

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973  
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 4/2021

### **Comitato di direzione**

Maria Alessandra Sandulli  
*Direttore responsabile*

Giuseppe Caia  
Beniamino Caravita di Toritto †  
Marta Cartabia  
Antonio D'Atena  
Guido Greco  
Massimo Luciani  
Franco Modugno  
Giuseppe Morbidelli  
Marco Ruotolo

### **Comitato scientifico**

Marino Breganze	Fabio Merusi
Paolo Carnevale	Jorge Miranda
Giuseppe de Vergottini	Alejandro Saiz Arnaiz
Michele Della Morte	Dian Schefold
Thierry Di Manno	Franco Gaetano Scoca
Laurence Folliot Lalliot	Gaetano Silvestri
Pietro Giuseppe Grasso	Karl-Peter Sommermann
Natalino Irti	Federico Sorrentino
Anne-Marie Le Pourhiet	Mario Rosario Spasiano
Stelio Mangiameli	Aldo Travi

### **Comitato di Redazione**

Daniele Chinni  
Tatiana Guarnier  
*Coordinatori*

Flaminia Aperio Bella  
Marta Cerioni  
Francesco Crisafulli  
Guglielmo Aldo Giuffrè  
Paolo Provenzano  
Enrico Zampetti

## SOMMARIO 4/2021

### saggi

- Antonio D'Atena, *Le lezioni sulla riserva di legge del giovane Sorrentino* 647
- Mario R. Spasiano, *Il diritto amministrativo nell'era della transdisciplinarietà* 657
- Stefano Villamena, *La riforma dell'abuso d'ufficio: fra attività interpretativa, attività discrezionale e autovincoli amministrativi* 695
- Antonio Merlino, *Il rapporto tra centralismo politico e decentramento amministrativo nella formazione del diritto pubblico* 727

### osservatorio

- Anton Giulio Pietrosanti, *La tutela dell'inabile al lavoro privo di mezzi economici: il ruolo dell'art. 38, comma 1, della Costituzione* 747
- Costanza Nicolosi, *Tercas: Justice and Politics in Banks Resolutions in Europe* 775

### attualità

- Alessandra Coiante, *L'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici tra la concorrenza per il mercato e la discrezionalità amministrativa: lo strumento della suddivisione in lotti quale "chiave di volta" che non risolve* 795

### recensioni

- Tania Groppi, *Corte e giudici nell'Italia repubblicana, e oltre. Considerazioni sul volume di Elisabetta Lamarque, Corte costituzionale e giudici nell'Italia Repubblicana. Nuova stagione, altri episodi, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, nella prospettiva della giustizia costituzionale comparata* 829



Antonio D'Atena

LE LEZIONI SULLA RISERVA DI LEGGE  
DEL GIOVANE SORRENTINO\*

SOMMARIO: 1. L'opera. – 2. Il superamento di alcune distinzioni correnti. – 3. Rapporti con la forma di Governo. – 4. Riserva di legge e pubblica Amministrazione. – 5. La questione delle fonti atipiche. – 6. La giurisprudenza costituzionale. – 7. Il metodo e la scuola.

1. *L'opera*

La preparazione di questo scritto mi ha immerso in una sorta di *amarcord*, richiamandomi alla memoria una folla di ricordi personali, che mi hanno riportato in un'epoca in cui l'Università presentava caratteri che oggi, ai giovani che intraprendono, come si diceva allora, la “carriera scientifica”, risultano poco familiari.

Tutto è nato dalla lettura di tre volumetti, dall'aria piuttosto dimessa, con una copertina leggera color carta da zucchero, contenenti le *Lezioni sulla riserva di legge* di Federico Sorrentino, “raccolte a cura del dott. G. Florida”. I volumetti, pubblicati dalla c.l.u., sono privi di note di stampa. Ritengo che l'editore fosse una cooperativa libreria universitaria operante a Genova, mentre la data risulta esplicitata dall'autore sotto la premessa al secondo (il primo ad essere pubblicato) ed al primo volume: Genova 26.1.1977 e 26.5.1977.

L'opera consta di tre parti distinte: la prima, sobriamente intitolata “Considerazioni introduttive”, contiene una sintetica (e lucidissima) trattazione di carattere generale; la seconda consiste in un'antologia di sen-

\* Questo lavoro è destinato ai due volumi di Federico SORRENTINO, *Scritti scelti di diritto costituzionale*, in corso di stampa presso l'Editoriale Scientifica di Napoli.

tenze della Corte costituzionale, articolate sistematicamente, da un lato, per temi (come: riserva assoluta e relativa, riserva e principio di eguaglianza, riserva e atti anteriori alla Costituzione, ecc...), d'altro lato, con riferimento alle singole previsioni costituzionali in cui le diverse riserve di legge affondano le proprie radici; la terza parte è dedicata alla illustrazione e al commento della giurisprudenza costituzionale, seguendo l'articolazione sistematica della parte precedente.

Queste dispense erano contenute nel settore della mia biblioteca dedicato alle fonti del diritto. E – debbo confessare – non le avevo lette quando mi sono state inviate. Probabilmente mi ero ripromesso di leggerle in seguito. Ma il seguito si è fatto attendere 44 anni.

Si tratta di una lettura che mi ha colpito, sia per il contenuto, sia per la memoria involontaria che ha messo in moto.

Iniziando da quest'ultima, posso dire che l'opera reca evidenti alcuni segni del tempo, come l'uso dell'articolo determinativo prima del cognome dell'autore citato (il Crisafulli, il Sandulli, il Tosato...). Non molti anni dopo, quest'uso è stato abbandonato da tutti noi, facendo cadere quell'articolo determinativo, che, certo, aveva un sapore antiquato ed era perfettamente inutile, ma rappresentava il segno del riguardo riservato agli autori con cui, in un percorso scientifico, ci si confrontava. Aggiungo, tra parentesi, che l'articolo determinativo non si usava, da tempo, per i grandissimi: Kelsen, e non il Kelsen, Schmitt, e non lo Schmitt, Santi Romano (chissà perché, accompagnando sempre al cognome il nome di battesimo, tanto che, a quanto ricordo, alcuni studenti agli esami si riferivano a lui con l'espressione "il" Santi Romano, come se si trattasse d'un cognome doppio).

Legata al tempo in cui è stata scritta è anche l'aria di casa che queste *Lezioni* mi hanno restituito, a cominciare da un chiarimento metodologico, che, quasi negli stessi termini, avrei inserito anche io, una trentina di anni dopo, nella presentazione al mio *Diritto regionale*: si tratta di un pensiero di ascendenza trasparentemente crisafulliana. Mi riferisco al passo in cui si legge che "l'insegnamento universitario deve tendere alla trasmissione non tanto delle informazioni, quanto degli strumenti logici per la loro comprensione, non deve offrire soluzioni e certezze, ma porre problemi e suscitare interrogativi, dai quali trae alimento la ricerca scientifica". Il pensiero si potrebbe considerare abbastanza scontato – l'autore lo presenta come una "vecchia idea" – ma basta accostarsi a tanta parte della produzione destinata all'università, per rendersi conto che scontato non è.

