo giurisdizionale, al fine di garantire gli interessi dei privati in misura non inferiore rispetto a quelli vantati dai medesimi in sede di contenzioso.[26]

1.4 La concessione tra provvedimento e contratto

Sebbene vi sia parte della dottrina che ritiene la concessione un atto autoritativo unilaterale che determina l'insorgere di interessi

[24] Cfr. M. MIRABELLA, A. ALTIERI, P. M. ZERMAN, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit..

[25] In merito alle diverse tipologie di provvedimento, si suole distinguere tra: *provvedimenti ampliativi e restrittivi*, a seconda che la modificazione prodotta nella sfera giuridica dell'amministrato sia, rispettivamente, di segno positivo o negativo; *provvedimenti regolativi e gestionali*, i primi deputati a regolare una serie di fattispecie (come i regolamenti), i secondi diretti a dare rilievo giuridico esterno ad attività che di per sé non dovrebbero rivestire la forma pubblicistica, trattandosi di atti non autoritativi (occorre per essi una specifica disposizione di legge che li assoggetti alle regole del diritto pubblico).

[26] Cfr. A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964.

legittimi,[27] oggi, anche a seguito degli orientamenti dell'Unione Europea, si è consolidata la tesi della c.d. *concessione contratto*, secondo la quale la concessione si compone di due atti: il *provvedimento unilaterale* ed una *convenzione accessoria di carattere bilaterale*,[28] di natura privatistica o contrattuale, a completamento del provvedimento amministrativo, regolativa dei diritti tra le parti.[29] Ne deriverebbe tra il privato e la Pubblica Amministrazione l'insorgere di un rapporto complesso in cui vi è la compresenza di componenti pubblicistiche e privatistiche, tra loro strettamente interconnesse.

Alla luce di quanto detto, si comprende come provvedimento e concessione viaggino su due binari paralleli, ma distanti; il provvedimento, difatti, è caratterizzato dal suo carattere autoritativo che comporta l'impossibilità, per il privato, di mediare il contenuto del provvedimento stesso che, una volta emesso, potrà solo essere impugnato.

[27] Cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1956. La dottrina tradizionale ritiene che possano trasferirsi anche i poteri, ma è stato osservato, a ragione (E. CASETTA) che: "*non è trasmissibile o suscettibile di essere costituito mediante atto il potere, sicché non è corretto affermare che l'amministrazione trasferisce un potere al privato: il soggetto pubblico può soltanto consentirne l'esercizio al concessionario. Quando un potere di rilevanza pubblicistica sia direttamente attribuito dalla legge ad un privato si è al di fuori della fattispecie concessoria"* e, al riguardo, l'Autore fa l'esempio del conferimento di poteri certificativi attribuiti al notaio, per i quali ricorre l'istituto della sostituzione. Cfr., inoltre, F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo,* Milano, 2008, il quale specifica che: *"la titolarità del diritto soggettivo o del potere non viene traslata al concessionario, cui viene esclusivamente conferita la facoltà di esercitarlo".*

[28] La concessione si presenta, pertanto, come un atto complesso nel quale la volontà della P.A. si incontra e si accorda con la volontà e l'interesse del privato.

[29] Il soggetto destinatario, di norma, dovrebbe essere un privato; diversamente, si configurerebbe l'istituto della delegazione amministrativa intersoggettiva. Ciò non sempre corrisponde alla realtà fattuale; occorre, infatti, ricordare la legge n. 1137/1929 che disciplinava la concessione ed esercizio ad imprese nel settore autostradale, recante, all'art. 1, la seguente previsione: "*Possono essere concessi in esecuzione a Province, Comuni, Consorzi privati, opere pubbliche di qualunque natura, anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse"*, prevedendosi, quindi, una concessione anche in favore dell'ente pubblico.

Se, con la concessione, il privato assume la medesima posizione dell'Amministrazione (nel senso che egli potrà esercitare sul bene i medesimi poteri che alla stessa spettavano prima del provvedimento amministrativo), è vero, altresì, che non si realizza mai una simmetria del tutto perfetta. E, invero, sebbene la concessione rappresenti un mezzo di produzione di ricchezza privata, spetta sempre all'Amministrazione il compito di controllo sulla corretta gestione di un bene che per sua natura è destinato a finalità di pubblico interesse.

Ne deriva che i poteri attribuiti al privato, in quanto riflesso di quelli amministrativi, soggiacciono al limite generale funzionale della tutela dell'interesse pubblico cui il bene è destinato.

Tale inquadramento ha dei riflessi immediati sul piano della tutela azionabile dal privato-concessionario nei confronti dei terzi: egli, infatti, può esercitare i poteri di tutela riconosciuti dal diritto civile (azioni possessorie e petitorie), mentre gli è precluso l'accesso ai tradizionali strumenti di autotutela pubblicistica, in quanto implicanti l'esercizio di una funziona pubblica riservata alla sola competenza dell'Amministrazione. Il concessionario, peraltro, può adottare atti di aggiudicazione di contratti di appalto per lavori e, quindi, si può affermare che lo stesso esercita, talvolta, poteri amministrativi, non solo nella fattispecie indicata ma anche in altre individuate dalla giurisprudenza.

La concessione è figura di ordine generale, riferibile a funzioni, servizi, beni, opere pubbliche.[30]

La *ratio* di fondo dell'istituto risiede nell'obiettivo di far assolvere compiti di pubblico interesse a soggetti forniti di capacità di organizzazione superiori a quelli di cui dispone la P.A.. Tra i

[30] Cfr. M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988.

soggetti aspiranti, l'individuazione del soggetto più idoneo viene effettuata attraverso il ricorso alla procedura di gara *ad evidenza pubblica*.[31]

A monte della concessione vi è sempre un raffronto, da parte dell'Amministrazione, tra l'utilità pubblica della cura diretta della *res*, o dello svolgimento di una data attività, e l'opportunità e convenienza dell'eventuale affidamento al privato; solo se prevalga la seconda situazione, la concessione viene rilasciata.[32]

Due sono le fattispecie concessorie previste dall'ordinamento: una *traslativa* e una *costitutiva* di situazioni giuridiche soggettive, ampliative della sfera giuridica soggettiva altrui; nel primo caso, la facoltà di esercizio di poteri o diritti appartenenti alla sfera giuridica dell'Amministrazione concedente è trasferita al concessionario (ad esempio, la concessione di servizi pubblici, di fornitura di acqua e gas, di trasporto pubblico, di beni demaniali, etc.) e comporta, talvolta, limitazioni nell'esercizio

[31] La concessione è soggetta, in particolare, ai principi propri del procedimento amministrativo, tra cui, in particolare: il silenzio assenso, nei casi previsti dalla legge, ai sensi dell'art. 20 della citata Legge n. 241/90 sul procedimento amministrativo, trattandosi di procedimenti attivati a domanda dell'interessato; l'ascrivibilità delle concessioni alla categoria degli accordi, come punto di mediazione tra gli aspetti pubblicistici e privatistici dell'istituto; la pubblicità e la trasparenza delle procedure.

[32] Cfr. in tema di affidamento di concessioni, il Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i.). In particolare, ai sensi dell'art. 30, D.Lgs. n. 50/2016, l'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonchè di pubblicità con le modalità indicate nel medesimo Codice dei contratti.

Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal Codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonchè alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi.

degli stessi da parte della P.A. concedente (ad esempio, in materia di concessione di servizi o di concessione di costruzione e gestione di autostrade); nel secondo, la concessione attribuisce *ex novo* al destinatario la facoltà di esercizio di poteri, diritti o *status*, dei quali la P.A. concedente non era in origine titolare ed aventi fonte nell'atto concessorio (ne sono esempio la concessione della cittadinanza, di un pubblico riconoscimento onorifico, di personalità giuridica).

La differenziazione attiene alle posizioni giuridiche soggettive attive che, con la concessione, vengono conferite al concessionario. I limiti e l'ambito del loro esercizio sono stabiliti, infatti, per quanto concerne le concessioni costitutive, nell'atto concessorio, mentre per le concessioni traslative, si ha riguardo alle modalità di esercizio dei poteri da parte della P.A. anteriormente al trasferimento.

La distinzione ha importanza, altresì, ai sensi della richiamata legge sul procedimento amministrativo (L. n. 241/90); in particolare, nelle disposizioni di cui all'art. 19,[33] si prevede la segnalazione certificata d'inizio attività in presenza di concessioni non costitutive, nonché per le autorizzazioni, le licenze, i permessi o i nulla osta comunque denominati, ivi comprese le istanze per le iscrizioni in albi o ruoli per l'esercizio di attività imprenditoriali, commerciali o artigianali, il cui rilascio dipenda

[33] Le quali contemplano che, per il rilascio della concessione, non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale, con la sola esclusione degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizioni del gettito, anche derivante dal gioco, alla tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesaggistico e dell'ambiente, nonché degli atti imposti dalla normativa comunitaria, secondo quanto prescritto dal medesimo art. 19, L. n. 241/90.

esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale.
L'Unione Europea, ad oggi, ritiene che la concessione sia uno degli strumenti più importanti di cooperazione tra pubblico e privato.
Tra le caratteristiche del rapporto concessorio vi sono: la creazione *ex novo* di situazioni giuridiche; l'interesse pretensivo del richiedente; il controllo del concedente.

- *la creazione* ex novo *di situazioni giuridiche*

Con la concessione, come detto, va sempre ad ampliarsi la sfera giuridica del richiedente - concessionario, che diventa titolare di un nuovo potere, avente fonte unicamente nell'atto concessorio.
Tale situazione giuridica può non far parte del patrimonio giuridico della P.A. concedente (c.d. concessione costitutiva) o, facendone parte, essere conferita al concessionario per mezzo dell'atto amministrativo (c.d. concessione traslativa). Scopo della concessione traslativa, in particolare, è quello di legittimare il concessionario all'uso di poteri sostanzialmente amministrativi (*munus* .[34]

- *l'interesse pretensivo del richiedente*

L'interesse legittimo fatto valere con la domanda del richiedente si configura come potere di sollecitazione della Pubblica Amministrazione finalizzato alla formazione di una situazione soggettiva (interesse pretensivo). Tale interesse deve misurarsi con la dimostrazione che la richiesta, corredata di

[34] Cfr. Cass. SS. UU., n. 12221/1990, n. 3359/1992, n. 11264/1992.

provvedimento e la richiesta deve, infatti, rappresentare la soluzione migliore per la Pubblica Amministrazione.

-

interesse pubblico,
disinteressarsi della situazione giuridica costituita *ex novo*. Queste ipotesi riguardano, infatti, interessi pubblici di cui la P.A. mantiene integra l'attribuzione, nonostante la concessione.
In tali rapporti concessori, pertanto, l'Amministrazione esercita vigilanza non solo sul rispetto della disciplina generale che regola l'espletamento dell'attività, ma anche sulle modalità e sulle scelte operative del concessionario.
Allorché l'irregolarità del servizio sia da imputarsi a fatti colposi del concessionario si parla di potere sanzionatorio. Può parlarsi, al riguardo, anche di poteri sostitutivi e repressivi: si ricorre al potere sostitutivo per impedire l'interruzione di un'attività d'interesse pubblico (ad es. mancato svolgimento del pubblico servizio anche per cause indipendenti dalla volontà del concessionario); si fa uso, invece, del potere repressivo per sanzionare il cattivo uso, da parte del concessionario, delle situazioni conferitegli.

1.5 La concessione e il fondamento dell'agire negoziale della P.A.

Non si è mai dubitato che la Pubblica Amministrazione possa intrattenere, con i soggetti privati, rapporti negoziali di diritto comune, aventi come finalità e contenuto i principi disciplinati dall'art. 1321 c.c., secondo cui il contratto (*negotium contractum*) è l'"*accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale*".

La problematica di fondo che investe l'attività contrattuale dei soggetti pubblici interessa non tanto la capacità, la legittimazione o *spatium contrahendi,* quanto il modo di conciliare la loro *supremazia* (retaggio di una concezione centralista ed autoritativa dello Stato) derivante dal riconoscimento della preminenza della funzione amministrativa, volta alla tutela dell'interesse dell'intera collettività, con l'esigenza di riconoscere un generale *principio di consensualità,* che presuppone una situazione di sostanziale parità tra le parti contraenti.

Sempre più frequenti sono, infatti, i casi nei quali la Pubblica Amministrazione si spoglia della propria veste autoritativa per operare in condizioni di piena parità con i soggetti privati, e divenendo, così, parte di un rapporto giuridico regolato da modelli privatistici.[35]

La differenza dell'agire amministrativo, posto in essere per il tramite di un atto provvedimentale, rispetto a quello concluso mediante la stipula di un contratto di diritto privato, non risiede, pertanto, nel tipo di interesse perseguito (rimane, infatti, l'interesse pubblico, quello posto alla base dell'azione amministrativa), ma poggia sul diverso atteggiarsi

[35] Una parte della dottrina ha autorevolmente sostenuto che la Pubblica Amministrazione, anche nel momento in cui adotta moduli consensuali per perseguire un fine pubblico, non si spoglia in realtà mai della veste di autorità.

dell'Amministrazione, a volte, come interlocutore pubblico, altre volte, come parte contrattuale di diritto privato.

Quando la Pubblica Amministrazione utilizza i modelli negoziali piuttosto che quelli propri di diritto pubblico, si pone, come detto, su un piano di parità con l'altra parte.

Diversamente, con il provvedimento amministrativo, essa utilizza strumenti pubblicistici, agendo unilateralmente per il raggiungimento del fine pubblico, posto, dalla legge, alla base della propria azione.

Una sostanziale differenza caratterizza l'agire della P.A. per il tramite di un provvedimento amministrativo, dall'agire mediante moduli privatistici, finalizzati, questi ultimi, al raggiungimento del consenso tra le parti interessate: la verticalizzazione del rapporto tra la Pubblica Amministrazione e il privato nell'agire provvedimentale.[36]

Un attento esame delle modifiche introdotte alla L. n. 241/1990 è di prioritaria importanza per riconoscere - all'interno del nuovo modello ordinamentale - il *favor* indiscusso che il legislatore nazionale ha riconosciuto all'attività negoziale della Pubblica Amministrazione, sancendo, in tal modo, una maggiore valorizzazione e portata al richiamato principio di consensualità dell'azione amministrativa. In particolare:

- la disposizione inserita dalla L. n. 15/2005, all'art. 1, comma 1-*bis* della L. n. 241/1990, stabilisce che la Pubblica Amministrazione, nell'adozione di "*atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato*", salvo laddove la legge non disponga diversamente;
- l'art. 11 della ripetuta L. n. 241/1990 prevede che la P.A.

[36] Cfr. M. CLARICH, "*Il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa, Saggi ordinati in sistema"*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006.

possa concludere "*accordi con gli interessati, al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento*" (si tratta dei c.d. accordi procedimentali o anche "*accordi sostitutivi*" del provvedimento, ai quali si applicano "*i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*").

Alla luce della predetta normativa, la dottrina ritiene esistere oggi la possibilità di utilizzare il *contratto* come strumento alternativo al provvedimento, nell'ambito di un nuovo *spazio tecnico* che andrebbe a ricomprendere la materia delle *concessioni di beni e servizi pubblici*,[37] delle ablazioni reali e i rapporti nei quali il soggetto è chiamato a fornire una prestazione di carattere lavorativo e imprenditoriale a favore dell'Amministrazione.

E' proprio in questi settori, infatti, che può porsi l'alternativa tra il provvedimento di concessione ed il contratto di affitto, di locazione o di appalto; tra il provvedimento di espropriazione ed il contratto di compravendita; tra il provvedimento di requisizione ed il contratto di affitto o di locazione; tra la costituzione coattiva di servitù e quella volontaria; tra il

[37] Il Codice dei contratti pubblici (art. 3) definisce, al riguardo:
- la «*concessione di lavori*», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere;
- «*concessione di servizi*», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) del medesimo testo normativo, riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi.

provvedimento di nomina a pubblico impiego e il contratto di lavoro, ecc..

Strumento negoziale è non solo il contratto, poichè l'art. 1, comma 1-*bis* della L. n. 241/1990 concede, adesso, un'ampia possibilità di fare ricorso anche ad "*atti unilaterali a carattere negoziale*", in alternativa all'emissione di provvedimenti amministrativi, propri del sistema normativo previgente.

A fronte dell'impostazione che ha inteso considerare le modifiche di cui alla L. n. 15/2005, come espressione di una scelta consensualistica dell'agire della Pubblica Amministrazione, si pone un diverso orientamento, più rispettoso della tradizionale impostazione nella sistematica del provvedimento amministrativo, che ha posto in dubbio le pretese aperture dell'art. 1, L. n. 241/1990: il provvedimento amministrativo, pur potendo, in alcune materie, essere sostitutivo di schemi di diritto privato, difficilmente può esserlo in altre, mediante accordi di tipo privatistico.

Tale assunto si fonda, evidentemente, sul principio che l'agire autoritativo costituisca, ancora oggi, il normale modo di procedere della Pubblica Amministrazione e, proprio per la sua funzione di tutela di superiori interessi pubblici, non possa così facilmente mutare le proprie caratteristiche.

Si ritiene, quindi, che la disposizione in precedenza richiamata, non voglia limitare l'agire secondo lo *ius imperii* della Pubblica Amministrazione, quanto, piuttosto, *regolamentare* quello non autoritario, che, "*salvo che la legge disponga diversamente*", si svolge ora secondo modelli privatistici.[38]

[38] Cfr. M. MIRABELLA, A. ALTIERI, P. M. ZERMAN, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit..

1.6 La concessione tra atto amministrativo unilaterale e rapporto negoziale: la c.d. concessione-contratto

La figura della *concessione-contratto*, come anticipato, rappresenta oggi la qualificazione giuridica prevalente dei rapporti concessori.[39]

Secondo autorevole dottrina[40] tale figura deve essere ricompresa all'interno di due distinti "momenti giuridici": un atto amministrativo e una convenzione privatistica. Ciò comporta la genesi di un'unica fattispecie a natura "mista", in quanto rappresentativa, al contempo, di aspetti sia pubblicistici, sia privatistici.

In relazione ai suoi profili dogmatici ed alle prassi seguite dalle Pubbliche Amministrazioni e dai concessionari, tale ricostruzione evidenzia differenti profili interpretativi, nonostante l'accezione ormai generalizzata dell'istituto.

Se lo strumento utilizzato dalla Pubblica Amministrazione all'atto dell'instaurazione del rapporto concessorio è sempre impostato secondo un modello contrattuale in ragione della presenza di una clausola concessoria contenuta, di regola, nel contratto sottoscritto dalle parti, la sua presenza non implica, altresì, l'automatica riconducibilità al modello della concessione-contratto.

Secondo parte della dottrina, potrebbe ravvisarsi un atto amministrativo, presupposto d'esistenza del predetto contratto; secondo una differente impostazione, l'atto amministrativo sarebbe una forma di adesione ad una convenzione a regime

[39] In particolare, per quanto concerne il rilascio delle concessioni demaniali marittime, si rinvia agli articoli 32 e segg. del Codice della navigazione e al regolamento esecutivo di cui al D.P.R. n. 328/1952, ma analoghe considerazioni possono essere espresse con riferimento alle concessioni di servizi radiotelevisivi, aeroportuali, etc.

[40] Cfr. R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit..

pubblicistico. Ancora, in particolari casi emergenti dalla prassi, il contratto di concessione sarebbe invece affiancato da un provvedimento contenente una clausola concessoria per la sola regolazione di alcuni momenti del rapporto.[41]

Ciò porta a ritenere, pertanto, che, in presenza di fattispecie complesse quali quelle che caratterizzano la compresenza di un contratto, di un provvedimento e di una clausola concessoria, i precetti regolativi del rapporto non diano luogo, necessariamente ed automaticamente, alla "concessione-contratto" nell'accezione delineata dalla giurisprudenza amministrativa, secondo la quale: "*la concessione-contratto (…) ossia l'evenienza negoziale individuata nei termini della procedura ad evidenza pubblica, accede al procedimento autoritativo della P.A. per il godimento del bene demaniale. Ciò esclude, che tale strumento giuridico possa dar luogo ad un contratto sinallagmatico a prestazioni corrispettive perché i soggetti della vicenda svolgano la loro azione su piani diversificati ed indipendenti che non possono omogeneizzarsi, anzi l'obbligazione del privato è condizionata dalla sussistenza del provvedimento*".[42]

Tali precisazioni divengono importanti ai fini delle conseguenze e della disciplina giuridica a cui verrà assoggettata tale fattispecie (ad esempio, non potrà sorgere in capo alla P.A. alcuna *culpa in contraendo*, poiché, prima dell'avvenuta assegnazione a seguito di procedura ad evidenza pubblica, l'Amministrazione non avrà alcuna responsabilità.

[41] In tali ipotesi, pertanto, il provvedimento può valere, come elemento formativo del contratto concessorio, come elemento di approvazione *ex post* del contratto di concessione o, come elemento integrativo del rapporto in essere ma in nessuno di questi casi si realizza la fattispecie della concessione-contratto, nonostante la presenza di accordi di tipo contrattuale.

[42] Cfr. C.d.S., sent. n. 912/2007. Viene ritenuto, in sintesi, un istituto caratterizzato dalla compresenza di un provvedimento di concessione, in cui l'Amministrazione conserva il suo carattere di autorità e da una convenzione collegata al provvedimento.

Il ricorso al suddetto modello pattizio non priva, pertanto, l'Amministrazione di una qualche forma di autotutela, generalmente ricondotta nell'ambito

, principalmente sotto il profilo causale, onde evitare di vanificare il *quid proprium*

"autotutela legata").

,

affermando che il "diritto condizionato" nascente da una concessione-contratto di beni demaniali

dall'Amministrazione mediante la revoca dell'atto di concessione, in caso di contrasto con il prevalente interesse pubblico.[43]

In definitiva, il panorama dei modelli di cui può avvalersi l'Amministrazione è differenziato e solo talvolta può parlarsi di concessione-contratto.

Le concessioni amministrative, anche se a struttura integralmente contrattuale, si distinguono dai contratti privatistici, seppure con essi presentino non poche affinità. Ciò che caratterizza la concessione è, infatti, la gestione complessiva del concessionario, l'estensione delle sue facoltà decisorie, sostitutive di quelle dell'Amministrazione concedente, sulle quali si fonda l'ampia responsabilità del concessionario nei confronti dei terzi, oltre ai penetranti poteri di controllo dell'Amministrazione.

Ciononostante, le norme di diritto comune trovano larga applicazione nell'ambito dei rapporti concessori. Dagli anni Trenta del secolo scorso, infatti, la giurisprudenza ha sempre più esteso l'applicabilità delle norme privatistiche in materia di

[43] Cfr. Cass. SS.UU., sent. n. 11491/1993.

obbligazioni e contratti alle concessioni amministrative.
La giurisprudenza ha anche riconosciuto l'estensibilità ai rapporti concessori delle regole sull'interpretazione dei contratti, sulla loro invalidità, sull'estinzione delle obbligazioni reciproche per compensazione.
Più in generale, quando i rapporti concessori presentano una struttura pienamente contrattuale, in via integrativa dovrebbero trovare applicazione le norme civilistiche generali sulle obbligazioni e sui contratti; poiché, peraltro, essi determinano l'insorgenza di un vincolo sinallagmatico, devono ritenersi ad essi applicabili anche tutte le regole sull'equilibrio delle prestazioni.
Quando, invece, i rapporti concessori sono costituiti da un provvedimento e da un atto contrattuale, a questi ultimi si applicano le norme di diritto comune, che la giurisprudenza ha esteso anche alle figure di *concessione-contratto*.

1.7 Le figure affini

Non sempre agevole si presenta, in dottrina, lo studio di figure che si presentano affini al *genus* concessorio.

- *le autorizzazioni*

La concessione va distinta innanzitutto dall'*autorizzazione*. In particolare, mentre, la concessione conferisce la facoltà di esercizio di nuovi poteri o diritti,[44] l'autorizzazione è destinata a

[44] A titolo esemplificativo, infatti, laddove in tutti i soggetti che si trovino nelle condizioni previste dalla legge sussiste il diritto, sia pure potenziale, all'apertura di un esercizio alberghiero o di un ristorante o di andare armati, per quanto concerne le concessioni non vi è alcun diritto di poter utilizzare, a

rimuovere un limite legale, ovvero un vincolo di carattere giuridico all'esercizio di un potere preesistente nella sfera giuridica del destinatario. Il diritto sorgerà, pertanto, solo se e quando l'Amministrazione si determinerà in senso favorevole al richiedente.[45]

Secondo una parte della dottrina e la prevalente giurisprudenza, la differenza tra le due fattispecie si incentra sull'efficacia costitutiva della concessione e su quella meramente permissiva dell'autorizzazione, laddove la più recente dottrina pone l'accento sul diverso profilo funzionale; nelle autorizzazioni viene essenzialmente in rilievo una funzione di programmazione e di controllo di atti e attività del privato; nelle concessioni, invece, assume rilievo dominante l'esigenza di dare incremento a beni e servizi riservati alla P.A., purché, quanto ai beni, ci sia compatibilità con la loto natura e con gli interessi pubblici che sono destinati a soddisfare e, quanto ai servizi, ciò avvenga con mezzi tecnici più adeguati per soddisfare appieno l'interesse collettivo.

titolo personale, un servizio di autolinee o una miniera, non essendovi in capo al soggetto alcun diritto a detto uso, in mancanza di concessione.

[45] Autorevole dottrina (A. SANDULLI, op. cit.) individua gli elementi distintivi di due tipologie di atti abilitativi, le *autorizzazioni* e le *licenze*: le autorizzazioni rientrano nella sfera d'azione istituzionalmente libera e, quindi, una posizione di preesistente diritto soggettivo, mentre la licenza consente l'attività sulla base di una valutazione discrezionale circa la rispondenza all'interesse pubblico che, nelle condizioni ambientali esistenti, una nuova attività di quel genere venga svolta o meno. Nelle licenze, quindi, la discrezionalità non investe la valutazione dei requisiti, come avviene nelle autorizzazioni, ma, addirittura, l'opportunità dell'esercizio dell'attività. Secondo altri Autori (E. CASETTA, op.cit.), invece, la "*licenza, figura che oggi la legge tende a sostituire con l'autorizzazione, era definita come il provvedimento che permette lo svolgimento di un'attività previa valutazione della sua corrispondenza ad interessi pubblici, ovvero della sua convenienza in settori non rientranti nella signoria dell'Amministrazione (perché, in tal caso, si dovrebbe parlare di concessioni), ma sui quali essa sovrintende a fini di coordinamento (un esempio di licenza era quella commerciale, oggi l'ordinamento parla di autorizzazione)*".

Secondo dottrina più recente, il mondo delle autorizzazioni comprende realtà molto diverse tra loro e, pertanto, la loro funzione può coincidere con diverse esigenze, come quella di:

- verificare la sussistenza dei requisiti e dei presupposti per l'esercizio dell'attività;
- esercitare un potere conformativo dell'attività da assentire, attraverso la prescrizione delle modalità del suo esercizio;
- determinare la produzione di effetti ablatori, quando il procedimento ha come esito un diniego.

Il provvedimento autorizzatorio serve, in sostanza, a dare contezza alla Pubblica Amministrazione di ciò che il privato vuol fare, mentre il tipo di intervento, o meglio la sua intensità, varia in ragione delle diverse tipologie, come sopra classificate.[46]

- *le ammissioni e le concessioni improprie*

Altre figure che presentano affinità con le concessioni sono le *ammissioni* e le *concessioni improprie*.

Le *ammissioni* sono provvedimenti attraverso i quali la P.A. conferisce ad un soggetto un particolare *status* giuridico, fonte di un complesso di posizioni giuridiche favorevoli o sfavorevoli (es. conferimento della cittadinanza).

[46] Un'ulteriore differenziazione si è avuta riguardo le *autorizzazioni dichiarative* e *costitutive*: il rilascio delle prime è subordinato puramente e semplicemente all'accertamento dei presupposti di legge, e rende operativo, pertanto, un assetto di interessi interamente predeterminato a monte dalla norma attributiva del potere; le seconde, invece, sono idonee ad innovare all'assetto di interessi, previa disposizione dell'interesse pubblico.
Occorre distinguere, inoltre, tra i casi in cui la legge pone un numero massimo di atti d'assenso da poter rilasciare (si pensi al caso dell'autorizzazione a svolgere talune attività commerciali) e quelli in cui il rilascio dell'atto accrescitivo è l'esito di un procedimento a risultato incerto (si pensi all'esame di abilitazione per la professione di avvocato).

A parere di autorevole dottrina,[47] l'elemento di affinità si ravvisa nell'ampliamento della sfera giuridica del soggetto ammesso, anche se differenti sono, tuttavia, gli interessi pubblici sottesi ai due istituti: "*nelle ammissioni l'acquisizione di posizioni soggettive è soltanto mediata e conseguenziale all'effetto diretto dell'atto, il quale s'identifica, esclusivamente, nell'inserimento dell'interessato nell'organizzazione o istituzione relative*".
Per *concessione impropria* deve invece intendersi quel provvedimento diretto a premiare il merito mediante il conferimento di denaro o altra utilità (ad es. titoli cavallereschi). La differenza fondamentale con le concessioni "*poggia su una diversità strutturale e funzionale oltre che sulla diversa durata del beneficio che, al contrario dell'atto concessorio, in cui è istituzionalmente temporaneo, è configurato, di regola, come definitivo e irrevocabile*".[48]

- *le sovvenzioni ex art. 12, L. n. 241/90*

Si ritengono ricompresi, inoltre, nella figura della concessione, alcuni atti attraverso i quali la Pubblica Amministrazione eroga denaro pubblico, a titolo non corrispettivo, a vantaggio dei privati. La denominazione con la quale essi sono prevalentemente indicati nella prassi è quella di *sovvenzioni*, la cui collocazione nel novero dei provvedimenti concessori è stata confermata dalla previsione contenuta nell'art. 12, L. n. 241/90.[49]

[47] Cfr. R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit.
[48] Cfr. R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, op .cit.
[49] Stabilisce il comma 1 della citata normativa: "*La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui*

Tale previsione normativa non elimina la discrezionalità amministrativa, stabilendo, semmai, una tecnica di razionalizzazione della stessa, mirante all'anticipata individuazione dei criteri che dovranno essere seguiti dalle Amministrazioni, attraverso la pubblicazione dei criteri stessi e delle modalità con le quali verranno erogati tali benefici.

Roma, 22 giugno 2020

le amministrazioni stesse devono attenersi". La *ratio* è di stabilire regole chiare e precise, al fine di rendere trasparenti i procedimenti attraverso i quali la Pubblica Amministrazione concede sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuisce vantaggi economici di qualunque genere a persone, enti pubblici o privati. I vantaggi attribuiti possono essere qualificati come *diretti*, nel caso in cui l'Amministrazione metta a disposizione del privato, di un ente, o di altra Amministrazione, una somma di denaro, oppure *indiretti*, qualora, al posto di tale somma, venga attribuita un'esenzione fiscale o contributiva.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

IL CODICE DI PROTEZIONE CIVILE ALLA LUCE DELLA (VORTICOSA) DISCIPLINA DELL'EMERGENZA DA COVID-19*

di Andrea Conzutti, Sofia Faggionato e Irene Malaroda, Laureandi presso l'Università degli Studi di Trieste

SOMMARIO: 1. La disciplina dell'emergenza alla luce del nuovo Codice della Protezione Civile — 2. Rapporto tra fonti nazionali e locali nella disciplina dell'emergenza — 3. Rapporti tra gli atti adottati e il codice della protezione civile (D.lgs 1/2018)

Abstract: L'attuale epidemia da COVID-19 rappresenta un fondamentale banco di prova per il nuovo "Codice della protezione civile", che dovrà "dimostrare" di essere in grado di governare tale situazione emergenziale.
Nel presente contributo si esamina - alla luce dell'evoluzione normativa che ha interessato la materia della protezione civile - l'inquadramento del D.lgs. 1/2018 all'interno del riparto competenziale fissato in Costituzione. L'analisi si concentra, inoltre, da un lato sulle numerose interconnessioni tra fonti statali e quelle locali e dall'altro sulle relazioni tra gli atti concretamente adottati nell'emergenza e l'architettura normativa dettata dal D.lgs. 1/2018.

Abstract: The current COVID-19 epidemic represents a fundamental test for the new "Civil Protection Code", which will have "to prove" that it is able to manage this emergency situation.
This contribution examines - in the light of the legislative evolution that has affected the matter of civil protection - the framework of Legislative Decree 1/2018 within the division of competences established in the Constitution. The analysis also focuses on one hand on the numerous interconnections between national and local sources and on the other on the relations between the acts actually adopted and the regulatory architecture dictated by Legislative Decree 1/2018.

1-La disciplina dell'emergenza alla luce del nuovo Codice della protezione civile

1.1. Genesi ed evoluzione della disciplina italiana in materia di Protezione Civile

Il processo evolutivo della normativa in tema di protezione civile in Italia è stato particolarmente articolato, presentando non di rado caratteri di incoerenza e ambiguità (1).

In particolare, l'*iter* legislativo nella materia *de qua* ha preso avvio a seguito del terremoto verificatosi nel 1976 in Friuli-Venezia Giulia. In tale occasione, per la prima volta, venne realizzato un sistema finalizzato tanto all'assistenza della popolazione quanto alla successiva ricostruzione, attraverso una proficua collaborazione tra i vari livelli del Paese: nazionali, regionali e locali. Un'altra tappa fondamentale di questo cammino è stata la nascita, nel 1982, del

* Il presente elaborato è frutto di un lavoro condiviso, ad ogni modo si deve ad A. Conzutti il paragrafo 1, a S. Faggionato il paragrafo 2 e a I. Malaroda il paragrafo 3.

(1) Per un'attenta disamina dell'evoluzione normativa in tema di protezione civile si v. V. PEPE, *La gestione dei rischi nel codice della protezione civile. Brevi note sul sistema italiano e francese*, in *www.federalismi.it.*

Dipartimento della Protezione civile, ossia di quello che sarebbe divenuto l'ente focale nella pianificazione e gestione delle situazioni emergenziali. La fase che, però, può davvero essere considerata uno spartiacque in materia di protezione civile ha avuto inizio il 1° aprile del 1992 con l'entrata in vigore della legge n. 225/1992 istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile. Tale fondamentale provvedimento normativo ha introdotto un emblematico mutamento nella filosofia di fondo che ispira la gestione delle emergenze.

Si è previsto, infatti, che la gestione delle catastrofi non possa in alcun caso limitarsi al mero soccorso, ma debba, secondo una prospettiva più ampia, strutturarsi sulla base di un'articolata pianificazione. Per tale motivo è stato delineato un modello di conduzione delle situazioni emergenziali, costituito da un insieme ben coordinato di azioni e comportamenti, che va dalla prevenzione e previsione dei possibili rischi al soccorso nonché assistenza delle popolazioni sinistrate e si conclude, da ultimo, con la necessaria ricostruzione e ripristino delle normali attività socioeconomiche.

Non si può trascurare accanto all'evoluzione legislativa, l'interpretazione che la giurisprudenza ha dato della normativa in tema di gestione emergenziale e, in particolare, quella fornita dalla nostra Corte Costituzionale. A tale proposito il Giudice delle leggi, nell'affrontare il rapporto tra Stato ed enti territoriali, ha sancito che l'emergenza non può giustificare un sacrifico illimitato delle prerogative regionali, dal momento che il potere di ordinanza riconosciuto per fronteggiare siffatte situazioni risulta normativamente delimitato dalla legge 225/1992, che richiede, oltre ad un nesso di proporzionalità tra l'evento e le misure adottate, soprattutto delle forme di leale collaborazione (2). Infine, la Consulta,

(2) Sul punto v. F. VALENTINI, *Necessità e urgenza: L'evoluzione storica e giuridica dei poteri dell'amministrazione per fronteggiare le emergenze*, in *Dal*

a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, ha sottolineato la necessità di una partecipazione regionale alle attività di Protezione Civile in ossequio al principio di concertazione tra Stato e autonomie territoriali, escludendo il potere della Regione di bloccare attraverso una legge regionale le ordinanze statali di necessità ed urgenza dirette ad affrontare un fatto emergenziale (3).

1.2. Il Decreto Legislativo 2 gennaio 2018, n. 1: continuità e novità

La vetustà della legge 225/1992 (4), istitutiva del Servizio nazionale della Protezione Civile, congiuntamente al mutamento del quadro ordinamentale entro il quale essa era stata originariamente collocata, avvenuto attraverso la riforma del titolo V della Costituzione (5) che ha determinato la traslazione della materia della Protezione Civile alla competenza legislativa concorrente di Stato e Regioni, hanno portato il legislatore italiano ad elaborare una riforma del Servizio nazionale per ricondurre a sistema una materia oggetto di ripetuti interventi disorganici e non sempre coerenti fra loro (6).

Da tempo si avvertiva, infatti, la necessità di un intervento ambizioso che risistemasse in un unico *corpus* organico la disciplina della Protezione Civile, dotando il nostro Paese di un sistema normativo al passo con i tempi.

Sul solco di tale moto rinnovatore, con il D.lgs. 2 gennaio 2018, n.1, al termine di un *iter* legislativo inaugurato dalla legge delega n. 30 del 2017, recante il "Riordino delle disposizioni legislative in materia di sistema nazionale della protezione civile", è stato introdotto nel nostro ordinamento il nuovo Codice della protezione civile.

diritto dell'emergenza al diritto del rischio, L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), 2018.

(3) Cfr. C. Cost. n. 277/2008.

(4) Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale in data 17 marzo 1992, n. 64.

(5) Ad opera della Legge Costituzionale 3/2001.

(6) Che hanno seguito l'andamento storico delle emergenze del Paese.

L'articolato normativo (7), comprensivo di 50 articoli, sostituisce la vecchia legge del '92 di istituzione della protezione civile, ponendosi il fine di irrobustire e semplificare un sistema reputato un'eccellenza anche all'estero (8). Il nuovo Codice, sulla scorta di quanto era già stato previsto dalla legge 225/1992, portatrice di una nuova cultura di protezione civile, delinea una struttura di *governance* delle emergenze improntata ai principi di previsione, prevenzione e pianificazione delle emergenze. Tuttavia, sebbene il D.lgs. 1/2018, n.1, si ponga in una linea di continuità con la legge 255/1992, numerosi sono i punti di rottura (9) con la stessa, in favore di una visione volta a rendere pienamente operativo l'istituto della protezione civile.

Segnatamente, si chiarisce, introducendo un aspetto di particolare novità, che il Servizio nazionale della protezione civile rappresenta l'insieme delle competenze nonché delle attività volte a tutelare, tra gli altri, anche gli animali. Vengono inoltre introdotti un fondo regionale di protezione civile per fronteggiare le emergenze di livello regionale e delle norme di coordinamento in materia di volontariato di protezione civile per favorire in un'ottica solidaristica la partecipazione dei cittadini alle attività di protezione civile. Ancora, nella gestione dei rischi viene riconosciuto rilievo centrale alle competenze territoriali, prevedendo la possibilità di articolare le funzioni di protezione civile su ambiti territoriali e organizzativi ottimali prescelti dalle Regioni nel rispetto dei precetti di sussidiarietà ed adeguatezza (10).

(7) Successivamente oggetto di modifiche ad opera del Decreto Legislativo 6 febbraio 2020, n. 4 contenente "Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, recante: 'Codice della protezione civile'".

(8) In tale senso v. E. MUSCO, '*Prevenire è meglio che curare' entra in vigore il nuovo codice della protezione civile*, in *www.lab-ip.net.*

(9) V. V. PEPE*, La gestione dei rischi nel codice della protezione civile. Brevi note sul sistema italiano e francese*, cit.

(10) *Ibid.*

Infine, la novità più rilevante della nuova disciplina può essere individuata nella possibilità di deliberare uno stato di mobilitazione che consenta all'ente territoriale di impiegare le proprie risorse e di ricorrere a quelle nazionali in una fase prodromica rispetto alla dichiarazione del vero e proprio stato di emergenza.

1.3. L'inquadramento costituzionale del bene giuridico protetto dal Codice di Protezione Civile: alla luce del connesso riparto competenziale

L'art. 1, comma 1, del Codice di protezione civile, rubricato "Definizione e finalità del Servizio nazionale della protezione civile", stabilisce (11) che il Servizio nazionale della protezione civile "esercita la funzione di protezione civile costituita dall'insieme delle competenze e delle attività volte a tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo.".

L'art. 16, ai commi 1 e 2, prevede, inoltre, che "l'azione del Servizio nazionale si esplica, in particolare, in relazione alle seguenti tipologie di rischi: sismico, vulcanico, da maremoto, idraulico, idrogeologico, da fenomeni meteorologici avversi, da deficit idrico e da incendi boschivi", nonché "chimico, nucleare, radiologico, tecnologico, industriale, da trasporti, ambientale, igienico-sanitario e da rientro incontrollato di oggetti e detriti spaziali.".

Dal combinato disposto di queste due disposizioni normative si riescono a comprendere le finalità (12) dell'attività di protezione civile, *rectius* la *ratio legis* del D.lgs. 1/2018 (13).

(11) Conservando la struttura maturata dalla normativa del 1992.

(12) Sulle quali v. l'interessante analisi di U. ALLEGRETTI, *Il Codice della Protezione Civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon*, 2018.

Segnatamente, i beni giuridici da tutelare sono costituiti: dalla vita, dall'integrità fisica, dai beni, dagli insediamenti, dagli animali e dall'ambiente. L'elenco potrebbe essere allargato, per comprendervi anche la flora e il territorio, eventualmente danneggiati dagli eventi naturali (14). Proprio per la tutela dei suddetti beni giuridici il Codice della protezione civile impone una serie di attività di previsione e prevenzione di quei rischi che potrebbero pregiudicarli. In particolare, tra i vari rischi in relazione ai quali si esplica l'azione del Servizio nazionale rientra, anche, quello di carattere igienico-sanitario, che conferma indiscutibilmente la competenza e la responsabilità del D.lgs. 1/2018 a governare l'attuale epidemia da Covid-19.

Appare peraltro evidente come, in una situazione di emergenza ai fini di tutela dei beni giuridici indicati dal Codice, possa presentarsi il problema fondamentale della corretta individuazione dei vari profili competenziali coinvolti (15). Difatti, si genera un vero e proprio intreccio di competenze, dal momento che l'emergenza non rappresenta un ambito differente la cui tutela è rimessa ad un unico soggetto che sostituisce tutti quelli ordinariamente competenti, bensì preesistente che necessita di interventi interdipendenti fra le amministrazioni che a vario titolo detengono prerogative in merito (16).

(13) A questo riguardo le funzioni del Servizio nazionale vengono individuate in sostanziale continuità con la legislazione precedente, aggiungendo alcune specificazioni frutto delle esperienze emergenziali verificatesi nel Paese.

(14) Come correttamente osservato da Allegretti, secondo cui, centrali, appaiono, infatti, tali elementi della natura tanto per la conservazione di molti beni materiali, quanto per il loro riflesso sui valori morali, storici e sociali di interi territori. Cfr. U. ALLEGRETTI, *Il Codice della Protezione Civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, cit.

(15) Cfr. S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intreccio delle competenze e regolazione delle emergenze*, in *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), 2018.

(16) S. CIMINI, *Ibidem.*

Occorre ancora valutare come il D.lgs. 1/2018 si inserisce all'interno del riparto di competenze fissato dalla Costituzione all'art 117.

Prima facie, parrebbe che l'esercizio del potere legislativo consacratosi nel D.lgs. 1/2018 sia riconducibile esclusivamente alla materia della protezione civile, introdotta dalla riforma costituzionale del 2001 tra le competenze concorrenti in cui, allo Stato spetta la fissazione dei principi fondamentali (17), mentre la disciplina di dettaglio viene delegata alle Regioni.

In realtà, la normativa contenuta nel D.lgs. 1/2018 presenta dei rilevanti collegamenti con due ulteriori materie di competenza legislativa concorrente di Stato e Regioni ai sensi dell'art. 117, comma 3, ossia la tutela della salute e il governo del territorio. Inoltre, a seguito di un'analisi maggiormente approfondita, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, si può notare come la disciplina del nuovo Codice della protezione civile risulti soprattutto espressione della materia dell'ordine pubblico e sicurezza, oggetto di competenza esclusiva statale (18).

A tal proposito, tanto il campo della protezione civile quanto quello dell'ordine pubblico e sicurezza presentano dei rilevanti collegamenti ed intrecci reciproci, atteso che si tratta di materie che tutelano tutte il bene giuridico dell'incolumità pubblica (19): ossia

(17) Contenuti proprio nel Codice della protezione civile il quale all'articolo 1, comma 3, prevede espressamente che "Le norme del presente decreto costituiscono principi fondamentali in materia di protezione civile ai fini dell'esercizio della potestà legislativa concorrente".

(18) La disciplina dell'emergenza contenuta nel Codice della protezione civile presenta collegamenti anche con un'ulteriore materia di competenza esclusiva statale, ossia la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali. Cfr. Corte Cost. sentenza n. 284 del 2006; v., inoltre, sul punto F. DI LASCIO, *«La protezione civile nella legislazione successiva alla riforma del Titolo V»,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p.385 ss.

(19) Cfr. Corte cost., sent. 5 maggio 2006, n. 182 secondo cui la tutela dell'incolumità pubblica fa capo alla materia della protezione civile; nonché Corte Cost. sent. n. 254 del 2010; C. cost., sent. n. 264 del 2019.

l'«effettiva cura dell'integrità fisica della popolazione» (20). In tale ottica, proprio la tutela dell'incolumità pubblica sottesa alla disciplina del D.lgs. 1/2018 contribuisce ad avvicinare la disciplina dell'emergenza alle 'materie compito' (21) di esclusiva competenza statale, riconosciute dalla Consulta come trasversali (22) e dunque non rigidamente circoscrivibili ad una precisa competenza di carattere squisitamente descrittivo. Pertanto, appare chiaramente come non ci si trovi dinanzi ad una materia in senso proprio, delimitabile ad uno specifico settore, ma, piuttosto, di fronte ad un obiettivo da realizzare per il legislatore, stante la suscettibilità della disciplina emergenziale a toccare ambiti rimessi alla potestà esclusiva dello Stato quali proprio l'ordine pubblico e la sicurezza (23).

Sicché nella disciplina finalistica dell'emergenza contemplata dal D.lgs. 1/2018, che trascende il semplice ambito oggettivo della protezione civile, i confini della potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni possono essere considerati teleologicamente flessibili (24), ferma ovviamente sempre restando la competenza statale di determinazione dei principi fondamentali in materia.

(20) A. MITROTTI, *La disciplina degli interventi edilizi in zone sismiche ed il valore dell'incolumità pubblica nei principi fondamentali delle materie di 'governo del territorio' e di 'protezione civile'*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, p. 209 ss.

(21) È quanto ha affermato la Corte costituzionale in relazione alla legge n. 225 del 1992, sancendo che la protezione civile consiste «in un complesso di attività che, relativamente al fine di tutelare da eventi calami tosi beni fondamentali degli individui e della collettività, potenzialmente coinvolgono - come si è già osservato - l'intero arco dell'azione delle amministrazioni, degli enti e delle istituzioni presenti sul territorio.». Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 418/1992.

(22) Sulla questione v. F. DI LASCIO, *La protezione civile nella legislazione successiva alla riforma del Titolo V*, cit., p.385 ss.

(23) Lo nota correttamente A. MITROTTI, *La disciplina degli interventi edilizi in zone sismiche ed il valore dell'incolumità pubblica nei principi fondamentali delle materie di 'governo del territorio' e di 'protezione civile',* cit., p. 216 ss.

(24) Flessibilità che viene certamente richiesta dallo stato di emergenza. Cfr.. F. DI LASCIO, *La protezione civile nella legislazione successiva alla riforma del Titolo V*, cit. p.385 ss.; Cfr. Corte Cost. sent. n.308 del 2003.

Tanto è vero che la necessità di una normativa unica (25), a tutela del primario valore dell'incolumità pubblica per tutto il territorio nazionale, mal tollerando diversificazioni legate ai vari ambiti territoriali finisce per relegare la legislazione regionale ad un ruolo meramente esecutivo ovvero integrativo della normativa statale.

Detto in estrema sintesi, il carattere finalistico sotteso alla, peculiare, disciplina emergenziale può ragionevolmente giustificare (anche in relazione alla stringente necessità di dover soddisfare gli oggettivi interessi propri della discrezionalità tecnica nel settore dell'incolumità) la possibilità che in una materia di competenza concorrente come la protezione civile si diano delle ingerenze (26) statali ulteriori rispetto alla pura e semplice fissazione dei principi fondamentali, a fronte della indefettibile esigenza di garanzia delle ineludibili ragioni di unitarietà ed infrazionabilità repubblicana (ex art. 5 Cost.): che prima della riforma del Titolo V della Costituzione avrebbero potuto fondarsi sul richiamo alla clausola generale

(25) A tale proposito v. Corte Cost. n. 277 del 2008, secondo cui «le previsioni contemplate nei richiamati articoli 5 della legge n. 225 del 1992 e 107 del d.lgs. n. 112 del 1998 – le quali legittimano lo Stato ad adottare specifiche ordinanze di necessità ed urgenza per ovviare a situazioni di emergenza – sono espressive di un principio fondamentale della materia della protezione civile, che assume una valenza particolarmente pregnante quando sussistano ragioni di urgenza che giustifichino un intervento unitario da parte dello Stato (sentenza n. 284 del 2006).». Si veda inoltre Corte Cost. sent. n. 39 del 2003 secondo cui «situazioni di emergenza, specialmente connesse a calamità naturali, che reclamano la massima concentrazione di energie umane e di mezzi materiali, possono anche giustificare, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, interventi statali straordinari suscettibili anche di arrecare compressioni della sfera di autonomia regionale (cfr. sentenze n. 520 e n. 127 del 1995).» Ancora, in merito alle esigenze unitarie connesse alla disciplina della protezione civile, v. C. cost., sent., n. 254 del 2010; Corte Cost sent. n. 201 del 2012.

(26) Occorre però ricordare che secondo la Corte Costituzionale «L'emergenza non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale, e il richiamo a una finalità di interesse generale - <pur di precipuo e stringente rilievo> - non dà fondamento, di per sé, a misure che vulnerino tale sfera di interessi, garantita a livello costituzionale (sent. n. 307 del 1983, considerato in diritto, n. 3). L'esercizio del potere di ordinanza deve quindi risultare circoscritto per non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali.» Così Corte cost. sent. n. 127 del 1995.

dell'interesse nazionale (27) ed oggi continuano, comunque, ad essere soddisfatte sub specie della trasversalità di materie come la protezione civile (nonché come la materia di ordine pubblico e sicurezza), oltre che tramite il pregnante funzionamento del fondamentale principio di sussidiarietà (28).

Per i motivi di cui *supra* si era, dunque, reso indispensabile un modello uniforme ed omogeneo di regolazione delle competenze basato non esclusivamente sulla mera separazione delle stesse, bensì su una struttura cooperativa in cui tutelare tutti gli unitari interessi costituzionali in gioco. Fondamentale è stata, così, l'istituzione di una struttura di direzione e coordinamento quale il Servizio nazionale della protezione civile.

(27) Prevista dal vecchio art. 117 della Costituzione e di cui le materie compito costituiscono ora una sorta di positivizzazione. A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, 2020

(28) Cfr. Tar Calabria, sentenza n. 841/2020 a mente della quale «il fatto che la legge abbia attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di individuare in concreto le misure necessarie ad affrontare un'emergenza sanitaria trova giustificazione nell'art. 118, comma 1 Cost» atteso che il principio di sussidiarietà «impone che, trattandosi di emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali sia operata al livello amministrativo unitario.». Ne consegue che, in ossequio alla teoria della c.d. chiamata in sussidiarietà nonché al principio di legalità dell'azione amministrativa: all'avocazione della funzione amministrativa debba accompagnarsi l'attrazione della competenza legislativa necessaria alla sua disciplina, e dunque «l'attrazione in capo allo Stato della competenza legislativa, pur in materie concorrenti quali la 'tutela della salute' e la 'protezione civile'». (Cfr., sul punto, Corte Cost. 1° ottobre 2003, n. 303 sulla quale si vedano gli interessanti commenti di A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare…) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2003; Q. CAMERLENGO, *Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2003; Corte cost. 22 luglio 2010, n. 278 che sottolinea la necessità per cui all'intervento legislativo per esigenze unitarie si accompagnino forme di leale collaborazione tra Stato e Regioni nel momento dell'esercizio della funzione amministrativa). Sul punto si veda anche L. GIURATO, *Le relazioni "pericolose" tra enti territoriali nella gestione dell'emergenza Covid19: il principio di leale collaborazione come baluardo dell'interesse nazionale?*, in *dirittifondamentali.it*, 2020

La legge 225/1992 (29) ha, infatti, strutturato la protezione civile secondo un'organizzazione policentrica, poi conservata dallo stesso D.lgs. 1/2018, che comprende soggetti differenti ma, al contempo, conferisce il potere di guida e di coordinamento del Servizio nazionale e delle azioni di protezione civile ad un organo ad *hoc*, ossia il Dipartimento della protezione civile.

1.4. Dalla fase prodromica di mobilitazione alla dichiarazione dello stato di emergenza

All'interno del nuovo Codice (30) riveste, indubbiamente, importanza focale il Capo IV (Artt. 23 – 30), dedicato alla "Gestione delle emergenze di rilievo nazionale". Difatti, l'intervento legislativo ha l'obiettivo di rafforzare l'azione del Servizio Nazionale di protezione civile, con particolare attenzione alle attività di emergenza. In tale ottica viene delineata una serie di fasi per la gestione delle emergenze nazionali (31).

L'art. 23 disciplina, in particolare, come prodromica alla deliberazione dello stato di emergenza, la dichiarazione dello stato di mobilitazione del Servizio Nazionale della Protezione Civile, che viene deliberata con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Capo del Dipartimento della protezione civile e su richiesta del Presidente della Regione, in occasione o in vista di eventi emergenziali che possano manifestarsi con intensità tale da compromettere l'integrità della vita e dei beni primari.

A tal fine il Dpcm sancisce la mobilitazione del Servizio nazionale a sostegno dei sistemi regionali interessati attraverso il

(29) La quale, secondo la giurisprudenza costituzionale, non ha modificato la ripartizione delle materie e delle competenze tra Stato e regioni. Cfr. Corte Cost. sent. n. 418 del 1992.

(30) Che delinea, in particolar modo, le finalità, le attività e la composizione del Servizio nazionale della protezione civile.

(31) Per approfondire la questione, quantomai attuale, della dichiarazione di emergenza per rischio sanitario si veda G. P. DOLSO, *Nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020.

coinvolgimento delle colonne mobili delle altre Regioni e Province autonome e del volontariato organizzato di protezione civile, nonché delle strutture operative nazionali. In relazione all'evoluzione dell'evento, con un ulteriore Dpcm, può essere prevista la cessazione dello stato di mobilitazione, salvo che si proceda alla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale ai sensi dell'articolo 24.

Alla fase di cui *supra* può seguire, difatti, proprio la deliberazione (32) dello stato di emergenza di rilievo nazionale di cui all' art. 24, articolata su due livelli:

I- una preveniva valutazione speditiva compiuta dal Dipartimento della Protezione Civile, sulla base dei dati e delle informazioni a disposizione e in raccordo con le Regioni e Province autonome interessate, diretta alla verifica della sussistenza dei requisiti necessari a qualificare l'evento (33) emergenziale quale emergenza di rilievo nazionale, che necessita, *ex* articolo 7 (34), comma 1, lettera c), di essere affrontata con interventi immediati nonché con mezzi e poteri straordinari. All'esito di tale valutazione il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio, formulata anche su richiesta

(32) Il quinto comma dell'art. 24 inoltre conferma le disposizioni previgenti secondo le quali le deliberazioni dello stato di emergenza sono sottratte al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti.

(33) Per quanto attiene ai presupposti necessari per la deliberazione, viene fatto riferimento non solamente al verificarsi degli eventi, ma anche alla loro imminenza.

(34) Ai sensi del quale: "ai fini dello svolgimento delle attività di cui all'articolo 2, gli eventi emergenziali di protezione civile si distinguono in: a) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili, dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; b) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura o estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni, e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, disciplinati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano nell'esercizio della rispettiva potestà legislativa; c) emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24.".

del Presidente della Regione ovvero della Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l'intesa, procede alla deliberazione dello stato di emergenza.

II- a seguito della valutazione dell'effettiva portata dell'evento calamitoso, effettuata congiuntamente dal Dipartimento della Protezione Civile e dalle Regioni e Province autonome interessate, sulla base di una relazione del Capo del Dipartimento della protezione civile, il Consiglio dei Ministri individua, con propria deliberazione, le ulteriori risorse finanziarie necessarie per:

- il completamento degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione,

- il ripristino della funzionalità dei servizi pubblici, di gestione dei rifiuti e delle macerie e delle misure economiche di sostegno *ex* art. 25, comma 2, lettere a), b) e c) nonché l'avvio degli interventi più urgenti per la tutela dell'incolumità di cui all'art. 25, comma 2, lettera d), acconsentendo alla spesa nell'ambito del Fondo previsto per le emergenze nazionali.

Qualora, in seguito, si rilevi l'insufficienza delle risorse destinate alle attività di completamento degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione, è prevista la possibilità di adottare ulteriori delibere da parte del Consiglio dei Ministri, sulla base di una relazione del Capo del Dipartimento della Protezione Civile, per individuare le risorse finanziarie necessarie. Inoltre, lo stato di emergenza di rilievo nazionale deve avere una durata massima (35) di 12 mesi, ed è prorogabile al massimo per ulteriori 12 mesi (36).

Merita, da ultimo, osservare come nel nostro ordinamento giuridico, tralasciate alcune letture pressoché superate del testo unico

(35) Si prevede, ancora, che la revoca dello stato di emergenza debba essere disposta nel rispetto della procedura dettata per la sua deliberazione.

(36) In tale modo la durata dello stato di emergenza risulta raddoppiata rispetto alla normativa precedente.

delle leggi di pubblica sicurezza (37) e la discussa deliberazione dello stato di guerra ad opera delle Camere *ex* art. 78 della Costituzione (38), da cui si fa discendere la possibilità di attribuire al Governo i poteri necessari, l'unico stato di emergenza legislativamente disciplinato sia proprio quello deliberato dal ai sensi del Codice della Protezione Civile.

1.5. Ordinanze di protezione civile e misure per fronteggiare l'emergenza

Strettamente connessa con la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale risulta certamente la possibilità di adottare ordinanze di Protezione Civile (39), già riconosciuta dall'art. 5 della legge n. 255/92 (40) e ora confermata del D.lgs. 1/2018. Si tratta di una particolare tipologia di ordinanze contingibili e urgenti, ovvero di atti formalmente amministrativi, capaci, tuttavia, di sospendere e derogare norme di livello primario che per tale motivo hanno sollevato vari problemi interpretativi.

La natura giuridica dell'ordinanze *extra ordinem* è stata oggetto di un forte dibattitto dottrinale, a seguito del quale la giurisprudenza costituzionale ne ha riconosciuto la natura non normativa (41), bensì

(37) In merito alla supposta possibilità di proclamare lo stato di emergenza previsto dal TULPS, che consente al prefetto di "ordinare l'arresto o la detenzione di qualsiasi persona qualora ciò si ritenga necessario per ristabilire o conservare l'ordine pubblico" *ex* art. 215, si veda D. GALLO, *La verità del 12 dicembre*, in *www.Articolo21.org*

(38) Ai sensi del quale: "Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari.". si veda, inoltre, in merito ai rapporti tra carta Costituzionale e situazioni emergenziali, S. TROILO, *Sul fondamento legale e competenziale delle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19 adottate in italia*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020.

(39) Le quali vengono emanate a seguito di intese con le Regioni e le Province autonome territorialmente interessate. In merito alle ordinanze di protezione civile si veda, *ex multis*, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in riv. *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2020.

(40) Le cui emanazione era subordinata anche in tale legge alla dichiarazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri.

(41) Contrariamente v. M. GERARDO, *Le fonti del diritto nell'ordinamento giuridico italiano. Individuazione, tipologie e vicende*, in *www.avvocaturastato.it*, p.

amministrativa (42). Occorre rilevare, però, che tali provvedimenti, a differenza degli altri atti amministrativi. costituiscono un'evidente eccezione ai principi di tipicità e di nominatività, dal momento che il loro contenuto non è predeterminato dalla legge, ma viene rimesso all'autorità che li emana. Inoltre, in merito al fondamento e all'ammissibilità costituzionale delle ordinanze di necessità e urgenza disciplinate dalla legge sulla protezione civile n. 255/92, si sono distinte in dottrina varie posizioni (43). Tra queste si ritiene preferibile la tesi (44) che esclude l'incostituzionalità della legge *de qua* e individua solamente nella prassi attuativa delle sue disposizioni le eventuali violazioni del principio di legalità perpetrate con le ordinanze contingibili e urgenti.

Dal canto suo la Corte costituzionale attraverso varie sentenze (45) ha avuto modo di sancire i requisiti necessari per armonizzare il potere di ordinanza con il sistema costituzionale. Segnatamente, secondo la Consulta le ordinanze devono fondarsi su una specifica

45, secondo cui «Quando vi è una espressa previsione, tali ordinanze formalmente si presentano come atti amministrativi, mentre sostanzialmente esse possono incidere sulla legislazione; pertanto hanno anche natura di norma giuridica, innovando l'ordinamento giuridico.».

(42) Cfr. M. RICCI, *Il potere di ordinanza nella gestione delle emergenze ambientali*, in *AmbienteDiritto.it*, 2019 rileva correttamente che «Le pronunce della Corte Costituzionale nn. 8 del 1956 e 26 del 1961 confermano la natura amministrativa delle ordinanze; tuttavia, nella sentenza n. 4 del 4 gennaio 1977, sarebbe stata ammessa la possibilità che le ordinanze potessero avere una «natura normativa», sebbene non potessero essere considerate come fonti del diritto; ci si è chiesti, però, in che cosa possa consistere la natura normativa delle ordinanze, se non nella produzione di norma giuridiche».

(43) Per un'attenta disamina delle quali v. C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto Pubblico*, 2009, p. 317 ss.

(44) Sostenuta tra gli altri da G.U.RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur.cost*., 1995, p. 2201; V.CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir.pub*., 2007, 379 ss.; F.SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 307.

(45) Cfr. Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8; 23 maggio 1961, n. 26; 3 aprile 1987, n. 100; 3 maggio 1987, n. 201. Si veda, inoltre, la sentenza n. 127/1995, concernente il conflitto di attribuzione, sollevato dalla Regione Puglia contro l'ordinanza del Presidente del Consiglio, che sulla base della legge n. 225/1992, disponeva gli interventi immediati.

autorizzazione legislativa volta a circoscrivere il potere di ordinanza, individuando in ossequio al principio di legalità, il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata. Tali provvedimenti devono poi avere un'efficacia limitata nel tempo ed essere sorretti da un'adeguata motivazione (46). Inoltre, le ordinanze possono derogare norme di legge vigenti, ma non abrogarle né modificarle. Il potere di ordinanza incontra, altresì, un limite invalicabile nel rispetto delle norme costituzionali, dei principi generali dell'ordinamento giuridico nonché della riserva di legge (47). Da ultimo, le ordinanze contingibili e urgenti devono risultare strumentali, ossia adeguate allo scopo perseguito, in conformità ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza rispetto al contesto di emergenza (48).

Nella prassi, tuttavia, dal momento che le ordinanze di protezione civile consentono il raggiungimento di risultati per i quali un *iter* legislativo ordinario imporrebbe sacrifici ben maggiori (49), si è assistito in diversi casi ad un vero e proprio abuso di tale strumento, cui si è fatto ricorso per la gestione di emergenze protrattesi nel tempo e, di conseguenza, prive del necessario carattere di temporaneità.

(46) Nonché da un'efficace pubblicazione nelle ipotesi in cui provvedimento non abbia carattere individuale.

(47) Sulla distinzione tra riserva relativa e assoluta v. A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente nei più recenti indirizzi giurisprudenziali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1998, p. 328, secondo cui «È necessario che la legge preveda la conformità del provvedimento alla Costituzione, e l'impossibilità di incidere su riserve di legge assolute. La possibilità di incidere su riserve relative deve essere circoscritta ai casi in cui la norma di legge che prevede il potere di ordinanza ponga adeguati limiti allo stesso, con la previsione di criteri-guida per il suo esercizio 13. In caso di violazione dei summenzionati limiti, non previsti espressamente da nessuna delle norme in esame, è configurabile la nullità del provvedimento per carenza di potere». Si veda inoltre C. cost. 27 maggio 1961, n. 26.

(48) Cfr. G. MARAZZITA, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2011, p. 1 ss.

(49) Cfr. M. RICCI, *Il potere di ordinanza nella gestione delle emergenze ambientali*, cit.

Per quanto attiene, in particolare, alle previsioni del D.lgs. 1/2018, l'art. 25 prevede che al coordinamento dell'attuazione degli interventi resisi necessari durante lo stato di emergenza (50) di rilievo nazionale si provveda attraverso le ordinanze di protezione civile, anche in deroga alla normativa vigente. Nell'ipotesi di deroghe alle leggi vigenti, tuttavia, le ordinanze devono indicare le norme cui si intende derogare e richiedono una specifica motivazione, consentendo in tal modo una sindacabilità in sede giurisdizionale amministrativa in merito ai profili della violazione di legge e dell'eccesso di potere. Sussistono, inoltre, dei limiti alle possibilità di deroga, costituiti dai principi generali dell'ordinamento giuridico, dalle norme dell'Unione europea nonché dai criteri indicati nel decreto di dichiarazione dello stato di emergenza.

Si tratta, dunque, di ordinanze motivate ma di tipo 'libero' (51), dal momento che viene riconosciuta un'ampia discrezionalità all'autorità amministrativa nel determinare le misure d'emergenza necessarie, che non sono tipizzate dal Codice.

La norma non specifica il destinatario del potere di ordinanza, tuttavia risulta pacifico che l'emanazione spetti al Capo del Dipartimento della protezione civile, così come emerge solo indirettamente dall'ultimo periodo del comma 10, in cui viene fatto riferimento alle "ordinanze di protezione civile eventualmente non emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile". Si tratta all'evidenza di un potere esercitabile dal Presidente del Consiglio dei Ministri per il tramite del Capo Dipartimento della protezione civile (52).

(50) Le ordinanze di protezione civile possono essere adottate esclusivamente sulla base di una dichiarazione d'emergenza nazionale ai sensi dell'art. 24.

(51) Cfr. G. MARAZZITA, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, cit., p. 1 ss.

(52) Cfr. S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intreccio delle competenze e regolazione delle emergenze*, cit., p. 116.

Per quanto attiene al contenuto (53) dell'ordinanza di Protezione Civile, vi rientrano, *ex multis*:

-le disposizioni per la gestione dei rifiuti, delle macerie, del materiale vegetale o alluvionale o delle terre e rocce da scavo prodotti dagli eventi

-le misure dirette a garantire la continuità amministrativa nei territori interessati, anche attraverso interventi di carattere temporaneo

-le prime misure economiche di immediato sostegno al tessuto economico e sociale nei confronti della popolazione e delle attività economiche direttamente interessate dall'evento

Le ordinanze devono essere trasmesse a titolo informativo al Presidente del Consiglio dei Ministri nonché alle Regioni o Province autonome interessate. Si prevede, infine, la possibilità di nominare

(53) Nello specifico il secondo comma dell'art. 25 prevede che attraverso le ordinanze di protezione civile si possa disporre, nel limite delle risorse disponibili, in ordine: "a) all'organizzazione ed all'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'evento; b) al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, alle attività di gestione dei rifiuti, delle macerie, del materiale vegetale o alluvionale o delle terre e rocce da scavo prodotti dagli eventi e alle misure volte a garantire la continuità amministrativa nei comuni e territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea; c) all'attivazione di prime misure economiche di immediato sostegno al tessuto economico e sociale nei confronti della popolazione e delle attività economiche e produttive direttamente interessate dall'evento, per fronteggiare le più urgenti necessità; d) alla realizzazione di interventi, anche strutturali, per la riduzione del rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi calamitosi, strettamente connesso all'evento e finalizzati prioritariamente alla tutela della pubblica e privata incolumità, in coerenza con gli strumenti di programmazione e pianificazione esistenti; e) alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle strutture e delle infrastrutture, pubbliche e private, danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dai beni culturali e paesaggistici e dal patrimonio edilizio, da porre in essere sulla base di procedure definite con la medesima o altra ordinanza; f) all'attuazione delle misure per far fronte alle esigenze urgenti di cui alla lettera e), anche attraverso misure di delocalizzazione, laddove possibile temporanea, in altre località del territorio regionale, entro i limiti delle risorse finanziarie individuate con delibera del Consiglio dei ministri, sentita la regione interessata, e secondo i criteri individuati con la delibera di cui all'articolo 28.".

dei commissari delegati (54) per il coordinamento dell'attuazione delle suddette ordinanze.

L'art. 26 regolamenta l'ordinanza, che deve essere emanata almeno 30 giorni prima della scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale, volta a consentire il rientro nell'ordinario (55). Si tratta di un provvedimento finalizzato a disciplinare il proseguimento dell'esercizio delle funzioni commissariali in via ordinaria nel coordinamento con gli interventi conseguenti all'evento, pianificati ancorché non ultimati.

Il Codice stabilisce una durata massima di 6 mesi per le disposizioni derogatorie, eventualmente prescritte dall' ordinanza *de qua*, in materia di affidamento di lavori pubblici e di acquisizione di beni e servizi nonché per la riduzione dei termini analiticamente individuati. Occorre, anche in tale ipotesi, che le previsioni derogatorie rispettino i principi generali dell'ordinamento giuridico e le norme dell'Unione Europea.

Da ultimo, all'art. 28 (56) viene presa in considerazione l'adozione di specifiche delibere da parte del Consiglio dei Ministri, con l'obiettivo di definire le modalità di concessione di agevolazioni, contributi e forme di ristoro, a vantaggio dei soggetti pubblici, privati nonché delle attività economiche e produttive danneggiate dagli eventi calamitosi.

2-Rapporto tra fonti nazionali e locali nella disciplina dell'emergenza

(54) Stabilendo, al comma 7 dell'art. 25, che i commissari "fino alla scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale, operano in regime straordinario, mentre successivamente, fino alla chiusura della contabilità speciale, curano la prosecuzione delle attività in regime ordinario.".

(55) Sul punto v. G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Consulta Online*, 2020, p. 1 ss.

(56) Occorre, ancora, ricordare come all'art. 27 venga disciplinata l'apertura delle contabilità speciali al fine di consentire l'attuazione delle ordinanze di protezione civile e il trasferimento delle risorse finanziarie alle contabilità stesse.

2.1. *Modello previsto dal d.lgs. 1/2018: soggetti coinvolti e rispettiva area di competenza*

Scopo di questa trattazione è delineare l'ambito delle competenze statali e regionali nella gestione delle emergenze e, nello specifico, indagare se e come la distribuzione di queste competenze abbia subito variazioni con il verificarsi dell'emergenza COVID-19.

Nell'ordinamento italiano il sistema di gestione delle emergenze non è pienamente costituzionalizzato (57); anzi, una parte rilevante di esso ha carattere sub-costituzionale e si sostanzia nel d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, cd. Codice della protezione civile (58).

Prima di procedere a una ricognizione delle previsioni del d.lgs. 1/2018 rilevanti al nostro scopo, giova sottolineare che la 'protezione civile' viene inserita dall'art. 117 Cost. tra le materie di legislazione concorrente. Da ciò consegue che quanto previsto in termini di principi generali dal Codice della protezione civile può essere integrato da interventi legislativi regionali (59).

Il Servizio nazionale della protezione civile è costituito da una pluralità di soggetti – sia di natura pubblica che privata – e organi politici, amministrativi e tecnici.

Il d.lgs. 1/2018 individua all'art. 3, comma 1, le autorità facenti parte del Servizio nazionale di protezione civile, che sono:

a) il Presidente del Consiglio dei Ministri, in qualità di autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia;
b) i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano, in qualità di autorità territoriali di protezione civile e in

(57) B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, V ss.

(58) U. ALLEGRETTI, *Il Codice della Protezione Civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n.1)*, in *aedon.mulino.it.*

(59) S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intreccio di competenze e regolazione delle emergenze*, in AA.VV. *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, a cura di L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police, Napoli, 2018, 101.

base alla potestà legislativa attribuita, limitatamente alle articolazioni appartenenti o dipendenti dalle rispettive amministrazioni;

c) i Sindaci metropolitani e i Sindaci, in qualità di autorità territoriali di protezione civile limitatamente alle articolazioni appartenenti o dipendenti dalle rispettive amministrazioni.

Al comma 2 viene poi stabilito che il Servizio nazionale si articola in 'componenti', 'strutture operative nazionali e regionali', nonché 'soggetti concorrenti'. In coerenza con i rispettivi ordinamenti e a quanto stabilito dal Codice, si specifica che operano con riferimento agli ambiti di governo delle rispettive autorità di protezione civile (di cui al comma 1) i seguenti soggetti:

a) il Dipartimento della protezione civile – di cui si avvale il Presidente del Consiglio nell'esercizio della sua funzione di indirizzo e coordinamento del Servizio nazionale – e le Prefetture;

b) le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano;

c) i Comuni, anche in forma associata, le Città metropolitane e le Province.

All'art. 4 vengono individuate le 'componenti' del Servizio nazionale di protezione civile: si tratta di Stato, Regioni, Province autonome di Trento e Bolzano ed enti locali. Inoltre, sono molti i soggetti individuati dal Codice come facenti parte delle 'strutture operative': componente fondamentale è il Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, coadiuvato da Forze armate, Forze di polizia, enti e istituti di ricerca nazionale con finalità di protezione civile, Istituto nazionale di geofisica e vulcanologia, Consiglio nazionale delle ricerche, strutture del Servizio sanitario nazionale, volontariato organizzato di protezione civile, Associazione della Croce rossa italiana, Corpo nazionale del soccorso alpino e speleologico, strutture preposte alla gestione dei servizi metereologici a livello nazionale, etc.

L'art. 19 è specificamente dedicato al ruolo della comunità scientifica, la quale – viene stabilito al comma 1 – partecipa al Servizio nazionale mediante l'integrazione nelle attività di protezione civile di conoscenze e prodotti derivanti da attività di ricerca e innovazione, anche già disponibili, che abbiano raggiunto un livello di maturazione e consenso riconosciuto dalla stessa comunità scientifica secondo le prassi in uso. La partecipazione all'attività di cui al comma 1 si realizza, tra l'altro, anche tramite la collaborazione nelle attività di predisposizione della normativa tecnica di interesse (art. 19, comma 2, lett. d)).

All'art. 5, il Codice assegna al Presidente del Consiglio un ruolo di coordinamento e di indirizzo. Infatti, per il conseguimento delle finalità del Servizio nazionale, il Presidente ha poteri di ordinanza in materia di protezione civile, da esercitare per il tramite del Capo del Dipartimento di protezione civile, salvo quanto diversamente stabilito dalla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, di cui all'art. 24.

Inoltre, il Presidente del Consiglio determina le politiche di protezione civile per la promozione e il coordinamento delle attività delle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province, dei Comuni, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione e organizzazione pubblica o privata presente sul territorio nazionale.

Al comma 2 viene stabilito che il Presidente del Consiglio, con direttive da adottarsi ai sensi dell'art. 15, predispone gli indirizzi per lo svolgimento in forma coordinata delle attività di protezione civile (di cui all'art. 2), al fine di assicurarne l'unitarietà nel rispetto delle peculiarità dei territori.

A tal proposito, l'art. 15 stabilisce che le direttive del Presidente del Consiglio sono adottate su proposta del Capo del Dipartimento di protezione civile e previa intesa da sancire in sede di Conferenza

unificata ovvero di Conferenza Stato-Regioni in ragione delle competenze interessate dalle disposizioni ivi contenute, ferme restando le competenze delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano.

Nel rispetto delle direttive di cui all'art. 15 e di quanto previsto dalla legislazione regionale, il Codice assegna ai Sindaci, ai Sindaci metropolitani e ai Presidenti delle Regioni, in qualità di autorità territoriali di protezione civile, l'esercizio delle funzioni di vigilanza sullo svolgimento integrato e coordinato delle attività da parte delle strutture afferenti alle rispettive amministrazioni (art. 6, comma 1). Nello specifico, le autorità territoriali di protezione civile sono responsabili, tra l'altro, del recepimento degli indirizzi nazionali in materia di protezione civile, nonché della promozione, dell'attuazione e del coordinamento delle attività di protezione civile esercitate dalle strutture organizzative di propria competenza.

Sotto un profilo oggettivo, è rilevante sottolineare come il Codice preveda all'art. 7 una distribuzione delle emergenze su tre livelli, a seconda della loro intensità. Infatti, gli eventi emergenziali sono distinti in:

a) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria;
b) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura o estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni, e devono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, disciplinati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e Bolzano nell'esercizio della rispettiva potestà legislativa;

c) emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione devono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, ai sensi dell'art. 24 (con cui è disciplinata la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale).

Proprio al verificarsi di emergenze di rilievo nazionale, il Capo del Dipartimento della protezione civile convoca (e presiede) il Comitato operativo nazionale della protezione civile, al fine di coordinare gli interventi delle componenti e delle strutture operative del Servizio nazionale. Esso opera nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri ed è composto da tre rappresentanti del Dipartimento della protezione civile, dai rappresentanti di Stato, Regioni ed Enti Locali ('componenti' del Servizio nazionale) e dal Capo del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco (art. 14).

È dunque corretto osservare che il sistema di protezione civile è un sistema piramidale, per cui più aumenta l'intensità dell'evento calamitoso e più la competenza si sposta verso l'alto. In altre parole, il criterio di attribuzione delle competenze si rifà al principio di sussidiarietà verticale (oltre che a quelli di cooperazione e di adeguatezza) (60).

2.2. *Superamento del modello previsto dal d.lgs. 1/2018: ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile e d.P.C.M.*

Basandosi su quanto appena illustrato, risulta evidente come lo strumento principe per la regolazione delle situazioni di emergenza previsto dal d.lgs. 1/2018 siano le ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile.

(60) S. CIMINI, *ivi,* 109.

Di conseguenza, nel caso di conflitto tra queste ordinanze e altri atti amministrativi dovrebbero essere le prime a prevalere, in ragione del criterio di competenza (61).

Tra l'altro, a queste ordinanze si faceva richiamo nella delibera dello stato di emergenza nazionale del 31 gennaio 2020 quale strumento volto ad attuare gli interventi di cui all'art. 25, comma 2, lett. a) e b) d.lgs. 1/2018; sorprende quindi la scelta di poco successiva di ricorrere al d.P.C.M. come strumento sostanzialmente sostitutivo dell'ordinanza per far fronte alla situazione emergenziale.

La scelta del ricorso al d.P.C.M. è stata da alcuni criticata non solo perché si tratta di uno strumento del tutto estraneo alla finora esistente disciplina dell'emergenza, ma anche perché si nutrono dei dubbi non trascurabili sulla possibilità di limitare diritti costituzionalmente garantiti e coperti da riserva assoluta di legge con un atto di natura amministrativa (62), che fonda la sua legittimità su un decreto legge, il quale dovrebbe invece dettare norme di immediata applicazione (63). Probabilmente sarebbe stato opportuno introdurre queste limitazioni direttamente con un decreto legge, considerato che nasce appositamente per fronteggiare casi straordinari di necessità e urgenza (art. 77 Cost.).

2.3. Superamento del modello previsto dal d.lgs. 1/2018: competenze statali e regionali

Con l'approvazione del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 e poi del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 si è venuto a creare un sistema di disciplina

(61) In tal senso anche L. MAZZAROLLI, *Sulle fonti del diritto in tempi di virus. Parte II – La guerra delle ordinanze*, in *Quaderni amministrativi n.2,* 2020, 19.

(62) Vedasi Sent. Corte Cost. n. 26/1961, citata in L. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo* extra ordinem*, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *federalismi.it*, 17.

(63) L. MAZZAROLLI, *ivi*, 20.

dell'emergenza inedito rispetto a quello originariamente configurato dal d.lgs. 1/2018 e derogatorio di quest'ultimo.

Al fine di fare chiarezza sul riparto di competenze statali e regionali alla luce di questi ultimi interventi è utile esaminare la recente pronuncia del TAR Calabria, Sez. I, del 9 maggio 2020, n. 841, che ha annullato l'ordinanza della Presidente della Regione Calabria del 29 aprile 2020, n. 37, nella parte in cui consentiva sul territorio regionale la ripresa delle attività all'aperto di bar e ristoranti. Questa sentenza è rilevante sotto diversi profili.

Innanzitutto, il TAR Calabria ha escluso, per il caso di specie, la presenza degli estremi per sospendere il giudizio e sollevare davanti alla Corte Costituzionale questione di legittimità del d.l. 19/2020, poiché:

a) *Lo Stato aveva la competenza legislativa ad adottare il d.l. 19/2020.*

Lo Stato aveva la competenza legislativa ad adottare il decreto *de quo*, sulla base sia dell'art. 117, comma 2, lett. q) Cost., che gli attribuisce competenza esclusiva in materia di 'profilassi internazionale', sia dell'art. 117, comma 3 Cost., che gli attribuisce competenza concorrente in materia di 'tutela della salute' e 'protezione civile'.

b) *La restrizione alla libertà di iniziativa economica è predeterminata dalla legge.*

Il contenuto del provvedimento adottato sulla base del d.l. 19/2020 risulta predeterminato dal decreto stesso, il quale rende possibile la "limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande". Alla discrezionalità dell'autorità amministrativa è demandata la sola individuazione dell'ampiezza di tale limitazione in ragione dell'esame epidemiologico.

Va tuttavia notato che questa osservazione, sebbene corretta, non provvede a fugare tutti i dubbi relativi all'opportunità di utilizzare lo strumento del d.P.C.M. anziché quello del decreto legge per limitare diritti coperti da riserva di legge, in quanto è lo stesso TAR ad evidenziare che, per quanto riguarda il caso di specie, non è prevista una riserva di legge in ordine alle prescrizioni da imporre all'imprenditore allo scopo di assicurare che l'iniziativa economica non sia di pregiudizio per la salute pubblica (e quindi tali prescrizioni possono essere imposte anche con un atto amministrativo).

c) *Il principio di sussidiarietà giustifica l'avocazione da parte dello Stato della funzione amministrativa, a cui consegue la chiamata in sussidiarietà della funzione legislativa.*

Il fatto che la legge abbia attribuito al Presidente del Consiglio il potere di individuare in concreto le misure necessarie ad affrontare l'emergenza sanitaria trova giustificazione nell'art. 118, comma 1 Cost. (64): poiché si tratta di un'emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali deve essere operata a livello amministrativo unitario, nel rispetto del principio di sussidiarietà.

Poiché all'avocazione da parte dello Stato della funzione amministrativa deve seguire l'attrazione della competenza legislativa necessaria alla sua disciplina – pur in materie concorrenti quali la 'tutela della salute' e la 'protezione civile' – si assiste al fenomeno della chiamata in sussidiarietà di quest'ultima (65).

Va precisato che la condizione affinché ciò si verifichi è che all'intervento legislativo per esigenze unitarie si accompagnino forme

(64) Sulla chiamata in sussidiarietà vedasi C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato – Regioni,* in *Le Regioni*, 2-3, 2011, 455 ss. Si veda inoltre la fondamentale sentenza della Corte Cost. 1° ottobre 2003, n. 303.

(65) In tal senso anche A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice,* Napoli, 2020[1], 220 ss.

di leale collaborazione tra Stato e Regioni (66) nell'esercizio della funzione amministrativa.

Secondo il TAR Calabria, questa condizione è da ritenersi soddisfatta dalla previsione dell'art. 2 d.l. 19/2020, che prevede che il Presidente del Consiglio adotti i decreti sentiti, fra gli altri, i Presidenti delle Regioni interessate (nel caso in cui riguardino specifiche Regioni) ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale).

Infine, il TAR respinge l'ipotesi secondo cui nel caso di specie sarebbero stati attribuiti all'amministrazione centrale dei poteri sostitutivi non previsti in Costituzione, poiché non v'è stato un intervento sostitutivo da parte dello Stato, ma – come appena illustrato – v'è stata avocazione delle funzioni amministrative in ragione del principio di sussidiarietà, accompagnata dalla chiamata in sussidiarietà della funzione legislativa.

Risolte queste questioni relative alla legittimità costituzionale del d.l. 19/2020, il TAR afferma che l'ordinanza regionale non può trovare fondamento nell'art. 32 l. 23 dicembre 1978, n. 833, che al comma 3 disciplina il potere del Presidente della Regione di emanare ordinanze contingibili e urgenti in materia di igiene e sanità pubblica (con efficacia estesa alla Regione o a parte di essa). La disposizione della l. 833/1978 risulta infatti derogata dall'art. 3, comma 3 d.l. 19/2020, che stabilisce che i limiti al potere di ordinanza del Presidente della Regione, delineati al comma 1, valgono per tutti gli "atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente".

(66) Sulla leale collaborazione vedasi C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato – Regioni,* cit. Cfr. Corte Cost. 1° ottobre 2003, n. 303.

Ai fini della nostra trattazione va comunque specificato che le ordinanze del Presidente della Regione adottate ai sensi dell'art. 32, comma 3 l. 833/1978 (quando non derogato dal d.l. 19/2020) soccombono alle ordinanze del Ministro della Salute adottate *ex* comma 1 del medesimo articolo ed efficaci per l'intero territorio nazionale (o parte di esso), avendo le prime natura residuale (67).

Il TAR giunge quindi a dichiarare l'illegittimità dell'ordinanza della Presidente della Regione Calabria, in quanto le Regioni possono intervenire solo nei termini delineati dall'art. 3, comma 1 d.l. 19/2020, non integrati nel caso di specie.

Possiamo dunque concludere che il nuovo sistema delineatosi con l'intervento dei dd.ll. 6/2020 e 19/2020 è risultato in larga parte sostitutivo del sistema previsto dal d.lgs. 1/2018, a cui è lasciato qualche spazio di intervento in via residuale.

Nel nuovo sistema lo spazio collaborativo tra Stato e Regioni è andato restringendosi e si sostanzia principalmente nell'elaborazione degli atti centrali. Al di fuori di questo scenario, l'intervento regionale è limitato alla possibilità di adottare misure di efficacia locale "nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale", a tre condizioni: che si tratti di interventi destinati a operare nelle more dell'adozione di un nuovo d.P.C.M.; che si tratti di interventi giustificati da "situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario" proprie della Regione interessata; che si tratti di misure "ulteriormente restrittive" delle attività sociali e produttive esercitabili nella Regione (art. 3, comma 1 d.l. 19/2020).

3-Rapporti tra gli atti adottati e il codice della protezione civile (D.lgs. 1/2018)

(67) L. MAZZAROLLI, *Sulle fonti del diritto in tempi di virus*, cit., 19.

3.1. Dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario

In base all'art. 1 del Codice della Protezione civile, il Servizio Nazionale della protezione civile, di seguito Servizio Nazionale, "definito di pubblica utilità, è il sistema che esercita la funzione di protezione civile costituita dall'insieme delle competenze e delle attività volte a tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo". In questo quadro il Servizio Nazionale concorre al perseguimento delle finalità previste dalla normativa UE in materia di protezione civile che opera attraverso il Meccanismo Europeo di Protezione Civile (68) al fine di rispondere tempestivamente ed in maniera efficacie alle emergenze che si verificano sul territorio interno ed esterno all'Unione Europea, attraverso la condivisione delle risorse degli Stati membri.

L'emergenza può essere definita come "l'insieme delle situazioni a fronte delle quali la normale scansione delle fasi in cui si articola ogni procedimento amministrativo non è né idonea, né sufficiente alla cura dell'interesse pubblico per il quale il relativo potere è stato attribuito a determinate amministrazioni pubbliche da una particolare fonte di produzione normativa" (69).

Le funzioni dell'amministrazione dell'emergenza sono due, ossia quella di prevenire e quella di gestire l'emergenza. Lo strumento tipico di cui si serve l'amministrazione in questi casi concerne il potere per la pubblica amministrazione di adottare ordinanze *extra*

(68) Fanno parte del Meccanismo Europeo di Protezione Civile i 28 Paesi membri dell'Unione Europea e i 3 Paesi appartenenti all'Area Economica Europea, Norvegia, Islanda e Liechtenstein.

(69) F. TEDESCHINI, *voce emergenza* (dir. Amm), in www.treccani.it; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico,* Padova, 1986; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano,* in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988.

ordinem. Una previsione in tal senso era stata inserita nella L. 225/1992, con la quale si ammetteva il ricorso allo strumento delle ordinanze contingibili e urgenti, anche in deroga alle norme vigenti dell'ordinamento.

Tra i campi in cui il diritto amministrativo dell'emergenza trova applicazione vi sono sicuramente le situazioni di emergenza sanitaria o di igiene pubblica, che si sostanziano nel c.d. "rischio sanitario" e rendono appunto necessaria l'adozione di misure speciali da parte dell'amministrazione pubblica, a tutela della salute, quale interesse di rango primario prevalente su ogni altro interesse.

Il rischio sanitario può essere definito come "rischio di secondo grado, essendo sempre conseguente ad altri rischi o calamità. Esso può avere origine antropica, se è l'attività dell'uomo a provocarlo, oppure, può essere causato da eventi naturali. Le variabili antropiche che comportano un rischio sanitario, possono incidere sulla salute umana provocando danni o effetti sia temporanei che permanenti. Tali variabili possono essere di natura biologica, chimica, fisica. Nelle variabili naturali rientrano, invece tutte le tipologie di calamità di origine naturale" (70).

In tema di tutela della salute (71) e di gestione dell'emergenza sanitaria, che richiedono elevati standard di protezione, gioca un ruolo fondamentale il principio di precauzione, che si manifesta come "risposta immediata, concreta e mirata alle emergenze che caratterizzano la società tecnologica ed avanzata e strumento di grande utilità per legittimare e fondare le scelte e le misure adottate per far fronte alle emergenze ambientali e sanitarie di particolare gravità".

(70) P. GRAZIOLI, *Il rischio sanitario nel diritto amministrativo*, in *Paper Convegno Annuale AIPDA*, 2017.

(71) Definito dalla Costituzione ex art 32 quale "diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività".

Sul piano comunitario, il tribunale CE, in una sua pronuncia, ha definito il principio di precauzione come “principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità, per la sicurezza e per l’ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici”. Il principio di precauzione nel nostro ordinamento oltre ad essere richiamato in diverse leggi, trova un riconoscimento generale, grazie all’inserimento dei “principi generali dell’ordinamento comunitario” tra i canoni dell’azione amministrativa (72).

Il nuovo Codice della Protezione civile, tra le attività della Protezione civile, richiama quelle volte alla a) previsione degli scenari di rischio possibili, b) prevenzione e mitigazione dei rischi, c) gestione delle emergenze e al loro superamento con strumenti di amministrazione straordinaria. In materia di previsione, il Codice prevede anche lo studio dinamico degli scenari di rischio, attività che risulta poi propedeutica alle attività del sistema di allertamento e di pianificazione della Protezione civile.

Il 30 gennaio 2020 l’Organizzazione Mondiale della Sanità, ha dichiarato “l’epidemia da COVID-19 un’emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale”, per tale è da intendersi un evento straordinario che possa costituire una minaccia sanitaria per altri Stati membri attraverso la diffusione di una malattia che richiede una risposta coordinata a livello internazionale.

Dalle informazioni fornite dalla Protezione civile (73) emerge che in Italia gli eventi calamitosi vengono classificati in base ad estensione, intensità e capacità di risposta del sistema di protezione civile.

(72) Art. 1 l. 241 del 1990.
(73) Consultabile presso www.protezionecivile.gov.it.

Lo stato di emergenza può essere dichiarato al verificarsi o nell'imminenza di calamità naturali o eventi connessi all'attività dell'uomo.

La protezione civile fornisce anche una definizione del concetto di rischio sanitario, che "emerge ogni qual volta si creino situazioni critiche che possono incidere sulla salute umana. Difficilmente prevedibile, può essere mitigato se preceduto durante il periodo ordinario, da una fase di preparazione e di pianificazione della risposta dei soccorsi sanitari in emergenza".

Lo stato di emergenza è un istituto previsto dal cd. Codice della protezione civile (d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1) (74), attivabile nelle ipotesi espressamente previsti dall'art. 7; tra le quali, figurano le "emergenze di rilievo nazio

, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo".

Ai sensi dell'art. 25, comma 1, a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza, di competenza del Consiglio dei ministri possono adottarsi "ordinanze di protezione civile, in deroga ad ogni disposizione vi

deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea".

Nel caso di specie, il Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020 (75) con delibera ha dichiarato lo "stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili", per la durata di 6 mesi.

(74) U. ALLEGRETTI, *Il codice della protezione civile (D.lgs 2 gennaio 2018, n.1)*, in *Aedon*, 2018; S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intreccio di competenze e regolazione delle emergenze*, in *Contributi di diritto amministrativo*, Napoli, 2018.

(75) Adottata ai sensi dell'art 7 comma 1, lettera c.

A seguito della delibera del Consiglio dei ministri, il Capo del dipartimento della protezione civile ha emanato un'ordinanza (n.630 del 3 febbraio 2020) avente ad oggetto "i primi interventi urgenti di protezione civile".

A fronte dell'"emergenza coronavirus" il Governo italiano si è servito dell'unico strumento previsto dalla Costituzione per le situazioni di emergenza diverse dalla guerra: la decretazione d'urgenza.

La regolazione dell'emergenza è stata quindi, di fatto, rimessa ad atti amministrativi operanti come atti normativi, con capacità di deroga a fonti primarie, talvolta anche a diritti costituzionalmente previsti (76).

In un primo momento, l'emergenza è stata fronteggiata con l'utilizzo di due strumenti paralleli: il potere di ordinanza in materia sanitaria ed il potere di ordinanza della protezione civile, 'sistema' poi materialmente abbandonato nella vorticosa prassi della gestione emergenziale, che ha, nei fatti, prediletto l'utilizzo di decreti-legge e, specialmente, dei, diversi, decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

3.2. Discostamenti dalla disciplina del D.lgs 1/2108

Nella gestione concreta dell'emergenza, la disciplina designata dal D.lgs 1/2018 non è stata, insomma, del tutto rispettata.

Il che a cominciare dalla stessa dichiarazione dello stato di emergenza, avvenuta il 31 gennaio 2020, con delibera del Consiglio

(76) M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *www.Federalismi.it*, 2020; G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 2020.

dei Ministri, preceduta soltanto da alcune ordinanze del Ministro della salute.

Rispetto alla disciplina del D.lgs. 1/2018, è mancata una dichiarazione dello stato di mobilitazione del Servizio nazionale della protezione civile, previsto dall'articolo 23 come prodromico alla delibera dello stato di emergenza.

Come previsto dall'art. 24 D.lgs 1/2018, la dichiarazione dello stato di emergenza viene adottata dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri su richiesta del Presidente della Regione interessata e si basa su una preventiva valutazione speditiva ad opera del Dipartimento della protezione civile, tuttavia nella Delibera del Consiglio, tale valutazione risulta assente.

Nel caso concreto il presupposto per la dichiarazione va individuato nella considerazione secondo cui la situazione verificatasi, "per intensità ed estensione non è fronteggiabile con i mezzi e i poteri ordinari" in modo tale da rendere necessaria la dichiarazione dello stato di emergenza ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), che fa riferimento a situazioni di carattere nazionale, pur in assenza della valutazione del Dipartimento di protezione civile.