È appena il caso di dire che, in questa sede, non è possibile riferire integralmente il contenuto di un'opera così ricca e articolata. Mi limiterò, quindi, ad alcune riflessioni rivolte a lumeggiare la cifra scientifica del giovane autore.

## 2. *Il superamento di alcune distinzioni correnti*

Il primo tratto che viene alla luce è la sicurezza con cui, richiamando sinteticamente i *pro* e i *contra* emergenti dalla letteratura e dalla giurisprudenza, sgombra il campo da alcune distinzioni che normalmente nella letteratura manualistica si davano allora per acquisite.

Si pensi ad esempio, alla distinzione tra riserve semplici e riserve rinforzate (categoria, quest'ultima, che – scrive – “ad un più attento esame [...] si rivela scientificamente inattendibile”).

A suo giudizio, infatti, i casi in cui la Costituzione stabilisce dei limiti sostantivi alle leggi chiamate a intervenire nella materia riservata non si differenziano qualitativamente da quelli in cui manca il limite espresso. Poiché, anche in questi ultimi, le leggi sono sottoposte a limiti, sia di carattere generale (come il principio di eguaglianza), sia di carattere specifico, che si ricavano da norme della Costituzione diverse da quella che contempla la riserva di legge. Al riguardo, richiama esemplificativamente, con riferimento alla libertà personale: per quanto riguarda i “modi” delle limitazioni introducibili con legge, l'articolo 27, terzo comma, e l'articolo 32, secondo comma; per quanto riguarda i “casi” di limitazione della libertà personale, la tesi Elia, secondo cui limitazioni potrebbero intervenire solo se previste da altre norme costituzionali. E ancora, con riferimento all'articolo 23: per le prestazioni patrimoniali, richiama i limiti discendenti dagli articoli 53 e 41, mentre, per le prestazioni personali, quelli di cui agli articoli 13 e seguenti.

Altra distinzione che ritiene inconsistente è quella tra riserve di legge vere e proprie e meri rinvii alla legge. La quale – aggiunge, enunciando in poche parole una scelta metodologica fondamentale – esprime “la tendenza ad interpretare in senso meramente esortativo anziché prescrittivo le disposizioni della Costituzione”. Tendenza da lui nettamente respinta, essendo “buona norma intendere le espressioni della Costituzione nel loro significato tecnico”. Gli unici casi in cui la distinzione gli appare provvista di senso sono quelli nei quali la Costituzione stessa usa il termine legge in senso atecnico, facendo riferimento alle prescrizioni poste da

qualunque fonte del diritto (quindi, potrebbe dirsi, facendo riferimento alla “legge” che, secondo un uso terminologico sempre meno frequentato, può qualificarsi “materiale”).

Ed anche la distinzione di più largo impiego, in dottrina e in giurisprudenza, quella tra riserve assolute e riserve relative, viene da lui messa in discussione alla luce delle riflessioni di Giuliano Amato e di Egidio Tosato. In particolare, seguendo la prospettazione di quest'ultimo, che considera la “più lucida e soddisfacente impostazione del problema in esame”, ritiene che oggetto della riserva non sia una materia, ma una porzione di materia, o comunque una serie limitata di rapporti. Di qui, tra l'altro, come noto, secondo la lettura Tosato, la conclusione che l'espressione “in base alla legge” di cui all'articolo 23 non esprima una riserva relativa, ma una riserva assoluta, con riferimento, tuttavia, non all'intera materia delle prestazioni patrimoniali e personali, ma ai “fondamenti” della disciplina impositiva. Personalmente, ho sempre avuto l'impressione che questa tesi si limiti ad esprimere con parole diverse lo stesso pensiero affidato alla distinzione tra riserva assoluta e riserva relativa. Quest'ultima, infatti, impone alla legge di non trasferire l'intera materia alla fonte regolamentare, ma di regolare direttamente i “fondamenti” (o, per dirla con Giuliano Amato, le “scelte caratterizzanti”) della disciplina. Comunque, Sorrentino, muovendo dalla tesi Tosato, conclude – con piena coerenza – che la determinazione del contenuto di una riserva di legge si risolve in un'operazione ermeneutica in tutto identica all'interpretazione di qualsiasi altra disposizione costituzionale, tenendo conto dei dati testuali emergenti dalle disposizioni, ma senza attribuire un valore decisivo al mero dato lessicale.

Già dagli esempi appena fatti emergono con chiarezza i tratti caratteristici dell'approccio di Sorrentino. Benché la sua trattazione sia estremamente sintetica, le conclusioni sono sempre argomentate: nascono, cioè, dal confronto con i più significativi orientamenti emersi dalla riflessione dottrinale. Potrebbe dirsi, in una parola: sintesi, senza semplificazioni.

Questa formula gli consente di attraversare tutti i diversi ambiti con cui la riserva di legge interferisce. E, in proposito, bisogna riconoscere che l'istituto presenta un carattere indiscutibilmente strategico, essendo pochi i campi del diritto costituzionale cui possa considerarsi estraneo.



### 3. Rapporti con la forma di Governo

Interessante è, ad esempio, l'esame delle relazioni tra la riserva di legge e la forma di governo, soprattutto a seguito dell'affermazione della forma di governo di tipo parlamentare. La quale, secondo l'impostazione accolta da queste *Lezioni*, ne avrebbe comportato una profonda trasformazione. La riserva di legge, infatti, nata in funzione di difesa delle prerogative dell'organo legislativo nei confronti dell'Esecutivo, tenderebbe, in sinergia con l'iniziativa legislativa del Governo, a trasformarsi in strumento per il perseguimento dell'indirizzo politico di questo.

Ma questa indicazione, nella prospettiva di Sorrentino, non può essere considerata esclusiva, anche perché – come egli avverte – indicazioni del genere “non intendono porsi come risultati certi, che non esistono in siffatto argomento, ma vogliono essere soltanto un suggerimento ed uno stimolo per riflettere sopra diverse spiegazioni che possono chiarire la funzione della riserva di legge nel sistema parlamentare, e che verosimilmente concorrono tra loro nell'individuare, ciascuna sotto un diverso profilo, il significato dell'istituto”.

Di qui, la considerazione delle diverse sfaccettature (o profili) che in questo coesistono.

Anzitutto, Sorrentino evidenzia che gli originari profili garantistici della riserva, dominanti nella stagione delle monarchie costituzionali, persistono tuttora. Poiché la riserva di legge assicura al Parlamento il controllo della normazione in ambiti che la Costituzione considera nevralgici. Vero è che, nei sistemi parlamentari, normalmente sussiste omogeneità (o consonanza) politica tra Governo e Parlamento, dal momento che la maggioranza legislativa è la stessa maggioranza che sostiene il primo (onde, tra l'altro, la tesi – minoritaria – dovuta a Salvatore Bartholini, secondo cui, in ultima analisi, dovrebbe riconoscersi equivalenza tra la legge e il regolamento governativo). Tuttavia, che il rapporto fiduciario non determini la piena assimilabilità del Parlamento al Governo è confermato dal fatto che il primo non si identifica senza residui con la maggioranza parlamentare (la quale, peraltro, può essere tutt'altro che monolitica). In esso, infatti, sono presenti le minoranze. Che – come pone in luce Sergio Fois, con cui Sorrentino concorda – pur se normalmente soccombenti in sede di votazione finale, dispongono di strumenti d'influenza tutt'altro che trascurabili. Si pensi, ad esempio, oltre che al ruolo fondamentale che giocano la discussione, la pubblicità dei lavori e il potere di emendamento, al significato che assume la mancata richiesta,

da parte di un decimo dei parlamentari (o di un quinto dei componenti delle commissioni), della remissione della votazione all'aula. Essa consente a minoranze consistenti di gestire, in termini sostanziali, i contenuti della legislazione (Damiano Nocilla lo ha, ad esempio, sottolineato, con riferimento al sistema consociativo affermatosi nella prima Repubblica).

#### 4. *Riserva di legge e pubblica Amministrazione*

Un altro nodo problematico sviluppato da queste lezioni è quello che incrocia i rapporti tra la riserva di legge e la pubblica amministrazione.

Due sono, in particolare, i profili considerati.

Il primo profilo è quello della estensione del campo della riserva verificatasi in concomitanza con l'affermazione della forma di governo parlamentare. Uno dei versanti di questa estensione è, infatti, quello dell'organizzazione dei pubblici uffici, che viene sottratta al dominio esclusivo dell'Esecutivo e attratta nell'orbita del principio di legalità, superando, così, la separatezza precedentemente propria dell'apparato amministrativo (che comportava l'inclusione dei rapporti in esso svolgentisi in un ambito meramente interno).

È, però, sul principio di legalità – che costituisce il secondo versante considerato da Sorrentino – che si concentrano le riflessioni più interessanti (ed originali) dell'autore.

Egli, anzitutto, distanziandosi nettamente dalla concezione penalistica secondo cui principio di legalità e riserva di legge farebbero tutt'uno, chiarisce, con assoluta precisione, che essi si muovono su piani paralleli, ma diversi. È vero, infatti – come egli sottolinea – che essi sono accomunati dallo scopo di limitare la libertà d'azione dell'Esecutivo. Ma, mentre il principio di legalità ha riguardo all'attività amministrativa (della quale predica la soggezione alla previa norma), la riserva di legge si riferisce all'uso dei poteri normativi del Governo (o, potrebbe aggiungersi con terminologia sandulliana, del complesso Governo-pubblica amministrazione), cui sottrae, in tutto o in parte, i rapporti rientranti negli ambiti riservati.

Ma il ragionamento non si ferma qui. Sorrentino, infatti, evidenzia un'ulteriore implicazione della sottoposizione alla riserva di legge dell'ordinamento dei pubblici uffici: il rafforzamento del principio di legalità, per effetto di una più penetrante soggezione dei provvedimenti amministrativi alla norma che li contempla. La quale non deve limitarsi a

fungere da generico fondamento di tali provvedimenti, ma deve fornire indicazioni procedurali, sostanziali e teleologiche atte a circoscrivere la potestà discrezionale della P.A. È, infatti, l'ingresso dell'atto legislativo nell'ambito, precedentemente preclusogli, dell'ordinamento amministrativo a sottrarre al dominio esclusivo della discrezionalità le dinamiche svolgentisi all'interno di questo. E a produrre – potrebbe aggiungersi – quella lettura *sostanziale* del principio di legalità, cui consegue la “raffrontabilità” dell'atto amministrativo alla norma che lo prevede e lo regola, in cui Vezio Crisafulli ravvisava il più profondo significato garantistico del principio predetto. Che, così inteso, diventa l'imprescindibile presupposto della sindacabilità giurisdizionale degli atti della pubblica amministrazione (come Sorrentino non manca di evidenziare). E segna – come noto – il passaggio storico dallo Stato c.d. legale allo Stato di diritto vero e proprio.

##### 5. *La questione delle fonti atipiche*

Sia pure nell'economia di una trattazione necessariamente parziale (in cui sono forse maggiori le omissioni che le menzioni), non può trascurarsi un cenno alla parte dedicata alle fonti atipiche. La sobria (come al solito) trattazione al riguardo, non solo presenta indiscutibili tratti di originalità (che non erano sfuggiti a Vezio Crisafulli), ma costituisce anche un eccellente esempio della capacità dell'autore di andare al cuore dei problemi, senza disperdersi in considerazioni inessenziali.

Egli, in particolare, prende in esame la nota dottrina secondo cui, dai limiti speciali apposti dalla Costituzione a talune leggi (come, ad esempio, le leggi sulla condizione giuridica dello straniero), deduce la figura delle fonti atipiche, dotate di una forza formale differenziata (in genere maggiore) da quella del “tipo” cui appartengono, o, in altri termini, caratterizzate dalla “ibridazione”, o dalla dissociazione, tra la forza attiva e la forza passiva.

A suo avviso, questa teoria, che ha goduto di largo seguito a partire dagli anni 60 del secolo scorso, “non sembra correttamente impostata”. Gli speciali limiti previsti per le fonti che sogliono ricondursi alla categoria, infatti, non sarebbero espressione della “atipicità” della fonte, con conseguente dissociazione tra il lato attivo ed il lato passivo della forza formale che la contraddistingue, ma, più semplicemente, contenuti prescrittivi che la Costituzione impone al suo rispetto. Tali limiti, secondo

una tesi dovuta a Carlo Lavagna (cui Sorrentino si richiama), troverebbero espressione in “norme interposte”, alle quali la fonte asseritamente atipica è tenuta a conformarsi. Ad esempio, riferendosi alle leggi previa intesa di cui all'ultimo comma dell'articolo 8 della Costituzione, Sorrentino esclude che esse mettano capo ad uno specifico “tipo” formale – la legge previa intesa, appunto – osservando che, se la legge che successivamente modifica un atto di questo tipo è conforme al contenuto dell'intesa da cui questo è stato preceduto, essa può intervenire validamente, senza essere preceduta, a propria volta, da un'ulteriore intesa. Il che significa che è il rispetto della norma interposta a condizionare la legittimità costituzionale dell'atto, non la presenza di varianti che valgano a marcarne la “atipicità”.