Nel provvedimento si possono individuare tre previsioni fondamentali: a) la dichiarazione dello stato di emergenza per la durata di sei mesi, b) l'attribuzione del potere di ordinanza al Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga ad ogni disposizione di legge e nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, c) lo stanziamento di 5.000.000 euro in attuazione dei primi interventi.

L'art. 25 D.lgs 1/2018 prevede che per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale, si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente,

nei limiti e con le modalità indicati dalla delibera dello stato di emergenza. Il primo provvedimento del Capo del Dipartimento della protezione civile è stata l'ordinanza n. 630 del 3 febbraio 2020, avente ad oggetto i "primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa la rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili".

L'attribuzione del potere di ordinanza al Capo del Dipartimento della protezione civile, contenuto nella Dichiarazione dello stato di emergenza, da un lato risulta essere una previsione superflua, in quanto l'attribuzione di tale potere è già implicito nella dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, dall'altro è carente di alcuni elementi, nello specifico riguardo ai limiti e le modalità del potere di ordinanza.

I limiti e le modalità del potere di ordinanza sono quelli tipici delle ordinanze contingibili ed urgenti.

Il D.lgs 1/2018 indica quali limiti al potere di ordinanza, i principi generali dell'ordinamento giuridico, nonché le norme dell'Unione Europea. La delibera si riferisce solamente ai principi generali dell'ordinamento giuridico, mentre l'ordinanza n. 630 fa riferimento solo genericamente ai vincoli derivanti dall'ordinamento europeo.

Con riferimento ai limiti delle ordinanze contingibili ed urgenti, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale (77), tra i principi dell'ordinamento giuridico devono essere ricomprese anche le norme e i diritti costituzionali, quindi il potere di ordinanza può considerarsi legittimo e compatibile con l'assetto costituzionale a condizione che non travolga tali diritti. In considerazione di ciò, un espresso riferimento al rispetto dei diritti costituzionali sarebbe stato opportuno nella delibera dello stato di emergenza.

(77) Corte Cost. 20 giugno 1956, n. 8; Corte Cost. 23 maggio 1961, n. 26.

L'art. 25 inoltre prescrive l'indicazione delle modalità di esercizio del potere di ordinanza, mancante nella deliberazione del Consiglio dei Ministri, mentre l'ordinanza n. 630 all'art. 1 indica solo genericamente i provvedimenti che potranno essere adottati.

Ciò appare senz'altro una logica conseguenza dell'oggettivo fatto che la situazione di emergenza è per sua definizione di difficile previsione, rendendo difficile una preventiva elencazione delle modalità e dei provvedimenti da adottare.

Ulteriore discostamento dalla disciplina di cui all'art. 25, riguarda l'indicazione delle principali norme alle quali si intende derogare. Tale disposizione risulta da un lato superflua, infatti il contenuto delle ordinanze *extra ordinem* dovrebbe essere tale da permettere la facile individuazione delle norme derogate, mentre dall'altro di difficile attuazione nelle situazioni concrete, data la difficoltà di previsione dell'evoluzione delle situazioni di emergenza. La previsione adottata nell'ordinanza n. 630/2020 è quella di "deroga alle norme vigenti", previsione che risulta piuttosto generica, meramente ricognitiva delle previsioni delle modalità organizzative e delle procedure già contenute nella legge.

Nello specifico, all'art. 3 l'ordinanza prevede la possibilità di derogare leggi e altre disposizioni regionali strettamente connesse alle attività previste dall'ordinanza. Si tratta di una disposizione che desta qualche dubbio, in quanto limita la possibilità di deroga alle sole leggi regionali strettamente connesse alle attività dell'ordinanza, e conseguentemente sottoponendole ad uno stringente onere di motivazione. Si tratta di un ulteriore discostamento dalla disciplina ex art. 25 D.lgs 1/2018, che nel disporre che le ordinanze della protezione civile possono derogare ad ogni disposizione vigente, non fa alcuna distinzione tra leggi statali e leggi regionali.

Sempre l'art. 25 prevede che le ordinanze vadano emanate acquisita l'intesa con le Regioni e Provincie autonome territorialmente

interessate. Pur in assenza di un'esplicita previsione, dal testo della norma, sembra che il raggiungimento dell'intesa sia un presupposto indispensabile, potendo così qualificare l'intesa come "forte". Nel caso concreto, l'ordinanza n. 630 è stata emanata, acquisita l'intesa con la Conferenza delle Regioni e delle Provincie autonome.

Secondo la giurisprudenza della Consulta "il principio di diritto per cui la situazione di necessità ed emergenza che autorizza, ai sensi dell'art. 5 legge 225/1992, l'adozione, da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, di ordinanze *extra ordinem*, non vale a comprimere senza limiti l'autonomia regionale che esige, viceversa che gli interventi straordinari si realizzino d'intensa con le Regioni interessate." (78)

Quello fra autonomia ed istanze unitarie (79) è un difficile equilibrio, che interessa tutta la materia di competenza legislativa concorrente della protezione civile e perciò anche la gestione dell'emergenza (80).

Nelle situazioni di emergenza, governate attraverso il Servizio Nazionale, le cui componenti sono lo Stato, le Regioni, le Provincie autonome di Trento e Bolzano e gli enti locali, il Codice della Protezione civile prevede l'intervento di una pluralità di autorità, nonché una pluralità di strumenti decisionali, senza però individuare le regole necessarie per disciplinare un potenziale conflitto. È pertanto necessario raggiungere un punto di equilibrio, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione (81).

(78) Consiglio di Stato Sezione V, sentenza n. 2154 del 29 aprile 2003.

(79) A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2018, pp. 23-45; L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018.

(80) A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, 2020, capp. II-III; A. PAIANO, *Forme di raccordo fra Stato e autonomie territoriali: principi di leale collaborazione e il Sistema delle conferenze*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020.

(81) S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intreccio di competenze e regolazione delle emergenze*, in *Contributi di diritto amministrativo*, Napoli, 2018.

In base al principio di sussidiarietà, nel momento di individuazione dell'organo competente ad esercitare un pubblico potere la preferenza deve ricadere sull'autorità locale più vicina ai cittadini. Solamente nelle ipotesi in cui l'intervento dovesse rilevarsi insufficiente viene ammesso l'intervento ad un'autorità appartenente ad un livello superiore di governo.

Secondo un orientamento della Corte costituzionale, per ritenersi legittima una compressione dell'autonomia regionale essa deve risultare indispensabile al fine di offrire una direzione coerente ed unitaria durante la situazione di emergenza (82). Affinché la limitazione risulti legittima è, però, necessario che la limitazione risulti circoscritta e che intervenga il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni attraverso cui realizzare una compartecipazione delle Regioni nella fase decisionale la quale a sua volta deve assumere la forma dell'intesa fra Stato e Regioni.

Con l'ordinanza n. 630/2020 si è provveduto alla nomina del Comitato tecnico-scientifico, per la realizzazione degli interventi previsti dalla medesima ordinanza.

La composizione del comitato è stata successivamente modificata sempre con ordinanza del Capo della protezione civile (ordinanza n. 633 del 18 aprile 2020).

La scelta di inserire tale previsione nell'ordinanza desta alcune perplessità, sia perché trattandosi di un atto sostanzialmente organizzativo esula dal contenuto tipico delle ordinanze contingibili ed urgenti, sia perché trattandosi di una fonte secondaria non verrebbe del tutto rispettato il principio di legalità di cui all'art 97 della Costituzione.

(82) Corte Cost 5 febbraio 2003 sentenza n. 39.

Senza fare ricorso al potere di ordinanza gli artt. 13 e 14 del D.lgs 1/2018 avrebbero potuto fornire una base legale per la nomina del comitato tecnico-scientifico (83).

L'art. 13 al primo comma contiene l'elenco di tutte le strutture operative della protezione civile e prevede che alle attività di protezione civile possano concorrere "gli ordini e i collegi professionali e i rispettivi Consigli nazionali, anche mediante forme associative o di collaborazione o di cooperazione appositamente definite tra i rispettivi Consigli nazionali nell'ambito di aree omogenee, e gli enti, gli istituti e le agenzie nazionali che svolgono funzioni in materia di protezione civile e aziende, società e altre organizzazioni pubbliche o private che svolgono funzioni utili per le finalità di protezione civile".

L 'art. 14, in relazione alle emergenze di carattere nazionale, prevede la convocazione di un "comitato operativo nazionale della protezione civile", "composto da tre rappresentanti del Dipartimento stesso, nonché da rappresentanti delle componenti di cui all'articolo 4, designati, per le Regioni e gli enti locali, dalla Conferenza unificata e delle strutture operative con valenza nazionale di cui all'articolo 13, individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri". Di fatto la convocazione di tale comitato non risulta essere avvenuta. Tuttavia, avvalendosi della previsione di cui all'art. 14, il comitato operativo nazionale della protezione civile avrebbe potuto essere composto in modo analogo al comitato tecnico-scientifico, così potendo evitare il ricorso ad un'ordinanza di necessità ed urgenza.

Infine, l'ordinanza n. 630/2020, riporta erroneamente nella propria intestazione "Capo del Dipartimento della protezione civile" e non "Capo della protezione civile".

(83) M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Milano, 2002; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.

L'ordinanza in discorso non è stata adottata nel pieno rispetto della disciplina dettata dal Codice della procedura civile e la sua struttura non sembra essere quella tipica delle ordinanze di necessità ed urgenza, contenendo disposizioni di vario tipo.

Dalla gestione dell'emergenza successiva all'ordinanza n. 630/2020 si può notare un più ampio discostamento dalla disciplina del D.lgs 1/2018; sono infatti stati adottati provvedimenti di natura diversa e di autorità diverse, rispetto alle ordinanze di protezione civile.

Oltre alla specifica attribuzione ad opera dell'art. 5 D.lgs 1/2018, in materia di protezione civile al Presidente del Consiglio dei ministri, per il conseguimento delle finalità del Servizio nazionale, la stessa L. 13/2020 consente al Presidente del Consiglio dei ministri di adottare i provvedimenti attuativi dell'emergenza.

Il Governo è intervenuto con il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, successivamente convertito con legge 5 marzo 2020, n. 13, contente le prime misure atte a contenere l'emergenza e la diffusione del virus, affiancato da una serie di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri "attuativi" di tale decreto.

Innanzitutto, il decreto-legge, fornisce un'elencazione, da considerarsi esemplificativa, di misure che possono essere adottate nei comuni al fine di prevenire la diffusione del virus, prevedendo poi all'art. 2 la possibilità di adottare con successivi DPCM, sentiti i Ministri competenti e il Presidente della Regione interessata, misure maggiormente restrittive per il contenimento dell'emergenza (84). A tale norma si può ricondurre il fondamento giuridico che legittima l'adozione di provvedimenti attuativi utili a fronteggiare l'espandersi

(84) Art 2: "Le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, posso adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19, anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1.".

del contagio (85). In questo quadro emergenziale, il decreto-legge ha assunto una funzione diversa da quella prevista dalla Costituzione, infatti fornisce la base legale rispetto al potere di decretazione del Presidente del Consiglio dei Ministri e non quale strumento idoneo a per affrontare casi straordinari di necessità ed urgenza.

I DPCM attuativi del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, essendo espressamente previsti e legittimanti da fonti di rango primario, sono legittimi perché adottati nel rispetto del principio di legalità. Tuttavia, l'utilizzo dei DPCM desta alcune perplessità, in quanto utilizzati per limitare alcuni diritti e libertà garantiti dalla nostra Costituzione: libertà di circolazione, libertà di riunione, libertà di iniziativa economica, libertà di culto, diritto alla tutela giurisdizionale.

A tal proposito gran parte della dottrina si interroga se questi possano essere ritenuti conformi alla Costituzione, dato che disciplinano materie coperte da riserva di legge, ritenendo che sarebbe stato più in linea con il dettato costituzionale, inserire le misure limitative di diritti costituzionali nello stesso decreto-legge. Nel rispetto del principio di legalità sostanziale, sarebbe stato più conforme al dettato costituzionale, il ricorso a plurimi decreti-legge. L'utilizzo di tali decreti sarebbe giustificato dalla situazione straordinaria, consentendo decisioni altrettanto rapide e garantite dal controllo parlamentare.

Per risolvere i problemi legati all'utilizzo dei DPCM, è stata proposta un'innovazione, con un emendamento al decreto-legge n.19. L'emendamento prevede una nuova modalità di rapporto tra Governo e Parlamento in ordine dell'emanazione dei DPCM. La nuova norma è costruita sul modello della procedura prevista per coinvolgere il Parlamento in occasione delle riunioni del Consiglio europeo: il Presidente del Consiglio dei Ministri riferisce alle Camere circa la

(85) Si tratta di una clausola piuttosto ampia.

posizione che andrà a sostenere in quella sede e le Camere, dopo un dibattito, esprimono degli indirizzi non vincolanti, di cui il Governo non potrà non tener conto. Un passaggio analogo viene previsto anche per i DPCM, tranne per i casi di estrema urgenza in cui la verifica parlamentare sarà successiva.

Di fatto stiamo assistendo a una notevole attribuzione di potere in capo al Presidente del Consiglio, autorizzato ad imporre limiti consistenti alle libertà fondamentali dei cittadini su tutto il territorio nazionale, prescindendo dalla collegialità governativa e dal controllo del capo dello Stato.

In proposito è opportuno richiamare le sentenze 5/2018 e 98/2018, in cui la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibile che le norme dei decreti-legge possano rinviare per la propria attuazione a fonti secondarie. Questa ricostruzione sembra confermare che la funzione del decerto-legge sia quella di fornire una base legale ai provvedimenti secondari.

Nel caso di specie si è scelto di fornire al Presidente del Consiglio dei Ministri un potere di ordinanza atipico attraverso il decreto-legge, nel rispetto del principio di legalità. Nell'emergenza l'amministrazione opera sostanzialmente attraverso norme d'ordinanza rette dai limiti e dalla garanzia del principio di legalità.

Il principio di legalità, impone che i poteri esercitati dalle autorità amministrative trovino il proprio fondamento nella legge, e nella sua accezione sostanziale, vuole che sia la legge a stabilire anche le modalità di esercizio e il contenuto del potere esercitato, non essendo sufficiente che l'esercizio del potere sia finalizzato alla tutela di un determinato valore o bene (86).

Poiché le situazioni di emergenza sono per definizione imprevedibili, per consentire l'esercizio dei poteri straordinari nel

(86) Corte Cost. sent. 7 luglio 2005, n. 303; Corte Cost. sent. 4 aprile 2011, n. 115; Corte Cost. 21 febbraio 2018, n. 69; Corte Cost. 31 gennaio 2020, n. 57.

rispetto del principio di legalità è necessario, che la fattispecie legislativa che né legittima l'esercizio, da un lato sia formalmente "aperta", dall'altro che sia circoscritta dallo stesso fatto emergenziale, che integra la fattispecie normativa e consente un sindacato fondato sul principio di legalità.

A partire dal decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020, l'iter di gestione dell'emergenza attraverso le ordinanze di protezione civile previsto dal D.lgs 1/2018 è stato abbandonato, prediligendo per la gestione successiva dell'emergenza, l'emanazione di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri "da adottare su proposta del Ministro della salute" e "gli altri Ministri competenti per materia".

La rapida diffusione del virus ha reso evidente la necessità di azioni rapide ed unitarie. Ciò ha indotto il Governo a regolare diversamente la partecipazione delle Regioni, rispetto a quanto previsto dal D.lgs 1/2018, che all'art. 25 prevede che per l'emanazione delle ordinanze di protezione civile debba essere "acquisita l'intesa con le Regioni e le Provincie autonome territorialmente interessate". Nel decreto si prevede che i Presidenti delle Regioni o il Presidente della Conferenza vengano "sentiti", previsione che viene compensata dalla possibilità delle Regioni di impugnare l'atto in via principale davanti alla Corte costituzionale.

Il decreto-legge stabilisce che per emanare i DPCM, se questi riguardano una determinata Regione, debba essere preventivamente sentito il Presidente della Regione interessata; quando invece riguarda l'intero territorio nazionale, debba essere sentito il Presidente della Conferenza delle regioni e provincie autonome. Questo tipo di consultazione sembra configurare un parere obbligatorio, rimanendo comunque distinta dalla previsione del D.lgs 1/2018, che richiede l'acquisizione di un'intesa in senso forte.

L'art. 3 del Dl. 6/2020 ha autorizzato il Ministero della salute, i Presidenti della Regione e i Sindaci ad emanare ordinanze contingibili

ed urgenti in materia di igiene e sanità pubblica rispetto “all’intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni, alla regione o a parte del suo territorio comprendete più comuni e al territorio comunale”. Il Ministro della Salute ha proceduto con la conclusione di intese con i Presidenti di varie Regioni, tra cui Veneto, Lombardia, Piemonte, Friuli-Venezia Giulia e in seguito approvando un modello da seguire per le ordinanze contingibili ed urgenti dei Presidenti delle Regioni. Dal punto di vista procedurale possiamo distinguere schemi diversi: alcune ordinanze sono state adottate dal Ministro della Salute, di intesa con il Presidente della Regione, per alcune Regioni si è intervenuto con DPCM, mentre per altre ancora con ordinanze contingibili ed urgenti del Presidente della Regione.

Rispetto alle ordinanze regionali è da segnalare il caso delle Marche.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri ha impugnato davanti al T.A.R. Marche l’ordinanza n. 1 del 25 febbraio 2020 riguardante le “misure in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19”, chiedendone la sospensione dell’efficacia e l’annullamento. Nel ricorso la Presidenza del Consiglio dei ministri segnala come la Regione avesse provveduto all’emanazione dell’ordinanza in assenza del presupposto ex art. 1 Dl. 6/2020 ovvero l’esistenza di almeno una persona positiva all’interno della zona interessata. Il ricorso è stato accolto dal tribunale, che ha riscontrato la sussistenza, sia dell’inesistenza di casi di contagio accertati al momento dell’adozione dell’ordinanza, sia del presupposto dell’estrema gravità ed urgenza previsto dall’art. 56 del c.p.a, necessario per concedere la tutela monocratica urgente.

Successivamente è stato emanato il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con la quale è stato parzialmente abrogato il deceto-legge 23 febbraio 2020, n.6, convertito con modificazioni dalla legge

5 marzo 2020, n 13. Il nuovo decreto-legge mostra un approccio più sistematico al regime dell'emergenza.

Il decreto contiene prescrizioni più dettagliate e precise rispetto al precedente, fornendo uno schema circostanziato del tipo di misure adottabili. Da questo punto di vista adotta una formula meno ampia di quella del D.l. 6/2020, predeterminando il tipo di restrizioni che possono essere imposte. Inoltre provvede a fornire fondamento legislativo ex post alle misure disposte nei provvedimenti adottati precedentemente sulla base del D.l 6/2020.

L'obiettivo della riforma del Codice della protezione civile è quello di racchiudere in un unico testo tutte le disposizioni in materia di protezione civile e di cercare di disciplinare il fenomeno emergenziale in ogni suo aspetto, dall'individuazione e il coordinamento delle varie strutture coinvolte alla concreta gestione dell'emergenza, cercando di raggiungere un equilibrio tra l'esigenza di interventi unitari, le istanze di coordinamento tra le sue componenti e la salvaguardia delle autonomie locali.

Gli atti adottati si discostano sensibilmente dalla disciplina tipica di gestione dell'emergenza prevista dal D.lgs 1/2018, infatti salvo la formale dichiarazione dello stato di emergenza e la prima ordinanza di protezione civile, si è preferito fare ricorso agli strumenti tipici dell'emergenza: decreti-legge, ordinanze di necessità ed urgenza, nonché i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, utilizzati in una versione inedita.

Tale situazione è stata resa possibile dalla natura sub costituzionale della fonte che disciplina il sistema di Protezione civile: infatti, trattandosi di una fonte di rango legislativo, il D.Lgs. 1/2018 consente, pacificamente, agli atti di pari grado di derogarlo, ammettendo, così, che, di fatto, le emotive "pressioni" delle diverse emergenze del caso disegnino degli scenari normativi assai diversi, come di fatto è avvenuto a partire dal decreto-legge 6/2020.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

LA CORRETTA GESTIONE DELLE RISORSE PUBBLICHE NEGLI APPALTI SOTTO SOGLIA: TRASPARENZA AMMINISTRATIVA, CONCORRENZA E ROTAZIONE TRA IMPRESE

di Andrea Altieri*

1. Principi generali in tema di trasparenza e di corretta gestione negli affidamenti sotto soglia comunitaria. - 2. La rotazione delle imprese e l'effettiva tutela della concorrenza. - 3. Il rispetto della trasparenza nei casi di mancata rotazione. - 4. Conclusioni.

* * *

1. Principi generali in tema di trasparenza e di corretta gestione negli affidamenti sotto soglia comunitaria

Il principio di trasparenza dell'azione amministrativa, che si concreta nell'attribuzione ai cittadini del potere di esercitare un controllo sostanziale sullo svolgimento dell'azione amministrativa e sulla conformità della stessa agli interessi sociali e ai precetti costituzionali, rappresenta oggi uno dei temi più attuali e discussi del dibattito giuridico.

Da un punto di vista semantico, il termine *trasparenza* individua la possibilità di indicare il fine e il mezzo dell'indagine conoscitiva racchiudendo, nelle sue diverse espressioni, sia un concetto dinamico (e complesso) di accesso alle informazioni, sia uno statico, in quanto principio ordinamentale che irradia l'intera attività dei pubblici poteri.

È condiviso in dottrina come tale precetto, assunto ora a regola generale del diritto amministrativo, concorra - seppur nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, d'ufficio, statistico e di protezione dei dati personali - ad attuare i principi costituzionali di eguaglianza, d'imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione.

E' noto, inoltre, come la trasparenza sia condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, ed integri il diritto ad una buona amministrazione, concorrendo alla realizzazione di una Pubblica Amministrazione aperta ed al servizio dei cittadini.[1]

A partire dal 2012, la nuova disciplina in tema di anticorruzione e trasparenza voluta dal legislatore nazionale per rendere ancora più stringente il richiamo alla supremazia della legge e al rispetto dell'etica, oltre che per realizzare appieno gli obiettivi di garanzia della legalità e

*Professore straordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi "Link Campus University", Avvocato patrocinante in Cassazione.

[1] Cfr. A. Altieri, "*Brevi riflessioni in materia di legalità e lotta alla corruzione negli appalti pubblici*", in Atti del Convegno "*Per la legalità e il lavoro, lotta alla corruzione, all'evasione al riciclaggio ed alla criminalità organizzata*", Roma, 07.10.2014, Contributo pubblicato su www.contabilita-pubblica.it, 18.12.2014.

della cultura dell'integrità auspicati in sede nazionale ed europea, ha inciso in molti ambiti del diritto; l'attenzione è stata rivolta, in particolare, al settore degli appalti pubblici[2] nel quale l'utilizzo illegittimo e distorto del denaro pubblico, non solo vulnera costantemente valori primari di rilievo costituzionale quali il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione (artt. 97, 98 Cost.), ma mina alla base importanti principi fondamentali di matrice comunitaria volti alla tutela del mercato e della concorrenza.

Una generale applicazione della (nuova) trasparenza amministrativa si rinviene, pertanto, in tale contesto, nell'art. 29 del Codice appalti ove è specificato che tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione e all'affidamento di lavori, opere, servizi e forniture, oltre ai concorsi pubblici di progettazione, concorsi di idee e concessioni, nonché relativi alla composizione delle commissioni giudicatrici e ai

[2] "*In Italia il settore delle infrastrutture è a quanto pare quello in cui la corruzione degli appalti pubblici risulta più diffusa; dato che le risorse in gioco sono cospicue, il rischio di corruzione e infiltrazioni criminali è particolarmente elevato. Anche il rischio di collusione è peraltro elevato dal momento che solo pochi prestatori sono in grado di fornire le opere, le forniture e i servizi interessati. Secondo studi empirici, in Italia la corruzione risulta particolarmente lucrativa nella fase successiva all'aggiudicazione, soprattutto in sede di controlli della qualità o di completamento dei contratti di opere/forniture/servizi. La Corte dei conti ha più volte costatato la correttezza della gara, il rispetto delle procedure e l'aggiudicazione dell'appalto all'offerta più vantaggiosa, anche se in compenso la qualità dei lavori viene intenzionalmente compromessa nella fase di esecuzione. Più che rivelare la presenta di pratiche corruttive, queste irregolarità mettono a nudo i punti deboli dei dispositivi di controllo in vigore, in particolare nella fase di realizzazione dell'appalto pubblico. La Corte dei conti ha fatto inoltre presente una carenza dei propri poteri di controllo: la Corte non può infatti eseguire controlli ad hoc senza preavviso, il che si ripercuote negativamente sul tasso di accertamento delle irregolarità. D'altro canto la depenalizzazione del falso in bilancio produce effetti negativi in termini di prevenzione delle irregolarità, in particolare nella fase di esecuzione*", fonte "Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione", Bruxelles, 03.02.2014).

curricula dei suoi componenti,[3] devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente,[4] nella sezione "Amministrazione trasparente", rispettando le disposizioni di cui al D.Lgs. n. 33/2013.[5]

L'importanza dei predetti adempimenti si comprende dai profili di responsabilità erariale nascenti in caso di omessa pubblicazione delle dovute informazioni,[6] in linea con la necessità di garantire, in ogni fase delle procedure di affidamento, una sempre maggiore trasparenza della Pubblica Amministrazione nel perseguimento della corretta gestione delle risorse pubbliche (art. 97 Cost. comma 1).[7]

Occorre ricordare, al riguardo, come la normativa sull'evidenza pubblica, nata per favorire l'economicità dell'azione amministrativa evitando sprechi e danni all'Erario, sia finita per divenire *modus agendi* tipico della Pubblica Amministrazione, *"in quanto modalità procedimentale idonea a garantire il perseguimento non solo dei fini di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione*

[3] Ove non considerati riservati ai sensi dell'art. 53 ovvero secretati *ex* art. 162, D.Lgs. n. 50/2016.

[4] "*Quello della trasparenza è un principio diverso dalla pubblicità, che ha un contenuto per così dire statico volendosi con esso comunicare l'azione del potere pubblico, mentre il primo denota un contenuto dinamico, di interazione tra il pubblico e il privato, esprimente la possibilità di quest'ultimo di comprendere l'azione dell'Amministrazione, al fine di poterne verificare la legittimità, la correttezza e l'imparzialità*", così Corte dei conti, Sez. Giurisd. per il Veneto, sentenza 22.09.2015, n. 133.

[5] Gli obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici a fini di trasparenza si rinvengono dalla lettura combinata di due importanti norme: l'art. 29, D.Lgs. n. 50/2016 e l'art. 37, D.Lgs. n. 33/2013, come modificato dal D.Lgs. n. 97/2016, proprio in tema di obblighi di pubblicità a fini di trasparenza.

[6] Cfr. Corte dei conti, Sezione Giurisd. per il Lazio, sentenza n. 323/2016.

[7] Essa implica, invero, la piena conoscibilità esterna del procedimento amministrativo, legandosi a tutte le ipotesi nelle quali si chiede la partecipazione dei soggetti ed obbligando l'Amministrazione a comunicare l'avvio del procedimento o anche a motivare le ragioni che sono alla base del provvedimento stesso.

amministrativa, ma altresì di quelli di legalità, trasparenza e responsabilità (...) In altri termini, si può dire che la garanzia della legalità, trasparenza, efficacia ed efficienza dell'azione dei pubblici poteri (...) è connessa e funzionale alla tutela della concorrenza in tutti quei mercati contraddistinti dalla presenza di operatori pubblici (in quanto la legalità del loro agere *adiuva la formazione, il consolidamento ed il miglioramento di un mercato concorrenziale). Ciò che si richiede, per l'appunto, è che l'azione amministrativa sia improntata al rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità e, quindi, conformata ai canoni della concorsualità".*[8]

La trasparenza si è confermata, pertanto, in questo campo, un modello da perseguire costantemente per consentire all'ordinamento di realizzare le scelte rivolte alla cura dell'interesse generale e per ottenere, in particolare, attraverso norme e adempimenti specificamente previsti, la piena conoscibilità e la comprensibilità delle procedure di acquisto volte a realizzare imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Ciò premesso, l'attenzione va ora rivolta alla disciplina dei c.d. affidamenti *minori* ovvero agli appalti *sotto soglia comunitaria*,[9] tracciando i criteri distintivi rispetto alle procedure di acquisto ordinarie.[10] Questi contratti hanno un

[8] Cfr. Corte dei conti, Sez. Giurisd. per la Campania, sent. n. 141/2013; *id.* Sez. Giur. Lombardia, sent. n. 447/2006.

[9] La soglia di rilevanza comunitaria è un criterio di differenziazione che separa i cosiddetti contratti di rilevanza comunitaria dai contratti sotto soglia.

[10] I contratti sopra soglia ricomprendono gli affidamenti il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto sia pari o superiore alle soglie variamente previste dall'art. 35 del D.Lgs. n. 50/2016; ad essi si applicano le disposizioni previste dal nuovo Codice degli appalti per i settori ordinari e per i settori speciali.

valore stimato, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, inferiore alle soglie stabilite dall'art. 35 del Codice; il successivo articolo 36 prevede, al riguardo, alcune eccezioni rispetto alle regole generali di acquisto, nel tentativo di coniugare le esigenze di legalità e di trasparenza con la sempre maggiore esigenza di strumenti di contrattazione rapidi e flessibili.

La norma è stata oggetto di un ultimo significativo intervento del legislatore nazionale con il D.L. n. 32/2019 (c.d. "*Decreto Sblocca Cantieri*") convertito in L. n. 55/2019, al fine di coniugare la corretta gestione delle risorse pubbliche con una maggiore semplificazione e speditezza procedimentale.

Le modifiche hanno inciso, in particolare, sugli appalti di valore superiore ai 40.000,00 euro in materia di lavori pubblici, mentre per gli affidamenti sotto tale soglia (riferiti a tutte le altre tipologie) non sono state rilevate variazioni rispetto al testo previgente.[11]

Va chiarito, al riguardo, come anche siffatti affidamenti, per quanto realizzati attraverso procedure semplificate, debbano sempre e comunque rispettare i principi generali di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità,

[11] La modifica normativa prevede l'affidamento diretto dei lavori e dei servizi, previa consultazione di almeno tre preventivi (per i lavori) o di cinque preventivi (per i servizi e le forniture): trattasi, invero, di procedura ibrida, a metà tra l'affidamento diretto vero e proprio e una procedura di gara informale. Non è più prevista, pertanto, la procedura negoziata per gli appalti di lavori fino ai 150.000,00 euro e per gli appalti di servizi e forniture sotto le soglie comunitarie, anche se rimane un limite in termini di modalità di tali procedure, quanto meno per i servizi e le forniture, laddove i soggetti a cui chiedere preventivi sono individuati "*sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti*".

pubblicità, oltre che, per quanto qui di interesse, di rotazione degli inviti.

La giurisprudenza della Corte dei conti ha confermato (e rafforzato) tale assunto; in più occasioni i giudici contabili hanno ritenuto, infatti, che la totale assenza di una procedura di gara pubblica tra operatori economici volta a soddisfare un determinato fabbisogno della collettività, costituisce massima espressione del pregiudizio patrimoniale arrecabile alle casse dell'Erario, poiché l'assenza di un minimo confronto concorrenziale tra due o più offerte è insuscettibile, di fatto, di assicurare la salvaguardia degli interessi economici e patrimoniali pubblici.

I magistrati contabili censurano, in particolare, il mancato risparmio ingenerato dall'affidamento diretto del contratto pubblico ad un contraente privato, libero, quest'ultimo, evidentemente, di presentare qualsivoglia offerta economica, anche al rialzo, consapevole dell'assenza di ogni forma di concorrenza (e di controllo) in grado di costituire un ostacolo alla massimizzazione del suo profitto.[12]

L'interesse pubblico che si vuole tutelare è rappresentato, in sintesi, dalla buona amministrazione e dal buon andamento in senso *sostanziale*, affinchè le risorse alimentate dal prelievo tributario sui cittadini, siano utilizzate sempre nel rispetto dei citati principi, contrastando, al contempo, squilibri, ingiustificati vantaggi o distorsioni della concorrenza.[13]

[12] Cfr. Corte dei conti, Sez. Giurisdiz. per l'Abruzzo, sentenza 26.07.2018, n. 99.

[13] Cfr. M. Perin, "*Lavori pubblici e responsabilità erariali. Riflessioni sui fenomeni distorsivi nei lavori pubblici*", su www.lexitalia.it, 2016. L'Autore indica come questi principi siano in linea con il Trattato della Comunità europea, il quale impone il rispetto di principi di "sana

Non solo. A conferma dell'importanza e della delicatezza del tema in oggetto, la giurisprudenza amministrativa[14] ha inteso aggiungere alle predette disposizioni di diritto e contabilità pubblica (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento, la responsabilità per lesione dell'interesse legittimo e l'eventuale addebito per danno erariale), anche il rispetto delle norme generali dell'ordinamento civile che impongono al contraente pubblico di agire sempre, nel corso dell'intera procedura di affidamento, con lealtà e correttezza nei confronti di tutti i concorrenti.[15]

*

2. La rotazione delle imprese e l'effettiva tutela della concorrenza

Il tema della trasparenza amministrativa si coniuga con quello della *concorrenza*. In linea generale, la nozione di concorrenza comprende, sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati, sia le misure legislative di

gestione finanziaria" (art. 248.2), di "buona gestione finanziaria" (art. 274.1), nonché dell'obbligo di motivazione degli atti (art. 253.1).

[14] Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, sentenza 10 agosto 2018, n. 4912.

[15] La violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza; *ex multis*, Cons. di Stato, Ad. Plen., n. 5/2018, Cons. Stato, VI, sentenza 6 febbraio 2013, n. 633; IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. di Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., SS.UU., sentenza 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., I, sentenza 12 maggio 2015, n. 9636; 3 luglio 2014, n. 15250).

promozione, volte a eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese (concorrenza "nel mercato") ovvero a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (concorrenza "per il mercato"); in questa seconda accezione, attraverso la *tutela* della concorrenza, sono perseguite finalità di ampliamento dell'area di libera scelta dei cittadini e delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi.[16]

Negli appalti pubblici il principio di *libera concorrenza* è contenuto nell'articolo 30 del Codice e si sostanzia nell'effettiva contendibilità degli affidamenti pubblici da parte di tutti i soggetti potenzialmente interessati ("*le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici*").

Tale premessa aiuta a ben comprendere la *ratio* e l'ambito applicativo della previsione di cui al successivo articolo 36, comma 1, ove è specificato che "*l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese*".

La norma codifica, in particolare, il *principio di rotazione* tra gli operatori economici, divenuto, oggi un importante argine all'ampia discrezionalità riconosciuta alla Pubblica

[16] Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 18 luglio 2013, n. 209.

Amministrazione all'atto di selezionare le imprese da invitare alle procedure negoziate.

Indicativa appare, al riguardo, l'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato, secondo cui "*contrasta con il* favor partecipationis *la regola che il numero degli operatori economici sia limitato e fa temere per il principio di parità di trattamento che la loro scelta sia rimessa all'Amministrazione e tuttavia, il sacrificio della massima partecipazione che deriva dal consentire la presentazione dell'offerta ai soli operatori economici invitati è necessitato dall'esigenza di celerità, essa, poi, non irragionevole in procedure sotto soglia comunitaria; quanto, invece, alla scelta dell'amministrazione il contrappeso è nel principio di rotazione*".[17]

Il *fondamento* dell'istituto[18] va rinvenuto, in linea generale, nell'esigenza di evitare un consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio nasce soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), con specifico riferimento ai mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.[19]

La stessa giurisprudenza amministrativa ha chiarito, inoltre, come il predetto disposto normativo vada inteso alla stregua di una *lex specialis* della disciplina delle gare sotto soglia, ritenendo il principio contenuto al suo interno idoneo a prevalere sulla normativa degli appalti in generale;[20]

[17] Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, sentenza 12 settembre 2019, n. 6160.
[18] *Ex multis*, Cons. di Stato, Sez. V, sentenza 5 novembre 2019, n. 7539.
[19] Cfr. T.A.R. Lombardia - Brescia, Sez. I, sentenza 20 novembre 2019, n. 993.
[20] Cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, Sez. VI, sentenza 3 aprile 2019, n. 2209.

trattasi, in sostanza, di "*principio di carattere generale in virtù del quale va riconosciuta l'obbligatorietà del principio di rotazione per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti c.d. sotto soglia*".[21]

Ne discende, pertanto, quale c*orollario*, il carattere eccezionale dell'invito formulato (anche) all'affidatario uscente e, conseguentemente, che la sua esclusione non necessiti di una specifica motivazione.[22]

La magistratura contabile è concorde nel ricondurre il rispetto della trasparenza e del *favor partecipationis* a prova del corretto utilizzo di risorse pubbliche, prevedendo, per le stazioni appaltanti, un generale obbligo di ottemperare ad un (seppur minimo) confronto concorrenziale anche nel caso dei c.d. affidamenti *minori*, atteso che "*i basilari principi in materia di concorrenza e di libera prestazione dei servizi si impongono al rispetto degli Stati membri, indipendentemente dall'ammontare delle commesse pubbliche*", come predicato, peraltro, dal citato stesso art. 36 del Codice.[23] Di contro, il mancato rispetto di questi

[21] Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, sentenza 12 giugno 2019, n. 3943; Sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; V, 13 dicembre 2017, n. 5854 e VI, 31 agosto 2017, n. 4125.

[22] Cfr. T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, sentenza 16 ottobre 2018, n. 10023. L'impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio, in effetti, non può vantare alcuna legittima pretesa ad essere invitata ad una nuova procedura di gara sotto soglia comunitaria, né di risultare aggiudicataria del relativo affidamento (*ex multis*, Cons. di Stato, V, sentenza 13 dicembre 2017, n. 5854; Sez. V, 31 agosto 2017, n. 4142).

[23] Cfr. Corte dei conti, Sez. Giurisd. Centrale di Appello, 20 aprile 2011, n. 198. Invero, "*il danno alla concorrenza*, *non diversamente da qualunque altra tipologia di danno patrimoniale, non può ritenersi sussistente in re ipsa per il solo fatto, cioè, che sia stato illegittimamente pretermesso il confronto tra più offerte. Deve dirsi, piuttosto, che l'omissione della gara costituisce un indizio di danno, in quanto suscita il sospetto che il prezzo contrattuale non corrisponda al minor prezzo che sarebbe stato ottenibile dal confronto di più offerte. Trattandosi, però, pur sempre e soltanto di un sospetto, occorre dimostrare che effettivamente nel caso concreto la violazione delle norme sulla scelta*

principi è in grado di determinare un'autonoma fattispecie di danno erariale ravvisabile "*nella perdita della possibilità per l'Amministrazione di scegliere tra le migliori offerte conseguibili, a seguito di una procedura di gara rivolta ad una adeguata platea di imprese, con conseguente inutile dispendio di risorse pubbliche*".[24]

Si conferma, per l'effetto, la necessità di non procedere all'invito del contraente uscente,[25] salvo adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che possono indurre a derogarvi, quali, ad esempio, la particolare struttura del mercato, la riscontrata effettiva assenza di alternative, il grado di soddisfazione maturato a conclusione del cessato rapporto contrattuale (*i.e.* esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti), nonché, non da meno, la competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento.

Ugualmente, al fine di non incorrere in responsabilità erariale, dovrà essere descritto, in motivazione, anche ogni

del contraente abbia determinato una maggiore spendita di denaro pubblico; dimostrazione che potrà essere raggiunta con il ricorso a ogni idoneo mezzo di prova, quale può essere la comparazione con i prezzi o con i ribassi conseguiti a seguito di gara per lavori o servizi dello stesso genere di quello in contestazione".

[24] Cfr. Corte dei conti, Sez. Giurisd. per la Lombardia, sentenza n. 56/2017. La concorrenza può essere considerata, sia dal punto di vista del pregiudizio subito dall'impresa (di competenza del giudice amministrativo), sia con riguardo al pregiudizio subito dall'Amministrazione, con conseguente giurisdizione del giudice contabile. In origine, il danno da violazione delle regole dell'evidenza pubblica fu elaborato dalla giurisprudenza amministrativa e venne qualificato come danno da "perdita di chance", quale risarcimento per l'intervenuta impossibilità di partecipare alla gara, imputabile, in ipotesi, all'amministrazione aggiudicatrice sulla base del dato obiettivo riveniente da detta illegittimità, non subordinata al riconoscimento del carattere colpevole della violazione della normativa. (cfr. Corte dei conti, Sez. Giurisdiz. per la Basilicata, sentenza n. 90/2017).

[25] Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, sentenza 5 novembre 2019, n. 7539.

altro elemento utile a provare un uso non distorto delle risorse pubbliche (*"particolare, idiosincratico e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento. Tale motivazione, in base ai principi generali, deve risultare - nel rispetto del qualificato canone di trasparenza che orienta la gestione delle procedure evidenziali (…) - già dalla decisione assunta all'atto di procedere all'invito, e non può essere surrogata dalla integrazione postuma, in sede contenziosa"*).[26]

La bontà di tale interpretazione ci viene offerta dalle Linee Guida ANAC n. 4 ove è evidenziato, tra l'altro, che "*il rispetto del principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente*", al fine di contrastare pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolino l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei.[27]

In passato, la giurisprudenza ha sanzionato i tentativi di eludere il ricorso a siffatto modello di trasparenza e concorrenza, quando, nel caso di affidamenti pubblici

[26] Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, sentenza 31 marzo 2020, n. 2182.
A tal riguardo, la stazione appaltante può ricorrere alla comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o all'analisi dei prezzi praticati ad altre Pubbliche Amministrazioni.

[27] Cfr. T.A.R. Campania - Napoli, Sez. II, sentenza 8 marzo 2017, n. 1336, secondo cui "*la previsione di tale principio, a meno di non volerne vanificare la sua valenza, privilegia indubbiamente l'affidamento a soggetti diversi da quelli che in passato hanno svolto il servizio stesso*".

esperiti negli ultimi tre anni, si sia ricorso ad arbitrari frazionamenti delle commesse; a ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alla alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; ad affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento.[28]

*

3. Il rispetto della trasparenza nei casi di mancata rotazione

Trasparenza e concorrenza, in determinati casi, possono essere comunque garantite seppur in assenza di effettiva rotazione tra imprese, ritenuta, da parte della giurisprudenza, una regola non inderogabile[29] nel caso di affidamenti pubblici svolti in maniera realisticamente concorrenziale con effettiva imparzialità nella valutazione delle offerte.[30]

In quest'ottica, la mancata rotazione non può (e non deve) trasformarsi in una causa di esclusione non codificata dal legislatore posto che, nel momento in cui la stazione appaltante apre al mercato anche nelle procedure negoziate

[28] Cfr. T.A.R. Calabria - Catanzaro, Sez. I, sentenza 12 aprile 2019, n. 813.

[29] Cfr. T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. IV, sentenza 9 febbraio 2018, n. 380.

[30] Cfr. cit. T.A.R. Lombardia - Brescia, Sez. I, sent. n. 993/2019; *ex multis*, inoltre, T.A.R. Napoli, Sez. II, 08.03.2017, n. 1336; T.A.R. Veneto, Sez. I, 26 maggio 2017, n. 515; T.A.R. Lazio, Sez. II, 11.03.2016, n. 3119. Secondo tale accezione, se il principio di rotazione è servente e strumentale a quello di concorrenza, non sarà corretto disporre l'estromissione del gestore uscente allorché tale esclusione finisca (essa stessa) per ridurre la concorrenza.

dando possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un'offerta senza determinare limitazioni tra gli operatori economici ammessi alla procedura, *"ha per ciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi ha in precedenza lavorato correttamente con un'Amministrazione, ma significa non favorirlo*".[31]

Tali riflessioni inducono a condividere come la regola in esame debba considerarsi comunque servente e strumentale al più generale principio della concorrenza in materia di appalti pubblici e "*non può risolversi in un ostacolo ad esso, né può implicare l'esclusione di chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un'Amministrazione pubblica, ma significa piuttosto non favorirlo*".[32]

La tesi ha offerto interessanti spunti di riflessione ed un'articolata casistica meritevole di approfondimento.

E' stato ritenuto, ad esempio, che l'impresa partecipante non possa considerarsi concessionaria "uscente" del servizio ove risulti che il precedente affidamento sia stato effettuato in favore di società poi fusasi per incorporazione con quella che ha partecipato alla gara, per il fatto di figurare, nel caso di specie, un soggetto giuridico diverso.[33]

Non è stato ritenuto violato il principio di effettiva concorrenza, inoltre, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante, a seguito di una procedura negoziata indetta per l'affidamento del servizio di gestione del ciclo dei rifiuti, lo abbia affidato al gestore uscente, affidatario solo in via

[31] Cfr. T.A.R. Sardegna, Sez. I, sentenza 22 maggio 2018, n. 493.
[32] Cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 23 settembre 2019, n. 1021.
[33] Cfr. T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III-*ter*, sentenza 11 febbraio 2020, n. 1852.

temporanea e urgente del medesimo in attesa di nuova gara.[34]

Ed ancora, la rotazione può essere disattesa, garantendo contestualmente trasparenza all'affidamento, in presenza di una manifestazione di interesse alla quale abbiano risposto solamente due operatori economici tra cui il gestore uscente; nel caso di specie, l'esclusione di quest'ultimo non avrebbe aumentato, bensì diminuito, la concorrenza.[35]

Ugualmente estranea alla *ratio* del principio in esame appare l'ipotesi in cui un operatore economico sia invitato a due differenti selezioni pubbliche per le quali l'Amministrazione richieda una diversa qualificazione, come nel caso di partecipazione a due procedure negoziate che impongano, tra i requisiti tecnici di accesso, il possesso di categorie diverse.[36]

[34] Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, sentenza 10 gennaio 2019, n. 60; secondo il Collegio, "*la peculiarità della situazione induce a ritenere che non possa ritenersi integrata la violazione dell'art. 36 del codice degli appalti*", posto che la fattispecie dell'affidamento temporaneo e in via d'urgenza non può essere assimilata a quello che consegue all'aggiudicazione di una gara d'appalto e che, di norma, si protrae per un lungo lasso di tempo. Ciò, per un duplice ordine di ragioni: "*in primo luogo, se è vero che la ratio della norma è quella di evitare che un determinato concorrente si possa avvantaggiare delle conoscenze e delle esperienze conseguite in virtù del precedente affidamento, appare evidente che un adeguato bagaglio di conoscenze e di esperienze può essere acquisito solo in un ragionevole lasso di tempo. In secondo luogo, la norma deve essere interpretata come posta tutela della concorrenza in senso ampio. Se, infatti, si accedesse alla ipotesi ricostruttiva proposta dalla ricorrente, si giungerebbe al paradosso di ritenere che la stessa norma indurrebbe alla esclusione di quelle imprese che si prestano a fornire il servizio nella fase transitoria della preparazione delle gare, senza tuttavia, poter partecipare, successivamente, alle gare stesse, con evidente sacrificio del primario interesse ad aggiudicarsi in via definitiva l'oggetto della gara*".

[35] Cfr. T.A.R. Toscana, Sez. II, sentenza 12 giugno 2017, n. 816. La pronuncia conferma il principio secondo cui la rotazione è servente e strumentale rispetto all'obbligo di concorrenza e deve trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultima.

[36] Cfr. T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. I, sentenza 4 giugno 2019, n. 1380. Nel caso di specie, ad esempio, si trattava di OS28 invece che OG1.

Rispettosa del principio della concorrenza e, come tale, alternativa alla predetta rotazione tra imprese, è stata ritenuta, inoltre, la selezione dei concorrenti attraverso *sorteggio* finale,[37] laddove l'Amministrazione non scelga liberamente i soggetti da invitare alla gara, bensì apra la selezione al mercato e segua poi una procedura idonea ad assicurare, mediante estrazione pubblica, l'imparzialità e la trasparenza della scelta finale.

In aggiunta a quanto esposto, vi sono casi, da ultimo, in cui il predetto confronto concorrenziale tra imprese non trova applicazione in ragione della struttura o delle caratteristiche stesse della procedura, senza, con ciò, intaccare il necessario obbligo di trasparenza ed imparzialità delle operazioni di gara.[38]

Si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione non effettui, né un affidamento (diretto), né un invito (selettivo) degli operatori economici, ma apra la possibilità di contrarre a tutti gli operatori economici appartenenti ad una determinata categoria merceologica;[39] il richiamo, in questo caso, è alle procedure ordinarie o comunque aperte al libero mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite, "*non ha operato alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione, ma è stata invece demandata al mercato l'individuazione dei concorrenti interessati a presentare la propria offerta. Difatti in riscontro dell'avviso pubblico esplorativo (…) hanno manifestato il proprio interesse a partecipare alla procedura*

[37] Cfr. T.A.R. Campania - Salerno, Sez. I, sentenza 5 novembre 2018, n. 1574.
[38] Cfr. T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. III, sentenza 13 marzo 2020, n. 326.
[39] Cfr. Cons. di Stato, Sez. III, sentenza 25 aprile 2020, n. 2654.

negoziata solo tre ditte (…) e tutti e tre i predetti operatori economici sono stati poi invitati a presentare offerta con lettera di invito. Di talchè l'Amministrazione non ha effettuato alcuna selezione degli operatori da invitare o posto alcun limite numerico o filtri selettivi di accesso alla procedura di gara alla quale hanno partecipato tutti e soli gli operatori economici che si sono liberamente determinati in tal senso sulla base delle proprie scelte e logiche di convenienza commerciali, nel pieno rispetto dei principi di concorrenza e di par condicio*"*. [40]

Inoltre, secondo recente giurisprudenza, anche le concessioni risulterebbero al di fuori dell'applicazione del principio in esame (*"la selezione della rosa di operatori da invitare non è subordinata al rispetto del principio di rotazione, previsione non richiamata dall'art. 30 (e neppure dalla lett. a dell'art. 36)*",[41] in ragione del contenuto dell'art. 30, D.Lgs. n. 50/2016,[42] che non afferma la sussistenza di un principio generale di rotazione per *tutti* i contratti (l'art. 36 lo riserva per i contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi) includendovi anche le (diverse) gare di affidamento di concessioni; pertanto, "*il peculiare contratto (attivo) di 'concessione' non rientra nell'ambito d'azione*

[40] Cfr. T.A.R. Abruzzo - L'Aquila, Sez. I, sentenza 17 aprile 2020, n. 132.
[41] Cfr. T.A.R. Sardegna, Sez. II, sentenza 17 febbraio 2020, n. 101.
[42] L'art. 30, comma 1, specifica che: "L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico".

diretto della disposizione dell'art. 36, in quanto la concessione è sottoposta all'applicazione dei soli generali principi di "libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità", con garanzia di "qualità delle prestazioni" nonchè "nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza" (cfr. art. 30 comma 1°)."

*

4. Conclusioni

La trattazione di cui al presente contributo ha evidenziato come trasparenza e concorrenza siano divenute un indispensabile modello di garanzia per la correttezza degli affidamenti pubblici, idonee a tutelare, a livello procedimentale, il perseguimento non solo dei fini di economicità, efficacia ed efficienza, ma della legittimità stessa delle procedure di gara.

A seguito della riforma sulla anticorruzione e della campagna di sensibilizzazione volta a rafforzare la legalità negli appalti pubblici, l'attuazione di tali principi riveste oggi particolare importanza; essi andranno necessariamente rispettati, pertanto, anche (e soprattutto) nei c.d. affidamenti *minori* per salvaguardare appieno una gestione sana ed efficiente della "*res publica".*

Non da meno, in ragione della non sempre agevole interpretazione di determinati istituti del Codice degli appalti, ancora oggetto di dibattito nei loro aspetti fondamentali, appare necessario perseguire sempre più a fondo, accanto alle disposizioni normative, il rispetto dei

codici di comportamento e di comuni regole etiche degli operatori pubblici, al fine di scongiurare i gravi rischi e le molteplici responsabilità connesse ad un uso distorto dell'azione amministrativa.

Roma, 2 giugno 2020

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

LA MAPPATURA DEGLI ATTI DELL'EMERGENZA COVID-19

di Nicole Piccozzi, Francesca Quaia e Nicole Galliani

*

INDICE

CAPITOLO I

INTRODUZIONE: IL MONITORAGGIO DEGLI "ATTI CORONAVIRUS"

CAPITOLO II

GLI ATTI EMANATI DALL'AUTORITÀ CENTRALE

1. Dalla dichiarazione dello "stato di emergenza" al D. Legge n 6/23 febbraio 2020.
2. L'evolversi degli atti emanati dalle varie autorità centrali: Governo, Ministeri e Protezione civile.
3. Dal "Decreto Cura Italia" n 18/17 marzo 2020 alla situazione attuale.

CAPITOLO III

GLI ATTI EMANATI DALLE AUTORITÀ PERIFERICHE

1. Le ordinanze di necessità ed urgenza delle varie Regioni.

*Il presente elaborato è frutto di un lavoro condiviso, ad ogni modo si devono a N. Piccozzi il capitolo I, il cap. II paragrafo 3, il cap. III paragrafo 3, il cap. IV paragrafo 1, il capitolo V; a F. Quaia il cap. II paragrafo 2, il cap. III paragrafo 4, il cap. IV paragrafo I; infine, a N. Galliani il cap. II paragrafo 1, il cap. III paragrafi 1 e 2, ed il capitolo IV paragrafo 2.

2. Uno sguardo sulle ordinanze emanate dalla Regione FVG.
3. Cenni sulle ordinanze dei sindaci.
4. Le decisioni dei giudici amministrativi.

CAPITOLO IV

GLI ATTI DELL'EMERGENZA: ANALISI E PROBLEMATICHE.

1. La natura degli atti emanati dalle varie autorità durante la situazione emergenziale. Loro inquadramento e collocamento tra le fonti.
2. L'utilizzo della decretazione d'urgenza e delle ordinanze di necessità ed urgenza nelle situazioni di emergenza.

CAPITOLO V

TABELLA RIASSUNTIVA

Premessa

Il presente contributo si colloca all'interno del Progetto "Il diritto emergenziale ai tempi del Coronavirus" realizzato da studenti universitari al quinto anno della facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trieste, a conclusione del corso di *Tutela costituzionale dei diritti fondamentali* tenuto dal Professor Gian Paolo Dolso nei mesi di marzo, aprile e maggio 2020. La stesura dell'elaborato è stata oggetto di costante e attenta supervisione da parte del Dottor Antonio Mitrotti, cui indirizziamo il nostro più sentito ringraziamento.

CAPITOLO I

INTRODUZIONE: IL MONITORAGGIO DEGLI "ATTI CORONAVIRUS"

Il presente contributo intende offrire una raccolta ed un'analisi del complesso sistema normativo adottato per far fronte

all'emergenza epidemiologica da Covid-19, scaturita all'inizio del presente anno (gennaio 2020).

Le istituzioni italiane, a vario livello, hanno reagito adottando in rapida successione una pluralità di provvedimenti, rispetto ai quali pare opportuno tentare una ricostruzione sistematica. In ragione della quantità e della complessa stratificazione delle fonti occorsa, nonché della continua evoluzione dello scenario emergenziale e quindi degli atti adottati per farvi fronte, il documento potrebbe non risultare completo. Nonostante ciò, esso può costituire un utile strumento per approcciarsi con maggior semplicità alla complessa disciplina oggetto del lavoro.

I testi riportati sono stati presi dalla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e dai siti web istituzionali.

CAPITOLO II
GLI ATTI EMANATI DALL'AUTORITÀ CENTRALE

SOMMARIO: 1. Dalla dichiarazione dello "stato di emergenza" al D. Legge n 6/23 febbraio 2020 – 2. L'evolversi degli atti emanati dalle varie autorità centrali: Governo, Ministeri e Protezione civile – 3. Dal "Decreto Cura Italia" n 18/17 marzo 2020 alla situazione attuale.

1. *Dalla dichiarazione dello "stato di emergenza" al D. Legge n 6/23 febbraio 2020*.

In seguito all'insorgenza in Cina della nuova epidemia di Coronavirus e della sua rapida diffusione anche in altri Paesi, tra cui l'Italia, sono state adottate una serie di misure a livello nazionale (ordinanze di ambito nazionale, regionale e locale, decreti-legge,

DPCM) ed internazionale dirette a prevenirne ed arginarne l'espansione[1].

Il 9 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato l'avvenuto isolamento, da parte delle autorità sanitarie cinesi, di un nuovo ceppo di Coronavirus mai identificato prima d'ora nell'uomo: il 2019-nCoV (conosciuto anche come Covid-2019)[2]. Il virus è stato associato ad un focolaio di casi di polmonite registrati a partire dal 31 dicembre 2019 nella città di Wuhan, la città più popolata della parte orientale della Cina e perno per il commercio e per gli scambi.

Il 30 gennaio 2020 l'OMS ha dichiarato l'epidemia da Covid-19 "un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale" e l'11 marzo 2020 l'ha definita una "situazione pandemica"[3].

I primi provvedimenti adottati per fronteggiare l'emergenza sanitaria si possono collocare nel quadro normativo delineato dal Decreto legislativo n.1 del 2 gennaio 2018, recante il Codice della

[1] Sul punto si rinvia all'articolo del Servizio studi della Camera dei Deputati, XVIII legislatura, recante "*Misure sull'emergenza Coronavirus – quadro generale*" consultabile al seguente sito: https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1203754.pdf?_1586214892715

[2] Il coronavirus 2 da sindrome respiratoria acuta grave, abbreviato in SARS-CoV-2 (acronimo dall'inglese Severe Acute Respiratory Syndrome - Coronavirus - 2), in precedenza nominato nuovo coronavirus del 2019 (2019-nCoV, o anche 2019 nCoV-ARD) è un ceppo virale della specie SARS-related coronavirus/SARS-CoV, facente parte del genere Betacoronavirus (famiglia Coronaviridae), sottogenere Sarbecovirus, scoperto intorno alla fine del 2019. Si tratta del settimo coronavirus riconosciuto in grado di infettare esseri umani. Il nome ufficiale dato dall'Organizzazione mondiale della sanità alla sindrome causata dal virus è COVID-19 (abbreviazione dell'inglese COronaVIrus Disease-2019). Il virus è stato sequenziato genomicamente dopo un test di acido nucleico effettuato su un campione prelevato da un paziente colpito da una polmonite, di cui non si conosceva la causa, all'inizio della pandemia del 2019-2020 a Wuhan. Questo virus, al momento ancora in fase di studio, è paragonato alla SARS e ha un tasso di mortalità ancora incerto a causa della fase transitoria di contagio ancora in corso.

[3] Sul punto, World Health Organization: https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020

protezione civile, e dalla Legge n. 833 del 1978, che ha istituito il Servizio sanitario nazionale.

Nel Codice di protezione civile si individua l'autorità nazionale di protezione civile nella figura del Presidente del Consiglio dei Ministri. In particolare, l'art 5 gli attribuisce "poteri di ordinanza e di direttiva". Inoltre, lo stesso Codice, all'art 7, prevede tre tipologie di possibili emergenze:

1. Emergenze connesse a calamità di origine naturale o che derivano dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati tramite interventi da parte di enti ordinariamente competenti;
2. Emergenze che per loro natura richiedono l'intervento coordinato di una molteplicità di enti e amministrazioni attraverso l'utilizzo di mezzi straordinari definiti dalle regioni e dalle province autonome con propria legge;
3. Emergenze di rilievo nazionale che per vastità ed intensità devono essere fronteggiate con strumenti e poteri straordinari durante periodi di tempo delimitati e predefiniti.

Fin dalle prime fasi dell'emergenza sono state adottate una serie di misure dal Ministero della Salute.

In data 22 gennaio 2020 una circolare informativa[4] del Ministero della Salute ha esposto le misure di prevenzione e controllo messe in atto, fornendo la definizione di "caso sospetto"[5] ed indicando le modalità per la diagnosi molecolare e le raccomandazioni per la

[4]La Circolare ministeriale del 22 gennaio 2020, n.1997, ha stabilito l'attivazione del sistema di sorveglianza dei casi sospetti di infezione da nuovo coronavirus SARS-CoV-2. Il coordinamento della sorveglianza è affidato all'Istituto Superiore di Sanità (ISS) che raccoglie le segnalazioni dalle Regioni attraverso una piattaforma web dedicata.

[5] La **definizione di caso** (sospetto, probabile e confermato) si basa sulle informazioni attualmente disponibili e può essere rivista in base all'evoluzione della situazione epidemiologica e delle conoscenze scientifiche disponibili.

raccolta dei campioni clinici. La circolare è stata aggiornata con nota del 27 gennaio 2020.

Sempre il 22 gennaio viene istituita una *task force*[6] con il compito di coordinare 24 ore su 24 le azioni da mettere in atto per evitare la diffusione dell'epidemia da Coronavirus nel nostro paese. La *task force* è composta dalla Direzione generale per la prevenzione, dalle altre direzioni competenti, dai Carabinieri dei NAS, dall'Istituto Superiore di Sanità, dall'Istituto Nazionale per le Malattie Infettive "Lazzaro Spallanzani" di Roma, dagli Usmaf (Uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera), dall'Agenzia italiana del farmaco e dall'Agenas. La *task force* ha provveduto in particolare a:

- mettere in stato di allerta le strutture sanitarie competenti al fine di fronteggiare la situazione in strettissimo contatto con l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e il Centro Europeo per la Prevenzione e il Controllo delle Malattie (ECDC);
- attivare controlli agli aeroporti e verificare la piena operatività delle procedure avviate;
- diramare a istituzioni, enti e organizzazioni professionali interessati, circolari contenenti indicazioni operative;
- verificare che le misure adottate dall'Italia rispettino quanto dettato dall'OMS;
- gestire i casi confermati nel nostro Paese in collaborazione con Regione e Asl (Aziende sanitarie locali).

[6]La *task force* è composta da un contingente multidisciplinare di 74 esperti, scelti in collaborazione con il Ministero della Salute, l'Istituto Superiore di Sanità e l'Organizzazione Mondiale della Sanità e tra componenti direttamente designati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e dal Garante per la protezione dei dati personali, in base a comprovata esperienza nelle rispettive discipline di riferimento, che partecipano a titolo gratuito. Il compito di questo gruppo di lavoro è **individuare e valutare soluzioni tecnologiche *data driven*** per supportare il Governo e gli altri pubblici decisori nella definizione di politiche di contenimento del contagio da Covid-19.

La suddetta *task force* è permanentemente operativa e si riunisce quotidianamente, ed ha il compito di seguire in tempo reale l'evolversi della situazione determinata dal Coronavirus, supportando il Ministro nell'individuazione di ogni iniziativa idonea a fronteggiare le eventuali criticità emerse.

Successivamente, il 24 gennaio 2020, una circolare del Ministero della Salute fornisce indicazioni operative per il monitoraggio dello stato di salute dei passeggeri sui voli provenienti dalla Cina. Ed il 27 gennaio 2020 un provvedimento del Ministero della Salute dispone il divieto di atterraggio di tutti i voli provenienti dalla Cina negli aeroporti di Ciampino, Roma urbe, Perugia, Ancona e Pescara. Inoltre, il 25 gennaio 2020 viene adottata, sempre dal Ministero della Salute, un'ordinanza sulle misure profilattiche contro il nuovo Coronavirus (pubblicata in GU n. 21 del 27 gennaio 2020) con la quale si dispone, tra l'altro, il potenziamento, per un periodo di 90 giorni, del contingente di personale da impiegare nelle attività di risposta rapida al numero di pubblica utilità 1500, nei controlli sanitari attivati presso gli USMAF-SASN e nei servizi di competenza degli uffici centrali di sanità marittima, aerea e di frontiera.

Nella seduta di lunedì 27 gennaio, si è svolta presso la XII Commissione affari sociali della Camera, l'audizione del Ministro della Salute Roberto Speranza per riferire in merito alle iniziative adottate, a livello nazionale ed internazionale, allo scopo di prevenire la diffusione del coronavirus (2019-nCoV). Sul tema, il Ministro ha riferito anche sull'informativa urgente del 30 gennaio in Assemblea, assicurando, che il Ministero della Salute, con il supporto delle Istituzioni, delle Organizzazioni e degli Enti nazionali ed internazionali coinvolti, segue costantemente gli sviluppi della situazione venutasi a determinare con la diffusione del Coronavirus (2019-nCoV) e monitora con la massima attenzione la possibile insorgenza sul

territorio nazionale di patologie la cui sintomatologia possa essere ricondotta al contagio originato dal predetto virus.

In Italia, il 30 gennaio 2020 sono stati confermati i primi due casi di contagio: si tratta di due turisti cinesi, immediatamente ricoverati in regime di isolamento presso l'INMI "Lazzaro Spallanzani" di Roma. Lo stesso giorno, il Ministero della Salute, adotta un'ordinanza, successivamente pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 1° febbraio 2020[7], riguardante le misure profilattiche contro il nuovo coronavirus (2019 – nCoV).

Il Presidente del Consiglio, Giuseppe Conte, nella conferenza stampa tenutasi lo stesso giorno, ha ricordato che, sin dalle prime fasi dell'epidemia, ispirandosi al *principio di precauzione*[8], in Italia sono stati implementati controlli aeroportuali per i cittadini provenienti dalla zona sede del focolaio epidemico (Cina) ed attuato accurate misure di controllo, quali la misurazione della temperatura corporea, l'identificazione ed l'isolamento dei malati, le procedure per il rintraccio e la quarantena dei contatti stretti. Queste misure, unitamente ad un efficiente sistema di sorveglianza epidemiologico e microbiologico, garantiscono il rapido contenimento di eventuali casi.

Il Presidente ha quindi dichiarato che, su disposizione delle Autorità sanitarie nazionali, sono stati sospesi tutti i voli da e per la Cina oltre a quelli provenienti da Wuhan, già sospesi dalle autorità cinesi. Inoltre, ha rassicurato la popolazione sul fatto che la situazione è sotto controllo e che le misure assunte sono di carattere precauzionale ponendo l'Italia al più alto livello di cautela sul piano internazionale.

[7] G.U. Serie Generale, n. 26 del 1° febbraio 2020.
[8] Sul punto, il Quotidiano Giuridico, *Applicazione del principio di precauzione all'emergenza Coronavirus:* https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2020/04/30/applicazione-del-principio-di-precauzione-all-emergenza-coronavirus

L'Italia ha immediatamente attivato significative misure di prevenzione, dichiarando, con Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020[9], lo "**stato di emergenza**"[10] per sei mesi (fino al 31 luglio 2020) dato il rischio sanitario connesso alla diffusione del virus, provvedendo con ordinanze emanate dal Capo del Dipartimento della Protezione Civile o dal Presidente del Consiglio dei Ministri in deroga ad ogni disposizione vigente sempre nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e del diritto dell'Unione Europea; queste ordinanze devono essere motivate e posso essere emanate soltanto dopo aver acquisito l'intesa delle Regioni interessate e devono indicare espressamente le norme di legge alle quali intendono derogare.

In seguito, il Ministero della Salute ha emanato una circolare, diramata dal MIUR a tutti gli uffici scolastici regionali in data 1° febbraio 2020, in cui si sottolinea che non vi sono preclusioni alla frequenza di scuole ed università per gli studenti provenienti dalla Cina che non presentino i sintomi del Coronavirus. Questa circolare è stata aggiornata con quella dell'8 febbraio che tiene conto dell'evoluzione del quadro epidemico: sulla base del *principio di massima precauzione* [11] è stato concordato con il Ministero dell'Istruzione che i minori di ogni nazionalità arrivati in Italia dopo essere stati nelle aree interessate dall'epidemia, rimangano in

[9]La delibera del Consiglio dei Ministri è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 1° febbraio 2020, n. 26. Per un suo commento, non privo di rilievi critici, v. G.P. DOLSO, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, Rivista Ambiente Diritto, n. 1/2020: https://www.ambientediritto.it/dottrina/coronavirus-nota-sulla-dichiarazione-dello-stato-di-emergenza-per-rischio-sanitario/

[10]Lo stato di emergenza è una misura adottata da un governo in caso di un pericolo imminente che minaccia la Nazione.

[11] Per approfondimenti si rimanda all'articolo di T. PASQUINO, *Il principio di precauzione ai tempi del Covid-19 tra "rischio ed emergenza"*, 24 marzo 2020: https://www.biodiritto.org/content/download/3824/45437/version/1/file/42+Pasquino.pdf

"permanenza volontaria fiduciaria" a casa per un periodo di 14 giorni dalla loro partenza dalla Cina.

Il 3 febbraio 2020, il Capo del Dipartimento della Protezione Civile ha firmato un'ordinanza (n. 630) che disciplina i primi interventi urgenti relativi "al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili". Il provvedimento, che fa seguito alla "dichiarazione dello stato di emergenza" [12] deliberato il 31 gennaio dal Consiglio dei ministri per l'emergenza Coronavirus, affida allo stesso Capo Dipartimento della Protezione Civile il coordinamento degli interventi necessari a fronteggiare l'emergenza sul territorio nazionale. La seguente ordinanza ha anche istituito il Comitato Tecnico Scientifico[13], che è stato successivamente modificato in base all'ordinanza del Capo della Protezione Civile (OCDPC) del 18 aprile 2020.

Con riferimento alle misure di salvaguardia dell'anno scolastico in corso degli studenti impegnati nei programmi di mobilità internazionale nelle aree a rischio sanitario, in data 6 febbraio 2020, il Capo del Dipartimento della Protezione Civile ha firmato un'ulteriore ordinanza (n.631) riguardante "*ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali*" che prevede il rientro degli studenti dalle aree a rischio presso il proprio domicilio.

L'ordinanza del 12 febbraio (n. 633) ha poi specificato che è assicurata la validità dell'anno scolastico 2019/2020 agli studenti di

[12]La dichiarazione di stato di emergenza solitamente avviene quando si verifica un disastro naturale, situazioni particolari a livello sanitario (epidemie, pandemie ecc.), durante periodi di disordini civili o a seguito di una dichiarazione di guerra.
[13]Il CTS deve fornire consulenza al capo del dipartimento della Protezione Civile in merito all'adozione delle misure di prevenzione per fronteggiare la diffusione del Coronavirus. Si riunisce tutti i giorni nella sede della Protezione Civile. Studia, approfondisce e fornisce pareri alle Regioni, oltre che al governo.

ogni ordine e grado, che, di ritorno dalle aree a rischio di contagio, siano sottoposti a misure di sorveglianza da parte del Dipartimento di prevenzione dell'ASL di riferimento, ovvero si sottopongano autonomamente ad una quarantena volontaria nel proprio domicilio.

Il 13 febbraio 2020 con l'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile (n. 635) sono stati disposti dei benefici normativi e l'apertura di una contabilità speciale.

Sono state in seguito pubblicate due ulteriori ordinanze della Protezione Civile relative ad altri interventi urgenti per l'emergenza in corso, ossia l'ordinanza del 21 febbraio (n.637) che prevede ulteriori attribuzioni al soggetto attuatore del Ministero della Salute, l'incremento del personale medico nonché un volontariato di protezione civile, e l'ordinanza del 22 febbraio (n. 638) in merito alla semplificazione di procedure per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture connesse con l'emergenza sanitaria.

Quando la diffusione del contagio ha assunto le proporzioni di un'epidemia, a partire dalle giornate del 20 e 21 febbraio 2020, in seguito all'infezione di alcuni pazienti ricoverati negli ospedali di Codogno e di Lodi, i primi provvedimenti sono stati adottati in un quadro normativo diverso : quello di cui all'art 32 della Legge n. 833/1978, che attribuisce al Ministro della Salute il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile ed urgente in materia di igiene e sanità pubblica, con efficacia su tutto il territorio nazionale o una parte di esso, comprendente più Regioni; lo stesso potere è attribuito al Presidente della giunta regionale e ai sindaci con efficacia estesa ai rispettivi territori di competenza.

Così il 21 febbraio sono state adottate due ordinanze da parte del Ministro della Salute : la prima, attraverso l'intesa con il Presidente della giunta della regione Lombardia, e con efficacia limitata al territorio dei comuni interessati dal focolaio, stabiliva il

divieto di entrata e di uscita dallo stesso territorio (Regione Lombardia), e disponeva la sospensione di tutte le attività, lavorative, ludiche, sociali (nonché manifestazioni, incluse quelle religiose) e di tutte le attività educative ad esclusione della frequenza di corsi universitari con modalità telematica; la seconda[14], con la quale vengono disposte *ulteriori misure profilattiche contro la diffusione della malattia infettiva* con efficacia su tutto il territorio nazionale. Con la stessa ordinanza si fa obbligo alle Autorità sanitarie territorialmente competenti di applicare la misura della quarantena con sorveglianza attiva, per 14 giorni, agli individui che abbiano avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva Covid-19, mentre tutti gli individui che, negli ultimi quattordici giorni, abbiano fatto ingresso in Italia dopo aver soggiornato nelle aree della Cina interessate dall'epidemia, come identificate dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, sono tenuti a comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria territorialmente competente (ASL).

A distanza di due giorni il Governo ha però ritenuto necessaria l'adozione del decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020, recante "*misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*". Detto decreto è il primo dei decreti-legge predisposti per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 (successivamente quasi integralmente abrogato dal D.L. n. 19 del 25 marzo 2020, fatti salvi gli artt. 3, comma 6-bis e 4, v. ante). In esso si dispone, che nei Comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio, le autorità competenti sono tenute ad

[14]G.U. Serie Generale, n. 44 del 22 febbraio 2020.

adottare ogni misura di contenimento adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica. Tra le misure previste sono incluse il divieto di allontanamento e quello di accesso al Comune o all'area interessata; la sospensione di manifestazioni, eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato; la sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole e dei viaggi di istruzione; la sospensione dell'apertura al pubblico dei musei; la sospensione delle procedure concorsuali e delle attività degli uffici pubblici, fatta salva l'erogazione dei servizi essenziali e di pubblica utilità (con promozione del lavoro agile); l'applicazione della quarantena con sorveglianza attiva a chi ha avuto contatti stretti con persone affette dal virus e la previsione dell'obbligo per chi ha fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico di comunicarlo al Dipartimento di Prevenzione dell'azienda sanitaria competente, per l'adozione della misura di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva; si introduce, inoltre, la facoltà, per le autorità competenti, di adottare ulteriori misure di contenimento, al fine di prevenire la diffusione del virus anche fuori dai casi già elencati e si prevede lo stanziamento di 20 milioni di euro per l'anno 2020 a valere sul Fondo per le emergenze nazionali previsto dal Codice della Protezione Civile.

L'articolo 3 del citato D.L. ha previsto che le misure di cui ai precedenti articoli siano adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Salute, sentito il Ministro dell'Interno, il Ministro della Difesa, il Ministro dell'Economia e delle Finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale.

È fatta salva la facoltà per le autorità competenti di adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, anche diverse da quelle previste dal suddetto decreto-legge. È stato poi previsto che, in attesa dell'adozione dei predetti decreti, nei casi di estrema necessità ed urgenza, le misure di cui ai precedenti articoli possono essere adottate con ordinanze di carattere contingibile ed urgente, in materia di igiene e sanità pubblica.

2. *L'evolversi degli atti emanati dalle varie autorità centrali: Governo, Ministeri e Protezione civile*.

In attuazione della previsione di cui all'art. 3 del D.L. 23 febbraio 2020, n.6, nei giorni immediatamente successivi all'entrata in vigore dello stesso decreto-legge sono stati adottati in rapida successione una serie di DPCM.[15]

Il primo di questi (G.U. n.45; 23 febbraio 2020), emanato contestualmente al decreto-legge, reca misure urgenti di contenimento del contagio nei comuni delle Regioni Lombardia e Veneto interessati da focolai di contagio e specificamente elencati in un allegato al decreto. Inoltre, tale DPCM dispone che i soggetti che abbiano transitato e sostato in quegli stessi comuni debbano comunicarlo al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio, ai fini dell'adozione, da parte dell'autorità sanitaria competente, di ogni misura necessaria, ivi compresa la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva.

In parallelo, il Ministero della Salute tra il 23 e il 24 febbraio 2020 ha emanato una serie di ordinanze (G.U. n.47) specificamente dedicate a determinate regioni: Piemonte, Friuli-Venezia Giulia,

[15] Questi provvedimenti hanno generato una serie di interrogativi e dubbi interpretativi. Sul punto, cfr. M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità,* in *Osservatorio costituzionale*, pubblicato in data 28 aprile 2020, pp. 8-14.

Emilia-Romagna, Veneto, Lombardia, Liguria. In queste ordinanze vengono ulteriormente specificate le misure urgenti da adottarsi in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e vengono inoltre indicate le misure igieniche per le malattie a diffusione respiratoria da osservarsi.

Ancora, viene stabilito che, salvo il fatto che non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui alle presenti ordinanze è punito ai sensi dell'art 650 del codice penale.

Lo stesso 24 febbraio è, inoltre, intervenuto un decreto del Ministero dell'economia e dello sviluppo (G.U. n.48), il quale ha disposto la sospensione dei termini per l'adempimento degli obblighi tributari a favore dei contribuenti interessati dall'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Il giorno seguente (25 febbraio) è stato emanato un secondo DPCM (G.U. n.47) recante ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6. Questo è intervenuto a regolare talune situazioni regionali – nello specifico, le regioni interessate sono l'Emilia-Romagna, il Friuli-Venezia Giulia, la Lombardia, il Veneto, la Liguria e il Piemonte – stabilendo, tra le altre cose, la sospensione dei viaggi di istruzione e lo svolgimento degli eventi sportivi necessariamente a porte chiuse. Tale decreto ha inoltre autorizzato, a livello nazionale, il ricorso al "lavoro agile".[16]

Nella stessa giornata del 25 febbraio è stata emanata un'ordinanza del Dipartimento della protezione civile (n. 639), la quale ha disposto "*ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*". Con

[16]Cfr. M. LEONE, *Lavoro agile al tempo del coronavirus: ovvero dell'eterogenesi dei fini,* in *Questione Giustizia,* pubblicato in data 21 marzo 2020.

questa ordinanza, il Dipartimento della protezione civile provvede all'acquisizione di dispositivi di protezione individuali ed autorizza l'apertura di apposite contabilità speciali intestate ai soggetti attuatori, nominati con decreto del Capo del Dipartimento della protezione civile, per la realizzazione delle attività relative alla gestione dell'emergenza. Inoltre, si dispone che il Dipartimento della protezione civile è autorizzato a ricevere risorse finanziare derivanti da donazioni e altri atti di liberalità su conto corrente intestato alla Presidenza del Consiglio dei ministri.

Nei giorni immediatamente successivi sono state emanate ulteriori ordinanze del Dipartimento di protezione civile.

L'ordinanza n. 640 del 27 febbraio 2020 si è occupata specificamente di disciplinare la sorveglianza epidemiologica, la sorveglianza microbiologica e la sorveglianza delle caratteristiche cliniche dei casi nazionali di Covid-19 attraverso appositi database. Con essa si dispone che i dati personali raccolti nell'ambito di tali attività di sorveglianza vengono trattati nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di protezione dei dati personali.

Con l'ordinanza n. 641 del 28 febbraio 2020, invece, si è stabilito che l'applicazione delle disposizioni di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 639 del 25 febbraio 2020 venga estesa anche all'acquisizione degli strumenti e dei dispositivi di ventilazione invasivi e non invasivi. Inoltre, è stato prescritto che i dispositivi di protezione individuale acquistati ai sensi di quella stessa ordinanza (n. 639) siano destinati, in via prioritaria, al personale sanitario.

L'ordinanza n. 642 del 29 febbraio 2020, da ultimo, ha disposto la sospensione delle rate dei mutui, fino alla cessazione dello stato di emergenza, stabilendo che l'emergenza costituisce causa di

impossibilità temporanea della prestazione, non imputabile al debitore ex art. 1218 CC.

Un terzo DPCM di attuazione del D.L. n.6, emanato il 1° marzo (G.U. n. 52), ha recepito e prorogato alcune delle misure già adottate per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e ne ha introdotte altre, volte a disciplinare in modo unitario il quadro degli interventi su tutto il territorio nazionale. Con l'entrata in vigore di questo DPCM, cessa la vigenza di tutti quelli precedenti, adottati in attuazione dello stesso decreto-legge 3 febbraio 2020, n. 6.

Il 2 marzo è stato emanato un nuovo decreto-legge (D.L. n. 9), recante "*misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*". Con questo decreto sono state dettate disposizioni relative alla sospensione ed alla proroga di termini (in riferimento a varie materie, tra cui la dichiarazione dei redditi, la rimessione in termini per adempimenti e versamenti, il pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali e dei premi assicurativi, il rinvio delle udienze processuali, etc …), nonché una serie di misure in materia di lavoro pubblico e privato ed ulteriori misure urgenti per il sostegno ai cittadini e alle imprese in materia di sviluppo economico, istruzione e salute.

Successivamente, il 4 marzo 2020 il Presidente del consiglio Giuseppe Conte ha firmato, in attuazione del decreto-legge 23 febbraio 2020 n. 6, un nuovo DPCM (G.U. n.55) che stabilisce misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 omogenee su tutto il territorio nazionale (sospensione delle manifestazioni che non garantiscano la distanza di un metro tra gli intervenienti; svolgimento delle competizioni sportive a porte chiuse; sospensione delle attività didattiche di ogni ordine e grado fino al 15 marzo; disciplina della permanenza domiciliare fiduciaria, etc …).

Sempre del 4 marzo 2020 è un'ordinanza del Dipartimento della protezione civile (n. 644), recante "*ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*". Con questa ordinanza si è inteso attuare un coordinamento a livello nazionale in materia di disponibilità e utilizzo dei posti letto in relazione all'emergenza Covid-19.

Il 5 marzo 2020 è stato convertito in legge (Legge n. 13 del 5 marzo 2020), con modificazioni, il decreto-legge n.6 del 23 febbraio 2020, recante "*misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*".

Nella giornata dell'8 marzo il Presidente del Consiglio ha firmato un nuovo DPCM (G.U. n.59)[17] che prevede, sempre in attuazione del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, ulteriori misure per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 su tutto il territorio nazionale. Tale decreto, con efficacia fino al 3 aprile, riproduce le misure adottate a livello nazionale dal DPCM del 4 marzo, disponendo però una serie di misure rafforzate di contenimento dell'infezione relativamente alle zone maggiormente colpite dall'emergenza, quali l'intera regione Lombardia e varie province dell'Emilia-Romagna, del Piemonte, del Veneto e delle Marche. Tra queste misure vi è la sospensione delle attività scolastiche, la chiusura degli impianti sportivi, l'imposizione di "evitare" gli spostamenti non giustificati da ragioni lavorative, di salute o di comprovate necessità. Viene, inoltre, limitato l'orario di apertura dei locali di ristorazione tra le 6.00 e le 18.00.[18]

[17] In riferimento a tale DPCM, il Ministro dell'Interno, Luciana Lamorgese, ha adottato una direttiva ai prefetti per l'attuazione dei controlli nelle "aree a contenimento rafforzato".

[18] L'adozione di queste misure ha suscitato numerose polemiche tra il Governo ed i Presidenti di Regione, soprattutto in relazione all'incertezza di alcune disposizioni ivi

Sempre l'8 marzo viene emanato un nuovo decreto-legge (D.L. n. 11 del 8 marzo 2020). Questo decreto introduce misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria. Con esso vengono infatti disposti provvedimenti eccezionali in materia giudiziaria, tra i quali il differimento urgente delle udienze e la sospensione dei termini nei procedimenti pendenti.

Lo stesso giorno intervengono anche due nuove ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile.

Con l'ordinanza n. 646 vengono riportate alcune precisazioni relative al contenuto del DPCM emanato lo stesso giorno (G.U. n.59, di cui sopra).

L'ordinanza n. 645, invece, dispone che il soggetto attuatore del Ministero della Salute sia autorizzato ad affidare in *outsourcing*, per il potenziamento del Servizio 1500[19], un servizio di *contact center* di primo livello attivo tutti i giorni, 24 ore su 24. Inoltre, l'ordinanza autorizza lo stesso soggetto attuatore a conferire ulteriori incarichi di collaborazione coordinata e continuativa a personale medico, nel numero massimo di 38 unità, della durata non superiore al termine di vigenza dello stato di emergenza.

Già il giorno seguente, il Presidente della Repubblica ha emanato un ulteriore decreto-legge (n. 14 del 9 marzo 2020), il quale ha dettato "*disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza Covid-19*". Tale decreto-legge ha attuato un piano di potenziamento delle risorse umane del *Servizio sanitario nazionale*, disponendo ad esempio delle

contenute. Al fine di fare chiarezza, il Ministero degli Interni è intervenuto con una serie di circolari emanate nei giorni seguenti.

[19] Numero di pubblica utilità, relativo all'infezione da nuovo Coronavirus (2019-nCoV).

misure straordinarie per l'assunzione degli specializzandi e per il conferimento di incarichi di lavoro autonomo a personale sanitario, nonché per il reclutamento dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta. Il decreto si è inoltre occupato di un potenziamento delle reti assistenziali, ed ha disposto una serie di incentivi per la produzione di dispositivi medici e di misure di semplificazione per l'acquisto degli stessi.

Sempre il 9 marzo è stato emanato un sesto DPCM (G.U. n.62)[20] attuativo del decreto-legge n.6 del 23 febbraio, il quale ha esteso le misure particolarmente restrittive previste dall'art. 1 del DPCM emanato il giorno precedente (8 marzo) a tutto il territorio nazionale. Viene inoltre vietata ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico.

Parallelamente a tale DPCM, è stata emanata anche un'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile (n. 648 del 9 marzo) con la quale si è ribadita l'estensione delle disposizioni di cui al DPCM dell'8 marzo all'intero territorio nazionale.

Un settimo DPCM attuativo del D.L. n.6 del 23 febbraio 2020, datato 11 marzo 2020 (G.U. n.64), introduce ulteriori restrizioni valevoli per tutto il territorio nazionale, disponendo la chiusura di tutte le attività commerciali al dettaglio (ad eccezione di quelle relative ai generi alimentari o di prima necessità, delle farmacie e delle parafarmacie), delle attività di ristorazione, nonché dei servizi alla persona.

Tra il 12 ed il 15 marzo 2020, sono state emanate tre nuove ordinanze del Ministero della Salute (ordinanza 12/03/2020, G.U. n.73; ordinanze 14/03/2020 e 15/03/2020, G.U. n.74). Queste hanno

[20]Questo provvedimento, così come il DPCM (G.U. n. 59) dell'8 marzo, ha suscitato diverse perplessità sia sotto il profilo formale sia sotto quello sostanziale. Sul punto, cfr. V. DI CAPUA, *Osservatorio Emergenza Covid-19*, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *federalismi.it*, pp. 9-10.

apportato una deroga alla precedente ordinanza del 30 gennaio 2020, recante "*misure profilattiche contro il nuovo Coronavirus (2019 – nCoV)*", la quale aveva interdetto nel nostro paese il traffico aereo dalla Cina.

Le ordinanze in parola hanno infatti consentito l'atterraggio in Italia di un volo speciale operato da *China Eastern Airlines*, avente a bordo un team di medici specializzati cinesi; hanno inoltre consentito l'arrivo e la partenza su tutto il territorio nazionale dei voli cargo con provenienza Cina per la sola consegna ed il ricarico delle merci. Si è disposto che al momento dell'arrivo in Italia, i passeggeri dei voli suindicati siano tenuti a presentare una certificazione, rilasciata dalle competenti autorità cinesi, comprovante la negatività al Covid-19.

Inoltre, l'ordinanza del 15 marzo ha disposto che, per la durata dello stato di emergenza, ai fini dell'importazione di strumenti ed apparecchi sanitari, nonché dispositivi medici e dispositivi di protezione individuale destinati, in ragione dell'emergenza epidemiologica, ad enti sanitari, servizi ospedalieri ed istituti di ricerca medica, donati o acquistati dallo Stato, dalle Regioni o dagli enti del Servizio sanitario nazionale, le operazioni di controllo sono effettuate anche nelle more del versamento previsto per il rilascio del nulla osta sanitario da parte del competente USMAF.

3. *Dal "Decreto Cura Italia" n 18/17 marzo 2020 alla situazione attuale*.

Il "Decreto Cura Italia" recante "*misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori ed imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19"* è il primo decreto-legge economico per l'emergenza Coronavirus. È stato pubblicato su G.U. il 17 marzo 2020,

successivamente convertito in legge (Legge n. 27 del 24 aprile 2020) su G.U. Serie Generale n. 110 del 29 aprile 2020 - Suppl. Ordinario n. 16. Il decreto vale 25 miliardi e prevede misure a sostegno di famiglie, lavoratori ed imprese per contrastare gli effetti dell'emergenza Coronavirus sull'economia. È divenuto legge dello Stato: la Camera, infatti, lo ha approvato in via definitiva il 24 aprile 2020.

Le misure hanno un impatto notevole su praticamente tutti i settori.

In particolare, è prevista la sospensione dei versamenti; la sospensione degli adempimenti fiscali con scadenza tra l'8 marzo 2020 ed il 31 maggio 2020 e la sospensione dei mutui per i lavoratori autonomi ed i liberi professionisti.

È riconosciuta un'indennità pari a 600 euro ai liberi professionisti titolari di partita Iva; ai lavoratori titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, iscritti alla Gestione separata, non titolari di pensione e non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie; agli operai agricoli a tempo determinato e ai lavoratori dello spettacolo.

È altresì previsto un premio, per il mese di marzo 2020, pari a 100 euro per i lavoratori titolari di redditi di lavoro dipendente, che possiedono un reddito complessivo di importo non superiore a 40.000 euro, che abbiano continuato a lavorare in sede. Il premio va rapportato al numero di giorni di lavoro svolti nella propria sede nel predetto mese e non concorre alla formazione del reddito.

Sono previsti congedi parentali, bonus *baby-sitter* e permessi legge 104.

Inoltre, sono previste misure inerenti al trattamento di cassa integrazione e di sostegno finanziario dello Stato alle imprese. Sono

bloccate le procedure di licenziamento avviate dal 23 febbraio 2020 in poi.

Si sono susseguiti altri provvedimenti posti in essere dal Dipartimento della protezione civile e dal Ministero della Salute.

Nello specifico, bisogna tener presente l'ordinanza del Capo della Protezione civile (ODCPC n. 645 del 20 marzo 2020) su proposta del Ministro per gli Affari regionali Francesco Boccia. L'ordinanza è "una chiamata alle armi"[21]. Si è infatti deciso di creare una *task force* di medici provenienti da ogni parte d'Italia da poter inviare nei territori con le maggiori criticità sanitarie. La *task force* conterà fino ad un massimo di 300 medici. La partecipazione è stabilita su base volontaria ed il personale selezionato opererà a supporto delle strutture sanitarie regionali. L'ordinanza è stata trasmessa, per l'intesa, alle Regioni.

Il Ministro della Salute, invece, ha firmato due ordinanze "*ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, applicabili sull'intero territorio nazionale"* in data 20 marzo e 22 marzo. Sono state pubblicate su Gazzetta Ufficiale.

Nello specifico, l'ordinanza del 20 marzo vieta l'accesso del pubblico ai parchi, alle ville, alle aree gioco e ai giardini pubblici; vieta, altresì, di svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto. Impone la chiusura degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande posti all'interno delle stazioni ferroviarie e lacustri, nonché nelle aree di servizio e rifornimento carburante, con esclusione di quelli situati lungo le autostrade, che possono vendere solo prodotti da asporto da consumarsi al di fuori dei locali. Inoltre, è vietato ogni spostamento

[21]Dichiarazione resa dal Ministro degli Affari regionali, Francesco Boccia. Sul punto, il Quotidiano Sanità: http://www.quotidianosanita.it/governo-e-parlamento/articolo.php?articolo_id=82885

verso abitazioni diverse da quella principale, comprese le seconde case utilizzate per vacanza. Questo divieto è imposto per i giorni festivi e prefestivi, nonché per quelli che immediatamente precedono o seguono tali giorni.

L'ordinanza del 22 marzo è stata adottata congiuntamente con il Ministero dell'Interno. Vieta a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi con mezzi di trasporto pubblici o privati in comune diverso da quello in cui si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute.

Le limitazioni si fanno più stringenti. Infatti, sempre in data 22 marzo, il Presidente Conte ha firmato un nuovo DPCM ("*ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, applicabili sull'intero territorio nazionale"*) con il quale vengono introdotte nuove misure per il contenimento del contagio su tutto il territorio nazionale. Il provvedimento prevede la chiusura delle attività produttive non essenziali o strategiche. Restano, invece, aperti alimentari, farmacie, negozi di generi di prima necessità e i servizi essenziali.

Vi sarà poi un confronto tra il Ministro dello Sviluppo Economico, Stefano Patuanelli, ed il Ministro dell'Economia e delle Finanze, Roberto Gualtieri e le sigle sindacali nazionali. Si converrà così ad alcune modifiche all'allegato 1 del DPCM del 22 marzo[22].

Successivamente in data 25 marzo è stato emanato un nuovo decreto-legge. Il decreto-legge n. 19 reca "*misure urgenti per*

[22] Governo e sindacati hanno trovato un'intesa sulle attività da chiudere per l'emergenza Coronavirus. Dopo un incontro tra le parti è stato rivisto l'elenco delle attività produttive considerate essenziali e indispensabili, in questa fase, per il Paese. L'accordo è stato raggiunto nel corso del confronto conclusivo tra i ministri dell'Economia, Roberto Gualtieri, e dello Sviluppo economico, Stefano Patuanelli, ed i segretari generali di Cgil, Cisl e Uil, Maurizio Landini, Annamaria Furlan e Carmelo Barbagallo.

fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19" e stabilisce che potranno essere adottate nel corso dell'emergenza una o più misure per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte e con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del virus. È così prevista un'elencazione del tipo di misure adottabili attraverso uno schema piuttosto dettagliato.

Il provvedimento comprende: misure urgenti per evitare la diffusione del Covid-19; attuazione delle misure di contenimento; misure urgenti di carattere regionale o infra-regionale; sanzioni e controlli. In particolare, sono previsti limitazioni alla circolazione delle persone; chiusura al pubblico di strade urbane, parchi, aree gioco, ville e giardini pubblici o altri spazi pubblici; limitazioni o divieto delle riunioni o degli assembramenti in luoghi pubblici o aperti al pubblico; sospensione delle cerimonie civili e religiose; chiusura di cinema, bar, ristoranti, teatri, sale da concerto, sale da ballo, discoteche, sale giochi, sale scommesse e bingo, centri culturali, sociali e ricreativi; chiusura temporanea di palestre, centri termali, sportivi, piscine, centri natatori e impianti sportivi (anche se privati). È prevista la chiusura delle scuole di ogni ordine e grado.

Inoltre, si limitano o sospendono le attività commerciali di vendita al dettaglio, ad eccezione di quelle necessarie per assicurare generi agricoli, alimentari e di prima necessità con l'obbligo, a carico del gestore, di assicurare il rispetto delle distanze di sicurezza. Si limita anche l'accesso dei parenti e visitatori a strutture di ospitalità e lungo degenza, residenze sanitarie assistite, strutture riabilitative e strutture residenziali per anziani, autosufficienti e non. Vale lo stesso per gli istituti penitenziari.

Dunque, il decreto-legge ha lo scopo di predeterminare in modo puntuale la tipologia delle restrizioni che possono essere arrecate alle libertà e ai diritti fondamentali. In questo modo, le autorità statali e regionali potranno limitare, ridurre, sospendere o sopprimere i servizi di trasporto di persone e di merci automobilistico, ferroviario, aereo o marittimo, nonché di trasporto pubblico locale. Le misure in questione possono essere introdotte attraverso uno o più DPCM su proposta del Ministro della Salute o dei Presidenti delle regioni interessate. Inoltre, per specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario, i Presidenti delle regioni possono emanare ordinanze contenenti ulteriori restrizioni, ma solamente negli ambiti di propria competenza.

Le disposizioni previste dal presente decreto-legge (DL n. 19 del 25 marzo 2020) produrranno effetto dalla data del 23 marzo e saranno efficaci fino al 3 aprile 2020 con possibilità di proroga. Le stesse si applicano cumulativamente a quelle del DPCM dell'11 marzo 2020 e a quelle previste dall'ordinanza del Ministro della Salute del 20 marzo 2020, i cui termini di efficacia sono prorogati.

In data 22 maggio 2020, il suddetto decreto è stato convertito in legge (Legge n. 35, G.U. Serie Generale n. 132) con modificazioni.

Va sottolineato che le regole sugli spostamenti per contenere la diffusione del Coronavirus hanno provocato diversi interrogativi: si può uscire con i figli minori? Si può svolgere attività motoria?

Dunque, il Ministero dell'Interno con una circolare, in data 31 marzo, ha chiarito alcuni aspetti interpretativi [23] sulla base delle richieste pervenute al Viminale.

[23]Una nuova circolare che ha provocato polemiche e grande confusione. Il capo di gabinetto del Ministero dell'Interno, Matteo Piantedosi, ha dato un'interpretazione destinata ai prefetti per trasmetterla alle forze dell'ordine in modo da rendere omogenea in tutta Italia la valutazione dei comportamenti da sanzionare.

È stato così specificato che la possibilità di uscire con i figli minori è consentita a un solo genitore per camminare purché questo avvenga in prossimità[24] della propria abitazione e in occasione di spostamenti motivati da situazioni di necessità o di salute. Per quanto riguarda l'attività motoria è stato chiarito che è consentito camminare solo nei pressi della propria abitazione.

Inoltre, la circolare ha ribadito che non è consentito svolgere, in ogni caso, attività ludica e ricreativa all'aperto. Si specifica che continua ad essere vietato l'accesso ai parchi, alle ville, alle aree gioco e ai giardini pubblici. Infine, tutti gli spostamenti sono soggetti ad un divieto generale di assembramento e vi è l'obbligo di rispettare la distanza minima di sicurezza.

Pertanto, le regole ed i divieti riguardo agli spostamenti delle persone fisiche rimangono gli stessi.

Seguendo la successione di atti, in data 28 marzo e 1° aprile sono stati emanati altri DPCM.

Il DPCM del 28 marzo anticipa l'erogazione di 4,3 miliardi del fondo di solidarietà comunale. Mentre quello del 1° aprile proroga le misure di contenimento del contagio epidemiologico fino al 13 aprile, che verranno poi prorogate con altri provvedimenti che si vedranno seguendo.

Inoltre, va posto uno sguardo sull'ordinanza della Protezione civile n. 658 del 29 marzo. L'ordinanza nasce dalla forte ed urgenze evidenza di assicurare risorse per interventi di solidarietà alimentare sul territorio. Le misure vanno applicate con l'obiettivo di accelerare al massimo le procedure di spesa, pur nelle difficoltà operative vissute dai Comuni a causa dell'emergenza. Dunque, si vuole

[24]Dibattito sul concetto di "prossimità" da intendersi entro i 200 o 500 metri dalla propria abitazione.

assicurare che, nell'emergenza, i Comuni si possano organizzare per soddisfare immediatamente il bisogno dei propri cittadini in stato di bisogno, anche con mezzi e strumenti già in uso e in deroga alle ordinarie norme sugli affidamenti.

La produzione di atti da parte delle varie autorità non si è placata durante il mese di aprile. Sono stati emanati ulteriori decreti-legge e nuovi DPCM.

Il decreto-legge n. 22 ("Decreto scuola") ed il decreto-legge n. 23 ("Decreto liquidità") sono stati pubblicati, in data 8 aprile, su Gazzetta Ufficiale.

Il decreto-legge n. 22 reca "*misure urgenti sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato"*. È stato adottato su proposta del Ministro dell'Istruzione e del Ministro dell'università e della ricerca. È stato pubblicato su Gazzetta Ufficiale ed in vigore dal 9 aprile. Le norme disciplinano, con strumenti temporalmente efficaci, tutte le complesse operazioni relative alla chiusura dell'anno scolastico 2019/2020 e all'avvio dell'anno scolastico 2020/2021, tenendo conto della situazione determinatasi a seguito dell'emergenza sanitaria e dell'eventuale protrazione del periodo di sospensione dell'attività didattica, svolta "in presenza", oltre il 18 maggio 2020. Si adottano anche misure eccezionali per lo svolgimento degli esami di Stato per l'esercizio delle professioni, per le quali l'attività di tirocinio costituisce una condizione di ammissione.

Invece, il "Decreto liquidità" – DL n. 23 dell'8 aprile – reca "*misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché di interventi in materia di salute e lavoro, di proroga dei termini amministrativi e processuali"*. Il decreto arriva in un contesto non troppo sereno fatto di incontri serrati e riunioni per riuscire a trovare

un compromesso al fine di definire la più opportuna gestione del sostegno alla liquidità delle imprese. Il sostegno è così previsto attraverso l'erogazione di 400 miliardi di prestiti alle imprese. In particolare, si interviene in sostegno delle imprese in difficoltà su cinque principali ambiti:

1. accesso al credito, sostegno alla liquidità, all'esportazione, all'internazionalizzazione e agli investimenti;
2. misure per garantire la continuità delle aziende;
3. rafforzamento dei poteri speciali nei settori di rilevanza strategica e degli obblighi di trasparenza in materia finanziaria;
4. misure fiscali e contabili;
5. ulteriori disposizioni.

Il 10 aprile viene adottato un nuovo DPCM, che reca "*ulteriori disposizioni attuative del DL n. 19 del 25 marzo 2020, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19, applicabili sull'intero territorio nazionale".* Con il presente DPCM vengono prorogate fino al 3 maggio le misure restrittive sin qui adottate per il contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Tuttavia, nel decreto, rispetto alle precedenti misure restrittive relative alle attività commerciali, ci sono alcune piccole variazioni, che riguardano parziali riaperture. A partire dal 14 aprile, sarà permessa l'apertura delle cartolerie, delle librerie e dei negozi di vestiti per bambini e neonati. Vengono anche inserite tra le attività produttive consentite la silvicoltura e l'industria del legno. L'intenzione è quella di allentare il prima possibile le misure così che le attività economiche possano ripartire, ma non ci sono ancora le condizioni perché ciò sia possibile.

In data 26 aprile seguirà un nuovo DPCM con il quale si da avvio alla cosiddetta "Fase 2" di convivenza con il virus. Il DPCM reca

"*ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*"[25]. Il presente DPCM è valido dal 4 maggio 2020 e va a sostituire le disposizioni presenti nel DPCM del 10 aprile. Ha efficacia fino al 17 maggio e prevede graduali riaperture. In particolare, sarà possibile spostarsi all'interno della regione in cui ci si trova anche per fare visite mirate ai propri familiari (*congiunti*)[26] nel rispetto delle distanze e con le dovute precauzioni. Si aggiunge così un'ulteriore deroga a quelle già previste: lavoro, motivi di salute e di necessità ed urgenza.

Sarà ancheconsentito tornare alla propria residenza o domicilio e svolgere attività motoria lontano da casa, purché si rispetti la distanza di due metri (per le attività più dinamiche) e di un metro (per tutte le altre forme di attività sportiva).

[25]Suscita, invero, una certa perplessità il titolo del decreto, essendo stato adottato sulla base di un decreto-legge ormai non più in vigore.

[26]L'individuazione dei soggetti che rientrano nella locuzione "congiunti", utilizzata dal Governo per gli spostamenti giustificati nella Regione di residenza, ha dato luogo immediatamente a dubbi interpretativi sulla portata applicativa della disposizione normativa, considerato che il legislatore ha sempre utilizzato l'espressione "prossimo congiunto" in varie fonti normative senza chiarire l'estensione di tale concetto e la definizione giuridica agli effetti della legge penale contenuta nell'ultimo comma dell'art. 307 c.p. "*si intendono per prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti*" esclude dalla platea dei beneficiari i conviventi di fatto e tutti coloro che hanno un vincolo affettivo non giuridicamente rilevante. L'incertezza delineatasi su chi debba essere considerato congiunto non può non impattare anche sulle conseguenze previste in caso di violazione del divieto restrittivo sulla circolazione sanzionato con multa amministrativa. Un primo intervento chiarificatore di Palazzo Chigi, all'indomani del provvedimento, secondo cui con "congiunti" si intendono "*parenti e affini, coniuge, conviventi, fidanzati stabili, affetti stabili*" non è sufficiente al momento per fugare i dubbi interpretativi sorti sull'estensione applicativa della disposizione normativa dal momento che nel concetto di "affetto stabile" può rientrare ogni relazione affettiva e non necessariamente nell'accezione di relazione amorosa di coppia e non è del tutto chiaro il criterio da utilizzare per definire un rapporto stabile. Pertanto, la circolare del Ministero dell'Interno n. 15350 del 2 maggio 2020 ha precisato che l'espressione «congiunti» ricomprende «*i coniugi, i rapporti di parentela, affinità e di unione civile, nonché le relazioni connotate "da duratura e significativa comunanza di vitae di affetti*"» (cfr. C. Cass., sez. IV, 10.11.2014, n. 46351).

Resta ancora il divieto di spostarsi in altre regioni, tranne che per motivi urgenti di salute o di lavoro. Inoltre, i ristoranti potranno riaprire, ma solo ed esclusivamente per l'asporto. Saranno anche riaperti i parchi, purché nel rispetto delle distanze e delle prescrizioni di sicurezza. È prevista anche la possibilità di svolgere le funzioni funebri alla presenza di non più di quindici persone, rispettando le distanze di sicurezza e con l'obbligo di indossare le mascherine. Restano vietati tutti gli assembramenti in luoghi pubblici e privati.

Inoltre, ai fini del contenimento della diffusione del Coronavirus, è fatto obbligo sull'intero territorio nazionale di usare protezioni delle vie respiratorie nei luoghi chiusi accessibili al pubblico, inclusi i mezzi di trasporto.

In merito all'acquisto delle mascherine, è stata emanata un'ordinanza – n. 11 del 26 aprile – del *Commissario straordinario per l'attuazione ed il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*[27] attraverso la quale i prezzi per le mascherine chirurgiche sono stati calmierati a 0,50 centesimi con abbattimento totale dell'IVA sul prodotto.

Durante il mese di maggio sono stati emanati ulteriori atti da parte dell'autorità centrale. Si segnala l'ordinanza (n.673) del 15 maggio del Capo della Protezione, con la quale si dispone un'integrazione del Comitato Tecnico Scientifico.

Ulteriormente, si segnala il DPCM del 17 maggio recante "*disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante*

[27]Ai sensi dell'art. 122 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 18 marzo 2020, il dott. Domenico Arcuri è stato nominato Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19 (GU Serie Generale n.73 del 20-03-2020).

ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19" e che consente, tra l'altro, la riapertura delle attività produttive in tutto il territorio italiano; i viaggi nella propria regione senza necessità di compilare l'autocertificazione; i viaggi tra Regioni e fuori dai confini regionali a partire dal 3 giugno con l'obbligo della compilazione dell'autocertificazione; la riapertura di palestre e piscine a partire dal 25 maggio; la riapertura di cinema, teatri e centri estivi a partire dal 15 giugno; la possibilità di tornare a celebrare collettivamente messe e celebrazioni religiose; la possibilità di tornare a visitare gli amici. Il seguente DPCM ha subito una modifica con il DPCM del 18 maggio attraverso il quale è stata integralmente sostituita la lettera cc) dell'art 1, comma 1.

Inoltre, dopo il pacchetto di misure da 25 miliardi di euro del decreto "Cura Italia", il Governo con il "Decreto Rilancio" (DL n. 34 del 19 maggio 2020) stanzia ulteriori 155 miliardi per avviare la Fase 2 dell'economia italiana, che dovrà affrontare la crisi senza precedenti innescata dalla pandemia del Covid-19. È senza ombra di dubbio un provvedimento straordinario con il quale si interviene per rinforzare i settori salute e sicurezza, sostenere le imprese, i redditi da lavoro, il turismo e la cultura; e si pongono le basi per la ripresa del Paese.

CAPITOLO III
GLI ATTI EMANATI DALLE AUTORITÀ PERIFERICHE

SOMMARIO: 1. Le ordinanze di necessità ed urgenza delle varie Regioni. – 2. Uno sguardo sulle ordinanze emanate dalla Regione FVG. – 3. Cenni sulle ordinanze dei sindaci. – 4. Le decisioni dei giudici amministrativi.

1. *Le ordinanze di necessità ed urgenza delle varie Regioni*.

Durante la situazione epidemiologica da Covid-19, il Governo ha imposto la maggior parte dei divieti con una serie di DPCM. Questi atti hanno stimolato la produzione di ulteriori provvedimenti da parte delle Regioni per fronteggiare l'emergenza. In particolare, sono stati adottati divieti locali più o meno restrittivi rispetto a quelli nazionali per tutelare "igiene e sanità pubblica" in caso di necessità[28], secondo quanto stabilito dalla legge n 833/1978 all'articolo 32, comma 3.

Infatti, il 21 marzo 2020, Piemonte e Lombardia, avevano emanato proprie ordinanze che chiudevano, ad esempio, anche gli studi professionali, che non erano stati toccati dalle decisioni del Governo. In seguito, si sono anche verificate delle situazioni analoghe con altre ordinanze locali che vietavano espressamente di uscire di casa per fare *jogging* "nelle vicinanze", come invece consentivano le norme nazionali e le interpretazioni che ne dava il Ministero dell'Interno.

A questo punto bisogna capire se le ordinanze regionali più o meno restrittive hanno valore.

Il chiarimento ha preso la forma degli articoli 2 e 3 del DL n 19/2020, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale la sera del 25 marzo ed entrato in vigore il 26 marzo. Questo decreto-legge stabilisce che le Regioni (e i Comuni) potranno sì emettere ordinanze, ma soltanto per uno dei diciannove "motivi" indicati nel decreto-legge e mai in contrasto con le leggi nazionali e i DPCM.[29]

[28]Si rimanda all'articolo di M. CAPRINO, *Perché Regioni e Comuni possono emanare divieti più restrittivi dello Stato,* pubblicato sul Quotidiano *"Il sole 24 ore",* in data 5 aprile 2020.
[29]Inciso estrapolato dal sito: https://www.ingenio-web.it/26164-emergenza-covid-19-il-riepilogo-delle-ordinanze-regionali-che-si-aggiungono-ai-decreti-nazionali

In sostanza, l'art. 3, comma 1 del DL n 19/2020 ha stabilito che prevalgono i DPCM, con possibilità per le Regioni di prendere **decisioni soltanto più restrittive,** in caso di "situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso" mantenendosi però "esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale".

Inoltre, le misure regionali, specie quelle che vanno ad inasprire quelle già decise da Palazzo Chigi, possono restare in vigore al massimo per sette giorni**.** Di conseguenza, le Regioni stanno intervenendo in continuità con ordinanze. Ogni Regione può così, in virtù di quanto disposto dai vari DPCM del 8, 9 e 11 marzo 2020 e anche dal decreto-legge n. 14/2020, integrare le limitazioni con ordinanze specifiche.[30]

Tra le ordinanze di rilievo si segnalano quelle della Regione Lombardia, che ha adottato misure ancora più restrittive di quelle nazionali con l'ordinanza del 20 marzo, che ha sospeso fino al 15 aprile : cantieri edili, studi professionali e attività sportiva all'aperto; e l'ordinanza n 521 – firmata il 4 aprile ed in vigore dal 5 aprile – che proroga fino al 13 aprile le misure restrittive introdotte dalle precedenti ordinanze regionali del 21, 22 e 23 marzo e prevede "l'obbligo per chi esce dalla propria abitazione di proteggere sé stessi e gli altri coprendosi naso e bocca con mascherine o anche attraverso semplici *foulard* e sciarpe". Inoltre, impone ai negozianti di fornire ai

[30]Per un elenco completo di tutte le ordinanze adottate dalle Regioni, si veda la *Documentazione e interventi delle Regioni in relazione alle misure adottate per il contenimento dell'emergenza Covid-19 e relativa giurisprudenza amministrativa*, a cura di S. MALLARDO, aggiornato al 19 maggio 2020: https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=41644&dpath=document&dfile=19052020161711.pdf&content=Covid%2D19%2E%2BDocumentazione%2Bregionale%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdocumentazione%2B%2D%2B

propri clienti guanti e soluzioni igienizzanti per le mani e pone dei limiti fisici – non oltre ai 200 metri dalla propria abitazione – per l'attività motoria o le passeggiate con il cane.

A seguito dell'aggravamento della situazione epidemiologica, è stato fatto anche divieto di entrata ed uscita dal territorio regionale, salvo limitatissime eccezioni, da parte della Lombardia (con ordinanza del 21 marzo 2020, come integrata dalle ordinanze del 22 marzo e del 23 marzo 2020), del Piemonte (con ordinanza del 21 marzo 2020), della Valle D'Aosta (con ordinanza del 15 marzo 2020), della Basilicata (con ordinanza n. 10 del 22 marzo 2020) e della Calabria (con ordinanza del 15 marzo 2020).[31]

Il Presidente della Regione Veneto, Luca Zaia, il 13 aprile ha emesso l'ordinanza n. 40/2020, in vigore dal 14 aprile al 3 maggio, che prevede l'obbligo di utilizzare per chiunque si sposti dalla propria abitazione le mascherine o ogni altro dispositivo idoneo per la copertura di naso e bocca, i guanti o il gel. Ha anche imposto una distanza di sicurezza di 2 metri (al posto di 1 metro come stabilito dal Governo) nelle file per l'accesso ai supermercati e ai mercati all'aperto. Inoltre, ha concesso lo svolgimento dell'attività motoria in forma individuale, oltre i 200 metri dalla propria abitazione, ma con l'obbligo di indossare mascherina e guanti. Tuttavia, resta fermo il limite della "prossimità dell'abitazione" previsto dalla legge. Successivamente con l'ordinanza n. 43 del 27 aprile 2020, ha consentito lo spostamento individuale per attività motoria e attività all'aria aperta, anche con bicicletta o altro mezzo, in tutto il territorio comunale di residenza o dimora, fermo restando il divieto di assembramenti e con obbligo di rispetto della distanza di 1 metro. È stato anche permesso, per i residenti sul territorio regionale, lo

[31] In tal senso, si consulti anche il seguente indirizzo: https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1203754.pdf?_1588279335853

spostamento individuale per raggiungere le seconde case di proprietà al di fuori del Comune di residenza.

Le ordinanze emesse dalla Regione Emilia-Romagna sono state diverse, anche considerando l'alto numero di contagi. In Emilia-Romagna le misure del DPCM 26 aprile 2020 sono integrate dalle ordinanze del Presidente della Giunta n. 73 del 28 aprile 2020 e n. 74 del 30 aprile 2020.

Nello specifico, al territorio della provincia di Piacenza si applicano le stesse disposizioni in vigore nel resto del territorio Regionale: cessa dunque di essere "zona arancione". Invece, il territorio della Repubblica di San Marino, ai fini della disciplina degli spostamenti individuali, va assimilato a quello della provincia di Rimini per gli spostamenti in ambito provinciale e a quello della Regione Emilia-Romagna per gli spostamenti in ambito regionale.

L'ordinanza seguente – n. 75 del 6 maggio 2020 – ha aggiornato in parte le misure in vigore, relativamente agli spostamenti delle persone, consentiti anche fuori dalla Provincia, e alle attività sportive. Sono così riaperti i circoli sportivi per l'attività all'aperto.

Il Lazio ha adottato delle proprie ordinanze, in particolare: l'ordinanza del 15 aprile 2020 prevede lo spostamento all'interno del proprio comune o verso comune limitrofo per lo svolgimento in forma amatoriale di attività agricole e di conduzione di allevamenti di animali da cortile; l'ordinanza del 17 aprile 2020 prevede "ulteriori misure per il contenimento della pandemia", con l'obbligo di vaccinazione antinfluenzale per i soggetti ultrasessantacinquenni dal 15 settembre 2020 e fino al 31 gennaio 2021, salvo proroghe in relazione alla curva epidemica e per il personale medico e sanitario, anche volontario.

La regione Basilicata, invece, con l'ordinanza del 29 aprile 2020 ha disposto che tutte le persone fisiche, anche se asintomatiche, provenienti da altre Regioni o dall'estero, anche per soggiorno temporaneo, devono immediatamente comunicare tale circostanza al proprio medico di medicina generale o al pediatra di libera scelta ovvero al numero verde appositamente istituito dalla Regione con l'obbligo di osservare la permanenza domiciliare con isolamento fiduciario per un periodo di quattordici giorni, presso l'abitazione, dimora o luogo di soggiorno indicata nella medesima comunicazione, con divieto di contatti sociali, spostamenti o viaggi, e di rimanere raggiungibili per le attività di sorveglianza.

Anche il governatore della Regione Campania, Vincenzo De Luca, ha emesso svariate ordinanze sul tema Coronavirus con restrizioni molto stringenti, come il divieto assoluto di praticare attività sportive all'aperto. Questa misura è molto più restrittiva di quella prevista dal DPCM 26 aprile 2020. Inoltre, valgono le stesse regole imposte dalla regione Basilicata per quanto riguarda le comunicazioni e la quarantena domiciliare per chi entra in Regione Campania da altra Regione.

La Regione Calabria con l'ordinanza n. 37 del 29 aprile 2020 aveva disposto che, a partire dal 30 aprile, fosse consentita la ripresa delle attività di ristoranti, pizzerie e agriturismi con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto, con l'osservanza di misure minime "anti-contagio". Il Governo ha però impugnato innanzi al TAR l'ordinanza citata.

Con la Sentenza n. 457/2020 il TAR della Calabria ha accolto il ricorso della Presidenza del Consiglio dei Ministri, annullando l'ordinanza della Regione Calabria nella parte in cui consentiva la ripresa delle attività sopracitate con la modalità di servizio di “tavoli all'aperto”.

Il Governo ha anche annunciato l'impugnativa della nuova legge della Provincia autonoma di Bolzano pubblicata sul Bollettino provinciale l'8 maggio 2020, che anticipa all'11 maggio la riapertura di alcune attività, tra cui i servizi alla persona e i servizi di ristorazione e somministrazione di alimenti e bevande, a condizione che sia possibile garantire il rispetto delle prescritte misure di sicurezza. L'impugnativa viene limitata alle parti in contrasto con le regole sulla sicurezza sul lavoro.

2. *Uno sguardo sulle ordinanze emanate dalla Regione FVG*.

Il Friuli-Venezia Giulia, come le altre Regioni, sin dall'inizio dell'emergenza sanitaria ha adottato delle ordinanze restrittive che si sono andate a sommare ai dettami dei vari DPCM emessi per far fronte all'emergenza da Covid-19. La regione Friuli-Venezia Giulia è stata così, sin da subito, una delle poche Regioni che ha adottato misure di massima precauzione in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Infatti, durante la prima fase di questa situazione pandemica, il Presidente della Regione FVG, Massimiliano Fedriga, ha adottato diverse ordinanze **contingibili ed urgenti**.[32]

A seguito dell'ordinanza contingibile ed urgente del Ministero della Salute, firmata d'intesa con il Presidente della Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia il 23 febbraio 2020, sono state adottate delle misure sul territorio di Trieste, in vigore da subito e fino al primo marzo:

[32]Per approfondimenti si rimanda all'articolo di S. GARDINI, *Le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti. Nuovi scenari e nuovi poteri*, 18 luglio 2018 pubblicato sul sito Federalismi.it consultabile al seguente indirizzo : https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=36772&dpath=document&dfile=17072018000003.pdf&content=Le%2Bordinanze%2Bsindacali%2Bcontingibili%2Bed%2Burgenti%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B

- sospensione di tutte le manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura e eventi in luogo pubblico o privato, sia in luogo chiuso che aperto al pubblico, di natura culturale ludico sportiva, religiosa, discoteche locali notturni;
- chiusura dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, ricreatori e PAG;
- sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei, biblioteche e a tutti gli altri istituti e luoghi della cultura;
- sospensione del concorso per 12 posti di insegnante di scuola dell'infanzia previsto per il 25 febbraio 2020;

In data 1° marzo 2020, il Presidente ha adottato l'ordinanza contingibile ed urgente n. **1/PC** in tema di "misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19", integrativa delle disposizioni contenute nel DPCM del 1° marzo, la cui efficacia è cessata a partire dal 9 marzo.

Il 13 marzo è stata emessa l'ordinanza contingibile ed urgente n. **2/PC** in materia di "riduzione e soppressione di servizi di Trasporto Pubblico Locale" in relazione agli interventi sanitari necessari per contenere l'emergenza Coronavirus, sulla base delle effettive esigenze e al solo fine di assicurare i servizi minimi essenziali, la cui validità è stata prorogata fino al 3 maggio con l'ordinanza contingibile ed urgenten. 9/PC.

L'ordinanza n. **3/PC** è entrata in vigore a partire dal 19 marzo. Il governatore del Friuli Venezia Giulia ha firmato una nuova ordinanza, la **n. 4/PC** del 21 marzo che sostituisce la n. 3 del 19 marzo, ritenendo di adottare "ulteriori disposizioni per il contenimento del contagio da Covid-19" in ragione della specificità della realtà del territorio della Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia, oltre a quelle adottate con l'ordinanza del Ministro della Salute del 20 marzo;

con la suddetta ordinanza, ai fini del contenimento della diffusione del virus, è stata disposta la chiusura domenicale delle attività commerciali ad esclusione di farmacie, parafarmacie ed edicole. Inoltre, è stata anche disposta, dai sindaci, la chiusura dei parchi e giardini pubblici o aperti al pubblico e di aree pubbliche e di aggregazione

L'ordinanza contingibile ed urgente n. **5 / PC** del 25 marzo proroga la validità dell'ordinanza n. 2/PC fino al 3 aprile e successivamente la validità viene prorogata fino al 3 maggio con l'ordinanza n.9/PC. Questa ordinanza prevede di demandare alle aziende di trasporto la definizione ed attuazione di ulteriori puntuali rimodulazioni dei servizi di TPL automobilistici e marittimi, in caso di scarsa o nulla affluenza costantemente rilevata, previa autorizzazione della Direzione centrale infrastrutture e territorio. Le aree in cui eventualmente verranno revisionati per primi i servizi urbani saranno quelle di Pordenone e Udine. Inoltre, permetterà anche di affinare l'attività dei trasporti extraurbani, ferma restando la necessità di preservare un servizio sul territorio che risponda alle esigenze di mobilità oggi presenti, assicurando la preventiva informazione ai viaggiatori.

L'ordinanza n. **6 / PC** del 3 aprile proroga la validità dell'ordinanza n. 2 del 13 marzo e dell'ordinanza n. 5 del 25 marzo, in materia di trasporto pubblico locale e regionale, fino al 13 aprile.

Sempre lo stesso giorno, il Presidente della Regione FVG, ha emesso un'ulteriore ordinanza, ossia la n. **7 / PC**, con validità dal 4 al 13 aprile che prevede provvedimenti integrativi rispetto all'ordinanzan. 4del 21 marzo, stabilendo l'uso obbligatorio di guanti e mascherine nei supermercati, contingentando le presenze per mantenere le distanze di sicurezza e limitando l'accesso ai negozi ad un solo componente del nucleo familiare.

L'ordinanza contingibile ed urgente n. **8 / PC** emanata il 7 aprile e valida fino al 13 aprile, ad integrazione dell'ordinanza precedente del 3 aprile (n. 7/PC), prevede la chiusura nella giornata di lunedì 13 aprile (Pasquetta), di tutte le attività commerciali di qualsiasi natura ad eccezione delle farmacie e parafarmacie, le edicole e gli esercizi nelle aree di servizio situate lungo la rete autostradale e a servizio di porti ed interporti; stabilisce, inoltre, l'obbligo a chiunque acceda ai servizi di trasporto pubblico automobilistici, ferroviari e marittimi di mantenere la distanza interpersonale di sicurezza; l'uso della mascherina o comunque di una protezione a copertura di naso e bocca e di ogni altra precauzione finalizzata ad evitare il contagio; la disposizione di cui al precedente punto si applica anche ai servizi pubblici non di linea (servizio NCC, taxi, ecc …). Tuttavia, restano confermate, per quanto non espressamente regolato dalla presente ordinanza, le disposizioni di cui alla precedente ordinanza n. 7/PC del 3 aprile.

L'ordinanza n. **9 / PC** dell'11 aprile conferma le disposizioni contenute nell'ordinanza n. 2 del 13 marzo, nell'ordinanza n. 5 del 25 marzo, già prorogate con ordinanza n. 6 del 3 aprile in materia di trasporto pubblico locale e regionale, fino al 3 maggio. L'ordinanza prevede di demandare alle aziende di trasporto – anche sulla base delle azioni sui servizi individuate dalla cabina di regia sul TPL, coordinata dall'assessore regionale alle infrastrutture e territorio, Graziano Pizzimenti, e di cui fanno parte le aziende esercenti i servizi di trasporto pubblico locale automobilistico, ferroviario e marittimo e le organizzazioni sindacali – la definizione ed attuazione di ulteriori puntuali rimodulazioni, ferma restando la necessità di preservare un servizio sul territorio che risponda alle esigenze di mobilità e assicurando la preventiva informazione ai viaggiatori.

Nel caso in cui i decreti dell'autorità centrale prevedano, in futuro, aperture di attività di impresa, la cabina di regia è pronta a qualsiasi cambiamento per consentire ai lavoratori di raggiungere le rispettive sedi.

Va richiamato che sui servizi di trasporto pubblico locale è obbligatorio l'uso della mascherina o, in alternativa, di una copertura per il naso e la bocca (*foulard*, sciarpa, copricollo …), mentre è facoltativo l'utilizzo di guanti. In particolare, è fatto obbligo a chiunque acceda ai servizi di trasporto pubblico automobilistici, ferroviari e marittimi, di mantenere la distanza interpersonale di sicurezza e di fare uso della mascherina o comunque di una protezione a copertura di naso e bocca e di ogni altra precauzione per evitare il contagio. Tali prescrizioni devono essere rispettate anche nei servizi pubblici non di linea, quali taxi o vetture a noleggio con conducente.

Successivamente l'ordinanza contingibile ed urgente n. **10/PC** del 13 aprile prevede, in Friuli-Venezia Giulia, l'utilizzo di una mascherina o comunque di una protezione a copertura di naso e bocca, ogni qualvolta si esca dall'abitazione; la distanza interpersonale da osservare è confermata a un minimo di un metro. Il provvedimento, in vigore fino al 3 maggio, proroga le misure di contenimento dei contagi da Coronavirus per evitare situazioni di aggravamento del rischio sanitario.

L'ordinanza ribadisce che nella giornata di domenica e nei festivi dovranno rimanere chiuse tutte le attività commerciali di qualsiasi natura, fatte salve le farmacie, le parafarmacie, le edicole e gli esercizi nelle aree di servizio situati lungo la rete autostradale e a servizio di porti ed interporti. Le modalità d'accesso all'interno degli esercizi aperti al pubblico limitano gli ingressi a un solo componente del nucleo familiare, salvo comprovati motivi di assistenza ad altre

persone. L'ordinanza precisa che restano possibili, anche nella giornata di domenica e nei giorni festivi, tutti i servizi di consegna a domicilio.

Inoltre, nessuna restrizione è prevista rispetto alla riapertura consentita dall'ultimo DPCM di una serie di esercizi, tra cui cartolibrerie, librerie, negozi per bambini e neonati e lavanderie. Per quanto concerne i mercati all'aperto e al chiuso di generi alimentari, saranno ammessi solo laddove il sindaco abbia adottato un piano che preveda, per venditori e compratori, alcune condizioni minime: l'uso obbligatorio di guanti monouso e mascherine o comunque una protezione a copertura di naso e bocca; la presenza di un unico varco d'accesso separato da quello di uscita; il contingentamento delle presenze. Inoltre, nel caso di mercato all'aperto, il piano deve contenere la perimetrazione dell'area commerciale.

Relativamente ai guanti monouso, l'obbligo è esteso a tutti gli esercizi commerciali. Quelli non alimentari possono, in alternativa, mettere a disposizione dei clienti soluzioni idroalcoliche con cui igienizzarsi le mani. Nei supermercati e nelle farmacie è inoltre raccomandata la rilevazione della temperatura corporea degli avventori e del personale. È infine ammessa l'attività di manutenzione del verde su aree pubbliche e private e delle spiagge in concessione.

L' ordinanza contingibile ed urgente n. **11/PC** è entrata in vigore a partire dal 27 aprile fino al 3 maggio e consente la vendita di cibo e bevande da asporto e la possibilità di svolgere attività motoria individuale nel territorio del proprio comune, indossando la mascherina o comunque una protezione a copertura di naso e bocca e mantenendo una distanza interpersonale di almeno un metro, senza l'obbligo di mantenersi entro i 500 metri dal proprio domicilio.

Il governatore del FVG ha aperto la “fase due” emanando due ordinanze contingibili ed urgenti ossia la n. 12/PC e 13/PC.

L' Ordinanza n. **12/PC** stabilisce le misure valide dal 4 al 18 maggio integrando le disposizioni contenute nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26 aprile. Si potrà fare attività motoria anche in coppia e con i componenti del proprio nucleo familiare tenendo le distanze di sicurezza, ma decade l'obbligo di non uscire dal proprio Comune di residenza e di utilizzare le mascherine (o una protezione per naso e bocca) nei luoghi isolati; l'utilizzo della mascherina sarà obbligatorio per tutti coloro che hanno più di sei anni, tranne che alla guida di moto e autoveicoli. Sono anche consentiti i mercati all'aperto e al chiuso, ma soltanto di genere alimentari, fiori, libri e abbigliamento per bambini. Inoltre, è stato dato il “via libera” agli allenamenti in forma individuale di atleti professionisti e non, anche con l'istruttore, senza distinzione tra discipline individuali e di squadra. Permesse, anche da parte dei proprietari, le attività di manutenzione e riparazione di imbarcazioni, biciclette, camper, roulotte e seconde case, così come la manutenzione del verde su aree pubbliche e private, comprese le aree in concessione come spiagge e stabilimenti balneari, oltre all’approvvigionamento di legna per autoconsumo. Le modalità e gli orari di accesso ai cimiteri saranno definiti dai Comuni. Permessi la pesca sportiva dilettantistica, la caccia di selezione “esercitata individualmente”, l’allenamento e l’addestramento di animali.

Invece, l'Ordinanza n. **13/PC** disciplina, a partire dal 4 maggio, per le aziende esercenti i Servizi di Trasporto Pubblico Locale automobilistico, ferroviario e marittimo, le modalità per il proseguimento del servizio di trasporto pubblico locale, al fine di contenere la diffusione dell’epidemia da Covid-19 nella Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia. In particolare, l’ordinanza prevede la

possibilità di muoversi in tutto il territorio regionale, purché lo si faccia per fare acquisti in attività concesse, o per svolgere attività motoria, in macchina o con i mezzi pubblici per raggiungere l'area prescelta, così come decretato dal Governo.

A seguito dell'entrata in vigore del DPCM del 17 maggio 2020, che disciplina la riapertura della maggior parte delle attività commerciali e consente la libertà di spostamento all'interno della propria Regione, il Presidente della Regione FVG, ha adottato due ordinanze contingibili ed urgenti: la n. 14/PC e la n. 15/PC, che recepiscono le linee guida concordate da Stato e Regioni.

L'ordinanza n. **14/PC**, le cui disposizioni sono efficaci dal 18 maggio 2020 al 3 giugno 2020, contiene le linee guida per la riapertura della attività economiche e produttive e prevede la totale libertà di movimento in FVG, con la ripresa del turismo interno, e la possibilità di vedere altre persone oltre ai "congiunti", pur mantenendo distanze e mascherina. Inoltre, vi è più la necessità di giustificare con autocertificazioni gli spostamenti all'interno del territorio regionale.

Invece, l'ordinanza n. **15/PC**[33] del 17 maggio contiene "ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 in materia di Trasporto Pubblico Locale". Tra le novità più significative vi sono l'articolazione dei servizi, in particolare per quelli urbani di Trieste, e la capacità dei mezzi; viene confermata l'obbligatorietà all'uso della mascherina su tutti i mezzi, nelle stazioni e alle fermate; infine, tenuto conto dei limiti nei passeggeri trasportabili, l'ordinanza prevede che entro il 25 maggio si proceda all'attivazione del 100% dei servizi della Trieste Trasporti,

[33]Tutte le ordinanze contingibili ed urgenti adottate dal Presidente della Regione Friuli-Venezia Giulia, Massimiliano Fedriga, per far fronte all'emergenza epidemiologica da Covid-19, sono consultabili sul sito della Regione: http://www.regione.fvg.it/rafvg/cms/RAFVG/

mentre negli altri contesti della Regione vengono confermati i servizi attuali.

3. *Cenni sulle ordinanze dei sindaci*.

Prima che il Governo adottasse i primi atti conseguenti alla "dichiarazione dello stato di emergenza"[34], molti Sindaci hanno provveduto ad adottare delle ordinanze sindacali contingibili ed urgenti per fronteggiare l'emergenza.

Da tempo il Governo aveva attribuito ai sindaci il potere di emanare ordinanze per affrontare specifiche esigenze locali. In particolare, il potere di ordinanza sindacale trova la propria legittimazione negli art. 50 e 54 del T.U.E.L. (Testo Unico degli Enti locali) adottato con D. Lgs n. 267 / 2000[35]. Per esempio, i sindaci possono adottare ordinanze contingibili ed urgenti nel caso d'improvvise emergenze sanitarie. La figura del sindaco ha così assunto un ruolo di fondamentale rilevanza, ma allo stesso tempo particolarmente controverso.

Tra gli atti dei numerosi enti pubblici coinvolti a vario titolo nella gestione dell'emergenza da Coronavirus, sono proliferate le ordinanze dei sindaci attraverso le quali sono stati imposti limiti più stringenti funzionando anche da apripista e sperimentando divieti ed obblighi che magari poi sono stati introdotti, in un momento successivo, dal Governo sull'intero territorio nazionale.

Tuttavia, in questa maniera, vengono adottate misure in ordine sparso e a macchia di leopardo. Dunque, si ha una frammentazione

[34] In G.U. n. 26 del 1° febbraio 2020 è pubblicata la Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 recante la "*Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*".

[35] Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 "*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*" pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 227 del 28 settembre 2000 - Supplemento Ordinario n. 162

che genera confusione. Tali ordinanze hanno così avuto la loro efficacia sino all'intervento del superiore livello di governo.

Sul punto è intervenuto il DL n. 9 del 2 marzo 2020 che ha specificamente introdotto – all'art 35 – una puntuale disposizione sulle ordinanze contingibili ed urgenti: "*a seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza predetta in contrasto con le misure statali".* La seguente disposizione è stata successivamente abrogata dall'art 5, comma 1, lett. b) del DL n. 19 del 25 marzo 2020. Quest'ultimo testo normativo[36] ha introdotto una disposizione – all'art 3 – ancora più puntuale, secondo la quale "*i sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto di cui al comma 1"*. È stato così imposto ai sindaci, da parte del Governo, il divieto di andare oltre ai limiti restrittivi stabiliti dal decreto-legge a livello nazionale. Questi limiti non possono essere oltrepassati: se le prescrizioni di qualche comune dovessero contrastare con quelle stabilite dal decreto-legge, non avrebbero validità. Il compito di controllare ed assicurare il rispetto di queste prescrizioni viene affidato ai Prefetti, dislocati in ciascuna

[36]Nel corso della Conferenza Unificata, svoltasi il 7 maggio in videoconferenza, la Conferenza delle Regioni ha espresso parere favorevole sul decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante "misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da covid-19". Il via libera delle Regioni è stato condizionato all'accoglimento delle proposte di emendamento e delle osservazioni formulate contenute nel documento approvato, trasmesso al Governo in data 8 aprile 2020. In particolare, si sottolinea il rischio di una conflittualità decisionale e alcuni profili di criticità. Posto che le Regioni possono prevedere misure più restrittive nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, andrebbe definito meglio il rapporto tra queste due fonti: in particolare, se sia sufficiente l'intervento di un nuovo DPCM, successivo alle misure regionali, affinché queste vengano meno, anche qualora nulla disponga in merito la fonte statale sopravvenuta, oppure se le posteriori previsioni governative prevalgano soltanto su quelle regionali che si pongano in contrasto con esse.

provincia, in quanto titolari dell'ufficio territoriale del governo (U.T.G.)[37].

Inoltre, per fornire alle autorità amministrative indicazioni operative dettagliate, il Ministro dell'Interno ha emanato una circolare [38], in data 26 marzo, sulle misure per fronteggiare l'emergenza sanitaria. La circolare specifica che le ordinanze sindacali, adottate per ragioni di sanità sulla base della normativa in materia, possono essere emanate solo ed esclusivamente nelle more dell'adozione dei DPCM con efficacia limitata e solamente per specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario nel territorio del Comune interessato.

Pertanto, la dimensione nazionale dell'emergenza epidemiologica in atto impone ai sindaci di rispettare la "cabina di regia statale" per prevenire e fronteggiare il relativo pericolo sanitario, intervenendo direttamente solo in casi di estrema urgenza con provvedimenti aventi efficacia temporanea in attesa dell'intervento del superiore livello di governo.

4. *Le decisioni dei giudici amministrativi.*

[37]Le **prefetture** – **Uffici territoriali del governo** svolgono sul territorio un'azione propulsiva, di indirizzo, di mediazione sociale e di intervento, di consulenza e di collaborazione - anche rispetto agli enti locali - in tutti i campi del 'fare amministrazione', in esecuzione di norme o secondo prassi consolidate, promuovendo il processo di semplificazione delle stesse procedure amministrative. Assumono la desinenza di Uffici territoriali del governo con il piano di riforma previsto dal decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, mantenendo tutte le funzioni di competenza e assumendone delle nuove.

[38] contemplate e contiene chiarimenti al Decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante "*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*". Sul punto, si veda il testo completo presente nel seguente sito: https://www.interno.gov.it/sites/default/files/circolare_decreto_legge_25_marzo_2020_n.19.pdf

Con lo sviluppo dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 è nata la necessità di individuare con chiarezza non solo gli strumenti normativi di cui il Governo dispone per gestire una simile crisi, ma anche i poteri che le singole regioni hanno per andare in una direzione opposta rispetto a quanto deciso a livello centrale.

Infatti, con il proliferare ed il sovrapporsi degli atti varati da Governo ed enti locali per far fronte alla situazione emergenziale, è sorto un ricco contenzioso; diverse ordinanze regionali e sindacali sono state infatti impugnate davanti al giudice amministrativo, perché accusate di oltrepassare i limiti di validità ad esse posti e di essere incompatibili con le prescrizioni dettate dai DPCM governativi.

Il 25 febbraio, il presidente della Regione Marche ha firmato un'ordinanza (n. 1/2020)[39] che stabiliva, tra le altre cose, la chiusura degli istituti scolastici, andando così in una direzione più restrittiva rispetto a quanto previsto a livello nazionale. La Presidenza del Consiglio dei Ministri ha presentato ricorso al TAR Marche, chiedendo l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, di tale ordinanza. In particolare, il ricorrente affermava che l'ordinanza impugnata fosse stata emessa in assenza del presupposto individuato dall'art. 1, comma 1, del D.L. n. 6 del 23 febbraio 2020, ovvero che nella zona risultasse "positiva almeno una persona".[40]

Il 27 febbraio il Tar Marche, con un decreto monocratico urgente (n. 56/2020) – ritenendo sussistenti i requisiti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*, nonché quello dell'estrema gravità ed urgenza (tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della

[39]Con riguardo a tale ordinanza, si veda G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *Coronavirus, il TAR sospende l'ordinanza della Regione Marche (che ne fa un'altra),* in *laCostituzione.info*, pubblicato in data 28 febbraio 2020.

[40]Al fine di evitare la proliferazione di ordinanze difformi, il 26 febbraio il Ministero della Salute ha emanato un modello di ordinanza cui avrebbero dovuto conformarsi le Regioni nell'adozione delle misure di prevenzione e contrasto alla diffusione della pandemia sui rispettivi territori.

camera di consiglio per la decisione cautelare collegiale) – ha accolto l'istanza cautelare e sospeso gli effetti del provvedimento impugnato, disponendo così la riapertura di scuole ed università. Il giudice ha infine fissato la camera di consiglio il 4 marzo 2020. Difatti, l'eccezionale misura cautelare monocratica presidenziale, prevista dall'art. 56 c.p.a., svolge una funzione strettamente interinale ed il relativo decreto è per legge efficace sino alla camera di consiglio collegiale, la quale costituisce la giusta sede per l'esame della domanda cautelare.[41]

Il successivo 4 marzo, il Tar Marche in camera di consiglio ha accolto la domanda cautelare e ha fissato per il 13 gennaio 2021 l'udienza di trattazione del merito.

Nelle settimane successive – dopo l'approvazione dei DPCM dell'8 marzo e del 22 marzo, i quali hanno disposto rispettivamente il *lockdown* a livello nazionale e la chiusura delle attività produttive – diverse regioni (come Lombardia e Campania) hanno introdotto con singole ordinanze **misure più stringenti** rispetto a quelle previste su base nazionale e ciò ha provocato delle reazioni che sono sfociate in contenzioso.

Ad esempio, infatti, proprio in quei giorni è stata presentata, innanzi al TAR Campania, un'istanza cautelare di sospensione di un'ordinanza del 13 marzo 2020 (n.15) del Presidente della Giunta regionale della Campania e del relativo chiarimento intervenuto il giorno successivo. Gli atti citati vietavano, tra l'altro, l'attività sportiva all'aperto, ritenendola non compatibile con esigenze sanitarie, visto "*il rischio di contagio, ormai gravissimo sull'intero territorio regionale*". Il TAR napoletano, tuttavia, ha preso atto del

[41]Per una accurata ricostruzione del caso marchigiano, si veda G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza coronavirus tra Stato e regioni: il caso Marche*, in *BioDiritto*, 16 marzo 2020, pag. 1 ss.

fatto che l'ordinanza regionale n. 15/2020 richiama plurime disposizioni legislative che fondano la base legale del potere di adozione di misure correlate a situazioni regionalmente localizzate, il che esclude ogni possibile contrasto di dette misure con quelle predisposte per l'intero territorio nazionale (da parte del d.l. 17 marzo 2020, n.18). Inoltre, il giudice ha affrontato anche il profilo del bilanciamento degli interessi pubblici (a contenere il diffondersi del contagio) con quelli privati (la libertà dei singoli di movimento e nello specifico caso anche di praticare attività sportiva), dando prevalenza ai primi. Pertanto, il TAR Campania, con decreto cautelare monocratico datato 18 marzo 2020, ha respinto l'istanza del ricorrente e ha fissato per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 21 aprile 2020.[42]

Per via dell'insorgenza di questi contrasti, il decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020 ha voluto far chiarezza sulla questione, stabilendo all'art. 3 che «*le regioni* [...] *possono introdurre misure ulteriormente restrittive*» rispetto a quelle imposte dal Governo, **se** si verificano «*specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario*». Ovviamente, ciò è possibile esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale, oltre che nel rispetto degli intervalli di tempo regolati dai singoli decreti del presidente del Consiglio.

Anche alcune ordinanze sindacali sono state portate all'attenzione del giudice amministrativo. In particolare, il 7 aprile 2020 il Consiglio di Stato – nello svolgimento della sua funzione consultiva – ha emesso un *parere* (n. 260/2020) sulla proposta di

[42]Per un'analisi della motivazione adottata dal TAR, si veda C. DELLA GIUSTINA, *Il TAR in via cautelare non sospende l'ordinanza che vieta l'attività fisica. Nota a TAR Campania, Sez. V, n. 01048/2020 del 18.03.2020,* in *BioDiritto*, pp. 1 ss, pubblicato in data 30 marzo 2020.

annullamento straordinario ex art. 138 del d.lgs. 267/2000 dell'ordinanza contingibile e urgente del Sindaco di Messina n. 105 del 5 aprile 2020.[43] Quest'ultima introduceva l'obbligo per "c*hiunque intende fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina, sia che viaggi a piedi sia che viaggi a bordo di un qualsiasi mezzo di trasporto*" di registrarsi, almeno 48 ore prima dell'orario previsto di partenza, in un sistema di registrazione on-line, fornendo una serie di dati identificativi personali e relativi alla località di provenienza, a quella di destinazione e ai motivi del trasferimento, e di "*attendere il rilascio da parte del Comune di Messina, e per esso della Polizia Municipale alla quale è demandata l'attuazione e la vigilanza sulla esecuzione della presente ordinanza, del Nulla Osta allo spostamento*". La Presidenza del Consiglio dei ministri, in forza del potere attribuitogli dagli artt. 2, comma 3, lettera p) della legge 400/1988 e 138 del d.lgs. 267/2000, ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sulla proposta di annullamento straordinario di tale ordinanza, ritenendola atto amministrativo illegittimo in quanto lesivo dell'unità dell'ordinamento giuridico, la cui tutela costituisce il fine precipuo dell'istituto straordinario in esame.

Il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, agli artt. 2 e 3, ha ribadito che i sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali.
Sulla base di tale previsione, l'obbligo di preavviso e registrazione introdotto dal Sindaco di Messina è *evidentemente inefficace;* tuttavia, com'è stato correttamente rilevato dal Consiglio di stato, non viene comunque meno l'interesse all'annullamento dell'ordinanza a tutela dell'unitarietà dell'ordinamento della Repubblica*"occorrendo*

[43]Con riguardo all'art. 138 TUEL, si veda N. PIGNATELLI, *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina,* in *Diritti Regionali,* pubblicato in data 12 aprile 2020.

comunque rimuoverla quantomeno per esigenze di chiarezza e univocità dei precetti cui i cittadini devono attenersi". [44] Infatti, il parere osserva che l'ordinanza finirebbe anche per ledere "*diritti costituzionalmente sanciti*" invadendo "*per diversi aspetti, settori che la Costituzione assegna alla potestà legislativa statale esclusiva".*

Conseguentemente, il parere del Consiglio di Stato è nel senso che sussistano nella fattispecie i presupposti perché si provveda all'annullamento straordinario dell'ordinanza del Sindaco di Messina n. 105 del 5 aprile 2020, a tutela dell'unità dell'ordinamento.[45]

Il 30 aprile, in vista dell'avvio della cosiddetta "Fase 2" dell'emergenza, durante un'informativa alla Camera il Presidente del Consiglio Giuseppe Conte ha dichiarato che «*l'introduzione di* ***misure meno restrittive*** *di quelle disposte su base nazionale non sono possibili*» e che sono «*da considerarsi, a tutti gli effetti di legge, illegittime*», e quindi impugnabili davanti al Tar o alla Corte costituzionale. Il Presidente ha infatti citato il decreto-legge del 25 marzo 2020, con il quale è stata riconosciuta alle regioni la facoltà di adottare misure *più* stringenti (e non *meno*) rispetto a quelle stabilite a livello nazionale. Con ciò, il Presidente ha inteso riferirsi ad alcune iniziative prese a livello regionale nei giorni immediatamente precedenti.

Dalla seconda metà di aprile, infatti, sono state emanate diverse ordinanze da parte di vari presidenti di Regione, le quali presentavano evidenti profili di illegittimità.

[44] In tal senso, si veda anche A. CELOTTO, "*Emergenza e ordinanze comunali: l'«isola della ragione nel caos delle opinioni» (a prima lettura del parere 7 aprile 2020, n. 260/2020)*", sul sito di Giustizia Amministrativa, pubblicato in data 10 aprile 2020.

[45] Per un'analisi critica di tale parere, cfr. A. RUGGERI, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello stretto di Messina,* in *Consulta Online,* pubblicato in data 10 aprile 2020.

Il governatore della Regione Veneto Luca Zaia, ad esempio, con ordinanza del 27 aprile 2020, n. 43, ha autorizzato gli spostamenti per attività motoria e attività all'aperto su tutto il territorio comunale o di residenza. Tale ordinanza, pertanto, ha eliminato il parametro di prossimità per lo svolgimento dell'attività motoria stabilito a livello nazionale dal D.P.C.M. del 10 aprile 2020.

La stessa ordinanza ha anche garantito lo spostamento individuale, all'interno del territorio regionale, per raggiungere le seconde case di proprietà o imbarcazioni e velivoli di proprietà per lo svolgimento di attività di manutenzione e riparazione; facoltà non consentita nel resto d'Italia.

Il 29 aprile, invece, la presidente della Regione Calabria ha firmato un'ordinanza (n. 37 del 29 aprile 2020) con la quale veniva permessa, dal giorno seguente, la riapertura di attività come bar e ristoranti, prevista a livello nazionale solo a partire dal 1° giugno. Quest'ultima ordinanza è stata impugnata dal Governo innanzi al TAR Catanzaro; il ricorrente chiedeva l'annullamento di tale atto, lamentandone l'illegittimità.

Il giudice amministrativo, con sentenza del 9 maggio 2020 (n. 841), ha accolto il ricorso ed ha annullato l'ordinanza nella parte in cui dispone che è «*consentita la ripresa delle attività di bar, pasticcerie, ristoranti, Pizzerie, agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto*».

In particolare, il TAR ha dichiarato tale ordinanza illegittima sotto vari profili : anzitutto, per incompetenza, ossia perché è stato esercitato un potere da parte di chi non ne disponeva la titolarità; inoltre, percarenza di motivazione, ossia perché l'istruttoria effettuata per valutare la praticabilità di una simile misura non prendeva in considerazione molti dei criteri necessari a definire con cura l'applicazione del principio di cautela sanitaria; infine, l'ordinanza è

stata dichiarata viziata anche sotto il profilo dell'eccesso di potere, perché la violazione del principio di leale collaborazione costituisce elemento sintomatico di tale vizio. Infine, il giudice ha ribadito che per i motivi propri dell'emergenza le decisioni debbano essere assunte al massimo livello unitario, guardando al principio di sussidiarietà enunciato dall'articolo 118 in una prudente ottica di adeguatezza.[46]

CAPITOLO IV
GLI ATTI DELL'EMERGENZA: ANALISI E PROBLEMATICHE.

SOMMARIO: 1. La natura degli atti emanati dalle varie autorità durante la situazione emergenziale. Loro inquadramento e collocamento tra le fonti. – 2. L'utilizzo della decretazione d'urgenza e delle ordinanze di necessità ed urgenza nelle situazioni di emergenza.

1. *La natura degli atti emanati dalle varie autorità durante la situazione emergenziale. Loro inquadramento e collocamento tra le fonti*.

Occorre ora soffermarsi sulla collocazione sistematica[47] dei principali provvedimenti adottati per far fronte all'emergenza Covid-19[48].

[46]Per un ragionamento approfondito sull'operare del principio di sussidiarietà in questa specifica circostanza, cfr. U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo,* in *Forum di quaderni costituzionali,* 2020, pp. 458-459. Si veda anche U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus,* in *Forum di quaderni costituzionali,* 2020, pp. 1 ss.
[47]Sul punto, R.BIN E G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 323 – 333, pp. 361 – 420.
[48]Per un ulteriore approfondimento, cfr. M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, pp. 7-8, pubblicato in data 28 aprile 2020 da AIC in Osservatorio Costituzionale, Fasc. 3/2020 e consultabile al seguente sito:

- **Decreto-legge:**

Il decreto-legge è uno degli strumenti previsti dall'ordinamento giuridico italiano per far fronte a situazioni emergenziali. Si tratta di un atto normativo avente forza di legge, la cui emanazione è di competenza del Governo. La sua previsione, quindi, realizza uno scostamento rispetto alla regola secondo cui la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere del Parlamento, nel rispetto di una specifica procedura di approvazione del testo legislativo che è descritta dagli articoli 70 e seguenti della Costituzione. Questa deroga al sistema ordinario è eccezionalmente riconosciuta dall'art. 77, comma 2, Costituzione, a fronte di situazioni di straordinaria necessità ed urgenza che non consentano di ricorrere all'iter parlamentare per via delle lunghe tempistiche che di norma questo richiede. Al fine di sanare la carenza di democraticità che è insita nell'attribuzione al Governo del potere di emanare atti aventi forza di legge, questi ultimi sono assoggettati ad una serie di controlli previsti dalla Costituzione: approvazione delle due Camere entro 60 giorni (pena la perdita di efficacia *sin dall'inizio*), promulgazione del Presidente della Repubblica ed eventuale sindacato da parte della Corte Costituzionale[49].

https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/michele-belletti/la-confusione-nel-sistema-delle-fonti-ai-tempi-della-gestione-dell-emergenza-da-covid-19-mette-a-dura-prova-gerarchia-e-legalita; anche M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, Rivista AIC n. 2/2020 pubblicato in data 10 aprile 2020.

[49]Per V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale,* II, Padova, Cedam, 1984, p. 104, il decreto-legge nasce proprio quale "strumento di eccezione utilizzato per la «gestione» di stati di emergenza diversi dalla guerra" in cui deve assicurarsi "la sopravvivenza dello Stato e dell'ordinamento". Nel medesimo senso cfr. anche F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., Scritti in onore di M.S. Giannini, III, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 513 ss., spec. p. 519, che rilevano come – nella vigente Costituzione – siano gli articoli 77 e 78 Cost. le statuizioni attorno alle quali ruota il problema delle misure da adottare nelle situazioni di crisi o di emergenza.

- **Legge di conversione del decreto-legge:**

Il decreto-legge, dopo la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, diventa efficace immediatamente. Tuttavia, se non convertito dalle Camere entro 60 giorni, decade retroattivamente.

Dunque, affinché gli effetti del decreto-legge possano essere stabilizzati, è necessaria una legge di conversione del Parlamento, la quale può anche inserire emendamenti che vadano a modificare il testo iniziale del decreto. Il procedimento di conversione presenta, rispetto alla procedura legislativa ordinaria, alcune variazioni, che sono introdotte nei regolamenti parlamentari. Tali variazioni sono dettate in parte dalla necessità di assicurare l'approvazione del disegno di legge in tempi brevi, in parte dall'esigenza di consentire alle Camere di svolgere un controllo diligente sulla sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza[50].

- **DPCM e OPCM:**

A un grado inferiore nella gerarchia delle fonti si collocano i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) e le Ordinanze della Presidenza del Consiglio dei ministri (OPCM).

Il DPCM non è annoverato tra le fonti del diritto indicate all'art. 1 delle *Preleggi.* Infatti, si tratta di un atto "amministrativo" che non ha forza di legge: la sua finalità è quella di dare attuazione a disposizioni legislative. In sostanza, è un atto di natura regolamentare.

Il DPCM è un atto di rango secondario, che non passa né al vaglio del Parlamento né a quello del Capo dello Stato. Tuttavia, nella

[50]Sul punto, S. CURRERI, *Il parlamento dell'emergenza,* pp. 20-21, pubblicato in data 12 maggio 2020 da AIC in Osservatorio Costituzionale, Fasc. 3/2020, consultabile al seguente sito: https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/salvatore-curreri/il-parlamento-nell-emergenza

sostanza, pare opportuno definirlo un *atto normativo "atipico"*, che allo scopo di fronteggiare la situazione emergenziale può sostituirsi alle fonti normative primarie, pur essendo libero dai vincoli prescritti dall'ordinamento per queste ultime[51]. Inoltre, essendo il DPCM – sotto il profilo formale – un atto amministrativo, esso non è soggetto ad alcun controllo da parte del potere pubblico e costituzionale, se non a quello costituito dal possibile sindacato del giudice amministrativo, che deve avvenire però nel rispetto degli stringenti termini di impugnazione previsti dal *codice del processo amministrativo*.

Pertanto, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri finiscono per essere atti sostanzialmente insindacabili, e ciò solleva non pochi dubbi, soprattutto visto come questi atti siano stati adoperati nel corso dell'emergenza da COVID-19 anche per limitare alcune libertà fondamentali costituzionalmente garantite.

Per quanto riguarda le OPCM, l'art. 5 del codice della protezione civile[52] disciplina i poteri di ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri, che sono esercitati per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile. Tali ordinanze sono caratterizzate da una duplice natura : da un lato, infatti, provenendo da un'autorità amministrativa assumono formalmente la veste di atti amministrativi; dall'altro, sono da considerarsi atti sostanzialmente normativi, in quanto sono indirizzati alla generalità dei consociati e dettano regole di condotta dotate di carattere "innovativo", le quali possono eccezionalmente e temporaneamente derogare alle vigenti leggi dell'ordinamento giuridico, sebbene con il limite del rispetto dei principi costituzionali.

[51] Per altre voci, come G. AZZARITI, *Il Diritto costituzionale d'eccezione*, in Costituzionalismo.it, 1/2020, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri adottati per fronteggiare l'odierna emergenza epidemica non possono essere ritenuti illegittimi, benché la loro adozione non sia conforme a Costituzione, in quanto si tratta di "autoassunzione di un potere extra ordinem che si legittima per via di necessità".
[52] Decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1.

Quindi si differenziano dagli altri atti amministrativi in quanto caratterizzate dalla *atipicità*, la quale consente loro di svolgere una funzione di sussidiarietà rispetto agli strumenti "tipici" previsti dall'ordinamento per fronteggiare situazioni emergenziali.

- **Circolari:**

Le Circolari sono atti di natura eterogenea e ciò impedisce di ricondurle ad un *unicum* giuridico. Esse non costituiscono fonti del diritto, in quanto sono considerate alla stregua di "meri atti interni dell'amministrazione". Nonostante ciò, dottrina e giurisprudenza hanno proposto diverse classificazioni al fine di individuarne il regime d'impugnazione, prendendo come modello le "circolari inter-organiche", vale a dire quelle che intervengono tra organi appartenenti al medesimo plesso amministrativo e collocati tra loro in rapporto di gerarchia; queste circolari si distinguono in interpretative, informative e normative[53].

Le "circolari normative", con riferimento all'emergenza sanitaria in atto, sembrano costituire la categoria meglio sovrapponibile alle circolari adottate dal Ministero della Salute. In particolare, le circolari normative contengono regole che hanno la funzione di integrare le disposizioni legislative, alla stregua di veri e propri atti regolamentari; di conseguenza, esse vengono assoggettate al regime previsto, appunto, per i regolamenti.

- **Ordinanze di necessità ed urgenza (Regioni e sindaci):**

Le ordinanze di necessità ed urgenza (o ordinanze contingibili e urgenti) sono provvedimenti amministrativi[54] che impongono doveri

[53]V. LOPILATO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, edizione 2019, p. 94.
[54]Per un approfondimento sulla natura amministrativa e non di atto avente forza di legge delle ordinanze, si veda R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza,* in *Giustizia insieme*, pubblicato in data 15 maggio 2020.

positivi o negativi. Esse possono essere emanate in casi eccezionali di particolare gravità da taluni organi della Pubblica Amministrazione.

In particolare, sono ordinanze di necessità ed urgenza quelle emanate dal sindaco, quale ufficiale del Governo, nonché dal prefetto in caso d'inerzia del sindaco; oppure quelle emanate dal Presidente della Giunta Regionale in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica.

Queste ordinanze possono derogare alle leggi vigenti dell'ordinamento e sospenderle, ma solo temporaneamente. Infatti, esse possono avere efficacia solo per il periodo di tempo necessario, corrispondente alla durata dell'emergenza. Inoltre, il controllo sull'adozione delle ordinanze contingibili e urgenti non è rimesso ad un vaglio parlamentare, bensì al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo.

2. *L'utilizzo della decretazione d'urgenza e delle ordinanze di necessità ed urgenza nelle situazioni di emergenza*.

Il **decreto-legge** nasce quale strumento di eccezione utilizzato per la gestione di stati straordinari di necessità ed urgenza in situazioni di emergenza, diverse dalla guerra in cui deve assicurarsi la sopravvivenza dello Stato e dell'ordinamento mediante l'esercizio straordinario da parte del Governo di potestà legislative normalmente di spettanza parlamentare. [55] Il decreto-legge, infatti, costituisce proprio lo strumento designato appositamente nel nostro sistema costituzionale per fronteggiare le situazioni di necessità ed urgenza[56]

[55] Sul punto, si veda l'articolo della rivista "Nomos: le attualità nel diritto" *Emergenza epidemiologica Covid19, decretazione d'urgenza e costituzione in senso materiale* a cura di F. PETRINI.

[56] Per ulteriori precisazioni sul punto si veda *La decretazione d'urgenza al tempo del Coronavirus*: https://www.brocardi.it/notizie-giuridiche/decretazione-urgenza-tempo-coronavirus/2261.html

prevedendo anche limitazioni dei diritti individuali necessarie per prevenire la diffusione, in questo caso, del contagio ed è costituzionalmente regolamentato dall'art 77. E' bene sin da subito sottolineare come il decreto, dopo la deliberazione del Consiglio dei Ministri e l'emanazione da parte del Presidente della Repubblica, entri in vigore subito dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, proprio a causa della funzione che dovrebbe assolvere e cioè quella di far fronte a particolari situazioni emergenziali urgenti ed indifferibili temporalmente, indi per cui prevedere un periodo di *vacatio*, sarebbe del tutto antitetico alla *ratio* di questo fondamentale atto dotato di forza di legge. Ed inoltre, un'altra fondamentale caratteristica della decretazione d'urgenza, è data dal fatto che gli effetti prodotti dalla stessa, siano sì istantanei, ma anche del tutto provvisori, in quanto i decreti-legge perdono efficacia *ab initio* se il Parlamento non provvede a convertirli in legge entro e non oltre sessanta giorni dalla loro pubblicazione in G.U.[57]. La disciplina del decreto-legge è, come sopra detto, contenuta nell'art. 77 della Costituzione, e, nella l. 400/1988, in particolare, nell'art. 15; l'art. 15 della Legge del 23 Agosto 1988 n. 400 ha disposto che i provvedimenti provvisori con forza di legge devono essere presentati per l'emanazione al Presidente della Repubblica con l'indicazione nel preambolo delle circostanze straordinarie di necessità ed urgenza che ne giustificano l'adozione e che i decreti devono contenere misure di immediata applicazione ed il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo. Il potere di adottare decreti-legge può essere esercitato solamente quando ricorrano tre presupposti (fissati in maniera chiara, precisa e circostanziata dall'art. 77, comma 2 Cost.); si tratta di:

[57]In tal senso, si veda anche l'articolo della rivista "Ius in itinere" a cura di Federico Muzzati, *Uso e abuso della decretazione d'urgenza e l'attuale situazione sanitaria emergenziale*, pubblicato in data 2 aprile 2020.

1. “Casi straordinari”
2. Di “necessità”
3. Di “urgenza”

Per **caso straordinario** si deve intendere ogni fatto imprevedibile, naturale o sociale, che mette in pericolo la vita, l’incolumità o i beni della persona; mentre **necessità ed urgenza** derivano da ungiudizio espresso dal Governo per cui si rende necessario non affrontare l’*iter parlamentare* [58] e ciò che è indispensabile è che gli effetti vengano prodotti immediatamente.

Il Governo ha travisato il significato dei tre requisiti previsti costituzionalmente, attraverso cui si può addivenire alla decretazione di urgenza, iniziando ad abusare in maniera davvero ampia e preponderante di questo strumento. L’incremento del ricorso alla decretazione d’urgenza genera l’incremento della decretazione d’urgenza. L’iter di conversione in legge dei decreti-legge, unita alle difficoltà crescenti che la stessa diffusione del contagio da Coronavirus sta determinando rispetto alla possibilità “fattiva” di riunirsi dei parlamentari, rende quanto mai straordinariamente necessario e urgente che, ai sensi dell’art. 77 Cost., il perdurare dell’emergenza Covid19 sia regolata da poteri normativi del Governo, senza intervento del Parlamento. Qualora si dovesse realizzare la mancata conversione del decreto-legge, il Governo non risulta spogliato dal potere di intervenire nella stessa materia con lo strumento della decretazione d’urgenza, ma l’intervento governativo “*non potrà porsi in un rapporto di continuità sostanziale con il decreto non convertito (come accade con l’iterazione e con la reiterazione), ma dovrà, in ogni caso, risultare caratterizzato da contenuti normativi*

[58] Sul punto, l’articolo del Quotidiano *Altalex:* https://www.altalex.com/documents/news/2017/03/31/poteri-amministrazione-per-fronteggiare-le-emergenze

sostanzialmente diversi ovvero da presupposti giustificativi nuovi di natura "straordinaria".[59]

Per fronteggiare l'attuale situazione sanitaria emergenziale, non solo italiana, ma mondiale, sulla scorta delle raccomandazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (WHO), l'esecutivo, ha prontamente emanato un decreto-legge, il numero 6, in data 23 febbraio 2020, intitolato "*misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*". Lo scopo principale del decreto è quello di cercare, per quanto possibile, di contenere e limitare, il contagio, e l'epidemia che è in atto nel nostro Paese, andando a prevedere per i soggetti che sono stati a contatto con chi poi sia risultato positivo al tampone, la misura preventiva dell'isolamento domiciliare, o c.d. quarantena, per evitare la propagazione incontrollata di questo nuovo virus.

La situazione dal 23 febbraio, ad oggi, è decisamente evoluta rapidamente, indi per cui, anche le misure governative, hanno dovuto susseguirsi a stretto giro più volte, per provare ad attuare ancor più specificamente, dettagliatamente, e territorialmente, le generali previsioni di gestione e di contenimento dell'attuale epidemia in corso previste dal decreto-legge n. 6/2020.

Per fare ciò, il Governo si è correttamente avvalso della possibilità offerta dai vari decreti-legge e ha proseguito l'azione anti-contagio facendo in seguito ripetutamente ricorso (in modo del tutto legale e costituzionale) ai propri **DPCM** (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri)[60], per garantire l'applicazione tempestiva di

[59]M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, Giuffrè Editore, 2010, p. 116.
[60]Che, peraltro, sono anch'essi delle ordinanze, pur se adottate nella forma – tipica per quell'organo – di decreto (cfr. E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, Instant Forum Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del coronavirus, 18 marzo 2020, p. 4;).

misure urgenti e concrete (e di volta in volta mutevoli in base all'andamento epidemiologico) volte al contenimento della diffusione del virus Covid-19. Il **DPCM** è, al pari dei decreti ministeriali, un atto amministrativo[61], che non ha forza di legge (al contrario del decreto-legge e del decreto legislativo delegato), e che al pari dei decreti ministeriali, ha il carattere di fonte normativa secondaria, e ha lo scopo di attuare norme giuridiche, ovvero di varare eventualmente dei regolamenti. A differenza del decreto-legge non è soggetto ad alcuna conversione da parte del Parlamento, ed è sottratto, a seguito di eventuale sollevamento di questione di legittimità costituzionale, al vaglio della Consulta. Ecco, perciò, come è ben intuibile, il motivo per cui nel caso di specie si è ricorsi a tale tipo di strumento, e cioè, per dare dettagliata, chiara, e specifica attuazione, volta per volta, alle generali norme di contenimento dell'epidemia in corso, previste nel decreto-legge n. 6/2020, intervenendo per fronteggiare le nuove emergenze, e sfide, che si stanno susseguendo in Italia.

Oltre alle norme costituzionali attributive di poteri straordinari, la legislazione vigente conferisce ulteriormente poteri ad organi amministrativi volti ad adottare ordinanze in deroga al diritto vigente con il precipuo fine di far fronte a situazioni di emergenza.

Le **ordinanze di necessità ed urgenza** sono atti straordinari adottati da autorità amministrative in deroga alla normativa vigente in casi imprevisti, eccezionali ed urgenti, ma devono comunque osservare i principi generali dell'ordinamento giuridico vigente e le norme costituzionali, a fronte dei quali i poteri amministrativi ordinari

[61] In tal senso, si veda anche l'articolo del Quotidiano *Punto Sicuro*: https://www.puntosicuro.it/sicurezza-sul-lavoro-C-1/coronavirus-covid19-C-131/coronavirus-dl-dpcm-sono-conformi-alla-costituzione-AR-20057/

sarebbero del tutto insoddisfacenti. È doveroso porre attenzione su un sottotipo delle ordinanze ultime citate, ossia le **ordinanze contingibili ed urgenti**; nell'ipotesi di ordinanze contingibili ed urgenti il relativo potere può derogare al diritto vigente al fine di far fronte a situazioni straordinarie, da affrontare e risolvere tempestivamente, tramite ordinanze (atipiche) il cui contenuto è determinato dall'autorità amministrativa in relazione alla situazione emergenziale determinatasi in concreto. Ne deriva che le ordinanze contingibili ed urgenti dovrebbero avere un campo di applicazione assai limitato e circoscritto. Nelle **ordinanze di necessità** (**non contingibili ed urgenti**) l'esercizio del potere derogatorio opera nel rispetto del principio di legalità in quanto il legislatore non si limita all'indicazione dei presupposti legittimanti, prevedendone espressamente la tipologia e consistenza. In presenza del potere di ordinanza, si attua una proporzione tra due elementi: i presupposti di tale potere (necessità e urgenza) e la deroga più o meno ampia all'ordinario criterio di separazione delle competenze dei diversi pubblici poteri.

La relazione tra detti elementi è inscindibile in quanto il fatto emergenziale determina e porta alla luce interessi meritevoli di tutela che non possono essere garantiti con l'esercizio dei poteri ordinari e pertanto la *forza* derogatoria, riconosciuta in termini di eccezione, costituisce il mezzo attraverso il quale i citati interessi vengono presi in considerazione dall'ordinamento. Naturalmente l'esercizio del potere d'ordinanza deve essere strettamente congruo e adeguato all'evento emergenziale presentatosi in concreto. La *ratio* del potere d'ordinanza contingibile ed urgente è data dal necessario suo radicamento su un evento che effettivamente presenti i caratteri della *contingibilità* (intesa come esistenza di un fatto non prevedibile di durata limitata), della *necessità* (intesa come inefficienza ed inutilità

dei mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento), e dell'*urgenza* (cioè la non rinviabilità dell'azione in relazione alla previsione di danno incombente).

Nella prassi, però, si è assistito ad un continuo e massiccio ricorso alle ordinanze di necessità ed urgenza anche in situazioni che non avevano nulla di imprevedibile ed urgente, così che la dottrina si è espressa in termini di "normalizzazione del potere emergenziale", di "emergenza permanente", di passaggio dal "diritto dell'emergenza all'emergenza del diritto".

La Legge 24 Febbraio 1992 n. 225 (legge istitutiva del **Servizio nazionale della Protezione Civile**) ha strutturato due distinte forme di intervento : la prima, *ex ante*, che mira a prevedere e quindi ad evitare il fatto calamitoso o comunque ad evitare o limitare le pregiudizievoli conseguenze che tale fatto, seppur non evitabile, può generare; la seconda, *ex post*, tende a prendere ogni misura idonea a fronteggiare e superare in tempi brevi lo stato di emergenza.

Le **ordinanze necessitate della Protezione Civile** presuppongono la dichiarazione a monte dello stato di emergenza ad opera del Consiglio dei Ministri che, adottata da ultimo nella forma di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, autorizza l'esercizio necessitato di ordinanza anche in deroga ad ogni disposizione vigente, fermo restando il rispetto dei *principi generali dell'ordinamento giuridico* e delle norme dell'Unione Europea. Tale potere inizialmente è stato posto dalla legge in relazione a "calamità naturali, catastrofali o altri eventi che, per intensità di estensione, debbano essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari" (art. 2 lett c. della Legge n. 225/1992). Nella suddetta legge, però non appare per nulla chiara la distinzione tra calamità naturale e artificiale e soprattutto tra calamità e catastrofi e non era nemmeno specificato il significato di "altri eventi". Detta legge, pertanto, ha dato luogo a

qualche perplessità e preoccupazione che si sono presto trasformate in allarme quando con la Legge n. 401/2001 si è valorizzato il concetto di evento, introducendo nella legge l'art. 5-*bis* che prevedeva l'attivazione del potere di ordinanza non in relazione ad un fatto emergenziale, bensì al verificarsi dei cosiddetti "grandi eventi" che determinano situazioni di grave rischio rientrando nella competenza del dipartimento della Protezione Civile ed essendo diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza. Non rinvenendosi, però, nella norma attributiva del potere alcun cenno in ordine alla ordinarietà o straordinarietà del cd "grande evento", si è autorizzata la Protezione Civile ad emanare ordinanze in deroga per far fronte non solo a fatti naturali che sfuggono alla volontà e al controllo umano, ma anche a grandi eventi determinati dalla condotta umana ed espressamente voluti ed organizzati e, in quanto tali, non inaspettati né imprevedibili.

I numerosi e consistenti interventi del giudice penale volti a contrastare i ripetuti episodi di illegalità e malcostume legati ad un uso forzato del regime derogatorio in relazione ai "grandi eventi", hanno indotto il legislatore ad intervenire di nuovo procedendo ad una riscrittura, delle disposizioni più controverse della Legge n. 225/1992. Prima di tutto viene eliminato il riferimento ai "grandi eventi" individuando i presupposti legittimanti del potere nelle "calamità naturali o connesse con l'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari durante limitati e prefigurati periodi di tempo". Si stabiliscono, inoltre, dei termini per la dichiarazione dello stato di emergenza, ponendosi l'accento sul fattore temporale : l'ordinanza "madre" deve indicare la durata (non superiore a sessanta giorni ed eventualmente prorogata per non più di ulteriori quaranta) e l' estensione territoriale

dell'emergenza in stretto riferimento alla qualità e alla natura degli eventi ed, inoltre, deve indicare l'amministrazione competente in via ordinaria a coordinare gli interventi successivi alla scadenza del termine di durata dello stato d'emergenza.

Successivamente, con Legge n. 119 del 15 ottobre 2019, si interviene nuovamente sulla precedente legge n. 225/1992 elevando la durata massima dell'emergenza a centottanta giorni, prorogabili sino ad ulteriori centottanta ed individuando l'amministrazione competente in via ordinaria non più nella "deliberazione dello stato di emergenza" del Consiglio dei Ministri, ma nell'ordinanza di subentro emanata allo scadere dell'emergenza.

In conclusione, in tale contesto, la novità per l'Italia è stata l'adozione di un'ingente decretazione d'urgenza, che a livello legislativo si traduce nell'emissione di decreti o ordinanze di Protezione Civile, che potranno essere poi selezionati, dal Presidente del Consiglio dei Ministri e in via sussidiaria dal Presidente della giunta regionale o in via residuale dai Sindaci, rispettivamente con decreti (in luogo alle ordinanze di Protezione Civile) o con ordinanze contingibili ed urgenti, fermo restando per tutti i limiti dettati dal "principio di adeguatezza" o dal "principio di proporzionalità", entrambe in ragione del rischio effettivamente presente sul territorio nazionale o in parti di esso[62].

CAPITOLO V

TABELLA RIASSUNTIVA

[62] Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza* consultabile al seguente indirizzo : https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1083-pandemia-2020-decreti-e-ordinanze-d-emergenza

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

IL PROCESSO AMMINISTRATIVO E LA GIURISDIZIONE (S)OGGETTIVA. CONSIDERAZIONI SULLA SENTENZA N. 841/2020 DEL TAR CALABRIA

di Emanuele Guarna Assanti, Avvocato e dottore di ricerca in diritto pubblico.

INTRODUZIONE.

Con ordinanza n. 37 del 29 aprile 2020, la Regione Calabria decideva di consentire, nel rispetto di tutte le misure volte a impedire il diffondersi dell'epidemia da coronavirus in corso, prima in Italia, la riapertura, tra le altre, delle attività economiche di somministrazione di alimenti e bevande.

Successivamente, con sentenza n. 841 del 9 maggio 2020, tuttavia, il Tar Calabria, sezione di Catanzaro, accoglieva il ricorso promosso dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e, per l'effetto, annullava l'ordinanza n. 37 del 29 aprile 2020, nella parte in cui, al punto 6, disponeva che, a partire dalla data di adozione dell'ordinanza medesima, «*è consentita la ripresa delle attività di bar, pasticcerie, ristoranti, pizzerie, agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto*».

Da una rapida lettura della sentenza, emerge immediatamente la consapevolezza dello stesso giudice amministrativo circa il rischio che

l'opinione pubblica possa percepire la sua decisione come una decisione volta a sostituirsi alla valutazione politico-amministrativa effettuata dal vertice regionale, in violazione del principio fondamentale della separazione dei poteri, spesso poco richiamato dalle pronunce giurisdizionali, ma elemento basilare e fondante dell'ordinamento giuridico.

Si ammette, dunque, che il giudice amministrativo non possa in nessun caso stabilire il contenuto dei provvedimenti amministrativi, soprattutto quando, come nel caso di specie, *«il provvedimento amministrativo oggetto di sindacato sia stato adottato dal vertice politico-amministrativo, dotato di legittimazione democratica in quanto eletto a suffragio universale»*.

Il giudice amministrativo, consapevole del labile confine esistente tra diritto pubblico e politica, si prefigge dunque di condurre una analisi puramente giuridica (come potrebbe essere diversamente?): di conformità del provvedimento alle norme (in questo caso, il D.L. n. 19/2020 e il d.P.C.M. 26 aprile 2020).

IL QUADRO NORMATIVO.

L'art. 1 del D.L. n. 19/2020 prevede che, allo scopo di contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del covid-19, possono essere adottate una o più misure che, secondo i tradizionali principi di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza, possono prevedere, tra le altre, la limitazione o la sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti.

L'art. 2, comma 1, attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di emanare, con apposito decreto, tali misure.

L'art. 3, comma 1 consente alle Regioni di adottare, a loro volta, misure «nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione

delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale», a determinate condizioni:

- che si tratti di interventi destinati a operare nelle more dell'adozione di un nuovo d.P.C.M.
- che si tratti di interventi giustificati da «situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario» proprie della Regione interessata;
- infine, che si tratti di misure «ulteriormente restrittive» delle attività sociali e produttive esercitabili nella Regione.

L'art 3, comma 3 precisa che «le disposizioni di cui al presente articolo si applicano altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente», con ciò intendendosi i poteri attribuiti al Presidente della Regione e al Sindaco dall'art. 32, comma 3 della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (n. 833/1978).

L'ESCLUSIONE DELLE QUESTIONI DI COSTITUZIONALITÀ.

Il Tar Calabria-Catanzaro decide di non sollevare questione di costituzionalità, non ritenendo sussistente alcun contrasto tra la norma di cui all'art. 41 Cost. (la libertà di iniziativa economica, che non è soggetta a riserva di legge formale) e il D.L. 19/2020 alla stregua del quale si attribuisce al Presidente del Consiglio il potere di stabilire le misure suindicate.

Al contrario, il giudice amministrativo trova la legittimazione del potere di emanare decreti legge in materia sanitaria nell'art. 117, comma 2, lett. q) Cost., che attribuisce competenza esclusiva allo Stato in materia di «profilassi internazionale», nonché nel terzo comma del medesimo articolo, che attribuisce allo Stato competenza concorrente in materia di «tutela della salute» e «protezione civile».

Non vi è dunque alcuna violazione della Costituzione nel caso in cui un decreto legge deleghi al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di restringere le libertà costituzionali dei cittadini, né alcuna alterazione alla ripartizione dei compiti amministrativi delineata dall'art. 118 Cost.; e ciò soprattutto, perché, nel caso concreto, l'azione del Presidente è limitata dal D.L. all'area di intervento così individuata: *"limitazione o sospensione delle attività di somministrazione di cibi e bevande".*

Anzi, è proprio l'art. 118 Cost. e il principio di sussidiarietà ivi accolto a imporre che, trattandosi di emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali sia affidata al più alto livello amministrativo. E ciò comporta a sua volta l'attrazione in sussidiarietà allo Stato della competenza legislativa in tema di «tutela della salute» e di «protezione civile», materie concorrenti (sul punto, la ben nota Corte cost. 303/2003 che sottolinea la necessità del rispetto del principio di leale cooperazione tra Stato e Regioni).

Nel caso di specie, sono state rispettate le condizioni costituzionali e pretorie relative alla limitazione delle libertà costituzionali, prevedendo l'art. 2 D.L. 19/2020 che il Presidente del Consiglio adotti le misure sentiti i Presidenti delle Regioni interessate.

Non viene dunque in gioco neppure l'art. 120, comma 2 Cost., poiché lo Stato non ha esercitato i poteri sostitutivi che pure avrebbe potuto esercitare.

LA DECISIONE.

Spettando così al Presidente del Consiglio dei Ministri l'individuazione delle misure necessarie a contrastare la diffusione del virus, e alle Regioni solamente l'intervento complementare alle condizioni individuate, emerge, secondo il giudice amministrativo, la illegittimità

dell'ordinanza regionale rispetto alla norma di cui all'art. 3, comma 1 del suddetto D.L. n. 19 del 2020.

Il potere regionale di ordinanza in materia sanitaria, infatti, non potrebbe trovare legittimazione e limitazione nell'art. 32 della L. n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, giacché è proprio il successivo art. 3, comma 1, D.L. n. 19 del 2020 a perimetrare espressamente tale potere pur attribuito da disposizioni di legge previgenti.

Si accoglie anche il secondo motivo di ricorso, secondo cui vi sarebbe carenza di istruttoria, laddove non emergerebbero condizioni peculiari che giustifichino, nel solo territorio della Regione Calabria, l'abbandono del principio di precauzione, ponendo così a rischio l'intera gestione dell'epidemia da parte del Governo.

L'ordinanza regionale, infatti, motiva la deroga alla sospensione dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande, mediante anche il servizio al tavolo, con il mero riferimento al valore di replicazione del virus, che indicherebbe una regressione dell'epidemia. Ma, il giudice amministrativo sottolinea però che è ben noto come il rischio epidemiologico «non dipenda soltanto dal valore attuale di replicazione del virus in un territorio circoscritto, ma anche da altri elementi, quali l'efficienza e capacità di risposta del sistema sanitario regionale, nonché l'incidenza che sulla diffusione del virus producono le misure di contenimento via via adottate o revocate (si pensi, in proposito, alla diminuzione delle limitazioni alla circolazione extraregionale)».

Per il giudice amministrativo, il *modus operandi* più coerente con il principio di precauzione, che si applica proprio alle situazioni di incertezza scientifica, è quello della apertura graduale, che consente la misurazione dell'andamento dell'epidemia.

Infine, è accolto anche l'ultimo motivo di ricorso, l'eccesso di potere per violazione del principio di leale collaborazione, in quanto

l'ordinanza è stata emanata in assenza di qualunque forma di consultazione o anche solo informazione verso il Governo.

CONSIDERAZIONI CRITICHE.

La sentenza pronunciata dal Tar Catanzaro presta il fianco a numerose critiche di ordine costituzionale, oltre che di carattere più specifico, legate alle norme richiamate a sostegno della decisione. Si tralasceranno, in questa sede, le seconde e si affronteranno le prime.
La più evidente consiste nel disvelamento della natura di **giudizio di carattere oggettivo** del processo amministrativo, in contrasto con tutta l'evoluzione storico-normativa di tale giudizio. Giudizio di carattere oggettivo significa giudizio consistente nell'annullamento di un atto solo perché contrastante con una norma. Il che non sta affatto male; se non fosse che il processo amministrativo, per come accolto dalla Costituzione e dalla richiamata evoluzione storico-normativa, consiste in un giudizio di **tipo soggettivo**, volto cioè a tutelare un soggetto che assume una lesione da parte di un atto amministrativo. Non si annulla dunque un atto solo perché contrastante con una norma ma si annulla un atto contrastante con una norma o un principio normativo (eccesso di potere) in quanto lesivo di un interesse concreto e attuale di un soggetto.
E qui veniamo alla seconda questione. Per agire in giudizio occorre dimostrare di avere le c.d. condizioni dell'azione, dunque la legittimazione e l'**interesse a ricorrere**. Quest'ultimo si confonde, molto spesso, con la nozione, peculiare del diritto amministrativo, di **interesse legittimo**, che è invece la *causa petendi*, ciò che permette, da un punto di vista sostanziale, di agire in giudizio per difendersi e consiste nella lesione attuale e concreta a un bene della vita sostanziale (variamente) in nostro possesso che l'atto amministrativo va a incidere. Per il Tar, la legittimazione a ricorrere

della Presidenza del Consiglio dei Ministri è desumibile, indirettamente, dalle norme di legge che attribuiscono alla stessa Presidenza del Consiglio «il compito di assicurare l'esercizio coerente e coordinato dei poteri amministrativi» cosicché «è logica conseguenza ritenere che ad essa sia assegnato dall'ordinamento anche il potere di agire giudizialmente». Dunque la Presidenza del Consiglio sarebbe legittimata ad agire contro ogni atto amministrativo, purché esercizio di potere (v. Corte cost. 204/2004), in quanto...Presidenza del Consiglio, in quanto cioè organo dotato di determinate funzioni di coordinamento politico-amministrativo; e ciò indipendentemente dalla lesione di un bene sostanziale e dunque dalla detenzione di una posizione giuridica soggettiva qualificata e differenziata dal *quisque de populo*. Dunque, giurisdizione di tipo oggettivo al servizio della pubblica amministrazione.

A prescindere dalla questione circa l'ammissibilità di un processo tra parti pubbliche o a parti invertite, cioè di un processo che veda come ricorrente una p.a. invece di un privato, come è il caso di specie, ciò che emerge è la portata costituzionale del conflitto e la responsabilità della Presidenza del conflitto nell'avere incardinato un tale giudizio.

Si trattava, infatti, di un **conflitto di attribuzioni**, da affrontare nella giusta sede, quella costituzionale, perché come richiamato dallo stesso Tar Catanzaro, in maniera però erronea, Corte cost. 29 ottobre 2019, n. 224 ha ammesso che non basta che vengano in gioco competenze e attribuzioni espressamente previste e attribuite dalla Costituzione perché la controversia assuma un tono costituzionale. Si può dunque trattare di una questione che coinvolga disposizioni di legge ordinaria ma che vada comunque a incidere su questioni costituzionali, cioè l'esercizio di poteri amministrativo-politici (come nel caso di specie) in conflitto l'un con l'altro.

Alla luce di tutte le considerazioni esposte, sarebbe stato ancora più opportuno per il Governo promuovere, a monte, un sostanziale

coordinamento politico con la Regione, sulla base del principio di leale collaborazione, nonché, in caso di insuccesso, l'utilizzo dei c.d. **poteri sostitutivi**, previsti espressamente dalla Costituzione proprio per casi del genere, per conflitti tra poteri dello Stato, con contestuale assunzione di responsabilità da parte dello Stato e del Presidente del Consiglio dei Ministri nei confronti dei cittadini calabresi oggetto delle imposte misure restrittive.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

I RITI SPECIALI NEI GIUDIZI INNANZI ALLA CORTE DEI CONTI: SPUNTI E RIFLESSIONI

dell'Avv. Amedeo Di Meo, Dottorando di Ricerca Università degli Studi di Cassino

SOMMARIO: 1.Introduzione - 2. Il rito abbreviato. - 3. Il Procedimento Monitorio. - 4. Il procedimento sanzionatorio pecuniario.

1.Introduzione

Nell'ambito delle disposizioni dedicate alla giustizia contabile, il Decreto Legislativo n. 174/2016 ha inserito, al Titolo V del Codice di Giustizia Contabile, i procedimenti speciali di responsabilità (cd. Riti Speciali), alternativi al giudizio ordinario, che sono stati oggetto di ritocchi pur marginali dal Decreto Legislativo n. 114/2019:

si tratta del Rito Abbreviato, disciplinato all'art. 130, del Procedimento Monitorio, previsto agli artt. 131 e 132, e, infine, del Procedimento Sanzionatorio Pecuniario, di cui agli artt. 133-136.

Questi riti, che costituiscono la rielaborazione di precedenti e similari istituti, ma, contengono, nella loro formulazione codicistica,

delle assolute novità[1], sono stati introdotti dal Legislatore, nell'apprezzabile sforzo di rispondere a fondamentali esigenze di economia processuale, quali:

- giungere ad una rapida definizione delle controversie,
- disincentivare il contenzioso,
- garantire un incameramento certo ed immediato di somme in favore dell'erario.

I procedimenti in commento, pur avendo tra loro dei tratti comuni, quali la funzione acceleratoria e deflattiva del contenzioso, sono caratterizzati, al contempo, da una spiccata eterogeneità, ragion per cui risulta necessario ed utile procedere, singolarmente, all'analisi della disciplina di ciascuno di essi, al fine di poterne cogliere gli aspetti più interessanti ed i relativi problemi applicativi.

2. Il rito abbreviato

Il rito abbreviato è un procedimento speciale alternativo al rito ordinario, disciplinato all'art. 130 del Codice di Giustizia Contabile, introdotto allo scopo di pervenire ad una celere definizione delle controversie e di garantire l'incameramento di somme certe ed effettive in favore dell'erario.

Giova evidenziare, in primis, che il D.Lvo. n. 174/2016, nell'inserirlo tra i riti speciali di cui al Titolo V del Codice, ha previsto che detto procedimento possa essere applicato sia in primo grado che in appello:

ciò costituisce una novità assoluta, in quanto le disposizioni che regolavano tale fattispecie, precedentemente all'entrata in vigore del

[1] Queste caratteristiche dei riti speciali, che, pur concepiti ed elaborati sulla base dell'esperienza di istituti passati, racchiudono, al contempo, elementi di assoluta novità, viene sottolineata da CAROLA PAGLIARIN, *I riti speciali: problematiche interpretative*, Rivista della Corte dei Conti – Fascicolo 22/2018.

Codice, ovvero, la legge 266/2005 ed il Decreto Legge n. 102/2013, prevedevano la possibilità di una definizione agevolata dei giudizi di responsabilità esclusivamente in appello, nonché, in presenza di ulteriori e determinati presupposti, che, nel prosieguo, saranno oggetto di approfondita disamina.

Nell'attuale disciplina, viene conferito potere di iniziativa al convenuto o al soggetto condannato, che deve necessariamente rapportarsi con l'ufficio requirente, al fine di trovare un accordo per l'acquisizione del relativo parere circa l'ammissione alla definizione agevolata:

infatti, l'art. 130 c. 1 del Codice di Giustizia Contabile, in riferimento al primo grado del giudizio, prevede che il convenuto, acquisito il concorde parere del procuratore regionale, possa inoltrare richiesta di rito abbreviato alla sezione giurisdizionale per una definizione alternativa del giudizio, attraverso il pagamento di una somma non superiore al 50% della pretesa risarcitoria di cui alla citazione;

in ordine all'appello, invece, i soggetti nei cui confronti è stata pronunziata sentenza di condanna, possono chiedere alla competente sezione, sempre previa acquisizione del concorde parere del procuratore generale, una definizione del procedimento, mediante il pagamento di un importo non inferiore al 70% del danno contestato in citazione, precisando che, nel caso, non ha incidenza, non venendo presa in considerazione, la misura del danno accertato con la sentenza di primo grado (art. 130 c. 2 CGC).

Il quarto comma della norma in commento stabilisce la inammissibilità del rito abbreviato, nei casi di doloso arricchimento del danneggiante, essendo, quindi, esclusa l'ammissione al procedimento, qualora il convenuto abbia trattenuto per sé in tutto o in parte il provento dell'illecito.