#### 6. *La giurisprudenza costituzionale*

Un altro aspetto che merita di essere ricordato è l'atteggiamento assunto da Sorrentino nei confronti della giurisprudenza costituzionale: un atteggiamento realistico e problematico al tempo stesso. In più luoghi, infatti, egli rileva che delle risultanze di tale giurisprudenza non può non prendersi atto: sono un dato, cioè, con cui il giurista deve necessariamente fare i conti. Precisa, tuttavia, che ciò deve avvenire, senza rinunciare alla valutazione critica di quel dato. Questo scrive, ad esempio, a proposito dell'ingresso, nelle materie riservate alla legge, degli atti con forza di legge, o relativamente alla distinzione tra riserve assolute e riserve relative di legge (che, come abbiamo visto, egli contesta). Ed è proprio applicando questa impostazione che, nella parte terza di queste lezioni, non si limita a riferire i diversi passaggi in cui le decisioni esaminate si articolano, ma sottopone tali passaggi ad una valutazione critica, a volte molto serrata (come avviene, ad esempio, con riferimento alla sentenza 183 del 1973, in materia di fonti comunitarie). D'altra parte – aggiungo – questo era un atteggiamento diffuso tra i giovani studiosi della nostra generazione, e, in particolare, tra quelli che, sulle orme dei grandi maestri da cui la rivista era stata fondata e diretta, si impegnavano in *Giurisprudenza costituzionale*. Infatti – a quanto ricordo – le prime verifiche delle nostre attitudini alla ricerca erano rappresentate dalle note a sentenza: un genere letterario, peraltro, estremamente impegnativo (e altamente formativo per chi vi si dedica). Un genere letterario – sia detto per inciso – che oggi ha perso gran parte del suo prestigio, come ho, con sorpresa, constatato,

leggendo i giudizi di qualche collega più giovane di me (ma – ahimè! – sono quasi tutti più giovani), in occasione delle abilitazioni scientifiche nazionali. Tra l'altro, questa svalutazione ha trovato una manifestazione, a suo modo, esemplare nell'iniziale refrattarietà, di quell'Agenzia nazionale cui un'improvvida riforma universitaria ha affidato la valutazione della ricerca, a considerare prodotti autenticamente scientifici (in quanto tali, valutabili) le note a sentenza. Mi sia consentito aggiungere che il grado di consapevolezza con cui i membri di quel consesso si accostavano – almeno nell'epoca in cui presiedevo l'AIC – alla specificità della ricerca in campo giuridico è testimoniato dal fatto che, in occasione di un incontro cui partecipavano rappresentanze di tutte le associazioni scientifiche dell'area umanistica, uno di loro confondesse le note sentenza con i pareri professionali.

### 7. *Il metodo e la scuola*

Il riferimento all'esperienza di *Giurisprudenza costituzionale* mi ha inavvertitamente reimmesso in quel clima di *amarcord* cui ho accennato all'inizio: mi ha riportato, cioè, ai tempi in cui Federico ed io (siamo coetanei) ci siamo conosciuti, frequentando insieme la sala assistenti dell'Istituto di diritto pubblico dell'Università di Roma. Allora, morto da poco Carlo Esposito, sotto la cui guida Federico ha scritto la sua tesi di laurea sui conflitti di attribuzione tra poteri (alla discussione lo presentò, a causa di quel prematuro decesso, Vezio Crisafulli), il titolare della cattedra di diritto costituzionale era, appunto, Crisafulli, il quale era stato chiamato, qualche anno prima, all'insegnamento del diritto pubblico generale. Crisafulli, come Esposito prima di lui, era molto presente in Istituto. E questo promuoveva una parallela assiduità degli allievi, che si riunivano nella sala assistenti che ho menzionato prima. Ricordo tanti colleghi di allora, alcuni dei quali ci hanno prematuramente lasciati. In quella sala e nella prospiciente biblioteca dell'Istituto scambiavamo le nostre riflessioni ed elaboravamo i nostri primi lavori, perseguendo obiettivi dei quali il meno che può dirsi è che erano molto aleatori: la libera docenza, i primi incarichi di insegnamento, e, infine, la vittoria del concorso a cattedra. L'intensità dei nostri contatti si attenuò, quando, dopo la libera docenza (con Federico partecipammo all'ultima sessione, prima dell'affrettata soppressione dell'istituto), iniziò la nostra diaspora, con incarichi di insegnamento in diverse sedi universitarie. La prima sede di Sorrentino fu

Genova, dove si era trasferito al seguito di Manlio Mazzotti di Celso. Ed è esattamente a quella fase della sua vita che risalgono le *Lezioni sulla riserva di legge*.

Quella stagione fu molto vivace e intellettualmente stimolante, perché ci metteva in contatto con diversi ambienti culturali, favorendo una interazione di cui saremmo stati privi, se avessimo iniziato ad insegnare nella stessa sede in cui ci eravamo formati.

Un altro aspetto estremamente positivo di quell'esperienza era la formazione degli allievi, ai quali potevamo trasmettere quello che avevamo imparato. Per chi, come noi, aveva avuto il privilegio di formarsi in una scuola che non era "una gretta chiesuola, in cui i migliori sono i più zelanti ripetitori del pensiero del maestro" (per riprendere le parole dedicate da Crisafulli alla scuola di Vittorio Emanuele Orlando), questo non significava la diffusione del "verbo", poiché ciascuno di noi aveva potuto, in piena libertà, sviluppare la propria specifica identità scientifica. Restava, però, in tutti noi, un comune *imprinting* di ordine metodologico. Grazie al quale noi e i nostri giovani allievi, al di là di differenze anche molto profonde, potevamo proseguire il cammino aperto dai nostri maestri.

Ma ormai tutto questo appartiene al passato. La nostra generazione è uscita dai ruoli universitari e anche i più anziani tra i nostri allievi cominciano ad andare in pensione. Però l'avvicendamento tra le generazioni continua nei più giovani discepoli dei nostri allievi. E opere come quella che ho commentato in queste pagine, benché probabilmente destinate a impolverarsi negli scaffali di qualche biblioteca, hanno avuto il merito di suscitare pensieri in coloro che si sono accostati ad esse nel periodo della propria formazione. Pensieri, destinati, a propria volta, a suscitare altri, nel processo evolutivo di quel particolare sapere cui abbiamo dedicato tanta parte della nostra esistenza.