All'udienza in camera di consiglio, il collegio, delibera, con decreto, sulla richiesta, motivando, in ordine alla congruità della somma proposta, alla gravità della condotta del convenuto ed all'entità del danno (art. 130 c. 6 CGC);

sul punto, giova mettere in rilievo che la norma consente al giudicante effettuare una cognizione del merito della questione, esaminando l'elemento soggettivo e oggettivo dell'illecito prospettato[2].

In caso di accoglimento della richiesta di rito abbreviato (che può essere rigettata in quanto ritenuta nulla, infondata o inammissibile, anche laddove vi sia un pieno accordo tra le parti), il collegio stabilisce l'importo della somma dovuta, che viene calcolato, in base al pregiudizio prospettato in citazione dal pubblico ministero, potendo, quindi, risultare difforme da quanto proposto in sede di istanza, e, contestualmente, fissa un termine perentorio, non superiore a trenta giorni, per il versamento della stessa (art. 130 c. 7 CGC);

viene, però, escluso che, a seguito di acquisizione di parere da parte del procuratore contabile, l'interessato possa chiedere la modifica della misura della somma dovuta.[3] ***(cfr. Corte dei Conti sez. Calabria decreto n. 13/2019 dell'11-16 giugno 2019)***

Di seguito, una volta accertato l'avvenuto tempestivo pagamento della somma stabilita, in un'unica soluzione, il giudizio viene definito con sentenza inoppugnabile (art. 130 c. 7 e 8 CGC);

[2] La norma (art. 130 c. 6 CGC) prevede che, nell'ambito dell'indagine sul merito del giudizio consentita al collegio, possa essere esaminato l'elemento oggettivo e soggettivo dell'illecito prospettato, almeno per stabilire i necessari parametri per la determinazione dell'importo da versare, come evidenziato da MICHAEL SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile – I procedimenti speciali di responsabilità*, 2017.

[3] Cfr. Corte dei Conti sez. Calabria decreto n. 13/2019 dell'11-16 giugno 2019.

tale pronuncia è senz'altro di merito, con contestuale condanna alle spese del giudizio, e, non semplicemente di rito, come estinzione del giudizio.[4] ***(cfr. Corte dei Conti sez. Trentino A.A. 13 settembre 2019 n. 44 e sez. Emilia Romagna 8-16 novembre 2017)***

Nelle ipotesi di mancato accoglimento della richiesta o di omesso pagamento della somma fissata dal collegio, il giudizio prosegue con rito ordinario (art. 130 c. 10 CGC).

Dopo aver effettuato una sintetica descrizione delle fasi salienti del rito abbreviato come attualmente disciplinato, giova rammentare, tornando a quanto solo brevemente accennato in precedenza, che, prima dell'entrata in vigore del Codice, la Legge n. 266/2005 ed il Decreto Legge n. 102/2013, prevedevano, già, la possibilità di una definizione agevolata dei giudizi di responsabilità, ma, esclusivamente in appello, ed, in presenza della ricorrenza di determinati presupposti, quali, la sentenza di condanna di primo grado, la condotta illecita e l'impugnazione in appello.

Queste disposizioni, introdotte dal Legislatore al fine di andare incontro alle esigenze di effettività delle pronunce della Corte e di giungere ad una rapida definizione delle controversie, non erano, tuttavia, riuscite a realizzare gli obiettivi di economia processuale prefissati, proprio in ragione della loro esclusiva applicazione al grado di appello, nonché perché caratterizzate da una certa lacunosità e, in taluni aspetti, da una poca chiarezza del tenore letterale;

infatti, proprio tali aspetti critici delle norme in questione avevano causato delle difficoltà in sede di concreta applicazione delle stesse, dando il via all'apertura di una serie di questioni interpretative, su cui erano intervenute, al fine di fare chiarezza, le

[4] Cfr. Corte dei Conti sez. Trentino A.A. 13 settembre 2019 n. 44 e sez. Emilia Romagna 8-16 novembre 2017.

Sezioni Riunite della Corte dei Conti con la sentenza n. 3/QM del 25/06/2007:[5]

con tale pronuncia, in particolare, era stato affermato, circa l'ammissibilità dell'istanza in caso di contemporaneo appello incidentale della parte pubblica che, **l'art. 1 c. 231 della Legge n. 266/2005 non distingueva tra condanna parziale e condanna integrale in primo grado.**

Ad ogni modo, le dette questioni interpretative rendono l'idea della lacunosità e delle difficoltà di applicazione pratica delle disposizioni che hanno preceduto l'entrata in vigore del Codice, spingendo il Legislatore, mosso dall'esigenze di realizzare effettivamente gli obiettivi di deflazione del contenzioso, all'introduzione del rito abbreviato, come disciplinato dall'art. 130 del C.G.C., che consente una definizione agevolata del giudizio, a fronte della prova del pagamento di determinate somme.

Pertanto, il rito abbreviato, nella sua attuale disciplina, costituisce, senza dubbio, una evoluzione dei descritti precedenti e similari istituti.[6]

Giunti a questo punto della disamina del procedimento, bisogna porre in rilievo come, proprio l'elemento cardine della disciplina sul rito abbreviato, ovvero la previsione di una forte e predeterminata riduzione delle somme dovute per la causazione materiale del danno, potrebbe far nascere delle questioni circa la legittimità costituzionale di tale norma, proprio in ragione di un presunto effetto premiale[7]:

[5] Su molte di tali questioni, si sono pronunciate le Sezioni Riunite della Corte dei Conti con la sentenza n. 3/QM/2017 del 25/07/2007.

[6] In tali termini, MICHAEL SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile – I procedimenti speciali di responsabilità*, 2017.

[7] Carola Pagliarin, nell'esaminare l'istituto in questione, ha messo in risalto come, proprio l'elemento che lo contraddistingue, ovvero, la consistente e predeterminata riduzione delle somme dovute per la causazione del danno, potrebbe far sorgere, in virtù di un sotteso e presunto effetto premiale, delle questioni sulla legittimità costituzionale della norma, CAROLA PAGLIARIN, *I riti speciali: problematiche interpretative*, Rivista Corte dei Conti – Fascicolo 22/2018.

ciò malgrado, al riguardo, ci viene in soccorso proprio la considerazione testé effettuata in forza della quale il rito abbreviato si presenta come un'evoluzione di precedenti istituti, dunque, sulla similitudine tra lo stesso e le norme sulla definizione agevolata (art. 1 commi 231 e 233 L. n. 266/2005), rendendo possibile, al fine di scongiurare i dubbi sulla sua legittimità costituzionale, utilizzare l'elaborazione giurisprudenziale formatasi riguardo queste ultime, che erano state sospettate di contrasto con la Costituzione. [8]

All'uopo, appare doveroso citare la sentenza della Corte Costituzionale n. 183/2007, con cui la Consulta eliminava i dubbi su un supposto effetto premiale delle norme sulla definizione agevolata in appello affermando:

"… le disposizioni censurate non limitano il potere di cognizione del giudice in sede camerale, ma richiedono che il Giudice stesso valuti tutti gli elementi desumibili dall'accertamento dei fatti…", nonché osservando ***"… la sussistenza di un ampio potere del giudice contabile di rigettare l'istanza in caso di non meritevolezza della definizione in via abbreviata costituisca un presidio adeguato alla tutela dei principi costituzionali – buon andamento della P.A.; ragionevolezza delle scelte del legislatore, alla luce del principio di responsabilità dei pubblici dipendenti; effettività delle pronunce contabili evocate nelle ordinanze di rimessione."***[9]

In base alle illuminanti considerazioni della Consulta, è, quindi, possibile sostenere la conformità alla Costituzione del rito abbreviato

[8] In forza della considerazione per cui il rito abbreviato si presenta come un'evoluzione di istituti precedenti e similari, quali le norme sulla definizione agevolata (art. 1 commi 231 e 233 L. n. 266/2005, art. 14 L. n. 124/2013), Michael Sciascia evidenzia la possibilità di avvalersi della giurisprudenza che si era formata riguarda queste ultime, al fine di eliminare i dubbi sulla legittimità costituzionale della norma in commento, MICHAEL SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile – I procedimenti speciali di responsabilità*, 2017.

[9] Corte Costituzionale sentenza n. 187 del 5-12 giugno 2007.

nella sua attuale configurazione, risultando rispettati il ruolo del pubblico ministero e l'autonoma valutazione da parte del giudice contabile.

Un ulteriore aspetto del rito in questione, meritevole di essere approfondito, concerne le previsioni di cui all'art. 130 commi 4 e 6 del C.G.C.:

il comma 4 stabilisce espressamente la inammissibilità delle richieste di rito abbreviato nei casi di ***"… doloso arricchimento del danneggiante"***, risultando, *ictu oculi*, tale disposizione, se valutata solo letteralmente, sospetta di illegittimità costituzionale, in quanto consente di accedere al rito, contrassegnato da un forte effetto premiale, per il consistente abbattimento della somma da risarcire, a tutte quelle ipotesi dolose in cui non via sia stato un arricchimento da parte dell'agente.[10]

Innanzitutto, val la pena premettere, sul punto, come la giurisprudenza precedente all'emanazione del Codice non ammetteva al rito i casi caratterizzati dal dolo o dalla colpa cosciente:

infatti, riguardo il dolo, la cui presenza determinava l'esclusione dall'accesso al rito sulla definizione agevolata, appare doveroso citare quanto affermato dalla I sez. della Corte dei Conti con Decreto del 10/03/2006, ovvero: ***"In ipotesi di danni arrecati all'erario in conseguenza della percezione di tangenti, trattandosi di fatto doloso in cui i soggetti condannati hanno conseguito un***

[10] Tale aspetto è stato messo in rilievo da Carola Pagliarin, che, partendo proprio dal dato letterale della norma di cui all'art. 130 c. 4 CGC, che, ai fini della inammissibilità, fa riferimento ai casi di arricchimento doloso, si chiede se questa possa essere sospettata di incostituzionalità, in quanto viene concesso l'accesso al rito a quelle ipotesi dolose in cui non via sa stato arricchimento da parte dell'agente, CAROLA PAGLIARIN, *I riti speciali: problematiche interpretative*, Rivista Corte dei Conti – Fascicolo 22/2018.

arricchimento dal loro comportamento, non è possibile definire ilo giudizio con procedura accelerata."; [11]

circa la colpa cosciente, che si concretizza quando il soggetto istante, pur prevedendo l'evento dannoso, non abbia fatto nulla per evitarlo, la II sez. della Corte, con il Decreto n. 41/A del 09/11/2006, dichiarava: ***"L'istanza di definizione agevolata… presuppone l'esame, sia pur sommario, del merito della controversia, nei suoi profili soggettivo ed oggettivo e non può trovare accoglimento quando i comportamenti illeciti dedotti siano caratterizzati da colpe di particolare gravità."*** [12]

Ciò premesso, tornando alla disciplina del procedimento in commento nella sua formulazione attuale, occorre, allo scopo di allontanare qualsiasi sospetto di incostituzionalità, osservare la disciplina del rito nel suo complesso, effettuando una interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie, dando valenza e rilievo alle norme che attribuiscono potere di valutazione al procuratore contabile, prima, e al collegio giudicante, non fermandosi, dunque, al mero dato letterale delle disposizioni di cui al 4 comma dell'art. 130 CGC.[13]

Infatti, sulla base di quanto stabilito dall'art. 130 c. 6, il collegio, nel deliberare sulla richiesta di rito abbreviato, deve motivare ***"… in ordine alla congruità della somma proposta, in ragione della gravità della condotta tenuta dal convenuto e dell'entità del danno"***, avendo, dunque, il giudicante la possibilità di esaminare e

[11] Corte dei Conti sez. I, decreto del 10 marzo 2006.
[12] Corte dei Conti sez. II, decreto n. 41/A del 09 novembre 2006.

[13] Al fine di eliminare i dubbi sulla incostituzionalità dell'art. 130 c. 4 CGG, viene affermata la necessità di compiere una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, che guardi la disciplina del rito nel suo complesso, CAROLA PAGLIARIN, *I riti speciali: problematiche interpretative*, Rivista Corte dei Conti – Fascicolo 22/2018.

valutare, ai fini della definizione del giudizio in via agevolata, tutti gli elementi risultanti dagli atti di causa;

la norma prevede, altresì, che anche il pubblico ministero debba esprimere un parere sulla condotta del convenuto, risultando evidente, che, qualora emergesse e fosse constatato il dolo da parte dello stesso, sulla base del doppio filtro cui è sottoposta la sua attività di agente contabile, sarebbe precluso l'accesso al rito abbreviato.

In definitiva, il rito abbreviato, che, si ribadisce, costituisce l'evoluzione più lineare ed efficace di precedenti e similari istituti, può essere considerato, nella sua attuale connotazione, una scelta felice del legislatore, riuscendo a raggiungere gli obiettivi di garantire una celere definizione dei giudizi, nonché, l'incameramento certo ed immediato di somme in favore dell'erario.

3. Il Procedimento Monitorio

Il Rito Monitorio è un procedimento speciale di responsabilità, disciplinato dagli artt. 131 e 132 del C.G.C., introdotto, al pari del rito abbreviato, con l'obiettivo di giungere ad una rapida definizione delle controversie e disincentivare il contenzioso:

va rilevato, in premessa che, precedentemente all'entrata in vigore del codice di giustizia contabile, era già presente, nell'ordinamento, un'analoga procedura, che, come verrà approfondito in seguito, non era, tuttavia, riuscita a raggiungere lo scopo deflattivo del contenzioso, secondo le intenzioni del Legislatore, in virtù della sua applicabilità a casi di limitata portata economica.

Inoltre, occorre precisare che l'attuale qualificazione codicistica del rito, quale procedimento monitorio, non deve ingannare, infatti, il rito in commento non possiede effettive caratteristiche monitorie, né, consiste in una ingiunzione di pagamento, emessa inaudita altera

parte, ma, si concretizza in un invito al pagamento, subordinato all'accettazione del convenuto. [14]

L'art. 131 del Codice di Giustizia Contabile stabilisce, dunque, che, laddove nella citazione del magistrato relatore sul conto ordinario o nella citazione dell'ufficio requirente ***"… emergano fatti di lieve entità patrimonialmente lesiva o addebiti di importo inferiore a 10.000,00 euro"***, il presidente della sezione può provare a giungere ad una definizione abbreviata della vertenza, attivando il procedimento monitorio:

infatti, esercitando il proprio cd. potere riduttivo, quando ricorrono i descritti presupposti, può stabilire, con un'autonoma determinazione, congruamente motivata, sentito il parere del procuratore regionale, l'importo della somma che dev'essere versata all'erario (art. 131 c. 1 e 2 CGC), fissando, contestualmente, un termine perentorio per l'accettazione da parte del convenuto, nonché, l'udienza per la discussione collegiale, per l'ipotesi di mancata accettazione (art. 132 c. 1 CGC modificato dall'art. 55 del D.L.vo n. 114/2019).

Il decreto viene notificato alle parti a cura della procura regionale, congiuntamente all'atto di citazione, precisando che la dichiarazione di accettazione deve essere sottoscritta, con firma autenticata, anche in forma amministrativa, nonché, depositata presso la segreteria della sezione, entro il termine assegnato, che decorre dalla data di legale conoscenza del decreto (art. 132 c. 2 CGC modificato dall'art. 55 del D.L.vo n.114/2019).

In caso positivo, il presidente emette un'ordinanza, in cui trasferisce il contenuto della determinazione, che costituisce titolo

[14] A proposito delle caratteristiche del procedimento monitorio, è stato messo in evidenza il fatto che tale rito, al di là del nomen juris, consiste in un invito al pagamento, subordinato all'accettazione del convenuto, MICHAEL SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile – I procedimenti speciali di responsabilità*, 2017.

esecutivo, ed un decreto di cancellazione della causa dal ruolo (art. 132 c. 3 CGC).

Il procedimento monitorio, quindi, parimenti al rito abbreviato, necessita, al fine di potersi concretizzare, di un accordo tra le parti nelle rispettive competenze, che, tuttavia, nel caso di specie, vi partecipano con un differente ordine di coinvolgimento:

difatti, nel rito abbreviato, come osservato, l'iniziativa è accordata esclusivamente al soggetto responsabile, con l'eventuale accordo del pubblico ministero e l'avallo finale del giudice in composizione collegiale, mentre, nel procedimento monitorio, l'attivazione è rimessa al presidente della sezione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, con la partecipazione del pubblico ministero per il parere, e del soggetto contabile, tenuto solo all'accettazione.[15]

Chiarito ciò, vale la pena evidenziare ulteriori tratti che differenziano il procedimento de quo dal rito abbreviato:

infatti, il procedimento monitorio, può essere utilizzato solo in primo grado e, ai fini della sua ammissibilità, non rileva il doloso arricchimento, che, invece, come esaminato in precedenza, è preclusivo per l'accesso all'altro rito.

Ora, ai fini di una analisi più approfondita, nel ribadire che il procedimento monitorio è da lungo tempo presente nell'ordinamento processuale contabile, giova accennare proprio alle norme che hanno disciplinato il rito sino all'entrata in vigore del Codice di Giustizia Contabile, mettendo in rilievo il limitato impatto che tali disposizioni hanno avuto, nel corso degli anni, sulla quantità del contenzioso:

[15] Michael Sciascia si è soffermato sul differente ordine di coinvolgimento delle parti che contraddistingue il rito monitorio rispetto a quello abbreviato, sottolineando come, nel rito monitorio, l'iniziativa spetti, esclusivamente, al presidente della sezione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, con la partecipazione del pubblico ministero per il parere, e del soggetto contabile, tenuto solo all'accettazione, MICHAEL SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile – I procedimenti speciali di responsabilità*, 2017.

infatti, il procedimento in commento, era regolato, originariamente, dai regi decreti 1038/1933 e 1214/1934, che ne prevedevano l'applicazione, in casi marginali, di portata economica molto limitata, mentre, successivamente, con le disposizioni di cui alla Legge n. 248/2005, era stato disposto l'aumento del limite della somma degli addebiti sino a 5.000,00 euro, ma, neanche l'innalzamento della soglia si era rivelato un rimedio efficace, non risultando realizzati gli obiettivi di ridurre e snellire contenzioso, come nelle intenzioni del Legislatore.[16]

Ebbene, tornando alla disciplina del rito nella sua attuale configurazione codicistica, balzano, immediatamente, all'occhio due aspetti, indissolubilmente legati alle novità che sono state introdotte:

circa l'elemento oggettivo, appare chiaro che il sensibile innalzamento dell'importo dell'addebito a 10.000,00 euro, con un ampliamento, quindi, della sua portata economica, ha sensibilmente aumentato il range dei casi di applicabilità del rito, con un valido e consistente impatto sulla quantità del contenzioso;

l'introduzione innovativa del criterio relativo ai ***"… fatti di lieve entità patrimonialmente lesiva"***, che, nelle intenzioni del Legislatore, vuole favorire l'applicazione del rito, rendendolo maggiormente flessibile ai fini dell'utilizzo, può apparire generica, ad un occhio critico più attento, non dando punti di riferimento chiari, risultando manchevole di elementi oggettivi di certezza.[17]

[16] Carola Pagliarin, nel mettere in luce le criticità e le lacune delle disposizioni normative che hanno preceduto l'introduzione, nel Codice di Giustizia Contabile, del rito monitorio, in virtù della loro applicabilità a casi marginali, di portata economica molto limitata, ha rilevato il modesto impatto che tali norme hanno avuto sulla quantità del contenzioso, CAROLA PAGLIARIN, *I riti speciali: problematiche interpretative*, Rivista Corte dei Conti – Fascicolo 22/2018.

[17] Circa l'inserimento del criterio di carattere innovativo, che, ai fini dell'applicazione del rito monitorio, fa riferimento a ***"… fatti di lieve entità patrimonialmente lesiva"***, sono stati sollevati dubbi a riguardo, legati alla genericità della norma in questione ed al fatto che risulti mancante di punti di riferimento di carattere

Partendo proprio da queste considerazioni, la dottrina stessa ci fornisce un'interessante soluzione, al fine di poter attribuire alla norma una valenza ed significato più concreti, nella logica del processo contabile, che consiste nel limitarne l'applicazione, esclusivamente, ai casi in cui il danno non sia quantificabile con precisione, per essere rimesso alla valutazione equitativa del giudice, dovendosi, in caso contrario, ammettere la possibilità che le valutazioni, circa la lievità o meno del pregiudizio, avvengano sulla base di considerazioni non riscontrabili.[18]

In definitiva, al di là degli elementi di criticità sollevati, relativi ad uno dei criteri di applicazione, osservando la disciplina del procedimento monitorio nel suo complesso, nell'ottica del raggiungimento degli obiettivi di economia processuale prefissati, quali, definire rapidamente le controversie e ridurre il contenzioso, può essere valutato con favore il suo inserimento nel Codice di Giustizia Contabile, risultando apprezzabile, in tale prospettiva, anche la scelta del Legislatore di renderlo più flessibile allo scopo di favorirne l'applicazione.

4. Il procedimento sanzionatorio pecuniario

Il procedimento sanzionatorio pecuniario è stato inserito nel Codice di Giustizia Contabile, al pari degli altri due riti finora esaminati, con lo scopo di giungere ad una celere definizione delle controversie e ridurre il contenzioso.

oggettivo, MICHAEL SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile – I procedimenti speciali di responsabilità*, 2017.

[18] La dottrina, allo scopo di attribuire alla norma in commento un significato più chiaro, nell'ambito del processo contabile, fornisce un'interessante chiave di lettura della stessa, che consiste nel limitare la sua applicazione a quei casi in cui non sia possibile quantificare il danno con precisone, rimettendosi, quindi, alla valutazione equitativa del giudice, MICHAEL SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile – I procedimenti speciali di responsabilità*, 2017.

Vale la pena rilevare in premessa che, nel corso degli anni, erano state via via introdotte una serie di fattispecie caratterizzate dalla previsione di sanzioni pecuniarie a carico dei responsabili di condotte attuate in violazione di specifici precetti normativi, individuate, a priori, come punibili, a prescindere dalla produzione di un danno concreto ed attuale, con un'accentuazione, dunque, dell'aspetto sanzionatorio-punitivo. [19]

Conseguentemente, a fronte della progressiva tipizzazione delle responsabilità sanzionatorie, il Legislatore, in linea con tale indirizzo, ha scelto di codificare un rito che avesse che avesse ad oggetto proprio queste responsabilità tipizzate, sempre nell'ottica di economia processuale di accelerare la conclusione dei giudizi e deflattiva del contenzioso.

Il procedimento sanzionatorio pecuniario, disciplinato agli artt. 133-136 del Codice, si applica, dunque, in tutti quei casi in cui la legge prevede che la Corte dei Conti irroghi, nei confronti dei soggetti responsabili della violazione di determinate disposizioni normative, una sanzione pecuniaria fissata tra un minimo ed un massimo edittale, prescindendo dall'accertamento di un danno effettivo per l'amministrazione interessata, il tutto basato sul meccanismo del ricorso, senza un contradditorio preliminare.

In particolare, l'art. 133 c. 1 del Codice, prevede che, in tali ipotesi, il pubblico ministero contabile, d'ufficio o su segnalazione della Corte, promuova il giudizio per l'applicazione della sanzione pecuniaria con ricorso al giudice monocratico, previamente designato

[19] L'accentuazione dell'aspetto sanzionatorio-punitivo, in riferimento all'introduzione nel ns. ordinamento di una serie di ipotesi caratterizzate dalla previsione di sanzioni pecuniarie a carico dei responsabili della violazione di specifici precetti normativi, a prescindere dall'accertamento di un danno effettivo, è stata messa in rilievo da MICHAEL SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile – I procedimenti speciali di responsabilità*, 2017.

dal presidente della sezione giurisdizionale, territorialmente competente;

il Presidente della sezione, quindi, designa, con decreto, il magistrato per tale giudizio, e, successivamente, copia del provvedimento di fissazione dell'udienza camerale, unitamente all'atto introduttivo, devono essere notificati, a cura del pubblico ministero, alla parte, che può costituirsi in giudizio entro trenta giorni dalla notifica del ricorso (art. 133 c. 2, 3, 4 e 5 CGC modificati dall'art. 56 del D.L.vo n. 114/2019).

Il Giudice Monocratico, nell'apposita udienza fissata nel decreto di designazione, dopo aver sentito le parti costituite e presenti, decide con decreto motivato, da emettersi nei sessanta giorni dal deposito del ricorso (art. 134 c. 1 CGC);

in caso di accoglimento, nell'emettere il decreto di condanna al pagamento della sanzione, deve tener conto, per la relativa determinazione, della gravità della violazione e dell'opera svolta dall'agente, ai fini della eliminazione o attenuazione delle conseguenze della stessa; (art. 134 c. 2 CGC)

contestualmente, fissa una sanzione in misura ridotta pari al 30%, per l'ipotesi di pagamento immediato, assegnando un termine, non inferiore a trenta giorni, per il versamento della somma, con l'indicazione dell'amministrazione destinataria dei proventi (art. 134 c. 3 CGC).

Le decisioni del giudice monocratico, se non opposte, sono esecutive ed hanno forza di titolo esecutivo (art. 134 c. 4 CGC).

Nel termine di trenta giorni della notifica del decreto, è possibile proporre opposizione avverso lo stesso, mediante ricorso al collegio (art. 135 c. 3), di cui non può far parte il magistrato che ha deliberato in prima battuta, ed il giudizio si conclude con una sentenza impugnabile nelle forme ordinarie (art. 136 CGC).

Il procedimento *de quo* è, dunque, strutturato sullo schema di una procedura piuttosto semplificata e celere, priva del momento garantistico del contradditorio preliminare, che si conclude, almeno nella prima fase, con un decreto del giudice monocratico, che determina la sanzione in misura ridotta tale da rendere conveniente una rapida definizione del giudizio.

Dopo aver descritto le principali fasi del rito, appare utile narrare come si è giunti alla disciplina del procedimento sanzionatorio pecuniario, nella sua attuale formulazione codicistica.

Riprendendo quanto solo accennato in precedenza, giova rilevare che, all'inizio del nuovo millennio, il Legislatore aveva cominciato ad introdurre nell'ordinamento delle fattispecie, contrassegnate da una tipizzazione di numerose responsabilità amministrative, in cui, quindi, alla violazione di specifiche disposizioni normative, era collegata direttamente l'irrogazione di una sanzione da parte della Corte dei Conti, a prescindere dall'accertamento del danno erariale.

Con l'adozione di queste leggi, nella maggior parte dei casi a contenuto finanziario, venivano previste, a carico dei pubblici agenti, delle sanzioni, in caso di violazione delle regole atte a presidiare gli equilibri di finanza pubblica in settori considerati particolarmente sensibili, prevedendo, quindi, una specifica responsabilità degli amministratori che infrangessero tali norme.[20]

Limitandoci alle principali, giova citare l'art. 30 c. 15 della Legge n. 280/2002, ovvero, una norma contenuta nella finanziaria del 2003, che prevedeva sanzioni per gli amministratori degli enti territoriali che avessero deliberato il ricorso all'indebitamento per spese diverse

[20] Carola Pagliarin ha evidenziato come, attraverso la emanazione di leggi di contenuto prevalentemente finanziario, venivano previste sanzioni, a carico dei pubblici agenti, in caso di violazione delle regole deputate alla tutela degli equilibri di finanza pubblica, CAROLA PAGLIARIN, *I riti speciali: problematiche interpretative*, Rivista Corte dei Conti – Fascicolo 22/2018.

dall'investimento, nonché, il più recente art. 1 c. 4 L. n. 64/2013, che, parimenti, stabiliva sanzioni amministrative a carico degli amministratori degli enti locali, che, senza giustificato motivo, non avessero effettuato pagamenti per almeno il 90% degli spazi concessi.

Sul punto, vale la pena evidenziare come, proprio con il proliferare di queste disposizioni, che tipizzavano fattispecie di responsabilità amministrativa con funzione strettamente sanzionatoria, in cui non rilevava l'eventuale causazione del danno erariale, siano sorte delle questioni interpretative, su cui avevano dovuto pronunciarsi, al fine di fare chiarezza, le Sezioni Riunite della Corte dei Conti, in particolare, con le sentenze n. 12 del 2007 e n. 12 del 2011.

Infatti, con la pronuncia n. 12/QM del 27/12/2007, relativa alla citata disposizione contenuta nella finanziaria del 2003 (art. 30 c. 15 L. 289/2002), le Sezioni Riunite avevano affermato che, **per gli amministratori degli enti che avessero violato tale norma, doveva essere applicato il giudizio ordinario di responsabilità innanzi la Corte dei Conti, e che, ai fini della sussistenza dell'illecito in discorso, sia necessaria la sussistenza del dolo o della colpa grave.** [21]

La sentenza n. 12/QM del 03/08/2011 chiariva, invece, la distinzione tra ***"… fattispecie puramente sanzionatorie ed ordinarie forme di responsabilità amministrativa…"*** tipizzate dal Legislatore, dichiarando:

che le responsabilità puramente sanzionatorie ricorrono **quando la norma di legge non si limita a prevedere genericamente la responsabilità amministrativa come conseguenza di**

[21] Cfr. Corte dei Conti Sezioni Riunite, sentenza del 27 dicembre 2007 n. 12/QM/2007.

determinati comportamenti, ma provvede a fissare la tipologia della punizione o la precisa entità del pagamento dovuto;

di contro, si concretizza una forma ordinaria di responsabilità amministrativa, **quando la norma si limita a prevedere che una data azione o attività determina una responsabilità erariale, ma, senza, comunque stabilire sanzioni precise e non derogabili**, avendo, in tali casi, il Legislatore qualificato la condotta come rilevante, senza possibilità per l'interprete di valutazioni diverse, ferma restando la necessità della sussistenza di tutti gli elementi essenziali per l'addebito del danno erariale (condotta antigiuridica tipizzata, dolo o colpa grave, produzione di un danno erariale ingiusto e nesso di causalità tra azione illecita ed evento dannoso). [22]

Pertanto, è possibile chiosare, sul punto, come le numerose fattispecie legislative di sanzioni pecuniarie irrogate dalla Corte dei Conti sembrino delineare ***"sistema sanzionatorio contabile"*** che si affianca, nella tutela della risorsa pubblica, al modello tradizionale della responsabilità amministrativa di tipo risarcitorio contabile[23].

Conseguentemente, in linea con tale tendenza, dev'essere vista la scelta del Legislatore, di prevedere, con il Decreto Legislativo n. 174/2016, nel Codice di Giustizia Contabile un rito speciale, il cui campo di applicazione riguardi solo le ipotesi di responsabilità sanzionatoria pecuniaria comprese tra un minimo ed un massimo edittale, che, in tale modo, trovano una loro sistematizzazione.[24]

[22] Cfr. Corte dei Conti Sezioni Riunite, sentenza del 03 agosto 2011 n. 12/QM/2011.

[23] A proposito delle fattispecie legislative di sanzioni pecuniarie comminate dalla Corte dei Conti, Stefano Lorenzo Vitale parla di un ***"sistema sanzionatorio contabile"***, citando la sentenza delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti n. 12 del 23 dicembre 2007, che ha effettuato un'ampia ricognizione di tale fenomeno, STEFANO LORENZO VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo (Le sanzioni per responsabilità erariale della Corte dei Conti),* 2018.

[24] Nel commento alla scelta legislativa di inserire, con il Decreto L.vo n. 174/2016, nel Codice di Giustizia Contabile, un rito speciale, ai fini dell'applicazione delle sanzioni pecuniarie, viene affermato come tali fattispecie, in tal modo, trovino una

Peraltro, osservando il complesso delle disposizioni di cui al Codice di Giustizia Contabile, emerge, già, una distinzione tra giudizi riguardanti fattispecie di responsabilità sanzionatoria pecuniaria e giudizi di responsabilità amministrativa per danno erariale, distribuiti, all'art. 1, su due commi diversi. sovraintendere

Ne consegue che, nell'ambito di una visione organica delle disposizioni che regolano il processo contabile, la scelta del legislatore di prevedere un rito speciale avente ad oggetto illeciti amministrativi, il cui *ubi consistam* risiede nella violazione di norme a presidio degli equilibri di finanza pubblica, può inquadrarsi, da un lato, nella prospettiva di tutelare quei principi atti a garantire l'armonia della contabilità pubblica, oggi costituzionalmente sanciti, dopo le modifiche operate dalla Legge Costituzionale n. 01/2012 (artt. 81, 97 e 117 c. 2 Costituzione), dall'altro, nel tentativo di riuscire ad affermare le responsabilità, in quelle ipotesi in cui risulti difficile provare il danno o l'elemento soggettivo, proprio in relazione a condotte pregiudizievoli per i decantati equilibri finanziari.[25]

Giova, infatti, evidenziare che, nel procedimento speciale de quo, l'elemento soggettivo rileva, al momento della determinazione della sanzione, solo ai fini della graduazione della stessa, in quanto, come descritto in precedenza, il giudice, in tal sede, deve tener conto

loro ***"sistematizzazione"***, STEFANO LORENZO VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo (Le sanzioni per responsabilità erariale della Corte dei Conti),* 2018.

[25] Sul punto, Carola Pagliarin ha compiuto un articolato ragionamento, al fine di cogliere le ragioni sottese all'introduzione del rito in commento, individuandole, da una parte, nell'esigenza di tutelare più efficacemente le norme che sovraintendono i principi di equilibrio di finanza pubblica, ora garantiti dalla Costituzione, in forza delle modifiche di cui alla Legge Costituzionale n. 01/2012, dall'altra, nel tentativo di affermare le responsabilità, laddove risulti più arduo provare il danno o l'elemento soggettivo, in ordine a condotte pregiudizievoli per i citati equilibri finanziari, CAROLA PAGLIARIN, *I riti speciali: problematiche interpretative*, Rivista Corte dei Conti – Fascicolo 22/2018.

della gravità della violazione e dell'attività compiuta dall'agente, per eliminarne o attenuarne le conseguenze.

In definitiva, va sicuramente condiviso lo sforzo del Legislatore che, nell'ottica deflattiva del contenzioso, ha introdotto il rito in questione che, per le spiccate caratteristiche di celerità e speditezza, con la previsione di un pagamento in misura ridotta che rende conveniente la definizione del giudizio, racchiude senza dubbio i requisiti idonei a realizzare i prefissati obiettivi di economia processuale.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

MISURE ADOTTATE IN MATERIA DI GIUSTIZIA NEL QUADRO DELL'EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA COVID-19

di Laura Sancilio

Sommario: 1. Introduzione: diritto di agire in giudizio e limiti imposti al suo esercizio. – 2. Panoramica dei provvedimenti adottati in materia di Giustizia. – 3. Analisi del d.l. 8 marzo 2020, n. 11 e profili di criticità: a) Giustizia civile, penale, tributaria e militare. Discrezionalità dei capi degli uffici giudiziari e scelta di rinviare solo alcune udienze: *ratio*. b) Giustizia amministrativa. La decisione sulla base degli atti: decreti-legge a confronto. – 4. Riflessioni sullo svolgimento delle udienze da remoto.

Sintesi: La decretazione d'urgenza intervenuta per limitare il protrarsi della situazione di emergenza epidemiologica causata dal Covid-19 ha inciso, limitandolo, sul diritto di agire in giudizio, sancito dall'articolo 24 della Costituzione. Nel presente contributo si delinea un quadro complessivo delle misure adottate dal Governo in materia di Giustizia civile, penale, amministrativa e si analizzano i vari profili

di criticità emergenti dall'interpretazione dei decreti-legge emanati, con particolare riferimento al d.l. 8 marzo 2020, n.11. Nello specifico, le riflessioni si concentrano sulle delicate questioni: del rinvio delle udienze, della discrezionalità attribuita ai capi degli Uffici giudiziari, delle modalità di trattazione delle controversie nel processo amministrativo e, da ultimo, dello svolgimento delle udienze da remoto.

Abstract: The legislation by decree-laws, which was used to prevent the worsening of Covid-19 emergency, affected the fundamental right to take legal action as laid down in Article 24 of the Italian Constitution. This contribution provides an overview of Government measures in the Civil, Criminal, Administrative Justice areas and it analyzes the problems arising from interpretation of decree-laws enacted, especially the Decree-Law No. 11 of 8 March 2020. The following reflections focus on the issues concerning: the postponement of hearings, the discretionary powers of the heads of judicial Offices, the arrangements for dealing with administrative trials and, lastly, the use of remote hearings.

Premessa

Il presente contributo si colloca all'interno del Progetto "Il diritto emergenziale ai tempi del Coronavirus" realizzato da studenti universitari al quinto anno della facoltà di Giurisprudenza

dell'Università degli Studi di Trieste, a conclusione del corso di *Tutela costituzionale dei diritti fondamentali* tenuto dal Professor Gian Paolo Dolso nei mesi di marzo, aprile e maggio 2020. La stesura dell'elaborato è stata oggetto di costante e attenta supervisione da parte del Dottor Antonio Mitrotti, cui indirizzo il mio più sentito ringraziamento.

1. *Introduzione: diritto di agire in giudizio e limiti imposti al suo esercizio*

Come noto, tra i diritti fondamentali solennemente garantiti dalla nostra Carta Costituzionale vi è il diritto di agire in giudizio - per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi - contemplato dall'articolo 24, comma 1, della Costituzione [1].

Quello che stiamo vivendo è senz'altro un difficile momento istituzionale, di estrema imprevedibilità, oltre che assai peculiare rispetto a quanto sin qui storicamente accaduto a partire dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del '48. É sotto gli occhi di tutti come l'emergenza epidemiologica causata dal Covid-19 abbia necessariamente influenzato il costante lavoro di irrinunciabile

[1] Sul punto, cfr. L.P. COMOGLIO, *Art. 24, 1° comma*, in *Commentario della Costituzione,* a cura di G. Branca, artt. 24-26, Bologna-Roma, 1981, 1 ss, nonché A. PIZZORUSSO, voce *Garanzia costituzionale dell'azione*, in D. disc. priv., 1992, p. 610.

bilanciamento tra i diritti fondamentali della persona [2], di cui i vertici della Repubblica italiana sono garanti, dovendone, in ogni caso, assicurare l'effettività e l'equilibrato contemperamento.

Certo non è la prima volta che, sfortunatamente, si riscontra la presenza di gravi situazioni critiche per il nostro Paese; ad esempio si sono verificate in diversi luoghi e tempi molte calamità naturali, i cui effetti però sono sempre rimasti oggettivamente circoscritti ad una o più zone specifiche, perciò le decisioni in merito alla gestione dell'emergenza hanno riguardato solo parte dei cittadini italiani (quand'anche a volte una parte consistente).

Anche in alcune di quelle circostanze si è ritenuto opportuno intervenire sulla materia della Giustizia e questo, spesso, tramite l'utilizzo dello strumento del decreto-legge: ne è un risalente esempio il d.l. 914/1966, che disponeva, per le zone colpite dalle alluvioni e dalle mareggiate dell'autunno 1966, la sospensione dei termini di prescrizione e dei termini perentori legali o convenzionali.

Sul punto già allora si espresse autorevolmente la Corte Costituzionale, ritenendo l'intervento sulla sospensione dei termini

[2] Sul tema del bilanciamento tra diritti costituzionali vi è una vastissima dottrina. Citiamo di seguito solo alcuni dei contributi più rilevanti in materia. G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 28, 2007. A. RUGGERI, *Il problematico 'bilanciamento' tra politica e diritto costituzionale (tornando a riflettere su Corte cost. n. 303 del 2003),* in *Le regioni*, vol. 36, fasc. 4/5, 2008. A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, tomo II, Giuffré, Milano, 2008, pp. 185-204. A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: 'giocando con le regole' a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato,* in *Giurisprudenza costituzionale,* Vol. 57 , Fasc. 6, 2012. G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, Vol. 43, Fasc. 2, 2014. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2014. C. GASPARRO, *La Corte costituzionale ed il ragionevole bilanciamento di interessi nel decreto Ilva,* in *Il diritto del mercato del lavoro,* Vol. 16, fasc. 1/2, 2014. G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti Europee,* in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 3/2017, 2017. G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Rivista di diritto civile*, Vol. 64, Fasc. 3, 2018.

non contrastante con l'art. 24 Cost [3]. Ma di questa tipologia di decreti-legge si trova, del resto, traccia anche in tempi più recenti; si pensi al d.l. 73/2018 (Sospensione dei termini e dei procedimenti penali pendenti dinanzi al Tribunale di Bari) o al d.l. 189/2016 (Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016) e molti altri ancora [4].

Oggi, a differenza di quanto accaduto in passato, la situazione d'emergenza riguarda l'intera popolazione italiana e questo ha comportato una limitazione dei diritti di tutti. L'art. 24 della Costituzione, quindi, così come molti altri, ha subìto un inevitabile ridimensionamento dovuto all'esigenza di dover salvaguardare il rilevante diritto alla salute, previsto dall'articolo 32 Cost., e l'implicito diritto alla vita, senza il quale molti diritti costituzionali non avrebbero ragione di esistere.

I provvedimenti del Governo hanno riguardato, conseguentemente, anche altri articoli della Costituzione, tra cui, a titolo esemplificativo, l'articolo 111 Cost., che assicura la ragionevole durata del processo e l'articolo 112 Cost., disciplinante il sensibile principio di obbligatorietà, in capo al pubblico ministero, dell'esercizio dell'azione penale.

[3] La Corte Costituzionale con sent. 47/1969 dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale concernente la sospensione dei termini di prescrizione e dei termini perentori legali o convenzionali, affermando che « non può condividersi l'opinione che quella sospensione contrasti col diritto di difesa tutelato dall'art. 24, comma primo, e con l'obbligo dell'iniziativa dell'esercizio dell'azione penale spettante al pubblico ministero per l'art. 112, né, in genere, con le garanzie della tutela giurisdizionale previste dall'art. 101 [...]. Certo, entro questi limiti, l'attività giurisdizionale resta intralciata e quindi in parte paralizzata. Ma ciò è stato previsto per breve tempo e in via del tutto eccezionale, e sulla base di un consistente fondamento razionale, poiché la legge ha collegato gli effetti che il tribunale ritiene censurabili a **eventi straordinari** che rendono, quando non impossibile, almeno assai difficile l'esercizio dell'attività giurisdizionale.»

[4] Per un elenco dettagliato si rinvia all'articolo di L. FIDELIO e A. NATALE, *Emergenza COVID-19 e giudizio penale di merito: un catalogo (incompleto) dei problemi*, in *Questione Giustizia,* 16 aprile 2020.

Non pare questa la sede adatta a sindacare le scelte operate dal Governo, né a valutare la correttezza o meno dell'uso di certi strumenti normativi piuttosto che di altri; l'obiettivo è invece quello di analizzare ed interpretare i provvedimenti emanati in questo, mutevole e magmatico, periodo emergenziale, i loro possibili profili di criticità ed esporre in che misura tali provvedimenti abbiano limitato il fondamentale diritto di agire in giudizio, oltre che degli altri diritti costituzionali ad esso connessi.

2. *Panoramica dei provvedimenti adottati in materia di Giustizia*

I provvedimenti rilevanti intervenuti in materia di Giustizia sono essenzialmente quattro: il d.l. n. 11 dell'8 marzo 2020, il d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, il d.l. n. 23 dell'8 aprile 2020 e il d.l. n. 28 del 30 aprile 2020. Si aggiungono a questi decreti-legge anche altri provvedimenti che completano il quadro complessivo: le "Linee guida sullo svolgimento dell'attività lavorativa per il personale dell'Amministrazione giudiziaria" diramate dal Ministero della Giustizia, dipartimento dell' Organizzazione giudiziaria, il 10 marzo 2020 (seguite da nuove Linee guida il 19 marzo) e quelle dettate dal Csm con delibere dell'11 e 26 marzo 2020.

Prima di scendere nel dettaglio dei decreti-legge emanati, è necessario premettere che gli articoli dall'1 al 4 del d.l. 11/2020 sono stati abrogati dal d.l. 18/2020 - il quale ha portata retroattiva [5] - e che solo quest'ultimo è stato convertito in legge il 24 aprile 2020 (l. 27/2020).

[5] In merito alla portata retroattiva si rinvia all'articolo *Emergenza COVID-19 e giudizio penale di merito: un catalogo (incompleto) dei problemi* di L. FIDELIO e A. NATALE, già cit.

Gli altri decreti-legge perderanno efficacia *ex tunc* qualora, allo scadere dei sessanta giorni dal momento della loro pubblicazione, non intervenisse il Parlamento con una legge di conversione, *ex* art. 77 Cost.

Il primo decreto-legge intervenuto in materia è il d.l. 8 marzo 2020, n. 11. Si tratta di un decreto concentrato in soli sei articoli e dedicato interamente alle modifiche apportate temporaneamente allo svolgimento dell'attività giudiziaria.

Il secondo provvedimento con forza di legge è il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (cd. "decreto Cura Italia"), che presenta un apparato di articoli molto più corposo e variegato; dedica solo gli articoli 83, 84 e 85 alle disposizioni in materia di giustizia civile, penale, tributaria, militare, amministrativa, contabile e l'articolo 86 alle misure urgenti per il ripristino della funzionalità degli Istituti penitenziari. Anche se questo decreto-legge abroga gli articoli dall'1 al 4 del precedente, riproduce quasi fedelmente il loro contenuto; per questo motivo, il d.l. cui far maggior riferimento è rimasto il d.l. 11/2020.

Il terzo è il d.l. 8 aprile 2020, n.23, che agli artt. 36 e 37 proroga il periodo di sospensione delle udienze previsto nei precedenti decreti-legge.

Il quarto, infine, introduce disposizioni integrative riguardanti i processi civili, penali, amministrativi e contabili.

Una precisazione si ritiene necessaria: le date che citeremo di seguito, così come riportate all'interno del d.l. 11/2020, sono state tutte quante modificate, in prima battuta, dal d.l. 18/2020 e, successivamente, dal d.l. 23/2020 e dal d.l. 28/2020. Evidenzieremo le modifiche man mano che se ne presenterà l'occasione.

3. *Analisi del d.l. 8 marzo 2020, n. 11 e profili di criticità:*

a) Giustizia civile, penale, tributaria e militare. *Discrezionalità dei capi degli uffici giudiziari e scelta di rinviare solo alcune udienze: ratio*.

Art.1 del d.l. n. 11/2020: *"Differimento urgente delle udienze e sospensione dei termini nei procedimenti civili, penali, tributari e militari".*

In questo primo articolo sono dettate regole generali su udienze e decorso di termini da applicarsi nel periodo dal 9 al 22 marzo 2020 (con il d.l. 18/2020 la data conclusiva è stata posticipata al 15 aprile e con il d.l. 23/2020 all'11 maggio). Viene disposto al primo comma il *rinvio* a data successiva al 22 marzo delle udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari, fatta eccezione per quei procedimenti elencati all'art. 2, comma 2, lettera *g.* Al secondo e al terzo comma (che rinvia ai commi 4 e 5 dell'art. 2), poi, si prevede anche la *sospensione del corso della prescrizione* e di una serie di *termini* rilevanti, quali:

- i termini per il compimento di *qualsiasi atto* del procedimento [6] (va precisato che nel caso in cui il decorso del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo);

[6] Sono stati sollevati alcuni dubbi sull'interpretazione da dare alla locuzione "atto del procedimento". Sul punto si è espressa la Corte Suprema di Cassazione nella Relazione n. 28 del 1 aprile 2020, chiarendo che «la sospensione dei termini opera poi per tutti gli atti processuali, compresi quelli *necessari per avviare un giudizio* di cognizione o esecutivo (atto di citazione o ricorso, ovvero atto di precetto), come per quelli di impugnazione (appello o ricorso per cassazione). Viene così espressamente confermato l'orientamento della S.C. a tenore del quale la nozione di "termine processuale", secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, essendo espressione di un principio immanente nel nostro ordinamento, non può ritenersi limitata all'ambito del compimento degli atti successivi all'introduzione del processo, dovendo invece estendersi anche ai termini entro i quali lo stesso deve essere instaurato, purché la proposizione della domanda costituisca l'unico rimedio per la tutela del diritto che si assume leso.»

- i termini di durata massima della *custodia cautelare* (art.303 c.p.p.);
- i termini entro i quali il tribunale deve ordinare la *confisca* e quelli entro i quali la Corte d'appello deve confermare il provvedimento di confisca emanato in primo grado (queste ultime due ipotesi si riferiscono al codice antimafia: il decreto legislativo 159/2011, agli artt.24, comma 2, e 27, comma 6).
- i termini per riesaminare l'ordinanza che dispone una *misura coercitiva* o il *sequestro* (artt. 309, comma 9, 311, commi 5 e 5-*bis*, e 324, comma 7, c.p.p.);

Una volta trascorso il periodo di sospensione di cui all'art.1, comma 1, i termini riprenderanno a decorrere regolarmente. La sospensione dei suddetti termini non opera, chiaramente, per tutti quei procedimenti che proseguono il loro corso, *ex* art. 2.

Infine, al quarto comma si estendono, in quanto compatibili, le disposizioni dell'art. 1 anche ai procedimenti relativi alle commissioni tributarie e alla magistratura militare.

Art. 2 del d.l. n. 11/2020: *"Misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia"***.**

Al primo comma di questo secondo articolo viene disposto un periodo di tempo di circa due mesi (che potremmo definire "*periodo cuscinetto*") - subito successivo al 22 marzo - nel quale è possibile riprendere le udienze, ma con l'adozione di misure idonee ad evitare assembramenti all'interno degli uffici giudiziari. Questo perché si è stimato che il momento del picco di contagi da Covid-19 si avesse in una prima fase (quella che va dal 9 al 22 marzo) e che fosse necessario, passata questa fase, una ripresa cauta dell'attività giudiziaria per evitare il rischio di una seconda ondata di contagi.

Il Governo ha individuato questo "*periodo cuscinetto"* tra il 23 marzo e il 31 maggio 2020 (ad oggi il periodo va dal 12 maggio, secondo quanto previsto dal d.l. 23/2020, fino al 31 luglio, come da d.l. 28/2020) [7].

Mentre per il periodo dal 9 al 22 marzo 2020 le misure da applicarsi al settore dell'amministrazione della Giustizia sono state stabilite dal Governo, per il "periodo cuscinetto" successivo si è lasciata alla *discrezionalità* dei singoli capi degli uffici giudiziari la scelta di adottare le misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, maggiormente utili a garantire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dai Ministeri preposti e tenuto conto di quanto riportato nel d.p.c.m. dell'8 marzo 2020.

Tuttavia, per l'adozione delle suddette misure, i capi degli uffici giudiziari devono seguire un particolare procedimento: è previsto che sentano i *pareri* (obbligatori ma non vincolanti) dell'autorità sanitaria regionale e del Consiglio dell'ordine degli avvocati, e che trovino un'*intesa* con il Presidente della Corte d'appello e con il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello dei rispettivi distretti.

Quindi il Governo conferisce un potere molto ampio ai capi degli uffici giudiziari, ma impone anche una sorta di *vincolo di collaborazione* con altri soggetti e previene potenziali conflitti tra Uffici stabilendo in maniera chiara quali sono i capi degli uffici giudiziari che devono avere l'ultima parola su tali misure.

La Corte suprema di cassazione e la Procura generale presso la Corte di cassazione nell'adottare le misure – pur dovendo comunque acquisire i menzionati pareri obbligatori dell'autorità sanitaria

[7] Il *periodo cuscinetto* è stato modificato in prima battuta dal d.l. 18/2020, che ha posticipato l'inizio al 16 aprile e la conclusione al 30 giugno, ed in seguito dai d.l. 23/2020 e 28/2020.

regionale e del Consiglio dell'ordine degli avvocati - non necessitano, per ovvie ragioni, dell'intesa con alcun altro Ufficio giudiziario.

Una possibile conseguenza della scelta di attribuire il potere di adottare queste misure ai capi degli uffici giudiziari è che si avrà una potenziale disparità di trattamento tra i soggetti che eserciteranno, nel periodo cuscinetto, davanti ad uffici diversi il proprio diritto di agire. In merito a questo potrebbe evidenziarsi, però, che è proprio la discrezionalità dei singoli Uffici che permette di meglio assicurare le finalità perseguite con questo decreto-legge e con gli altri provvedimenti adottati dal Governo, perché il Covid-19 non ha colpito con la medesima intensità le varie aree del territorio italiano [8]. Delle singole misure da adottare troviamo un corposo elenco al secondo comma.

A parere di chi scrive, l'elenco in questione deve intendersi come tassativo, e non meramente esemplificativo.

Per comprendere il significato autentico di una disposizione non si può prescindere dal farne anzitutto una corretta interpretazione, ed è l'art. 12 delle Preleggi [9] a darci indicazioni chiare su come farlo. La tassatività delle misure è suggerita sia dall' interpretazione letterale del testo della disposizione, che al secondo comma utilizza la locuzione "seguenti misure" (enumerandole poi attraverso le lettere dell'alfabeto), sia da una interpretazione logica: la *ratio* sottesa alla norma è quella di attribuire ai capi degli uffici giudiziari poteri

[8] L. FIDELIO e A, NATALE, *Emergenza COVID-19 e giudizio penale di merito: un catalogo (incompleto) dei problemi*, cit. http://www.questionegiustizia.it/articolo/emergenza-covid-19-e-giudizio-penale-di-merito-un-catalogo-incompleto-dei-problemi_16-04-2020.php

[9] Art. 12 Preleggi:« Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal *significato proprio delle parole* secondo la connessione di esse, e dalla *intenzione* del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.»

maggiori rispetto a quelli ordinariamente previsti, e questo, solo ed esclusivamente, in ragione della situazione emergenziale.

Se permettessimo un'interpretazione estensiva della disposizione il capo dell'ufficio giudiziario si vedrebbe investito di una variegata gamma di poteri provvedimentali impliciti e questo contrasterebbe, *ex se*, con il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi e con il più ampio principio di legalità sostanziale ad esso sotteso che governa strutturalmente e funzionalmente l'agire della Pubblica Amministrazione [10].

Consentire una opinabile interpretazione "creativa" della norma attributiva dei poteri da parte dei capi degli Uffici giudiziari comporterebbe il venir meno, sostanzialmente, della portata prescrittiva della norma, mentre è noto che soltanto la legge può determinare la competenza, le finalità, la procedura da seguire, l'oggetto, la forma e gli effetti del provvedimento amministrativo [11].

Stando alla lettera della legge, durante il sopramenzionato "periodo cuscinetto", i capi degli uffici giudiziari possono: *limitare l'accesso del pubblico* agli uffici giudiziari (ad esclusione di coloro che devono svolgervi attività urgenti); *limitare l'orario di apertura* degli uffici sentito il dirigente amministrativo; *regolamentare l'accesso ai servizi* (anche tramite mezzi di comunicazione telefonica o telematica) curando che la convocazione degli utenti sia scaglionata per evitare assembramenti; *adottare linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze*, *disporre la celebrazione a*

[10] Sul punto si rinvia alle sentenze della Corte Costituzionale: 150/1982; 307/2003; 303/2005; 32/2009; 115/2011; 69/2018 e 57/2020.

[11] La monografia di Nicola Bassi espone la tesi della non configurabilità di poteri provvedimentali impliciti della P.A., tesi analizzata nell'articolo *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti* di G. MORBIDELLI, in *Rivista della regolazione dei mercati.* Più di recente appare utile rinviare a quanto sviluppato in A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano.Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice,* Napoli, 2020, p. 220 ss.

porte chiuse delle udienze pubbliche penali e civili; *prevedere che le udienze si svolgano da remoto* nei casi in cui non sia necessaria la presenza di soggetti diversi dalle parti e i loro difensori; ed, infine, *rinviare a data successiva al 31 maggio 2020* (con il d.l. 28/2020 posticipata al 31 luglio) *le udienze di tutti i procedimenti civili e penali*, ad esclusione di quelle indicate all'art. 2, comma 2, lettera *g*.

Come è evidente, le misure previste sono molte e di diverso tipo. Ma, probabilmente, i capi degli uffici giudiziari sono le figure più adatte dell'Ufficio ad adottarle, per via del fatto che, già ordinariamente, è attribuita loro la titolarità «oltreché di *funzioni giurisdizionali*, di *poteri amministrativi*, di *organizzazione* del lavoro e degli uffici interni nonché di sorveglianza sui magistrati e sul personale ausiliario» [12].

Tuttavia, tali misure rimangono molto incisive e, per questo motivo, il Consiglio Superiore della Magistratura ha introdotto ulteriori raccomandazioni, sottolineando che è necessario adottare la misura del rinvio delle udienze «per iscritto ed attraverso procedure partecipate, idonee a coinvolgere […] in funzione consultiva i componenti dell'ufficio, l'avvocatura ed il personale amministrativo, in armonia con i principi consolidati che governano a livello ordinamentale l'organizzazione degli uffici» [13].

Inoltre, questo potere molto esteso attribuito ai capi degli uffici giudiziari è ridimensionato dalla previsione della *prosecuzione del corso di un nucleo circoscritto di procedimenti,* imposta sia per il periodo dal 9 al 22 marzo che per quello successivo. Infatti la scelta del Governo è andata nella direzione di bilanciare il diritto alla salute con il diritto di agire in giudizio, limitando quest'ultimo, ma non sopprimendolo interamente. L'art. 2, comma 2, alla lettera *g*, elenca

[12] Così la delibera del C.S.M. 14 maggio 1971, in *Notiziario del Csm* 1971, n.5.
[13] Inciso estrapolato dalle "Linee guida agli Uffici Giudiziari in ordine all'emergenza COVID 19 integralmente sostitutive delle precedenti assunte" adottate dal Csm in data 26 marzo 2020, pratica num. 186/VV/2020.

i procedimenti da iniziarsi o proseguirsi, che potremmo dividere in due macrocategorie.

Nella *prima categoria* rientrano le udienze il cui rinvio potrebbe arrecare, per diversi motivi, grave pregiudizio agli interessati: il d.l. fornisce massima tutela alle persone più fragili, alle situazioni che necessitano di un intervento tempestivo per la salute fisica e psichica dei soggetti coinvolti o per il rischio di lesione imminente dei diritti fondamentali. Proseguono il loro corso i procedimenti:

- di competenza del tribunale per i minorenni relativi alle *dichiarazioni di adottabilità*, ai *minori stranieri non accompagnati*, ai *minori allontanati dalla famiglia* ed a tutte le situazioni di *grave pregiudizio*;
- *relativi ad alimenti* o *ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia*, di parentela, di matrimonio o di affinità;
- *cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona*;
- per l'adozione di provvedimenti in *materia di tutela, di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione* nei soli casi di situazioni di indifferibilità incompatibile anche con l'adozione di provvedimenti provvisori, e sempre che l'esame diretto del destinatario del provvedimento non risulti incompatibile con le sue condizioni di età e salute;
- riguardanti gli accertamenti e i *trattamenti sanitari obbligatori in condizioni di degenza ospedaliera per malattia mentale* (art.35, l. 833/1978);
- *afferenti all'interruzione della gravidanza di una minorenne* qualora sia necessario adire un giudice tutelare (ipotesi elencate all'art. 12 della l. 194/1978);
- relativi all'adozione di *ordini di protezione contro gli abusi familiari*;

- inerenti la convalida dell'*espulsione, allontanamento e trattenimento di cittadini di paesi terzi e dell'Unione Europea*;
- concernenti la *sospensione,* disposta in secondo grado, *dell'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado* o a quella disposta dal giudice stesso che ha emanato la sentenza qualora sia impugnata in cassazione (artt. 283 e 373 c.p.c.).

Il d.l. dispone poi che debbano proseguire il loro corso tutti quei procedimenti, in generale, la cui ritardata trattazione comporterebbe un grave pregiudizio alle parti.

Nella *seconda categoria* rientrano quei procedimenti riguardanti direttamente o indirettamente la restrizione della libertà personale, la quale deve sempre essere disposta da un provvedimento del giudice (e nei soli casi e modi previsti dalla legge, *ex* art. 13 Cost.). Dal momento che la restrizione della libertà personale è assoggettata, quindi, ad una doppia riserva, i provvedimenti del giudice che la dispongono o confermano devono essere emanati tempestivamente e devono poter essere impugnati e annullati senza ritardo in caso di illegittima adozione. Per questo motivo non si dispone il rinvio delle udienze dei procedimenti:

- di *convalida dell'arresto o del fermo*;
- nei quali nel periodo di sospensione «o nei sei mesi successivi» [14] scadono *i termini di cui all' art. 304 c.p.p.* (termini di sospensione della custodia cautelare);
- in cui sono state richieste o applicate *misure di sicurezza detentive* e, *quando i detenuti, gli imputati, i proposti o i loro difensori espressamente richiedono che si proceda*;
- a carico di *persone detenute*, salvo i casi di sospensione cautelativa delle misure alternative;
- in cui sono state applicate *misure cautelari o di sicurezza*;

[14] Previsione aggiunta dal d.l. 28/2020.

- per l'applicazione di *misure di prevenzione* o nei quali esse sono state disposte;
- udienze nei procedimenti a carico di *imputati minorenni*.

L'art. 2 del decreto-legge 11/2020 si chiude con una clausola generale, che dispone la prosecuzione di tutti quei procedimenti che presentano carattere di *urgenza*, per la necessità di assumere prove indifferibili, *ex* art. 392 c.p.p.

Concludendo: la trattazione della maggior parte delle udienze è parsa al Governo differibile ad un momento successivo all'emergenza, ma si dà anche istantanea tutela a situazioni estremamente delicate, per le quali la macchina giudiziaria non si ferma.

b) Giustizia amministrativa. *La decisione sulla base degli atti: decreti-legge a confronto.*

Art.3 del d.l. 11/2020: "*Misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia amministrativa".*

Analogamente a quanto visto per i settori civile e penale, i termini relativi al processo amministrativo vengono sospesi nel periodo dall'8 al 22 marzo 2020 (anche qui sono intervenuti prima il d.l. 18/2020 che ha spostato il termine finale al 15 aprile e poi il d.l. 23/2020 che lo ha ulteriormente posticipato al 3 maggio), con l'eccezione dei termini del procedimento cautelare, che invece non si sospendono.

Le udienze pubbliche e camerali dei procedimenti pendenti presso gli uffici della giustizia amministrativa sono rinviate d'ufficio a data successiva al 22 marzo. Diverso è il regime scelto, invece, per le domande cautelari, che, se anche solo una delle parti ne fa richiesta, devono essere decise con decreto monocratico e l'udienza cautelare

camerale viene fissata in data subito successiva alla fine del periodo segnalato (il d.l. fa rinvio alla disciplina dettata dall'art. 56 c.p.a.). Se non si soddisfacesse in termini brevi l'esigenza cautelare, non si rispetterebbe il *principio di effettività della tutela giurisdizionale*, perché la tutela cautelare nasce proprio per evitare che risulti inutile una sentenza che intervenga tardivamente, ecco perché deve poter essere fruibile anche in questo momento [15].

Ai sensi del comma 2 (che fissa l'obbligo di acquisizione dei medesimi pareri previsti per il settore civile e penale), i presidenti titolari delle sezioni del Consiglio di Stato, il presidente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e i presidenti dei T.A.R. e delle relative sezioni staccate possono adottate le stesse misure previste all'art. 2, comma 2, ad eccezione di quelle afferenti specificamente il settore penale e civile (lettere *e,f,g,h*), che abbiamo in precedenza trattato. In questo caso però le suddette misure sono applicabili già dall'8 marzo e fino al 31 maggio 2020 (termine finale spostato al 30 giugno dal d.l. 18/2020 e al 31 luglio dal d.l. 28/2020).

Il decreto-legge prevedeva inoltre un'ulteriore tutela per le parti dei procedimenti amministrativi rispetto a quanto previsto per i settori civile e penale; infatti le udienze rinviate a data successiva al 31 maggio dovevano essere trattate non oltre il mese di dicembre 2020.

Il Governo poi - forse resosi conto della difficoltà dei giudici amministrativi di rispettare questa previsione - con il d.l. 18/2020 ha rivisto la sua posizione in merito, eliminando questa garanzia. Tra le misure adottabili è ricompresa quella del rinvio delle udienze a data successiva al 31 maggio, tuttavia anche per il settore amministrativo si fa salvo un nucleo di procedimenti che deve proseguire il suo

[15] Secondo Calamandrei, infatti, la misura cautelare ha «lo scopo immediato di assicurare la efficacia pratica del provvedimento definitivo».

corso: le udienze e camere di consiglio cautelari, elettorali e quelle la cui mancata trattazione produrrebbe grave pregiudizio alle parti.

Per le udienze dei procedimenti pendenti, il regime è quello del rinvio, ma cosa succede invece, secondo il d.l. 11/2020, alle controversie già fissate per la trattazione?

Il comma 4 dell'art. 3 prevede un procedimento semplificato - in deroga a quanto previsto dal d.lgs 104/2010 - in base al quale le controversie fissate per la trattazione passano in decisione direttamente *sulla base degli atti*; è fatta salva però la possibilità che una delle parti chieda con apposita istanza (da depositarsi almeno 2 giorni prima della data fissata per la trattazione) la discussione in udienza camerale o pubblica.

L'art. 84 del successivo d.l. 18/2020, però, ha stravolto questa impostazione e introdotto un "doppio binario" procedimentale. Così, dal 6 al 15 aprile 2020, la previsione della *decisione allo stato degli atti salvo istanza di parte* passa da essere regola ad eccezione: può decidersi sulla base degli atti esclusivamente previa richiesta congiunta delle parti costituite, altrimenti le udienze pubbliche e camerali sono rinviate d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020. Invece, per le controversie con udienze fissate dal 15 aprile al 30 giugno 2020, il meccanismo della decisione senza discussione orale opera *ope legis* e, soprattutto, senza nessuna eccezione. In questo ultimo caso ci troviamo davanti ad una evidente deroga al principio del contraddittorio orale tra le parti in udienza, perché non è prevista una via alternativa alla decisione sulla base degli atti che rispetti la volontà delle parti di confrontarsi. Tuttavia, la nuova norma offre alle stesse la possibilità di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione della causa [16].

[16] D. PROFILI, *L'impatto dell'emergenza Covid-19 sul processo amministrativo alla luce della recente legislazione d'urgenza*, in *Il diritto amministrativo Rivista giuridica,* p. 7.

Quindi, sicuramente non è previsto ad oggi un confronto orale tra le parti in udienza, né dal vivo, né da remoto, ma viene garantita comunque una finestra di dialogo attraverso lo strumento del contraddittorio cartolare.

4. *Riflessioni sullo svolgimento delle udienze da remoto*

Sono richieste, dal d.l. 11/2020, due condizioni essenziali per poter svolgere da remoto le udienze dei procedimenti civili e penali: la salvaguardia del *principio del contraddittorio* e l'*effettività della partecipazione* delle parti. Ciononostante, la previsione dello svolgimento delle udienze da remoto ha sollevato e solleva tutt'ora molti dubbi tra gli operatori del diritto, che ritengono l'uso di apparecchi audiovisivi rischioso sotto molteplici aspetti. Il settore più a rischio è probabilmente quello penale: sono posti in pericolo i principi di *oralità* e *immediatezza* [17]. Oltre a questo, si aggiunge il problema del valore da attribuire alle dichiarazioni rese in udienza dalle parti, le quali rischiano di subire l'influenza di soggetti estranei al procedimento che si trovano nella medesima stanza, senza, però, che il giudice ne possa evincere la presenza; questa eventualità mina necessariamente la genuinità della dichiarazione.

A questo problema, le Linee Giuda del Csm pongono una prima soluzione: « il Giudice, invero, non può verificare che presso il luogo in cui è collegato il difensore non siano presenti soggetti esterni al procedimento. […] Il giudice può, al momento dell'apertura dell'udienza, richiedere una esplicita dichiarazione al difensore

[17] Di questa opinione è l'Associazione tra gli studiosi del processo penale. Si rimanda al "Documento del Consiglio direttivo della ASPP" del 13 aprile 2020. https://sistemapenale.it/it/documenti/documento-associazione-professori-procedura-penale-sulle-disposizioni-eccezionali-per-la-giustizia-penale-nellemergenza-covid-19

sull'assenza di soggetti estranei all'udienza» e si aggiunge che «l'eventuale presenza di soggetti estranei non comporterebbe nullità della camera di consiglio» [18].

Il Csm è intervenuto in maniera più garantista, invece, nel settore civile; infatti ha stabilito che il giudice nel verbale di udienza « prende atto [...] della dichiarazione relativa al fatto che non siano in atto, né da parte dei difensori né da parte dei loro assistiti, collegamenti con soggetti non legittimati; nonché della dichiarazione della parte che si colleghi da un luogo diverso da quello da cui si collega il difensore che non sono presenti fisicamente soggetti non legittimati» [19].

Ci si può chiedere se queste previsioni appena illustrate siano sufficienti a scacciare ogni pericolo di inquinamento del processo penale. Difficile dare una risposta.

Questi interventi, sebbene di grande aiuto, potrebbero essere insufficienti, a parere di chi scrive, a realizzarne le finalità. Infatti il *vulnus* sta nella mancata previsione, in tutte queste disposizioni, di una sanzione da irrogare nei confronti di chi dichiari falsamente che non siano presenti fisicamente nella stanza soggetti diversi da quelli legittimati.

Va sottolineato, comunque, che non è la prima volta in assoluto che il nostro ordinamento riconosce la possibilità di operare con strumenti audiovisivi; se ne fa già ampio uso nel procedimento penale, quando, per esigenze di tutela o necessità e in relazione a determinati soggetti, sia opportuno svolgere le audizioni tramite l'uso di supporti informatici o di collegamenti audiovisivi (la disciplina è inserita agli artt. 146-bis e 147-*bis* delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale).

[18] Inciso estrapolato dalle "Linee guida agli Uffici Giudiziari in ordine all'emergenza COVID 19 integralmente sostitutive delle precedenti assunte" del Csm, Pratica num. 186/VV/2020, del 26 marzo 2020. Pag. 22.
[19] Ivi, pag. 14.

Da ultimo, è necessario affrontare il tema dell'udienza da remoto nel processo amministrativo, che ha subìto un forte stravolgimento con il decreto-legge Cura Italia.

Il collegamento da remoto era una possibilità prevista espressamente dal d.l. 11/2020, che, all'art. 3, comma 5, ne consentiva l'uso per le udienze pubbliche e camerali che non richiedessero la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti. Però questa previsione non è stata poi richiamata espressamente nel successivo d.l. 18/2020, che ha previsto solamente che le camere di consiglio decisorie possano essere effettuate mediante collegamenti da remoto, purché sia garantita la *collegialità*. Alcuni hanno tentato di ricavare dal d.l. 18/2020 una implicita possibilità di svolgere le udienze da remoto, facendo leva sull'art. 84, comma 4, lettera *d*, in cui è previsto che si possano adottare direttive vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze. Ma ragioni di ordine testuale e di pratica processuale non consentono questo tipo di interpretazione [20].

Il passo indietro fatto dal Governo con il d.l. 18/2020 potrebbe comportare un arretramento della giustizia amministrativa rispetto alle altre giurisdizioni, tuttavia è importante ricordare che quello amministrativo è già ordinariamente un processo eminentemente documentale.

In ogni caso, un vero bilancio delle scelte operate in questo periodo in materia di Giustizia potrà farsi solamente a posteriori, augurandoci nel frattempo che il fondamentale diritto di agire in giudizio sia garantito con effettività entro la cornice costituzionalmente disegnata dai Costituenti e il più possibile nei limiti

[20] Per approfondimenti si rimanda all'articolo di S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, 2020, pag. 9. https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/tarullo-l-udienza-telematica-nel-processo-amministrativo-per-non-dover-rimpiangere-un-occasione-perduta

delle prescrizioni legislative adottate dal Governo *ex* art. 77 della Carta Costituzionale.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

"ACQUISTARE VERDE"
UNA QUESTIONE AMBIENTALE E AMMINISTRATIVA

del Dott. Cesare Massa

ABSTRACT

Il Green new deal mira ad una massima centralità dell'ambiente nelle politiche nazionali ed europee. Premesso che le politiche ambientali hanno un costo, questo costo non può essere fatto ricadere sulle fasce più deboli della popolazione. Posto che, come ormai noto, la commessa pubblica costituisce il 16% del Pil europeo, un'implementazione dei contratti verdi abbatterebbe i costi della "transizione ecologica", orientando il mercato in senso green.
Le direttive europee del 2014 hanno tenuto conto di questo ambizioso obiettivo, che presuppone e declina una considerazione della portata del principio di sviluppo sostenibile in termini di centralità nell'azione amministrativa. Una linea prospettica che ha gradualmente portato fino all'emersione di una nozione di "concorrenza ambientale", e che prova come istanze collettive e individuali, tradizionalmente inquadrate in un'ottica dualistica, si stanno dimostrando in realtà interdipendenti.
Alla luce di questa evoluzione -e della effettiva necessità di un cambio di passo- non sembra oggi insensato dire che, anche a

prescindere dalla presenza di criteri obbligatori a livello dei singoli Stati, una procedura di gara del tutto priva di riferimenti a criteri ambientali debba considerarsi in linea di principio illegittima per manifesta violazione del principio di sviluppo sostenibile.

Tuttavia, i dati sull'applicazione del GPP in Europa ci restituiscono l'immagine di un panorama assai disomogeneo, con differenze significative non solo tra fasi della procedura e gruppi di prodotti, ma anche e soprattutto tra Stati membri.

Anche all'interno di Stati con una bassa percentuale di applicazione, tuttavia, si rintracciano esperienze positive di singole amministrazioni. Di conseguenza, le differenze suddette non si spiegano solo con le differenze in termini di tempi e modalità del recepimento. Influiscono, e tanto, una serie di fattori di "contesto".

Come dire che la struttura complessiva della disciplina di riferimento si pone come presupposto, necessario ma non sufficiente, della buona pratica amministrativa.

A maggior ragione in materie ad alto tasso di complessità come il GPP, quindi, la qualità amministrativa è decisiva. Non è più sufficiente che l'urgenza delle istanze ambientali sia riconosciuta, nella migliore delle ipotesi, *ex post*, nella fase giudiziale.

Insomma, le riforme amministrative come quella operata nel 2014 e 2016 in materia di contratti pubblici sono necessarie, ma rappresentano solo il presupposto della radicale trasformazione della concreta capacità della pubblica amministrativa di operare secondo un paradigma alternativo a quello tradizionale. D'altra parte, I vertici politici ed amministrativi devono abbandonare la logica per la quale ogni azione debba essere rinviata all'iniziativa del legislatore, come in una sorta di "accordo al ribasso", dimenticando di essere al piano alto grado della pubblica amministrazione e di potere e dovere orientarne i comportamenti.

Ce lo confermano una serie di dati positivi in relazione ad alcune esperienze virtuose in termini di *compliance* alla disciplina nazionale ed europea sui contratti verdi; dati che emergono dall'analisi delle realtà di alcune amministrazioni pubbliche italiane, territoriali e non. Ovviamente, è necessario che tali buone pratiche, nella loro possibile, ed anzi auspicabile integrazione, si diffondano -anche grazie ad una loro contemplazione da parte delle amministrazioni meno "virtuose" - in maniera capillare sull'intero territorio italiano.

Nessuno dei paesi europei può permettersi di non tenerne conto, perché dall'analisi delle statistiche sopracitate è emerso che, anche laddove l'utilizzo di criteri ambientali risulta più diffuso, si è comunque lontani da uno scenario, nel quale tutte, ovvero il 100% delle procedure tengano conto di almeno una variabile ambientale.

E poi perché, anche nei così detti *Green Seven*, nonostante i criteri ambientali siano al quarto posto per importanza, il loro peso è ancora troppo inferiore rispetto ai primi tre -prezzo, tempi di consegna, altri aspetti qualitativi-.

ABSTRACT

The Green new deal aims at a maximum centrality of the environment in national and European policies. Given that environmental policies have a cost, this cost cannot be passed on to the weaker sections of the population. Given that, as is now known, the public order constitutes 16% of European GDP, an implementation of green contracts would reduce the costs of the "ecological transition", orienting the market in a green sense.

The European directives of 2014 took into account this ambitious goal, which presupposes and declines a consideration of the scope of the principle of sustainable development in terms of centrality in administrative action. A perspective line that has gradually led to the

emergence of a notion of "environmental competition", and which proves how collective and individual instances, traditionally framed in a dualistic perspective, are proving to be interdependent in reality.

In light of this evolution - and the actual need for a change of pace - it does not seem foolish today to say that, regardless of the presence of mandatory criteria at the level of the individual States, a tender procedure completely devoid of references to environmental criteria should be considered in principle illegitimate for manifest violation of the principle of sustainable development.

However, the data on the application of GPP in Europe give us the image of a very uneven landscape, with significant differences not only between the stages of the procedure and product groups, but also and above all between Member States.

Even within states with a low percentage of application, however, positive experiences of individual administrations can be found. Consequently, the aforementioned differences cannot be explained only by the differences in terms of times and methods of transposition. And a lot of "context" factors influence.

As if to say that the overall structure of the reference discipline is a necessary but not sufficient presupposition of good administrative practice.

All the more so in matters of high complexity such as GPP, therefore, administrative quality is decisive. It is no longer sufficient that the urgency of environmental claims is recognized, at best, ex post, in the judicial phase.

In short, administrative reforms such as that implemented in 2014 and 2016 in the field of public contracts are necessary, but they represent only the presupposition of the radical transformation of the concrete ability of the public administration to operate according to an alternative paradigm to the traditional one. On the other hand, the political and administrative summits must abandon the logic

according to which every action must be postponed to the initiative of the legislator, as in a sort of "downward agreement", forgetting to be at the top level of the public administration and of power and duty to direct their behavior.

This is confirmed by a series of positive data in relation to some virtuous experiences in terms of compliance with the national and European regulations on green contracts; data that emerge from the analysis of the realities of some Italian public administrations, territorial and otherwise. Obviously, it is necessary that these good practices, in their possible, and indeed desirable integration, spread - also thanks to their contemplation by the less "virtuous" administrations - in a widespread manner throughout the Italian territory.

None of the European countries can afford not to take them into account, since the analysis of the aforementioned statistics has shown that, even where the use of environmental criteria is more widespread, we are still far from a scenario, in which all, i.e. 100% the procedures take into account at least one environmental variable.

And then because, even in the so-called Green Seven, although the environmental criteria are in fourth place in importance, their weight is still too low compared to the first three - price, delivery times, other quality aspects -.

Sommario

1. ACQUISTARE VERDE: UN OBBLIGO MORALE E GIURIDICO

1.1 LO SVILUPPO SOSTENIBILE: DA MODELLO DI SVILUPPO ALTERNATIVO AL MODELLO "DOMINANTE" BILE E PRINCIPIO GIURIDICO GENERALE DELL'ORDINAMENTO EUROPEO.

1.3 Il Gpp come obbligo generale

2. LA DEFINIZIONE DELLA NORMATIVA COMUNITARIA NON È SUFFICIENTE.

2.1 I dati sulla diffusione dell'uso dei criteri verdi nell'UE. I "Green seven" e gli "Altri 18"

2.2 I fattori che influenzano la diffusione del GPP.

3. IL CASO ITALIANO: UN RECEPIMENTO NON IDEALE, MA UN'ATTUAZIONE MASSIMA DEL PRINCIPIO DI INTEGRAZIONE.

3.1 Il recepimento delle Direttive europee del 2014. un recepimento tempestivo?. L'assenza di una consultazione pubblica. Un approccio "prescrittivo".

3.2 Le disposizioni di principio e di dettaglio del nuovo Codice in tema di GPP. Una corretta traspos normative contenute nelle nuove direttive. I criteri ambientali minimi

3.3 Proposte di introduzione o modifica di disposizioni normative tenuto conto dei fattori economici, politici e cognitivi.

4. LE BUONE PRATICHE AMMINISTRATIVE.

4.1 Puntando sulla qualità della pubblica amministrazione la diffusione del Gpp è possibile anche a legislazione vigente. Anche nei c.d Altri 18

1. Acquistare verde: un obbligo morale e giuridico

generale dell'ordinamento europeo.

L'obiettivo del Green New Deal approvato il 15 gennaio scorso dalla Commissione europea è quello di salvare il pianeta ed i suoi abitanti -tutti-: non solo gli uomini e gli animali, ma anche le piante e gli alberi che bruciano ad un ritmo non più sostenibile, non più accettabile.
Per farlo, è necessario innescare una crescita rispettosa dei sistemi naturali, nonché funzionale al ristabilimento di una generale condizione di equità sociale.
Non solo sembra una via praticabile, ma addirittura la via *più* praticabile.
Al tempo della Grande Crisi del 2008, infatti, è diventato evidente come la ponderazione dei principi di economicità e di sviluppo sostenibile debba inquadrarsi in un'ottica non di contrapposizione, ma di dialettica circolare.
Ciò che è diventato evidente, tanto da farci pensare ad una nudità del Re, non è soltanto che esiste un rapporto, come detto, tra povertà e degradazione ambientale. Ma anche che, soprattutto in Europa, una politica industriale intersettoriale (l'approccio di tipo "settoriale" adottato in UE ed Italia a partire dagli anni 90 non basta più) di sviluppo sostenibile può contribuire al rafforzamento del mercato interno, orientandolo in senso ecologico.

In questo senso, il tema della sostenibilità ambientale dello sviluppo[1] sempre più si pone non come una delle scelte possibili, ma piuttosto come una ineludibile necessità; la ricaduta teorica di questa presa di coscienza è decisiva, obbligata dal rapido incedere degli eventi, con effetti che si dispiegano anche in settori all'interno dei quali, soprattutto in Italia, l'attenzione per il rispetto della "stretta economicità" è stata preponderante.

Infatti, la tendenza, certo non lineare né priva di contraddizioni, è -vorrebbe essere- ormai quella di una sempre maggiore centralità dell'ambiente nelle politiche nazionali ed europee[2].

Le leve attraverso le quali è possibile raggiungere questo obiettivo giusto e ambizioso sono eterogenee, coerentemente con l'approccio intersettoriale adottato.

Al riguardo, vorrei porre l'attenzione su un punto, per certi versi "iconico", e comunque molto rappresentativo di questo tipo di approccio.

Premesso che le politiche ambientali hanno un costo, questo costo non può e non deve essere fatto ricadere sulle fasce più deboli, che già hanno pagato un prezzo troppo alto per il progressivo degrado ambientale.

Quindi, le risorse necessarie non possono essere reperite attraverso tagli ai servizi pubblici, riduzione del welfare, innalzamento delle tasse indiscriminato.

Dove trovare queste risorse?

Posto che la commessa pubblica costituisce il 16% del PIL europeo, un'implementazione dell'uso degli strumenti di contrattualistica verde e degli appalti innovativi abbatterebbe notevolmente i costi della

[1] J. Elkington, *The triple bottom line*, Oxford, 2002.

[2] , F. Lombardi, 2013, *I criteri ambientali nel diritto comunitario degli appalti pubblici*.

transizione ecologica, orientando il mercato in senso Green e/o favorendo l'elaborazione di soluzioni innovative.

I contratti verdi non sono un particolare tipo di contratti pubblici, ma l'insieme degli strumenti con cui è possibile introdurre variabili ambientali nelle varie fasi delle gare d'appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici. In questa materia, l'emersione dell'interesse ambientale -dapprima nel trattato di Amsterdam[3], successivamente negli esiti dell'attività elaborativa[4] della Commissione[5], interpretativa della CGUE[6] e infine legislativa[7] è stata lenta, non lineare, non priva di contraddizioni, ma costante.

[3] Proprio a questo Trattato si deve l'introduzione all'interno dell'ordinamento europeo del c.d. principio di integrazione. Per una più approfondita disamina delle implicazioni normative di questa operazione si rimanda a G. Rossi, Diritto dell'Ambiente, Torino, 2011, pp.30 ss.; come afferma esplicitamente G.F. Fidone in "Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti" (Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2012, p. 819) , peraltro, questa tappa costituisce un vero e proprio momento di svolta, posto che la codificazione del principio di integrazione all'interno di un Trattato, vertice ideale del sistema delle fonti del diritto europeo, comporta la configurazione di un vero e proprio obbligo, in capo agli organismi comunitari, di "*ponderare e bilanciare gli interessi ambientali integrandoli all'interno di tutte le altre politiche da perseguire*".

[4] Il documento interpretativo più importante è stato la COM (2001) 274, su "Il diritto comunitario degli appalti pubblici e la possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici", con la quale, per la prima volta, sono state individuate le fasi della procedura di gara all'interno delle quali le stazioni appaltanti avrebbero potuto operare in modo ecologicamente virtuoso; analizzando e mettendo in luce le possibilità offerte dal diritto comunitario in vigore riguardo l'integrazione delle considerazioni di carattere ambientale degli appalti pubblici.

[5] Al 2001, e precisamente al 24 gennaio, risale anche la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle regioni, che ha istituito il Sesto programma di azione per l'ambiente della Comunità europea per il periodo 2001-2010: "Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta", in cui il settore dei contratti pubblici è stato individuato come uno dei settori cardine ove declinare il principio dello sviluppo sostenibile.

[6] Il principio di "stretta economicità" è stato (quanto meno nella sua assolutezza) intaccato da alcune decisioni della Corte di giustizia, assunte proprio sulla base del già citato principio di integrazione, sancito dall'art. 6 del Trattato. Si riportano, a titolo meramente esemplificativo:

-a) sentenza Concordia Bus Finland, che interveniva su una situazione nella quale l'amministrazione del comune di Helsinky aveva favorito l'acquisto di autobus meno inquinanti e affermava che i criteri di aggiudicazione non devono necessariamente ed in via esclusiva riguardare il profilo del vantaggio economico per la stazione appaltante, ma possono anche considerare la valorizzazione di scelte funzionali a

A riprova di come a partire dal 2008 ci sia stato un decisivo cambio di prospettiva riguardo alle relazioni tra sviluppo e sostenibilità ambientale, nel 2011 è stata formulata una proposta ufficiale, preannunciata già nel contenuto della strategia 2020[8] e del Libro

limitare l'impatto ambientale della prestazione richiesta, anche se ciò dovesse oggettivamente risolversi in una restrizione della platea dei potenziali offerenti;
-b) sentenza EVN AG et Wienstrom GmbH c. Republik Osterreich, nella quale la Corte di giustizia si è poi occupata di affrontare l'ulteriore problema della misura entro la quale i criteri ambientali possono legittimamente rilevare, affermando che "*la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice adotti, nell'ambito della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per assegnare un appalto di fornitura di elettricità, un criterio di aggiudicazione che impone una fornitura di elettricità ottenuta da fonti rinnovabili, collegato ad un coefficiente del 45%, essendo al riguardo priva di pertinenza la circostanza che il detto criterio non consente necessariamente di conseguire l'obiettivo perseguito*"; c.f.r Corte di Giustizia, 6 ottobre 1970. Franz Grad contro Finanzamt Traunstein. Corte di Giustizia, sentenza del 7 febbraio 1985, C-240/83. Corte di Giustizia, 1988, Beentjies c. Netherlands. Corte di Giustizia, 1995, causa EvandMedical Eta e MacFarlan Ltd. Corte di Giustizia, 2000, Commissione c. Repubblica Francese. Corte di Giustizia, sent. 14 luglio 1998, C-389/96. Corte di giustizia, sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab Corte di giustizia, sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/01. Corte di giustizia, Sesta Sez., 4 dicembre 2003, EVN AG e Wienstrom GmbH c. Repubblica Austriaca, causa C- 448/01, in Raccolta, 2003, pp. I-14527 ss. Corte di Giustizia europea, Sez. II 3 marzo 2005-C–21703 e C - 34/03. Corte di giustizia, 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01. Corte di Giustizia, 7 ottobre 2004, C-247/02 Corte giustizia, Seconda Sez., 24 novembre 2005, ATI EAC s.r.l. e Viaggi di Maio s.n.c c. ACTV Venezia s.p.a. et al., causa C-331/04, in Raccolta, 2005, pp. I-10109 ss. Corte giustizia, Prima Sez., 24 gennaio 2008, Emm. G. Lianakis AE et al. c. Dimos Alexandroupolis et al., causa C-532/06, in Raccolta, 2008, pp. I-251 ss. Corte di Giustizia, 19 maggio 2009 C-538/07. Corte di giustizia, Grande sez., 22 dicembre 2008. Corte di Giustizia, sentenza del 23 ottobre 2011, C-510/99 Corte di giustizia seconda sez., 10 maggio 2012, Duomo Gpa Srl e altri contro Comune di Baranzate e Comune di Venegono inferiore. Corte di giustizia, sentenza 27 novembre 2012 CGUE, Pringle.

[7] per quanto riguarda quest'ultimo profilo, almeno inizialmente, soprattutto con riguardo alle direttive del 2004 ed alle normative dei singoli stati che l'hanno recepita

[8]Siamo nel marzo del 2010, nel pieno di una crisi economica senza precedenti che ha messo in luce le carenze strutturali dell'economia europea, rischiando di vanificare anni di progressi economici e sociali, che ha indotto la Commissione europea a varare, per reagire alle nuove sfide, la "*Strategia Europa 2020*"; una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" (Comunicazione della Commissione Europea n. 2020 del 03.03.2010);[61] , quelle considerate, che definiscono un approccio alla risoluzione dei problemi legati all'esplosione della crisi che punta sul superamento di una visione economicistica e guarda alla valorizzazione dello sviluppo sostenibi

verde sulla modernizzazione delle politiche UE[9], di nuove direttive di settore caratterizzate dalla volontà di valorizzare maggiormente le politiche di contrattualistica pubblica[10], facendone un uso strategico per il ri-orientamento dei consumi in senso "green"[11]. Come anticipato, la spesa pubblica costituisce una parte significativa del PIL; secondo la Commissione europea in alcuni Stati, come per esempio l'Italia, il loro valore è addirittura aumentato a partire dalla crisi finanziaria del 2008[12].

Nella medesima Strategia, ai temi, già presenti, dell'introduzione di criteri ambientali obbligatori a livello europeo e della flessibilità delle procedure[13], si aggiunge quello, in una prospettiva di riforma, dell'introduzione di nuove e più efficaci procedure innovative.

pubblica e del rapporto, per nulla conflittuale ma anzi sinergico, con la massima apertura dei mercati alla concorrenza; semmai, si potrebbe dire, la introduzione del principio della "*concorrenza ambientale*".

[9] E' del 2011 il documento organico della Commissione europea –"*Libro verde"* rubricato "*Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti* , nel contesto della Strategia 2020, esalta anche sul piano formale l'impostazione per la quale gli appalti pubblici non solo non rappresentano un ostacolo al perseguimento di obbiettivi di maggiore tutela ambientale, ma possono costituire uno strumento utile per una accelerazione nella direzione auspicata attraverso l'uso strategico della spesa pubblica.

[10] , appunto, nell'elaborazione delle proposte delle nuove direttive sugli appalti pubblici del 20 dicembre 2011, COM (2011) 896 definitivo 2011/0438 (COD), alle quali sono state affiancate, nella stessa data, anche le proposte della nuova direttiva concessioni, COM (2011) 897 definitivo 2011/043 (COD) e quella per i settori speciali COM (2011) 895.

[11] Si veda, al riguardo, Annalisa Di Giovanni, L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali, in Il Diritto dell'economia vol.31 n.95, 2018, pp.157-180. In queste pagine si evince chiaramente come il principio dello sviluppo sostenibile sia l'anello di congiunzione tra la tutela dell'ambiente e gli appalti pubblici, i quanto un'efficace tutela dell'ambiente può essere azionata spingendo il mercato a lavorare per l'ambiente, il chesignifica condurre le pubbliche amministrazioni ad acquistare "verde", ricorrendo così a strumenti di mercato per la protezione dell'ambiente.

[12] Andrea Chiarini, Alex Opoku, Emidia Vagnoni, Department of Economics and Managment University of Ferrara, UCL Univeristy College of London, 7 Guigno 2017, Journal of Cleaner Production, www.elsevier.com/locate/jclepro.

[13] G. F. Fidone, Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, p. 186,

, assieme all'efficienza, il re-orientamento del mercato in senso ecologico attraverso un uso strategico della contrattualistica pubblica. Il dibattito sulla modernizzazione del sistema e sull'introduzione di obblighi specifici a livello comunitario in materia di Gpp.

Le nuove Direttive a prima vista sembrerebbero non avere tenuto conto di queste proposte, sotto tale profilo residuando un approccio se non reazionario, quanto meno conservativo.
In realtà le cose stanno diversamente.

1) Il primo tema riguarda il mantenimento o meno del necessario collegamento dei criteri ambientali con l'oggetto del contratto da assegnare[14]. Con riguardo a questo primo punto non solo il legislatore comunitario, ma anche ancora una volta la CGUE, hanno proceduto ad una concreta declinazione da un lato e dall'altro interpretazione di tale principio più restrittiva rispetto al passato; in tal modo aprendo ad un maggiore utilizzo, nelle procedure di gara, di

Fasc. 1 – 2015: "*In primo luogo, in riferimento al tema della flessibilità delle procedure e dei relativi margini di discrezionalità per le pubbliche amministrazione, si è osservato che la materia dei contratti pubblici complessi, quali sono le concessioni di lavori e di sevizi, è caratterizzata da una forte asimmetria informativa della pubblica amministra-zione nei confronti del contraente privato, che aumenta all'aumentare della complessità dell'appalto, che spesso non consente alla stessa di orientare opportunamente le proprie preferenze. L'utilizzazione di procedure di aggiudicazione flessibili, volte ad aumentare l'informazione della pubblica amministrazione attraverso un progressivo apprendimento derivante dalla negoziazione con l'operatore privato, può ridurre tale deficit informativo dell'amministrazione e condurre a scelte efficienti. Tale soluzione appare, dunque, preferibile a quella di procedure rigide che impediscono all'amministra-zione il necessario apprendimento, prima dell'effettuazione della scelta finale*".

[14] C. Colosimo, *L'oggetto del contratto tra tutela della concorrenza e interesse pubblico*, in G.D. Composti, Le gare pubbliche: il futuro di un modello, 2011.

parametri di valutazione dei profili ambientali delle offerte in concorrenza.

2) Quanto all'ammodernamento delle procedure[15], le nuove direttive mettono a disposizione strumenti idonei a consentire la concreta attuazione dei contratti verdi, sia lungo l'asse della flessibilità che dell'innovazione.

3) L'ultimo tema riguarda la scelta di non procedere all'introduzione di criteri ambientali obbligatori a livello europeo. In realtà ben motivata; nelle stesse direttive del 2014, al considerando 39, si afferma che tale scelta non è stata ritenuta opportuna "tenuto conto delle sensibili differenze tra i singoli settori e mercati nazionali".
Da un lato appare corretta la scelta di riservare l'adozione di tali disposizioni ai singoli stati -che ovviamente mantengono questa facoltà-.

1.3 Il Gpp come obbligo generale

Se si procede ad una interpretazione delle disposizioni verdi nel senso di una loro generale obbligatorietà, tale dibattito perde in qualche modo, se non di senso, quanto meno di importanza.

Ed è proprio questo il senso che vogliamo dare al confronto dialettico tra i principi, entrambi di rango "primario", di economicità e sviluppo sostenibile.

[15] Williams M.R., *Commission proposals to modernise public procurement*, PPLR, n. 3/2012.

Questo non solo perché le nuove direttive in materia di appalti non fanno che dare concreta attuazione al documento Strategia Europa 2020 i cui obiettivi, se si volesse concludere nella facoltatività dell'suo dei contratti verdi, sarebbero altrimenti irraggiungibili, o perché i contratti verdi rappresentano già oggi uno dei presupposti indispensabili per assicurare un ri-orientamento dell'economia in senso green e tenere così fede agli impegni internazionali in materia di clima (e lo saranno ancora di più domani, quando si tratterà di ripensare -e ricostruire- le nostre Città[16]).

Il contesto normativo comunitario, a partire dall'introduzione del principio dello sviluppo sostenibile a livello dei trattati -tanto sarebbe bastato[17]-, ha definito, nelle direttive, principi e regole tali per cui i contratti pubblici sembrano dover garantire non solo il requisito del minimo impatto ambientale, ma anche una almeno tendenziale finalizzazione al miglioramento della situazione esistente, secondo gli obiettivi della citata Strategia[18] e del Green New Deal.

Anche in Italia, già da tempo risalente, ha "*iniziato a fare capolino la salvaguardia dei diritti delle future generazioni, sia in atti legislativi,*

[16] - si veda Stasburgo e Marsiglia-, e molti altri ce ne saranno sperabilmente in futuro.

[17] Sulla diretta appllicabilità dei principi europei all'interno degli ordinamenti nazionali: Domanda di pronuncia pregiudiziale: Finanzgericht München - Germania. Causa 9-70. Sentenza della Corte di Giustizia 4 dicembre 1974, causa C 4/74. Corte di giustizia, 10 Aprile 1984, Von Colson e Kalmann.

[18] *Considerando 40*" della direttiva 2014/24/UE, il quale afferma che: "*La vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta nelle fasi pertinenti della procedura di appalto, nell'applicare i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti, nell'applicare i criteri di esclusione e nell'applicare le disposizioni riguardanti le offerte anormalmente basse*" (impostazione che trova conferma nella introduzione di una clausola orizzontale sul rispetto degli obblighi ambientali in ognuna delle fasi della procedura di gara ex art 18 par.2 della direttiva 24/2014, ovvero, nel nostro diritto nazionale, nell'art. 34 del Codice dei contratti, che inserisce i criteri di sostenibilità energetica ed ambientale tra i principi comuni in materia di contratti pubblici).

che giudiziari (ad esempio nelle due sentenze della Corte Costituzionale nn. 259 e 419 del 1996)[19]*".*

Successivamente, il "principio sviluppo sostenibile" è stato inserito nell'articolo 3-quater, del d.lgs. n.152/06: "*Art.3-quater. Principio dello sviluppo sostenibile 1. Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future. 2. Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione. 3. Data la complessità delle relazioni e delle interferenze tra natura e attività umane, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinche' nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro. 4. La risoluzione delle questioni che involgono aspetti ambientali deve essere cercata e trovata nella prospettiva di garanzia dello sviluppo sostenibile, in modo da salvaguardare il corretto funzionamento e l'evoluzione degli ecosistemi naturali dalle modificazioni negative che possono essere prodotte dalle attività umane*." In generale, può ritenersi che il legislatore abbia dato "copertura normativa" al modello di tutela da tempo teorizzato in dottrina e sostenuto anche dalla più evoluta giurisprudenza.

[19] Il principio dello sviluppo sostenibile: tra politiche mondiali, diritto internazionale e Costituzioni nazionali, Marco Mancarella, giuristiambientali.it.

Anche se così non fosse stato, come affermato da Marco D'Alberti, il mancato ancoraggio positivo di un principio a livello costituzionale, a seguito del risalente passaggio da una concezione restrittiva sul rispetto dei principi imperneata sulla *regle de loi* ad una più estensiva che fa riferimento alla *regle de droit*, non impedisce di fare applicazione di un *principe sans*.

Con specifico riferimento ai contratti pubblici, lo stesso articolo 30 del Codice dei contratti pubblici fa oggi espresso riferimento alla possibilità di subordinare il principio di economicità ad esigenze ambientali, pur nel rispetto dei limiti fissati dalle norme vigenti e dallo stesso codice. Limiti estrinseci che si riferiscono al necessario rispetto delle regole di non discriminazione, tutela della concorrenza e remuneratività del contratto posto a base di gara.

D'altra parte, come anticipato, l'art. 3 comma 3 del TUE individuano lo sviluppo sostenibile come uno dei principali obiettivi di lungo periodo che l'Unione persegue. Coerentemente con questa importazione, anche l'art. 37 della Carta di Nizza afferma che "*un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile*".

In una direzione compatibile con questa prospettiva è mossa acuta dottrina[20] che ha messo in evidenza l'importanza del ricorso alla tecnica amministrativa di tutela procedimentale, efficaci già *ex ante*, quale il bilanciamento degli interessi, ma secondo un diverso approccio che costruisca la -nuova- trama dei rapporti sociali.

[20] Cfr. a cura di D. De Carolis, E. Ferrari e A. Police, *Ambiente, attività amministrativa e codificazione. Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente*, Teramo, 29-30 aprile 2005.

Tanto più che, se è vero che la collocazione dell'ambiente nell'ordinamento ha determinato la necessità di un contemperamento con altri valori ritenuti altrettanto rilevanti a livello costituzionale e spesso in conflitto tra di loro -tra tutti quello della concorrenza-, il progressivo avvicinamento di istanze individuali ed istanze sociali parallelamente alla crescita delle disuguaglianze ha generato nuove categorie che sono in grado di esorcizzare il conflitto, quale tra tutti il concetto di concorrenza ambientale: una volta che il mercato abbia raggiunto un alto grado di *compliance* ambientale, la concorrenza tra attori economici non sarà limitata alle -poche- imprese verdi, ma al contrario ne sarà arricchita. Per arrivare a questo punto, sarà indispensabile un'applicazione del principio di sviluppo sostenibile all'azione amministrativa, che spinga amministrazioni ed imprese ad orientare i loro acquisti e la loro produzione in senso green.

Pur nella consapevolezza che si sta parlando della prospettiva de *iure condendo*, nel senso che la giurisprudenza non è ancora pervenuta a tale approdo, non sembra essere del tutto insensato ritenere che una procedura concorsuale del tutto priva di riferimenti a considerazioni ambientali dovrebbe considerarsi, anche in assenza di specifiche disposizioni obbligatorie, illegittima per manifesta violazione del principio dello sviluppo sostenibile.

Insomma, vale per il principio di sviluppo sostenibile, contenuto in molte disposizioni europee e nazionali, quello che Marco D'alberti, nelle sue "Lezioni di diritto amministrativo" ha affermato con riferimento al principio di buon andamento: esso può rappresentare una "porta d'ingresso" per l'applicazione all'attività amministrativi di principi più specifici derivati quale l'eco-efficienza degli acquisti pubblici.

2. La definizione della normativa comunitaria non è sufficiente.

2.1 I dati sulla diffusione dell'uso dei criteri verdi nell'UE. I "Green seven" e gli "Altri 18"

E' sufficiente la definizione del quadro normativo a livello comunitario per garantire il raggiungimento degli obiettivi indicati, nel rispetto di una applicazione massima, o quantomeno omogenea, del principio di sviluppo sostenibile? L'esito degli approfondimenti effettuati conduce a una risposta negativa.

I dati statistici sull'applicazione delle norma in materia di Gpp in Europa[21], infatti, ci restituiscono un panorama assai disomogeneo, all'interno del quale non solo esistono differenze tra una fase ed un'altra delle procedure di gara[22] e tra gruppi di prodotti, ma anche, soprattutto, tra Stato membro e stato membro, con differenze nella percentuale di utilizzo di criteri ambientali nelle procedure di gara che oscillano tra l'80% di pochi paesi "virtuosi"(c.d Green Seven) e le percentuali inferiori al 50% degli Altri 18 -tra cui Spagna, Francia,

[21]

, insieme al Colle

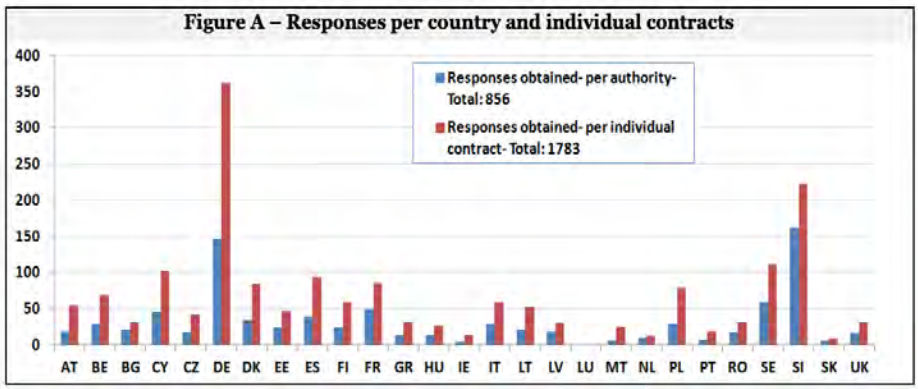
230.000 contratti per un valore di circa 117.5 miliardi di euro. Il sondaggio, pur registrando una diffusione della contrattualistica verde in Europa superiore rispetto alla media globale - certamente una buona notizia! - ha concluso nel senso del mancato raggiungimento dell'obiettivo prefissato. Dopo tre anni, come detto, è intervenuta l'approvazione delle nuove direttive, ma secondo un nuovo studio effettuato nel 2017 la situazione dell'applicazione del Gpp non è cambiata di molto, né dal punto di vista quantitativo né dal punto di vista delle differenze percentuali di ottemperanza con riguardo a: aree geografiche, prodotti, fasi della procedura di gara. IN questo senso Tesla,F; Iraldo,F;

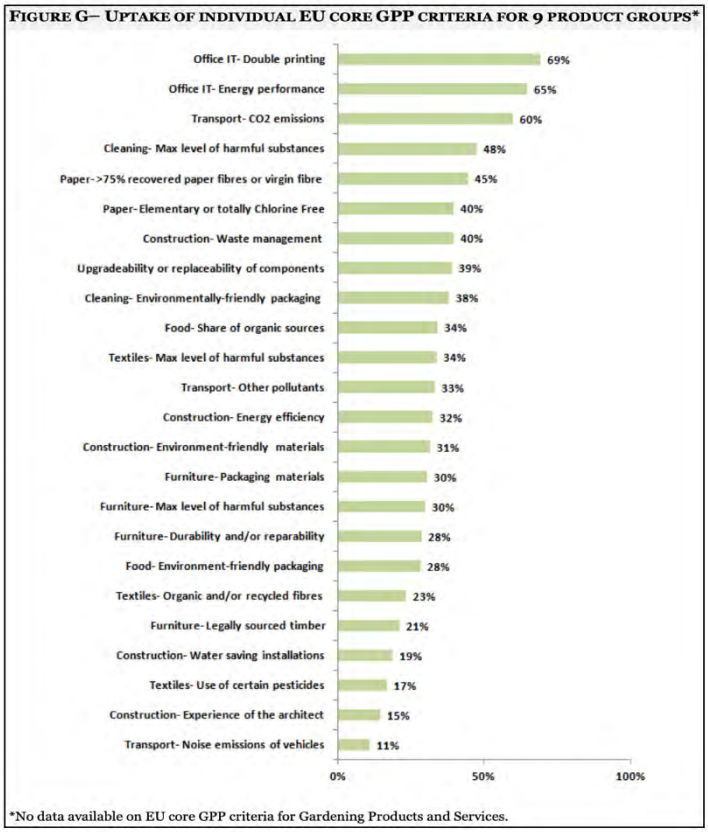
-

Bargues, Carmen Gonzalez-Cruz e Cristina Gonzalez-Gaya, International Journal of Environment, Environmental Criteria in the Spanish Public Works Procurement Process, 2017,.

[22] C. Moser, M. Essig, J. Frijdal, W. Kahlenborn, Strategic use of Public procurement in Europe, Final Report to the EC, 2011.

Italia-, all'interno dei quali pure si rintracciano però esperienze positive (ad es. la Città di Lille in Francia e la Città di Barcellona in Spagna).





Innanzitutto, pesa, e non potrebbe non pesare, il recepimento delle direttive negli ordinamenti nazionali; meglio, pesano tempo, modalità e contenuti degli atti di recepimento[23].

In particolare, da un'analisi comparata[24] emerge che elementi che hanno generato una maggior e migliore applicazione del Gpp .ma di tutta la normativa delle direttive in generale- sono: la tempestività del recepimento, l'adozione di modalità che in via preliminare hanno

[23] Un dato che è emerso dall'analisi delle modalità di trasposizione della normativa europea, risultate per molti aspetti (semplicità della normativa nel rispetto del *gold plaiting* e conseguente discrezionalità lasciata alle stazioni appaltanti e chiarezza espositiva, e tempestività nel recepimento) comuni ai Paesi con le migliori *performance* (c.d. *Green Seven*). Viceversa, alcuni dei Paesi appartenenti al novero di quelli con il livello di attuazione del Gpp più basso (c.d. Altri 18) hanno recepito la disciplina appena in tempo -in alcuni casi addirittura in ritardo- ed hanno adottato un approccio di tipo "prescrittivo", caratterizzato da una ipertrofia normativa che ha finito con il limitare la discrezionalità dell'attività amministrativa e compromettere la chiarezza espositiva dell'articolato normativo.

[24] Riferimenti comparati tratti da G. F. Fidone, Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, p. 188, Fasc. 1 – 2015. Riferimenti comparati tratti anche dal Centro studi legislativi del Senato della Repubblica; c.f.r Massimo Ricchi, Competizione tra Paesi nel recepimento delle direttive, Il Sole 24ore Edilizia e Territorio, 20 Aprile 2016; Cristoph Kronke, The German 2016 Public procurement law reform, Ius publicum network review, Forthcomune. [110] Steen Treumer, Mario Comba, Modernising Public procurement, 2018; Cristoph Kronke, Das Neue Vergaberecht Aus Verwaltungsrechtlicher Perspektive, 2016. European Commission, PRESS RELEASE DATABASE; Elz , Commissioner for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, said: *"The new rules give administrations powerful tools to obtain better value for taxpayers' money, to steer public procurement into innovative, energy and resource efficient solutions and to insist on socially inclusive approaches. They introduce additional flexibilities to conduct tenders swiftly and efficiently, making it more attractive also for SMEs. Citizens and businesses;* -

ministres, lundi 26 novembre,
code de la commande publique; Francois Lichere, Transposition of the Public Procurement Directive in France ; Public procurement, Study on administrative capacity in the EU, France Country Profilr, European Commission; PRO/CNMC/001/15, Comision national de los mercados y la competentia, Analysis of Public Procurement in Spain: opportunities for improvement from the perspective of competition, Febbraio 2015; Valcacer Fernandez, Transposition of Directive 24/2014 EU in Spain: between EU demands and national peculiarities, in Steen Treumer e Mario Comba, Modernising public procurement.

consentito un'ampia partecipazione dei soggetti -pubblici e privati- interessati, la semplicità e la chiarezza della disciplina normativa[25].

Ma non pesa solo la tempestività e la qualità del recepimento.

2.2 I fattori che influenzano la diffusione del GPP.

Incidono, e tanto, una serie di **fattori**, anche di contesto generale, che uno studio sull'applicazione del Gpp[26] ha così individuato e classificato, sulla base delle interviste effettuate presso le stazioni appaltanti di vari Paesi**:**

1) **"economici",** derivanti dalla percezione di maggiori costi connessi agli appalti verdi;
2) **politici**, consistenti nella insufficienza delle risorse organizzative apprestate e nella assenza di una adeguata promozione e agevolazione;

[25] Per uno studio più approfondito ed una esposizione di maggiore dettaglio circa il rapporto normalmente intercorrente tra modalità seguite nell'elaborazione della disciplina normativa e la diffusione del GPP si veda Xiaoli Wang, Yun Liu, Yanbing Ju, Sustainable public procurement policies on promoting scientific and technological innovation in China: comparisons with the U.S, the UK, Japan, Germany, France and South Corea, 22 Giugno 2018; Francesco Testa. Fabio Iraldo, Marco Frey, Tiberio Daddi, What factors influence the uptake of GPP practices?

[26] Francesco Testa. Fabio Iraldo, Marco Frey, Tiberio Daddi, What factors influence the uptake of GPP practices?, Sant'Anna School of Advanced Studies and Bocconi University.; Anne Rainville, Standards in green public procurement – A framework to enhance innovation, Technical University of Berlin, 18 Ottobre 2016; Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the sustainable consuption and production and sustainable industrial policy action plan; Anne Rainville, Standards in green public procurement – A framework to enhance innovation, Technical University of Berlin, 18 Ottobre 2016; C.Lacava, Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione, in Giornale di Diritto Amministrativo, pp.1141 ss; Relazione Claudio Rangone, La rilevanza strategica del sottosoglia nei settori classici e speciali; Disciplina legislativa degli affidamenti: dati applicativi e tendenze nell'Unione ed in alcuni paesi membri; Davide Musso, Colorare di verde la spesa pubblica, Altraeconomia, 2005; c.f.r dati della Commissione europea, GPP National Action Plans, Maggio 2017.

3) **cognitivi**, con riguardo allo scarso livello delle competenze ambientali connessa alla maggiore difficoltà di importare e gestire delle procedure contenenti variabili ambientali.

Quanto ai primi, tra i rimedi individuati: un aumento del finanziamento pubblico; un'implementazione dell'eco-innovazione, sulla base del fatto che le soluzioni innovative spesso sono anche meno costose; maggiore flessibilità di bilancio -posto che in realtà gli investimenti ambientali, anche con riguardo ai contratti pubblici, sono in realtà efficienti anche dal punto di vista finanziario, ma solo nel medio periodo-.
Una notazione: in realtà, proprio relativamente ai contratti pubblici, la sfida di trovare delle possibili soluzioni all'attuale normativa di finanza pubblica, molto restrittiva, che il più delle volte non riesce a tenere conto dei maggiori vantaggi conseguiti in un orizzonte temporale che non sia quello di breve –a volte brevissimo- periodo, è ancora più significativa.
Abbiamo visto, infatti, come l'uso strategico dei contratti verdi sia una possibile leva per limitare i costi della transizione ecologica dell'economia (gli ostacoli economici caratterizzano tutte le politiche verdi in generale), orientando la domanda in senso green.

Quanto agli ostacoli di ordine cognitivo, è emerso che soluzioni efficaci sono rappresentate da: una discrezionalità delle stazioni appaltanti orientata a consentire loro di dialogare con il mercato per colmare il proprio deficit di conoscenze in termini di asimmetria informativa; la crescita professionale dei centri di spesa tramite la formazione del personale; la centralizzazione degli acquisti; forme di riorganizzazioni interne ai singoli enti; un buon numero di linee guida e criteri ambientali, obbligatori e non, tarati sulle realtà territoriali di riferimento ed elaborate nel confronto con le parti interessate.

Con riguardo a possibili altri strumenti, soluzioni possono consistere: nell'assunzione di nuovo personale giovane e preparato; nell'elaborazione di un buon sistema di incentivi e pressioni che tenga conto delle performance di medio lungo periodo; in un adeguato monitoraggio e aggiornamento delle azioni intraprese.

La crescita professionale dei dipendenti pubblici[27], in particolare, appare tanto più decisiva se si considera che le maggiori difficoltà connesse alla complessità dei contratti verdi, soprattutto con riguardo agli appalti di lavori, non si registrano soltanto durante la fase di gara in senso stretto, ma anche nella fase di esecuzione dei lavori aggiudicati.

In particolare, una recente sentenza il Consiglio di Stato italiano ha ribadito un "principio di attenzione alla verifica", in fase esecutiva, del rispetto dei criteri ambientali previsti nel bando, fase esecutiva che può in certi casi rappresentare la prima sede effettiva di verifica della conformità dell'offerta alle specifiche tecniche ambientali previste nel bando.

In tal senso (Cons. st. sez. V – 18/03/2019, n.1748) è stato affermato che: "*Qualora si tratti di lavori, e non anche di servizi di progettazione, (…) risulta dunque evidente che il rispetto dei criteri in relazione alle specifiche tecniche dei componenti edilizi dovrà essere verificato in fase di esecuzione, mediante l'osservanza delle modalità e la richiesta dei documenti prescritti nel decreto e contemplati nell'ambito delle attività di verifica previste in corrispondenza di ogni criterio, come, del resto, affermato dallo stesso verificatore, per il*

[27] Si noti che la crescita della capacità amministrativa dello Stato, sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo, costituisce in generale, ben al di là del tema dei contrati verdi, la condizione necessaria, il fattore chiave rispetto al quale si misurerà la misura dell'ambizione delle nostre politiche pubbliche, nell'ottica di un allargamento dei diritti sociali e civili e della piena attuazione dello Stato di Diritto e dei Principi e Precetti Costituzionali.

quale: <nelle regole di verifica si trova sempre richiamata l'attenzione alla verifica in fase esecutiva>".

Insomma, quando gli strumenti ci sono, poi si tratta anche di attuarli, sentirli, viverli politicamente e farli rispettare.
Nessuno dei paesi europei può permettersi di non tenerne conto, perché dall'analisi delle statistiche sopracitate è emerso che, anche laddove l'utilizzo di criteri ambientali risulta più diffuso, si è comunque lontani da uno scenario, nel quale tutte, ovvero il 100% delle procedure tengano conto di almeno una variabile ambientale.
E poi perché, anche nei così detti *Green Seven*, nonostante i criteri ambientali siano al quarto posto per importanza, il loro peso è ancora troppo inferiore rispetto ai primi tre -prezzo, tempi di consegna, altri aspetti qualitativi-.

3. Il caso italiano: un recepimento non ideale, ma un'attuazione massima del principio di integrazione.

3.1 Il recepimento delle Direttive europee del 2014. un recepimento tempestivo?. L'assenza di una consultazione pubblica. Un approccio "prescrittivo".

Con specifico riferimento all'Italia, il recepimento delle direttive, almeno quello originario, è stato attuato con il decreto legislativo n.50 del 2016 (fatte salve le modifiche, per larga parte formali, del decreto correttivo n.56 del 2017 e quelle più sostanziali approvate con il d.l 32 del 2019).

Le precedenti direttive del 2004 erano state recepite con due distinti provvedimenti legislativi per servizi e forniture, entrambe con notevole ritardo rispetto al termine ultimo previsto.

Quanto meno nei tempi, essendo stato approvato il decreto del 2016 entro il termine finale previsto nella direttiva, dunque, il recepimento delle direttive del 2014 ha segnato un positivo cambio di passo. Ma qui si esauriscono le novità.

Se già la legge delega si presentava articolata e complessa, il decreto legislativo ne ha riprodotto lo schema: vero è che veniva eliminata la previsione del regolamento attuativo, sostituita però da quella di una serie di provvedimenti di attuazione di -troppo- diversa natura ed efficacia; inoltre, se l'impostazione seguita nel codice del 2006 -figlia della legge Merloni[28] del 1994, a sua volta nata sulla "scia" di "t*angentopoli* -

[29] delle stazioni appaltanti, anche il

Nuovo Codice[30]

disciplina[31]

[28] A. Botto, *Manuale sui contratti pubblici*, dispense LUISS, 2018, reperibili all'indirizzo http://docenti.luiss.it/botto/materiali-didattici/; c.f.r A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in Riv. It. Contr. Pubbl., 2015

[29] Quando il legislatore italiano emana norme ulteriori rispetto a quelle comunitarie, finisce quasi sempre col limitare –o, in certi casi, addirittura azzerare- prop

.

ste dagli articoli 18 par. 2 e 67 comma 2 delle direttive.

[30] , ad esempio, quando l'art 105 del d.lgs. 50/2016 vieta *tout court* il sub-appalto per una percentuale superiore al 30% del contratto, portata al 40% dalla Legge di conversione del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (cosiddetto sblocca-cantieri).

[31] Come abbiamo visto, la mancanza discrezionalità amministrativa rende difficile alle stazioni appaltanti di dialogare con il mercato, ove necessario, per porre rimedio all'asimmetria normativa che va a vantaggio del secondo a danno delle prime -e della collettività-.

generale contesto ordinamentale[32]. Infine, la scelta di dedicare una specifica parte del codice alle concessioni –in conseguenza della novità di una direttiva europea solo per le concessioni e che in astratto avrebbe potuto ritenersi non priva di significato- ha dato adito, nella sua attuazione, a problemi redazionali e di squilibrio normativo.

A ciò si aggiunga che il confronto con e la partecipazione dei soggetti interessati si sono esauriti nello svolgimento delle audizioni parlamentari innanzi alle commissioni competenti, mentre nella fase successiva di scrittura del decreto delegato si sono compressi nel ristretto spazio temporale assegnato alle stesse commissioni per l'espressione di un parere -obbligatorio ma non vincolante-.

Tuttavia, le disposizioni contenute nel codice[33] -di principio e di dettaglio, direttamente e indirettamente riguardanti il Gpp[34]- realizzano una attuazione massima delle singole disposizioni eurocomunitarie sui contratti verdi[35].

[32]

-

[33] G.F. Fidone, F. Mataluni, op. Cit.

[34] A. Di Giovanni, L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti; G. Lucidi, Le specifiche tecniche nei nuovi bandi, in Rivista di Diritto amministrativo, ottobre 2018; P.L. Portaluri, Pianificazione, programmazione e progettazione, in Principi di diritto amministrativo, pp. 183 ss.

[35]

1 co 1 lett. p della Legge Delega che, tra i criteri direttivi, individua la "*previsione di misure volte a garantire il risp*

contratti di concessione, facendo ricorso anche al criterio di aggiudicazione basato sui costi del ciclo di vita e stabilendo un maggiore punteggio per i beni, i lavori e i servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente". Numerose sono le disposizioni del Codice nelle quali l'indirizzo innanzi citato trova attuazione. Si pensi, a titolo meramente esemplificato, all'art. 4 e l'art 3

; Si sottolinea anche l'importanza fondamentale, nella prospettiva qui assunta, del contenuto dell'art. 30 che, sia pure con qualche preoccupazione che si esprime nel reiterato richiamo al rispetto dei limiti e dei vincoli posti da altre norme anche dello stesso Codice, espressamente afferma il superamento della "assolutezza del prin , obbligando ad una valutazione comparativa delle diverse proposte

3.2 Le disposizioni di principio e di dettaglio del nuovo Codice in tema di GPP. Una corretta trasposizione d
nelle nuove direttive. I criteri ambientali minimi

Di particolare importanza, quasi simbolica, la novità che il nuovo codice porta in tema di esclusione dalla procedura di gara, rispetto al quale, a differenza che in passato, non dovrebbero esserci dubbi in merito alla obbligatorietà del rispetto della normativa ambientale[36] da parte degli operatori economici[37].

Anche con riferimento al momento della valutazione delle offerte, il codice[38] del 2016 non si limita a prevedere che essa sia effettuata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, sociali o. appunto, ambientali connessi all'oggetto dell'appalto, ma introduce alcuni elementi di maggior favore per l'introduzione di detti elementi. Da un lato, infatti, si stabilisce espressamente, all'art 95, un ampliamente dei casi rientranti nell'ambito di tali criteri; dall'altro, nel solco dell'esperienza comunitaria, anche in questo caso per il tramite dell'interpretazione giurisprudenziale della norma, si allenta il vincolo del necessario collegamento con l'oggetto del contratto.

progettuali nella prospettiva di un effettivo bilanciamento tra interessi primari. Nella prospettiva che precede si segnala una importante sentenza, quella del Consiglio di Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, la quale stabilisce l'impugnazione immediata della clausola del bando che prevede l'aggiudicazione con il criterio del massimo ribasso.

[36] L'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 24, come si ricorderà, prescrive che gli Stati membri possono prevedere l'esclusione obbligatoria per violazione degli obblighi di natura ambientale di cui art 18 par. 2. Coerentemente con il tipo di approccio seguito nel recepimento, il legislatore italiano ha esercitato la suddetta facoltà.

[37] Nel senso della non perentorietà del termine per la presentazione dei giustificativi richiesti al concorrente la cui offerta sia sottoposta a verifica di anomalia si veda la sentenza TAR Toscana 645/2018.

[38] G. Mattioli, op. cit; si veda, sul tema.

Ne consegue che le variabili ambientali possono -debbono- ora riferirsi anche a componenti del ciclo produttivo oppure ai costi ambientali dello smaltimento a fine vita.

Di assoluto, particolare rilievo la previsione (art. 34 d.lgs. n. 50/2016) - in realtà disposizione in tal senso era già stata introdotta nel c.d. Collegato ambientale del 2015, quindi prima delle direttive- di rendere obbligatorio il rispetto dei criteri ambientali minimi delineati nel PAN GPP, nel quale confluiscono previsioni elaborate con decreto per sempre nuove categorie di prodotti, tarati sulle potenzialità economico produttive del tessuto italiano.
In tal modo si è riuscito ad un tempo ad assolutizzare un vincolo di carattere ambientale e minimizzare i rischi della fissazione di vincoli troppi stringenti e conseguenti effetti discriminatori che sarebbero potuti conseguire alla fissazione di vincoli a livello europeo.

Il maggiore problema applicativo con riferimento alla disciplina dei Cam sembra essere quello relativo ai controlli, che sono risultati piuttosto approssimativi; senza contare che non sono previste sanzioni per le –molte- stazioni appaltanti inadempienti[304].

Quanto al correttivo del 2017, ciò che è importante, e che porta in qualche modo a compimento il percorso iniziato nel 2015, è la previsione della obbligatoria applicazione dei CAM all'intero valore a base d'asta.
Con riferimento a quest'ultimo punto, si deve dare conto della registrazione, pur nel breve lasso di tempo intercorso dall'entrata in vigore della disciplina sui CAM, di significative oscillazioni giurisprudenziali, che hanno dato luogo all'emanazione di pronunce confliggenti.

La giurisprudenza maggioritaria[305] propende decisamente per la cogenza di tali criteri.

Al riguardo, occorre segnalare la sentenza del TAR Toscana, n. 64514/ 2018, che, con riguardo ad una gara relativa all'illuminazione pubblica, ha stabilito il principio secondo il quale le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di escludere i concorrenti che presentano offerte non conformi ai Cam di riferimento.

prestazione richiesta[306]. Ma al netto di queste ipotesi, nella sentenza n. 604/2018, il Consiglio di Stato ha addi , per le stazioni appaltanti, a seguito di una valutazione discrezionale del caso concreto, di applicare per analogia i Cam a categorie di forniture e/o lavori contigue a quelle specifico oggetto dei singoli Cam[307].

A questo punto non sembrano esserci dubbi sulla cogenza dei Cam riferiti alle specifiche tecniche di base. Criteri emanati peraltro con decreto, sulla base di una espressa previsione di legge.

Alcuni dubbi sono sorti nella pratica, semmai, con riguardo al tema

vantaggiosa di cui al comma 2 dell'art. 34.

Bisogna segnalare, al riguardo, un orientamento secondo il quale l'amministrazione non sarebbe vincolata a conformare la *lex specialis* di gara ai "*criteri ambientali premianti*".

Nello specifico, il Consiglio di Stato distingue tra le *specifiche tecniche di base* di cui al comma 1 dell'art 34, sicuramente obbligatorie, e *specifiche tecniche premianti,* delle quali si occupa invece il comma 2.

Secondo il giudice, nello stabilire che le seconde debbano *semplicemente essere tenute in considerazione* il legislatore "*non fissa un rapporto di rigida corrispondenza tra le stesse ed i criteri di valutazione delle offerte contenuti nella lex di gara*".

Tale orientamento non sembra tuttavia condivisibile.

minimi riguardanti le specifiche tecniche premianti si finirebbe con lo sminuire eccessivamente la portata dell' art. 34 e, con esso, anche il gen

linguaggio intercorrente tra il primo ed il secondo comma dell'

quell'atteggiamento paternalistico nei confronti d

.

Inoltre, e pare questo l'argomento dirimente, lo stesso articolo 34, al comma 3, recita che "*l'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo* , pare as

, sia nel caso disciplinato dal comma 1 che nel caso disciplinato dal comma 2 dell'art. 34.

La considerazione un po' illuministica per la quale quella della valutazione delle offerte sia una sorta di luogo elettivo per l'ingresso di considerazioni ambientali è rinvenibile anche nella scelta di maggior favore da parte del legislatore per l'utilizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sul falso presupposto di favorire in tal modo l'ingresso di considerazioni qualitative nella procedura di gara.

La conseguenza non voluta è l'appesantimento della normativa, che va a privare di discrezionalità le stazioni appaltanti, costringendole nella migliore delle ipotesi a scegliere il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche quando i criteri ambientali, per la natura dell'appalto, avrebbero ben potuto essere inseriti in altre fasi della procedura.

Insomma, per molte procedure la scelta di integrare considerazioni ambientali nelle specifiche tecniche di base è addirittura preferibile, ad esempio perché le possibili caratteristiche ambientali di un determinato prodotto siano già sufficientemente conosciute e determinabili nella definizione dell'oggetto dell'appalto.

Naturalmente, queste operazioni presuppongono, come vedremo nel prossimo paragrafo, una crescita della qualità delle pubbliche amministrazioni, che siano effettivamente in grado di conoscere la realtà nella quale operano e discernere le situazioni.

Sempre con riferimento ai Cam, non sembra essere, né avrebbe potuto essere un caso che proprio con riferimento alle fasi di gara per le quali i CAM debbano essere considerati vincolanti si sia registrata una maggiore presenza di criteri ambientali.
Questo dato ridimensiona ancora una volta la decisività del dibattito sull'introduzione di obblighi a livello europeo e pone più che altro l'attenzione, nella prospettiva de iure condendo, sulla opportunità di estendere i Cam nazionali anche ad altre fasi della procedura di gara.

recepimento ed alla tecnica di redazione dei testi, le scelte in concreto operate dal legislatore, delegante e delegato, rispetto a profili di rilievo nella prospettiva della implementazione degli "appalti

verdi"; al contempo apprezzando un certo salto di q , anche in termini di consapevolezza politico-culturale.

Premesso, quindi, che molta strada è stata fatta, resta il dato di fatto che il livello di applicazione del GPP in Italia[39], nonostante non sia ancora certamente il tempo di bilanci finali, indica che di strada da fare ce n'è ancora molta[40]. Cerchiamo di comprendere perché.

Direbbe Socrate che una legge vive nella misura in cui è rispettata e muore nella misura in cui è trasgredita; evidentemente i fattori che influenzano la concreta attuazione di leggi e principi, come abbiamo anticipato, sono anche al di fuori della legge stessa, nelle modalità di applicazione e nelle concrete pratiche messe in campo da soggetti pubblici e privati.

In questa prospettiva, sia consentito proporre alcune modifiche che si muovano lungo due Direttrici: ampliare o modificare marginalmente alcune disposizioni già presenti nel Codice ed inserire nuove previsioni che possano conciliare il superamento dei suddetti ostacoli economici, politici, cognitivi; ma, soprattutto, innalzare la qualità dell'attività amministrativa.

3.3 Proposte di introduzione o modifica di disposizioni normative tenuto conto dei fattori economici, politici e cognitivi.

[39] Dati del Consiglio Nazionale della Green Economy in collaborazione con il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare e con il Ministero dello Sviluppo Economico, Stati Generali della Green economy, 2017.

[40] *"L'indagine, infatti, rileva che gli uffici pubblici attenti all'ambiente sono ancora molto pochi. Per esempio: alla domanda 'come giudichi l'attenzione per l0ambiente nel luogo in cui lavori', oltre il 50% dei dipendenti pubblici intervistati ha risposto 'poco o per niente', il 35,5% 'sufficientemente', mentre solo poco più di 1 dipendente su 10 considera il proprio luogo di lavoro 'sostenibile'. Solo il 45,6% degli uffici è dotato di finestre a doppi vetri mentre nel 48,5% dei casi non si fa attenzione a mantenere la temperatura al di sotto dei 19-20 gradi. La sostituzione delle lampadine a incandescenza con quelle a basso consumo è avvenuto solo nel 36,4% dei casi."*

a)Il codice dei contratti prevede una riduzione del 50% dell'importo delle garanzie per la partecipazione alle procedure di gara per le imprese c.d eco-certificate, fissate dalla stazione appaltante in misura variante dall'1% al 4% del valore a base d'asta.
Si potrebbe prevedere, nell'ottica *de iure condendo*, che l'importo posto a base d'asta, con riguardo alle imprese in possesso di certificazione ambientali, non possa comunque superare il 2% del valore a base d'asta (come era già per le gare bandite dalle centrali di committenza), in maniera tale che la riduzione comporti sempre di scendere al di sotto di tale percentuale.

b)In tema di varianti verdi può e deve essere fatto un maggiore sforzo di coordinamento per superare i problemi che l'inserimento dell'autorizzazione a presentare varianti verdi può comportare, nel settore dei lavori, con riferimento alle disposizioni in materia di protezione e tutela ambientale e paesaggistica. Il tema delle varianti in offerta, sebbene assolutamente centrale – tanto più a fronte dell'accresciuto *favor*, già sottolineato, sottolineato per la valutazione della qualità delle offerte in fase di aggiudicazione – è, infatti, disciplinato solo in modo generale, non solo, come abbiamo visto, dalla direttiva, ma anche nella disciplina nazionale di adeguamento, che si limita a recepirne le disposizioni.

Bisogna dire, tuttavia, che, con riguardo ad un tema obiettivamente complesso quale quello delle varianti dell'offerta, sembra più efficace lasciare che siano le stazioni appaltanti ad adattare la disciplina alle esigenze del caso concreto.
Un discorso diverso deve essere fatto con riferimento ad alcune difficoltà specifiche, rispetto alle quali poteva essere fatto un maggior sforzo di coordinamento da parte del legislatore nazionale, che

l'inserimento dell'autorizzazione a presentare varianti "verdi" può comportare nel settore dei lavori.
La Legge Delega pareva avere intuito tali difficoltà, laddove aveva dettato il criterio-delega che richiede il coordinamento con le disposizioni in materia di protezione e tutela ambientale e paesaggistica, di valutazione degli impatti ambientali.
Si pensi ad una gara per lavori che, in quanto già progettati a livello esecutivo, hanno in precedenza avuto un favorevole screening di v.i.a. o un'autorizzazione paesaggistica.

Una possibile previsione di coordinamento, da inserire nel codice, avrebbe potuto essere quella di ipotizzare fin dalla progettazione definitiva le possibili soluzioni in variante, suscettibili di essere offerte dai concorrenti nella gara, e di acquisire anche rispetto ad esse i necessari pronunciamenti e le necessarie autorizzazioni ambientali e paesaggistica.

c)La l n. 55/2019 ha "sospeso" fino al 31.12.2020 la disciplina riguardante la concentrazione e qualificazione delle stazioni appaltanti.

, nella opzione normativa di favore per le centrali di committenza[41]

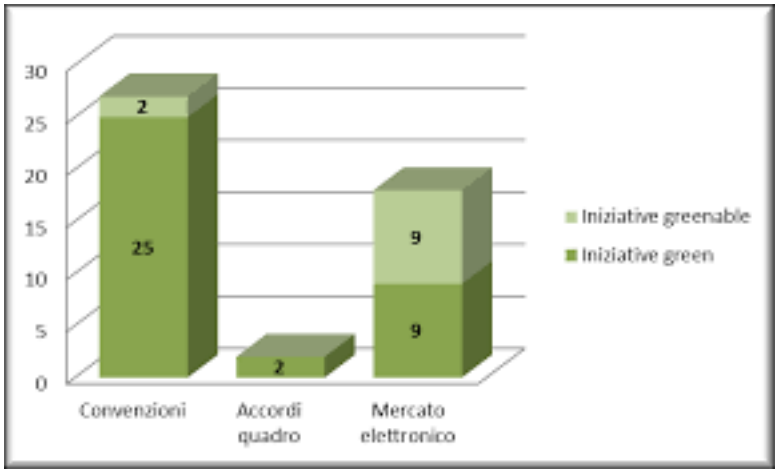
gestire procedure complesse per la conclusione di contratti il cui oggetto, soprattutto per la necessaria considerazione delle variabili ambientali, impone per un verso indirizzi e per altro verso valutazioni

[41] L. Fiorentino, Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti, in Giornale di diritto amministrativo, 2016, Volume 22, Fascicolo 4, pgg. 443-451.

che presuppongono competenze elevate. E determinando il danno ulteriore derivante dalla incertezza del "se" e del "quando" di un eventuale ritorno al passato.

Una traccia, quest'ultima, confermata dai risultati *medio tempore* raggiunti sia da parte di Consip[42] che di alcune centrali di acquisto regionali.

Tale dato emerge dall'analisi dei dati disponibili, e da una loro lettura che tenga conto del punto di partenza e degli obiettivi da raggiungere, sia a livello nazionale che nei contesti regionali di riferimento[43].



Sarebbe quindi opportuno un ritorno al regime anteriore alla l. N.55/2019

[42] D. Broggi, *Consip: il significato di un'esperienza*.
[43] L. Fiorentino, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in Giornale di diritto amministrativo, 2016.

Quanto all'introduzione di norma nuove, possibili ipotesi di riforma potrebbero riguardare, in primo luogo, misure volte al superamento dei problemi economici dovuti ai maggiori costi dei prodotti, servizi, lavori verdi,

Bisogna ricordare ancora una volta che, in realtà, gli investimenti verdi sono spesso efficienti anche dal punto di vista economico-finanziario, ma solo nel medio periodo.

L'art 21, comma 1 del Codice (Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici) prevede che: **«***1. Le amministrazioni aggiudicatrici adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti.»*

Possibili modifiche, quindi, potrebbero contemplare:

1. La modificazione del secondo periodo, stabilendo che «gli obiettivi di bilancio sono valutati in esito alla programmazione di cui al primo periodo» al fine di dare il tempo alle politiche di acquisti verdi di dare i propri frutti anche dal punto di vista economico finanziario.
2. Il contestuale allungamento della durata dei Programmi in questione, per coordinarla con quella –settennale- dei programmi di finanziamento dell'UE.

Quanto agli ostacoli di ordine politico e cognitivo, bisogna osservare che molte amministrazioni che presentano margini di crescita apprezzabili nell'attuazione del Gpp hanno elaborato forme di ri-organizzazione interna per l'individuazione di un Responsabile per gli acquisti verdi[44].

[44] Gpp in azione, *Piano di Azione triennale Gpp Arpacal*, Agenzia Regionale per la protezione ambientale Calabria, 2017.; c.f.r Regione Basilicata, Piano di Azione della regione Basilicata per gli acquisti pubblici ecologici, DGR. n.368 2017.

L'obiettivo è quello di accrescere la conoscenza ambientale dell'ente concentrando le competenze di tal genere in un unico soggetto. Evidentemente una forma di qualificazione ambientale delle stazioni appaltanti, parallela ed alternativa alla centralizzazione della committenza.

A tal uopo, sembra opportuno notare che lo stesso Codice, all'art. 31 comma 9, evidenzia già oggi la possibilità di individuare in maniera esplicita il ruolo strategico dei responsabili con *poteri di spesa: «La stazione appaltante, allo scopo di migliorare la qualità della progettazione e della programmazione complessiva, può, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e nel rispetto dei limiti previsti dalla vigente normativa, istituire una struttura stabile a supporto dei RUP, anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento*». Figure dirigenziali che, come si evince alla lettera dell'articolo, non debbono ritenersi meramente coincidenti con il responsabile del procedimento ex art. 31 primo comma.

Si potrebbe riflettere sulla opportunità di configurare tale facoltà alla stregua di un obbligo di individuazione di un Responsabile per gli acquisti verdi.

Considerato l'argomento sostanziale dell'esistenza di una connessione di competenze, dello Stato in materia di concorrenza e delle Regioni quanto all'organizzazione, questa norma dovrebbe essere probabilmente adottata previa Intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni.

Vi è, infine, il contributo che le Regioni possono dare nell'esercizio della loro competenza legislativa residuale in materia di contratti pubblici, certe volte svolgendo un vero e proprio ruolo propulsivo.

Nel caso della legge regionale della Regione Toscana, rubricata "*Acquisti verdi e procedure per gli acquisti sostenibili nelle pubbliche amministrazioni*", sul presupposto che, per assicurare

'erogazione degli incentivi regionali agli enti locali alla previsione di una percentuale di variabili verdi, prevede, all'articolo 3bis, che l'erogazione del finanziamento per azioni che prevedono lo s

subordinata alla previsione di caratteristiche ambientali, all'interno del bando predisposto, in una percentuale minima del 35 per cento.

Sempre sul piano degli incentivi volti a rendere "conveniente" l'uso degli strumenti di Gpp, andando ancora oltre, il legislatore regionale dispone che le forniture ed i servizi non ricompresi nel programma annuale ex art .29 non possono ricevere alcuna forma di finanziamento della regione.

sistema perfettamente integrato con il PAN GPP nazionale e le previsioni legislative del "nuovo" Codice. Questo nonostante la legge regionale in questione risalga al 2012.

Si consideri, *in limine*, che è giusto che tali previsioni siano adottate con legge regionale, non solo perché espressione di competenze riconducibili a quelle ex. Art 117, comma 2 della Costituzione, ma anche perché tali incentivi, per non correre il rischio di determinare semplicemente la perdita dei finanziamenti erogati o , dall'altra parte, essere troppo labili per sortire gli effetti voluti, devono essere tarate sulle potenzialità economico-produttive dell'ambito territoriale di riferimento

4. Le buone pratiche amministrative.

4.1 Puntando sulla qualità della pubblica amministrazione la diffusione del Gpp è possibile anche a legislazione vigente. Anche nei c.d Altri 18

Sia consentito, a questo punto, fare due osservazioni molto importanti:

1- Che la struttura complessiva della disciplina normativa di riferimento si pone come presupposto della buona pratica amministrativa. Presupposto necessario, ma non sufficiente. all'interno di Stati che non rientrano nel novero di quelli con le migliori performance.

2- Che sia con ferimento alla normativa che alle azioni intraprese dalle P.a, i primi grandi risultati cominceranno a vedersi solo nel medio periodo.

Con riguardo al punto 1), quanto affermato circa la sostanziale conformità della disciplina normativa sui contratti verdi con il dettato comunitario contrasta con i dati riguardanti la concreta attuazione dell'obbligo dell'integrazione delle variabili ambientali nelle procedure di gara sul territorio italiano.

struttura complessiva della disciplina normativa di riferimento si

amministrazione fanno la differenza.

In questa prospettiva, anche in Italia, si registra la presenza di espe

.

, molteplici azioni e politiche, costituenti un panorama assai frammentato, ma accomunate dal fatto di essere orientate al superamento degli ostacoli economici, politici e cognitivi più volte citati ed al concreto raggiungimento degli obiettivi posti dal Piano d'azione europeo e da quello nazionale

Mi riferisco, in particolare, ai Piani d'azione[45] adottati da alcune Regioni[46], con legge o con atto amministrativo generale, contenenti: una programmazione degli acquisti ecologici; finanziamenti per l'uso di procedure eco-innovative; fo

regionale, in un sistema di vincoli di dettaglio ma all'interno di un contesto generale di riferimento[47].

[45] Regione Lazio, *Piano d'azione per l'attuazione del Gpp per il triennio 2017/2010*, 2017; c.f.r c.f.r Regione Basilicata, Piano di Azione della regione Basilicata per gli acquisti pubblici ecologici, DGR. n.368 2017; *Piano PAPERS per il triennio 2017-2020*, Regione Sardegna, 2017.

[46] Con riguardo alle Regioni, sembrano necessarie alcune precisazioni, **s**e non altro perché, oltre a mantenere una parte di competenza legislativa in materia, esse ricoprono alcune importanti funzioni anche nell'assetto istituzionale del sistema di contrattualistica verde, con un ruolo che, negli ultimi anni, sembra essere stato valorizzato. Va in questa direzione l'istituzione del nuovo Sistema nazionale a rete per la protezione dell'ambiente. Tale costituzione è avvenuta il 28 giugno 2016 con legge dello Stato numero 132. Il sistema è divenuto operativo a partire dal 14 gennaio 2017.

[47] G. Crepaldi, *Politiche ambientali nei contratti pubblici degli enti locali*, in I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali, a cura di M. Andreis, 2011.

[48], di effettuare una programmazione degli acquisti verdi efficace, di fare sistema – con gli altri attori istituzionali, ma anche con i privati-, realizzare modelli di monitoraggio degli acquisti efficienti ed intraprendere iniziative sui territori, anche a prescindere dall'esistenza di azioni intraprese a livello regionale.

Fatte queste importanti premesse di ordine generale, sembra opportuno procedere all'analisi di un esempio pratico. Quanto agli enti non territoriali, possiamo fare riferimento, in particolare, alla politica degli acquisti verdi perseguita dall'Agenzia regionale per la protezione ambientale della Regione Calabria (ARPACAL) ed al successivo Piano d'azione triennale, adottato con Delibera del Commissario Straordinario n. 434 del 2016.

, il Piano prevede nove ambiti di intervento. Vengono tracciati, inoltre, obiettivi specifici per l'estensione degli acquisti verdi a categorie non ancora normate, l'incremento degli acquisti e forniture verdi sul totale degli acquisti e forniture e la razionalizzazione dei consumi energetici dell'Agenzia.

Inoltre, viene predisposto, in seno ad Arpacal, un Registro degli Acquisti per la creazione di un sistema di rilevazione e monitoraggio interno all'ente. *predisposizione di un documento dal quale si evinca l'importo complessivo degli acquisti effettuati in ogni categoria merceologica interessata dal Sistema Gpp*".

[48] Provincia di Cremona settore ambiente, *"Nuovo manuale GPP"*, ecosistemi srl, 2008. www.comproverde.com; *Piano di azione per gli acquisti verdi*, Provincia di Roma, delibera n.269/15 del 2009; c.f.r già cit. Gpp in azione, *Piano di Azione triennale Gpp Arpacal*, Agenzia Regionale per la protezione ambientale Calabria, 2017.

Tali dati, secondo quanto previsto dallo stesso Piano, sono infine oggetto di comunicazione agli stakeholders, nell'ottica di una "*diffusione delle buone prassi realizzate quale miglior veicolo di sensibilizzazione e promozione sul Gpp, sia interna nei confronti del personale Arpacal, sia esterna sul territorio regionale*".

necessario procedere ad una riorganizzazione interna, anche e soprattutto al fine di individuare le diverse funzioni competenti nell'ambito dell'organizzazione dell'ente stesso.

In riferimento a questo punto, la Politica Gpp Arpacal ha previsto l'istituzione di ben due figure: un Responsabile Tecnico Gpp e un Responsabile del Servizio Sistemi di gestione.
Il primo garantisce, anche attraverso il coinvolgimento di altre strutture dell'ente ed altre istituzioni, il supporto tecnico agli organi deputati ad adottare le determinazioni a contrarre.

Compete, inoltre, al referente tecnico l'elaborazione dei dati risultanti dal monitoraggio.

Per verificare risultati ottenuti in seguito alle azioni adottate bisogna fare riferimento al primo ed al secondo bilancio d
sugli acquisti verdi dopo l'

[347].

Quanto al primo bilancio, oltre agli acquisti effettuati da Arpacal sul Mercato Elettronico (MEPA), che da soli certificano un volume della spesa verde dell'Agenzia pari al 70% della spesa complessivamente

effettuata nei cinque mesi antecedenti alla rilevazione in questione, l'Arpacal ha provveduto ad integrare appositi criteri ambientali anche nelle procedure di gara per approvvigionamenti di beni e servizi tipici delle Agenzie e quindi assenti nelle linee guida del PAN GPP quali, ad esempio, la fornitura di gas tecnici di laboratorio,.

In riferimento a quest'ultima categoria di prodotti, la delibera n. 634 del 2016, infatti, ha introdotto tra i requisiti di partecipazione alla procedura il possesso di certificazione ambientale ISO 14001:2004.

Con riguardo, invece, ai dati sugli acquisti effettuati tra il 22/6/2016 ed il 22/11/2016, su una

adottati con decreto del Ministero dell'Ambiente, mentre 74.874 euro sono stati spesi per acquisti sostenibili, termine con il quale si intendono gli acquisti relativi a categorie merceologiche per le quali i CAM non esistono ancora e per le quali, comunque, l'Agenzia ha scelto di adottare specifici requisiti ambientali.

Quanto al 2017, a fonte di una spesa complessiva per beni e servizi di 2.005.
attorno al 32,4%, per un importo complessivo di euro 650.253.

Potrebbe sembrare, *prima facie,* che i benefici della pianificazione e programmazione si siano mossi in maniera indirettamente

proporzionale -e quindi progressiva-.

.

Ai fini del calcolo, infatti, sono state conteggiate esclusivamente le somme effettivamente liquidate, anche se le stesse fanno par

.

Nel corso del 2017, inoltre, il Piano ha prodotto risultati anche in riferimento agli obiettivi di responsabilizzazione del personale coinvolto nel raggiungimento degli obiettivi del piano, ed

, informazioni agli *stakeholders* e determinazione al rispetto degli obiettivi contenuti nella Politica di ARPACAL nella gestione dei procedimenti di spesa finanziati con progetti europei.

.

Quanto agli enti territoriali, la Regione Sardegna ha deciso di adottatare un nuovo Piano per il triennio 2017-2020 che si propone di raggiungere i seguenti obiettivi generali:

- - Rafforzare la politica degli acquisti sostenibili in tutto il territorio regionale sia in ambito pubblico che privato, favorendo il *mainstreaming*

  di applicazione del nuovo Codice appalti;
- - Favorire l'inserimento dei CAM negli appalti pubblici nell0amministrazione e negli enti regionali, ma anche in tutti gli altri enti pubblici;
- - Incentivare la qualificazione ambientale delle imprese.

parti interessate, nell'ambito del progetto LIFE GPPBest, iniziato all'indomani della conclusione del PAPERS 1.

di tutti i soggetti competenti.
Non abbiamo ancora dati strutturati

-

-

aggiornare obiettivi e strategie al nuovo contesto normativo risultante dalle Direttive del 2014 e dal Nuovo codice dei contratti- fanno sicuramente ben sperare.

utilizzati soprattutto in alcune categorie merceologiche, in particolare: «Gestione Rifiuti», «Servizi urbani e al territorio», «Servizi Energetici», «Elettronica», «Arredi», «Servizi di gestione degli edifici». Per queste categorie l'importo complessivo dei bandi

contenenti requisiti ambientali supera il 75% de

, esistono, categorie (in primis «Edilizia», «Ristorazione» e «Prodotti Tessili e Calzature») nelle quali i requisiti ambientali sono quasi del tutto assenti. In particolare, il settore «Edilizia», considerato il suo peso in term

nell'applicazione dei requisiti (solo due bandi su 14 contengono infatti requisiti ambientali). Nel complesso, tuttavia, i bandi di gara contenenti i criteri ambientali risultano essere il 49% (24% se si considerano solo i requisiti ambientali derivanti direttamente da CAM). La spesa associata ai bandi contenenti criteri ambientali ammonta invece al 78% del totale.

Molto sopra la media nazionale.

Anche la Provincia di Roma ha adottato il proprio Piano di azione per gli acquisti verdi con delibera di Giunta n. 269/15 del 2009, portando a compimento anche in questo caso un percorso lungo, iniziato nel 2003 con un protocollo d'Intesa tra la Provincia stessa e l'Arpa per l'avvio di un processo di Gpp.

Anche il Piano della Provincia di Roma ha dato alcuni importanti risultati, primo fra tutti il raggiungimento di tutti gli obiettivi minimi che il Piano si era posto, ed una spesa verde pari a 3.300.000 euro, pari all'85% della spesa per acquisti dei beni e dei servizi individuati dal Piano (i dati sono riferiti al 2012).

, segno di un rinnovato interesse che il tema dell'attuazione del Gpp sta suscitando, all'interno delle Istituzioni ma prima nell'opinione pubblica che evidentemente è più capace rispetto al passato di sollecitare la politica in tal senso.

In primo luogo, Regione Basilicata ha approvato il Piano di Azione della Regione Basilicata per gli acquisti pubblici ecologici (PARB) con DGR n. 368 del 2017.

La Regione Lazio, con la D.G.R 310/2017, ha approvato il proprio Piano di Azione per l'attuazione del Gpp per il triennio 2017/2020, sempre nell'ambito del progetto GPP best.

Entrambi tali Piani sono divisi in due pa

(per quanto riguarda la regione Lazio, si veda il "programma per l'ambiente 2014-2020[340]) e del "Toolkit europeo"[341].

Nella seconda parte, invece, contengono gli obiettivi e le strategie delineate in relazione al periodo di riferimento.

Per il raggiungimento degli obiettivi di "acquisti verdi", ad esempio, la Regione Lazio adotta le seguenti azioni:

- interventi di divulgazione presso le stazioni appaltanti del territorio
- , anche attraverso la realizzazione di un opuscolo sulle norme comportamentali per il risparmio di energia, acqua, carta, ecc, la riduzione dei rifiuti e la promozione dell'uso di mezzi di trasporto meno impattanti;
- servizio di diffusione informativa per gli operatori economici del territorio;
- sviluppo area dedicata al GPP sul sito regionale con una *news letter* dedicata;
- assistenza e supporto tecnico-amministrativo per gli appalti;
- predisposizione di bando e capitolati tipo per tipologie ricorrenti di appalti verdi;

- predisposizione e adozione di un logo regionale per contraddistinguere gli acquisti verdi;

- ricerca ed adozione di buone pratiche nell'ambito delle procedure per la gestione degli "acquisti verdi";
- promozione di un evento regionale a cadenza annuale dedicato al GPP.

  Tra le azioni si possono annoverare anche:
- aumento della raccolta differenziata interna alla Regione e introduzione di pratiche di recupero di prodotti invenduti ma ancora utilizzabili;
- inserimento dei criteri ecologici nella normativa e nella programmazione regionale e obbligo dell'inserimento di criteri ambientali negli acquisti di beni e servizi attuati dagli Enti Locali con l'utilizzo di Fondi regionali.

.

Possiamo dire c ' gli acquisti verdi siamo effettiovamente in presenza di un vero e proprio *percorso di attuazione del Gpp*.

Da questo punto di vista, possiamo dire che la programmazione degli acquisti rappresenta una strada alternativa alla centralizzazione della committenza pubblica per il raggiungimento del medesimo scopo: la concreta attuazione del Gpp.

Una via tanto più decisiva se si tiene conto che la disciplina sulla centralizzazione della committenza pubblica non opera con riferimento alla maggioranza dei contratti, vale a dire per tutta una

serie di categorie di beni, servizi o lavori al di sotto della soglia comunitaria.

D'altra parte, è lo stesso Consiglio di Stato, nel suo parere sul d.lgs. 50/2016, ad auspicare che, avuto riguardo ai criteri di qualificazioni fissati dal Codice per le stazioni appaltanti, declinati in dettaglio dalle linee guida dell'ANAC, le stazioni appaltanti medesime procedano all'innesco di processi di riorganizzazione interna.

Anche alcuni soggetti privati hanno dato prova di una certa inventiva istituzionale e capacità operativa, relativamente a singoli pilastri per la buona riuscita delle politiche di contrattualistica verde. Ad esempio, con riguardo al monitoraggio, i dati sull'applicazione dei Cam in Italia erano di Legambiente, un'associazione privata. Un esempio di come talvolta forme dirette di controllo sociale possano supplire alla mancanza o poca incisività dei controlli pubblici.

Questi dati si pongono evidentemente nel solco , tanto nella sua dimensione verticale quanto orizzontale[49], ma contribuiscono anche a chiudere il cerchio dell'analisi svolta, spiegando quelle risultanze statistiche sulla diffusione del Gpp in).

Una lettura positiva di tali esperienze in alcuni casi è immediata[50], mentre in altri casi è necessario un ulteriore passaggio logico che

[49] In generale, il principio di sussidiarietà attiene ai rapporti tra i diversi livelli territoriali di potere e comporta che, da un lato, lo svolgimento di funzioni pubbliche debba essere svolto al livello più vicino ai cittadini e, dall'altro, che tali funzioni vengano attratte dal livello territorialmente superiore solo laddove questo sia in grado di svolgerle meglio di quello di livello inferiore (sussidiarietà *in senso verticale*; Principio di sussidiarietà. Diritto amministrativo).

[50] , Provincia di Roma, delibera n.269/15 del 2009; c.f.r già cit. Gpp in azione, *Piano di Azione triennale Gpp Arpacal*, Agenzia Regionale per la protezione ambientale Calabria, 2017.

tenga conto del punto di partenza e degli obiettivi da raggiungere, nonché del grado di sviluppo economico-ambientale del più ampio contesto territoriale nel quale le medesime azioni inevitabilmente insistono[51].

, nella loro possibile, ed anzi auspicabile integrazione, si diffondano -anche grazie ad una loro contemplazione da parte delle amministrazioni meno "virtuose" - in maniera capillare sull'intero territorio italiano.

Con riferimento al discorso da cui eravamo partiti, quindi, il dato che ci impone di considerare la sfida della qualità della pubblica amministrazione come decisiva, oggi ancor più di ieri, è quindi riconducibile al tema generale dell'espansione dei diritti individuali e collettivi, nella prospettiva di una graduale piena realizzazione dello Stato di diritto nel solco tracciato dalla carta costituzionale.

Si tratta di un processo che solo convenzionalmente può esser collocato a valle della adozione della carta costituzionale, ma che, in realtà, trova il suo momento storico costitutivo sostanziale nella caduta degli Imperi, quando lo Stato *"smette di confinarsi nell'appagante ma ideale paradiso metastorico dello Stato di polizia"* e inizia ad evolversi secondo una graduale logica funzionalistica[52].

Al livello attuale, in particolare, il principio dello sviluppo sostenibile e della tutela ambientale ed il diritto ad un ambiente salubre -le istanze collettive e individuali, tradizionalmente inquadrate in un'ottica dualistica, si stanno dimostrando in realtà interdipendenti- rappresentano certamente in maniera emblematica la tendenza (necessità) espansiva innanzi richiamata.

[51] Regione Basilicata, Piano di Azione della regione Basilicata per gli acquisti pubblici ecologici, DGR. n.368 2017; *Piano PAPERS per il triennio 2017-2020*, Regione Sardegna, 2017.

[52] B.Sordi, Tra Weimar e Vienna: amministrazione pubblica e teoria giuridica del primo dopoguerra, pgg. 7-13.

Da un lato, i pubblici funzionari saranno necessariamente chiamati ad interpretare il diritto amministrativo ricostruendolo "dal basso" secondo un paradigma alternativo a quello tradizionale, "*affiancando e sovrapponendo al tipico binomio Stato-cittadino un complesso di rapporti e soggetti più ricco e meno fondato sulla contrapposizione*[53]", basato su un principio di sviluppo sostenibile che dovrà essere sempre più fondamentale con riguardo all'attività dell'amministrazione, e che fa venire meno la distinzione tra principi tiranni e diritti di libertà sulla quale era basato l'inquadramento dei rapporti tra tutela ambientale ed esercizio delle attività economiche.
Non è più sufficiente che la pregnanza delle istanze ambientali e del principio di sviluppo sostenibile sia riconosciuta, nella migliore delle ipotesi, *ex post*, durante la fase del controllo giurisdizionale, spesso e volentieri quando il danno è già stato fatto, con una capacità di rimediare simile a quella che ebbe la dichiarazione di nullità del processo a Giovanna D'Arco, intervenuta ormai a 20 anni dall'esecuzione della sentenza e dalla morte Pulzella D'Orlèans.

Insomma, le riforme amministrative come quella operata nel 2014 e 2016 in materia di contratti pubblici sono necessarie, ma rappresentano solo il presupposto della radicale trasformazione della concreta capacità della pubblica amministrativa di operare, come dicevamo, secondo un paradigma alternativo a quello tradizionale.
I vertici politici ed amministrativi, sia nazionali che locali, devono abbandonare la logica per la quale ogni azione debba essere rinviata all'iniziativa del legislatore, come in una sorta di "accordo al ribasso" e dimenticando di essere al vertice della pubblica amministrazione e di potere e dovere orientarne i comportamenti.

[53] S. Cassese, *La crisi dello Stato, 2002.*

In particolare, le forme di programmazione degli acquisti verdi rappresentano anche veri e propri indirizzi generali dati agli uffici per indirizzarli nel loro concreto operare. La sede nella quale dare concreta rilevanza a tali strumenti programmatori dovrebbe essere quella della misurazione e valutazione delle *performance*. Se è certo che finora, se avessimo applicato la normativa sulla performance allo stesso d.lgs. 150/2009 i risultati non sarebbero stati lusinghieri, bisogna anche dire che l'entrata in vigore della disciplina è coincisa con l'inizio di una crisi economica e finanziaria senza precedenti. La conseguenza è stata un'impossibilità *de facto* di utilizzare il sistema dei premi per orientare i comportamenti dei funzionari pubblici.

In questo senso, l'allentamento dei vincoli di bilancio potrebbe fare ben sperare per il futuro.

, Province, soggetti aggregatori, ogni singolo ente pubblico in generale e soggetti privati (imprese e cittadini).

A dimostrazione che il passaggio da una P

nuove tavole della legge, quanto la ri-costruzione di un rapporto tra tutti i soggetti che possono e devono essere al centro di questa trasformazione.

"*Cambiare la legge è molto facile, cambiare l'amministrazione è difficile. Ma se non si cambia l'amministrazione potremo cambiare tutte le leggi che vogliamo senza mai sortire gli effetti sperati*"[54].

La crisi sanitaria in atto, legata alla diffusione incontrollata del virus Civid-19 sta (ri) proponendo in maniera forte il tema della "sburocratizzazione" delle procedure per il rilancio dell'economia.
Questa giusta spinta alla semplificazione non può tradursi in un'avversione alla diffusione dei criteri ambientali, visti magari come condizionalità inutili, freno alla spesa.
In effetti, ciò non sarebbe possibile, almeno non in via unilaterale da parte del legislatore nazionale, essendo la disciplina sul Gpp, come visto, in larga parte contenuta a partire dalle direttive europee. Di conseguenza, anche se in italia dovesse prevalere la proposta, per certi versi radicale, di abrogare il codice con un recepimento *copy out* della -sola- disciplina comunitaria, la necessità di dare attuazione ai contratti verdi resterebbe immutata.
Bisogna dire inoltre che, anche se fosse possibile, sarebbe comunque una scelta contraddittoria per almeno tre ordini di motivi.
In primo luogo, abbiamo visto come la semplificazione non sia "nemica" del rispetto degli obblighi ambientali: da un lato, la chiarezza e semplicità della disciplina normativa può ingenerare una migliore applicazione della disciplina dei contratti pubblici in generale, e quindi anche dei contratti verdi in particolare; dall'altro, l'obiettivo di restituire discrezionalità alle stazioni appaltanti tramite la razionalizzazione di una disciplina considerata troppo stringente sul presupposto che ciò possa consentire un uso più efficiente delle risorse è destinata a fallire miseramente se al riconoscimento di maggiori margini di apprezzamento nello svolgimento delle attività

[54] A.Travi, Webinar Luiss "Ripresa economica e riforma dei contratti pubblici: quali problemi per quali soluzioni?, 4 Maggio 2020.

non si accompagnerò una crescita professionale dei funzionari pubblici.

In secondo luogo, se è vero che gli interventi di semplificazione del codice degli appalti sono finalizzati al rilancio dell'economia, il ri-orientamento del mercato europeo in senso ecologico può rappresentare un fattore di sviluppo economico dell'intera area euro.

Infine, la stessa crisi sanitaria è inscindibilmente legata, almeno nella dinamica delle concause che hanno determinato l'esplosione e la diffusione dell'epidemia, ad istanze di natura ambientale, dal riconoscimento che la perdita di biodiversità favorisce il "salto di specie" alla considerazione di ordine generale che un ambiente "pulito" è anche un ambiente salubre.

Bibliografia

C.Alberti, *Tutela ambientale, politica sociale e appalti: verso uno sviluppo sostenibile del mercato unico, Primi interventi interpretativi della Commissione*, in Riv. Trim. Appalti, 2002, p. 161.

Gpp in azione, *Piano di Azione triennale Gpp Arpacal*, **Agenzia Regionale per la protezione ambientale Calabria**, 2017.

Regione Basilicata, Piano di Azione della regione Basilicata per gli acquisti pubblici ecologici, DGR. n.368/2017.

G. Bellomo, *Il Green public procurement nell'ordinamento multilivello ambientale*, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2/2008, pgg 940-959.

A. Botto, *Manuale sui contratti pubblici*, dispense LUISS, 2018, reperibili all'indirizzo http://docenti.luiss.it/botto/materiali-didattici/.

D. Broggi, *Consip: il significato di un'esperienza*, pp. 128, 1ª edizione 2008.

M. Burgi, **F. Koch**; *Contracts below the threesholds and List B services from a german perspective*, in D. Dagos, R. Caranta, Outside the EU procurement Directives- Inside the Treaty?.

Cabinet Office, *Government response to the Consultation on UK transposition of new EU procurement directives*, 2015.

M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, 2007.

F. Cafagno, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente, in G.Rossi Diritto dell'ambiente,* , 2011, pp. 181 ss.

R. Caranta, **M. Trybus**, *The law of Green and Social procurements in Europe*, Copenaghen, 2010;

T. Cellura, *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici*, in Appalti e Contratti, 2017 (II edizione).

A. Chiarini, **A. Opoku**, **E. Vagnoni**, Department of Economics and Managment University of Ferrara, UCL Univeristy College of London, 7 Giugno 2017, Journal of Cleaner Production, www.elsevier.com/locate/jclepro.

M.P. Chiti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: attuazione delle direttive 2014/23/UE e 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure*

pubblici relativi a lavori, servizi e forniture- GU n.91, 19 aprile 2016, in Analisi della normativa dei contratti pubblici.

M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, 2007.

C. Colosimo, *L'oggetto del contratto tra tutela della concorrenza e interesse pubblico*, in G.D. Composti, Le gare pubbliche: il futuro di un modello, 2011, pgg. 195 ss.

M. Comba, S. Richetto; *Transposition of the 2014 Public Procurement Package in Italy: meeting the deadline without really doing so*, in S. Treumer, M.Comba, Modernising public procurement, 2017.

G. Crepaldi, *Politiche ambientali nei contratti pubblici degli enti locali*, in I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali, a cura di M. Andreis, 2011.

P. De Nictolis, R. De Nictolis, *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture, Ambito oggettivo e soggettivo- procedure di affidamento*, Le procedure di scelta dei contraenti.

R. De Nictolis, *Le procedure di affidamento*, pgg. 369-377, in Roberto Garofali e Maria Alessandra Sandulli, Il nuovo diritto degli appalti pubblici.

R. De Nictolis, *Il Codice dei contratti pubblici: la se*
, in Urbanistica e Applati, 2016.

R. De Nictolis*, Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, 2017.

A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in Il Diritto dell'economia vol.31 n.95, 2018, pp.157-180.

J. Elkington, *The triple bottom line*, Capstone Publishing, Oxford, 2002.

G.F. Fidone, *Principi e disposizioni comuni*, in M.Clarich, Commentario al codice dei contratti pubblici, Giappichelli 2010, pp. 449 ss.

G.F. Fidone, 2012, p.819, Rivista di diritto pubblico comunitario,

orientati a scelte eco-efficienti.

G.F. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive:*
, in Rivista italiana di diritto pubblico, 2012.

G.F. Fidone*, L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici, in Cambiamenti climatici e sviluppo sostenibile*, Giappichelli, 2013, pag 134.

G.F. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* –

G.F. Fidone, F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel codice dei contratti pubblici*, p. 24, in Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente, 2016.

L. Fiorentino, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in Giornale di diritto amministrativo, 2016, Volume 22, Fascicolo 4, pgg. 443-451.

, **F. Lombardi**, 2013, *I criteri ambientali nel diritto comunitario degli appalti pubblici*.

-Bargues, **Carmen Gonzalez-Cruz**, **Cristina Gonzalez-Gaya**, International Journal of Environment, *Environmental Criteria in the Spanish Public Works Procurement Process*, 2017.

M. Gracca, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei* **A. Giardetti**, *Il modello Consip. Evoluzione e funzioni della centrale di committente nazionale*, 2015.

M.S. Giannini, *Il potere discrezionale*, Milano, 1939.

Gael Giraud, *Transizione Ecologica,* Editrice Missionaria Italiana, Prima edizione: 2012. **A. Gurrieri**, *Il Green Public procurement: gli appalti verdi*, in Diritto amministrativo.

Omar Hagi Kassim*; I criteri d*
negli appalti pubblici. L'emersione dell'istituto degli "appalti verdi" nel panorama europeo e nazionale, in ItaliAppalti, 14 febbraio 2017.

C. Kronke, *The German 2016 Public procurement law reform*, Ius publicum network review, Forthcomune.

C. Lacava, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, in Giornale di Diritto Amministrativo, pp.1141 ss.

Regione Lazio, *Piano d'azione per l'attuazione del Gpp per il triennio 2017/2010*, 2017.

, *Transposition of the Public Procurement Directive in France.*

G. Lucidi, *Le specifiche tecniche nei nuovi bandi*, in Rivista di Diritto amministrativo, n. 2/2016.

M. Mariani, **L. Spagnoletti**, **E. Toma**,
contratti pubblici, 2019.

M. Mauri, **L. Carpineti**; *Il Manuale degli appalti verdi dopo il decreto correttivo (D.Lgs. 19 Aprile 2017, n.57)*, 2017.

G. Mattioli, *Gli appalti verdi: requisiti di carattere ambientale/sociale nell'affidamento e nell'esecuzione degli appalti pubblici*, Ferrara, 24 novembre 2017.

C. Moser, **M. Essig**, **J. Frijdal**, **W. Kahlenborn**, *Strategic use of Public procurement in Europe*, Final Report to the EC, 2011.

A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in Riv. It. Contr. Pubbl., 2015, 1127 ss.

C. Panetta, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, Giustamm, n. 7/2016, (5402).

A. Piras, , in Enciclopedia del diritto, XIII, Milano, 1964, 65 ss.

P.L Portaluri, *Pianificazione, programmazione e progettazione*, in Roberto Garofali-Giulia Ferrari, Le nuove frontiere degli appalti pubblici, con capitolo dedicato alle linee guida ANAC, nel diritto editore, 2016, pp. 183 ss.

Porter, **Van de Linde**, *Toward a New Conception of the environment-competitiveness relationship*, 1995.

PrincewaterhouseCooper, Significant ed Ecofys, *Collection of statistical information on GPP in the EU,* 2009.

PRO/CNMC/001/15, **Comision national de los mercados y la competentia**, *Analysis of Public Procurement in Spain: opportunities for improvement from the perspective of competition*, Febbraio 2015.

Protocollo d'Intesa tra Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare e la Conferenza delle Regioni e Province Autonome.

Protocollo di Intesa tra ANAC e Ministero dell'Ambiente, 2016.

Provincia di Cremona settore ambiente*, "Nuovo manuale GPP"*, ecosistemi srl, 2008. www.comproverde.com

A. Rainville, *Standards in green public procurement – A framework to enhance innovation*, Technical University of Berlin, 18 Ottobre 2016.

M. Ricchi*, Competizione tra Paesi nel recepimento delle direttive*, Il Sole 24ore Edilizia e Territorio, 20 Aprile 2016.

Piano di azione per gli acquisti verdi, **Provincia di Roma**, delibera n.269/15 del 2009.

G. Rossi, *Diritto dell'Ambiente*, Giappichelli, Torino, 2011, pp.30 ss.

Piano PAPERS per il triennio 2017-2020, **Regione Sardegna**, 2017.

H. Smith Freehills, *Lexology*, 20 Ottobre 2017.

B.Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, 1985, p 10-25.

M. Stanley, *Compliance, transposition and gold plating*, The UK Civil Service, Aprile 2017.

Tesla; Iraldo; **Frey**; **Daddi**, *What factors influence the uptake of GPP practices? New evidence from an italian Survey*, 2012, Crossref.

A.Travi, Webinar Luiss "Ripresa economica e riforma dei contratti pubblici: quali problemi per quali soluzioni?, 4 Maggio 2020.

EU Commission DG Environment, *The uptake of the GPP in the 27*, Brussels 29 February 2012.

V. Fernandez, Transposition of Directive 24/2014 EU in Spain: between EU demands and national peculiarities, Edward Elgar Publisher, in S. Treumer, M. Comba, Modernising public procurement, 2018.

B. Von Egelhart, *The transposition of the new EU public procurement in Germany*, Ministry for Economic Affairs and Energy.

D. Wolff e **M. Burgi**, *Scaling down the cascade: a critical analysis of the implementation of Directive 2014/23 into German public procurement law*, Edward Elger Publishing.

Williams M.R., *Commission proposals to modernise public procurement*, PPLR, n. 3/2012.

Xiaoli Wang, **Yun Liu**, **Yanbing Ju**, *Sustainable public procurement policies on promoting scientific and technological innovation in China: comparisons with the U.S, the UK, Japan, Germany, France and South Corea*, 22 Giugno 2018.

.

Giurisprudenza

CGUE

Corte di Giustizia, 6 ottobre 1970. Franz Grad contro Finanzamt Traunstein.

nchen - Germania. Causa 9-70. Sentenza della Corte di Giustizia 4 dicembre 1974, causa C 4/74.

Corte di giustizia, 10 Aprile 1984, Von Colson e Kalmann.

Corte di Giustizia, sentenza del 7 febbraio 1985, C-240/83.

.Corte di Giustizia, sent. 14 luglio 1998, C-389/96.

Corte di giustizia, sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab Corte di giustizia, sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/01.

Corte di giustizia, Sesta Sez., 4 dicembre 2003, EVN AG e Wienstrom GmbH c. Repubblica Austriaca, causa C- 448/01, in Raccolta, 2003,

pp. I-14527 ss. Corte di Giustizia europea, Sez. II 3 marzo 2005-C–21703 e C - 34/03.

Corte di giustizia, 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01.

Corte di Giustizia, 7 ottobre 2004, C-247/02;

Corte giustizia, Seconda Sez., 24 novembre 2005, ATI EAC s.r.l. e Viaggi di Maio s.n.c c. ACTV Venezia s.p.a. et al., causa C-331/04, in Raccolta, 2005, pp. I-10109 ss.

Corte giustizia, Prima Sez., 24 gennaio 2008, Emm. G. Lianakis AE et al. c. Dimos Alexandroupolis et al., causa C-532/06, in Raccolta, 2008, pp. I-251 ss.

Corte di Giustizia, 19 maggio 2009 C-538/07.

Corte di giustizia, Grande sez., 22 dicembre 2008.

Corte di Giustizia, sentenza del 23 ottobre 2011, C-510/99

Corte di giustizia seconda sez., 10 maggio 2012, Duomo Gpa Srl e altri contro Comune di Baranzate e Comune di Venegono inferiore.

Corte di giustizia, sentenza 27 novembre 2012 CGUE, Pringle.

Corte di Giustizia, sentenza n. 645 del 14 maggio 2018.

iausiasis Teismas — Lituania) — procedimento promosso da «Roche Lietuva» UAB

Corte Costituzionale

Corte Costituzionale, sentenza n. 303 del 1 ottobre 2003.

Consiglio di Stato

Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 gennaio 2008 n. 263, in Foro Amm. – CDS 2008, 1, 112.

Consiglio di Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014.

Consiglio dii Stato, 29/01/22018, n. 604.

Consiglio di Stato, sez III, 17/04/2018 n. 2317.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 8 del 21/05/20192019.

Cons. st. sez. V – 18/03/2019, n.1748.

Documenti Comunitari.

Comunicazione della Commissione Libro Verde. Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di riflessione per il futuro, 27 novembre 1996, COM (96) 583.

Comunicazione della Commissione, Gli appalti pubblici nell'Unione europea, Bruxelles 11 marzo 1998, COM (98) 143.

Comunicazione della Commissione Conciliare bisogni e respon . L'integrazione delle questioni ambientali nella politica economica, 20 settembre 2000, COM (2000) 576.

Comunicazione della Commissione Quinto programma di azione per l'ambiente (1992-1999), marzo 1992.

Comunicazione della Commissione Sesto programma d'Azione per l'Ambiente, 24 gennaio 2001, COM (2001) 31.

Comunicazione della Commissione Libro verde sulla politica integrata relativa ai prodotti, 7 febbraio 2001, COM (2001) 68.

Comunicazione della Commissione Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategie dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile, 15 maggio 2001, COM (2001) 264.

appalti pubblici, COM (2001) 274.

Communication of the Council, the Commission and the European Parliament del 2004.

Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici eco-compatibili, Commissione europea, 2005, Bruxelles.

Comunicazione della Commissione sulla Strategia "Consumo e Produzione Sostenibile" (SCP), COM (2008) 397.

Comunicazione della Commissione Appalti pubblici per un ambiente migliore COM (2008) 400.

Comunicazione della Commissione Strategia Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, 3 marzo 2010, COM (2010) 2020.

Comunicazione della Commissione Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, COM (2011) 15 del 27 gennaio 2011.

L'Atto per il mercato unico: Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia COM (2011) 206 del 13 aprile 2011.

"Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse" COM (2011) 571 COM (2011) 899.

Note tematiche del Parlamento europeo, Politiche della concorrenza, 2012.

L'Atto per il mercato unico II Insieme per una nuova crescita COM (2012) 573 del 3 ottobre 2012.

Quadro di politica climatica ed energetica orizzonte 2030, Commissione europea, 22 gennaio 2014.

Study of the European commission on administrative public procurement capacity in the EU, European Commission, 14 aprile 2016.

28/11/2018 - COM (2018) 773 - Un pianeta pulito per tutti - Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

CONSIDERAZIONI SUL SAGGIO DI RENATO FEDERICI "RIVOLTE E RIVOLUZIONI. GLI ORDINAMENTI GIURIDICI DELLO STATO E DELL'ANTI-STATO. SULLA DIFFERENZA FRA STRUTTURE E SOVRASTRUTTURE"[1]

Ph.D. Tommaso Ajello

** Il presente scritto trae origine da un intervento svolto nel corso della presentazione del saggio del prof. Renato Federici presso la Facoltà di Economia dell'Università Roma-Sapienza il 19.02.2020.*

Questo libro del professor Renato Federici per certi versi costituisce la conseguenza logica della sua precedente opera "Guerra o Diritto?", giunta alla terza edizione, che tanto successo ha riscosso sia nel pubblico che tra gli accademici. Per altri versi, ne rappresenta invece il suo antecedente, una sorta di "*prequel*", pur avendo un contenuto più ampio del precedente.

Il primo, infatti, tratta il tema dei possibili rapporti tra ordinamenti giuridici, in particolare, affrontando la questione della guerra e del diritto, come mezzi alternativi di risoluzione del-

[1] Si ringraziano i proff. Sabino Cassese e Giacinto della Cananea per i suggerimenti e l'incoraggiamento offerti durante la stesura del presente lavoro, di cui unico responsabile resta esclusivamente l'Autore.

le controversie tra ordinamenti a fini generali, quali sono anzitutto gli Stati.

Secondo von Clausewitz, *"la guerra è la prosecuzione della politica con altri mezzi". T*ale affermazione per il prof. Federici costituisce la premessa per poter sostenere che la guerra è la prosecuzione della politica con mezzi diversi da quelli giuridici. *La funzione del diritto,* secondo l'Autore*, è quella di prevenire e risolvere i conflitti: evitare cioè che si ricorra alla guerra o alla vendetta. Ne cives ad arma ruant, è questa la funzione primaria del diritto oggettivo.* Guerra e diritto, secondo Federici, sono due strumenti alternativi e contrapposti al servizio delle scelte economiche, sociali e politiche delle classi dominanti.

La guerra è espressione di oppressione e violenza: pretende di affermare la volontà propria contro la volontà altrui (interna o esterna al proprio Stato); il diritto invece è uno strumento in cui la forza ha un ruolo secondario: lo strumento giuridico cerca l'accordo o l'accettazione da parte dei destinatari (interni o esterni allo Stato) della scelta politica e/o economico-sociale.

"Rivolte e rivoluzioni", invece, si occupa di rivolte, rivoluzioni, sedizioni e di tutti quei momenti di passaggio, di c.d. "successione" da un ordinamento giuridico a fini generali, lo Stato, fra gli altri, a seguito di guerre, più in generale di atti violenti, ad altro ordinamento che, fino al momento della sua eventuale legittimazione, definisce enfaticamente come anti-Stato.

Federici intende dimostrare che *i movimenti e i partiti rivoluzionari si comportano come ordinamenti giuridici sovrani. Ordinamenti che si scagliano contro quegli stessi ordinamenti che vogliono abbattere.*

Entrambi i libri di Federici, invero, trattano il tema della risoluzione dei conflitti. Perlomeno, di quelli che non è possibile risolvere con amore o che non vengono in ogni caso risolti dall'amore. Per Federici se non c'è amore, San Tommaso e T. Hobbes avrebbero detto "giustizia" e "ragione", non ci può essere diritto o regola, giusta ed efficace o effettiva. La ragionevolezza infatti precede il diritto che, anche nella sua parte sostanziale, costituisce un canone o parametro patologico e non fisiologico delle relazioni umane come potrebbe pensarsi. Allo stesso modo, la ragionevolezza costituisce un principio che accompagna (o dovrebbe accompagnare) il diritto positivo e la sua applicazione, ovviamente insieme ai canoni di buona fede e proporzionalità.

Orbene, tema centrale dell'opera di Federici è la ricostruzione e la sistemazione dello Stato, dell'anti-Stato, delle rivoluzioni e delle rivolte, così come delle fasi intermedie di passaggio, dei riti e dei simboli che accompagnano e caratterizzano tali elementi e momenti.

Di particolare interesse, il richiamo che l'Autore fa nel trattare il tema della ribellione, della rivolta, delle rivoluzioni e dell'anelito stesso alla libertà, sotto il profilo psicologico e antropologico, ad Herbert Marcuse, "*Eros e Civiltà*", ove afferma che "non c'è libertà dall'amministrazione e dalle sue leggi, poiché esse si presentano come le ultime e definitive custodi delle libertà. La rivolta contro queste sarebbe nuovamente il crimine supremo" (pag. 127), pertanto, "ora la ribellione si presenta come il crimine contro l'insieme della società umana, e quindi al di là di ogni possibile ricompensa e redenzione" (pag. 128), cosicché "la libertà e le soddisfazioni esistenti sono legate all'esigenza del dominio, diventano esse stesse esigenze di repressione".

In tale prospettiva, il diritto di resistenza diviene pertanto il complemento e, in ultima analisi, il fondamento stesso di qualsiasi ordinamento costituzionale, esplicitato o meno che sia, come specifico diritto nelle diverse carte costituzionali.

Di tale sua natura, l'Autore è ben consapevole, cosicché il diritto di resistenza viene introiettato all'interno della sua teoria e della sua trattazione, anziché rimanere, come spesso accade nelle opere di natura o a carattere costituzionale, nel ruolo di "convitato di pietra".

Sul tema, interessante è l'affermazione (si confrontino in argomento Giulia Labriola e Francesco De Sanctis), secondo cui la questione essenzialmente può essere ridotta a: "La resistenza è il tema, il diritto… il problema".

Il libro esplora inoltre il rapporto tra diritto ed economia, ribaltandone anzi la tradizionale interpretazione marxiana. Il Federici cerca la prova di cosa realmente intenda Marx per *"strutture"* e *"sovrastrutture".*

In altre parole, *gli ordinamenti giuridici sono (il diritto oggettivo è) una struttura o una sovrastruttura?* Le chiavi di volta di questa distinzione si rinvengono, per l'Autore, nel l'opera di Marx *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte".*

Le libertà economiche in effetti sono ricondotte all'affermazione della libertà religiosa e dalla nascita e affermazione di nuove classi sociali, con la conseguente rivendicazione di diritti di libertà anche in campo economico come avvenne, ad esempio, con la rivoluzione olandese del 1365 e la "*Glorius Revolution"* in Inghilterra nel 1625. L'analisi sono più articolate di quanto non sia possibile ricavare dal dibattito sui concetti e sulle definizioni della *prospettiva*

marxista, perlomeno se ipostatizzate, di *struttura e sovrastruttura.*

Anzi, è possibile identificare momenti storici in cui una sorta di primazia possa essere invece attribuita al diritto anziché all'economia; altri in cui la dialettica tra economia e diritto sia più articolata e in così rapida evoluzione dinamica, da non consentire un rigido inquadramento o una stabile predeterminazione in una o l'altra delle categorie, per le due scienze sociali elevate a elementi fondanti e qualificanti di qualsiasi collettività organizzata.

Secondo l'opinione del prof. Federici, il diritto oggettivo ovvero gli ordinamenti giuridici appartengono alla categoria delle strutture. *Del diritto una società non può fare a meno* (mentre potrebbe fare a meno della guerra). *Senza diritti e doveri è il caos:* la guerra di tutti contro tutti (come ebbe a dire Hobbes a proposito dello Stato), secondo il noto brocardo *ubi societas ibi ius. Il diritto è dunque indispensabile; invece, non lo sarebbero le sovrastrutture.*

Queste ultime svolgono comunque un ruolo tutt'altro che secondario, nel far digerire le "storture" delle strutture medesime: ecco *allora le rievocazioni, le feste, gli inni, i canti, i dipinti e tutte le coreografie* di cui la *propaganda* si serve, per far bere *l'amaro calice offerto dalla classe dominante con le proprie scelte economiche, attuate attraverso gli strumenti giuridici.* Le sovrastrutture sono ben importanti, ma altro rispetto all'economia e al diritto.

In effetti, non appare verosimile relegare il diritto nell'ambito di mera sovrastruttura, di fondamenta "strutturate" sulla sola economia. Basti pensare al ruolo del diritto nel distribuire e redistribuire la ricchezza.

L'impostazione generale dell'opera di Renato Federici risulta peraltro corretta, ben fondata sul piano della teoria generale, ampiamente argomentata, condotta con sapiente e raffinata capacità narrativa.

Federici si avvale ampiamente, allo scopo, della teoria della "pluralità degli ordinamenti giuridici". In tale ottica, risultano peraltro appropriati e accattivanti il tradizionale accostamento e la distinzione operata, nell'ambito teorico, fra Santi Romano e Maurice Hauriou.

L'Autore limita però l'uso della teoria sulla pluralità degli ordinamenti giuridici solo al diritto pubblico, quale indice rivelatore di aspetti patologici o comunque di passaggi non desiderabili che investono l'ordinamento giuridico dello Stato, genericamente inteso come ente territoriale a fini tendenzialmente generali. Più in generale, la stratificazione sociale, culturale, politico e religiosa, ancor prima che giuridica, cui sono informate le collettività organizzate, viene vista dall'Autore come elemento problematico più che come un dato di realtà, necessario e necessitato.

Di particolare interesse nel libro, si rivela essere l'espediente dell'Autore di utilizzare fatti e avvenimenti storici, realmente accaduti, come "terreno" ove sperimentare e applicare la propria teoria, nonché insieme elementi del percorso logico-argomentativo della sua validità, ai fini di un'interessante opera di qualificazione e decodificazione dei dati storici e del reale.

Il mancato riferimento da parte di Federici alla valenza generale che la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici spiega, lo si riscontra in negativo, però, sia nella capacità di disvelare e disciplinare i rapporti nell'ambito della società civile; in positivo, nel valorizzare le varie formazioni sociali in cui si

sviluppa la personalità dell'individuo, tramite cui anzi questo si fa persona, secondo la nota intuizione o, meglio, trasposizione nel mondo del diritto, da parte di Giuseppe Guarino, della teoria secondo cui è l'uomo stesso a divenire quando non a essere, di per sé stesso, un'istituzione, così come lo sarebbero ad esempio, le organizzazioni criminali ed il linguaggio stesso.

Appare, specie oggi, evidente la capacità delle diverse formazioni sociali di radicare l'ordinamento giuridico nella società, contribuendo alla sua stabilità o stabilizzazione, pur se estranee, direttamente o indirettamente, al circuito della rappresentanza politica o, in ultima analisi, esterne ai pubblici poteri in generale.

Ne costituiscono una sorta di epifenomeno i conflitti di lealtà dell'individuo, in virtù e come conseguenza dei suoi molteplici *status*. Tale aspetto teorico viene certo solo accennato o comunque sottinteso nel libro, accanto a quelli più sperimentati del contrasto e del conflitto, anche dei diritti e degli interessi, fra gli altri.

Parallelamente alla funzione del diritto di resistenza nel sistema costituzionale, in economia, difronte all'incompletezza delle teorie economiche e dei modelli economici, sia pur generali, insieme alle c.d. "*asimmetrie informative*" che investono anche il sistema economico generale (come evidenzia Maurizio Franzini), si pongono e vengono in soccorso i due principi di incompletezza di Gödel, nella versione accettata da von Neumann (v., al riguardo, P. Odifreddi, Il Dio della Logica, Longanesi, 2019, spec. pp. 114-122), a chiusura e fondamento stesso del sistema economico nella sua teorizzazione e nel suo funzionamento concreto ed effettivo. Paradigmatico il caso dei c.d. *Big data,* con i conseguenti pericoli per le libertà individuali e

collettive nell'orientare o strutturare, finanche, i bisogni e le preferenze individuali e collettive.

L'episodio attribuito a Franklyn Delano Roosvelt, citato dal Professor Franzini, relativo alla nomina di un giudice della Corte Suprema Federale, durante il suo mandato presidenziale, per influire sulla decisione di una questione a questa rimessa, ben qualificato da Federici e, correttamente inquadrato, come uso del potere per modificare e distorcere o, comunque, imprimere una particolare direzione o un esito ad un caso specifico, rappresenta in effetti un esempio magistrale di quello che Max Ascoli, ne "L'interpretazione delle leggi", intendeva con l'affermare che *la regola si forma laddove la norma viene violata.*

Ascoli scrive tale opera negli stessi anni in cui Santi Romano scrive "L'ordinamento giuridico", 1917/1918 - 1927/1928, entrambi espressione di quella concezione antiformalistica del diritto, sono forse il migliore esempio di come si possa esercitare il diritto di resistenza pur costituendo parte istituzionale e/o ideologica essenziale di uno Stato e, in ultima analisi, di un ordinamento giuridico, così come loro fecero nello Stato fascista, teorizzando il germe della negazione della sua pretesa totalizzante.

In conclusione, l'operazione di ricostruzione e decodificazione della realtà storica, nelle fasi di passaggio dall'ordinamento dello Stato a quella dell'anti-Stato, che ambisce a farsi Stato a sua volta, compiuta dall'Autore, così come la sua teoria che è generale, partendo dalla risposta all'interrogativo primo "*quid ius?*", risulta solidamente fondata e abilmente condotta. Si vorrebbe quasi che l'Autore ci aiutasse a qualificare o a decodificare anche altri accadimenti storici recenti alla luce della sua teorizzazione.

Bibliografia Ragionata

Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, indispensabile il riferimento per l'Italia a, S. Romano, *L'ordinamento giuridico,* Sansoni, Firenze, 1918 e Max Ascoli, *L'interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto,* Giuffrè, Milano, 1991; citati nel testo; nonchè, M. S. Giannini, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici,* ora in Id., *Scritti*, III, Milano, Giuffrè, 2003, con particolare riguardo pp. 404-408. Per la Francia e la Germania, si vedano, M. Hauriou, *Principe de droit public,* Paris, 1916, pp. 41 ss., citato nel testo, nonché, O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* I, Leipzig, 1895, pp. 119-120; L. Duguit, *Il diritto e lo Stato. La dottrina francese e quella tedesca,* Rubettino, Milano, 2014. Più di recente, interessante l'*istant book* di G. Guarino, *L'uomo-istituzione,* Laterza, Roma-Bari, 2005 nonché il coevo saggio, *Riflessioni sulle istituzioni economiche e su una teoria delle istituzioni,* in V. Atripaldi, (a cura di), *Per una "Teoria delle istituzioni" tra Diritto ed Economia,* Diritto e Cultura, Napoli, 2004, ove viene sviluppata la teoria sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, in chiave antropologica e applicata all'economia per individuare i punti c.d. di resistenza, sui quali agire per imprimere una determinata direzione al cambiamento.