Mario R. Spasiano

## IL DIRITTO AMMINISTRATIVO NELL'ERA DELLA TRANSDISCIPLINARITÀ

SOMMARIO: 1. Transdisciplinarietà tra scienze e monadi del sapere. – 2. Il rapporto del diritto amministrativo con le altre scienze e le originarie pretese di purezza della disciplina. – 3. L'azione amministrativa e la gamma degli interessi giuridicamente rilevanti: il ruolo del principio di buon andamento. – 4. L'irruzione della tecnica nell'amministrazione e il complesso rapporto con il diritto amministrativo: le difficoltà di un dialogo. – 5. La svolta della dottrina... – 6. ... e la conseguente svolta della giurisprudenza amministrativa. – 7. La transdisciplinarietà e il diritto amministrativo: il fondamento di un cambiamento radicale. La prospettiva del PNRR.

### 1. *Transdisciplinarietà tra scienze e monadi del sapere*

Il 6 novembre 1994, Lima de Freitas (artista e scrittrice), Edgar Morin (filosofo) e Basarab Nicolescu (fisico teorico), al termine del *Primo Congresso Mondiale di Trans-disciplinarietà*, tenutosi presso il convento di Arabida, in Portogallo, diedero vita alla “*Carta della Transdisciplinarietà*”<sup>1</sup>, un documento che esprimeva l'esigenza di studiosi delle più diverse discipline di condurre la scienza oltre i confini dei saperi settoriali<sup>2</sup>: una

\* Il presente saggio è destinato agli *Scritti per Maria Immordino*, in corso di stampa.

<sup>1</sup> B. NICOLESCU, *Il Manifesto della transdisciplinarietà*, Messina 2014 (ediz. originaria, *La transdisciplinarietà*, Paris 1996).

<sup>2</sup> Appare preliminarmente opportuno chiarire la differenza terminologica tra i termini “multidisciplinare”, “interdisciplinare” e “transdisciplinare”, comunemente adoperati in modo indifferenziato. L'approccio multidisciplinare, definito dal manuale oxfordiano di “giustapposizione delle conoscenze”, è costituito dal mero confronto tra competenze, in un contesto nel quale ciascun esperto si fida delle metodologie delle altre. L'interdisciplinarietà apre invece al dialogo dal quale possono scaturire soluzioni alle quali ciascuna delle singole competenze non sarebbe in grado di pervenire. In altri termini, i diversi campi disciplinari sono in questo caso impegnati in uno sforzo non di giustapposizione, bensì di “integrazione delle conoscenze”. La transdisciplinarietà abbandona la

risposta al culto della iper-specializzazione<sup>3</sup> che, mosso dall'intento di affermare l'esigenza di addivenire a conoscenze sempre più minuziose di elementi particolari, conoscenze necessarie per la piena comprensione di fenomeni naturali e non, nonché per la predisposizione di azioni più efficaci di rimedio ad eventi dannosi di ogni genere, per lungo tempo aveva finito col fomentare la parcellizzazione del sapere umano in vere e proprie monadi<sup>4</sup>, isolate l'una dall'altra, incapaci di comunicare tra loro anche per mancanza di un comune linguaggio di riferimento<sup>5</sup>. Le monadi, come rilevato da G.W. von Leibniz, sono in sé complete, autonome, indipendenti, esse “*non hanno né porte né finestre*”, non necessitano l'una dell'altra.

Questa concezione frammentata del sapere<sup>6</sup> aveva prodotto – e con-

dimensione sostanzialmente tecnica dell'approccio per addivenire a soluzioni di più ampio respiro, nelle quali la considerazione del fattore umano si colloca al centro dell'analisi. Riconoscendo la molteplicità e l'interconnessione tra le varie dimensioni del reale, la transdisciplinarietà ha l'ambizione di oltrepassare i confini che separano paradigmi, rigide norme istituzionali, etichette disciplinari. “Multidimensionalità”, “inclusività” e “creatività” sono i termini che denotano l'approccio transdisciplinare. Sul tema, F. MARZOCCA, *Il nuovo approccio scientifico verso la transdisciplinarietà*, in *Quaderno Mythos*, 2014, 10; J. THOMPSON KLEIN, *A taxonomy of interdisciplinary*, in R. FRODEMAN, J. THOMPSON KLEIN, J. BRITT HOLBROOK, C. MITCHAM, *The Oxford Handbook of interdisciplinarity*, Oxford University Press 2010; inoltre, E. AGAZZI, *Ragioni e limiti del formalismo*, Milano 2012.

<sup>3</sup> K.R. POPPER, *Tutta la vita è risolvere problemi*, Milano 2004 (II ediz.), 594, rileva che “*la specializzazione può essere una tentazione per lo scienziato; per il filosofo è un peccato mortale*”. G. Miele, in *Umanesimo giuridico*, in *Scritti giuridici*, II, Milano 1987, 451, così osserva al riguardo: “*Specializzazione, male che deploriamo pur all'interno della scienza giuridica e che l'ha frantumata in una serie di campi cintati non comunicanti. Travisando quel metodo, si pretese di isolare il giurista dalla realtà circostante: di questa doveva occuparsi il legislatore, mentre al giurista incombeva di illustrare le formule legislative di quella realtà. In tal modo veniva compromessa ogni collaborazione fruttuosa fra l'uno e l'altro*”.

<sup>4</sup> G.W. von Leibniz individua le monadi come atomi spirituali riducendo la molteplicità complessa dei fenomeni fisici alle unità semplici della realtà metafisica. P. ROSSI, in *La nascita della scienza moderna in Europa*, 1997, Bari 2000, 211 scrive: «*I corpi fisici o sostanze composte sono risultati fenomenici di punti metafisici o centri di forze o sostanze semplici e individuali creati direttamente da Dio che Leibniz, con termine pitagorico e bruniano, chiama monadi. Alle monadi non si arriva semplicemente suddividendo: prive di spazialità e di figura le monadi sono enti in sé completi e reciprocamente indipendenti: le monadi “non hanno finestre”*».

<sup>5</sup> Sul tema, V. ASCHERI, *Interdisciplinarietà e unità del sapere nel XX secolo*. Maritain, Polanyi, Ladrière, Roma 2014.

<sup>6</sup> Il problema invero non è nuovo, sebbene oggi si ponga in modo definito persino drammatico. Secondo il chimico ed epistemologo G. Del Re, in *Scienza e realtà* (a cura di E. Mariani), *I quaderni dell'I.P.E.*, Napoli 1997, 22 s. “*già in fisica si sa che una teoria costruita su pochissimi fatti può rivelarsi non suscettibile di estensione ad ambiti più ampi, e pertanto può ridursi a pura relazione empirica; e una relazione empirica, anche se rispecchia*



tinua a produrre – gravi conseguenze, naturalmente non solo di tipo teorico, con ripercussioni estremamente limitanti per qualsiasi forma di soluzione a problemi basata sull'esigenza di concorrenza di competenze di differente origine ed estrazione.