Sui fondamenti filosofici alla base dei modelli di ordinamento giuridico a fini generali, si vedano, per tutti, Sant'Agostino, *La Città di Dio,* Mondadori, Milano, 2015; San Tommaso d'Aquino, *Somma Teologica*, ESD, Bologna, 2014; N. Machiavelli, I*l Principe*, Einaudi, Torino, 1972; T. Hobbes, *Il Le-*

viatano, Rizzoli, Milano, 2011; J. Locke, *Secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile,* Rizzoli, Milano, 1998; J. Rousseau, I*l contratto sociale*, Bompiani, Milano, 2012; F. M. A. Voltaire, Candido, ovvero l'ottimismo - Trattato sulla tolleranza, Demetra, Milano, 2013; più di recente, G. Carcaterra, *Dal giurista al filosofo,* Giappichelli, Torino, 2007; R. Miccú, *Le finzioni nel diritto pubblico. Percorsi Teorici,* I, Roma, 1996.

Sul rilievo e sul significato costituzionale della persona nella Costituzione italiana, si veda, per tutti, l'ordine del giorno presentato il 9 settembre 1946 da G. Dossetti, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Roma, 1976, VI, 323-324, in cui si afferma esservi una precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella". Sul ruolo dell'individuo e l'importanza delle sue scelte e preferenze, fondamentale, infine, A. Smith, *Teoria dei sentimenti morali,* Rizzoli, Milano, 2001.

Con particolare riguardo, alla teoria generale, quale possibile sintesi tra Stato di diritto liberale e Stato Sociale, cfr. H. Kelsen, *General theory of law and State*, Harvard, 1945 *(Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Cremona, 1952), spec. p. 292; V., C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928 (trad. it. a cura di A. Caracciolo, *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, spec. pp. 218-227; E. Forsthoff, *Rechtstaat im Wandel*, Stuttgard, Kohlhammer, 1964, (*Stato di diritto in trasformazione*, trad. it. di L.

Riegert e C. Amirante, Milano, Giuffrè, 1973), p. 66, che propende per la via indiretta del potere fiscale" quale strumento per la realizzazione dei diritti sociali, che per la sua efficacia, a lungo andare non è inferiore alle altre forme di determinazione della struttura sociale". Si veda, inoltre, sull'analisi dell'esperienza weimariana, O. Kirchheimer, *Costituzione senza Sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, introduzione a cura di A. Bolaffi, Bari, Laterza,1982, spec. 45-83. Per l'Italia, M. Fioravanti, Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione, in ID. (a cura di), Il Valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana, Roma-Bari, Laterza, 2009; M. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Bologna, Il Mulino, 1977.

Più in generale, si vedano N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 2009; più di recente, Id., *L'età dei diritti,* Einaudi, Torino, 1990; nonché F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto,* Soc. Ed. For. It., Roma, 1951. V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952.

Sulla funzione del diritto, R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, (trad. it. M.G. Losano, a cura di, *Der Zweck im Recht)*, Torino, Einaudi, 1972; sulla c.d. *Wesensgehaltgarantie* ex art. 19, *abs.* 2, G.G, si veda, P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, (a cura di P. Ridola), Roma, Nis, 1993. Infine, R. von Savigny, *Lo spirito del diritto romano*; Hart, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite,* Torino, Einaudi, 1992.

Sui principî del diritto amministrativo, si vedano per tutti S. Romano, *Principii del diritto amministrativo*… nonché A. M. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa,* Cedam, Milano, 1998; per il diritto europeo, cfr. per tutti, A. M. Sandulli, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo,* Franco Angeli, Milano, 2018; nonché *G*. della Cananea, *L'Unione Europea. Un ordinamento composito,* Laterza, Bari-Roma, 2003; G. della Cananea - C. Franchini, *Principi dell'amministrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2013; nonché, G. Della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, Il Mulino, 2009, spec. pp. 186-195, ritiene la *procedural due process of law clause,* come il più importante principio generale accolto e riconosciuto nel diritto globale.

Sul ruolo pretorio del giudice amministrativo in Italia, si veda innanzitutto S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo,* Garzanti, Milano, 2005, nonché più di recente, Id., (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo,* Milano Giuffrè, 2013. Infine, utile G. Pasquini - A. Sandulli, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato,* Giuffrè, Milano, 2001.

Sui conflitti di lealtà e i rapporti con i molteplici status dell'individuo, sia consentito rinviare a T. Ajello, *Autonomia privata versus poteri privati nella pluralità degli ordinamenti giuridici,* Jovene, 2012, II, pp. 783 ss.; sui conflitti di lealtà, in generale, P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998; C. M. Bianca, *Le autorità private,* Jovene, Napoli, 1977; interessante sull'argomento il saggio di P. Sassi, "*Più che 'l parlamentar potè la Corte": indicazioni e nuovo invito del giudice costituzionale al legislatore per la riforma della legge*

sull'obiezione di coscienza al servizio militare (sentt. nn. 343 e 358 del 1993), in Foro It., 1994, I, pp. 347 ss., in tema di obiezione di coscienza.

La citazione nel testo sul diritto di resistenza è di G. M. Labriola, *Diritto di resistenza e dovere di resistenza,* in Dir. e cultu., 2005, pp. 243 ss.

Sul rapporto tra economia e diritto, oltreché contesto sociale, la letteratura è sterminata. Basilari rimangono, a distanza di tempo, J. Stuart Mill, *Sulla libertà,* Il saggiatore, Milano, 2006; K. Marx, Il *capitale*, Newton Compton, Roma, 2006; nonchè, in particolare, Id., *Il 18 Brumaio di Napoleone Bonaparte,* Editori Riuniti, Roma, 2015; M. Weber, *Economia e Società,* Edizioni di Comunità, Milano, 1961; C. Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, nonché Id., *Le fonti della conoscenza e dell'ignoranza,* Bologna, Il Mulino, 2000; L. von Mises, *Lo Stato onnipotente,* Rusconi, 1995; nonché Id., *Burocrazia,* Rusconi, Milano, 1991; F.A. V. Hayek, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata,* Il Saggiatore, Milano-Roma, 2000; nonché Id., *Liberalismo,* Ideazione, Roma, 1997; del resto, lo stesso Hayek, *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944, pp. 80-81 (trad. it.) *La via della schiavitù*, Milano, Rusconi, 1995, afferma che la questione se lo stato debba o non debba agire o interferire pone un'alternativa tutto sommato falsa, e il termine *laissez-faire* è una descrizione estremamente ambigua e ingannevole dei principi sui quali si basa una politica liberale"; J. M. Keynes, *Teoria generale del capitale e della moneta.* l'Italia, si veda, B. Leoni, *La libertà e la legge*, Il Saggiatore, Milano-Roma, 2005, (*traduz. it. a cura*

di M. C. Piegatolo, Freedom and the law); G. Guarino, *Riflessioni sulle istituzioni economiche e su una teoria delle istituzioni,* in V. Atripaldi, (a cura di), *Per una "Teoria delle istituzioni" tra Diritto ed Economia,* Diritto e Cultura, Napoli, 2004.

Sulle implicazioni finanziarie ed economiche della garanzia dei diritti fondamentali, necessario il riferimento a, S. Holmes - C.R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse,* Bologna, Il Mulino, 2000; nonché R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, trad. it., Bologna, 2010. Sia consentito, *ex multis*, rinviare a T. Ajello, *Analisi istituzionale, società e dinamismo*, in Foro Europa, 2007; nonché Id., I*ntervento. Tutela dei diritti fondamentali. Organizzazione e funzionamento dei pubblici poteri*, in F. Angelini - M. Benvenuti, I*l diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Jovene, Napoli, 2013; nonché infine Id., *Dalla natura programmatica dei diritti sociali alla relativizzazione dei diritti fondamentali tout court,* in AA. VV., *Studi in onore di Claudio Rossano,* Jovene, Napoli, 2013.

Sulla disciplina pubblica dell'attività economica privata, ci si limita ad alcuni riferimenti di carattere generale: S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2013; ID., *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991, pp. 384 ss.; G. Amato, *Il mercato nella costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, pp. 7 ss.; M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983; A. Giuliani, *Giustizia e ordine economico*, Giuffrè, Milano, 1997; N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2004; R. Miccú, *«Economia e Costituzione»*, in *Quaderni del pluralismo*, 1996, pp. 243 ss.; G. Majone e A. La Spina, *Lo Stato regolato-*

re, Il Mulino, Bologna, 2000; M.G. Della Scala, *Le società legali pubbliche*, in *Diritto amministrativo*, 2005, pp. 393 ss.; nonché Id., Lo Stato imprenditore, Jovene, Napoli, 2012; M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008.

Sul concetto di "giustizia", utile per tutti il riferimento ad A. Sen, *L'idea di giustizia,* Mondadori, Milano, 2010. .

Mentre, per il passaggio traumatico da un ordinamento a fini generali ad un altro, fondamentale risulta essere sempre, A. de Tocqueville, *L'antico regime e la rivoluzione,* Rizzoli, Milano, 2019.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

L'ESTENSIONE DEI CANONI ERMENEUTICI CIVILISTICI ALL'INTERPRETAZIONE DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI (CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AI BANDI DI GARA)

ANDREA CONZUTTI*

Sommario: 1. Cenni introduttivi al problema dell'interpretazione degli atti amministrativi – 2. La prevalenza del criterio letterale nella giurisprudenza amministrativa – 3. L' applicabilità degli altri criteri interpretativi dettati dal Codice civile – 4. Il divieto di analogia nei capitolati di gara

Abstract: La questione dell'interpretazione degli atti amministrativi, è stata oggetto, a causa dell'assenza di una disciplina positiva applicabile, di un ampio e risalente dibattito dottrinale caratterizzato da notevoli ricadute applicative. Nel presente contributo si evidenzia, alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali, l'ormai pacifica estendibilità, anche agli atti delle Pubbliche Amministrazioni, dei canoni ermeneutici dettati dal Codice civile per i contratti. In particolare, l'analisi si concentra sulle pronunce del Consiglio di Stato che da un lato hanno sancito l'assoluta preminenza del criterio

letterale, ammettendo la ricerca dell'effettiva volontà dell'amministrazione solamente quale *extrema ratio* e dall'altro hanno escluso il ricorso all'analogia nell'interpretazione dei bandi di gara.

*Laureando in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Trieste

1. Cenni introduttivi al problema dell'interpretazione degli atti amministrativi

L'attività interpretativa costituisce un aspetto indubbiamente centrale in tutti i settori giuridici, tuttavia nel diritto amministrativo l'individuazione delle regole ermeneutiche applicabili rappresenta, da sempre, un'annosa e complessa questione, attesa l'assenza di norme interpretative generali, previste, invece, tanto per la legge, *rectius* per gli atti normativi, quanto per gli atti negoziali.

Già M. S. Giannini, in una delle sue prime opere[1], sulla base di una tesi successivamente fatta propria dalla maggior parte dei giusamministrativisti, ha sostenuto che, nel silenzio del legislatore[2], i criteri interpretativi dettati per i contratti privatistici potrebbero essere utilizzati altresì per l'interpretazione degli atti emanati dalle pubbliche amministrazioni. L'estensione di tali regole anche al diritto amministrativo, secondo l'illustre Autore, sarebbe giustificata dalla presenza nel Codice civile[3] di principi comuni all'interpretazione di tutti gli atti giuridici.

[1] M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939.
[2] L'autore auspicava, infatti, un intervento legislativo chiarificatore.
[3] Si fa riferimento al Codice Civile del 1865.

2. La prevalenza del criterio letterale nella giurisprudenza amministrativa

La giurisprudenza amministrativa[4], facendo propri gli insegnamenti della dottrina prevalente, ha consolidato un orientamento favorevole all'estensione agli atti amministrativi dei paradigmi ermeneutici concernenti gli accordi di diritto privato, in quanto compatibili. In tale ottica il Consiglio di Stato, con sentenza 24 settembre 2019, n. 6378, ha, da ultimo, sancito che, in mancanza di disposizioni specifiche[5], l'interpretazione degli atti amministrativi soggiace alle previsioni del Codice civile in tema di interpretazione dei contratti, tenuto conto, però, dei necessari adattamenti derivanti dalla diversità ontologica tra un contratto, espressione di autonomia negoziale e un atto amministrativo, manifestazione di un pubblico potere.

Peraltro, gli artt. 1362–1365 del Codice civile, nello stabilire le regole di interpretazione soggettiva, riconoscono rilievo primario all'individuazione dell'effettiva volontà delle parti[6]. Nel diritto amministrativo, invece, e specialmente nel settore dei contratti pubblici in cui occorre assicurare il rispetto del principio di parità di trattamento nonché di libera concorrenza, assume un ruolo essenziale

[4] Sulla scorta di quanto già stabilito da due risalenti pronunce della Corte di cassazione n. 2686 del 7 dicembre 1942 e n. 490 del 22 febbraio 1954.

[5] Da questo punto di vista, si deve segnalare che la legge generale sul procedimento amministrativo non prevede alcuna regola interpretativa degli atti amministrativi, ad eccezione di quanto disposto in merito al silenzio.

[6] A tal proposito, l'art. 1362 c.c. "Intenzione dei contraenti" prescrive che: "Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto.".

il criterio letterale[7], ossia quello aderente al significato proprio delle parole impiegate. La preminenza di tale criterio, infatti, si giustifica in ragione della presenza, nell'atto amministrativo, di un carattere che lo differenzia profondamente da un contratto, ossia l'unilateralità[8]. Per questo motivo, solamente quale *extrema ratio*, nella denegata ipotesi in cui il testo dell'atto amministrativo non risulti chiaro[9] e persistano lacune ovvero espressioni plurivoche, è ammessa la ricerca dell'effettiva volontà dell'amministrazione e delle finalità perseguite con l'adozione dell'atto in questione, anche attraverso una valutazione del comportamento tenuto dalla Pubblica Amministrazione.

Si assiste, dunque, a un evidente mutamento nella gerarchia dei criteri ermeneutici degli atti amministrativi, e in particolare della c.d. *lex specialis di gara,* rispetto a quanto previsto nel diritto privato[10], poiché viene maggiormente valorizzata l'interpretazione letterale, che prevale su quella teleologica, finendo in tal guisa per accostare implicitamente le regole interpretative degli atti amministrativi non tanto a quelle dettate per i contratti, bensì all'art. 12[11], comma 1, delle preleggi, dedicato all'interpretazione della legge. In questo modo la giurisprudenza amministrativa, benché sia ferma nel riconoscere l'applicabilità dei criteri interpretativi civilistici in *subiecta materia*, parrebbe, in realtà, riconoscere l'esistenza di un principio generale, in base al quale il criterio di interpretazione

[7] Benché, spesso, la giurisprudenza affermi che dal testo del provvedimento è possibile desumere l'*intentio* della Pubblica Amministrazione.

[8] Così L. MACCARRONE, *L'azione amministrativa e il principio della interpretatio contra stipulatorem*, in Giur. it., 2002, 7 (nota a sentenza).

[9] Cfr., tra gli altri, Cons. Stato, sez. VI, 16 giugno 2016, n. 2652.

[10] Cfr. M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2017.

[11] Art. 12, comma 1, Preleggi "Interpretazione della legge": Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

letterale dovrebbe preferirsi tanto nell'interpretazione degli atti normativi, quanto di quelli amministrativi.

Allontanandosi poi dagli atti amministrativi che, benché sovente adottati a seguito di procedimenti partecipati dai privati interessati, si configurano quali atti giuridici unilaterali, e passando, piuttosto, all'interpretazione dei contratti della Pubblica Amministrazione, è necessario tenere conto di alcuni adattamenti, considerata la loro caratteristica di atti evidentemente bilaterali. In tale ottica, all'interpretazione letterale, che rimane pur sempre centrale, si deve necessariamente affiancare un'indagine sulla comune volontà delle parti, cristallizzata nelle varie clausole e desumibile dal comportamento complessivo delle stesse, anche successivo alla conclusione del contratto, secondo il disposto dell'art. 1362 c.c.[12]

3. L' applicabilità degli altri criteri interpretativi dettati dal Codice civile

La giurisprudenza amministrativa è concorde nell'ammettere l'estendibilità agli atti amministrativi degli ulteriori criteri interpretativi previsti dal Codice civile agli artt. 1363-1371, con la sola esclusione dell'art. 1368 c.c.

Trovano certamente applicazione: la regola dell'interpretazione c.d. sistematica[13], ai sensi dell'art. 1363 c.c., per cui occorre tenere conto del rapporto tra le premesse e il dispositivo, il dettato dell'art. 1364 c.c., secondo cui "Per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto, questo non comprende che gli oggetti sui quali le parti

[12] Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 2327/2018.

[13] Art. 1363 c.c. "Interpretazione complessiva delle clausole": Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto.

si sono proposte di contrattare", nonché l'art. 1365 c.c.[14], il quale riconosce la possibilità di interpretare l'atto amministrativo in modo da estendere il precetto in esso contenuto alle ipotesi che, ancorché non espressamente menzionate, siano ciononostante ragionevolmente assimilabili a quelle effettivamente indicate.

Importanza centrale riveste, anche, l'interpretazione di buona fede, *ex* art. 1366 c.c., secondo cui gli effetti degli atti amministrativi devono essere determinati esclusivamente sulla base di ciò che il destinatario può ragionevolmente attendersi dal testo del provvedimento[15], in ossequio al principio di affidamento e ai precetti costituzionali di buon andamento e imparzialità, che impongono alle Pubbliche Amministrazioni di operare in modo chiaro, fornendo ai cittadini regole certe, specialmente qualora dalle stesse possano derivare degli effetti negativi. Il criterio di buona fede, infatti, costituisce un principio generale dell'ordinamento giuridico e di conseguenza non esime[16] la Pubblica Amministrazione dall'obbligo di correttezza nei rapporti con i cittadini, il cui affidamento, eventualmente ingenerato, deve essere necessariamente tutelato[17].

[14] Art. 1365 c.c. "Indicazioni esemplificative" : quando in un contratto si è espresso un caso al fine di spiegare un patto, non si presumono esclusi i casi non espressi, ai quali, secondo ragione, può estendersi lo stesso patto.

[15] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, V, 13 gennaio 2014 n. 72, secondo cui "l'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compreso il bando "de quo", soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 e ss. c.c. per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, perché gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla P.A. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative".

[16] Come, invece, si era ritenuto in passato soprattutto perché si tendeva a limitare l'applicazione del principio di buona fede ai soli rapporti bilaterali, escludendo, dunque, ogni attività della Pubblica Amministrazione che si manifestasse attraverso atti unilaterali.

[17] Senza imporre all'amministrato articolate indagini ermeneutiche.

Un altro essenziale precetto interpretativo sicuramente applicabile agli atti amministrativi è costituito dal principio di conservazione degli atti giuridici[18] *ex* art. 1367 c.c., secondo cui "Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno.". Questo criterio trova la propria espressione, nel diritto amministrativo, anche negli istituti della convalida e della conversione degli atti amministrativi, nell'ambito della funzione di riesame riconosciuta alla Pubblica Amministrazione[19].

Tanto la giurisprudenza quanto la dottrina prevalenti escludono, invece, l'applicabilità agli atti amministrativi del precetto di cui all'art. 1368 c.c., a mente del quale "Le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso". Tuttavia si riconosce, a fini di integrazione, il ricorso alla prassi amministrativa, che secondo alcuni[20] costituirebbe un criterio speculare rispetto a quello civilistico cristallizzato nell' art. 1368 c. c.

È concordemente reputato applicabile all'ermeneutica degli atti amministrativi altresì il principio sancito dall'artt. 1369 c.c. Tale

[18] Cfr. T.A.R. Veneto, 12 febbraio 2009, n. 340, secondo cui "l'amministrazione, qualora riscontri vizi nel modus procedendi seguito che non abbiano coinvolto l'intero procedimento ma solo singole fasi di esso, nel muoversi sul piano dell'autotutela deve applicare la regola della conservazione degli atti giuridici, che, operante in tutti i settori dell'ordinamento giuridico, nel diritto amministrativo assume una valenza rafforzata in ragione delle specifiche regole di economicità dell'azione amministrativa e del divieto di aggravamento del procedimento, e di conseguenza deve limitare l'annullamento agli atti effettivamente incisi dalle accertate illegittimità conservando l'efficacia dei precedenti atti legittimi del procedimento (cfr., da ultimo, Cons. di Stato, V, 8 settembre 2008, n. 4269).".

[19] Così. G. PEPE, *Il principio di conservazione degli atti giuridici con particolare riferimento agli atti amministrativi*, in La Voce del Diritto, consultabile su www.lavocedeldiritto.it, 11 Maggio 2015.

[20] Cfr. M. S. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 1967, p. 166.

norma, nello stabilire che "Le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto", prende in considerazione la necessità di condurre l'operazione interpretativa tenendo in considerazione la natura e l'oggetto del contratto. Si tratta di un canone ermeneutico, strettamente legato al principio di tipicità, che attraverso il riferimento alla natura, ossia al tipo del provvedimento, assume una portata rilevante nel campo dell'interpretazione degli atti amministrativi. Difatti, la considerazione del tipo di atto consente di giungere a conoscenza dell'interesse pubblico sotteso a quello specifico provvedimento, orientando così l'interprete in caso di dubbio.

Merita, inoltre, segnalare un' innovativa pronuncia del Consiglio di Stato, la n. 2378 del 2001[21], che ha riconosciuto l'applicabilità congiunta, a favore dell'amministrato, dei criteri di interpretazione oggettiva dettati dagli artt. 1370 e 1371 c.c., di cui tradizionalmente si escludeva l'estensibilità agli atti amministrativi[22]. Segnatamente, l'art. 1370[23]c.c., consacrando il principio dell' *interpretatio contra stipulatorem* in presenza di clausole ambigue, si atteggia quale norma interpretativa speciale, che può trovare applicazione solo nei casi di

[21] Si veda Cons. Stato, 20 aprile 2001, n. 2378, in Giur. it., 2002, 1519 ss., con nota di L. MACCARRONE, *L'azione amministrativa e il principio della interpretatio contra stipulatorem.*

[22] Secondo E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1983, p. 156 ss., l'inapplicabilità dell'art. 1370 verterebbe su due argomentazioni: da un lato la parità delle parti non può essere predicata atteso che l'ente pubblico agisce in veste autoritativa, dall'altro le condizioni generali qualora predisposte da Pubbliche Amministrazioni sono adottate attraverso regolamenti, i quali si interpretano secondo le regole di cui all' art. 12 preleggi dettate per gli atti normativi. Per quanto attiene, invece, all'art. 1371 ne viene esclusa l'applicabilità sulla base della considerazione per cui nessun atto amministrativo potrebbe essere definito a titolo gratuito.

[23] Art. 1370 c.c. "Interpretazione contro l'autore della clausola": Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro.

mancanza di partecipazione[24], ovvero nelle ipotesi in cui l'atto amministrativo si possa configurare quale modulo o formulario predisposto dalla Pubblica Amministrazione. Difatti, esclusivamente in tali situazioni sussiste una netta disparità di posizioni tra amministrazione ed amministrato e, dunque, una parte debole del rapporto a favore della quale interpretare la previsione equivoca. L'art. 1371 c.c.[25], invece, richiamando il canone dell'*equitas,* costituisce in ambito privatistico una regola di chiusura che soccorre nel caso di infruttuoso esperimento degli altri criteri interpretativi dettati dagli artt. 1362-1370 c.c.[26]. La disposizione *de qua*, in particolare, consente di attribuire, nei contratti a titolo gratuito, il senso meno gravoso per l'obbligato, mentre in quelli a titolo oneroso, il significato maggiormente aderente all'equo contemperamento degli interessi. Nella suddetta sentenza i giudici di Palazzo Spada hanno fatto applicazione dell'art. 1371 c.c. proprio in combinato disposto con l'art. 1370 c.c., sancendo che, affinché l'interpretazione dell'atto amministrativo *contra stipulatorem* sia legittima, non è sufficiente la sola presenza di moduli o formulari predisposti da una parte e, quindi, una condizione di speciale debolezza della controparte, ma è necessario, altresì, che una siffatta interpretazione sia diretta ad evitare conseguenze particolarmente gravi ed onerose per l'amministrato.

[24] Occorre, a tal proposito, ricordare che l'introduzione, nel nostro ordinamento, della legge n. 241/1990, ha modificato, attraverso l'istituto della partecipazione procedimentale, i rapporti tra amministrazione ed amministrato nell'ottica di una maggiore equiordinazione delle posizioni.

[25] Art. 1371 c.c. "Regole finali": "Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso".

[26] Così L. MACCARRONE, *L'azione amministrativa e il principio della interpretatio contra stipulatorem*, op. cit.

4. Il divieto di analogia nei capitolati di gara

Per quanto attiene, infine, alla *vexata quaestio* dell'applicabilità dell'interpretazione analogica agli atti amministrativi, l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, confermato dalla recente sentenza del Consiglio di Stato, n. 4307 del 12 settembre 2017, formatosi soprattutto in relazione ai bandi di gara, propende per una risposta negativa. Difatti, così come nel diritto penale il divieto di analogia[27] contribuisce a proteggere i consociati dall'arbitrio dei magistrati, nel diritto amministrativo, e soprattutto nel settore dei contratti pubblici[28], il divieto di analogia della legge speciale di gara protegge gli operatori economici dall'arbitrio della stazione appaltante. Quest'ultima, in tale modo, non può penalizzare le imprese partecipanti alla procedura di affidamento se non nelle ipotesi tassativamente previste dal bando.[29] Altrimenti, le imprese partecipanti non conoscerebbero con certezza il comportamento lecito per raggiungere l'aggiudicazione del contratto e vedrebbero lesa la propria autodeterminazione da un'interpretazione

[27] Occorre, tuttavia, ricordare come in ambito penalistico sia pacificamente ammessa, l'interpretazione analogica in *bonam partem*, che potrebbe, ragionevolmente trovare applicazione, altresì, in campo amministrativo, benché con i dovuti adattamenti.
Inoltre, pare doveroso segnalare la previsione dell'art. 1, comma 2, della legge 689/81, secondo cui "Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati." In forza di tale norma, infatti, anche nello specifico campo del diritto amministrativo punitivo vige il medesimo principio generale dettato per le norme penali incriminatrici: ossia il divieto di applicazione analogica ai sensi dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale.

[28] Per approfondire v. A. PRONTERA, *L'interpretazione del bando di gara: pratiche tradizionali e prospettive metodologiche evolutive alla ricerca dell'interpretazione «vera»,* Foro amm. TAR., 2008, nonché M. MONTEDURO, *Il giudice e l'interpretazione del provvedimento amministrativo nell'esperienza italiana: la vicenda esemplare delle clausole dei bandi di gara*, in Dereito, 2009, p. 203 ss.; S. VASTA, *Alcune riflessioni sull'interpretazione nel diritto amministrativo*, Dir. amm., 2009.

[29] Si veda, inoltre, Cons. Stato, sezione V, 7 gennaio 2013, n. 7, secondo cui risulta necessario evitare che il procedimento interpretativo conduca all'integrazione delle regole del bando di gara palesando dei significati non desumibili dalla sua lettura testuale.

analogica del bando. Nessuna impresa, per l'appunto, prenderebbe parte a una gara se sapesse che l'ente appaltante potrebbe interpretare la *lex specialis* in modo totalmente irragionevole.[30]

In definitiva[31], la necessaria prevalenza da attribuire alle espressioni letterali[32] preclude ogni estensione analogica volta ad evidenziare significati inespressi e impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la *par condicio* dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione possibile[33]. Difatti, occorre ricordare che le regole della *lex specialis*, per garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, vincolano tanto i concorrenti quanto la Pubblica amministrazione, che non dispone, quindi, di alcun margine di discrezionalità nel dare ad esse attuazione.[34] Secondo il Consiglio di Stato[35], sono proprio le preminenti esigenze di certezza legate allo svolgimento delle procedure di affidamento ad imporre la stretta interpretazione delle clausole di gara. Di conseguenza, il procedimento interpretativo[36] non deve condurre ad un'indebita integrazione delle previsioni del capitolato attraverso l'aggiunta di

[30] Così A. DANZA, *Interpretazione letterale del bando e divieto di analogia*, consultabile su www.Italiappalti.it, 25 Settembre 2017

[31] Premesso il superiore principio di legalità amministrativa ai sensi degli artt. 97 Cost. e 1 L. n. 241/1990

[32] Come conferma anche Cons. Stato, 18 giugno 2018, n. 3715.

[33] Mentre "invece le ragioni immanenti, di matrice eurounitaria, di garanzia della concorrenza che presiedono al settore delle commesse pubbliche vogliono favorire la massima partecipazione delle imprese alla selezione, perché attraverso la massima partecipazione è raggiungibile il miglior risultato non solo per il mercato in sé, ma per la stessa amministrazione appaltante", Cfr. Cons. Stato, V, 15 luglio 2013, n. 3811.

[34] Così Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 2017, n. 4307. Sul punto si veda, inoltre, Cons. Stato, V, 2 agosto 2010, n. 5075.

[35] Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 2017, n. 4307.

[36] Lo stesso vale anche per i c.d. "servizi analoghi", laddove risulta necessario contemperare l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato con quella di assicurare la massima partecipazione alle gare pubbliche.

significati non esplicitamente rinvenibili nell'espressione testuale del bando[37].

Occorre, però, riconoscere che le parole non si presentano mai univoche, bensì sempre plurivoche. Per tale motivo una certa discrezionalità interpretativa, sia delle Pubbliche Amministrazioni che degli altri interpreti del diritto, appare fisiologicamente inevitabile. Tuttavia, questa discrezionalità deve essere tale da consentire ai cittadini di prevedere ragionevolmente le scelte dell'amministrazione, senza che essi risultino penalizzati da decisioni ingiustificatamente imprevedibili[38].

[37] Cfr. Cons. Stato, IV, 5 ottobre 2005, n. 5367, nonché Cons. Stato, IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; V, 15 aprile 2004, n. 2162.

[38] Così A. DANZA, *Interpretazione letterale del bando e divieto di analogia*, op. cit.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
www.contabilita-pubblica.it Fascicolo speciale 1-2-3 del 30/06/2020 www.contabilita-pubblica.it
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

IL REGOLAMENTO DI COMPETENZA NELL'ORDINAMENTO DELLA GIUSTIZIA CONTABILE

di Massimiano Sciascia

Ogni ordine giurisdizionale è caratterizzato dall'assegnazione a ciascun ufficio giudiziario di complessi di poteri cognitivi e decisionali, costituenti le competenze, che sono tra di essi ripartiti in ragione di diversi criteri, quali la materia, il territorio, determinate funzioni specifiche, il grado.

In tale quadro due uffici giudiziari possono affermare o negare la propria competenza al riguardo di una medesima vicenda, determinando così un conflitto positivo o negativo; in entrambi i casi il conflitto è qualificabile come positivo, se gli uffici giurisdizionali coinvolti affermano la propria potestà decisionale sulla stessa controversia; negativo, se tali uffici negano o rifiutano la propria cognizione sul medesimo procedimento.

Inoltre il conflitto può essere reale, se effettivamente è affermata o negata la competenza sulla medesima vicenda da due giudici appartenenti allo stesso ordine giurisdizionale; mentre risulta virtuale se un solo giudice afferma o nega la propria competenza al riguardo e l'altro giudice, prima di pronunciare nel senso opposto, solleva il conflitto.

Nell'ordinamento della giustizia contabile la competenza a risolvere tali conflitti è attribuita all'organo di vertice del sistema, ossia alle sezioni riunite in sede giurisdizionale, attraverso il meccanismo del regolamento.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Questo è diretto a dirimere preventivamente, nell'impostazione del nuovo Codice della Giustizia Contabile, solo conflitti virtuali di tipo negativo - cioè allorquando, in seguito alla ordinanza che dichiara l'incompetenza del giudice adito, la causa è tempestivamente riassunta davanti ad altro giudice, il quale a sua volta, se ritiene di essere a sua volta incompetente, richiede d'ufficio il regolamento di competenza.

Sono esclusi quindi da tale rimedio i conflitti reali e di quelli di tipo positivo - questi ultimi si determinano allorquando vi sia stata pronuncia di un giudice affermativa della propria competenza (es. sezione centrale) nell'ambito di un giudizio che penda anche innanzi a diverso giudice (es. Sezioni Riunite per questione di massima), che, ove ritenga di essere competente sul punto, non può fare a meno di sollevare anche d'ufficio il conflitto virtuale positivo, in ordine alla ripartizione della competenza tra giudici appartenenti all'ordine della Corte dei conti.

Invero il nuovo Codice della Giustizia Contabile, nel prevedere solo il conflitto negativo di competenza territoriale da sollevarsi d'ufficio, lascia fuori il conflitto positivo, nonché i casi di competenza funzionale non territoriale e l'iniziativa autonoma delle parti.

Il regolamento sollevato sia d'ufficio che ad istanza di parte non costituisce assolutamente un mezzo di impugnazione, mancando ancora la seconda pronuncia di incompetenza.

Ma un'interpretazione costituzionalmente orientata può condurre ad allargare l'ambito del rimedio, che costituisce una tutela immediata per le parti in causa[1] .

[1] Così, con riferimento all'iniziativa delle parti, anche P. Della Ventura nel commento all'art.118 CGC in "*Il codice della giustizia contabile*" a cura di A. Gribaudo, 2017, Maggioli ed.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Non può infatti escludersi che il regolamento sia richiesto da una delle parti la quale — non condividendo la designazione del giudice presso cui si è dovuto riassumere il processo — porti direttamente la questione con ricorso innanzi alle Sezioni Riunite per la risoluzione.

Inoltre, anche se i casi più ricorrenti afferiscono certamente alla competenza territoriale, non possono essere dimenticati quelli di carattere funzionale, che si presentano anche di carattere positivo.

Infatti, parimenti il giudice d'ufficio ovvero le parti possono avere interesse a sollevare direttamente la questione di competenza sulla base di un conflitto meramente potenziale, laddove non vi sia altro rimedio, trattandosi di giudizio pendente presso una sezione d'appello, come ad esempio può verificarsi nella suddivisione della competenza funzionale tra le sezioni centrali e quella d'appello per la regione Sicilia, ovvero presso le sezioni riunite stesse in sede di risoluzione di questioni di massima, allorché il giudice d'appello ritenga di poter intervenire al riguardo [2].

Non possono costituire oggetto del regolamento le ordinanze a contenuto "ordinatorio" del processo [3] e le pronunce rese *ex* art. 669-*septies*, co. 1°, CPC [4], in ragione della loro natura strumentale e provvisoria[5]; possono invece essere impugnate con lo strumento del regolamento di competenza le ordinanze con cui il giudice dispone la sospensione del processo.

Il giudice del processo sospeso può autorizzare il compimento di atti che ritiene urgenti ed adottare misure cautelari (*cit.*co.3°).

[2] C. conti SS.RR. 16 dicembre 1998 n. 5/99/C.C. est. Sciascia.
[3] Cass. 14 aprile 1966 n. 940; 16 aprile 1966 n. 955 al riguardo del caso inverso.
[4] C. conti SS.RR. 28 luglio 2006 n. 8/QM, est. Di Salvo, in *Riv. C. conti*, n. 4/2006.
[5] Cass.ord. 1 aprile 2004 n.6485

Il regolamento è comunque ammissibile al di là della forma della pronuncia sulla competenza.

L'ordinanza che propone d'ufficio il regolamento di competenza territoriale dispone la rimessione del fascicolo d'ufficio alla segreteria delle sezioni riunite ed é comunicata alle parti costituite che possono, nei venti giorni successivi, depositare nella segreteria delle sezioni riunite memorie e documenti (art.120 co.1° CGC).

Tale ordinanza di rimessione, ancorché emessa dal giudice di primo grado, non è impugnabile in appello innanzi alle sezioni centrali, nemmeno sotto il più limitato aspetto di sindacare la sussistenza dei presupposti per il deferimento della questione di massima, tanto più che con il deferimento de quo il processo si sospende, con conseguente nullità degli atti processuali posti in essere successivamente [6].

Nel caso che sia la parte a non condividere l'attribuzione di competenza, questa può chiedere alle Sezioni Riunite — entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza — che si pronuncino sulla questione (art.47 CPC).

Detta istanza assume la forma di ricorso sottoscritto dal difensore o dalla parte eventualmente costituitasi personalmente; esso deve essere notificato alle altre parti che non vi hanno aderito e quindi depositato presso la segreteria delle Sezioni Riunite. Entro cinque giorni dall'ultima notifica, la parte proponente deve chiedere alla segreteria della sezione innanzi a cui pende il processo che il fascicolo sia rimesso alla segreteria delle Sezioni Riunite, ed entro venti giorni dalla stessa data deve depositare in segreteria il ricorso con i

[6] In tal senso v. C.conti SS.RR. 16 dicembre 1998 n. 5/99/C.C. est. Sciascia, che ha affermato l'inammissibilità dell'appello di un'ordinanza del genere e quindi l'incompetenza delle sezioni centrali al riguardo.

documenti necessari. Le controparti hanno la stessa possibilità, nei venti giorni successivi alla notifica, di presentare memorie al riguardo.

Dal giorno di presentazione dell'istanza il processo è sospeso *ope legis*, mentre dal giorno di comunicazione dell'ordinanza ovvero da quello di notifica del ricorso, decorre il termine di venti giorni entro cui le parti possono depositare memorie difensive e documenti nella segreteria delle Sezioni Riunite.

Il ricorso per regolamento di competenza concernente l'ordinanza di sospensione del giudizio deve essere notificato, a cura della parte che lo propone, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza che ha sospeso il processo (art.120 co.2° CGC)[7].

Il regolamento è pronunciato con ordinanza (art. 121 co.1° CGC) a seguito di pubblica udienza, in cui sono ascoltate le parti presenti nel giudizio *a quo* nonché il procuratore generale, nel termine ordinatario di sessanta giorni dalla conclusione della camera di consiglio nella quale è stata deliberata ed è comunicata alle parti a cura della segreteria (*cit.*co.2°).

Il P.G. agisce sia nella sua funzione di supremo garante della legalità e sia quale figura magistratuale tributaria di poteri di stimolo e di vigilanza in ordine all'attività del giudice contabile, anche quindi nei giudizi pensionistici in cui il P.M. non sia stata parte processuale.

[7] La parte che propone l'istanza, nei venti giorni successivi alla notificazione, che nel caso di pluralità di parti decorre dall'ultima notificazione, provvede al deposito del ricorso (art.120 co.3° CGC).La segreteria della sezione giurisdizionale davanti alla quale pende il processo sospeso trasmette il relativo fascicolo alla segreteria delle sezioni riunite (*cit.*co.4°).Il presidente, con decreto da emanarsi entro dieci giorni dal deposito, fissa la data dell'udienza di discussione e contestualmente assegna alle parti un termine non inferiore a venti giorni per il deposito di memorie e documenti (*cit.*co.5°).Il decreto di fissazione dell'udienza di discussione è comunicato alle parti a cura della segreteria delle sezioni riunite (*cit.*co.6°). Ove si ritenga di estendere il rimedio, si determinano le seguenti varianti procedimentali. Se la causa pende innanzi alle stesse Sezioni Riunite in sede di risoluzione di questione di massima, queste con ordinanza sospendono il giudizio e sollevano contestualmente il conflitto positivo virtuale di competenza innanzi alle Sezioni Riunite, ancorché in diversa composizione, al fine di garantire la terzietà del decidente rispetto alle parti in contrasto.

Con la pronuncia le Sezioni Riunite stabiliscono il giudice competente, adottano tutti i provvedimenti necessari per la prosecuzione del processo innanzi al giudice dichiarato competente, tra cui l'eventuale dichiarazione di nullità di provvedimenti giudiziari emanati sull'erroneo presupposto della propria competenza al riguardo, e, ove necessario, operano la rimessione in termini.

La riassunzione della causa innanzi alla sezione dichiarata competente deve aver luogo nel termine perentorio di tre mesi (art. 122 co.1° CGC) decorrenti dalla comunicazione dell'ordinanza di regolamento. Vengono così fatti salvi gli effetti sostanziali e formali della domanda originaria ai fini di decadenze e preclusioni. Nel caso di mancata riassunzione in termini, il processo in ogni caso si estingue (art.122 co.2° CGC).

Se sono le stesse Sezioni Riunite a sollevare d'ufficio il conflitto e questo si risolve nel senso della spettanza ad esse della competenza contestata, non si rende necessaria la riassunzione di parte, in quanto lo stesso consesso fissa direttamente l'udienza di trattazione della questione di massima avanti a sé.

La pronuncia delle Sezioni Riunite è vincolante per la sezione così individuata, salvo che il processo si estingua per mancata riassunzione; nel qual caso la sezione dichiarata competente delle Sezioni Riunite nel precedente procedimento può declinare la propria competenza.

In pendenza di tale regolamento, la richiesta di misure cautelari si propone al giudice indicato come competente nell'ordinanza che declina la competenza; le misure cautelari perdono la loro efficacia trenta giorni dopo la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di competenza del giudice che le ha emanate. Le parti

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

possono riproporre le domande cautelari al giudice dichiarato competente (art. 20 co.4° CGC).

Il meccanismo del regolamento di competenza per comodità viene ormai utilizzato anche ad altri fini, quali il controllo sulle ordinanze di sospensione dei processi, ancorché con alcune differenziazioni procedurali.

Il pubblico ministero e le parti costituite in giudizio nel quale sia stata disposta ordinanza di sospensione del processo, ai sensi dell'articolo 106 del Codice della giustizia contabile, possono infatti proporre alle sezioni riunite in sede giurisdizionale istanza di regolamento di competenza (art.119 co.1° CGC).

Detta istanza, a carattere impugnatorio, si propone con ricorso sottoscritto dal pubblico ministero ovvero dal difensore che assiste la parte o dalla parte se questa é costituita personalmente (*cit.*co.2°).

Per il resto il procedimento è il medesimo, mutatis mutandis, di quello per il regolamento vero e proprio di competenza.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

CONSEGUENZE SULL'ECONOMIA PUBBLICA PER I FATTI DI RESPONSABILITA' MEDICA

di Sergio De Dominicis

La responsabilità sanitaria per "malpractice" e/o per danno alla salute implica l'emersione di fatti illeciti di non poco rilievo.

Certamente le sentenze di condanna, civili, penali ed amministrative, pronunciate a carico dei sanitari pubblici hanno effetti diretti sull'economia specialmente dopo che le Regioni sono state assoggettate ai limiti finanziari imposti dal "Patto di stabilità interno" e dal pareggio di bilancio obbligatorio in conseguenza della riforma dell'art. 81 della Costituzione, la cui filosofia abbraccia l'intera platea pubblica.

Peraltro, le Regioni, cui spetta il compito di garantire l'assistenza sanitaria e farmaceutica in ambito locale, sono tenute a rispettare le condizioni di spesa imposte dalle leggi finanziarie e dai principi di coordinamento della finanza pubblica.

Il rispetto di questi principi ed il coordinamento finanziario è stato affidato al controllo di regolarità amministrativa esercitato dalla Corte dei Conti che lo effettua attraverso le Sezioni Regionali di controllo.

Orbene, in disparte i controlli di legittimità o di regolarità tecnica sui bilanci regionali e, quindi, indirettamente sull'organizzazione e la gestione delle U.S.L. (Unità Sanitarie Locali) e delle A.O. (Aziende

Ospedaliere), le conseguenze economiche che dipendono dalle sentenze di condanna hanno certamente rilievo economico sulla finanza regionale ed in un certo senso, possono condizionare la vita delle USL, che gestiscono gli ospedali e molte altre attività sanitarie connesse, come l'igiene pubblica, la polizia mortuaria, il controllo sulla salubrità e sicurezza dei luoghi di lavoro, ecc.
E' noto infatti, che la responsabilità amministrativa in campo sanitario emerge a causa di un comportamento dannoso causato da colpa grave ossia da colpa professionale connotata da negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero della violazione delle buone pratiche e/o delle linee guida.

Orbene, nel campo del delitto colposo, inteso come fatto antigiuridico non intenzionale o addirittura disvoluto, la gravità della colpa (lata = grave; levis = lieve; levissima = quasi incosciente) ha influenza nella determinazione della misura della sanzione, anche quando vi sia stato concorso di persone nella causazione del fatto vietato.

In proposito va precisato che in campo penale c'è solo la colpa che può essere graduata limitatamente ai fini dell'erogazione della sanzione. Situazione questa assai differente in ambito civilistico. Infatti, nel diritto civile c'è la colpa lieve o la colpa generica ed altresì la colpa grave deducibile dal combinato disposto degli articoli 1176 e 2236 c.c., e, quindi, dalla violazione degli obblighi di legge.
Quanto al dolo nel diritto privato è visto come inganno, cioè come frode (cfr. Cost. Sent. n. 828 del 2003).
Invece, nella responsabilità erariale assume rilievo la colpa grave, oltre al dolo. Quest'ultimo è presente ogni volta che nella fattispecie illecita sussista l'esercizio dell'azione penale, per identità dei fatti materiali, doppiamente illeciti e, quindi, sanzionabili sia con una condanna criminale che con una patrimoniale risarcitoria.

Si può dire che la colpa lieve compare in qualsiasi tipo di reato colposo, come si deduce dall'articolo 133, primo comma, c.p., ovverosia dall'art. 61, n. 3 c.p.

E tuttavia, il quadro delineato risulta cambiato con la legge n. 189 del 2012 (legge Balduzzi) che all'art. 3 afferma che l'accertamento della colpa lieve nel processo penale costituisce esimente o scriminante soggettiva del fatto illecito contestato.

Prima della legge Balduzzi la colpa lieve non produceva alcuna ipotesi giustificativa sul piano penale.

Essa manteneva un ruolo di rilievo solo nella erogazione della pena e, quindi, sul grado di colpevolezza negli illeciti colposi.

Dunque, con la legge Balduzzi viene introdotta una speciale esimente soggettiva che ha implicato una abolitio criminis ossia una causa di giustificazione qualificata.

Il che, tuttavia, esigeva un giudizio dibattimentale, siccome non sarebbe stato possibile, ex ante, riconoscere la causa di giustificazione esimente.

Inoltre, l'eventuale danno poteva essere risarcito in sede civile seguendo lo schema dell'art. 2043 c.c., nel senso che sarebbe spettato al danneggiato allegare non solo l'eventuale danno subito, ma dimostrare altresì che il pregiudizio fosse stato la conseguenza, sul piano del rapporto di causalità, del comportamento colpevole del medico per effetto della sua imperizia, negligenza o imprudenza professionale.

In altri termini, quando il medico veniva assolto nel processo penale per colpa lieve, la eventuale azione risarcitoria in sede civile avrebbe dovuto seguire lo schema della responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., mentre prima della legge Balduzzi, qualsiasi danno da "malpractice" medica, allegato in sede risarcitoria, doveva seguire lo schema classico della responsabilità contrattuale, ex art. 1218 c.c., in virtù del quale spettava al medico o all'amministrazione

convenuta dimostrare che l'evento dannoso, lamentato dal paziente, non era rapportabile alle prestazioni sanitarie praticate in sede clinica o terapeutica.

Infatti, ai sensi dell'art.1218 c.c., incombe sul creditore la prova che c'è stato un inadempimento colpevole e che da esso sia derivato un danno patrimoniale risarcibile.

Orbene, c'è da dire che la disposizione della legge Balduzzi, abolitiva della responsabilità penale, ma non di quella civile risarcitoria, trova un importante supporto nel più recente indirizzo della giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr. n. 268 del 2013).

Secondo la Suprema Corte la colpa lieve del medico può emergere solo quando si accerti che costui abbia osservato le c.d. buone pratiche e le linee guida accreditate presso la comunità scientifica ed omologate presso il Ministero della salute.

Va detto incidentalmente che sul punto regna tuttora la massima confusione perché, com'è intuibile, le cognizioni scientifiche non sono facilmente sintetizzabili o riducibili in linee guida.

Con l'abolitio criminis, per effetto dell'accertamento della colpa lieve nel processo penale, non può escludersi che sopravviva la responsabilità civile risarcitoria, che, come si è detto, può prescindere, in astratto, dal grado della colpa.

Infine, si è ritenuto che la legge Balduzzi, abolitiva della responsabilità penale a seguito dell'accertamento della colpa lieve, abbia efficacia extrapenale ed impedisca in altri processi che possa contestarsi una colpa maggiore o più ampia di quella riscontrata nel processo penale.

Il che non dovrebbe riguardare solo il giudizio civile, ma anche quello per responsabilità amministrativa innanzi alla Corte dei Conti. Quest'ultimo, se iniziato, non dovrebbe interrompersi, attesa l'autonomia dei processi, ma l'assoluzione in sede penale per colpa lieve potrebbe indurre il giudice contabile a pronunciare un verdetto

assolutorio per insussistenza dell'elemento psicologico della colpa grave. Ed infatti, nel giudizio di responsabilità contabile, dopo la riforma del 1994-1996, la soglia minima è la colpa grave.

Quindi l'accertamento della colpa lieve in sede processuale penale costituisce condizione di proponibilità dell'azione di responsabilità erariale innanzi alla Corte dei Conti, ma non in sede civile.

L'ipotesi rappresentata non ha ancora avuto sostanza giurisprudenziale e, pertanto, deve ritenersi ancora una prospettazione di indole teorica.

E, tuttavia, la legge n. 189 del 2012 risulta abrogata esplicitamente dalla legge n. 24 del 2017.

Quest'ultima normativa ha modificato molti aspetti della legge Balduzzi rendendo problematica la relazione tra malpractice medica e risarcimento del danno biologico.

C'è da dire che la nuova legge sulla responsabilità sanitaria non è stata apprezzata molto dalla dottrina, che ne ha denunciato il carattere "omnibus" della sua vastissima disciplina e, per certi aspetti, contraddittoria e perfino velleitaria.

Ad esempio, con le nuove disposizioni si pretende di imporre uno schema precostituito di polizza assicurativa, dimenticando che il sistema delle garanzie assicurative è rigorosamente di diritto privato; ed in ambito europeo non si tollerano violazioni del principio di libertà negoziale o di libertà della concorrenza e del mercato.

Inoltre, la legge n. 24/2017, eliminando la scriminante soggettiva recata dalla legge Balduzzi ne indica, in sostituzione, un'altra, di carattere oggettivo, discendente dalla sola osservanza delle buone pratiche e delle linee guida, riconoscibili dal Giudice senza alcun riferimento all'elemento psicologico dell'illecito. Il che si ripercuote negativamente sul processo penale.

Va, peraltro. osservato che di fronte a sentenze di condanna emesse dal Giudice ordinario, per morte, lesioni gravi o gravissime alla

persona, ovvero per ciò che suole dirsi essere il danno biologico o per la perdita di chance, si verificano dei veri e propri buchi neri nel bilancio della USL e, per l'effetto, nella finanza regionale, vista nel suo ruolo istituzionale.

Com'è noto, in virtù dell'art. 28 della Costituzione, il paziente danneggiato da malpractice sanitaria può agire sia contro il medico sia contro l'azienda sanitaria – ma, per ovvi motivi, connessi con la garanzia patrimoniale, l'attore preferirà chiamare in giudizio, per il risarcimento, la USL – anche perchè, quando arriverà la sentenza di condanna, l'Ente sanitario verrà comunque costretto a pagare, salvo, poi, denunciare il danno erariale alla Procura Regionale della Corte Dei Conti, che, in piena autonomia, effettuate le indagini preliminari, chiamerà in giudizio il medico responsabile.

Dopo la Prorogazio della legge Balduzzi la questione centrale resta, allora, quella dell'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche sanitarie.

E, tuttavia, con la legge n. 24/2017 emergono non poche complicazioni.

Infatti, con la USL e il medico entrambi assicurati, si configura una preoccupante situazione destinata a compromettere il buon andamento sanitario, che, peraltro, costituisce un valore costituzionale primario, in osservanza dell'art. 32 della Charta!

Per effetto delle salatissime condanne erogate in sede civile per danno alla salute, le società di assicurazione - quasi sempre di proprietà di grandi banche o di grandi compagnie di assicurazione, abituate a prosperare sulle polizze-vita e sulle polizze RCA – aumentano in modo smisurato il costo delle polizze, tanto individuali quanto collettive, compromettendo così l'equilibrio finanziario delle USL.

A fronte di questa paradossale situazione, che implica un vero e proprio "rifiuto di polizza", si registra, sul lato opposto, la strategia

dei sindacati dei medici pubblici, che, per evitare il “periculum” della condanna in sede civile applicano quella che è stata definita la strategia della “medicina difensiva”. Il che è causa di un ulteriore pregiudizio alla finanza regionale per l’incremento degli esami e delle degenze che comportano un aumento della spesa sanitaria.

Situazione, questa, che può determinare anche l’emersione del danno erariale e della responsabilità amministrativa, imputabile sia contro il sanitario che contro il personale amministrativo di controllo, accusato di omissione e di concorso nella causazione del danno erariale.

Altro aspetto, non secondario, della questione finanziaria legata alla responsabilità sanitaria del medico pubblico, riguarda la strategia che le USL sono costrette ad adottare per fare fronte alla condizione del c.d. “rifiuto di polizza”.

Alcune aziende ospedaliere, di fronte all’alto costo dei contratti di copertura assicurativa, hanno scelto la via dell’autoassicurazione, decidendo di fare fronte alle sentenze di condanna con i fondi del proprio bilancio.

Se non che la questione dell’autoassicurazione non pare esente da critiche.

Infatti, la polizza assicurativa, implicando un contratto aleatorio, fondato sulla traslazione del rischio, non può ritenersi direttamente compatibile con la gestione sanitaria di una USL, che deve provvedere innanzitutto alla cura e alla riabilitazione dei malati. Peraltro si ritiene che così facendo, verrebbe meno un obbligo previsto dalla legge: garantire, con contratti ad hoc, la malpractice medica.

Il problema è, quindi, di elevata complessità!

A livello di dottrina si è pensato alla creazione di un “contratto pubblico” per la copertura assicurativa sanitaria, ossia ad una “polizza tipo” in cui le condizioni del contratto vengano formate in via astratta e generale, dalla legge, riducendo così l’autonomia negoziale delle parti.

Ma questa ipotesi non solo pare in contrasto con la libertà contrattuale del nostro ordinamento, ma si manifesta difforme dalle direttive comunitarie e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E..

Di recente la Corte dei Conti, dovendo giudicare sulla responsabilità del medico, che per la sua prestazione era stato causa di una condanna risarcitoria per malpractice sanitaria, ha ritenuto di applicare gli orientamenti della Corte costituzionale secondo cui non tutto il danno va addossato al dipendente pubblico, ma solo una parte di esso, tenuto conto che nella responsabilità sanitaria possono coesistere non solo fattori di colpa professionale (per imprudenza, negligenza o imperizia) ma anche condizioni ambientali inadeguate o fattori imprevedibili, ad es. lo sciopero o il guasto di un apparecchio sanitario, ecc.

Si aggiunga che dagli indirizzi della Corte costituzionale, favorevoli ad applicare una riduzione del danno erariale a vantaggio del medico pubblico, consegue, comunque, un vulnus alle finanze regionali.

Le USL per ripianare le perdite economiche, saranno costrette ad agire contro le compagnie di assicurazione.

Ma anche l'azione di rivalsa assicurativa potrebbe rivelarsi inadeguata oppure inidonea a coprire l'intero danno inferto al buon andamento economico dell'Ente regionale.

Complessivamente può dirsi che la responsabilità sanitaria per danno alla salute può implicare l'emersione di vari scenari processuali.

Dopo l'abrogazione della legge Balduzzi è venuta meno la scriminante soggettiva della colpa lieve e, quindi, gli ambiti di esonero della responsabilità penale, sembrano legati alla lettura che ne farà il Giudice, siccome il giudizio assolutorio può derivare solo quando sia stato dimostrato in sede dibattimentale che il medico ebbe ad osservare, con prudenza e diligenza professionale, le buone pratiche

e le linee guida accreditate e che il fatto dannoso non è a lui imputabile.

La caduta dell'elemento psicologico nell'illecito penale per malpractice sanitaria è divenuto, ora, di tipo oggettivo e non più soggettivo.

Ne consegue che assumerà grande valore il precedente giudiziario e la giurisprudenza di legittimità che si andrà a formare su una determinata tipologia di danno alla salute.

In conclusione, l'eventuale danno potrà essere risarcito in sede civile ma seguendo lo schema dell'art. 2043 c.c.; nel senso che spetterà al danneggiato allegare non solo il danno alla salute, ma dimostrare, altresì, che quel danno sia stato la conseguenza, sul piano del rapporto di causalità, di un trattamento clinico chirurgico inappropriato.

In altri termini, se il medico viene assolto nel processo penale, la eventuale azione risarcitoria in sede civile dovrà seguire lo schema della responsabilità extracontrattuale, (art. 2043 c.c.), mentre, invece, prima della legge n. 24/2017 qualsiasi danno da malpractice medica, alligato in sede risarcitoria, avrebbe dovuto seguire lo schema della responsabilità contrattuale, (art. 1218 c.c.) in virtù del quale spetta all'Amministrazione convenuta dimostrare che l'evento dannoso di carattere sanitario non era rapportabile alle prestazioni sanitarie praticate in sede clinica o terapeutica.

Quest'ultimo orientamento, trova un importante supporto nell'indirizzo della giurisprudenza della Corte di Cassazione (cf. Sent. n. 268 del 2013).

Prima ancora della nuova legge n. 24/2017, ma in vigenza dell'abrogata legge Balduzzi, secondo la Cassazione la non colpevolezza del medico poteva emergere quando si accertava che il sanitario avesse osservato le c.d. linee guida o le "buone pratiche" come accreditate presso la comunità scientifica ed omologate presso il Ministero della Salute.

E non vi è dubbio che, dopo l'abrogazione della legge Balduzzi del 2012, il precedente giurisprudenziale assumerà più elevata importanza, per cui le pronunce della S.C.C., concernenti il danno alla salute, devono classificarsi per settori e per materie, come indicatori vincolati del c.d. "precedente giudizio".

Forse stiamo assistendo ad una nuova rivoluzione giudiziaria in materia di danno alla salute.

Ma non è finita! E sul "de iure condendo" vorrei dire la mia!

La recente pandemia da corona virus, in disparte disposizioni salvifiche, potrebbe far aprire nuovi ed inquietanti scenari in campo giudiziario.

La complessità delle relative problematiche induce a ritenere che si dovrà ritornare rapidamente al passato ed imporre nuovamente la c.d. "pregiudiziale penale", da celebrarsi innanzi ad un Giudice unico presso la Corte d'Appello competente. In quella sede dovranno confluire le costituzioni di parte civile e di chi altrimenti abbia interesse per contestare o richiedere la liquidazione del danno alla salute.

Il Giudice unico, celebrato il processo penale della durata di non più di due udienze, ove ritenga opportuno emettere sentenza definitiva, di assoluzione o di condanna penale, fisserà la terza ed ultima udienza, per pronunciare sulla conseguente condanna civile, in via equitativa ed in forma semplificata, con oneri risarcitori a carico della Regione. Se non ritiene la causa matura, rimette gli atti al P.M. per il rito ordinario.

Il P.M. contabile, cui dovranno essere trasmessi gli atti processuali in via telematica, entro trenta giorni dal deposito della sentenza, a cura della Cancelleria del Giudice unico, potrà agire per l'eventuale danno pubblico erariale entro novanta giorni dalla ricezione del fascicolo telematico.

In deroga con quanto stabilito dal codice del processo di responsabilità innanzi alla Corte dei Conti, n. 174 del 2016, il P.M. contabile, ove ritenga di adottare, entro un mese, provvedimento di archiviazione, inaudita altera parte, dovrà emettere in alternativa atto di citazione entro sessanta giorni, chiedendo che venga fissata l'udienza di discussione non oltre i trenta giorni successivi.

Dinanzi al Giudice unico, designato entro cinque giorni, il giudizio di responsabilità dovrà concludersi entro trenta giorni.

Il P.M. dovrà vigilare anche per l'esecuzione dell'eventuale condanna risarcitoria emessa in sede penale, adottando eventualmente i provvedimenti sostitutivi, se richiesti, salva l'azione di responsabilità per ritardo ingiustificato.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

Renato FEDERICI

Prof. Università di Roma "Sapienza"

DEMOCRAZIA E DIRITTI FONDAMENTALI *

SOMMARIO: I. Gli ordinamenti giuridici. - II. Le rivoluzioni. - III. I caratteri e le funzioni degli ordinamenti giuridici. - IV. Il diritto come arte del buono e dell'equo e la tutela automatica dei "diritti fondamentali". - V. Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici. - VI. Sull'acquisto della sovranità a titolo originario. - VII. Se si è obbligati ad obbedire per forza, non si obbedisce ad una "legge". - VIII. Sulla differenza fra guerra e diritto. - IX. Sulla differenza fra strutture e sovrastrutture. - X. Gli ordinamenti giuridici rispettosi dei "Diritti fondamentali". Democrazia e Diritti Fondamentali.

* Con piccolissimi ritocchi, riproduce la relazione al convegno dal titolo: "Democrazia e Diritti Fondamentali", Università degli studi di Salerno, dicembre 2019, organizzato dal prof. Armando Lamberti, che sentitamente ringrazio.

I. Gli ordinamenti giuridici

1. Gli ordinamenti giuridici possono essere sovrani o non sovrani. Lo Stato è un ordinamento sovrano. Se poi lo Stato ha la forma della federazione o la forma della confederazione o altra forma,

ciò è meno importante.

1.1. Lo Stato da che cosa è composto? Quali sono i caratteri essenziali di ogni organizzazione statale? Come tutti sappiamo, gli elementi essenziali e distintivi sono almeno tre. Il popolo, il territorio e la sovranità. Personalmente, aggiungerei un quarto elemento: l'organizzazione. Unicamente l'organizzazione è capace di legare il popolo che risiede in un dato territorio e farne uno ordinamento di tipo statale e quindi dotato di un certo grado si sovranità[1]. Infatti gli ordinamenti giuridici sono il collante delle società umane[2]. Senza diritto non c'è società, non c'è famiglia, non esiste tribù, città-Stato, Stato, ma solo caos, guerra di tutti contro tutti[3].

2. L'Unione Europea è uno Stato? Oppure non è uno Stato? Ancora non lo sappiamo con esattezza. È uno Stato in formazione e quindi è una figura intermedia. In parte gli Stati, che fanno parte dell'Unione, hanno trasferito la sovranità all'Unione Europea e in parte l'hanno conservata.

3. Gli ordinamenti giuridici possono essere sovrani e non sovrani. Quando è che essi sono sovrani? Sono sovrani quando non riconoscono altri sopra di sé. Sopra di sé, però, tutti gli Stati moderni (quelli cioè che fanno parte delle Nazioni Unite), considerano le Nazioni Unite.

3.1. Allora, qual è il peso e il valore delle Nazione Unite? Non possiamo dirlo in poche parole, tuttavia, dobbiamo ricordare che,

[1] R. FEDERICI, *Guerra o diritto?*, *Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici. Affinché i cittadini non vengano alle armi*, Editoriale Scientifica, Napoli, III ed. 2013, p. 237.

[2] R. FEDERICI, *Rivolte e rivoluzioni. Gli ordinamenti giuridici dello Stato e dell'anti-Stato. Sulla differenza fra strutture e sovrastrutture*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 1 ss.

[3] R. FEDERICI, *Guerra o diritto?*, cit.; R. FEDERICI, *Rivolte e rivoluzioni*, cit.

tra i componenti delle Nazioni Unite, esiste qualche Stato che è più sovrano degli altri. E quindi essi formano i famosi cinque Stati che hanno il potere di veto. Questi cinque Stati (Usa, Russia, Cina, Gran Bretagna, Francia) hanno una sovranità un po' più alta; per intenderci, un po' più sovrana degli altri; oppure: una vera e propria sovranità.

4. Detto questo, un passo in dietro. Come abbiamo avuto modo di dire in altra occasione[4], gli ordinamenti giuridici sono il cemento delle società: non se ne può fare a meno. Sono il collante indispensabile. Senza diritto non esiste società umana, non esiste né famiglia, né città né Stato. Ma il caos. La guerra di tutti contro tutti Ovviamente, il collegamento con il pensiero di Hobbes è evidente, tanto quanto le relative differenze.

5. Invero, se gli esseri umani sapessero amare, non vi sarebbe bisogno né di regole, né di giudici, né di gendarmi; ma siccome gli esseri umani non sanno amare dobbiamo rassegnarci a dotarci di una qualche forma di organizzazione giuridica e sociale ed economica (in tal senso F. Carnelutti[5]). Alcuni, in passato (come gli anarchici) hanno pensato che si potesse vivere in uno "Stato" senza diritto. Questa idea è utopistica e come tale va considerata e respinta.

6. Il diritto è indispensabile, perché vale il vecchio principio (che poi tanto vecchio non è) secondo cui Ubi societas ibi ius (dove esiste una società ivi vige il diritto). Questo principio, dicevamo, come elaborazione e come stesura scritta risale a Santi Romano;

[4] R. FEDERICI, *Rivolte e rivoluzioni. Gli ordinamenti giuridici dello Stato e dell'anti-Stato. Sulla differenza fra strutture e sovrastrutture*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 1.

[5] F. CARNELUTTI, *La guerre e la paix* (1945). Traduzione di G. TRACUZZI, *La guerra e la pace*, Giappichelli, Torino, 2014, p.113.

quindi non è antichissimo. È di un secolo fa (1917/18)[6]. Qualcuno ha messo in dubbio la paternità di Santi Romano, senza però indicarne altra[7]. In ogni caso, nessuno prima di Santi Romano l'aveva posta per scritto. L'idea, dunque, non era stata espressa né con questa formula così convincente, né con altra similare. Di conseguenza, dell'organizzazione giuridica (qualunque ne sia l'origine: contrattuale o non contrattuale) non se ne può fare a meno. In altre parole, delle leggi, delle consuetudini, insomma del diritto oggettivo (ovvero degli ordinamenti giuridici) non se ne può fare a meno.

7. Come ci è sembrato di aver dimostrato in altri scritti, il diritto è uno strumento che permette la prosecuzione e concretizzazione delle scelte politiche, economiche e sociali. E perciò è anche lo strumento a disposizione delle classi dominanti all'interno di una qualsiasi società umana. È uno strumento diverso e contrario alla guerra e alla violenza pura. Il diritto tende a raggiungere la pace e quindi a consentire l'accordo fra individui e fra classi sociali[8]. Si potrebbe anche dire che gli ordinamenti giuridici sono come tante officine in cui lavorano, ad esempio: giudici, avvocati, notai, cancellieri, segretari vari, burocrati, gendarmi. E tutti hanno bisogno di sedi e apparecchiature varie per i loro tribunali, uffici, enti pubblici e, ancora, ne abbisognano le imprese e le società private.

[6] Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (prima edizione, 1918) seconda edizione 1946. Invero la prima parte del saggio era stata pubblicata nel 1917.

[7] A cominciare da A. LEVI, Ubi societas, ibi ius, in *Saggi di teoria del diritto*, Zanichelli, Bologna, 1924, 49; per ulteriori informazioni, rinvio a R. FEDERICI, Ubi societas ibi ius , ora allegato a *Rivolte e rivoluzioni*, p. 237 ss.

[8] Temi sviluppati ampiamente in R. FEDERICI, *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici. Affinché i cittadini non vengano alle armi*, Editoriale Scientifica, Napoli, (prima ed. 2009) III edizione 2013; e in R. FEDERICI, Ne cives ad arma veniant (*Affinché i cittadini non vengano alle armi*) ora in allegato nella III edizione di *Guerra o diritto?*

7.1. Inoltre anche l'attività di creazione e modificazione delle leggi è un'operazione (strabiliante) attraverso la quale (con l'utilizzo del mezzo legislativo) si passa dal non giuridico al giuridico; si passa da un'idea di trasformazione politica-economica-sociale di trasformazione giuridica al giuridico con l'utilizzo del (semplice) mezzo legislativo.

7.2. Tutto ciò impegna un esercito di persone che a differenza dell'altro esercito (quello per antonomasia) è destinato a mantenere l'ordine costituito. E a modificarlo secondo le procedure del diritto. Ma mai a sovvertirlo in forma violenta.

II. Le rivoluzioni

8. Le rivoluzioni violente, invece, hanno poco a che vedere con il diritto e con l'ordine costituito: sono l'esatto contrario. Si assiste alla formazione di un secondo ordinamento che si contrappone a quello in vigore. Praticamente si è in guerra. Se l'ordinamento in vigore è incapace di domare o di frenare una rivolta o una rivoluzione, si aprono le porte alla guerra civile o al capovolgimento di regime a causa della capitolazione di quello precedentemente in vigore. Le rivolte somigliano ad una miccia accesa in una polveriera: e quando "l'ordine costituito" risponde in termini non giuridici, ma bellici: si assiste, cioè, allo scontro tra due ordinamenti giuridici (l'ordinamento al potere contro quello che aspira a conquistarlo).

8.1. La rivoluzione è la guerra dell'anti-Stato contro lo Stato: è la guerra delle classi sottomesse contro quelle al potere. Se l'anti-Stato vince, diventa il nuovo Stato. Se invece a vincere è lo Stato, l'anti-Stato perisce; ed eventualmente, se ne forma un altro nella lotta perenne fra chi è al potere e chi il potere lo vuol

conquistare.

9. Se viceversa all'uso della violenza di una parte, si risponde con l'uso dei mezzi giuridici (seppur straordinari senza travalicare i limiti giuridici) non si ha una risposta bellica ma un contrasto legale alla illegalità dei "ribelli".

9.1. Si potrebbe portare l'esempio delle modalità con le quali lo Stato italiano ha affrontato il tentativo di rivoluzione comunista posto in essere dalle Brigate Rosse (1970-1988) e da formazioni analoghe, con i loro attentati, saccheggi, rapimenti ed omicidi. Lo Stato non ha risposto in termini bellici, ma in termini giuridici. Ha ricercato i colpevoli e quando è riuscito ad arrestarli, li ha processati. Li ha indotti a pentirsi. Non ha infierito.

III. I caratteri e le funzioni degli ordinamenti giuridici

10. I caratteri indispensabili di ogni struttura giuridica (e cioè degli ordinamenti giuridici) sono l'organizzazione, le norme e il rispetto delle norme.

10.1. L'organizzazione può essere il frutto di accordi o di idee prevalenti all'interno del gruppo che si auto-organizza.

10.2. L'introduzione e cioè la posizione (la creazione) di norme giuridiche non è sufficiente per avere un ordinamento giuridico: occorre che le norme in vigore (le regole statuite dalla Costituzione, dal recepimento dei trattati internazionali, dalle leggi ordinarie e dagli atti aventi forza di legge) siano rispettate spontaneamente o, in caso contrario, fatte rispettare, anche con l'uso della forza giuridica[9]. Infatti, scriveva Blaise Pascal, la

[9] A tal proposito si cita sempre i lavori e il pensiero di H. KELSEN a cominciare dalla *Dottrina pura del diritto* (1934), traduzione di R. TREVES, Einaudi 1952; testo successivamente ripubblicata dopo che nel frattempo era uscita la seconda

giustizia senza la forza è inerme; mentre la forza senza la giustizia è tirannia[10]. Inoltre va ricordato anche l'articolo 12 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789): «La garanzia dei diritti dell'uomo e del cittadino ha bisogno di una forza pubblica; questa forza è dunque istituita per il vantaggio di tutti, e non per l'utilità di coloro ai quali è affidata».

11. Le potestà, i diritti, i doveri, gli obblighi sono detti, nel loro complesso, situazioni giuridiche soggettive. Esse nascono da atti imperativi (come le leggi, le sentenze, gli atti esecutivi, gli atti amministrativi, gli ordini, i controlli, le sanzioni) o dagli atti negoziali. Dai rapporti giuridici tra i soggetti nascono altri diritti, altri doveri, altri obblighi in capo ai singoli (ad esempio, ai compratori e ai venditori), e cosi via.

12. Ecco un ulteriore motivo per sostenere che gli ordinamenti giuridici non sono fatti di sole norme ma sono soprattutto organizzazione. Poi tutto ciò si misura sull'efficienza dell'organizzazione nel garantire il rispetto delle norme. Ma è vero anche che le stesse norme, spesso, sono di origine contrattuale: stipulate con tanto di accordi tra classi sociali, quanto fra gruppi, tra vicini; e dunque non solo espressione di un'unica classe sociale. I trattati internazionali costituiscono un esempio che ben rappresenta il concetto di origine contrattuale anche delle norme.

13. Qual è la funzione del diritto? Qual è la funzione degli ordinamenti giuridici? La funzione di ogni ordinamento giuridico è

edizione della stessa opera (1960), talmente modificata rispetto alla prima che in Italia, per tenere distinte le due edizioni si è ricorsi all'espediente di ritoccare il titolo della prima edizione così trasformato: *Lineamenti di Dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1967.

[10] B. PASCAL, *Pensieri*.

dunque quella di prevenire le liti (individuali e sociali) e di risolvere i conflitti fra i singoli individui, fra popoli diversi, fra le differenti classi sociali[11].

IV. Il diritto come arte del buono e dell'equo e la tutela automatica dei "diritti fondamentali"

14. Qualcuno potrebbe pensare (rifacendosi a un antico principio romanistico) che il diritto è l'arte del buono e dell'equo[12]. Ecco, in questa definizione abbiamo un che di grandioso e di inestimabile: una fiducia immensa negli esseri umani. Fiducia che gli esseri umani non meritano e non hanno meritato. L'opera del diavolo o del maligno (come dicono tante religioni) oppure il fatto che l'uomo sia stato costruito con un legno storto (Kant), hanno corrotto le buone intenzioni.

14.1. Si può dire che l'arte del buono e dell'equo sia una speranza legittima. Sia la realizzazione del miglior diritto possibile. Simile per non dire uguale a quello governato dall'amore degli uni per gli altri. Più un ordinamento giuridico si avvicina a questa missione, e più si può fornire di esso un giudizio positivo. Ma solo pochi ordinamenti si sono accostati veramente a questo ideale; purtroppo dobbiamo accontentarci di pretendere un po' meno.

15. Se effettivamente, il diritto fosse l'arte del buono e dell'equo, ecco che noi avremmo in automatico la tutela dei diritti fondamentali. Perché se è vero che il diritto è l'arte del buono e dell'equo, certamente i diritti fondamentali avrebbero trovato da

[11] In tal senso R. FEDERICI, *Guerra o diritto?* (I edizione, 2009; III ed. 2013), cit. ; ID., *Rivolte e rivoluzioni*, 2019, cit.

[12] Ulpiano, Digesto, I.1.1.

sempre la propria tutela. Ed invece sono secoli che si discorre di tutela dei diritti fondamentali, e sembra che poco sia stato fatto. Ciò non è proprio vero! Pur se, molto ancora c'è da fare. E anche dopo il rinnovamento portato dalla Rivoluzione Francese, detta tutela dei diritti fondamentali ha ancora molta strada da compiere.

16. Nel corso della Storia, abbiamo conosciuto tanti ordinamenti giuridici. La gran parte di essi consideravano la stragrande maggioranza della popolazione non come un insieme di cittadini ma come il complesso dei sudditi. Eppure quegli ordinamenti giuridici erano veri e propri ordinamenti giuridici. Ma essi erano come macchine da guerra contro le masse? Esse erano macchine per opprimere alcune classi sociali a favore di altre?

16.1. Allora sorge spontanea una domanda: quando, cioè, all'interno dello stesso sistema giuridico c'è un gruppo dominante che opprime le altre classi sociali, vige il diritto o la guerra di una classe (o di due classi) contro tutte le altre? Dall'esame storico delle società umane del passato (e cioè dall'esame storico) fino a poco tempo fa, e spesso ancora oggi, purtroppo e a malincuore, dobbiamo riconoscere una sorta di oppressione continua delle classi dirigenti nei confronti del resto del popolo. Ciò ci fa dire che tutti i regimi non democratici (ed anche quelli paternalistici), in fondo in fondo erano tutti oppressivi. Ciò riguardava non solo le tirannie antiche, ma si riferisce anche alle dittature moderne (più o meno mascherate).

V. Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici

17. Noi pensiamo che la pluralità degli ordinamenti giuridici sia una costruzione di Santi Romano. No! Santi Romano ha

individuato e fornito "un nome e cognome" ad una realtà giuridica (peraltro) antichissima[13]; ma che in precedenza non era stata valutata in tutte le sue sfaccettature. Si è poi scoperto o scoperchiato un vero vaso di Pandora. Gli studiosi di storia del diritto si sono buttati a capofitto su questo tema e hanno rivelato l'importanza della pluralità degli ordinamenti giuridici.

17.1. Invero si tratta di un fenomeno antichissimo. Antico quanto le classi sociali. Ogni classe aveva un proprio ordinamento giuridico. Se noi facciamo un salto in Francia, prima dello scoppio della Rivoluzione Francese, troviamo una società suddivisa in tante classi, due di esse privilegiate (clero e nobiltà) e tutte le altre subordinate e riunite per comodità nel gruppo comune del Terzo Stato. La Rivoluzione Francese è la rivoluzione del Terzo Stato contro gli altri due Stati: contro il Clero (che era il primo Stato) e contro la Nobiltà. Tutti e tre erano altrettanti ordinamenti giuridici: due comandavano e il resto, tutto il resto, e cioè il novantotto, il novantasette per cento della popolazione, fate voi, costituiva la massa degli oppressi.

VI. Sull'acquisto della sovranità a titolo originario

18. Intorno all'anno Mille e nei secoli immediatamente successivi incominciano a formarsi nuove città e alcune vecchie risorgono. Riprendono i commerci e l'artigianato. In contemporanea nell'Italia settentrionale e centrale queste comunità cittadine incominciano ad organizzarsi e a dettare a sé stesse nuove

[13] Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit.; sull'argomento si può consultare R. FEDERICI, *Un passo oltre Santi Romano. La critica del concetto di diritto bellico*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Editoriale Scientifica, 2017, p. 1203 ss.

norme. È così che, quasi dal nulla (ossia, dal vuoto lasciato per la disgregazione del precedente ordinamento) nacquero i nuovi ordinamenti giuridici, ai quali sarebbe stata assegnata la denominazione di Comuni. I Comuni, infatti, sono gli ordinamenti giuridici nuovi che sorsero spontaneamente in queste città. Trattasi di uno dei casi più eclatanti per poter dimostrare che le organizzazioni sociali hanno creato le norme e non viceversa.

19. Sono le organizzazioni sociali che hanno creato le norme? Oppure sono state le norme a creare i primi Comuni dell'Italia settentrionale e centrale? Ci si potrebbe domandare: sono sorte prima le organizzazioni sociali o prima le norme? Chi ha creato chi? Sono i cittadini, riuniti in organizzazioni sociali, che nel darsi le prime le regole hanno creato i Comuni? Oppure, all'opposto, alcune norme misteriose hanno ideato i primi Comuni? Invero, una norma misteriosa (che preesiste senza che nessuno la conosca) esiste solo nella mente di Kelsen[14]. Quindi superata con facilità questa supposizione, il dubbio si risolve con una certa facilità. Dunque, i Comuni medievali sono quegli ordinamenti giuridici creati dalle organizzazioni cittadine (e non da una qualche norma misteriosa). È proprio con questo fenomeno storico che si può dimostrare l'opinione di Santi Romano sulla possibile derivazione delle prime norme dall'organizzazione e non viceversa. Aspetto che può sembrare puramente teorico dal momento che poi si innesta un movimento circolare: le organizzazioni creano le prime norme e poi le norme creano nuove organizzazioni, e così via[15]. «L'improvviso esplodere di miriadi di ordinamenti giuridico-politici nel nuovo millennio ha

[14] H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Torino, 2000, § 29 s.

[15] Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (I edizione, 1918), seconda ed, Sansoni, Firenze, 1946, § 10 ss.; cfr. R. FEDERICI, *Rivolte e rivoluzioni*, cit., p. 37 s.

naturalmente posto interrogativi sulle molle che hanno fatto scattare il fenomeno»[16]. Siffatti ordinamenti nascevano da patti collettivi ed erano garantiti «da un solenne giuramento»[17]. Di questi giuramenti collettivi, «quello più limpido e più significativo» concerne la formazione della «Compagna genovese … citata sin dal 1099 negli annali detti di Caffaro e prontamente imitata in altre città liguri»[18]. Questo ordinamento giuridico «rientra tra quelle forme di autonomia che suscitarono le apprensioni di Federico Barbarossa, consapevole dell'ostacolo che rappresentavano alla restaurazione dell'autorità imperiale»[19]. Tali organizzazioni «germogliavano ovunque. Spiccano per la loro importanza, dopo le istituzioni comunali, le societates di arti e mestieri o corporazioni, che da una parte organizzarono e protessero le varie attività economiche, dall'altra ne fecero ghetti d'interessi particolaristici»[20]. La consuetudine di associarsi creò anche altre figure[21]. Come ad esempio le consorterie gentilizie che «ebbero nomi vari a seconda dei luoghi; vi si accedeva per nascita o per matrimonio; l'ordinamento interno era assicurato da patti spesso giurati dei vari ceppi patrizi, ed erano questi patti a trasformarsi nello statuto del consorzio»[22]. «Talune consorterie esercitavano poteri giurisdizionali e di polizia nei confronti dei propri» affiliati[23]. «V'erano poi le compagnie delle armi, così qualificate per via degli scopi prevalentemente militari … esse ebbero una parte non indifferente nelle vicende del primo

[16] E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Il cigno edizioni, Roma, prima edizione 2000. Le citazioni delle pagine però si riferiscono ad una ristampa del 2014. E dunque p. 415 s.
[17] E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., p. 417.
[18] E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., p. 417.
[19] E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., p. 417.
[20] E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., p. 418.
[21] E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., p. 418.
[22] E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., p. 418 s.
[23] E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., p. 419.

Comune»[24]. «V'erano infine le tante confraternite laicali con scopi assistenziali e religiosi»[25]. Le corporazioni di «arti e mestieri non limitano l'attività entro i confini della produzione propria dell'arte o del mestiere»[26]. «I loro statuti disegnano gerarchie amministrative e giurisdizionali, creano sistemi previdenziali, curano le cerimonie religiose e gli edifici di culto, talvolta disciplinano addirittura la partecipazione dei membri alla vita politica cittadina»[27]. Così avvenne anche per la creazione della prima università degli studi d'Europa: quella di Bologna. Gli studenti «che venivano spesso da fuori e si sentivano stranieri, isolati e maltrattati dal Comune e dalla popolazione di Bologna si erano riuniti in una universitas, entro la quale si davano regole, eleggevano un rettore e propri rappresentanti in modo da fronteggiare meglio, con la forza del numero e dell'organizzazione, le difficoltà della vita quotidiana, nonché per regolare soddisfacentemente i rapporti con i propri maestri»[28]. «L'originario rapporto scolastico imitava quello corrente nelle corporazioni di mestiere»[29]. «Quando poi Giovanni Bassiano, nei primi anni '90 del XII secolo, deplorerà la pretesa dell'università degli scolari di eleggere i propri rettori, troverà logico di auspicare che le nomine vengano fatte dai professori»[30]. «Azzone ribadirà: si faccia come i fabbri e gli altri corpora cittadini: insomma per entrambi il modello» doveva essere trasformato a tutto vantaggio della corporazione degli insegnanti»[31].

[24] E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., p. 419.
[25] E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., p. 419.
[26] E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., p. 419.
[27] E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., p. 419.
[28] E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., p. 419 s.
[29] E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., p. 420.
[30] E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., p. 420 s.
[31] R. FEDERICI, *Rivolte e rivoluzioni*, cit., p. 41.

20. In passato c'erano alcune famiglie nobiliari che appartenevano alla casta dei "sovrani". Se veniva a mancare un sovrano perché una dinastia si era estinta, ci si metteva alla ricerca di un nuovo re fra le famiglie reali del tempo. È il caso ad esempio dei primordi delle Sette Province Unite, quando esse erano alla ricerca di un re; anche se poi preferirono scegliere uno Statolder (ossia, un comandante militare) nella dinastia dei Nassau-Dillennburg[32]. I calvinisti olandesi si erano si erano identificati con il popolo eletto descritto dall'Antico Testamento; e il re di Spagna veniva paragonato al Faraone d'Egitto, dal quale le popolazioni delle Sette Province del Nord, nel 1581, si sarebbero rese indipendenti con il cosiddetto Atto di abiura (Utrecht, 26 luglio 1581). In altre parole, con quest'atto gli Stati generali delle Sette Province Unite condannarono per indegnità il proprio sovrano Filippo II; e si riappropriarono del titolo che essi in un primo momento pensarono di attribuire ad altra personalità ritenuta degna di tanto onore. Ma i primi designati non diedero buoni frutti: né l'arciduca Mattia nipote di Filippo II, né Ercole di Valois; così, dopo la partenza dell'inviato dalla regina Elisabetta d'Inghilterra come Governatore (Robert Dudley, primo conte di Leicester), gli Stati generali nel 1587 deliberarono di rivendicare

[32] Nei Paesi Bassi la rivolta antispagnola iniziò nel 1566. Essa non fu solo una guerra di indipendenza nei confronti delle tasse e della dominazione spagnola, ma fu anche una vera e propria rivoluzione economica e sociale ispirata dai mercanti e dalla riforma religiosa. Il capo della rivolta olandese contro gli spagnoli non era olandese. Guglielmo I nacque a Nassau il 24 aprile 1533, era il figlio primogenito del conte Guglielmo I di Nassau-Dillennburg e di Giuliana von StolbergWernigerode, due convertiti: prima alla riforma luterana e in seguito al credo calvinista. Alla morte del cugino Renato di Nassau, nel 1544, all'età di undici anni, egli avrebbe ereditato il titolo di principe di Orange e i relativi beni se fosse diventato cattolico. I genitori non si opposero a che il loro figlio primogenito fosse inviato presso Maria d'Asburgo (conosciuta anche come Maria d'Ungheria), figlia dell'imperatore Carlo V, per ricevere un'educazione cattolica (testo ripreso da un'altra mia pubblicazione: R. FEDERICI, *Collegamenti ed intrecci fra origine delle lingue, delle religioni e dei sistemi giuridici*, in *Rivista di Studi Internazionali e Politici,* 2015, p. 127 ss.; e ripubblicato nell'appendice n.2 di *Rivolte e rivoluzioni*, cit., p.275 s.).

la sovranità dello Stato e decisero di proclamare la Repubblica delle Sette Province Unite. Di esse l'Olanda era solo la più grande e la più ricca. Al vertice delle singole Province veniva nominato un comandante militare, Statolder, mentre un'aristocrazia mercantile governava attraverso gli Stati generali di ogni singola Provincia.

21. L'appiglio giuridico e l'antecedente storico della rivoluzione nei Paesi Bassi risale ad una Carta delle libertà comunali riconosciuta dalla duchessa Giovanna nel 1356 (carta meglio nota con il nome di Joyeuse Entrée, perché con essa la duchessa conquistò l'onore dell'ingresso trionfale in Bruxelles: segno di soddisfazione e di appoggio dell'aristocrazia locale, del clero e della popolazione).

21.1. La carta suddetta conteneva la celebre clausola di ribellione, che poteva essere attivata dai cittadini. Essa li legittimava a disobbedire al sovrano che avesse violato i diritti riconosciuti al popolo. Questi riconoscimenti e diritti del popolo di alcuni Paesi Bassi, riaffermati ed estesi dal Gran Privilegio di Olanda e Zelanda (1477), furono rivendicati con forza dagli indipendentisti e, perché no, rivoluzionari olandesi del XVI secolo. Si ritiene che, con molta probabilità, l'atto di abiura delle Sette province influenzò Thomas Jefferson nella stesura della Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America[33].

22. Sicuramente ne fu influenzato il parlamento inglese quando attuò nel 1689 la "Gloriosa Rivoluzione"con la Dichiarazione dei diritti ("Bill of Rights"). Allora divenne decisivo l'aiuto di Guglielmo d'Orange (capo delle forze armate dei Paesi Bassi) e

[33] Testo in gran parte ripreso dal già citato R. FEDERICI, *Collegamenti ed intrecci fra origine delle lingue, delle religioni e dei sistemi giuridici*, cit.

futuro re d'Inghilterra.

22.1. Ecco, in estrema sintesi, i fatti: «la Rivoluzione inglese del diciassettesimo secolo, può essere divisa in due fasi: durante e dopo Oliver Cromwell. Nella prima fase, radicale, si dichiarò l'abolizione della monarchia, l'abolizione della Chiesa d'Inghilterra, l'istituzione di un governo democratico, una costituzione scritta e una codificazione legislativa del diritto penale e civile»[34]. «Non molto tempo dopo, alla morte di Cromwell (nel 1658) tornarono i disordini, ai quali il Parlamento pose fine con la restaurazione della monarchia e con l'incoronazione di Carlo II (figlio del re Carlo I), che regnò dal 1660 al 1685. Non altrettanto fortunato sarebbe stato il regno del suo successore: il fratello Giacomo II che, dopo appena tre anni, sarebbe stato deposto dal Parlamento. E così ebbe inizio (nel 1688) la seconda rivoluzione conosciuta anche come "Gloriosa Rivoluzione" terminata nel 1689 con la vittoria di Guglielmo d'Orange (genero di Giacomo II e capo delle forze armate dei Paesi Bassi): chiamato dagli anglicani e protestanti inglesi per sostituire sul trono Giacomo II. Nello stesso anno (il 1689), il nuovo re (con il titolo di Guglielmo III) approvò la "Dichiarazione dei diritti" ("Bill of Rights") che autolimitava fortemente i poteri monarchici: il potere legislativo era trasferito al Parlamento e al re restava unicamente il potere esecutivo. Invero questa rinuncia non dovrebbe esser stata difficile da accettare per un capo delle forze armate di una repubblica (quale i Paesi Bassi erano all'epoca). Infatti, nei Paesi Bassi le funzioni

[34] R. FEDERICI, *Rivolte e rivoluzioni*, cit. p. 14. Di notevole aiuto per la elaborazione di questo argomento, mi è stato fornito dagli studi di H. G. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale* vol. I [1983], il Mulino, Bologna, 2007; H. G. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale* [2003], il Mulino, 2010, vol. II, p. 678.

legislative erano esercitate dai parlamenti della repubblica, e la funzione giurisdizionale era svolta da altri ancora. Questa nuova fase inglese fu caratterizzata dall'influenza calvinista esercitata sulla Chiesa d'Inghilterra a partire dall'arrivo di Guglielmo d'Orange (fervente calvinista) proveniente dagli attuali Paesi Bassi. Secondo i calvinisti, Dio aveva fatto un patto col popolo eletto. Nella versione degli anglo-calvinisti, Dio avrebbe fatto dell'Inghilterra "una nazione eletta". «Come i figli di Israele erano stati una volta scelti per essere "un lume per tutte le nazioni", così gli anglo-calvinisti sarebbero stati eletti da Dio come nuovo lume delle nazioni»[35]. «Giovanni Calvino aveva scritto un secolo prima che la miglior forma di governo è l'aristocrazia, o, in qualche modo, l'aristocrazia temperata dalla democrazia. Questo concetto sostenne anche l'abolizione delle corti delle prerogative courts reali dei Tudor-Stuart e la supremazia delle corti di common law»[36]. E poi «congiunta al concetto di storicità del diritto inglese fu l'introduzione della dottrina del precedente come elemento centrale della dottrina inglese». «Il Parlamento era il legislatore supremo, e teoricamente non c'erano – e non ci sono - limiti alla sua competenza; ma i giudici dovevano svolgere anche un ruolo creativo nell'adattare la legislazione parlamentare»; e, di fatto, doveva adattare alla costituzione non scritta inglese, i «bisogni di cambiamento della società così come si riflettevano nel processo penale e civile»[37]. «Non solo legislazione parlamentare, ma anche ai precedenti giudiziali» toccò «di governare lo straordinario sviluppo del diritto civile ed economico». «Il cambiamento forse più spettacolare nella

[35] H. G. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, cit. p. 681.
[36] H. G. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, cit. p. 681.
[37] H. G. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, cit. p. 681.

procedura delle corti del common law inglese nel tardo diciassettesimo secolo fu la trasformazione del processo con giuria mediante l'introduzione della prova per testimoni nella fase dibattimentale. Ora il giudice e la giuria accedevano alla stessa testimonianza e potevano essere in disaccordo sulla sua interpretazione. Come abbiamo veduto, una concezione relativistica della verità, corrispondente al nuovo metodo scientifico del tempo, fu enunciata per risolvere la questione di quale interpretazione dovesse prevalere, soprattutto per far sì che in tali casi non dovesse presumersi che l'una o l'altra interpretazione dei fatti fosse vera, ma che, al contrario, le persone ragionevoli potessero guardare in modo diverso alla verità, e che conseguentemente il giudice, in molti casi, non potesse annullare un verdetto della giuria, dal momento che è allo scopo di conoscere i fatti che la giuria è istituita»[38].

23. Da questa riforma avrebbe preso spunto anche Montesquieu per elaborare la sua celebre teoria a garanzia della libertà dei cittadini, tendente alla separazione dei tre poteri statali fondamentali: il legislativo, l'esecutivo e il giudiziario»[39].

VII. Se si è obbligati ad obbedire per forza, non si obbedisce ad una "legge"

24. Che cosa sosteneva Rousseau? Uno che, con i suoi scritti, la Rivoluzione Francese l'aveva, per così dire, preparata. Diceva: se si è obbligati ad obbedire per forza, non si obbedisce ad una

[38] H. G. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, cit. p. 681.
[39] R. FEDERICI, *Rivolte e rivoluzioni*, cit., p. 14 ss.

"legge", ma si sottostà all'uso della forza[40]. E allora: per secoli, il popolo di Francia aveva obbedito per scelta o per paura? Per scelta o per uso della forza? La risposta è ovvia: per non subire le sanzioni più crudeli.

25. Rousseau, il grande teorico della rivoluzione, fu anche un teorico (ed un filosofo) del diritto, nel senso più nobile del termine. Egli si era domandato: come liberare l'uomo dalle catene che lo imprigionano? E intuì che ogni essere umano nasce libero e per ciò le organizzazioni umane si devono fondare sull'accordo fra i suoi partecipanti. Ma entrò in polemica con Hobbes (al quale rimproverava di non detestare a sufficienza quella forma di governo in cui il sovrano assicura ai sudditi un minimo di pace con l'evitare la lotta di tutti contro tutti). E lo criticò (anzi lo irrise), e scrisse: in tutto questo cosa ci guadagnano i singoli individui? Nell'essere e nel restare servi? La pace va bene; ma una pace senza diritti (o con pochi diritti), serve a poco. Invero Hobbes aveva parlato di buon governo e di quell'essere artificiale che incominciava a chiamare Stato; e ricordava che la rinuncia ad un diritto doveva esser fatta in vista di un riconoscimento reciproco o di altro vantaggio[41]. Tuttavia, anche per Hobbes vi sono dei diritti irrinunciabili come quello di resistenza all'aggressore[42].

26. Rousseau propugnava la stipula del Contratto sociale, ossia di un accordo tra tutti i cittadini della stessa nazione ovvero del medesimo Stato. Insomma il Contratto sociale doveva essere come una sorta di trattato (fra le diverse classi sociali) simile ad un trattato internazionale sul come gestire il dopo guerra, ossia,

[40] J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, libro I, cap. terzo. Brano ricordato da noi in altra occasione: R. FEDERICI, *Guerra o diritto?*, III ed., cit., p. 198.
[41] T. HOBBES, *Leviatano*, I, 14.
[42] T. HOBBES, *Leviatano*, I, 14.

per gestire il tempo di pace sociale, con una legge uguale per tutti. Ovviamente, con la differenza dal trattato internazionale che le parti non erano due Stati ex belligeranti ma le classi della stesso Stato. Le cose andarono un po' diversamente, questo Contratto non fu mai stipulato per cui la questione fu demandata all'uso della armi. E la borghesia, fin da subito, assunse il potere per sé e per i propri alleati.

27. Si potrebbe dire che la guerra tra classi sociali non sia ancora finita e non finirà mai, almeno fin quando non verranno riconosciuti i Diritti fondamentali dei cittadini e il diritto nel suo complesso diventi veramente l'arte del buono e dell'equo.

28. Una guerra fra classi sociali fu anche quella fra patrizi e plebei nella Roma antica. Ma ritorniamo a tempi più vicini ai nostri. A poco prima dell'inizio della Rivoluzione Francese, a quando l'abate Sieyès si domandò: Che cos'è il Terzo Stato? Perché è tutto, ma non conta nulla? Il Terzo Stato era composto dal novantotto per cento della popolazione e si faceva comandare da una casta costituita dal due percento. Tanto pochi erano i discendenti di un popolo conquistatore. Un popolo guerriero che aveva abbandonato i territori germanici e sottomesso le genti pacifiche residenti nel territorio francese[43].

29. Tanto per riprendere il caso arcinoto della Rivoluzione Francese: questa è stata una "battaglia" risolutiva di una guerra sotterranea che durava da secoli? Oppure fu una guerra nuova scoppiata nel 1789? Vero è che, sotto la cenere, il dissenso covava da tempo! Ricordava Rousseau che conviene attendere i tempi maturi per combattere[44]. Altrimenti la sconfitta è sicura. E

[43] E. J. SIEYÈS, *Che cos'è il Terzo Stato* (1789).
[44] J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale.*

i tempi maturi si verificarono tra il 1788 e il 1789. È stata la Rivoluzione Francese a distruggere l'antico regime, a seguito proprio di una rivoluzione violenta che tutto ha sovvertito. C'è voluta una "guerra civile rivoluzionaria", è stata necessaria una sollevazione popolare per rispondere ad uno stato di oppressione di tipo bellico?

29.1. In altre parole, come inquadrare il lunghissimo periodo anteriore alla Rivoluzione Francese? Per secoli fu una sorta di guerra civile continuata per altrettanti secoli? E poi risolta con un rapido stravolgimento dei fronti? Ossia, fu una guerra civile lunghissima, durata secoli? Oppure piuttosto breve (iniziata nel 1789), questa volta vinta (in Francia) da chi aveva perso la guerra precedente ed era stato sottomesso a regole non troppo dissimili da quelle di dura servitù (una sorta di schiavitù mascherata).

29.2. Che differenza sostanziale c'era fra i servi medioevali e gli schiavi dell'antica Roma? Chi erano i servi della gleba? Se non schiavi, cos'altro erano? E gli operai delle manifatture o della miniere, cos'altro erano? La fame li riduceva ai lavori più duri; e in tutto questo c'erano anche gli "schiavi degli schiavi": i bambini indotti a lavorare nella più tenera età (dai cinque a sei anni in poi) fino, molto spesso, alla morte precoce.

30. Ci volle una rivoluzione, per cambiare un regime che per secoli aveva reso il popolo un complesso di sudditi (di servi) della nobiltà e del clero, con qualche piccola eccezione per i commercianti e gli altri borghesi arricchitisi.

31. La Rivoluzione Francese è anche quella rivoluzione che ha stabilito il principio veramente rivoluzionario, secondo cui "la

legge è uguale per tutti”[45]. I tre ordinamenti giuridici precedenti sono stati ridotti ad uno. La riforma fu così incisiva da far dimenticare che anteriormente, nell’antico regime, non era così. Tanto è vero che poi ci si era scordati di questa suddivisione in caste che aveva differenziato e perseguitato tutta l’umanità e fin dall’antichità.

32. Poi sarebbe scoppiata la Rivoluzione Russa (1917), nel corso della quale a vincere fu il quarto Stato (il popolo dei proletari guidati dal partito comunista), ma anche in questo caso non si raggiunse la parità assoluta e tanto meno la tutela dei Diritti fondamentali: infatti si era formata una classe dirigente interna al partito comunista (una sorta di aristocrazia) che dall’alto guidava tutto il resto e non ammetteva critiche. Tanto che la libertà di parola era assai pericolosa e la censura sempre occhiuta. Era la dittatura del proletariato.

33. Alla caduta del comunismo in Russia (1989), segue un periodo di instabilità, dove i vecchi dirigenti, i più abili o più astuti, in gran parte si riciclano nei nuovi potentati.

VIII. Sulla differenza fra guerra e diritto

34. Ciò premesso, dobbiamo dire che l’ordinamento giuridico non è scontro tra ordinamenti giuridici contrapposti. Gli ordinamenti giuridici contrapposti possono arrivare alla guerra o alla

[45] Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino, articolo 6.: « *La Legge è l’espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno il diritto di concorrere personalmente o per mezzo di loro rappresentanti alla sua formazione. Essa* deve essere la stessa per tutti*, sia che protegga, sia che punisca. Tutti i cittadini, essendo uguali ai suoi occhi, sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici, secondo la loro capacità e senz’altra distinzione che quella della loro virtù e del loro ingegno*».

rivoluzione armata, ma non sono la guerra o la rivoluzione armata.

35. Ci dobbiamo chiedere di nuovo che cos'è il diritto? Che cos'è l'ordinamento giuridico? E si deve rispondere che è un'officina: è uno strumento; e come strumento di per se stesso non ha un cervello, deve essere comandato da qualcosa d'altro. Chi è che comanda? La risposta più ovvia: è la classe dominante del momento. Cambiano le classi politiche, cambiano gli istituti ma il diritto resta sempre. Non se ne può fare a meno: è uno strumento essenziale come strumento e come officina resta sempre. È uno strumento essenziale, indispensabile.

36. Ecco, arriviamo rapidamente alla conclusione. Gli ordinamenti sovrani, purtroppo, sono anche quelli che fanno la guerra. Se un ordinamento non è sovrano, è sottomesso a qualche altro. Quindi noi abbiamo una alternativa messa in luce in uno studio dal titolo "Guerra o diritto?"[46]. Guerra e diritto sono due strumenti alternativi. Sono entrambi la prosecuzione della scelte politiche, sociali ed economiche delle classi dominanti.

37. Se veramente la guerra è la prosecuzione della politica con altri mezzi, come spiegato da von Clauwseviz (e, sia chiaro, noi concordiamo con questa definizione!) ci si sente obbligati a ricercare quali sono gli altri mezzi.

38. I mezzi diversi da quelli bellici, ovviamente, dovrebbero essere pacifici. Ma quale mezzo "pacifico" è capace di garantire la pace? Clauwseviz, invero, una risposta la fornisce: parla di diplomazia. Quando i contatti diplomatici falliscono, una della due parti o entrambe abbandonano i tentativi di risolvere in modo

[46] Più volte citato.

giuridico la controversia. Ma, come tutti i giuristi sanno, gli abboccamenti diplomatici non sono altro che uno dei tanti istituti giuridici di cui ogni ordinamento giuridico evoluto dispone. Ragion per cui, i mezzi altri, rispetto alla guerra, sono i mezzi giuridici. Il diritto è il contrario della guerra: è l'alternativa alla guerra. Ecco perché ci siamo permessi di definire il diritto come prosecuzione della politica con i mezzi diversi da quelli bellici. Ci dovremmo domandare perché von Clauwseviz non ha spiegato meglio questo aspetto. Non possiamo imputare a von Clauwseviz una accusa che non merita: egli era un generale e non un giurista; dunque von Clauwseviz non ha colpe, se proprio "colpe" vogliamo ricercare, esse andrebbero attribuite a chi non aveva fatto questo piccolo ragionamento che invece noi iniziammo ad esporre nel 2009, con la pubblicazione della prima edizione di Guerra o diritto?

39. Abbiamo avuto ordinamenti giuridici anche nei sistemi sovietici! A leggere superficialmente Marx, e il Manifesto del partito comunista, sembrerebbe un obbrobrio. Invero però in tali testi venivano condannate le leggi, le consuetudini e gli usi della borghesia. Dunque, attenzione! Non venivano condannate le leggi e le regole in quanto tali (e cioè in assoluto), ma si biasimavano soltanto le leggi e le istituzione del nemico di classe: le leggi e le consuetudini della borghesia. In sostanza non tutte le leggi sono da detestare, sono da condannare unicamente quelle del nemico; mentre sono buone le proprie leggi; ed è giusto e legittimo il proprio diritto.

IX. Sulla differenza fra strutture e sovrastrutture

40. È ora il caso di affrontare il problema circa la qualificazione del diritto come struttura o come sovrastruttura. Se le strutture

sono gli elementi che determinano le condizioni materiali dell'esistenza, come può negarsi che gli ordinamenti giuridici ne facciano parte a pieno titolo? Eppure non la pensano così molti studiosi marxiani. Invero per loro, l'economia, le scelte economiche sono da considerare le colonne portanti delle società umane e quindi solo esse sono le strutture: tutto il resto è sovrastruttura; diritto compreso!

41. Occorre comprendere che il diritto è un qualcosa di diverso dalla forza. Non è solamente forza. Ma è quell'organizzazione, quella struttura portante delle società umane, delle famiglie, delle tribù, delle città e degli Stati. È quell'assetto che permette alle scelte politiche, economiche e sociali delle classi dominanti di realizzarsi. Una sorta di diritto è anche quella struttura, quella organizzazione chiamata partito comunista?[47]

42. Andiamo a leggere "Il Manifesto del partito comunista" che è lo Statuto, l'atto fondativo di tutti i partiti comunisti. «I proletari non hanno nulla di proprio da salvaguardare, essi hanno solo da distruggere tutto ciò che fino ad ora garantiva e assicurava la proprietà privata»[48]. Borghesi, i vostri «rapporti di produzione, così come il vostro diritto non è che la volontà della vostra classe elevata a legge, una volontà il cui contenuto è dato dalle condizioni materiali d'esistenza della vostra classe»[49]. Ecco chiarito il rapporto che lega il diritto borghese all'economia borghese.

43. Dunque: «La prima tappa della rivoluzione operaia consiste nell'elevarsi del proletariato a classe dominante»[50]. «Il

[47] R. FEDERICI, *Rivolte e rivoluzioni*, cit., p. 1.
[48] K. MARX – F. ENGELS, *Il Manifesto del partito comunista* (1848), parte I.
[49] K. MARX – F. ENGELS, *Il Manifesto del partito comunista* (1848), parte II.
[50] K. MARX – F. ENGELS, *Il Manifesto del partito comunista* (1848), parte II).

proletariato userà il suo dominio politico per togliere via via alla borghesia tutto il capitale per concentrare nelle mani dello Stato, ossia del proletariato organizzato quale classe dominante, tutti gli strumenti di produzione»[51]. «Lo scopo immediato dei comunisti è il medesimo che è proprio di tutti i partiti proletari: formazione del proletariato in classe, rovesciamento della borghesia, conquista del potere politico da parte del proletariato»[52].

43.1. Altra conseguenza: se il comunismo da ideale diventa organizzazione o Stato, non può fare a meno del suo diritto. L'organizzazione delle società umane non è una sovrastruttura. Il "diritto" non è una sovrastruttura, gli ordinamenti giuridici non sono sovrastrutture. Dagli scritti di Marx prendiamo due passi tanto decisivi quanto trascurati.

Il primo, «al di sopra delle differenti forme di proprietà e delle condizioni sociali di esistenza si eleva tutta una sovrastruttura di impressioni, di illusioni, di particolari modi di pensare e di particolari concezioni della vita»[53].

Il secondo brano è riferito alle due classi borghesi rivali, che avevano creato altrettante sovrastrutture sulla base dei diversi interessi e cioè: «sulla rivalità tra il capitale e la proprietà fondiaria»[54].

Dalla attenta lettura di tali brani si coglie pienamente la differenza tra strutture e sovrastrutture. "Le impressioni", "le

[51] K. MARX – F. ENGELS, *Il Manifesto del partito comunista* (1848), parte II).
[52] K. MARX – F. ENGELS, *Il Manifesto del partito comunista* (1848), parte II); corsivo nostro.
[53] K. MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte* (maggio 1852), Editori Riuniti, 2006, p. 55.
[54] K. MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte* (maggio 1852), cit., 2006, p. 55.

illusioni", "i particolari modi di pensare" sono le vere e proprie sovrastrutture, sono quegli elementi che stanno "al di sopra" delle differenti forme di proprietà e delle divergenti condizioni sociali di esistenza degli individui e delle classi sociali. In altre parole, al di sopra di ogni ordinamento giuridico c'è qualcosa che non è giuridico, come le convinzioni morali e religiose, le tradizioni, l'educazione[55]. Al contrario, le strutture portanti di ogni sistema giuridico sono: - le forme di proprietà; - le condizioni sociali dell'esistenza. Anche se è diffusa l'opinione secondo cui il diritto, nella concezione marxiana, sarebbe da ritenere una sovrastruttura, non direi che questa sia l'idea di Marx. Da tali due passi si capisce con chiarezza che per Marx le sovrastrutture sono le parvenze e i simboli. L'essere favorevoli ad una casa reale piuttosto che ad un'altra dipendeva da interessi materiali più che da un attaccamento affettivo e simbolico. I legittimisti erano a favore del casato dei Borboni; mentre gli orleanisti alzavano la bandiera del casato degli Orléans. Ma, in realtà, ciò che li divideva erano i diversi interessi materiali in relazione alla tutela prioritaria della proprietà. I legittimisti erano soprattutto i grandi proprietari fondiari (con il loro seguito di preti e di lacchè); invece, a favore del casato degli Orléans, vi era l'alta finanza, il grande commercio, la grande impresa con il loro codazzo di avvocati e di professori[56]. E quindi le questioni economiche e giuridiche attengono al campo delle strutture; mentre le parvenze, i nomi, i simboli si riferiscono a quello delle sovrastrutture.

Tuttavia occorre notare che tale punto di vista non si è affermato, come in effetti avrebbe potuto, e pure con una certa

[55] K. MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte* (maggio 1852), cit., p. 54 s.
[56] K. MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte* (maggio 1852), cit., p. 55.

facilità. I marxisti classici si sono inutilmente tormentati sul come e sul perché considerare anche l'ordinamento giuridico marxista non proprio come un elemento strutturale ma come una sorta di sovrastruttura, «un riflesso ideologico, conscio o semi-conscio delle relazioni economiche»[57].

In effetti Marx ed Engels sono contrari agli ordinamenti giuridici della borghesia più che agli ordinamenti giuridici in sé. Il Manifesto del partito comunista è una dichiarazione di guerra contro gli ordinamenti giuridici della borghesia e non già contro il diritto[58]. Infatti i proletari comunisti non avevano nulla di proprio da salvaguardare, essi dovevano solo distruggere tutto ciò che fino ad allora garantiva e assicurava la proprietà privata[59]. Ossia distruggere gli ordinamenti giuridici borghesi, non per sopprimere il diritto ma per sopprimere la borghesia.

44. Un merito da poter ascrivere all'analisi da noi proposta in Rivolte e rivoluzioni[60] concerne la chiarificazione della differenza tra strutture e sovrastrutture (non perché non fosse chiara in Marx!), ma perché fino ad ora non era stata spiegata adeguatamente da coloro che se ne erano occupati, per distinguere l'importanza del diritto dagli orpelli della propaganda.

45. Il diritto non è solo immagine, è sostanza: è lo strumento delle scelte economiche e sociali; e quindi è anche lo strumento del partito comunista che ha conquistato il potere politico nell'Unione Sovietica e negli altri Stati comunisti. Il diritto è la struttura portante delle società umane tanto quanto l'economia

[57] H. J. BERMAN, *La giustizia nell'U.R.S.S.* (1963), Giuffè, Milano, 1965, p. 5 ss..; cfr. fra gli altri, M. GIULIANO, *La concezione marxista del diritto*, in *Rinascita*, febbraio 1948, p. 66 ss.
[58] R. FEDERICI, *Rivolte e rivoluzioni*, cit., p. 3.
[59] K. MARX – F. ENGELS, *Il Manifesto del partito comunista* (1848), parte I.
[60] R. FEDERICI, *Rivolte e rivoluzioni*, cit., p. 233.

(le condizione materiali dell'esistenza), con una differenza: il diritto è sempre uno strumento delle scelte economiche e sociali. Se le scelte sono inique, queste concernono le scelte e non lo strumento. Tant'è che il marxismo condanna come sovrastrutture gli strumenti giuridici dei suoi avversari di classe, ma non i propri. La proprietà privata dei mezzi di produzione e il commercio privato vengono demonizzati perché strumenti contrari a quelli proposti dall'ideologia marxista. Mentre vengono valorizzati altri strumenti come la proprietà pubblica o collettiva degli stessi mezzi di produzione e il commercio dei beni, disciplinato ed eseguito dalla pubblica amministrazione. Altri strumenti giuridici, ma sono sempre strumenti giuridici.

46. Il diritto ovvero le strutture (anche del nemico di classe) non vanno confuse con le sovrastrutture proprie e altrui. Le sovrastrutture sono altro: sono la propaganda, il contorno, la coreografia, le bandiere al vento, i cortei, gli inni, la poesia, i miti. Marx è chiaro su tale aspetto nel suo volume dal titolo: Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte[61]. Proprio perché, finora, tali brani sono stati trascurati dalla dottrina, occorre invece riproporli con forza.

47. In essi si specifica la differenza tra due classi della borghesia: quella dei grandi proprietari fondiari (che civettavano con la nobiltà); e quella degli industriali, dei commercianti e dell'alta finanza. I primi si dichiaravano a favore dei Borbone, i secondi sostenevano gli Orléans, ma ciò non dipendeva da un attaccamento particolare all'una o all'altra casata (e cioè, ad una qualsiasi forma di sovrastruttura) quanto, invece, al fatto materiale (e quindi strutturale e giuridico) di come le due casate

[61] K. MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*, cit., II, p. 54.

difendevano le diverse forme di proprietà privata. I Borbone era graditi ai grandi proprietari fondiari, ai clericali e ai loro lacchè; mentre gli Orléans erano i nuovi arricchiti con il commercio, l'industria e la finanza. Borghesi, i vostri «rapporti di produzione, così come il vostro diritto non è che la volontà della vostra classe elevata a legge, una volontà il cui contenuto è dato dalle condizioni materiali d'esistenza della vostra classe»[62].

48. Una qualche scusante per i commentatori però va riconosciuta. «Le leggi, la morale, la religione diventano» per il proletariato «tanti pregiudizi borghesi, dietro i quali si nascondono altrettanti interessi borghesi»[63]. Tale brano, sacro per tutti i comunisti, è bello; ma non va frainteso. Ivi è presente la condanna tanto delle strutture quanto delle sovrastrutture della società borghese. Mentre è errato rintracciarvi la identificazione tra strutture e sovrastrutture. In altre parole si afferma che nei Parlamenti la classe dominante trasforma la propria volontà nella legge valevole per tutti[64].

49. Quando di un individuo si dice: è tutto fumo e niente arrosto, significa che si tratta di un uomo o di una donna senza sostanza. Fra sovrastruttura e struttura corre la stessa differenza che esiste tra il profumo e l'arrosto. Le sovrastrutture sono costituite da canti, da suoni, da cerimonie, da speranze, da sogni e da illusioni; le strutture, invece, riportano alla cruda realtà.

50. Ecco perché le sovrastrutture attirano, ingannano, fanno proseliti (ispirano i poeti, i musicisti, i pittori, i coreografi); mentre le strutture (più o meno palesi, più o meno nascoste) costituiscono la vera sostanza. Infatti le strutture sono i sistemi

[62] K. MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*, cit., II, p. 51.
[63] K. MARX – F. ENGELS, *Il Manifesto del partito comunista* (1848), parte I.
[64] K. MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*, VII.

economici, politici e giuridici in essere o in fieri di un dato ordinamento giuridico. Attenzione alle sovrastrutture! L'odore troppo intenso, spesso, nasconde la puzza. Le coreografie servono anche a questo, così come la propaganda più becera.

X. Gli ordinamenti giuridici rispettosi dei "Diritti fondamentali". Democrazia e Diritti Fondamentali

51. Gli ordinamenti giuridici che rispettano i diritti fondamentali usano la forza con estrema moderazione e nel pieno rispetto dei diritti umani. Tutto il contrario di ciò che avviene in guerra dove l'uso della forza è difficilmente controllabile. Il diritto umanitario in tempo di guerra non pretende di disciplinare la guerra come se fosse un duello leale o un torneo cavalleresco, o una partita di calcio o di altro sport. In campo di battaglia non ci sono giudici o guardalinee che fanno fermare il conflitto, assegnano la punizione per le scorrettezze o annullano i morti per violazione delle regole.

52. Gli ordinamenti giuridici rispettosi dei Diritti fondamentali non possono che essere democratici; e viceversa. L'unica eccezione potrebbe essere costituita dagli ordinamenti paternalistici, dove il "sovrano" si comporta come il buon padre di famiglia nei confronti di tutti i suoi figli. Prima che i figli chiedano, il padre già ha dato loro il "giusto": ha amministrato secondo il criterio del buono e dell'equo; oppure, potrebbe dirsi (il che, poi è la stessa cosa), quando il sovrano governa o ha governato con amore paterno.

53. Se un sistema giuridico non rispetta i diritti fondamentali, è sempre un regime tirannico. Poi, quando inizia una guerra, è ancora peggio. Tutto è perduto: è la fine del rispetto anche dei

più elementari diritti fondamentali. Con la guerra tutto si dissolve: la vita di un soldato o di un civile vale il prezzo di un proiettile o poco più. Grazie.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

"Ce qui est plus original dans notre ville

est la difficultè qu'on peut y trouver à mourir.

*Difficultè, d'ailleurs, n'est pas le bon mot et il serait plus juste de parler d'**inconfort**"*

Albert Camus, La Peste, cap.I – Paris,1947

L' IMPATTO SCONFORTANTE DEL CORONAVIRUS SULL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE

"Davanti alla situazione di emergenza che il Paese sta vivendo il Parlamento ha fatto e continuerà a fare la sua parte. Ha dimostrato di poter e dover lavorare in una condizione inedita" Così recita il comunicato, postato su facebook, dal Presidente della Camera R. Fico, che si è detto impegnato ad individuare le modalità e i tempi più adeguati per garantire la continuità della funzione legislativa; comunicato quasi immemore della principale funzione assegnata dall'organizzazione costituzionale al Parlamento, quella di controllo ed indirizzo politico, nell'imprescindibile raccordo fiduciario con l'esecutivo. Dimenticanza forse non casuale, giacchè in periodi di impellente emergenza sanitaria, se non l'abdicazione di certo si assiste alla sospensione del potere di vaglio delle iniziative assunte dal governo, con la dequotazione del ruolo dell'Assemblea a quella di "*chambre d'enregistrement*", pure in sede di conversione dei provvedimenti frutto della decretazione d'urgenza. Le attribuzioni parlamentari già da tempo non esercitate con vigore – ad es., la cd. Commissione d'inchiesta sulle Banche presieduta da on. Casini nello scorcio finale della XVII legislatura, mentre quella istituita con legge pubblicata 26.3.19 non è ancora demarrata – sono ridotte nel corrente frangente emergenziale ad un ruolo marginale, di simulacro scevro di effettività ("organi di teatro", erano stati definiti da M.S. Giannini, in I pubblici poteri, Bologna 1985; più di recente si parla di "pubblici poteri nell'età del disincanto", in D.Piccioni-G.Legnini, Roma 2019, con prefazione di N.Irti).

Ma torniamo all'on.le Fico, ricapitolando le modalità straordinarie in prima battuta adottate:

a) Una sola seduta a settimana (il mercoledì);
b) Riduzione concordata del numero dei presenti in aula (sino alla metà dei componenti);
c) scaglionamento presenze e rigoroso contingentamento dei tempi di intervento.

Osserviamo, quanto alla seconda, che la misura è mutuata dalla consuetudine anglosassone, ove però il rigido bipartitismo connotante il modello Westminster classico, assicurava di non imbattersi in difetto di rappresentatività rispetto alla reale consistenza dei gruppi parlamentari; mentre la terza modalità, ha condotto alcuni commentatori a rimarcare che tale sobrietà oratoria ed "asciuttezza" di interventi si era vista solo nel marzo 1978, in occasione voto di fiducia al governo Andreotti, all'indomani rapimento Presidente Aldo Moro, con la ratifica parlamentare del cd. compromesso storico.

Ora tali primigenie modalità sembrano esser state significativamente rivisitate, sospinti dalla necessità che l'organo costituzionale di cui si declama la centralità nell'ordito costituzionale, non venga meno al suo ruolo e funzione di punto di riferimento costante, nella buona e nella cattiva sorte, per tutti i cittadini, le associazioni e gli enti in cui si articola lo Stato repubblicano, tutti chiamati ad un surplus di impegno civico.

Si è posto, quindi, il problema della possibilità di voto a distanza da parte dei parlamentari, in un'ottica di strabismo istituzionale e francamente elusiva del ruolo fondamentale del Parlamento, in cui la votazione costituisce solo il momento conclusivo del procedimento legislativo. Al riguardo le forze politiche, venendo meno al clima di concordia imposto dall'emergenza, son tornate a dividersi: mentre alcune si sono dichiarate disponibili (PD e FdI); altre invece (IV e FI), dichiaratamente ostili, per una pluralità di ragioni. Tra i costituzionalisti ed i politologi, quelli di area PD hanno subito rimarcato che l'introduzione dei siffatta modalità di voto non è impedita dall'art. 64, comma terzo, Cost, che attenendo ai quorum di validità della seduta e di deliberazione (maggioranza, rispettivamente, dei componenti e dei presenti) non richiederebbe la presenza fisica (S. Ceccanti); tuttavia, non solo si richiede

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

comunque un accordo condiviso tra maggioranza e opposizione, ma le reiterate esperienze di votazioni all'interno del M5S tramite la cd. Piattafoma Rousseau induce opinatamente ad una cautela di massima, anche per prevenire manipolazioni e pasticci telematici.

Inoltre, in una prospettiva generale, l'introduzione del voto a distanza in Parlamento, potrebbe porre la questione del voto elettronico per le varie consultazioni cui sono chiamati periodicamente i cittadini, anche in sede referendaria, oltrechè per le elezioni amministrative e politiche. La prospettiva imminente di una calendarizzazione del referendum costituzionale per il prossimo autunno e lo slittamento delle votazioni di maggio, in varie regioni (Marche inclusa) e numerosi comuni, con prorogatio di almeno 3 mesi degli organi elettivi in scadenza (Governatori, Sindaci, Consiglieri), rende la problematica di stringente attualità e destinata ad aprire un dibattito pubblico di ampia portata in ordine a profili non secondari. Ad esempio, assimilabilità del voto da remoto al voto per corrispondenza (sperimentato non con esiti brillanti, per i cittadini italiani all'estero) ovvero alle caratteristiche tipiche dell'espressione del voto sancite nella Carta costituzionale (ad es., personalità e segretezza ex art. 48, comma secondo, Cost.).

Concludendo queste succinte riflessioni, ribadiamo l'impressione che il Covid-19 – l'ultima specie di coronavirus apparso in Cina e diffusosi a livello planetario, tanto da indurre l'OMS a dichiarare lo status di pandemia globale – non solo abbia infettato il nostro ordinamento giuridico a livello costituzionale, ma abbia innescato una reazione a catena del sistema immunitario interno all'organismo nazionale, in esito alla quale la già travagliata fisionomia della forma di governo repubblicana ne risulterà per sempre segnata: perdipiù se in ambito sanitario si confida nella ricerca scientifica per individuare, sia pure in tempi non ravvicinati, una soluzione vaccinale, per l'ordinamento costituzionale ciò non sarà possibile, per cui la sperimentazione di nuovi assetti dei supremi poteri pubblici non avverrà in via indolore in vitro, bensì in corpore vili.

Occorre ripensare e quindi riscrivere il diritto costituzionale dell'emergenza, come auspicato proprio in data odierna da Massimo Villone (quotidiano *Il Manifesto)*. Addì, 15 marzo 2020.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
2020 - Anno XLI

Avv. Jacopo Severo Bartolomei

(già Cultore di Diritto costituzionale nell'Università di Macerata)

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

LA TRASPARENZA DEI CONTI PUBBLICI A TUTELA DELLA SANA GESTIONE

di Massimiano SCIASCIA, *professore straordinario di "Diritto Amministrativo" Università Telematica "Pegaso"*

Per affrontare in maniera approfondita e completa il tema della trasparenza, occorre esaminarne la nozione con spirito scevro da pregiudizi, seguendo un percorso ricostruttivo che eviti un duplice e contrapposto rischio.

Da un lato sussiste infatti il pericolo di una sua semplificazione con generiche affermazioni prive di reale significato giuridico, come avviene spesso per il tema dell'autonomia, della libertà, della discrezionalità, ecc.

Dall'altro si può essere tentati da un eccessivo tecnicismo, che finisce per privilegiare il momento della forma, risolvendosi in vacue proposte correttive di alcuni aspetti marginali del fenomeno.

Si deve tenere a mente che la trasparenza non costituisce un valore in sé, ma rappresenta uno degli elementi di una complessa "filiera" che ha come risultato la realizzazione di una sana e corretta gestione della cosa pubblica; la quale ultima presenta sì la consistenza di "valore", cui devono tendere gli altri elementi de quibus.

Importante è non confondere il mezzo con il fine, concentrando l'attenzione esclusivamente sui conti, quasi che essi esauriscano la vicenda in esame

Ciò premesso, da una franca analisi concettuale si ricava la concorrenza nella sua nozione di più aspetti, che hanno invero un'autonoma consistenza funzionale, quali la veridicità, affidabilità e verificabilità dei dati, la loro sistemazione secondo una logica scientifica comprensibile, la leggibilità delle risultanze contabili, la conoscibilità, chiarezza e pubblicità.

Tale complessità spiega la difficoltà di analisi, che non può prescindere da un esame di tutti gli aspetti su evidenziati in stretta correlazione tra di loro.

Strettamente dipendenti dalla trasparenza si ritrovano altri discorsi, quali l'economicità, l'efficienza e l'efficacia delle gestioni pubbliche ed un sistema di controlli e più in generale di garanzie, nella convinzione che la trasparenza dei conti pubblici costituisce certamente uno dei pilastri sui quali è fondato il sistema democratico e dello stesso stato di diritto.

Infatti va ricordato da un lato che il nostro Stato di diritto è nato da processi rivoluzionari che hanno inteso affermare il primato dell'uomo sui poteri forti, talché l'art.15 della "*Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*" approvata nella Francia rivoluzionaria il 26 agosto 1789, recita stentoreamente :"*La sociètè a le droit de demander compte à tout agent public de son administration*" ("La società ha il diritto di chiedere conto a tutti gli agenti pubblici della loro gestione").

D'altro lato la trasparenza tende a rendere effettivo il controllo democratico delle scelte di politica economico-finanziaria attraverso una maggiore consapevolezza della collettività e delle rappresentanze popolari.

In tal modo si dà concretezza all'Ipotesi Democratica nella teoria positiva della finanza pubblica, secondo cui il cittadino è in condizione di apprezzare l'efficacia dei servizi (funzioni comprese) dal punto di vista dei risultati che lo riguardano.

E' da ricordare che tale Ipotesi Democratica è stata oggetto di critiche severe da parte di Pareto e di Cosciani, oltre che dai seguaci dell'Ipotesi Oligarchica, per l'estrema difficoltà di ammettere che il cittadino sia in grado di apprezzare la soddisfazione dei suoi bisogni di natura collettiva, cioè in altri termini l'efficacia della gestione finanziaria pubblica.

Dunque la comprensione dell'estensione del principio di trasparenza dei conti pubblici impone l'articolazione del discorso con l'esame dei suoi postulati, intendendo per tali i fondamenti e le regole di carattere generale, ivi inclusi i criteri, le procedure ed i metodi di applicazione, che stabiliscono l'individuazione dei fatti da registrare, le modalità di contabilizzazione degli eventi, i criteri di valutazione e quelli di esposizione dei valori nel sistema di bilancio, funzionale allo svolgimento dei processi di programmazione e di controllo.

Piuttosto che elencare tali regole, appare preferibile centrare il discorso sul valore della trasparenza nei conti, poiché questi costituiscono i documenti fondamentali da cui trarre informazioni sulle gestioni rappresentate, influenzando i processi decisionali a livello politico ed a livello gestionale.

Di qui l'esigenza della veridicità ed attendibilità dei dati, che si devono richiamare al principio internazionale del "*true and fair view*" ampiamente ripreso dalla tradizione normativa contabile italiana, con la richiesta di "*rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria*" dell'amministrazione.

Le informazioni, per essere utili, devono essere attendibili. Un'informazione ha la qualità dell'attendibilità quando è scevra da errori, pregiudizi, distorsioni e da inganni rilevanti e può quindi essere considerata dagli utilizzatori come fedele rappresentazione di una gestione; pertanto deve illustrare fedelmente le operazioni e gli altri eventi cui è diretta.

Ma i conti devono essere comprensibili, presentando una chiara classificazione delle voci rappresentate, che consente la comprensione e la lettura dei dati considerati fonti di informazioni.

E tali informazioni devono essere in primo luogo qualitativamente significative, cioè munite di idoneità ad influenzare correttamente le decisioni degli utilizzatori che possono trarre elementi di valutazione dagli eventi passati, presenti o futuri, oppure confermare o correggere valutazioni da loro effettuate precedentemente.

Esse poi devono essere affidabili, per cui necessitano di neutralità dei suoi redattori, sì da evitare un'influenza artificiosa sui processi decisionali o di giudizio al fine di ottenere un predeterminato risultato o esito.

Inoltre le informazioni devono essere verificabili attraverso la ricostruzione del procedimento valutativo seguìto, con il riferimento alla documentazione probatoria.

Infine esse devono essere portate a conoscenza dei potenziali interessati, ad iniziare dei cittadini. Questa esigenza è soddisfatta dalla pubblicità, che consente ai documenti contabili di assolvere la loro funzione informativa nei confronti degli utilizzatori, che devono essere posti in condizione di avere conoscenza dei contenuti.

Ma le discussioni sulla trasparenza dei conti pubblici sono vecchie quasi quanto quelle sulle tasse e sulla spesa pubblica.

Il primo tentativo di costruire un conto pubblico che tentasse di rappresentare l'andamento strutturale di entrate e spese, *Le Compte Rendu au Roi*, diffuso nel gennaio del 1781, fu encomiabile iniziativa di Jacques Necker, ministro delle finanze di Luigi XVI, e seguace di Colbert.

Il *Compte* si richiamava a tre criteri che attualmente potremmo denominare della "*competenza economica*" (non le spese erogate o le entrate incassate ma quelle riferibili all'esercizio), del "*vincolo legislativo*" (solo le spese autorizzate dalla firma del Re) e della "*efficienza*" (solo le spese necessarie).

Alla base di questa impostazione innovativa c'era l'idea che i mercati, nel valutare il credito dello Stato emittente, guardassero ai dati risultanti dall'applicazione di questi criteri piuttosto che ai risultati di un "bilancio di cassa" basato sulle "spese effettive" (inclusive delle spese di guerra e di quelle decise in autonomia dai singoli Ministri) e gravido degli "sprechi della Corte".

Le discussioni sulla trasparenza dei conti pubblici si accentuano invero quando la situazione della finanza pubblica diviene preoccupante o quando vengono in discussione nuovi problemi, come è avvenuto anche in Italia nel 1974-75 e nel 1997.

La questione si ripresenta oggi, essendo assai diffusa l'incertezza sullo stato effettivo dei conti pubblici italiani. Ciò è dovuto anche allo scarso e inefficiente utilizzo di tecniche valutative applicate alle principali voci di bilancio, alle manovre economiche e agli altri provvedimenti legislativi.

In Italia siamo di fronte a una situazione particolare per quanto riguarda le informazioni quantitative sui fenomeni economici.

L'informazione è corretta e precisa per quanto riguarda i dati più generali della contabilità economica, abitualmente forniti dall'ISTAT, laddove ci si da applicazione a regole ben precise,

definite a livello internazionale e rispettate dal nostro istituto di statistica e di conseguenza; in tal modo c'è una qualità dell'informazione ineccepibile e paragonabile a quella degli altri Paesi.

La situazione è molto diversa, invece, al riguardo dei dati della contabilità pubblica in cui esistono una pluralità di fonti, perché si utilizzano metodologie diverse di rilevazione dei dati, perché i criteri utilizzati sono spesso inaffidabili e così via.

La conseguenza è che non esiste un'informazione sufficientemente adeguata e trasparente per quanto riguarda la contabilità pubblica.

E la ragione fondamentale di tale fenomeno, oltre a quelle indicate, si ritrova nella circostanza che questi sono dati poi ampiamente utilizzati nel dibattito politico e molto spesso sussiste un incentivo da parte di chi li controlla a non renderli totalmente trasparenti.

In generale la stabilità economico-finanziaria del Paese, con i suoi riflessi nei confronti degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea rappresenta un valore da tutelare attraverso la previsione di appositi strumenti di verifica che diano garanzia di affidabilità e di neutralità.

L'affidabilità e la trasparenza dei conti richiede, principalmente, una seria azione governativa improntata al rispetto delle regole, anche contabili, in quanto al fondo del problema ci sono i cittadini e gli operatori economici, i quali subiscono direttamente il peso della finanza pubblica: un Paese civile qual è certamente l'Italia non può non intendere l'importanza delle regole per una equità fiscalmente sostenibile.

È indispensabile che i meccanismi relativi alla valutazione delle grandezze di finanza pubblica e, in generale, le attività in materia di contabilità nazionale siano svolte al livello di massima

trasparenza, come richiesto dal Fondo Monetario Internazionale nel *Code of Good Practicies on Fiscal Transparency.*

La trasparenza dei conti pubblici costituisce articolazione imprescindibile, oltre che del *diritto all'informazione* e, specularmente, del *principio di sovranità popolare*, anche:

a) del *principio di buona amministrazione*, posto che la *controllabilità* dei meccanismi relativi alla valutazione delle grandezze di finanza pubblica e, in generale, dell'attività di bilancio consente di stimolarne l'efficienza e l'efficacia;
b) del *principio di chiarezza e veridicità*, posto che una corretta controllabilità dei conti pubblici da parte dell'opinione pubblica presuppone che essi siano chiari e leggibili da parte di chiunque si appresti alla lettura. Al riguardo, tuttavia, va rilevato che, sebbene il patrimonio informativo sullo stato e sull'evoluzione dei conti pubblici sia, in Italia, molto articolato, i nostri conti pubblici presentano ancora difficoltà di lettura e, in questo senso, particolarmente complessi appaiono il confronto e la raccordabilità delle diverse forme di rappresentazione prodotte dagli enti e istituzioni che compongono l'universo di riferimento delle amministrazioni pubbliche.
c) del *principio di pubblicità*, che, al fine di consentire un controllo democratico dei cittadini anche e soprattutto sulle politiche fiscali del Governo, impone a questo di pubblicare, comunicare e rendere accessibili le notizie o gli atti concernenti l'attività di bilancio;
d) del *principio di imparzialità*, atteso che la conoscibilità e la trasparenza dei conti pubblici rappresenta un strumento indispensabile ai fini della verifica della correttezza dell'operato dei pubblici poteri e dell'individuazione di eventuali smagliature. Del resto, lo stesso principio di

trasparenza riveste, a ben vedere, un carattere strumentale rispetto al principio di imparzialità in quanto, come si è chiarito in precedenza, il controllo democratico sull'azione amministrativa è diretto proprio a verificarne e favorirne lo svolgimento imparziale.

e) del *principio di semplificazione,* nella considerazione che quest'ultimo non può estrinsecarsi se non attraverso la più ampia circolazione di dati e conoscenze. Quindi il concetto di trasparenza rappresenta il modo attraverso il quale si sostanzia la principale caratteristica dello Stato democratico, e cioè di essere il potere pubblico in pubblico, rivestendo una importanza cruciale per il buon funzionamento del nostro sistema politico soprattutto se l'obiettivo da raggiungere è quello di trasformare questo apparato in volano dell'economia.

   Ciò presuppone il rispetto del cittadino a essere informato, da parte delle amministrazioni pubbliche, e si sviluppa attraverso modalità precise di azione amministrativa.

   La trasparenza, come detto, presuppone la semplificazione. Semplificare vuol dire letteralmente "rendere semplice", ridurre cioè la complessità, ciò che appare indecifrabile, oscuro e complicato in qualcosa che possa essere facilmente compreso dagli utenti esterni non aggravandoli di inutili difficoltà.

   In tale ottica, quindi, la semplificazione nell'attività di bilancio non è un fine bensì un mezzo per migliorare il rapporto tra l'amministrazione e i cittadini ed è possibile solo se il flusso circolare delle informazioni all'interno delle amministrazioni ma anche all'esterno risulta efficiente.

La trasparenza è, dunque, chiaramente associata al "buon governo", specie a livello di attività di bilancio, talché deve

essere garantita, al minimo, da qualificati interventi di organi tecnici, anche interni alla struttura.

L'obbligo di stesura delle relazioni tecniche, a prescindere dalla qualità delle stesse, dovrebbe essere verificato nei successivi passaggi procedurali, prevedendo, in caso di inosservanza, una apposita sanzione, irrogata in questi casi da parte dell'organismo tecnico, non da quello politico, consistente nell'improcedibilità per i successivi esami, almeno in un determinato periodo di tempo.

In pratica, al Consiglio dei ministri non dovrebbero pervenire disegni di legge non verificati dalla Ragioneria generale dello Stato, alla Presidenza delle Repubblica non dovrebbero pervenire disegni di legge senza relazione tecnica né il Presidente potrebbe generalmente autorizzarne la presentazione al Parlamento, il ramo del Parlamento che esamina per secondo un provvedimento legislativo non dovrebbe procedere nell'esame in assenza di relazione tecnica aggiornata.

Per migliorare la qualità dei conti pubblici e delle scelte allocative dei politici, è dunque necessario un potenziamento di tutti i "guardiani del bilancio" e non di uno solo di essi, sia esso presso l'Esecutivo o presso il Parlamento o in altra collocazione autonoma.

Attualmente, la valutazione degli effetti delle leggi di spesa e di entrata e la previsione dei conti pubblici è affidata in via quasi esclusiva al Governo in carica, che, oltre ad avere il monopolio dell'informazione, ha una eccessiva discrezionalità sia nella scelta dei metodi da adottare nella formulazione di stime sia nel rendere pubblici e trasparenti i risultati a cui si perviene.

La scarsa trasparenza dei conti pubblici altera così il contesto politico, perché rende più difficile all'opinione pubblica capire e

valutare anche e soprattutto la politica fiscale del Governo in carica.

Proprio l'assenza di indicazioni sulle ipotesi tecniche alla base delle stime sulle principali voci di spesa e di entrata e, in generale, il modesto peso attribuito alla valutazione in relazione al quadro di previsione tendenziale di finanza pubblica, la scarsa cura posta nell'individuazione degli effetti delle misure proposte a livello programmatico in sede di manovra finanziaria, la cattiva qualità delle relazioni tecniche allegate ai nuovi provvedimenti legislativi e la loro trascurabile valenza ai fini del controllo ex post di spesa ed entrate, sono tutti fattori determinanti del *vulnus* al principio di trasparenza, nonché dell'insoddisfazione diffusa nei confronti degli organismi responsabili dei processi valutativi in materia di bilancio pubblico.

Per quanto riguarda le esigenze di trasparenza e l'opportunità di favorire la dialettica tra strutture governative e non, va ricordato che uno degli aspetti più significativi del processo di bilancio riguarda la costruzione delle previsioni tendenziali a legislazione vigente sulla cui base si provvede a impostare il quadro programmatico.

Le previsioni tendenziali presuppongono l'uso di tecniche valutative e un insieme di ipotesi *ad hoc*. Il Governo tende a non rendere pubbliche le metodologie utilizzate per la costruzione di tali previsioni e pertanto è difficile effettuare una seria verifica né sulle tecniche né sui calcoli effettuati. L'esigenza di una certificazione dello stato dei conti pubblici in sede di previsioni tendenziali e programmatiche e di successiva valutazione a consuntivo è dunque innegabile ed è stata anche di recente ribadita dalla Commissione del Fondo monetario internazionale.

È dunque evidente un vulnus interno derivante da una voluta mancata chiarificazione dei rapporti tra Governo e

Amministrazione, tali da disincentivare nelle relazioni tecniche ai disegni di legge l'esplicitazione dei criteri e dei metodi utilizzati, oltre ad una attività valutativa «oggettiva» svolta dall'organo tecnico.
In questo quadro, è da porre specificamente l'accento sulla necessità di dare una risposta più compiuta in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici che rappresenta una necessità sempre più avvertita, per due ragioni che si intersecano: da un lato infatti i vincoli europei richiedono sempre più una considerazione unitaria della realtà finanziaria, dall'altro una siffatta esigenza viene anche dall'evoluzione in senso autonomistico dell'ordinamento.

In definitiva, nella più articolata e complessa realtà istituzionale, i diversi attori devono concorrere tutti, ciascuno per le proprie competenze, alla ricomposizione di un quadro di condivisione, di certezza e di rispetto delle regole, che sappia corrispondere alle nuove esigenze che pone l'ordinamento,assicurando responsabile autonomia delle decisioni ed, insieme, coerenza e trasparenza complessiva del sistema.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Nota alla Sentenza n. 207 del 29 ottobre 2019 della Sezione III centrale d'appello della Corte dei conti a cura della Dott.ssa Imma Valentino

Sezione III centrale d'appello: sentenza 29 ottobre 2019, n. 207; Pres. Canale, Est. Smiroldo, P.M. Martina; P.M. Regione Liguria c. BF.

Annulla Corte Conti Sez. giurisd. reg. Liguria, 1 dicembre 2017, n. 222

Processo contabile - Giudizio di responsabilità – Individuazione della decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria erariale - Il "*dies a quo"* della prescrizione va individuato nel momento della "*conoscenza*" effettiva del danno nei casi in cui cause giuridiche ne abbiano impedito la conoscibilità obiettiva.

C.c. artt. 2935 e 2947; c.g.c artt. 66 e 199, comma 2; L.R. Liguria n. 38/1990, artt. 4 e 4 bis, commi 1, 1 bis, 2, 3, 4, 5 e 6 (Testo Unico delle norme in materia e organizzazione di personale dei gruppi consiliari); L. 20 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei Conti, art. 1, comma 2; L.R. 6 agosto 2009, N. 33, art. 3, comma 2.

La speciale disciplina giuridica delle spese dei gruppi consiliari del Consiglio regionale della Liguria ha eliminato espressamente la valutazione dell'inerenza della spesa da parte della c.d. Commissione rendiconto, creando un impedimento legale alla conoscibilità da parte della Regione della detta inerenza e, quindi, dell'antigiuridicità della spesa e dell'esistenza del danno

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.Con il primo motivo d'appello il Collegio è chiamato a stabilire quale sia il termine d'esordio della prescrizione nel caso in esame che, si ricorda, concerne una contestazione di illecito utilizzo di fondi della Regione Liguria destinati al funzionamento di un gruppo consiliare in ragione della non inerenza delle spese al funzionamento del gruppo.

Preliminarmente può osservarsi che l'individuazione *dell'exordium praescriptionis,* anche nel caso della responsabilità amministrativa, è significativamente condizionato dal concreto atteggiarsi degli specifici fatti di causa e, in particolare, dai modelli procedimentali normativi attraverso i quali l'azione amministrativa dannosa si è realizzata.

In generale, le regole che attengono alla corretta individuazione del termine d'esordio della prescrizione rinvengono dal collegamento operativo tra le norme contenute negli stessi artt. 2935 e 2947 del c.c. e nell'articolo 1, comma 2, della l. n. 20 del 1994 e dall'interpretazione sistematica che di tali discipline ha fornito la giurisprudenza.

Può rilevarsi così che, anche sulla scorta degli approdi interpretativi della giurisprudenza civile (Cass. N. 1442 del 1983; n. 3444 del 1989, n. 5701 del 1999 n. 21495 del 2005), partendo dalla considerazione che "*il danno non è una mera lesione di un diritto, ma lesione di un diritto dalla quale siano derivate conseguenze pregiudizievoli oggettivamente apprezzabili*" (così, a partire da SSUU sentt. nn. 26972-26975 del 2008), la giurisprudenza contabile concorda oggi nell'affermare che l' *exordium praescriptionis* nel caso di danno all'erario va individuato nel momento in cui il danno si "*esteriorizza*", ossia diviene percepibile non soltanto come modificazione patrimoniale negativa, ma anche riconoscibile come ingiusto (spesa *non dovuta* o valore perduto: v., *ex plurimis*, Sez. I n. 365 del 2018 e 8 del 2019; Sez. II n. 891 del 2016, 129 del 2017 e 182 del 2019; Sez. III n. 303 del 2017 e 170 del 2019), completandosi in tal modo la nozione giuridica di fatto dannoso per l'Erario.

Al riguardo è stato ulteriormente precisato che tale percepibilità e riconoscibilità vanno riscontrati alla stregua di parametri oggettivi che impongono, ai fini del giudizio di "*conoscibilità obiettiva del danno*" l'accertamento dell'osservanza di canoni di ordinaria diligenza da parte del danneggiato (Cass. 5913 del 2000); ciò al fine di escludere il rilievo di incurie, disattenzioni o negligenze dello stesso e, più in generale, il rilievo di atteggiamenti soggettivi del danneggiato incidenti sulla conoscibilità oggettiva del danno (Cass. 2645 del 2003).

L'individuazione del termine d'esordio della prescrizione dell'azione di danno erariale risente, inoltre, come detto, del modello procedimentale che conferma l'azione amministrativa nell'ambito della quale si realizza il danno. Così, la giurisprudenza ha individuato criteri oggettivi, di natura presuntiva fondati essenzialmente su quello *dell'id quod plerumque accidit*, in base ai quali stabilire i termini di esordio della prescrizione propri delle varie forme di manifestazione della responsabilità amministrativa.

In varie occasioni, infatti, le Sezioni Riunite (n. 7/2000/QM, n. 5/2007/QM) hanno affermato, che, in via generale, il *dies a quo* della prescrizione dell'azione di responsabilità va individuato nella data del pagamento (o di ciascun pagamento o esborso in caso di pagamenti frazionati o periodici), in quanto solo da questo momento consegue un danno azionabile, in quanto conoscibile (art. 2935 c.c.), con il correlativo sorgere dell'interesse ad agire, salvo il rilievo dell'occultamento doloso o l'incidenza di procedimenti strumentali o di controllo che conformano il procedimento di spesa.

In tale ultimo caso, come, p.es., in materia di appalti pubblici, è stato chiarito da SSRR n. 2/2003/QM, applicando sempre il criterio della diligenza e conoscibilità obiettiva, che in caso di opera pubblica l'antigiuridicità del fatto causativo, che è essenziale per la qualificazione di illiceità del danno, emerge e si esteriorizza, divenendo così conoscibile e percepibile come danno erariale al momento della conclusione del procedimento di collaudo, salvo che non si

siano verificate condizioni di conoscibilità che avrebbero consentito la conoscibilità oggettiva del danno e quindi anticipato l'esordio della prescrizione.

2. Le regole di giudizio sopra richiamate (esteriorizzazione, conoscibilità e percepibilità secondo l'ordinaria diligenza) presiedono, quindi, all'accertamento del momento in cui, nel caso in esame, il danno costituito dalle somme impiegate per le spese che si assumono come non inerenti all'attività del gruppo si sia oggettivamente esteriorizzato ed è divenuto conoscibile e percepibile come ingiusto.

A tal fine, il Collegio concorda con l'appellata sentenza nel ritenere rilevante il procedimento di rendicontazione di tali spese, strumentale al loro definitivo riconoscimento, del quale sarà utile ripercorrere brevemente i passaggi essenziali.

Le modalità e i tempi di erogazione e di rendicontazione dei contributi per le spese di funzionamento dei gruppi consiliari sono – come noto- stabiliti dagli articoli 3, 4, e 4 bis della legge regionale Liguria n. 38 del 1990, nel testo applicabile ai fatti di causa siccome consumati tra il 01.01.2010 ed il 6.05.2010.

In base alla normativa sopra richiamata, all'inizio di ogni anno finanziario l'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale stabilisce l'importo spettante a ciascun gruppo per le spese di funzionamento relativo all'anno di riferimento e lo eroga in rate anticipate. (art. 3).

Il Gruppo consiliare, in tal modo, può spendere i contributi nell'anno di riferimento e, entro il 31 gennaio dell'anno successivo (art. 4 bis, comma 1), il presidente del gruppo consiliare, una volta che il rendiconto delle spese sia stato approvato dal Gruppo, lo firma e lo presenta all'Ufficio di presidenza. (art. 4 bis, comma 2)

Il rendiconto del gruppo (approvato e firmato dal Presidente) viene così sottoposto all'esame della c.d. Commissione rendiconto che "*attesta l'esistenza di documentazione relativa alle spese e la corrispondenza dei relativi importi con le risultanze del rendiconto"* (art. 4 bis, comma 5).

Compiuta tale verifica, l'Ufficio di presidenza prende atto del rendiconto che, successivamente, viene allegato al Rendiconto del Consiglio regionale che, a sua volta, viene allegato al Rendiconto della Regione Liguria. (articolo 4 bis, comma 3).

Quanto alle funzioni di verifica della c.d. Commissione rendiconto, l'articolo 4 bis, al comma 5, prevedeva che la Commissione "*attesta l'esistenza di documentazione probatoria in merito all'ammontare delle spese di funzionamento e delle spese di personale, verificando altresì le indicazioni di cui all'articolo 4",* verificando quindi, tra l'altro, che le spese fossero destinate al funzionamento e delle spese di personale, verificando altresì le indicazioni di cui all'art. 4", verificando quindi, tra l'altro, che le spese fossero destinate al

funzionamento del gruppo ex articolo 4, ossia all'acquisto di libri e riviste; allo svolgimento di attività funzionalmente collegate ai lavori del Consiglio e alle iniziative dei Gruppo o comunque connesse all'attività dei Consiglieri regionali; alle spese per eventuali consulenze; alle spese per il personale del Gruppo; alle spese di rappresentanza ed a quelle collegate allo svolgimento del mandato popolare. Come rilevato nell'impugnata sentenza, la l.r. n. 33 del 2009 ha soppresso l'inciso "*verificando altresì le indicazioni di cui all'art.4"* dell'art.4 bis, comma 5: in tal modo la Commissione - al momento dei fatti di causa - non poteva che limitarsi a verificare l'esistenza della documentazione relativa alle spese e la corrispondenza dei relativi importi con le risultanze del rendiconto.

3. L'impugnata sentenza, esaminato il procedimento di erogazione e rendicontazione dei contributi, ha escluso il ricorrere di un occultamento doloso ritenuto che il momento in cui il danno erariale si fosse esteriorizzato, e quindi fosse divenuto conoscibile nei sensi sopra descritti, fosse coinciso con quello della presentazione e presa d'atto del rendiconto da parte dell'Ufficio di presidenza, ossia il 30.06.2010, dichiarando per l'effetto irrilevante la costituzione in mora 03.12.2015 e prescritta l'azione erariale.

Il Collegio ritiene di non poter concordare nel caso in esame con le conclusioni dell'impugnata sentenza.

E' bene premettere che, in via generale, nei casi di attività soggette a rendicontazione, non può convenirsi sul fatto che il deposito del rendiconto coincide con il momento di conoscibilità obiettiva da parte dell'amministrazione del danno alla stessa arrecato, in quanto- ordinariamente – col deposito l'amministrazione ha la possibilità di valutare – sul piano quantitativo e qualitativo – sia l'importo della spesa, sia la sua corretta destinazione. In tal senso, infatti, si è orientata la giurisprudenza contabile in materia (cfr., p. es., Sez. II nn. 592 e 749 del 2019 nonché nn. 90 e 190 del 2019; Sez. III n. 19 del 2019).

Nel caso in esame, nel quale si controverte del danno rappresentato da spese non inerenti all'attività di un Gruppo consiliare, in realtà il deposito del rendiconto – attese le descritte modifiche normative dell'art. 4 bis – ha messo in condizioni l'amministrazione, e per essa la Commissione rendiconto, di verificare unicamente "*l'esistenza della documentazione relativa alle spese e la corrispondenza dei relativi importi con le risultanze del rendiconto",* ma non l'inerenza delle spese al funzionamento del gruppo consiliare, ossia proprio *l'ubi consistam* del giudizio di responsabilità.

L'esame del dato normativo di riferimento consegna, quindi, con chiarezza – a parere del Collegio – un tratto distintivo e assolutamente peculiare della legislazione della regione Liguria nella quale, diversamente da quanto emerso nei casi decisi relativi ad altre regioni, la valutazione circa la rispondenza delle spese rendicontate a quelle per oggetto ammesse quali spese di funzionamento dei gruppi consiliari ex art. 4 della l. r. n. 38 del 1990, e quindi il riscontro di

c.d. inerenza della spesa, erano stati normativamente esclusi con l'abrogazione dell'inciso "*verificando altresì le indicazioni di cui all'art. 4"* previsto dall'art. 4 bis, comma 5 della l.r. n. 33 del 2009.

Così operando il legislatore ligure ha eliminato espressamente la valutazione d'inerenza della spesa, creando un impedimento legale alla conoscibilità da parte della Regione della non inerenza e, quindi, dell'ingiustizia delle spese, impedendo, in definitiva, la percepibilità dell'antigiuridicità della spesa e quindi dell'esistenza del reato.

Quanto precede incrina l'usuale persuasività dei precedenti arresti di questa Corte che si sono occupati di casi analoghi, riguardanti sempre spese di gruppo consiliari liguri, che hanno ritenuto la presentazione del rendiconto quale termine d'esordio della prescrizione (Sez. I, sent. nn. 426 del 2017 e 304 e 365 del 2018), sul rilievo che in tale momento "*la Regione è posta nella condizione di valutare il rispetto del principio di inerenza, previa verifica della documentazione da parte della Commissione consiliare all'uopo nominata… "*(Sez. II sent. 109 del 2019).

Come detto, la modifica dell'art. 4 bis, comma 5, operata dalla l.r. n. 33 del 2009 impediva, per espressa previsione di legge, il controllo sul rispetto del principio di inerenza in quanto non si poteva più fare il riscontro sul rispetto delle indicazioni di cui all'art. 4.

Concludendo sul punto, quindi, il Collegio ritiene che, in ragione del particolare atteggiarsi dei fatti di causa e della speciale disciplina giuridica delle spese dei gruppi consiliari del Consiglio regionale della Liguria, il deposito del conto delle spese del Gruppo non sia idoneo a far esordire la prescrizione, in quanto il sistema di rendicontazione, come visto, escludeva positivamente la possibilità di valutare l'inerenza delle spese, realtà che ha impedito l'esteriorizzazione del danno erariale, precludendo alla Regione la conoscibilità dell'esistenza e, soprattutto, dell'ingiustizia del medesimo.

Quanto all'individuazione, allora, dell'esordio della prescrizione, osserva il Collegio che in atti risulta un documento che contiene, seppur in forma mediata ed indiretta, una indicazione circa l'illiceità di dette spese. Si tratta della comunicazione della Procura della Repubblica di Genova che, nell'ambito di un accordo operativo istituzionale, notiziava la Procura erariale dell'avvio di un'indagine penale sui medesimi fatti.

E' da tale momento, a parere del Collegio, che debba farsi risalire *l'exordium praescriptionis* nel caso in esame, e non dal momento delle conclusioni delle indagini della Guardia di finanza in quanto, come giustamente rilevato "*il tempo intercorso per l'espletamento di tale attività di verifica non può ricadere a danno dell'autore dell'illecito, bensì deve rimanere a carico dell'Amministrazione regionale danneggiata (ex art. 1227 c.c.)"* (Sez. II n. 109 del 2019)

Ciò posto, poiché detta nota è del 11.01,2013 (ricevuta dalla Procura erariale in data 19.03.2013), da tale momento decorre il termine di prescrizione quinquennale, tempestivamente interrotto in data 03.12.2015 dalla Procura contabile, con conseguente tempestività dell'atto di citazione, introduttivo dell'azione volta al riconoscimento del diritto al risarcimento dichiarato prescritto in prime cure.

Per quanto precede, in riforma dell'impugnata sentenza, il Collegio dichiara non prescritto il diritto al risarcimento azionato in prime cure e, ai sensi dell'art. 199 cg.c., rinvia al primo giudice la causa per la decisione del merito della stessa, e la pronuncia sulle spese anche del grado d'appello (art.199, comma 2, c.g.c.).

P.Q.M.

La Corte dei Conti – III Sezione giurisdizionale centrale d'appello, disattesa ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione, definitivamente pronunciando, dichiara non prescritto il diritto al risarcimento azionato in prime cure e, ai sensi dell'art. 199 c.g.c., rinvia al primo giudice la causa per la decisione del merito della stessa, e la pronuncia sulle spese anche del grado d'appello (art. 199, comma 2, c.g.c.)

La sentenza in epigrafe si segnala per la particolare individuazione del termine iniziale della prescrizione dell'azione di risarcimento nei casi in cui sussista un impedimento legale alla conoscibilità obiettiva del danno.

La fattispecie riguarda una contestazione di illecito utilizzo di fondi della Regione Liguria destinati al funzionamento di un gruppo consiliare, a causa della non inerenza delle spese al funzionamento del gruppo.In via preliminare, le regole che stabiliscono la corretta individuazione del "*dies a quo"* della prescrizione sono fissate nel combinato disposto degli artt. 2935 e 2947 c.c. e dell'articolo 1, comma 2, della legge n. 20 del 1994.

Sulla base di queste norme, la giurisprudenza contabile concorda nell'affermare, che "*l'exordium praescriptionis*" nelle ipotesi di danno all'erario, va individuato nel momento in cui il danno si esteriorizza, cioè quando diventa percepibile non solo come modificazione patrimoniale negativa, ma anche riconoscibile come ingiusto (*ex plurimis*, Sez. I n. 365 del 2018 e 8 del 2019; Sez II n. 891 del 2016, 129 del 2017 e 182 del 2019; Sez. III n. 303 del 2017 e 170 del 2019).

Le norme sopra richiamate si applicano all'accertamento in cui, nel caso in esame, il danno consistente nelle somme impiegate per le spese non inerenti all'attività del gruppo consiliare si sia oggettivamente esteriorizzato ed è divenuto conoscibile e percepibile come ingiusto.

Il procedimento di rendicontazione delle spese per il finanziamento dei gruppi consiliari è fissato dagli artt. 3, 4 e 4 bis della legge regionale Liguria n. 38 del 1990, applicabili ai fatti di causa (consumati tra il 1° gennaio 2010 ed il 6 maggio 2010)

In base a tale normativa, in sintesi, il rendiconto del gruppo (approvato e firmato dal Presidente) viene sottoposto alla c.d. Commissione rendiconto che, ai sensi dell'originaria formulazione dell'articolo 4 bis, comma 5 della legge regionale anzidetta, "attesta l'esistenza di documentazione probatoria in merito all'ammontare delle spese di funzionamento e delle spese di personale, verificando altresì le indicazioni di cui all'articolo 4", ossia che le spese fossero destinate al funzionamento del gruppo ex articolo 4 (acquisto di libri e riviste; attività funzionalmente collegate ai lavori del Consiglio, alle iniziative dei gruppi e comunque connesse all'attività dei Consiglieri regionali; alle spese di consulenza; alle spese per il personale; alle spese di rappresentanza ed a quelle collegate allo svolgimento del mandato popolare).

Ora l'articolo 4 bis, comma 5, della legge regionale n. 33 del 2009, come rilevato nella impugnata sentenza, ha soppresso l'inciso "*verificando altresì le indicazioni di cui all'articolo 4"*. Di conseguenza, la sentenza di primo grado, escludendo il ricorrere di un occultamento doloso, ha ritenuto che il momento di esteriorizzazione e di conoscibilità del danno erariale fosse coinciso con quello della presentazione e presa d'atto del rendiconto da parte dell'Ufficio di Presidenza in data 30 giugno 2010, dichiarando per l'effetto irrilevante la costituzione in mora del 3 dicembre 2015 e prescritta l'azione erariale.

Si osserva che la ripetuta sentenza impugnata, in effetti, è allineata con la prevalente giurisprudenza contabile in materia, secondo cui, nei casi di attività soggette a rendicontazione, il deposito del rendiconto coincide con il momento di conoscibilità obiettiva da parte dell'amministrazione del danno alla stessa arrecato, in quanto – ordinariamente - col deposito l'amministrazione ha la possibilità di valutare - sul piano quantitativo e qualitativo - sia l'importo della spesa, sia la sua corretta destinazione (Sez. II nn. 592 e 749 del 2018 nonché nn.90 e 190 del 2019; Sez.III n. 19 del 2019).

Il predetto orientamento generale è stato seguito però, anche da sentenze della Corte riguardanti casi analoghi di spese di gruppi consiliari liguri che hanno ritenuto la presentazione del rendiconto quale termine iniziale della prescrizione (Sez I, sent. nn. 426 del 2017 e 304 e 365 del 2018), sul rilievo che in tale momento "*la Regione è posta nella condizione di valutare il rispetto del principio di inerenza, previa verifica della documentazione da parte della Commissione consiliare all'uopo nominata…"* (Sez. II sent. anzidetta, N. 109 del 2019) .

Tali orientamenti, se sono persuasivi in via generale nei casi decisi relativi ad altre Regioni, non possono essere seguiti nella fattispecie in esame, come esattamente rilevato dalla sentenza di appello in commento. Infatti, le norme

di riferimento pongono con chiarezza l'assoluta peculiarità della legislazione della Regione Liguria nella quale, diversamente da quanto emerso nei casi decisi relativi ad altre Regioni, i riscontri della c.d. inerenza delle spese di funzionamento dei gruppi consiliari (ex articolo 4 della L.R. n. 38 del 1990) erano stati normativamente esclusi con l'abrogazione dell'inciso *"verificando altresì le indicazioni di cui all'articolo 4"*, previsto dall'articolo 4 bis, comma 5 della L.R. 6 agosto 2009 n. 33, articolo 3, comma 2.

In tal modo, il legislatore ligure ha eliminato espressamente la valutazione d'inerenza delle spese, "*creando un impedimento legale alla conoscibilità da parte della Regione della non inerenza e, quindi, dell'ingiustizia delle spese, impedendo, in definitiva, la percepibilità dell'antigiuridicità della spesa e quindi dell'esistenza del danno"*.

Perciò il collegio giudicante ha individuato l'esordio della prescrizione in un momento successivo, quello della comunicazione della Procura della Repubblica di Genova che dava notizia in (data 11.3.2013) alla Procura erariale dell'invio di un'indagine penale sui medesimi fatti.

Pertanto, la prescrizione quinquennale, decorrente, nel caso di specie, dalla predetta data dell'11 marzo 2013, è stata tempestivamente interrotta dalla Procura contabile (in data 3 dicembre 2015), con conseguente dichiarazione del Collegio della non prescrizione del diritto al risarcimento e rinvio della causa al primo giudice per la decisione del merito.

In conclusione, se appare difficile individuare la *"ratio"* della eliminazione della valutazione dell'inerenza della spesa introdotta dal legislatore ligure (snellimento del procedimento di verifica da parte della Commissione o limitazione del controllo da parte della Commissione stessa o altro ancora) è indubbio che la modifica legislativa ha determinato il necessario allungamento del termine del "*dies a quo"* della prescrizione fino al primo momento della conoscibilità del danno e della sua antigiuridicità, come esattamente ritenuto dalla sentenza in esame che ha innovato la precedente giurisprudenza a causa della peculiarità della normativa ligure.

Si ricorda, infine, che un altro caso analogo dell'allungamento del termine iniziale della prescrizione dell'azione di risarcimento per danno erariale, per effetto della speciale disciplina giuridica delle spese dei gruppi consiliari della Liguria è contenuta nella quasi coeva sentenza della Sez. III centrale d'appello 28 ottobre 2019, n. 203.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

LE "OBBLIGAZIONI PUBBLICISTICHE" NASCENTI DALLA LEGGE".

del Prof. Antonio Corsi

Indice

Le "obbligazioni pubblicistiche"

1. Le "obbligazioni pubblicistiche" tra norme di diritto civile e diritto pubblico

2. Est modus in rebus

* * * * *

Le "obbligazioni tributarie": dialettica storica e definizione attuale

1. Presupposti

2. L'"obbligazione" quale prototipo di riferimento

* * * * *

Teorie a confronto riguardo il "substrato storico" dell'obbligazione tributaria

Breve introduzione

1. Teoria "dichiarativa", "costitutiva" e "procedimentale". Differenze di pensiero

2. Caratteristiche "peculiari" dell'obbligazione tributaria, concernenti in modo particolare l'"indisponibilità"

3. "Solidarietà", "coobligazione", "responsabilità"e "sostituzione" nelle relazioni tra contribuente ed Erario

4. Concetto di "obblighi strumentali"

*****

Bibliografia

Le "obbligazioni pubblicistiche"

1. Le “obbligazioni pubblicistiche" tra norme di diritto civile e diritto pubblico

Le fattispecie contemplate ex art. 1173 c.c., quali il contratto, la legge, il fatto illecito e altri atti o fatti, si sostanziano quali fonti delle obbligazioni anche in ambito pubblicistico[1].

[1] Cfr. M. C. Fregni, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1998, pag. 86 e ss.

La dottrina, adottando il concetto di "obbligazioni pubbliche", fa riferimento a quella categoria di obbligazioni che è estranea al diritto privato, in quanto non avente una fonte contrattuale. Si deve, quindi, individuare se la norma di diritto positivo abbia inteso riconoscere all'atto giuridico costitutivo dell'obbligazione carattere di manifestazione di autonomia privata della pubblica amministrazione oppure no.

In altri termini, l'obbligazione da contratto, anche se l'atto da cui nasce trova da una parte una pubblica amministrazione, è pur sempre manifestazione di autonomia privata. Com'è noto, infatti, la cura di interessi pubblici può essere realizzata sia nelle forme privatistiche, sia in quelle pubblicistiche, divergendo la natura giuridica della fonte nell'uno o nell'altro caso[2].

Attualmente risultano essere numerosi i casi di obbligazioni in capo all'amministrazione in forza di leggi, di contratti e di provvedimenti amministrativi, finalizzati a procurare prestazioni o beni a favore del cittadino o della collettività[3].

La Pubblica Amministrazione è idonea, da un lato, a stipulare contratti di diritto privato, in tutto assoggettati alla disciplina privatistica, ma che parimenti sono preceduti, accompagnati e seguiti da sequenze di diritto amministrativo che rendono evidenti il modo come sono gestiti gli interessi pubblici devoluti alla cognizione della pubblica amministrazione, dall'altro, può adottare strumenti pubblicistici ove la

[2] Cfr. Giannini M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, pag. 564 e ss.; Galateria L.-Stipo M., *Manuale di diritto amministrativo. Principi generali*, Torino, 1998, pag. 560 e ss.
[3] Cfr. Di Majo A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja - Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1988, pag. 162 e ss.

pubblica amministrazione sfrutta la sua idoneità all'imputazione di fattispecie diverse da quelle di diritto privato[4].

Nelle obbligazioni privatistiche, come si è detto, esiste ordinariamente una fase di stampo pubblicistico che le precede, le accompagna e le segue. La dottrina, riguardo a ciò, ha adottato il concetto di evidenza pubblica, al fine di porre in risalto come sono gestiti gli interessi pubblici, pur nella veste giuridica privatistica[5], che quindi non è mai del tutto svincolata da implicazioni ad esse estranee che, a vario titolo, la influenzano.

In linea generale è da evidenziare che le obbligazioni pubbliche, nelle diverse fattispecie che le contemplano differiscono da quelle di diritto privato riguardo la fonte, la quale si ripercuote sulla disciplina positiva, anche se per vari aspetti le norme civilistiche appaiono comuni sia alle obbligazioni privatistiche, sia alle obbligazioni pubblicistiche.

Alla domanda che si è posta se l'obbligazione costituisca un istituto generale, il quale si attua in forme diverse (a seconda che si tratti di obbligazioni di diritto privato o di diritto pubblico), oppure ricorrono due diversi tipi di obbligazione, l'uno di diritto privato, l'altro di diritto pubblico, la risposta non è di astratta dogmatica, ma storica e di stretto diritto positivo. Infatti, (com'è stato autorevolmente osservato da M. S. Giannini), è concepibile in astratto tanto una normazione positiva, che regoli in modo unitario le obbligazioni quale che ne sia la fonte, quanto una normazione positiva, che disciplini in maniera differenziata i vari tipi di obbligazione, in particolare l'obbligazione di

[4] Cfr. Sandulli A. M., *Spunti sui contratti di diritto privato della P. A.*, Firenze, 1953.
[5] Cfr. Gambardella F., *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016; Sandulli A. M., *Spunti sui contratti di diritto privato della P. A.*, Firenze, 1953.

diritto privato e l'obbligazione di diritto pubblico [6]. Nel nostro ordinamento giuridico la tendenza sembra essere nel superamento di tale problematica, sussistendo solo uno schema generale che accomuna i due diversi tipi di obbligazione, salvo l'esistenza di varie norme derogatorie più o meno ampie a seconda delle diverse fattispecie per le varie tipologie delle obbligazioni di diritto pubblico[7].

Nelle obbligazioni di diritto pubblico, la pubblica amministrazione cura interessi pubblici come autorità e non come soggetto di diritto comune; tuttavia, nell'evoluzione della società contemporanea e dei moduli giuridici adottati dalla pubblica amministrazione, la veste autoritativa si intreccia spesso con norme di diritto privato in un'ottica paritaria o paritetica che dir si voglia, che non si contrappone ai momenti autoritativi, ma li integra e li completa in un processo di reciproca interazione.

In altri termini, nell'evoluzione degli ordinamenti, diritto privato e diritto pubblico non possono essere più guardati, come in genere avveniva nello Stato ottocentesco liberal-borghese, quali due entità contrapposte e antagonistiche, del tutto incompatibili l'una con l'altra, ma come facenti parte di un ordinamento unitario, coordinato ed armonico che non conosce torri d'avorio e compartimenti stagni[8]. La dialettica privato-pubblico ha così indotto a una reciproca complementarietà che ha arricchito sia le fattispecie privatistiche, sia le fattispecie pubblicistiche, per cui la dicotomia classica e tradizionale diritto privato-diritto pubblico non è più da guardare, come si è detto, in un'ottica di separazione, ma in una prospettiva di distinzione-integrazione, i cui approdi, a volte, sono difficili da comprendere.

[6] Cfr. Giannini, M. S., *Le obbligazioni pubbliche,* Roma, 1964, 52 ss.; Barettoni Arleri A., *Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, 1966, 119 ss..
[7] Cfr., Giannini M. S., *ult. op. cit*., 10 ss..
[8] Cfr. Giannini M. S., *ult. op. cit*., 8 ss..

In altri termini, il superamento di concetti e schemi tradizionali che abbiamo ereditato dal passato, il superamento della contrapposizione società civile-apparati pubblici è la logica necessaria conseguenza della fine della centralità dello Stato-Persona nella visione antropocentrica e sociocentrica dell'ordinamento costituzionale democratico e repubblicano[9].

Non sempre si è adeguatamente compreso che c'è un distacco radicale non solo tra l'ordinamento democratico contemporaneo e l'ordinamento dittatoriale fascista, ma anche tra il primo e l'ordinamento aristocratico e monoclasse dell'Italia borghese del cosiddetto Stato di diritto. Nella prospettiva democratica contemporanea, il principio costituzionale della sovranità popolare (art. 1, II comma, Cost.), non è una vuota enunciazione retorica, ma è ricca di implicazioni nei diversi livelli e nelle diverse forme in cui tale sovranità si esercita[10]. In tale ottica gli interessi pubblici non sono perseguibili solo attraverso strumenti prettamente pubblicistici, ma parimenti gli strumenti privatistici non sono estensibili oltremisura e non possono portare al sacrificio di taluni valori espressione della collettività generale, quali consacrati nella Carta costituzionale[11].

In tale contesto le obbligazioni di diritto pubblico della pubblica amministrazione, non possono essere assoggettate né interamente al diritto privato, né interamente al diritto pubblico, dovendo sussistere un accorto dosaggio tra l'uno e l'altro, non essendo concepibile né una concezione panprivatistica, né una concezione panpubblicistica che, per il problema che ci occupa, tragga seco un disperdersi di taluni fondamentali valori (quali, per esempio, il principio di

[9] Cfr. Galateria L.-Stipo M., *Manuale di diritto amministrativo. Principi generali.*, Torino, 1998, 489 ss..
[10] Cfr. Galateria L.-Stipo M., *ult. op. cit.,* 105 ss..
[11] Cfr. Esposito C., *La Costituzione italiana. Saggi.*, Padova, 1954, 9-10.

solidarietà ex art. 2 Cost.) estraibili dall'ordinamento costituzionale che non vanno retrocessi a livello di una semplice prospettiva individualistica di un liberalismo portato all'eccesso[12].

2. "Est modus in rebus".

Se dunque la sovranità popolare di cui parla la Costituzione, e come la stessa Costituzione precisa, va esercitata nelle forme e nei limiti della Costituzione, l'ordinamento democratico repubblicano presuppone, per un armonico sviluppo della società un complesso di strumenti e di vincoli che non conduca all'anarchia e non esalti gli egoismi individuali[13]. Per il tema che qui interessa, se la fonte dell'obbligazione è l'autonomia privata[14], si comprende come primeggi la norma civilistica laddove invece vertiamo nel campo delle obbligazioni di diritto pubblico[15], la disciplina privatistica, quale ricavabile dal codice civile e dalle altre norme di diritto comune, deve necessariamente coesistere con momenti autoritativi pubblicistici e il rapporto pubblica amministrazione-cittadini non può essere paritario perché, se così fosse, il disordine prevarrebbe sull'ordine e la confusione sulla più volte citata armonia[16].

L'estensione oltremisura delle norme privatistiche nel campo delle obbligazioni di diritto pubblico non può così essere consentita, così

[12] Cfr. Barettoni Arleri A., *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc dir*., XXIX, Milano, 1979, 383 ss.; Falcon G., *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. giur*., XXI, Roma, 1990, 1 ss.
[13] Cfr. Esposito C., *ult. op. cit.,* 22 ss..
[14] Cfr. Giorgianni M., *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, *RDC*, 1965, I, 70 ss..
[15] Cfr. Galateria L.-Stipo M., *ult. op. cit*., 561.
[16] Cfr. Galateria L.-Stipo M., *ult. op cit.,* 490, 491.

come viceversa l'esasperazione dei momenti autoritativi in campo pubblicistico, se congeniale agli ordinamenti autoritativi o, peggio, dittatoriali, confligge con gli ordinamenti democratici evoluti e con il valore da riconoscere alla persona umana e ai suoi diritti inalienabili [17]. La discrezionalità della pubblica amministrazione, quando è prevista dalla legge, non si può mai trasformare in licenza o in arbitrio, essendo sempre collegata all'idea di funzione-scopo[18].

Se i diritti fondamentali della persona umana (e delle formazioni sociali intermedie ex art. 2 Cost.) non possono più essere incisi dall'attività della Pubblica Amministrazione, conseguentemente non è più possibile l'elusione amministrativa dei principi costituzionali, di cui parlava efficacemente M. S. Giannini, in riferimento agli ordinamenti liberal-borghesi[19], e la dimensione autoritativa dell'agire della P. A., pur sussistendo, va contenuta entro i limiti ben precisi in quell'area di valori e interessi pubblici indisponibili, del tutto estranei ad un comune rapporto privatistico, ove domina l'autonomia privata[20].

Nel campo delle obbligazioni di diritto pubblico, quindi, la qui citata coesistenza di norme pubblicistiche e norme privatistiche trae seco la conseguenza che le norme pubblicistiche non si estendono laddove appaiono sufficienti per un'ordinata convivenza le norme privatistiche e, a maggior ragione, non consentano tutti quei privilegi che erano congeniali agli ordinamenti autoritativi pre-Costituzione repubblicana, ove invece la plusvalenza della P. A. era la regola, e la paritarietà con i cittadini l'eccezione. Non sarà mai sufficiente ripetere che, negli ordinamenti democratici contemporanei, come il nostro, acquista

[17] Cfr. Galateria L.-Stipo M., *ult. op. cit.,* 105 ss..
[18] Cfr. Galateria L.-Stipo M., *ult. op. cit.,* 346.
[19] Cfr. Giannini M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo,* Milano, 2000, 74 ss.; Giannini M. S., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.
[20] Cfr. Barettoni Arleri A., *Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, 1996, 225 ss..

un'importanza maggiore rispetto al passato la norma paritaria di diritto comune, sicché parlando di obbligazioni pubblicistiche, non si deve tuttavia dimenticare che tali obbligazioni non sono quelle ove le norme derogatorie pubblicistiche dominano [21], ma semplicemente quelle in cui accanto alla disciplina privatistica convive una disciplina che è circoscritta a quei momenti insopprimibili e non negoziabili che costituiscono il "quid proprium" di un ordinamento giuridico fondato sia sui valori individuali, sia sui valori meta-individuali, devoluti alla cognizione delle pubbliche amministrazioni, che agiscono non liberamente, ma con vincoli teleologici[22].

Se è vero, dunque, che gli interessi pubblici possono essere realizzati attraverso forme privatistiche, e la veste privatistica appare spesso la più idonea per curare tali interessi [23], non è concretamente ipotizzabile una totale attrazione verso le norme di diritto comune di quei momenti ove solo un soggetto istituzionale di diritto pubblico appare idoneo ad assolvere a indeclinabili compiti di interesse comune, e l'adozione di adeguati e idonei strumenti di diritto pubblico non può peraltro prescindere da un'ottica democratica di necessario coinvolgimento e partecipazione di soggetti privati individuali e collettivi.

In altri termini, se quindi non è più configurabile un ordinamento, ove diritto pubblico e diritto privato appaiono come nemici in perenne lotta tra di loro, il diritto privato in varie fattispecie non può ignorare che l'attività della pubblica amministrazione non può che esprimersi

[21] Cfr. Barettoni Arleri A., *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. dir.,* XXIX, Milano, 1979, 383 ss..
[22] Cfr. Giannini M. S., *ult. op. cit.,* 50.
[23] Cfr. Giannini M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 655 ss..

in forme diverse da quelle previste dal codice civile e con strumenti ignoti all'autonomia privata[24].

Come più volte si è chiarito, la democrazia non significa caos e disordine, e la stessa Costituzione repubblicana in numerose norme non si limita a stabilire diritti e garanzie per i cittadini, ma per esempio richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.), ovvero stabilisce che tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva (art. 53 Cost.), principi e valori questi che non possono essere lasciati in balia dell'autonomia privata, e che invece richiedono necessariamente un soggetto della Pubblica Amministrazione plusvalente, anche se non oppressivo della libertà dei soggetti radicati nella società civile[25].

[24] Cfr. Falcon G., *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. giur.,* XXI, Roma, 1990, 6 ss..
[25] Cfr. Esposito C., *ult. op. cit*., 246 ss..

Le "Obbligazioni tributarie": dialettica storica e definizione attuale

1. Presupposti

Per quanto attiene alle fattispecie delle "obbligazioni tributarie", si sono succedute nell'arco del tempo svariate definizioni dottrinarie, e ciò in seguito a dibattiti riguardo la natura, il substrato e l'influenza sui singoli soggetti relativamente al fenomeno impositivo, analizzando i modelli di "coobligazione", "responsabilità" e "sostituzione", senza tralasciare tutti quegli obblighi strumentali riguardanti il Fisco, a cui i cittadini sono tenuti ad adempiere, e i relativi controlli. Partiamo dal presupposto che, di qualsivoglia tributo trattasi, generalmente esso richiede l'adempimento di una prestazione pecuniaria che nel piano pratico si sostanzia, per l'appunto, nel pagamento obbligatorio da parte del contribuente, nelle vesti di creditore ad un ente pubblico cosiddetto impositore[26].Tale concetto trova il suo substrato storico nelle imposte dirette concernenti principalmente i fondi.

Addentrandoci dunque nel caso specifico, ai fini dell'individuazione di tale modello unitario, caratterizzato per

[26] Per talune deroghe cfr., ad es., artt. 39, d.lgs. 31.10.1990, n. 346 e 28 *bis*, d.P.R. n. 29.9.1973, n. 602.

l'appunto dalla "obbligatorietà", che consiste nell'obbligo di pagamento da parte del soggetto in veste di "contribuente", cioè il "debitore" al "creditore", in veste di "ente pubblico impositore"[27], si sono susseguite nel tempo varie teorie, poiché il diritto tributario è stato considerato scienza autonoma, tanto da identificare la sua nascita "tout court" nello studio stesso dell'obbligazione tributaria[28].

E' stato focalizzato inoltre come l'elaborazione di tale fattispecie trovò il suo substrato in un'analisi approfondita sulle "imposte dirette", soprattutto quelle fondiarie, in relazione alla dinamica del prelievo, nei confronti della quale era dovere della Pubblica Amministrazione un intervento mirato svolto in un ambito di regolamentazione, nel quale non emergevano meccanismi in seguito divenuti peculiari (ad es. i versamenti in acconto)[29].

Osserviamo, inoltre, come le teorie aventi come fine specifico quello di riformare in modo innovativo tali fattispecie, trovino il loro fondamento nel progressivo aggiornarsi degli "istituti dell'attuazione del rapporto tributario".

2. L'"obbligazione"quale prototipo di riferimento

Il concetto di obbligazione, storicamente ritenuto assoluto e perpetuo, invece, ha subito una metamorfosi nell'arco del tempo sulla base della eterogeneità delle varie normative di diritto positivo e di varie teorie insigni elaborate dalla dottrina. Se

[27] Cfr. Tinelli G., *Istituzioni di diritto tributario*, Padova, 2010, 54.
[28] Cfr. Zingali G., *Obbligazione tributaria*, in *Nss. D. I*, Torino, 1968, p. 686; Fregni M.C., *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1998, p. 2.
[29] Cfr. Batistoni Ferrara F., *Obbligazioni nel diritto tributario,* in *Dig. disc. priv.,* X, Torino, 1994, 297 ss.

analizziamo la definizione letteraria vediamo come tale nozione faccia da fondamento ai fini di definire teoricamente il rapporto giuridico d'imposta[30], che viene a configurarsi quale fattispecie complessa, che, pur contenendo in sé molteplici diritti ed obblighi facenti capo a soggetti sia pubblici che privati, ed a terzi coinvolti nell'accertamento o nella riscossione, possiede quale caratteristica di fondo il "debito tributario", che per l'appunto si identifica quale "obbligazione pubblicistica", più precisamente quale obbligazione "ex lege" [31].

L'obbligazione quindi permane quale fondamento anche per quella parte della dottrina che si è spinta ben oltre la concezione unitaria del rapporto giuridico d'imposta, valutando indipendentemente, da un lato, le situazioni soggettive, e dall'altro, gli atti che ne evidenziano l'espletamento[32]. Secondo un'autorevole dottrina, assumerebbe dunque ruolo marginale il porre l'accento sulla natura "privatistica" o "pubblica" dell'obbligazione, poiché nel primo caso si dovrebbe dare atto dell'incisivo intervento di regolazione da parte dell'amministrazione, nel secondo caso si dovrebbe verificare se la disciplina civilistica può supplire quella pubblicistica in caso di carenze[33].

Su tale opinione concordano anche coloro che sono del parere che una fattispecie complessa a formazione successiva integri

[30] Fregni M.C., *op. cit.*, 59 ss)
[31] Cfr. Giannini A.D., *Il rapporto giuridico d'imposta*, Milano, 1937, 57.
[32] Cfr. Berliri A., *Appunti sul rapporto giuridico d'imposta e sull'obbligazione tributaria*, in *Giur. imp.* 1954, III, 509, part. 510).
[33] Cfr. Berliri A., *Principi di diritto tributario*, Vol. II, Tomo I, Milano, 1957, 63.

l'obbligazione, talvolta completandola, talvolta producendo effetti anticipati definitivi[34].

Sarà opportuno citare qui la dottrina di un insigne giurista, per l'appunto Allorio, secondo cui l'obbligazione, seppur geneticamente collegata intrinsecamente alla dichiarazione del soggetto passivo o all'attività di accertamento dell'Amministrazione finanziaria, individua il "rapporto tributario sostanziale", palesando un'"intensa tonalità pubblicistica", e si presenta quale "species" di un più vasto "genus" che racchiude in sé quella civilistica e fa riferimento ad una determinata situazione di fatto, che ne indica l'attitudine alla contribuzione. Tale obbligazione, inoltre, risulta essere oggetto del processo solo in via mediata, tramite l'impugnazione degli atti specifici che la costituiscono[35].

Tale impostazione dottrinaria è condivisa anche da coloro che ritengono che prima della nascita del debito d'imposta sussista un «rapporto giuridico pubblicistico di contribuzione tributaria» complesso, di cornice e di durata, sul quale, secondo il Consolo, [36] verrebbero a nascere doveri di collaborazione e protezione, come per esempio il dovere (non certo l'obbligazione), di fare una dichiarazione concreta. Alla medesima maniera per quanto concerne il calcolo del dovuto, dando vita in seguito ad un obbligo di diritto comune, sarebbe necessaria la dichiarazione o, in suo difetto e in caso di rettifica, risulterebbero necessari gli atti che la legge iscrive nella funzione di accertamento.

[34] Cfr. Cocivera B., *Accertamento tributario*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 246-247.
[35] Cfr. Allorio E., *Diritto processuale tributario*, Torino, 1953, 119 ss., 164.
[36] Cfr. Consolo C., *Processo e accertamento fra responsabilità contributiva e debito tributario*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1035 e ss., part. 1048, 1049.

E inoltre se consideriamo le varie dottrine che, dopo aver appurato il fondamento legale di un più generico dovere contributivo (che non si può ricondurre all'obbligazione per la mancanza di un diritto di credito del soggetto pubblico che si attua contemporaneamente al realizzarsi del fatto tipico), pongono in rilievo la sequenza di atti strumentali volti all'attuazione della norma tributaria, la configurazione dell'obbligazione risulta essere rilevante quale esito del procedimento, ai fini della descrizione del momento nel quale si delinea in concreto la fattibilità della responsabilità del debitore[37]. In tal modo, l'obbligazione abbandona man mano il suo contenuto particolare e pubblicistico, che si riferisce invece alle «forme positive di esercizio della funzione amministrativa di imposizione»[38].

Teorie a confronto riguardo il "substrato storico" dell'"obbligazione tributaria"

Breve introduzione

Da quanto finora esposto, constatiamo come, nonostante le obbligazioni risultino essere comuni a diverse dottrine, tuttavia le teorie circa il loro nascere siano divergenti tra di loro.

[37] Cfr. Micheli G.A., *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, 161 ss.
[38] Cfr. Micheli G.A.-Tremonti G., *Obbligazioni (dir. trib.),* in *Enc.dir.*, Milano, 1979, XXIX, 409 ss., part. 431 ss, 442.

Ad esempio secondo la teoria detta “dichiarativa”, l’obbligazione si forma nel momento in cui si attua quel “presupposto di fatto” che esprime una capacità contributiva [39].

La "teoria costitutiva", invece, fa nascere l'obbligazione in forza degli atti applicativi; per esempio, in caso di autoliquidazione e versamento spontaneo, il momento costitutivo si individua nella "dichiarazione", mentre nei casi in cui questa manchi ovvero sia oggetto di rettifica, l’effetto costitutivo è affidato, in tutto o in parte, all’"atto provvedimentale di recupero"[40]. Il fondamento, dunque, dell’obbligazione non si può individuare nel solo presupposto, né nella sola dichiarazione, ma nella congiunta esistenza dell’uno e dell’altra, sicché in assenza e prima della dichiarazione non può sussistere obbligazione[41].

Tuttavia si può ravvisare una pluralità di obbligazioni, come ad es. nel caso che alla dichiarazione seguano controlli formali ex art. 36 bis d.P.R. 29.9.1973, n. 600, ovvero accertamenti parziali, integrativi, modificativi, oppure prelievi suppletivi o complementari[42]. In precedenza, una esigua parte della dottrina poneva l'accento in ambito dei “tributi senza accertamento”, nei quali il concretarsi della fattispecie imponibile rendeva necessaria l'esecuzione della prestazione, salvo il controllo successivo dell’adempimento da parte dell’ufficio: in questi casi risultava, infatti, condiviso l’assunto secondo cui l'obbligazione veniva a nascere nel momento in cui si realizzava la fattispecie.[43] Ma, coll'evolversi dei tempi, non si è più dato tanto rilievo alla

[39] Cfr. Russo P., *L'obbligazione tributaria*, in AA. VV, *Trattato di diritto tributario*, Amatucci A., diretto da, II, Padova, 1994, 4.
[40] Cfr. Allorio E., *Diritto processuale tributario*, Torino, 1969, 579-580.
[41] Cfr. Tesauro F., *Il rimborso dell'imposta,* Torino, 1975, 95 ss.; 127 ss..
[42] Cfr. Falsitta G., *Manuale di diritto tributario,* Parte generale, Padova, 2012, 296-297.
[43] Russo P., *ult. op. cit.,* 4 ss...

distinzione tra tributi con accertamento e senza, e, possiamo aggiungere che, se, da un lato, può dirsi ormai molto limitato l'insieme di quei tributi che necessitano di un intervento da parte della Pubblica Amministrazione, dall'altro si è posta più che in passato l'attenzione sui poteri autoritativi in fase di controllo, tanto da far evidenziare all'attuazione del prelievo il coesistere fra imposizione con e senza accertamento, nel momento in cui si realizza l'intervento di atti provvedimentali e quando viene attuato l'adempimento in modo spontaneo[44].

1. Teoria "dichiarativa", "costitutiva" e "procedimentale". Differenze di pensiero

Se andiamo ad analizzare il substrato storico di dette obbligazioni, esse hanno risentito di un dibattito dogmatico perpetrato nel tempo tra le suddette teorie contrapposte, ma che in taluni casi hanno trovato punti di coesione[45].

Tale confronto è ormai stato superato dalla profonda evoluzione del diritto tributario, che ha fatto in modo di ricondurre alla tesi "costitutiva" un insieme ricostruttivo che non va a coincidere con gli scopi dell'attività interpretativa, a causa delle molteplici entità necessarie ad esprimere il rapporto tributario, dovendosi distinguere l'origine dell'obbligazione e la sua evoluzione storica[46].

[44] Cfr. La Rosa S., *Accertamento tributario e situazioni soggettive del contribuente*, in *Riv. dir. trib.,* 2006, I, 735.
[45] Cfr. Basciu A. F., *Imposizione (procedimento di),* in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989.
[46] Cfr. Batistoni Ferrara F., *Obbligazioni nel diritto tributario,* in *Dig. comm*., Torino, 1994, 298 ss.; il quale,, accennando alla giurisprudenza, sottolinea come quest'ultima avrebbe considerato la tesi che egli reputava più idonea, secondo cui

Una riflessione ulteriore, ha focalizzato come il momento ontologico debba differire dalla fase esecutiva che ne presuppone la nascita, ponendo in essere il rilievo della "fase dinamica dell'attuazione del rapporto" (segno di un approccio definito "neo-dichiarativista"), avente quest'ultima il suo apice nel soddisfacimento di una pretesa creditoria già sorta in precedenza[47].

Altri, invece, in disaccordo con la tesi dichiarativista, sostengono la tesi secondo cui, nel qual caso l'obbligazione tributaria fosse già nata in precedenza "ex lege", si dovrebbe poter adempiere ad essa in qualunque istante, mentre l'adempimento risente di iter procedurali spesso caratterizzati dalla presenza di atti della Pubblica Amministrazione; che, nel caso in cui l'obbligazione nascesse da fonte legislativa, il contribuente dovrebbe poter avvalersi della tutela giurisdizionale per quanto concerne la tutela dei diritti soggettivi confacenti con quel determinato rapporto, tramite l'"interposizione" di atti provvedimentali; che le norme riguardanti i termini di decadenza dell'azione impugnatoria risulterebbero incompatibili con la fonte legislativa, a causa del consolidarsi degli effetti prodotti dall'atto non impugnato [48].