Senza andare a scomodare vicende proprie dell'ambito delle scienze sperimentali, lo stesso mondo del diritto amministrativo e del connesso fenomeno dell'organizzazione della pubblica amministrazione, offre conclamati esempi della condizione evidenziata: basti considerare, solo a titolo esemplificativo, l'aspetto organizzativo dei ministeri o degli enti locali ove ci si continua a imbattere nella storica distinzione tra divisioni, servizi e uffici a competenze differenziate, non di rado incapaci di dialogare tra loro e soprattutto inadeguati ad approntare soluzioni organiche a problemi, con la conseguente perdita di *chance* il cui presupposto sia basato sul concorso dei contributi di differenti professionalità.

Ad ogni buon modo, nel Preambolo della *Carta della Transdisciplinarietà*, gli autorevoli studiosi riuniti nell'occasione rilevarono che “*la vita è pesantemente minacciata dalla scienza tecnica trionfante, che non obbedisce che alla temibile logica della efficienza per l'efficienza*” mentre “*la crescita dei saperi, senza precedenti nella storia, accresce la disuguaglianza tra coloro che li possiedono e quelli che ne sono sprovvisti, (...) sia all'interno dei popoli che tra le nazioni*”<sup>7</sup>.

In questa condizione, la transdisciplinarietà può costituire una risposta al grave problema in quanto consente di far emergere dal confronto tra discipline anche profondamente diverse per oggetto e metodo di in-

*qualcosa di oggettivo, in genere non aiuta a capire, cioè ad aumentare la nostra conoscenza propriamente detta. Una riflessione approfondita conduce poi a sottolineare che la conoscenza raggiunta dalle singole discipline non può essere tale se non è accompagnata da un discorso interdisciplinare e seguita – usando un neologismo che ha avuto un certo successo – da un momento transdisciplinare. Questo momento indispensabile dovrebbe prevedere anche un confronto con forme non razionali di rapporto con la realtà fuori di noi – l'arte, la mistica in particolare”.*

<sup>7</sup> L. D'ALESSANDRO (in *Tecnologie e scienze umane: per il superamento di una dicotomia, Il sabato delle idee*, Università di Napoli S. Orsola Benincasa, Napoli 2012) osserva che “*il confine tra le scienze che si chiamano umane e quelle esatte è solo apparente. Compito di quel confine, costruito appena qualche secolo fa, è stato quello di assicurare che i pericolosi dubbi e le incertezze del mondo umanistico non venissero a turbare certezze del mondo dell'esatto, nonché le applicazioni tecnologiche che ne sono derivate, realizzando una rivoluzione forse ancor più epocale di quella industriale. Una riflessione più attenta può ben evidenziare (...) come proprio tale rivoluzione rimetta necessariamente in gioco l'umano, riproponendo il tema di una perduta circolarità della scienza e la necessità di un nuovo equilibrio nel rapporto tra tecnica e scienze umane*”.

dagine, l'esistenza di quei dati che fanno giunzione o snodo fra le stesse e dalla cui rilevazione e considerazione è dato pervenire alla individuazione di ciò che accomuna le conoscenze e ciò che le supera: processo indispensabile per una concezione non atomistica della realtà, composta sì da monadi (a salvaguardia della specificità dei saperi), ma quali elementi di un sistema armonico e comunque dialogico.

In una visione relazionale dell'umana convivenza, a nessuna scienza, a nessun sapere è dato utilmente permanere in una condizione di indifferenza rispetto agli altri<sup>8</sup>. Ad esso, piuttosto si impone una condizione di interlocuzione necessaria, nell'ambito di un processo osmotico di reciproca integrazione, di rispettiva conformazione e di adattamento funzionale alle mutevoli circostanze della realtà, riproponendo quella unitarietà propria del sapere umano dalla quale è possibile trarre risposte adeguate alla complessità dei problemi<sup>9</sup>: il confronto tra conoscenze, la diversità delle stesse costituiscono sempre una ricchezza, anche laddove la loro considerazione possa a prima battuta apparire come una complicazione. Solo in una prospettiva relazionale, infatti, ciascun sapere è posto in grado di acquisire contenuti ulteriori e consapevolezze che, arricchendolo, lo rendano capace di produrre contributi di utilità in molteplici e differenziati contesti, obiettivi altrimenti inconseguibili in una prospettiva solipsistica<sup>10</sup>.

La visione transdisciplinare della conoscenza supera i contrasti tra le scienze, le induce e persino le obbliga al confronto, alla mediazione, le dispone ad un dialogo non riservato alle scienze sperimentali, ma aperto alle scienze umane e persino alle esperienze creative e spirituali dell'uomo quali l'arte, la letteratura, la poesia, l'esperienza interiore, in un processo che in senso descrittivo potrebbe definirsi di *“umanizzazione della scienza e di razionalizzazione delle scienze umane”*<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Sul tema, si rinvia alle pregnanti riflessioni di A. SEN, *L'idea di giustizia*, Milano 2010.

<sup>9</sup> Sul punto, J.D. BARROW, *Is the world simple or complex?*, in E. MARIANI (a cura di), *Scienza e realtà, I quaderni dell'I.P.E.*, Napoli 1997, 35 ss.

<sup>10</sup> M. TALLACHINI in *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino 2004, 339 rileva: *“Le norme che regolano attività e prodotti della scienza, l'intervento giuridico che utilizza un background di conoscenze specialistiche, i concetti e le qualificazioni giuridiche la cui definizione dipende da nozioni scientifiche, sono ormai sparse in ogni branca dell'ordinamento”*.

In riferimento al rapporto tra diritto e scienze biologiche, per tutti, S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Trattato di biodiritto*, Milano 2010-2012.

<sup>11</sup> Un recente esempio di umanizzazione della scienza del diritto amministrativo è

## 2. Il rapporto del diritto amministrativo con le altre scienze e le originarie pretese di purezza della disciplina

Si è partiti da lontano. Cosa ha a che fare siffatto approccio con il diritto amministrativo?

Ebbene, una riflessione non pregiudizialmente orientata è in grado di dimostrare che i punti di contatto, d'interesse comune, possono essere molti.

Nel 1891, Vittorio Emanuele Orlando, nell'opera *Principi di diritto amministrativo*<sup>12</sup>, fissava quelli che sarebbero a lungo rimasti i confini del diritto amministrativo assegnando a quella disciplina, il compito di delineare “*il sistema di quei principi giuridici che regolano l'attività dello Stato pel raggiungimento dei suoi fini*”.