A tali obiezioni nei confronti della "teoria costitutiva", altri ancora hanno successivamente affermato che il legame diretto con il

l'obbligazione non è riconducibile agli atti applicativi, in particolare per quanto concerne la dichiarazione, come evidenzia la Cassazione in varie pronunce, (ad es. Cass. S.U., 25/10/2002, n. 15063, e Cass., 15/05/2013, n. 11670).

[47] Cfr.Russo P., *L'obbligazione tributaria*, cit. 16-18.

[48] Cfr. Allorio E., op. cit., 74, 565, 70, 99, 553; Tesauro F., *Lineamenti del processo tributario*, Rimini, 1991, 38, il quale va ad elencare gli aspetti problematici della ***"deprovvedimentalizzazione"*** degli atti e della ***"decostitutivizzazione"*** del processo; si aggiunge a ciò che il rilievo processuale dei vizi formali non risulterebbe coerente con la natura non costitutiva dei provvedimenti impositivi, (per l'analisi di questa critica cfr., Fransoni G., *Giudicato tributario e attività dell'amministrazione finanziaria*, Milano, 2001, 153).

fondamento base del tributo non è ben posto in evidenza, poiché secondo costoro l'origine dell'obbligazione dagli atti applicativi trarrebbe esistenza dalla circostanza che la dichiarazione, di regola, estingue la "fattispecie dell'accertamento", venendo a mancare in seguito fasi di controllo necessarie, eccetto che in ambito di riscontro estrinseco (ex art. 36 bis d.P.R. n. 600/1973); inoltre che, se il soggetto passivo lascia decorrere i termini di decadenza non avvalendosi dei rimedi accordatigli (rimborso, integrativa), l'obbligazione nascente dalla dichiarazione si consolida anche venendo meno il presupposto; che, nel qual caso in cui vengano accolte le ragioni del contribuente nel giudizio sul rimborso, l'obbligazione viene meno perché la sentenza ne rende nulli gli effetti della dichiarazione, anche nel caso in cui non vengano resi noti errori dedotti durante l'istanza di restituzione; che la presenza di istituti come la dichiarazione integrativa ai fini di correggere gli errori porrebbe in evidenza che quella originaria produca effetti propri, la cui rimozione richiederebbe l'emanazione di un nuovo atto. In caso di accertamento, inoltre, considerato il caso in cui il rapporto tra atti impositivi e dichiarazione si debba considerare come annullamento/sostituzione della seconda da parte dei primi, ovvero come una molteplicità di obbligazioni complementari, è chiaramente emerso il contributo del provvedimento nel determinare in tutto o in parte l'obbligazione[49].

A coloro che si oppongono alla teoria "dichiarativista", si è obiettato che l'obbligazione tributaria, essendo di stampo pubblicistico, debba attuarsi nei termini, forme e modi stabiliti dalle norme legislative; che la possibilità che la tutela possa

[49] Cfr. Falsitta G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale.,* Padova, IV ed., 2003, 384; inoltre, Padova, VIII ed., 2012, 365.

essere condizionata alla sussistenza di atti impugnabili non dimostra l'inesistenza precedente dell'obbligazione rispetto al provvedimento, ma solamente l'imperfezione di una condizione dell'azione, a cui si può ricondurre l'interesse ad agire, condizione scaturente nell'ambito di una pretesa infondata da parte di terzi, che rende lecita l'azione di accertamento negativo; che neanche l'esecutività ed esecutorietà degli atti attinenti al provvedimento non impugnati risulterebbe fondamentale ai fini di appurare se risultano idonei a far scaturire l'obbligazione, poiché non si può pensare ad un confine invalicabile per il legislatore, eccezion fatta per quello della ragionevolezza, a motivo dell'adattamento della disciplina della decadenza anche a quelle situazioni di fatto caratterizzate dalla presenza non già di interessi legittimi ma di diritti soggettivi, e ciò specialmente quando ci sia l'intenzione di racchiudere nell'arco di un tempo più breve la disposizione di determinati rapporti, come ad esempio per quanto attiene al rimborso[50].

Dal confronto di tali teorie si evince come le contrapposte visioni dipendano, più che dalle variate interpretazioni delle nozioni specifiche di diritto positivo, in special modo dai vari aspetti del diritto tributario, che contengono in sé opinioni differenziate anche per quanto concerne le situazioni giuridiche sottese[51].

Il confronto tra le teorie "dichiarative" e "costitutive" è stato superato nell'ambito di una visione procedimentale dell'esercizio della "potestà d'imposizione", ossia la "teoria procedimentale", affermando che, partendo dal presupposto della intercambiabilità dei moduli di attuazione del tributo, la questione concernente la fonte dell'obbligazione è posta in un assetto secondario rispetto

[50] Cfr. Russo P., *L'obbligazione tributaria*, cit., 12, 13.
[51] Fransoni G., *op. cit*., 107.

al configurarsi di una pluralità di situazioni giuridiche soggettive, attive e passive, facenti capo a svariati soggetti, propense in un contesto procedimentale, a realizzare il "potere impositivo" ed il "prelievo tributario" per poter addivenire ad un'attenta analisi dell'incidenza di ciascuno degli atti, degli effetti e delle implicazioni reciproche[52].

Il prospetto succitato sembra per alcuni in linea con l'evolversi della normativa odierna che ha sottolineato in modo eloquente la sempre più ampia complessità «delle sequenze e dei meccanismi impositivi» [53]. Tale funzione, finalizzata a che sia applicato il giusto tributo e ne venga determinata la qualità e quantità della condizione, si qualifica in tal maniera al di fuori dell'obbligazione tributaria, la quale viene posta più che altro nella fase della riscossione, poiché trae origine da fatti ed atti che si verificano "ex lege" in fase antecedente o susseguente all'avverarsi della situazione. Proprio per questo motivo, l'accertamento viene esteso al controllo sull'osservanza dei diversi obblighi comportamentali che la norma legislativa impone al contribuente, aventi come prospettiva l'applicazione corretta dei tributi[54].

A tal proposito, ci sono anche coloro che considerano cosa inutile il riferirsi al concetto di "obbligazione", concentrando pertanto l'attenzione sui casi in cui il tributo è incassato anticipatamente

[52] Perrone L., *Riflessioni sul procedimento tributario*, in *Rass. trib.*, 2009, 43ss, part. nota 16, il quale illustra il pensiero di G. A. Micheli, *Considerazioni sul procedimento tributario d'accertamento nelle nuove leggi d'imposta*, in *Riv. dir. fin.,* 1974, I, 620 ss.
[53] Perrone L., *op. loc. ult. cit.*, il quale a sostegno di tale tesi fa riferimento ad alcune pronunce giurisprudenziali, e nello specifico, cass., 25/11/1980, n. 6262, individuando l'asse centrale non più nel rapporto d'imposta, ma nella funzione pubblicistica tributaria; sull'argomento cfr. Fantozzi A., *Il diritto tributario*, Torino, 2003, 247.
[54] Fantozzi A., *Diritto tributario*, Torino, 2013, 402.

rispetto il presupposto (ritenute, acconti, versamenti periodici), evidenziando come non possa essere considerato il "fatto indice" come fonte di un'obbligazione in senso tecnico, ma piuttosto evento atto a generare effetto differente, che si sostanzia nella acquisizione definitiva delle somme da parte dell'ente pubblico, e della impossibilità giuridica di un eventuale rimborso[55].

A ciò esprime la sua contrarietà una parte della dottrina autorevole, sebbene in minoranza; essa, non accettando la nozione di obbligazione, sia da un punto di vista sostanziale che processuale (dal momento che la reputa non idonea a costituire oggetto di un "procedimento costitutivo" o "di accertamento", in quanto correlata ad una pronuncia di condanna), identifica negli odierni strumenti impositivi e procedimentali (come ad es. il "redditometro" e gli atti “impo-esattivi”) la prova della "vis" che va a costituire l'operare stesso del Fisco, in grado «solo con qualche passaggio intermedio estremamente concentrato» di far scaturire un titolo esecutivo da un elemento che addita, in maniera indiretta, la capacità contributiva[56].

Un superamento del concetto di "obbligazione tributaria", è stato prospettato da coloro che ritengono che il tributo non possa costituire oggetto di un rapporto unitario obbligatorio (cosa estremamente difficile da delineare, ad es., per la detrazione delle eccedenze iva o dei crediti per imposte estere, che non si potrebbero configurare né come crediti da "indebito" né come crediti “non da indebito”, poiché non sono antecedenti alla

[55] Cfr. Fedele A., *Il presupposto del tributo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.,* 1967, II, 965, cui fa riferimento in un confronto dialettico, Falsitta G., *Obbligazione tributaria*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Cassese S., diretta da, Milano, 2006, IV, 3837.
[56] Cfr. Glendi C., *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984, 131 ss., 145 ss.; Id., *Impoesazione costitutiva* ex parte fisci e *impoesazione sostitutiva* ope iudicis, in *Corr. trib.,* 2013, n. 5, 457.

dichiarazione e possono essere valorizzati solamente tramite essa), ma piuttosto il risultato del «modo in cui di volta in volta si sono combinati i molteplici obblighi di versamento e diritti a detrazioni e deduzioni, derivanti dal verificarsi dei singoli fatti fiscalmente rilevanti», nei quali si quantifica in pieno la disciplina sostanziale delle imposte[57].

Il dibattito dottrinario, oggetto della nostra attenzione, va ad influire sia in ambito processuale, come ad esempio in connessione con l'oggetto stesso del processo, la questione dei "nova" in appello, la quale non è immune dalle diversificate dottrine cui si fa riferimento[58], sia in ambito sostanziale, tramite una valutazione della possibilità o meno di far rientrare la disciplina che regola il prelievo nell'ambito della disciplina civilistica, tenendo in considerazione la netta differenza delle regole disciplinanti l'obbligazione[59] (come possiamo osservare, ad es., per l'"esecuzione"). A tal proposito, sarà utile far riferimento ai "meccanismi estintivi dell'obbligazione tramite compensazione", questione maggiormente dibattuta. Quindi, se da una parte vediamo come la compensazione tributaria si è resa particolarmente idonea da poter essere operativa nell'ambito di una "molteplicità di prestazioni disomogenee", valicando anche in ambito soggettivo i limiti imposti ex artt. 1241 c.c. e ss., dall'altra l'affermazione secondo cui l'obbligazione tributaria solitamente si estingue per compensazione (art. 8, comma 1, l.

[57] La Rosa S., *op. cit*.. 747; Id., *Principi di diritto tributario*, Torino, 2006, 32 ss., 211 ss..
[58] Cfr. Trivellin M., *Domande ed eccezioni nuove. L'inammissibilità e la rilevabilità d'ufficio,* in V. Uckmar, F. Tundo, *Codice del processo tributario*, Piacenza, 2007, 841 ss, ove per l'appunto si fanno taluni riferimenti agli orientamenti giurisprudenziali detti *"sincretisti",* per il riferimento alla formula *impugnazione - merito*, chiarita in Cass., 20.3.2013, n. 6918.
[59] Cfr. Allena M., *Sull'applicabilità dei principi civilistici al diritto tributario*, in *Dir. prat. trib*., I, 1999, 1776 ss..

27.7.2012, n. 212, che inoltre rinvia ad appositi regolamenti l'attuazione del principio più generale, di cui al comma 8), ha suscitato la domanda se il suddetto richiamo normativo si riferisca ai principi che regolano le obbligazioni civili, o debba estendere l'intera fattispecie tributaria al regime ex art. 17, d.lgs. 9.7.1997, n. 241[60].

Rientra in tale ottica anche il dibattito concernente la questione dei limiti di legittimità dell'accollo del debito d'imposta, ex art. 8, comma 2, l. n. 212/2000, che pone ad un'analisi meticolosa le peculiarità nell'ordinamento tributario, focalizzando l'attenzione in particolar modo sui rapporti con la disciplina della rivalsa obbligatoria[61].

2.Caratteristiche "peculiari" dell'obbligazione tributaria, concernenti in modo particolare l'"indisponibilità"

Pur predominando la dottrina che, a causa di una sempre maggiore autonomia della scienza "gius-amministrativistica", ha individuato nell'obbligazione tributaria, un carattere spiccatamente pubblicistico[62], il dibattito si concentra tuttavia sulla caratteristica della "indisponibilità", riferita ai principi di "riserva di legge", "eguaglianza" e "capacità contributiva"; tale

[60] Su tale confronto cfr., Falsitta G., *Obbligazione tributaria*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 3840; Fedele A., *L'art. 8 dello Statuto dei diritti del contribuente,* in *Riv. dir. trib.,* 2001, I, 883, part.887; cfr., in generale Cordeiro Guerra R., *La compensazione*, in AA. VV., *Lo statuto dei diritti del contribuente*, Marongiu G., a cura di, Torino, 2004, n. 23 ss.; Messina S. M., *La compensazione nel diritto tributario*, Milano, 2006; Girelli G.*, La compensazione tributaria*, Milano, 2010.
[61] Cfr. Paparella F., *L'accollo del debito d'imposta*, Milano, 2008, 145 ss..
[62] Cfr. Giannini M.S., *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, 6.

caratteristica stabilisce l'obbligo di prelevare sia da parte del legislatore (suscitando dubbi di legittimità riguardo condoni ed istituti simili) sia dell'ufficio (con l'esclusione di transazioni o abdicazioni in ambito di accertamento e riscossione).

Numerose sono le norme concernenti casi di indisponibilità, come ad es., l'accertamento con adesione, la cui ricostruzione teorica può approdare a soluzioni molteplici [63] : dalla tutela dell'affidamento di cui all'art. 10, co. 2, l. n. 212/2000, che si configura come l'espressione della "voluntas legis" di porre limiti alla salvaguardia delle aspettative legittime, secondo i parametri interpretativi di revisione dell'amministrazione, all'esclusione di sanzioni ed interessi, offrendo garanzie che il tributo venga pagato; la transazione fiscale ex art. 182 ter, R.D. 16.3.1942, n. 267 che consente il parziale pagamento a condizioni determinate per quanto concerne i tributi, nell'ottica della disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione [64]; la mediazione fiscale (art. 17 bis, co. 8, d.lgs. 31.12.1992, n. 546), che sembra voler far confluire nella fase decisoria elementi che valutino l'economicità dell'azione amministrativa che parrebbero ammettere giudizi di opportunità che portano a forme di transazione della lite[65].

[63] Cfr. Marello E., *L'accertamento con adesione*, Torino, 2000; Versiglioni M., *Accordo e disposizione nel diritto tributario*, *contributo allo studio dell'accertamento con adesione e della conciliazione giudiziale*, Milano, 2001.
[64] Cfr. Falsitta G., *Funzione vincolata di riscossione dell'imposta e intransigibilità del tributo,* in *Riv. dir. trib*., I, 2007, 1047 ss. part.1069 ss.; Del Federico L., *La nuova transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. trib.,* 2008, I, 216ss., part. 217; Beghin M., *Giustizia tributaria e indisponibilità dell'imposta nei più recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali. La transazione concordataria e l'accertamento con adesione,* in *Riv. dir. trib*. 2010, II, 679 ss., part. 701 ss..
[65] Cfr. Marini G., *Profili costituzionali del reclamo e della mediazione*, in *Corr. trib*., 2012, 853 ss.; Pistolesi F., *Il reclamo e la mediazione nel processo tributario*, in *Rass. trib.,* 2012, 898 ss.; Corasaniti G., *Commento all'art. 17* bis *d.lgs 31/12/1992, n.546*, in *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, Consolo C., Glendi C., a cura di, Padova, 2012, 223 ss.

Per parte della dottrina, il fondamento dell'"indisponibilità" è posto in correlazione ai principi di "legalità", "imparzialità" e "buon andamento" della P.A.[66], oltre che alla "funzione" di "riparto" per quanto attiene alla obbligazione tributaria per l'imposta, poiché proprio per mezzo suo si ha il riparto tra i consociati delle spese pubbliche.

Di pari passo il rapporto principale debito/credito tra contribuente ed amministrazione si potrebbe individuare in un rapporto tra contribuenti che si verrebbe ad esplicare nella pretesa di ciascuno ad una ripartizione equa in tal modo da evitare di concorrere alla spesa pubblica in maniera sproporzionata rispetto alle proprie capacità contributive, parallelamente a quella di tutti gli altri soggetti che sono tenuti a prendervi parte, evitando gli aggravi dovuti all'altrui sottrazione ai doveri solidaristici[67].

3."Solidarietà", "coobligazione", "responsabilità" e "sostituzione" nelle relazioni tra contribuente ed Erario

Alla relazione intercorrente tra contribuente ed Erario, si affianca l'obbligazione concernente svariati soggetti, che contribuiscono o meno all'attuazione del fattore indice, più specificatamente nel qual caso il presupposto si verifichi in modo congiunto, e l'obbligazione che ne scaturisce è caratterizzata dalla "solidarietà

[66] Miccinesi M., *Accertamento con adesione e conciliazione giudiziale*, in *Commento agli interventi di riforma tributaria*, Miccinesi M., a cura di, Padova, 1999, 1 ss.
[67] Cfr. Falsitta G., *Obbligazione tributaria*, cit., 3839, ma v. contra, Stevanato D., *Determinazione della ricchezza, ‹‹obbligazione di riparto›› e ricchezza non registrata,* in *Dialoghi trib.,* 2013, n 1, 7 ss., part 13ss., ove, pur ammettendosi l'esistenza di un interesse di fatto di ciascun consociato ad un livello di diffusa fedeltà fiscale, si afferma che il minor gettito del tributo rispetto rispetto alle attese potrebbe dar luogo a diverse reazioni, non necessariamente implicanti una ripartizione delle *‹‹quote inevase››* sui contribuenti adempienti; in senso critico v. anche Crovato F., Lupi R., *Indisponibilità del credito tributario, contabilità pubblica e giustizia tributaria*, in *Dialoghi dir. trib*., 2007, n. 6, 853ss.

paritetica", per la molteplice rilevanza soggettiva della situazione di base[68]. Si è appurata la possibilità di chiamare più soggetti in solido all'adempimento dell'obbligazione d'imposta nel qual caso quest'ultima «corrisponda ad una manifestazione di attitudine alla contribuzione contestualmente e unitariamente riferibile» a ciascuno dei soggetti medesimi (ad. es.: solidarietà tra le parti contraenti nell'imposta di registro)[69].

Tramite il realizzarsi in maniera congiunta del presupposto, si può giustificare la fattispecie legislativa del vincolo solidale, che va a rendere più salda la garanzia del soddisfacimento degli obblighi tributari[70]. Al contrario, proprio a causa di questa inscindibilità pare impresa ardua una eventuale divisione del presupposto in più parti, in modo tale che il tributo gravi pienamente su tutti i soggetti che attuano il fatto, determinando la violazione della doppia imposizione.

Secondo taluni, la ripartizione dei tributi tra i contribuenti, sarebbe rilevante solamente per quanto attiene all'assetto patrimoniale, e ciò emergerebbe ex art. 1475 c.c. e ss., (ad es. il registro)[71]; contrariamente vi sono anche coloro che sostengono che i meccanismi di regresso risultino essere indispensabili a che il tributo possa essere applicato nella piena osservanza degli indici di riparto, ricomprendendoli nell'ambito del rapporto tributario[72]. Più difficile risulta essere il giustificare la solidarietà in taluni casi in cui il "fatto indice", pur essendo molto legato al

[68] Cfr. Schiavolin R., *Il collegamento soggettivo*, in AA.VV., *La capacità contributiva*, Moschetti F., a cura di, Padova, 1993, 83.
[69] Cfr. Miccinesi M., *Solidarietà nel diritto tributario*, in *Dig. comm.*, Torino, 1997, 445 ss., in part. 446.
[70] Su tale garanzia, cfr. Fantozzi A., *La solidarietà tributaria*, in AA.VV., *Trattato di diritto tributario*, Amatucci, A., diretto da, Padova, 1994, Vol. II, 454.
[71] Cfr. Miccinesi M., *op. ult. cit.*, 447.
[72] Cfr.Falsitta G., *Obbligazione tributaria*, cit., 3845.

"presupposto", si possa suddividere in quote tra i soggetti destinatari (ad es. nella solidarietà tra coeredi per il pagamento della tassa di successione)[73].

Oltre tali casi di cui abbiamo fatto cenno poc'anzi concernenti la "solidarietà", sarà utile sottolineare la presenza di altre tipologie di fattispecie, caratterizzate da "coobbligazione dipendente, illimitata o limitata". Appartenente alla prima fattispecie è la "responsabilità d'imposta" che, oggi sembra maggiormente essere presa in considerazione[74].

Il responsabile d'imposta[75] è tenuto a pagare il tributo insieme ad altri per fatti o situazioni riconducibili a questi ultimi, in modo tale che la sua obbligazione, tramite l'attuazione del presupposto, comprende in se l'"alterità" della fattispecie, che deve inoltre poter giustificare la funzione di "garanzia erariale"[76]; ecco perché, ferma la duplicità ed autonomia dei rapporti obbligatori, si parla di "nesso di pregiudizialità-dipendenza" o "accessorietà" di quello che riguarda il responsabile.

La dottrina[77] evidenzia altresì, che oltre alla funzione di garanzia tipica della responsabilità per l'imposta, se ne potrebbero contemplare altre come "logiche parasanzionatorie", di cui agli artt. 11, d.lgs. 18.12.1997, n. 472 e 60 bis, d.P.R. 26.10.1972, n. 633, predisposte alla tutela del corretto iter procedurale di adempimento dell'obbligazione tributaria, di cui all'art. 35, d.P.R. n. 602/1973, concernente situazioni di corresponsabilità tra

[73] Art. 36, d. lgs. n. 346/1990; cfr., Miccinesi M., op. cit.,449.
[74] Cfr. Castaldi L., *Solidarietà tributaria, Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007, § 1, ove si fa particolare riferimento al consolidato fiscale, di cui all'art. 127 d.P.R. 22/12/1986, 917.
[75] Cfr. art. 64 d.P.R. n. 600/1973 che reca definizione dotata di forza descrittiva anche oltre i tributi diretti.
[76] Cfr. Fantozzi A., *op. ult. cit.*, 464.
[77] Castaldi L., *Solidarietà tributaria*, *Postilla di aggiornamento*, cit., v. *supra*, § 1.

sostituto e sostituito. Bisogna però precisare che, eccetto il carattere peculiare delle fattispecie ora esplicate, indispensabile ai fini di poter garantire la legittimità costituzionale di tali obbligazioni, risulta essere il fatto che il responsabile possa agire ai fini della rivalsa nei confronti del contribuente, pur non essendo a conoscenza delle caratteristiche riguardanti l'imputazione soggettiva della prestazione impositiva; ciò denota il fine per cui il legislatore non possa comprimere tale istituto[78]. Per tal motivo i responsabili si devono trovare soltanto in ambito dei soggetti coinvolti direttamente con tale fattispecie, e che quindi possono trovare utilità nel porre in essere il diritto di rivalsa[79]. E' bene precisare che, essendo fondamentale il trasferimento del tributo in capo al contribuente, di cui all'art. 53 Cost., i casi specifici di responsabilità che garantiscono il rispetto di tale principio, sono quelli nei quali l'obbligato dipendente possiede la facoltà di esercitare la rivalsa ancora prima di adempiere (come ad esempio il caso concernente il notaio per l'imposta principale di registro, caso che attualmente taluni ritengono opportuno impostare maggiormente in ambito del "mandato ex lege", anche ai fini della registrazione telematica, ex art. 3-ter d.lgs. 18.12.1997, n. 463[80].

Nel caso in cui il patrimonio del contribuente sia insufficiente a coprire una passività, colui che risulta essere ignaro del fatto indice, e quindi non può configurarsi quale soggetto passivo, corre il pericolo che l'imposta venga cristallizzata nei suoi confronti dal regresso successivo. Nel qual caso invece, il coobligato adempie con beni specifici o con una porzione ben

[78] Cfr. Fedele A. *La solidarietà tra più soggetti coinvolti nel prelievo*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normative vigenti e prospettive*, III, Milano, 1986, 518.
[79] Cfr. Randazzo F., *Le rivalse tributarie*, Milano, 2012, 41 ss.
[80] Boria P., in Fantozzi A., *Diritto tributario*, Torino, 2013, 553 ss..

definita del suo patrimonio nell'ambito di limiti ben stabiliti di valore, si verificherà la fattispecie della"coobbligazione dipendente limitata", come ad esempio avviene per il cessionario d'azienda relativamente ai debiti tributari della stessa, ex art. 14, d.lgs. 472/1997, che contempla una fattispecie di coobbligazione "successiva" o "non contestuale"[81], ovvero per i beni gravati da privilegio fiscale, anche se parte della dottrina fa rientrare tali casi tra quelli di mera soggezione all'esecuzione[82].

Avremo invece il fenomeno della "sostituzione", nel qual caso un soggetto sia obbligato a pagare l'imposta al posto di altri soggetti per situazioni o fatti riconducibili a questi ultimi; in tal caso, il sostituto non attua comunque il presupposto, e per costui diviene "doverosa" la rivalsa, ex art. 64 d.P.R. n. 600/1973. Di norma, il soggetto che sostituisce il sostituto è debitore del sostituito, e la rivalsa si attua sul prototipo della ritenuta. Se talvolta le ritenute rappresentano il mezzo per poter attuare il versamento in anticipo dell'imposta, riconducibile a presupposti attuati al soggetto sostituito, senza tuttavia estromettere quest'ultimo dal rapporto con l'Erario (ritenuta d'acconto), in altre ipotesi gli obblighi tributari, a motivo di necessarie semplificazioni, efficienza e creazione di controinteressati a che il pagamento venga sottratto, si incentrano sul sostituto, e la ritenuta d'"imposta" può porre fine al rapporto.

La dottrina tiene a precisare come la "prestazione impositiva" risulti essere in capo al sostituito e come il sostituto si identifichi quale titolare di un'obbligazione "in proprio" riguardo l'"amministrazione finanziaria", rivestita in tal caso di autonomia,

[81] Cfr. Marini, G., *Note in tema di responsabilità per i debiti tributari del cessionario di azienda*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, I, 181 ss. particolarmente 188 ss..
[82] Miccinesi M., *op. cit.*, 454.

a differenza dell' "amministrazione d'imposta", pur possedendo il medesimo oggetto. Dunque l'obbligazione del sostituto risulta essere connessa alla tributaria sia dal "nesso di pregiudizialità-dipendenza", sia dalla "funzione di strumentalità", e , bisogna sottolineare come anche in tal caso la questione relativa alla conformità di tale regime giuridico alle norme costituzionali deve essere affrontata sia sulla base dell'efficacia dei mezzi che assicurano al sostituto l'indennità dall'onere tributario, sia in base alla ragionevolezza dell'imposizione in capo al medesimo degli obblighi di cui trattasi, facendo riferimento al suo rapporto riguardo i presupposti base del prelievo[83].

Nelle fattispecie di "sostituzione", interessante risulta essere soffermarsi sulle patologie del fenomeno, nel qual caso il sostituto non effettua la ritenuta ed il versamento, casi questi nei quali può scaturire una coobbligazione solidale del sostituito, che secondo parte della dottrina avviene in riferimento alla responsabilità d'imposta; a tal proposito si faccia riferimento all'art. 35, d.P.R. 29.9.1973, n. 602, sulla cui applicazione ha avuto ruolo determinante l'art. 19, d.lgs. 26.2.1999, n. 46[84].

Da ciò emerge l'estrema complessità delle casistiche procedimentali ove coesistano rapporti complessi riguardanti più obbligati. Pur potendo considerare ormai del tutto superata la cosiddetta "supersolidarietà tributaria" (Corte Cost., 13.5.1968, n. 48), nella "fase di attuazione", per quanto concerne i rapporti tra più soggetti bisogna tenere saldi "l'integrità del diritto di difesa" e "dell'uguaglianza"[85], tematiche queste concernenti

[83] Cfr. Russo P., *Manuale di diritto tributario*, 170ss.; Basilavecchia M., *Sostituzione tributaria*, in *Dig. comm*., XV, Torino, 1998, 66 ss., part. 77.
[84] Miccinesi M., op. cit., 452.
[85] Cfr. Castaldi L., *Solidarietà tributaria* in *Enc. giur*. *Treccani*, Roma, 1993, § 5 ss..

anche le procedure di notifica degli atti impositivi nei riguardi degli obbligati, i limiti di applicazione dell'art. 1306 c.c.,[86] le limitazioni del litisconsorzio tributario[87], l'efficacia dell'atto di adesione qualora venga sottoscritto da uno solo dei soggetti passivi (es. art. 1, co. 2, d.lgs. 19.6.1997, n. 218), la doverosità dell'autotutela nel qual caso il rapporto venga definito a favore di uno degli obbligati, le questioni di giurisdizione[88].

4. Concetto di"obblighi strumentali"

Trattando nello specifico degli "obblighi di pagamento", occorre menzionare gli "acconti", fattispecie oggetto di dibattito storico dottrinario soprattutto in riferimento al complesso dilemma riguardo il substrato storico dell'obbligazione tributaria; essi, facendo riferimento alla dichiarazione dell'anno precedente o, se quest'ultima fosse stata non attuata, all'imposta riferita al reddito che si sarebbe dovuto dichiarare, sono definiti quali "obbligazioni provvisorie"[89] .

Coloro che hanno fatto rientrare tale istituto nella teoria della "fonte legale dell'obbligazione", hanno sostenuto la tesi secondo cui il versamento è considerato come "semplice adempimento anticipato", e che, comunque, il relativo obbligo non potrebbe scaturire dalla dichiarazione, sia a causa della sua persistenza

[86] Cfr. Picciaredda F., *Estensione* in utilibus *del giudicato favorevole ex art. 1306, comma 2 c. c., in tema di solidarietà tributaria nei confronti dei coobligati rimasti estranei al giudizio*, in *Giur. it.,* 2011, 2425.
[87] Cfr. Falsitta G., *Presupposto unitario plurisoggettivo, giusto riparto e litisconsorzio necessario nella solidarietà passiva tributaria*, in *Riv. dir. trib*., 2007, II, 174.
[88] Puri P., in Fantozzi A., a cura di, *Diritto tributario*, Torino, 2013, 454.
[89] Cfr. Falsitta G., *Obbligazioni tributarie, cit.* 3884, in cui l'autore pone gli ***"acconti"*** sullo stesso piano delle ***"obbligazioni nascenti da dichiarazione"*** fino alla decorrenza dei termini dell'integrativa a favore, di quelle scaturenti dalla ***"riscossione frazionata in pendenza di ricorso",*** dei ***"versamenti periodici nell'iva",*** delle ***"ritenute d'acconto".***

anche nel caso in cui la dichiarazione sia omessa, sia perché, se il suo adempimento viene effettuato in misura esigua rispetto al dovuto sulla base della precedente dichiarazione, tuttavia in linea con quella riferita al periodo considerato, non si applicano sanzioni amministrative tributarie ed interessi.

Di particolare interesse sono anche le obbligazioni definite "accessorie", tra cui vanno annoverate quelle aventi per il pagamento degli interessi o delle sanzioni pecuniarie amministrative, in caso di inadempienza dell'obbligazione principale. Oltre alle obbligazioni tributarie bisogna altresì annoverare, svariate fattispecie di obblighi strumentali e formali che vengono ad incidere sul contribuente o sui terzi [90], fondamentali ai fini della nascita della fattispecie impositiva (come ad esempio quelli presupposti, riguardanti la fatturazione, la tenuta delle scritture contabili o della documentazione rilevante, quelli successivi, ascrivibili alla collaborazione istruttoria, quale gli obblighi di risposta agli inviti, richieste, questionari, nei confronti dei quali sono previste sanzioni da norme specifiche in caso di inadempimento, con effetti anche preclusivi sul piano procedimentale (inutilizzabilità a favore nel processo, legittimazione di metodi di accertamento induttivi); in tali casi le pubbliche amministrazioni possono esercitare i poteri di accesso, ispezione e verifica, cui tali situazioni giuridiche sono soggette.

[90] Cfr., Boria P., in Fantozzi A., a cura di, *Diritto tributario*, Torino, 2013, 553 ss.

Bibliografia

Allena M., Sull'applicabilità dei principi civilistici al diritto tributario, in Dir. prat trib., I, 1999, 1776 ss..

Allorio E., Diritto processuale tributario, Torino, 1953; inoltre Torino, V ed., 1969.

Antonini L., Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali, Milano, 1996.

Barettoni Arleri A., Obbligazioni pubbliche, in Enc. dir., XXIX, Milano, 1979, 383.

Barettoni Arleri A., Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative, Milano, 1966.

Basciu A.F., Contributo allo studio dell'obbligazione tributaria, Napoli, 1964.

Basciu A.F., Imposizione (procedimento di), in Enc. giur. Treccani, Roma, 1989.

Basilavecchia M., Sostituzione tributaria, in Dig. comm., XV, Torino, 1998, 66 ss..

Batistoni Ferrara F., Obbligazioni nel diritto tributario, in Dig. disc. priv.,Torino, 1994, 297.

Beghin M., Giustizia tributaria e indisponibilità dell'imposta nei più recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali. La transazione concordataria e l'accertamento con adesione, in Riv. dir. trib., 2010, II, 679 ss..

Berliri A., Appunti sul rapporto giuridico d'imposta e sull'obbligazione tributaria, in Giur. imp. 1954, III, 509.

Berliri A., Principi di diritto tributario, Vol. II, Tomo I, Milano, 1957, 63.

Berliri L.V., La giusta imposta, Roma, 1945.

Bosello F., Il prelievo alla fonte nel sistema dell'imposizione diretta, Padova, 1972.

Capaccioli E., L'accertamento tributario, in Riv. dir. fin., 1966, I, 26.

Castaldi L., Solidarietà tributaria, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1993, § 5.

Castaldi L., Solidarietà tributaria, Postilla di aggiornamento, in Enc. giur. Treccani, Roma, 2007, § 1.

Cicognani A., Le fonti dell'obbligazione tributaria, Padova, 1977.

Cipolla G.M., Ritenuta alla fonte, in Dig. comm., vol. XIII, Torino, 1997.

Cocivera B., Accertamento tributario, in Enc. dir., Vol. I, Milano, 1958, 246, 247.

Consolo C., Processo e accertamento fra responsabilità contributiva e debito tributario, in Riv. dir. proc., 2000, 1035 e ss..

Coppa D., Responsabile d'imposta, in Dig. comm., XII, Torino, 1996.

Corasaniti G., Commento all'art. 17 bis d. lgs. 31/12/1992 n. 546, in Commentario breve alle leggi del processo tributario, Consolo C., Glendi C., a cura di, Padova, 2012, 223.

Cordeiro Guerra R., La Compensazione, in AA. VV., Lo Statuto dei diritti del contribuente, Marongiu G., a cura di, Torino, 2004, 23.

Crovato F., Lupi R., Indisponibilità del credito tributario, contabilità pubblica e giustizia tributaria, in Dialoghi dir. trib., 2007, n. 6, 853 ss..

Del Federico L., La nuova transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali, in Riv. dir. trib., 2008, I, 216 ss.

D'Amati N., Rapporto giuridico d'imposta, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1993.

Di Majo A., Delle obbligazioni in generale, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna, 1988.

Falcon G. ,Obbligazioni pubbliche, in Enc. giur.,XXI, Roma, 1990.

Falsitta G., Manuale di diritto tributario, pt. gen., Padova, 2003; inoltre Padova, IV ed. 2012.

Falsitta G., Obbligazione tributaria, in Dizionario di diritto pubblico, Cassese, S., diretto da, Milano, 2006, IV, 3837.

Falsitta G., Funzione vincolata di riscossione dell'imposta e intransigibilità del tributo, in Riv. dir. trib., 2007, I, 1047-1069.

Falsitta G., Presupposto unitario plurisoggettivo, giusto riparto e litisconsorzio necessario nella solidarietà passiva tributaria, in Riv. dir. trib., 2007, II, 174.

Fantozzi A., Il diritto tributario, Torino, 2003.

Fantozzi A., Diritto tributario, Torino, 2013;

Fantozzi A., La solidarietà tributaria, in AA.VV., Trattato di diritto tributario, Amatucci A., diretto da, Padova, 1994, Vol. II, 453.

Fantozzi A., La solidarietà nel diritto tributario, Torino, 1968.

Fedele A., L'art. 8 dello Statuto dei diritti del contribuente, in Riv. dir. trib., 2001, I, 883.

Fedele A., La solidarietà tra più soggetti coinvolti nel prelievo, in AA.VV., La casa di abitazione tra normative vigenti e prospettive, Milano, 1986, III, 518.

Fedele A., Diritto tributario e diritto civile nella disciplina dei rapporti interni tra i soggetti passivi del tributo, in Riv. dir. fin., 1969, I, 21.

Fedele A., Il presupposto del tributo nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in Giur. cost., 1967, II, 965.

Fransoni G., Giudicato tributario e attività dell'amministrazione finanziaria, Milano, 2001.

Fregni M.C., Obbligazione tributaria e codice civile, Torino, 1998.

Gaffuri G., L'attitudine alla contribuzione, Milano, 1969.

Galateria L.-Stipo M., Manuale di diritto amministrativo. Principi generali., Torino, 1998.

Gallo F., L'imposta sulle assicurazioni, Torino, 1970.

Gambardella F., Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica, Torino, 2016.

Garcea A., La pretesa tributaria nella moderna dinamica impositiva, Milano 2003.

Giannini A.D., Il rapporto giuridico d'imposta, Milano, 1937.

Giannini M.S., Le obbligazioni pubbliche, Roma, 1964.

Giannini M. S., Diritto amministrativo, Milano, 1970.

Giannini M. S., Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche, Bologna, 1986.

Giannini M. S., Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 2000.

Giovannini A., Soggettività tributaria e fattispecie impositiva, Padova, 1996.

Glendi C., L'oggetto del processo tributario, Padova, 1984.

Jarach D., Il fatto imponibile, Padova, 1981.

La Rosa S., Accertamento tributario e situazioni soggettive del contribuente, in Riv. dir. trib, 2006, I, 735.

La Rosa S., Principi di diritto tributario, Torino, 2006.

Longobardi C., La nascita del credito d'imposta, Padova, 1965.

Lupi R., Manuale di diritto tributario, pt. gen., Milano, 2000.

Maffezzoni F., Il procedimento di imposizione nell'imposta generale sull'entrata, Napoli, 1965.

Magnani C., Il processo tributario. Contributo alla dottrina generale, Padova, 1965.

Marello E, L'accertamento con adesione, Torino, 2000.

Marini G., Note in tema di responsabilità per i debiti tributari del cessionario di azienda, in Riv. dir. trib., 2009, I, 188 ss.

Marini G., Profili costituzionali del reclamo e della mediazione, in Corr. trib., 2012, 853 ss..

Messina S. M., La Compensazione nel diritto tributario, Milano, 2006.

Miccinesi M., Solidarietà nel diritto tributario, in Dig. comm., Torino, 1997, 445.

Miccinesi M., Accertamento con adesione e conciliazione giudiziale, in Commento agli interventi di riforma tributaria, Miccinesi M., a cura di, Padova, 1999, 1 ss..

Micheli G.A., Considerazioni sul procedimento tributario d'accertamento nelle nuove leggi d'imposta, in Riv. dir. fin., 1974, 620.

Micheli G.A., Corso di diritto tributario, Torino, 1989.

Micheli G.A.-Tremonti, G., Obbligazioni (dir. trib.), in Enc. dir., Milano, 1979, XXIX, 409.

Moschetti F., Il principio della capacità contributiva, Padova, 1973.

Paparella F., L'accollo del debito d'imposta, Milano, 2008.

Parlato A., Il responsabile d'imposta, Milano 1962.

Parlato A., Il sostituto d'imposta, Padova, 1969.

Perrone L., Riflessioni sul procedimento tributario, in Rass. trib., 2009, 43.

Picciaredda F., Estensione in utilibus del giudicato favorevole ex art. 1306, comma 2 c. c., in tema di solidarietà tributaria nei confronti dei coobligati rimasti estranei al giudizio, in Giur. it., 2011, 2425.

Pistolesi F., Il reclamo e la mediazione nel processo tributario, in Rass. trib., 2012, 898 ss..

Pugliese M., Istituzioni di diritto finanziario. Diritto tributario, 1937.

Randazzo F., Le rivalse tributarie, Milano, 2012.

Rotondi A., Appunti sull'obbligazione tributaria, Padova, 1950.

Russo P., Diritto e processo nella teoria dell'obbligazione tributaria, Milano, 1969.

Russo P., L'obbligazione tributaria, in AA.VV., Trattato di diritto tributario, Amatucci, A., diretto da, II, Padova, 1994.

Russo P., Manuale di diritto tributario, pt. gen., Milano, 2007.

Salvini L., Rivalsa nel diritto tributario, in Dig. comm., XIII, Torino, 1997.

Sandulli A. M., Spunti sui contratti di diritto privato della P. A., Firenze, 1953.

Schiavolin R., La capacità contributiva. Il collegamento soggettivo, in Trattato Dir. Trib., Amatucci A., diretto da, I, Padova, 1994, 282 ss.

Schiavolin R., Il collegamento soggettivo, in AA.VV., La capacità contributiva, Moschetti F., a cura di, Padova, 1993, 83.

Stevanato D., Determinazione della ricchezza, ‹‹obbligazione di riparto›› e ricchezza non registrata, in Dialoghi trib., 2013, n. 1, 7 ss.

Tesauro F., Il rimborso dell'imposta, Torino, 1975.

Tesauro F., Lineamenti del processo tributario, Rimini, 1991.

Tesoro G., Principii di diritto tributario, Bari, 1938.

Tremonti G., Imposizione e definitività nel diritto tributario, Milano, 1977.

Trivellin M., Domande ed eccezioni nuove. L'inammissibilità e la rilevabilità d'ufficio, in V. Uckmar, F. Tundo, Codice nel processo tributario, Piacenza, 2007, 841.

Uckmar A., Del sostituto d'imposta, in Dir. prat. trib., 1940, I, 112.

Vanoni E., Elementi di diritto tributario, in Opere giuridiche, Milano, 1962, 178.

Versiglioni M., Accordo e disposizione nel diritto tributario, contributo allo studio dell'accertamento con adesione e della conciliazione giudiziale, Milano, 2001.

Zingali G., Obbligazione tributaria, in Nss.D.I., Torino, 1968, 686.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0394 - 5694

Abstract to note to sentence a cura di Michele Sala

Dottorando di ricerca in DIRITTO PUBBLICO, COMPARATO E INTERNAZIONALE, Dipartimento di Economia e Diritto, Facoltà di Economia, Università "La Sapienza" Roma

Consiglio Di Stato Sez. III – 27/11/2018, n.6716

Questa pronuncia è di particolare interesse perché, attraverso una ricostruzione sistematica del complesso quadro normativo, chiarisce quale sia la normativa applicabile in materia di definizione del prezzo dei farmaci generici.

This pronunciation is of particular interest because it clarifies the applicable laws regarding the definition of the price of generic drugs through a systematic reconstruction of the complex regulatory framework.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3663 del 2018, proposto dall'Agenzia italiana del farmaco – Aifa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, n. 12,

contro

la società (omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (omissis), presso il cui studio in (omissis) è elettivamente domiciliata,

per la riforma

della sentenza del Tar Lazio, sede di Roma, sez. III quater, 21 febbraio 2018, n. 1980, che ha accolto il ricorso proposto dalla società (omissis) avverso la determinazione del direttore generale dell'Aifa del 19 luglio 2017, nella parte in cui il medicinale (omissis)

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

nella nuova confezione (omissis) è stato autorizzato per la commercializzazione in fascia C/RR.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della (omissis);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella pubblica udienza del giorno 15 novembre 2018 il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato il 13 ottobre 2017 e depositato al Tar Lazio il successivo 17 ottobre, la società (omissis) ha impugnato la determinazione del direttore generale dell'Aifa del 19 luglio 2017, nella parte in cui il medicinale (omissis) è stato autorizzato per la commercializzazione in fascia C/RR. In fase istruttoria, infatti, non era stato raggiunto un accordo tra il Comitato tecnico dell'Aifa e la società.

All'offerta iniziale della società (omissis) di un prezzo al pubblico più basso del 10%, rispetto a quello della similare confezione già presente sul mercato in classe A (e cioè in fascia di rimborso a carico del Servizio sanitario nazionale), l'Aifa aveva replicato chiedendo una maggiore riduzione del prezzo fino al 20%, mentre la società si era detta disponibile a un ribasso massimo del 15%, ogni ulteriore aumento della percentuale incidendo sul prezzo ex factory.

La società ha censurato la classificazione del suddetto medicinale in classe C, quale conseguenza del mancato accordo tra le parti sul prezzo al pubblico necessario ai fini del collocamento in classe A: ad avviso della (omissis), l'offerta di un prezzo al pubblico più basso del 10% rispetto a quello della confezione Branded già presente sul mercato

in classe A, successivamente ridotto di un ulteriore 5% in occasione della riunione tenutasi in data 30 marzo 2017 dinnanzi al Comitato Prezzi e Rimborso ("CPR"), avrebbe dovuto essere considerata sufficiente ai fini della classificazione in "A".

2. Dinanzi al Tar Lazio, sede di Roma, si è costituita in giudizio l'Aifa, sostenendo l'infondatezza del ricorso sul rilievo che l'art. 3, comma 130, l. 28 dicembre 1995, n. 549, come modificato dalla l. 8 agosto 1996, n. 425, stabilisce che il prezzo dei generici deve essere inferiore almeno del 20% al prezzo del relativo originator: "Se è offerto ad un prezzo almeno del 20 per cento inferiore a quello della corrispondente specialità medicinale a base dello stesso principio attivo con uguale dosaggio e via di somministrazione, già classificata nelle classi a) o b) di cui all'art. 8, comma 10, l. 24 dicembre 1993, n. 537, il medicinale generico ottiene dalla Commissione unica del farmaco la medesima classificazione di detta specialità medicinale".

3. Con sentenza 21 febbraio 2018, n. 1980, la sez. III quater del Tar Lazio, sede di Roma, ha accolto il ricorso, ritenendo non applicabile il comma 130 dell'art. 3, l. n. 549 del 1995, il quale prevede che, ove il prezzo offerto per un medicinale generico sia inferiore almeno del 20% rispetto a quello praticato dall'originator, esso ottiene la medesima classificazione di detta specialità medicinale; detta norma, in palese conflitto con il sistema normativo successivamente assestatosi, va considerata oggi tacitamente abrogata.

4. Con appello notificato il 23 aprile 2018 e depositato il successivo 8 maggio l'Aifa ha impugnato la predetta sentenza n. 1980 del 21 febbraio 2018 del Tar Lazio, affermando che il giudice di primo grado avrebbe errato nel sostenere l'intervenuta abrogazione del d.m. 4 aprile 2013 e l'inapplicabilità dell'art. 3, comma 130, l. n. 549 del 1995.

Per dimostrare la correttezza del proprio assunto l'Aifa ha ricostruito il contesto normativo di riferimento con la relativa evoluzione cronologica, interamente volto ad introdurre un criterio di negoziazione del prezzo dei farmaci, ai fini della loro rimborsabilità

da parte del SSN, che si basa sulla convenienza per lo stesso Servizio sanitario, che si esplica nel raggiungimento del massimo risparmio.

L'Aifa ha quindi concluso nel senso che: a) un farmaco generico può ottenere la medesima classificazione dell'originator purché sia offerto un prezzo almeno del 20% inferiore a quello del farmaco originatore; b) i nuovi farmaci, che non comportano un vantaggio terapeutico rispetto a quelli già in commercio (tra cui non possono rientrare i farmaci generici), possono essere autorizzati ed immessi sul mercato esclusivamente nel caso in cui il loro prezzo è inferiore o uguale al prezzo più basso dei medicinali di quelli della medesima categoria terapeutica omogenea; c) alcune categorie di farmaci (generici, biosimilari e di medicinali di importazione parallela) possono essere collocati automaticamente nella classe di rimborso cui appartiene il farmaco di riferimento, qualora l'azienda titolare proponga un prezzo di vendita di evidente convenienza per il SSN; prezzo che è tale laddove sia individuato secondo i ribassi previsti dal "Decreto scaglioni". Con precipuo riferimento al "Decreto scaglioni" l'Aifa ha ricordato che le sentenze del Tar Lazio (n. 3803 del 2014 e n. 11899 del 2014), che avevano annullato il d.m. 4 aprile 2013 (cd. Decreto scaglioni), adottato ai sensi dell'art. 12, d.l. n. 158 del 2012, sono state riformate dalla sez. III del Consiglio di Stato (sentenze nn. 629 e 630 del 30 gennaio 2018).

Ne deriva che le soglie minime di ribasso ivi stabilite (pari al 30% rispetto al prezzo delle confezioni in classe H e al 45% rispetto al prezzo delle confezioni in classe A) sono ad oggi vigenti e sono state stabilite in tal misura proprio in considerazione dello sconto minimo di partenza del 20%, già previsto dall'art. 3, comma 130, l. n. 549 del 1995. Da tali premesse consegue che il prezzo dei medicinali generici deve certamente garantire un risparmio al SSN rispetto al prezzo del medicinale di riferimento.

Ha aggiunto l'Aifa che l'art. 48, comma 5, lett. e) d.l. n. 269 del 2003 – richiamato dal Tar Lazio a supporto della conclusioni cui è pervenuto – a mente del quale, ai fini del rilascio della richiesta fascia di rimborsabilità, è necessario e sufficiente il fatto che il

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

prezzo del medesimo medicinale sia inferiore o uguale al prezzo più basso dei medicinali per la relativa categoria terapeutica omogenea, vale solo per i nuovi farmaci non comportanti vantaggio terapeutico, e non anche per i medicinali generici-equivalenti di un medicinale di riferimento autorizzato all'immissione in commercio in Italia, indipendentemente dal dosaggio di quest'ultimo.

Ai medicinali generici-equivalenti si applica, invece, l'art. 3, comma 130, l. n. 549 del 1995, che vi si riferisce espressamente, in correlazione con le disposizioni dell'art. 48, comma 33, d.l. n. 326 del 2003 e della delibera CIPE n. 3 del 2001.

5. Si è costituita in giudizio la (omissis), sostenendo l'infondatezza dell'appello.

6. Alla pubblica udienza del 15 novembre 2018 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Come esposito in narrativa la (omissis), società operante nel settore della commercializzazione dei farmaci generici, ha impugnato la sentenza del Tar Lazio, sede di Roma, sez. III quater, 21 febbraio 2018, n. 1980, che ha accolto il ricorso proposto avverso la determinazione del direttore generale dell'Aifa – Agenzia Italiana del Farmaco del 19 luglio 2017, nella parte in cui il medicinale (omissis) (principio attivo: (omissis), è stato autorizzato per la commercializzazione in classe C anziché, come richiesto dalla (omissis) – unica produttrice del generico del relativo originator – in classe A (e cioè in fascia di rimborso a carico del Servizio sanitario nazionale).

La questione, che il Collegio è chiamato a risolvere, è la vigenza o meno del comma 130 dell'art. 3, l. 28 dicembre 1995, n. 549, che dispone che un farmaco generico può ottenere la medesima classificazione dell'originator purché offra un prezzo almeno del 20% inferiore a quello del farmaco originatore, vigenza affermata da Aifa, che ha ritenuto tale norma applicabile alla richiesta di (omissis) di inserire il proprio farmaco in fascia A, pur avendo offerto un prezzo al pubblico più basso del 10% (per poi arrivare al 15%) rispetto a quello della similare confezione già presente sul mercato in classe A; negata,

invece, da (omissis) (e dal Tar Lazio nell'impugnata sentenza n. 1980 del 2018) sul presupposto che la stessa fosse stata tacitamente abrogata (perché di fatto superata) dall'art. 48, comma 33, lett. e), d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, che ha introdotto la contrattazione del prezzo del farmaco tra Aifa e società produttrice, e dal precedente comma 5, il quale ha disposto che ottengono l'AIC e la relativa collocazione in fascia A i medicinali generici per i quali l'azienda propone un prezzo "inferiore o uguale al prezzo più basso", praticato al pubblico al momento della richiesta. Abrogazione, infine, esclusa da Aifa in ragione del diverso campo applicativo; essendo l'art. 48, comma 5, lett. e), l. n. 269 del 2003 riferito ai nuovi farmaci non implicanti vantaggio terapeutico, non può riguardare i medicinali generici, i quali non possono definirsi "nuovi farmaci", essendo equivalenti di un medicinale di riferimento, già presente sul mercato.

Così inquadrata la vicenda contenziosa appare evidente che, come afferma l'Aifa nella memoria di replica depositata il 25 ottobre 2018, la questione che il Collegio è chiamato a decidere ha carattere di principio, con la conseguenza che non assumono alcuna rilevanza gli effetti applicativi di una o l'altra soluzione nel caso in esame.

2. L'appello è fondato.

Appare necessario, al fine del decidere, ripercorrere brevemente il complesso tessuto normativo, così come già descritto dal giudice di primo grado e puntualmente richiamato dalle parti in causa, sebbene con una lettura delle illustrate disposizioni contrastante.

Tale breve excursus consentirà di accertare la norma attualmente applicabile per determinare il prezzo dei farmaci generici.

L'art. 3, comma 130, l. n. 549 del 1995 ha previsto che un farmaco generico può ottenere la medesima classificazione dell'originator purché sia offerto un prezzo almeno del 20% inferiore a quello del farmaco originatore.

Con l'art. 7, d.l. 18 settembre 2001, n. 347 è entrato nel nostro ordinamento un nuovo sistema vincolato di rimborso del prezzo al pubblico dei farmaci di classe A, basato sul

prezzo di riferimento per cui il Servizio sanitario nazionale rimborsa fino alla concorrenza del prezzo più basso del corrispondente prodotto disponibile sul mercato. A tal fine il farmacista, salvo eccezioni, è obbligato a sostituire il farmaco indicato in ricetta rossa con quello equivalente in fascia di rimborso al prezzo più economico presente nello stesso canale distributivo.

L'art. 48, comma 5, d.l. n. 269 del 2003, nell'individuare i poteri in capo all'Agenzia italiana del farmaco, ha disposto (lett. e) che la stessa possa provvedere alla immissione di "nuovi" farmaci non comportanti un vantaggio terapeutico solo se il prezzo del medesimo medicinale è inferiore o uguale al prezzo più basso dei medicinali per la relativa categoria terapeutica omogenea. Il successivo comma 33 ha invece introdotto, dall'1 gennaio 2004, la "contrattazione", tra Agenzia e Produttori, dei prezzi dei prodotti rimborsati dal Servizio sanitario nazionale, secondo le modalità indicate nella delibera Cipe 1 febbraio 2001, n. 3, che individua criteri oggettivi per la contrattazione del prezzo, legati ai costi sostenuti, al rapporto costi efficacia, ai prezzi esteri, al fatturato dell'impresa e agli investimenti.

Tale delibera Cipe, al punto 3, ha indicato i criteri per la richiesta di contrattazione, facendo sempre riferimento ai caratteri che il "nuovo" medicinale deve avere: deve essere utile per la prevenzione o il trattamento di patologie o di sintomi rilevanti nei confronti dei quali non esiste alcuna terapia efficace o nei confronti dei quali i medicinali già disponibili forniscono una risposta inadeguata; deve avere un rapporto rischio/beneficio più favorevole rispetto a medicinali già disponibili in Prontuario per la stessa indicazione; deve avere una superiorità clinica significativa rispetto a prodotti già disponibili. Tutti caratteri, dunque, che non possono che riferirsi a farmaci "nuovi", e tali non sono i generici.

Successivamente l'art. 11, comma 9, d.l. 31 maggio 2010, n. 78 ha previsto che "a decorrere dall'anno 2011, per l'erogazione a carico del Servizio sanitario nazionale dei

medicinali equivalenti di cui all'art. 7, comma 1, d.l. 18 settembre 2001, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2001, n. 405, e successive modificazioni, collocati in classe A ai fini della rimborsabilità, l'Aifa, sulla base di una ricognizione dei prezzi vigenti nei paesi dell'Unione europea, fissa un prezzo massimo di rimborso per confezione, a parità di principio attivo, di dosaggio, di forma farmaceutica, di modalità di rilascio e di unità posologiche. La dispensazione, da parte dei farmacisti, di medicinali aventi le medesime caratteristiche e prezzo di vendita al pubblico più alto di quello di rimborso, è possibile solo su espressa richiesta dell'assistito e previa corresponsione da parte dell'assistito della differenza tra il prezzo di vendita e quello di rimborso. I prezzi massimi di rimborso sono stabiliti in misura idonea a realizzare un risparmio di spesa non inferiore a 600 milioni di euro annui, che restano nelle disponibilità regionali".

Da ultimo il comma 5 dell'art. 12 del decreto Balduzzi, approvato con d.l. 13 settembre 2012, n. 158, all'ultimo alinea ha disposto – con precipuo riferimento ai farmaci generici – che ciascun medicinale, che abbia tali caratteristiche, è automaticamente collocato, senza contrattazione del prezzo, nella classe di rimborso a cui appartiene il medicinale di riferimento qualora l'azienda titolare proponga un prezzo di vendita di evidente convenienza per il Servizio sanitario nazionale. E' considerato tale il prezzo che, rispetto a quello del medicinale di riferimento, presenta un ribasso almeno pari a quello stabilito con decreto adottato dal Ministro della salute, su proposta dell'Aifa, in rapporto ai volumi di vendita previsti.

Dunque il decreto Balduzzi per i farmaci generici ha escluso la contrattazione del prezzo nel caso in cui l'Azienda produttrice indichi un prezzo "conveniente", secondo i parametri indicati dal decreto del Ministero della salute, adottato ai sensi del citato comma 5, il quale prevede, come ribassi percentuali rispetto al prezzo delle confezioni in classe A, gli scaglioni del 45%; 47,5%; 50%; 55%; 60%; 65%; 70% e 75% nonché, come ribassi

percentuali rispetto al prezzo delle confezioni in classe H, gli scaglioni del 30%; 31,7%; 33,3%; 36,7%; 40%; 43,3%; 46,7% e 50%.

Tale ultimo decreto (c.d. decreto scaglioni), approvato dal Ministro della salute il 4 aprile 2013, è stato oggetto di contenzioso dinanzi al giudice amministrativo, attivato proprio dall'attuale appellata (omissis).

Contrariamente a quanto assunto dal giudice di primo grado nell'impugnata sentenza il d.m. 4 aprile 2013 è pienamente efficace, atteso che il contenzioso si è concluso con le sentenze della sez. III del Consiglio di Stato nn. 629 e 630 del 30 gennaio 2018 che - in riforma delle sentenze della sez. III quater del Tar Lazio 8 aprile 2014, n. 3803 e 27 novembre 2014, n. 11899, che tale decreto avevano annullato - hanno accolto l'appello dell'Aifa.

Il d.m. 4 aprile 2013, al comma 4 dell'art. 1 rinvia nuovamente alla negoziazione ove il titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio del medicinale generico proponga un prezzo superiore a quello di evidente convenienza per il Servizio sanitario nazionale, secondo la procedura dettata dalla delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica 1° febbraio 2001, n. 3.

Da questo breve, ma complesso excursus può evincersi che l'art. 12, comma 5, d.l. n. 158 del 2012 ha escluso la contrattazione per i prezzi dei farmaci generici solo per l'ipotesi in cui l'Azienda produttrice indichi un prezzo "conveniente". Si fa invece ricorso alla contrattazione se il prezzo proposto per il generico è superiore alle percentuali introdotte dal cd. decreto scaglioni, applicando i criteri dettati dalla delibera Cipe n. 3 del 2001.

Il d.l. n. 158 recupera pertanto la contrattazione introdotta dalla norma generale del 2003 per "calmierare" il prezzo del medicinale, se quello offerto non è conveniente. Resta però fermo il limite di un prezzo che sia almeno del 20% inferiore a quello del farmaco originatore, previsto dalla norma speciale sui generici, introdotta dal comma 130 dell'art. 3, l. n. 549 del 1995.

Si tratta di conclusione peraltro coerente con la differenza intrinseca che sussiste tra farmaco generico e originator. Il prezzo dei medicinali generici deve certamente garantire un risparmio al SSN rispetto al prezzo del medicinale di riferimento, il quale sconta il maggiore costo affrontato dal produttore per il brevetto.

In conclusione, come condivisibilmente afferma l'Aifa, l'art. 48, d.l. n. 269 del 2006 disciplina la diversa fattispecie dei farmaci "nuovi" e non può aver abrogato tacitamente il comma 130 dell'art. 3, l. n. 549 del 1995, norma speciale che attiene al diverso ambito dei farmaci generici.

Né è possibile ritenere che la legge del 1995 sia stata superata dal decreto Balduzzi e dal decreto ministeriale, adottato in applicazione del primo. L'abrogazione tacita presupporrebbe, infatti, una incompatibilità tra la predetta previsione e quella successiva intervenuta sempre per disciplinare il prezzo dei farmaci generici. Tale incompatibilità non è però per nulla ravvisabile. Ed invero, il ricorso alla contrattazione per i prezzi dei farmaci generici è previsto per l'ipotesi in cui l'Azienda produttrice indichi un prezzo non "conveniente", ma resta fermo il ribasso di almeno il 20% rispetto al prezzo del farmaco originatore. Se è offerto ad un prezzo inferiore almeno del 20 % a quello della corrispondente specialità medicinale a base dello stesso principio attivo con uguale dosaggio e via di somministrazione, il medicinale generico otterrà la medesima classificazione del farmaco originator.

3. L'appello deve quindi essere accolto, con conseguente riforma della sentenza del Tar Lazio, sede di Roma, sez. III quater, 21 febbraio 2018, n. 1980.

La complessità della vicenda contenziosa giustifica la compensazione delle spese e degli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tar Lazio, sede di Roma, sez. III quater, 21 febbraio 2018, n. 1980, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti in causa le spese e gli onorari del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

La definizione dei prezzi dei farmaci generici

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il caso di specie. La Sentenza 6718/2018 del Consiglio di Stato – 3. Conclusioni

1. Introduzione

La sentenza 6716/2018 pronunciata dal Consiglio di Stato relativa all'appello promosso da AIFA per la riforma della sentenza n. 1980 del 21 febbraio 2018

del Tar Lazio sancisce un importante principio relativamente alla contrattazione dei prezzi dei farmaci generici.

Prima di approfondire quanto deciso dal Consiglio di Stato appare necessario esaminare la peculiarità dei farmaci generici sia da un punto di vista scientifico che normativo.

I farmaci generici sono definiti ed introdotti per la prima volta nel panorama giuridico nazionale dall'art. 3 comma 130 Legge n.549 del 28 dicembre 1995 (legge Finanziaria del 1996). Tale articolo ha previsto che possano essere autorizzati all'immissione in commercio con la denominazione di generici quei farmaci "*la cui formulazione non sia protetta da brevetto o dal certificato produttivo complementare di cui alla legge 19 ottobre 1991, n. 349, e al Regolamento (CEE) n. 1768/92. I farmaci generici vengono identificati dalla denominazione generica del principio attivo ovvero dalla denominazione del farmaco, seguita dal nome del titolare dell'autorizzazione*".

Tale articolo è stato poi modificato dal d.l. n. 323 del 20 giugno 1996, convertito dalla legge n. 425 dell'8 agosto 1996, che ha emendato e ampliato la definizione di medicinale generico definendoli " *farmaci a base di uno o più principi attivi, prodotti industrialmente, non protetti da brevetto o dal certificato protettivo complementare di cui alla legge 19 ottobre 1991, n. 349, e al regolamento CEE n. 1768/1992 e identificati dalla denominazione comune internazionale (DCI) del principio attivo o, in mancanza di questa, dalla denominazione scientifica del medicinale, seguita dal nome del titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio, che siano bioequivalenti rispetto a una specialità medicinale già autorizzata con la stessa composizione quali-quantitativa in principi attivi, la stessa forma farmaceutica e le stesse indicazioni terapeutiche*".

La materia, dal punto di vista regolatorio, è attualmente disciplinata dall'art. 10, comma 5, del d.lgs. n.219/2006, che ha recepito la Direttiva Europea 2001/83/CE introducendo una ulteriore modifica della definizione di medicinale generico, prevedendo che:

"b) medicinale generico: *un medicinale che ha la stessa composizione qualitativa e quantitativa di sostanze attive e la stessa forma farmaceutica del medicinale di riferimento nonché una bioequivalenza con il medicinale di riferimento dimostrata da studi appropriati di biodisponibilità. I vari sali, esteri, eteri, isomeri, miscele di isomeri, complessi o derivati di una sostanza*

attiva sono considerati la stessa sostanza attiva se non presentano, in base alle informazioni supplementari fornite dal richiedente, differenze significative, né delle proprietà relative alla sicurezza, né di quelle relative all'efficacia. Agli effetti della presente lettera, le varie forme farmaceutiche orali a rilascio immediato sono considerate una stessa forma farmaceutica. Il richiedente può non presentare studi di biodisponibilità se può provare che il medicinale generico soddisfa i criteri pertinenti definiti nelle appropriate linee guida.

Lo stesso articolo al comma 1 disciplina una procedura di autorizzazione in immissione in commercio dei farmaci generici *ad hoc*, derogando a quanto previsto all'art. 8 dello stesso decreto legislativo. Tale comma prevede infatti che *"fatta salva la disciplina della tutela della proprietà industriale e commerciale, il richiedente non è tenuto a fornire i risultati delle prove precliniche e delle sperimentazioni cliniche se può dimostrare che il medicinale è un medicinale generico di un medicinale di riferimento che è autorizzato o è stato autorizzato a norma dell'articolo 6 da almeno otto anni in Italia o nella Comunità europea*".

Occorre precisare inoltre che tali farmaci non possono essere immessi in commercio finché non siano trascorsi almeno[1] 10 anni dall'immissione in commercio del farmaco di riferimento.

La norma preveda un iter semplificato per l'approvazione dei medicinali generici alla luce del fatto che tali prodotti non possono essere diversi dal medicinale di riferimento per i requisiti di qualità, sicurezza ed efficacia.

Il generico per la sua peculiarità di medicinale "essenzialmente simile" al prodotto originatore presenta una strategia di progettazione e di sviluppo diversa dal medicinale di riferimento in quanto, da un punto di vista prettamente economico, garantisce un sensibile risparmio per le aziende produttrici. Deve evidenziarsi, infatti, che alla scadenza del brevetto dell'originator decadono i privilegi derivanti dalla tutela della proprietà intellettuale sull'invenzione o scoperta della sostanza, privilegi, cioè, che consentono all'azienda proprietaria di vendere in esclusiva il farmaco e di trarne un consistente profitto in quanto "monopolisti".

[1] Il periodo di dieci anni è esteso ad un massimo di undici anni se durante i primi otto anni di tale decennio il titolare dell'AIC ottiene un'autorizzazione per una o più indicazioni terapeutiche nuove che, dalla valutazione scientifica preliminare all'autorizzazione, sono state ritenute tali da apportare un beneficio clinico rilevante rispetto alle terapie esistenti.

La legge consente, quindi, una volta scaduta la copertura brevettuale, a coloro i quali posseggano i mezzi tecnologici e le strutture idonee, di riprodurre, fabbricare e vendere, previa autorizzazione dell'AIFA, un medicinale la cui efficacia e sicurezza sono ormai consolidate e ben note. Chi chiede l'autorizzazione in commercio (AIC) per un medicinale equivalente può chiaramente praticare prezzi molto più competitivi rispetto a quelli applicati dall'azienda titolare del prodotto di marca perché:

- non deve investire risorse nella ricerca (il principio attivo è già stato sviluppato da altri);
- non deve condurre studi preclinici perché esentata dalla produzione degli esiti al fine della presentazione della domanda;
- non deve condurre studi clinici per dimostrare l'efficacia e la sicurezza del medicinale nell'uomo.

In sintesi, il medicinale generico può essere definito come una "copia" del farmaco originatore e tale particolarità è stata recepita dal legislatore che ha previsto una normativa *ad hoc*, tenuto conto soprattutto dei costi ridotti e dei risparmi che questa tipologia di farmaci può originare.

Come vedremo meglio nel prosieguo, il legislatore ha stabilito – a fronte di una normativa derogatoria e di *favor* per l'ottenimento dell'AIC di medicinali generici – che la vendita di prodotti generici costituisca un risparmio di costi soprattutto nei casi in cui il prodotto sia dispensato con costi a carico del Servizio Sanitario Nazionale (SSN).

2. Il caso di specie. La Sentenza 6718/2018 del Consiglio di Stato

La società E. aveva proposto ricorso al TAR del Lazio per l'annullamento della determinazione del 19 luglio 2017 dell'AIFA nella parte in cui il medicinale prodotto dalla stessa ricorrente era stato autorizzato per la commercializzazione in fascia C/RR (ricetta ripetibile). Infatti, la decisione di inserire il farmaco in tale fascia di commercializzazione, che non prevede rimborsi da parte del SSN ma che il costo del prodotto sia a carico del cittadino, è stata frutto del mancato accordo tra il Comitato Prezzi e Rimborsi (CPR) operante presso l'AIFA e la società titolare della AIC relativamente al prezzo del farmaco generico, in quanto la società aveva proposto una riduzione pari al 15 % del prezzo del farmaco originator presente sul mercato, a fronte della richiesta da parte del CPR dell'Agenzia di una riduzione almeno

pari al 20% come previsto dall'art. 3 comma 130 Legge n.549 del 28 dicembre 1995 come modificato dalla legge 425/96.

Il Tar del Lazio con la sentenza sopra citata (n.1980/2018) aveva accolto il ricorso della società E. ritendo che l'art. 3, comma 130, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 (come modificato dalla legge n. 425/1996) fosse stato tacitamente abrogato (perché di fatto superato) dall'art. 48, comma 33, lett. e), d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, che ha introdotto la contrattazione del prezzo del farmaco tra AIFA e società produttrice, e dal comma 5 lettera e) del medesimo art. 48, che dà la possibilità ad AIFA di "*provvedere alla immissione di nuovi farmaci non comportanti, a parere della predetta struttura tecnico scientifica individuata dai decreti di cui al comma 13, vantaggio terapeutico, in sede di revisione ordinaria del prontuario, solo se il prezzo del medesimo medicinale è inferiore o uguale al prezzo più basso dei medicinali per la relativa categoria terapeutica omogenea".*

Inoltre il TAR del Lazio aveva anche ritenuto non applicabile l'art. 12, comma 6, del d.l. n. 158/2012 che prevedeva per i farmaci generici l'automatica collocazione "*senza contrattazione del prezzo, nella classe di rimborso a cui appartiene il medicinale di riferimento qualora l'azienda titolare proponga un prezzo di vendita di evidente convenienza per il Servizio sanitario nazionale. È considerato tale il prezzo che, rispetto a quello del medicinale di riferimento, presenta un ribasso almeno pari a quello stabilito con decreto adottato dal Ministro della salute, su proposta dell'AIFA, in rapporto ai volumi di vendita previsti",* in quanto il decreto del Ministro della Salute del 4 aprile 2013, attuativo della citata disposizione, era stato annullato dallo stesso TAR Lazio con le sentenze n. 3803/2014 e n. 11899/2014.

L'Agenzia ha quindi impugnato la citata sentenza del Tar del Lazio fornendo un completo quadro normativo in tema di negoziazione del prezzo dei medicinali generici anche e soprattutto dal punto di vista cronologico al fine di comprenderne l'effettiva evoluzione e la *ratio* ad essa sottesa, in considerazione dell'errata ricostruzione fornita dal Tribunale di primo grado e posta alla base della decisione.

In primo luogo, l'art. 3, comma 130, della L. n. 549/1995, così come modificato dall'art. 1 d.l. n. 323/1996, convertito con modificazioni dalla L. n. 425/1996, sancisce che il medicinale generico ottiene la medesima

classificazione del farmaco *originator* se è offerto a un prezzo almeno del 20 per cento inferiore a quello della corrispondente specialità medicinale a base dello stesso principio attivo con uguale dosaggio e via di somministrazione.

Da tale norma discende, quindi, il principio per cui un farmaco generico può ottenere la medesima classificazione dell'originator purché offra un prezzo almeno del 20% inferiore a quello del farmaco originatore.

In secondo luogo, si fa riferimento all'art. 48, comma 5, lett. e), della D. L. n. 269/2003, convertito in Legge n. 326/2003, che ha stabilito che l'AIFA "*provvede alla immissione di nuovi farmaci non comportanti, a parere della predetta struttura tecnico scientifica individuata dai decreti di cui al comma 13, vantaggio terapeutico, in sede di revisione ordinaria del prontuario, solo se il prezzo del medesimo medicinale è inferiore o uguale al prezzo più basso dei medicinali per la relativa categoria terapeutica omogenea*", mentre il comma 33 del medesimo articolo ha stabilito che "*dal 1° gennaio 2004 i prezzi dei prodotti rimborsati dal Servizio Sanitario Nazionale sono determinati mediante contrattazione tra Agenzia e Produttori secondo le modalità e i criteri indicati nella Delibera Cipe 1°febbraio 2001, n. 3, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 73 del 28 marzo 2001*[2]".

Tale disposizione ha previsto, invece, che i farmaci che non comportino un vantaggio terapeutico rispetto a quelli già in commercio, possono essere autorizzati ed immessi sul mercato esclusivamente nel caso in cui il loro prezzo sia inferiore o uguale al prezzo più basso dei medicinali "di riferimento" e che, comunque, tali prezzi debbano essere fissati mediante una contrattazione tra l'AIFA ed il produttore secondo le modalità ed i criteri descritti dalla citata Delibera Cipe.

Successivamente, l'art. 11, comma 9, del d.l. n. 78/2010, convertito dalla Legge n. 122/2010, ha previsto che "*a decorrere dall'anno 2011, per l'erogazione a carico del Servizio sanitario nazionale dei medicinali equivalenti di cui all' articolo 7, comma 1, del decreto-legge 18 settembre 2001, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2001, n. 405, e successive modificazioni, collocati in classe A ai fini della rimborsabilità, l'AIFA, sulla base di una ricognizione dei prezzi vigenti nei paesi dell'Unione*

[2] Delibera Cipe 1°febbraio 2001, n. 3, prevede che "*per i prodotti di efficacia equivalente a quella dei prodotti già presenti sul mercato, la previsione di spesa per il Servizio sanitario nazionale derivante dai prezzi contrattati ponderati con i presumibili dati di consumo, dovrà essere compatibile, tenuto conto dell'effetto di sostituzione sul mercato, con il trend storico della classe terapeutica di appartenenza integrato dagli effetti di stime e/o previsioni epidemiologiche*".

europea, fissa un prezzo massimo di rimborso per confezione, a parità di principio attivo, di dosaggio, di forma farmaceutica, di modalità di rilascio e di unità posologiche. La dispensazione, da parte dei farmacisti, di medicinali aventi le medesime caratteristiche e prezzo di vendita al pubblico più alto di quello di rimborso è possibile solo su espressa richiesta dell'assistito e previa corresponsione da parte dell'assistito della differenza tra il prezzo di vendita e quello di rimborso. I prezzi massimi di rimborso sono stabiliti in misura idonea a realizzare un risparmio di spesa non inferiore a 600 milioni di euro annui che restano nelle disponibilità regionali".

Da tale norma discende che per i medicinali equivalenti collocati in classe A, l'AIFA fissa un prezzo massimo di rimborso per confezione e che, qualora sia espressamente richiesta da parte dell'assistito la dispensazione di medicinali aventi le medesime caratteristiche ma un prezzo di vendita al pubblico maggiore del prezzo di rimborso, il differenziale sia posto a carico dell'assistito, nell'ottica di consentire un risparmio di spesa sanitaria non inferiore a 600 milioni di euro annui.

Il quadro normativo si completa poi con l'art. 12 del d.l. n. 158/2012, convertito in Legge n. 189/2012 il cui comma 6 sancisce, per la parte d'interesse, che un medicinale generico "*è automaticamente collocato, senza contrattazione del prezzo, nella classe di rimborso a cui appartiene il medicinale di riferimento qualora l'azienda titolare proponga un prezzo di vendita di evidente convenienza per il Servizio sanitario nazionale. È considerato tale il prezzo che, rispetto a quello del medicinale di riferimento, presenta un ribasso almeno pari a quello stabilito con decreto adottato dal Ministro della salute, su proposta dell'AIFA, in rapporto ai volumi di vendita previsti*".

Tale norma prevede, pertanto, un meccanismo di automatica collocazione, senza contrattazione del prezzo, dei farmaci generici, di quelli biosimilari e di quelli oggetto di importazione parallela, nella classe di rimborso a cui appartiene il farmaco di riferimento qualora l'azienda titolare proponga un prezzo di vendita di evidente convenienza per il Servizio Sanitario Nazionale (SSN).

Il decreto ministeriale citato dalla norma è stato poi adottato dal Ministero della Salute (D.M. 4 aprile 2013 concernente "*Criteri di individuazione degli scaglioni per la negoziazione automatica dei generici e dei biosimilari*" –

"Decreto scaglioni"), mediante il quale sono state individuate le percentuali di ribasso rispetto al prezzo delle confezioni in classe A/H in base agli scaglioni di fatturato, calcolato sul valore del prezzo al pubblico vigente del medicinale di riferimento.

Alla luce della ricostruzione normativa posta a fondamento dell'appello innanzi al Consiglio di Stato, sono desumibili i seguenti principi:

1. un farmaco generico può ottenere la medesima classificazione dell'*originator* purché offra un prezzo almeno del 20% inferiore a quello del farmaco originatore;

2. i farmaci che non comportano un vantaggio terapeutico rispetto a quelli già in commercio (tra cui è possibile far rientrare i farmaci generici) possono essere autorizzati ed immessi sul mercato esclusivamente nel caso in cui il loro prezzo sia inferiore o uguale al prezzo più basso dei medicinali "di riferimento";

3. alcune categorie di farmaci (generici, biosimilari e di medicinale importazione parallela) possono essere collocate automaticamente nella classe di rimborso a cui appartiene il farmaco di riferimento qualora l'azienda titolare proponga un prezzo di vendita di evidente convenienza per il SSN; prezzo che è tale laddove sia individuato secondo le percentuali di ribasso previste dal "Decreto scaglioni".

Secondo l'interpretazione dell'AIFA, infatti, quanto previsto dall'art.48, comma 5, lettera e), del d.l. n.269/2003, convertito in legge, con modificazioni, dall'art.1 della Legge n.326/2003, sopra richiamato, secondo cui, ai fini del rilascio della richiesta fascia di rimborsabilità, è necessario e sufficiente il fatto che il prezzo del medesimo medicinale sia inferiore o uguale al prezzo più basso dei medicinali per la relativa categoria terapeutica omogenea, non si applicherebbe ai farmaci generici. Tale norma deve essere circoscritta ai soli casi di nuovi farmaci non comportanti vantaggio terapeutico e pertanto non potrebbe essere estesa ai medicinali generici-equivalenti di un medicinale di riferimento autorizzato all'immissione in commercio in Italia, indipendentemente dal dosaggio di quest'ultimo, in quanto quest'ultimo per sua natura non può essere definito "nuovo farmaco". Come precedentemente riportato il farmaco generico è un farmaco "essenzialmente simile" che non solo non apporta nessun vantaggio terapeutico ma di fatto replica un farmaco già in commercio.

Il fatto poi che il d.lgs. 219/2006 preveda un particolare *iter* per l'approvazione dei farmaci generici conferma l'interpretazione che tali farmaci non sono assimilabili alla categoria prevista dal citato art.48 comma 5 d.l. 269/2003. I nuovi farmaci che non comportano un vantaggio terapeutico, infatti, devono seguire la procedura di autorizzazione "estesa" prevista dall'art. 8 del d.lgs. 219/2006. Quindi appare condivisibile l'interpretazione per cui i farmaci generici non siano assibilabili nella categoria dei nuovi farmaci non comportanti un vantaggio terapeutico. Inoltre, proseguendo il ragionamento logico giuridico, il prezzo dei medicinali generici deve certamente garantire un risparmio al SSN rispetto al prezzo del medicinale di riferimento, risparmio derivante dal prezzo di "evidente convenienza" che deve essere offerto dai produttori di medicinali generici.

L'evidente convenienza è garantita proprio dalla normativa vigente ovvero dal rispetto dei criteri stabiliti dal "decreto scaglioni" e dal limite minimo di risparmio che deve essere garantito dai medicinali generici, pari ad un ribasso di almeno il 20% rispetto al prezzo del medicinale originatore. Da questa ricostruzione ne scaturisce il fatto che non vi è stata, come invece sostenuto nella sentenza dal Tar del Lazio, alcuna tacita abrogazione dell'art. 130, comma 3, della legge 28 dicembre 1995, n. 549.

Il Consiglio di Stato ha accolto tale interpretazione in quanto nel caso di specie, non si ravvede alcuna incompatibilità tra le norme finora citate in quanto le stesse regolano due fattispecie differenti. Come noto, la vigenza di una legge cessa nei casi previsti dall'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale, a mente del quale le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa dal legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata da legge anteriore. Nel caso in esame non si ravvede nessuna delle fattispecie del citato art.15 delle preleggi e, pertanto, non può sostenersi che l'art. 130, comma 3, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 fosse stato tacitamente abrogato.

È evidente quindi che il Supremo Consesso amministrativo abbia giudicato che non vi sia alcuna incompatibilità tra disposizioni normative finora descritte ma che, anzi, queste si completino a vicenda.

Il "Decreto scaglioni", infatti, prevede un meccanismo di automatica collocazione – senza quindi contrattazione - dei farmaci generici nella classe

di rimborso a cui appartiene il farmaco di riferimento qualora l'azienda titolare proponga un prezzo di vendita di evidente convenienza per il SSN e stabilisce come ribassi percentuali rispetto al prezzo delle confezioni in classe A, gli scaglioni del 45%; 47,5%; 50%; 55%; 60%; 65%; 70% e 75% nonché, come ribassi percentuali rispetto al prezzo delle confezioni in classe H, gli scaglioni del 30%; 31,7%; 33,3%; 36,7%; 40%; 43,3%; 46,7% e 50%.

L'art. 3, comma 130, della legge n. 549 del 1995, invece, dispone che il medicinale generico ottiene la medesima classificazione del farmaco *originator* se è offerto a un prezzo almeno del 20 % inferiore a quello della corrispondente specialità medicinale a base dello stesso principio attivo con uguale dosaggio e via di somministrazione.

A ben vedere, infatti, dal punto di vista logico (ancor prima che giuridico) è corretto prevedere che, laddove il ribasso offerto si attesti ad uno degli scaglioni previsti dal decreto ministeriale, non si dia luogo ad alcuna contrattazione e vi sia l'inserimento automatico del prodotto generico nella classe di rimborso a cui appartiene il farmaco di riferimento; rispondendo tale previsione alla logica per cui il prodotto che arrivi ad offrire uno dei ribassi previsti dalla legge, possa usufruire del "vantaggio" di non passare per la fase di contrattazione del prezzo, evitando le tempistiche e costi della medesima.

Di contro, laddove il ribasso non raggiunga lo scaglione minimo (30% o 45%) stabilito dalla norma regolamentare, il prezzo del medicinale generico deve essere stabilito mediante contrattazione tra l'AIFA ed il produttore secondo i criteri stabiliti della Delibera Cipe n. 3 del 2001, fermo restando il ribasso di almeno il 20% rispetto al prezzo del farmaco originatore; in tale caso, la *ratio* è chiaramente quella di consentire al produttore di non far scendere il proprio guadagno al di sotto di determinate soglie (quelle del decreto scaglioni), gravandolo però in tal caso dell' "onere" di affrontare la fase di contrattazione del prezzo e, d'altro canto, garantendo (mediante la previsione di un prezzo di almeno il 20% inferiore a quello dell'originatore) il principio generale per cui la negoziazione del prezzo dei farmaci generici, ai fini della loro rimborsabilità da part del SSN, deve basarsi sulla convenienza per il SSN.

Il Consiglio di Stato ha anche accolto il secondo motivo di appello sollevato dall'Agenzia relativamente alla affettiva vigenza del più volte citato decreto ministeriale attuativo *4 aprile 2013* previsto dal Decreto Scaglioni.

L'Agenzia ha rappresento che il citato decreto ministeriale era stato oggetto di impugnazione da parte di alcune aziende farmaceutiche dinanzi al TAR del Lazio, relativamente all'individuazione dei livelli di spesa e delle corrispondenti riduzioni dei prezzi. Il TAR Lazio, sez. III *Quater*, con sentenze n. 3803/2014 e n. 11899/2014, aveva accolto i ricorsi annullando il Decreto Ministeriale nella parte in cui stabiliva i criteri di negoziazione automatica ma l'Agenzia aveva interposto gravame avverso le citate sentenze innanzi al Consiglio di Stato ed il Supremo Consesso amministrativo ha ritenuto fondati i ricorsi (sentenze n. 629 e 630 del 30 gennaio 2018).

Quindi nella sentenza oggetto della presente trattazione il Consiglio di Stato non ha potuto che constatare la vigenza del più volte citato d.m. attuativo, "sfuggita" invece al Giudice di primo grado. D'altro canto, la perdurante vigenza di tale decreto riveste primario interesse ai fini della questione in oggetto; l'annullamento del d.m. attuativo aveva di fatti dato luogo ad un vuoto normativo nell'individuazione del prezzo (di medicinali generici) con il rischio di generare così distorsioni del sistema e disparità di trattamento. In particolare, con le sentenze n. 629 e 630 del 30 gennaio 2018, il Consiglio di Stato, definitivamente pronunciando sulla questione, ha correttamente rilevato che "*la comparazione prevista dall'art. 7 del d.l. n. 347 del 2001 ai fini della negoziazione ordinaria mediante la contrattazione non possa essere presa a riferimento per la procedura semplificata in oggetto, introdotta dall'art. 12, comma 6, del d.l. n. 158 del 2012, che prevede invece che ciascun medicinale che abbia le caratteristiche di medicinale generico o di medicinale biosimiliare sia «automaticamente collocato, senza contrattazione del prezzo, nella classe di rimborso a cui appartiene il medicinale di riferimento quando l'azienda titolare proponga un prezzo di vendita di evidente convenienza per il Servizio sanitario nazionale», prezzo che viene considerato di evidente convenienza quando, «rispetto a quello del medicinale di riferimento, presenta un ribasso almeno pari a quello stabilito con decreto adottato dal Ministro della Salute, su proposta dell'AIFA, in rapporto ai volumi di vendita previsti*». L'inserimento automatico nella classe di rimborso, senza contrattazione del prezzo, non può che fondarsi sulla convenienza del prezzo proposto dall'impresa produttrice del farmaco generico o biosimilare rispetto al prezzo del farmaco originator nel suo complesso – e, in particolare, calcolandolo sul valore medio annuo "*della spesa complessiva sostenuta dal*

Servizio Sanitario Nazionale per il farmaco originator nei tre anni solari precedenti la domanda di rimborsabilità, come stabilisce l'art. 1, comma 2, del D.M. del 4 aprile 2013 – e, quindi, indipendentemente dalle diverse modalità di assunzione e dai dosaggi per due ordini di ragioni. Il primo, di natura testuale, è che l'art. 12, comma 6, del d.l. n. 158 del 2012, che si pone in rapporto di specialità rispetto al d.l. n. 347 del 2001, non distingue tra le diverse modalità di assunzione (compresse, capsule, soluzioni orali, parenterali e rettali) o tra i diversi dosaggi dei farmaci in comparazione, perché ha riguardo ad una valutazione complessiva della convenienza del prezzo offerto rapportato al volume di spesa totale rispetto al farmaco originator e, cioè, ad un concetto onnicomprensivo di spesa inerente al principio attivo di riferimento, senza distinguere tra le specifiche modalità di commercializzazione del farmaco, sicché ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. La seconda, di ordine teleologico, è che, diversamente ragionando, l'impresa produttrice del farmaco potrebbe ottenere, in modo automatico, la collocazione nella lista di rimborso rispetto a farmaci commercializzati con modalità o dosaggi più convenienti perché rapportati ad un base di calcolo – il corrispondente farmaco commercializzato con quella particolare modalità o con quel particolare dosaggio – per la quale il Servizio Sanitario Nazionale sostiene un peso minore in termini di spesa media annua complessiva, e potrebbe quindi puntare in questo modo, senza passare attraverso la contrattazione, a produrre farmaci, automaticamente rimborsabili, con talune confezioni o con taluni dosaggi che godrebbero di un ribasso anche maggiore rispetto al 50% della spesa sostenuta dal Servizio Sanitario Nazionale, nel complesso, per l'approvvigionamento del farmaco originator". Di conseguenza, è stato affermato che risulta "*legittima la scelta, da parte del Ministero della Salute e dell'AIFA, di applicare il ribasso del 50% rispetto alle confezioni dell'originator senza distinguerle per concentrazione di principio attivo, forma farmaceutica, via di somministrazione, modalità di rilascio o dosaggio, ma avendo riguardo al concetto onnicomprensivo di spesa sostenuta dal Servizio Sanitario Nazionale per il medicinale coperto da tutela brevettuale*".

E' evidente come anche in queste pronunce il Consiglio di Stato abbia sancito il principio della specialità della contrattazione del prezzo dei farmaci generici,

rispetto alla contrattazione dei medicinali orginatori, stante il carattere peculiare dei medicinali generici all'interno del panorama giuridico.

Conclusioni

La sentenza del Consiglio di Stato oggetto del presente approfondimento, accogliendo il ricorso dell'AIFA e sposandone l'interpretazione normativa, ha fornito un quadro organico delle norme che devono essere applicate per stabilire il prezzo dei farmaci generici. La regolamentazione del farmaco generico, come brevemente descritta in precedenza, attribuisce a tale prodotto un regime favorevole garantendo ai produttori la possibilità di ottenere l'autorizzazione in commercio in via semplificata. Tale semplificazione deriva appunto dalla natura di questi particolari prodotti farmaceutici che sono essenzialmente delle riproduzioni identiche di farmaci già presenti in commercio. Quindi, se da un lato tali farmaci non apportano alcuna innovazione a livello scientifico, essi non di meno servono a garantire dal punto di vista economico un miglioramento del prezzo di vendita e quindi una maggiore accessibilità alle cure per i cittadini. È evidente che il legislatore abbia inteso garantire ai produttori di medicinali generici un regime privilegiato per quanto riguarda il rilascio dell'AIC per questi prodotti, tuttavia ha anche voluto tutelare i cittadini e il SSN prevedendo la soglia minima di sconto da applicare in sede di contrattazione del prezzo come condizione *sine qua non* di inserimento nelle fasce di rimborsabilità.

Per questo occorre evidenziare come la decisione del Consiglio di Stato abbia di fatto scongiurato gravi pregiudizi per la sostenibilità economica del SSN.

Occorre sottolineare, infatti, che non si sarebbero potuti consentire i risparmi di spesa che il legislatore richiede per consentire ad un farmaco generico di essere inserito nella stessa classe di rimborsabilità del relativo originatore, ove si fosse consentito ai produttori di generici di contrattare una percentuale di sconto di gran lunga minore della soglia minima del 20%, generando, quindi, una spesa maggiore per il SSN. D'altro canto non prevedere uno sconto di una certa entità per il rimborso dei farmaci generici potrebbe creare anche una disparità di trattamento con i produttori degli *originator* perché, da un punto di vista della materiale produzione del farmaco, il principio attivo posto alla base dei medicinali generico ed originatore, essendo il medesimo, comporta gli stessi costi ad entrambe le ditte. Tuttavia, il produttore del

generico non ha sostenuto i costi di studio, sperimentazione e sviluppo come invece ha fatto il titolare del prodotto originatore e, pertanto, è legittimo prevedere che non venga ulteriormente facilitato mediante la possibilità di proporre il ribasso da esso voluto, che – paradossalmente – potrebbe anche essere irrisorio, laddove fosse venuto meno definitivamente meno il parametro del 20%.

L'interpretazione delle norme resa dal Consiglio di Stato è conforme alla *ratio* dei vari interventi legislativi che nel tempo si sono susseguiti e che hanno utilizzato il farmaco generico come un mezzo per razionalizzare la spesa statale in materia sanitaria. Ne è un esempio il comma 12 art.11 del d.l. 1/2012 convertito con la legge n. 27 del 24 marzo 2012, che stabilisce che *"il medico, nel prescrivere un farmaco, è tenuto, sulla base della sua specifica competenza professionale, ad informare il paziente dell'eventuale presenza in commercio di medicinali aventi uguale composizione in principi attivi, nonchè forma farmaceutica, via di somministrazione, modalità di rilascio e dosaggio unitario uguali. Il farmacista, qualora sulla ricetta non risulti apposta dal medico l'indicazione della non sostituibilità del farmaco prescritto, dopo aver informato il cliente e salvo diversa richiesta di quest'ultimo, è tenuto a fornire il medicinale prescritto quando nessun medicinale fra quelli indicati nel primo periodo del presente comma abbia prezzo più basso ovvero, in caso di esistenza in commercio di medicinali a minor prezzo rispetto a quello del medicinale prescritto, a fornire il medicinale avente prezzo più basso*". È dello stesso tenore il comma 11 *bis* dell'art. 15 del d.l. 95/2012 convertito in legge n. 135 del 7 agosto 2012 che prevede che "*Il medico che curi un paziente, per la prima volta, per una patologia cronica, ovvero per un nuovo episodio di patologia non cronica, per il cui trattamento sono disponibili più medicinali equivalenti, indica nella ricetta del Servizio sanitario nazionale la denominazione del principio attivo contenuto nel farmaco oppure la denominazione di uno specifico medicinale a base dello stesso principio attivo accompagnata dalla denominazione di quest'ultimo. L'indicazione dello specifico medicinale è vincolante per il farmacista ove nella ricetta sia inserita, corredata obbligatoriamente da una sintetica motivazione, la clausola di non sostituibilità di cui all'articolo 11, comma 12, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. L'indicazione è vincolante per il farmacista anche quando il*

farmaco indicato abbia un prezzo pari a quello di rimborso, fatta comunque salva la diversa richiesta del cliente.

Ferma restando l'effettiva tutela della salute pubblica, emerge che essa debba inevitabilmente essere controbilanciata con il perseguimento della sostenibilità economica del SSN. In questa ottica la *ratio* stessa dell'esistenza di farmaci generici è l'apertura alla concorrenza del mercato farmaceutico con il fine ultimo di generare risparmi per il SSN. In conclusione, è possibile affermare che la sentenza in commento ha avallato l'interpretazione esposta statuendo quindi l'inderogabilità delle percentuali di sconto tassativamente previste dal legislatore in materia di contrattazione dei prezzi di farmaci generici per il loro inserimento in classe di rimborsabilità.

Bibliografia

- F.Ferrari, F. Massimino "Diritto del Farmaco" Cacucci Editore, Bari;
- P. Minghetti "Legislazione Farmaceutica" Casa Editrice Ambrosiana, Milano;
- F. Massimino "La normativa in materia di farmaci generici e la concorrenza tra imprese" Diritto Industriale;
- M. Appiano "L'autorizzazione in immissione in commercio per i farmaci generici secondo il diritto comunitario" Contratto, Imprese, Europa;
- B. Bertarini "Tutela della salute, principio di precauzione, e mercato del medicinale" G.Giappichelli Editore, Torino
- F.Ferrari, "Osservatorio del Farmaco 2019" Egea, Milano