Aldo Sandulli, in un suo interessante saggio<sup>13</sup>, rileva che “*da questa frase breve, ma di grande rilievo contenutistico, si ricava l'intero corpo delle tesi orlandiane: lo sforzo del giurista non può disperdersi nell'inseguire nozioni, metodi e modelli propri di altre scienze (); né configurarsi quale mera attività interpretativa della legge*”.

Per colui che è considerato, probabilmente a giusta ragione, il fondatore della scienza del diritto amministrativo in Italia, fattore rilevante di questa è la sua dinamicità, la sua naturale propensione all'azione: da qui, l'attività è, per Vittorio Emanuele Orlando, l'oggetto precipuo dell'analisi del giurista. Ne deriva che nella prospettiva del giurista, il fattore organizzativo dell'amministrazione pubblica è relegato nell'alveo del metagiuridico o, meglio, del giuridicamente irrilevante dal momento che il rapporto tra mezzi e fini dell'amministrazione funge “*da bussola e, al contempo, da limite, per l'agire statale*”<sup>14</sup>.

Se tanto è a dirsi dell'organizzazione nel pensiero dell'illustre studioso, il rapporto del diritto amministrativo con le altre scienze, poi, a cominciare da quella ad esso più vicina ossia la scienza dell'amministrazione, è del tutto privo di rilevanza e comunque di interesse, in quanto diverso è il rispettivo ambito di riferimento<sup>15</sup>.

offerto dalla c.d. *nudge regulation*, riproposta da A. ZITO, nel suo libro *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Napoli 2021. Inoltre, G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2022, 11 ss.

<sup>12</sup> V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, II ediz., Firenze 1892, 11 s.

<sup>13</sup> A. SANDULLI, in *Vittorio Emanuele Orlando e il diritto amministrativo*, in *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2016, 3.

<sup>14</sup> A. SANDULLI, *op. loc. cit.*

<sup>15</sup> La difficoltà di rapporti tra scienze giuridiche e altre scienze non è naturalmente

Giuridiche, ma non solo, le motivazioni addotte al riguardo da Vittorio Emanuele Orlando. Di certo la sua posizione contribuisce in misura determinante a svalutare, almeno sino ad oltre la prima metà del Novecento, gli studi del diritto amministrativo in tema di organizzazione pubblica, privilegiando un approccio (in certa misura ancora oggi perdurante in parte della dottrina e della giurisprudenza) teso a considerare i due aspetti (organizzazione e funzione, appunto) come indipendenti l'uno dall'altro, privi di relazione e dunque di reciproca influenza.

Ma non è tutto qui: come si è fatto cenno, la prospettazione orlandiana non solo separa l'attività (ambito del giuridicamente rilevante) dall'organizzazione (giuridicamente irrilevante), ma rifiuta come estraneo agli studi e agli interessi del diritto amministrativo qualsiasi contesto "spurio" che ricomprenda, a titolo solo esemplificativo, l'analisi economica, quella scientifica, la sociologia, la statistica, la scienza aziendalistica e quanti altri approcci persino quelli che avevano connotato, in un passato allora recente, i percorsi della ricerca anche di autorevoli studiosi (Giovanni Manna<sup>16</sup> e Giovanni de Gioannis Giaquinto<sup>17</sup>, tra gli altri)<sup>18</sup>.

propria del solo diritto amministrativo, ancorché quest'ultimo costituisca oggetto precipuo del presente studio. Altre branche del diritto presentano nella loro storia e nelle rispettive dinamiche evolutive vicende per certi versi del tutto analoghe, comunque emblematiche. Si potrebbe richiamare, a titolo meramente esemplificativo, i complessi rapporti, da sempre ambivalenti, tra diritto costituzionale e scienza politica. Sul tema si segnala da ultimo T.E. FROSINI, *Diritto costituzionale e scienza politica: ovvero delle "convergenze parallele"*, in *Riv. AIC*, 2022, 1; P. BARILE, *La costituzione come norma giuridica, Profilo sistematico*, Firenze 1951; G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Bologna 1957; S. BARTOLE, *Sul diritto costituzionale e la scienza politica. Confronti, ipotesi e prospettive*, in *Il Politico* 1986, 6 ss., il quale richiama il noto dibattito sorto in Francia tra gli anni '50 e '60, tra le posizioni di G. Burdeau, J. Meynaud e J. Donedieu de Vabres, secondo il quale "il diritto è un'arte che comincia proprio nel punto in cui si fermano le scienze sociali". In termini di esigenza di trattazione squisitamente giuridica, senza concessioni alla scienza politica, M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir., Annali III*, Milano 2010, spec. 552 ss., che si contrappone così alla posizione di mediazione già proposta da L. ELIA, *Governo (forme di)* in *Enc. Dir. XIX*, Milano 1970, 640 ss.

<sup>16</sup> Di Giovanni Manna, giurista, politico ed economista, si richiama in particolare *Partizioni teoretiche del Diritto amministrativo ossia, Introduzione alla scienza ed alle leggi dell'amministrazione pubblica di Napoli*, Napoli 1860.

<sup>17</sup> G. DE GIOANNIS GIAQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze 1877.

<sup>18</sup> G. MIELE, in *Umanesimo giuridico*, in *Scritti giuridici*, Milano 1987 (ediz. origin. 1945), II, 452, ricorda che il metodo giuridico aveva nell'opera dei suoi iniziatori tutt'altro significato da quelle degenerazioni che pretesero di fare del giurista un esteta del diritto. "Affermando l'indirizzo giuridico, si mirò a porre in rilievo l'autonomia della scienza del diritto rispetto ad altre discipline, l'esistenza di propri principi in seno essa, il modo tutto affatto peculiare con cui la scienza giuridica studia ed analizza il fenomeno giuridico, ma non si pretese di staccarla dall'albero delle varie manifestazioni dello spirito umano, in

L'affermazione della esigenza di "purezza" del diritto amministrativo<sup>19</sup>, espunto da qualsiasi possibile quanto indebita contaminazione, non poteva tuttavia fondarsi, nel pensiero del grande giurista, solo su teoriche affermazioni di principio che avrebbero potuto confondere la sua posizione con una presa di posizione pregiudiziale. Quella impostazione, infatti, poggiava le proprie fondamenta su solide basi dogmatiche e sistematiche per lo più adoperate al fine di affrancare il nuovo sistema amministrativo da quelle che erano ritenute possibili tentazioni di "nuovismo". Tali esigenze spinsero infatti Vittorio Emanuele Orlando ad arroccare la (nuova) branca del diritto nel perimetro dei principi fondamentali tratti dai tradizionali e ben arati campi del diritto romano e del diritto privato che, sottoposti ad un accorto processo di adattamento all'inedito contesto, avrebbero potuto costituire solidi punti di riferimento.

Invero la chiusura del diritto amministrativo alle altre discipline fondava anche su un ulteriore fattore. Essa si basava pure sul pregiudizio (invero per certi versi condivisibile) che la scienza dell'amministrazione, sulla scorta dell'esperienza già maturata in Francia, avrebbe potuto condurre ad una deriva esegetica del diritto amministrativo quale "*luogo di commento di legislazioni positive*": una concezione, invero, molto distante da quella orlandiana, notoriamente propensa a riconoscere al nuovo diritto la configurazione di un apparato di principi squisitamente giuridici, regolanti l'attività dello Stato: principi più che leggi, appunto, *νομος* più che *lex*<sup>20</sup>, finalizzazione del sistema alla legalità (del diritto) prima ancora che alla legittimità<sup>21</sup>.

*cui anch'essa si inserisce durevolmente e da cui trae perenne alimento. Distinzione sì, non separazione*".

<sup>19</sup> G. Miele, op. cit., 451, ricordava: "Da molti il metodo giuridico è stato scambiato (...) per questa indifferenza non solo ad ogni valutazione morale, ma anche politica, economica, sociologica, e via dicendo. Il giurista non deve turbare la purezza della sua indagine con elementi di natura estranea, appartenenti alla sfera del pre o dell'agiuridico; non ha da preoccuparsi delle premesse, del contenuto e delle conseguenze sostanziali del fenomeno giuridico, cose tutte che sono di dominio di altre discipline o attengono ad altro ordine di considerazioni. Si interpreti il fenomeno giuridico secondo la struttura che gli è stata impressa dal legislatore: in ciò consiste e si esaurisce la funzione del giurista".

<sup>20</sup> Sul tema si rinvia al bel volume *Nomos – Lex*, Atti del XV Colloquio internazionale 4-6 giugno 2016, a cura di C. Buccolini e A. Lamarra, Roma-Firenze 2019, in particolare agli scritti ivi contenuti di N. IRTI, *Nomos e lex*, 327 ss. e S. SCHIPANI, *Nomos e lex e il loro rapporto con il ius*, 95 ss.

<sup>21</sup> Sul punto, C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna 1972, 211 ss., nonché H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di C. Schmitt* (curatore R. Miccù), Napoli 1999. Inoltre, cfr. F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli 1989, 19 ss.

Occorre invero riconoscere che taluni approcci critici alla posizione orlandiana risultano invero privi di adeguato senso della storia in quanto quella impostazione, benché connotata da condizioni di sostanziale presuntuosa impermeabilità della disciplina, contribuì in misura determinante a porre più solide fondamenta ad un diritto, quello amministrativo, nato ancora troppo fragile e peraltro privo di (reale) garanzia di giustiziabilità. E anche quando questa fu prevista nel 1889, tra dubbi e incertezze<sup>22</sup>, quel diritto rimaneva preda di opposti rischi: da un lato, la sua possibile fagocitazione da parte del diritto civile e del suo processo; dall'altro, il perdurante rischio del sostanziale svilimento di quella stessa giustiziabilità appena conseguita, sulla scorta di perduranti tendenze al degrado della sindacabilità dell'esercizio del potere pubblico (si trattava comunque di decisioni, non già di sentenze).

In quel coacervo di complesse condizioni di affermazione del nuovo sistema appare comprensibile come avesse finito col prevalere l'ansia di garantire l'autonomia del diritto amministrativo, le sue speciali condizioni di esercizio, le sue peculiari esigenze di tutela, così dando vita ad un processo tra "pari in condizioni impari", in un contesto ordinamentale peraltro connotato dall'esercizio di un'azione amministrativa tutto sommato limitata nei suoi campi di azione, per lo più impegnata – come era – a garantire la capacità dello Stato di battere moneta, imporre tributi, mantenere l'ordine nei suoi (ancora recenti) confini e approntare una difesa adeguata verso possibili nemici esterni: poco altro.

Sotto altro profilo, la proprietà privata permaneva "sacra e inviolabile", secondo la nota definizione contenuta nello Statuto Albertino, al punto che la sua soppressione o anche solo la sua limitazione dava vita, per i titolari del diritto ablati, a forme di tutela procedimentale a fondamento normativo che soltanto dopo ben oltre un secolo avrebbero trovato legittimazione generalizzata ai diversi contesti di esercizio dell'azione amministrativa. L'interesse pubblico, poi, monolitico, coincideva con l'interesse dello Stato, suo detentore esclusivo; il rapporto politica-amministrazione era inesorabilmente risolto a favore della prima<sup>23</sup>; la

<sup>22</sup> Sulla complessa storia della nascita della giustizia amministrativa in Italia e le sue ragioni, tra gli altri, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1976; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino 2017; F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino 2020.

<sup>23</sup> Sul tema, il ben noto *Discorso* pronunciato da S. Spaventa all'Associazione costituzionale di Bergamo, il 7 maggio 1880, intitolato *Giustizia nell'amministrazione*. Da ultimo, sul tema, G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Scritti per Franco G. Scoca*, IV, Napoli 2021, 3697 ss.

legge disponeva ineludibili e ben definite gerarchie tra i pochi interessi pubblici giuridicamente rilevanti<sup>24</sup>; la tecnica era ben lungi dall'assumere un (qualsiasi) ruolo nell'amministrazione<sup>25</sup>; molte libertà erano ancora lontane dall'essere riconosciute<sup>26</sup>; le autonomie territoriali non avevano rilevanza, nei limiti in cui erano riconosciute dall'ordinamento generale<sup>27</sup>.

A fronte di tale quadro complessivo di riferimento, quale ragione avrebbe potuto indurre ad "aprire" il giovane diritto amministrativo ad influssi di altre discipline, magari anche non giuridiche? E quale ragione avrebbe mai potuto porre all'attenzione il delicato problema del raccordo tra profili organizzativi e profili funzionali del sistema amministrativo laddove l'esercizio del potere, a prescindere dall'organo che lo esercitasse, si manifestava comunque quale potere imperativo, autoritativo, unilaterale? Probabilmente, nessuna. Il diritto amministrativo aveva da fondare e consolidare i propri istituti, da prendere coscienza della mutevolezza (in senso ampliativo) dei suoi campi di azione, da individuare i principi del suo agire e soprattutto da "comprendere" meglio portata e limiti di quella situazione giuridica soggettiva (originariamente denominata "altri interessi") che andava a misurarsi con quel superiore interesse pubblico primario, indicato dalla norma di legge, tanto più trattandosi di una situazione alla quale veniva per lo più riconosciuta natura di tipo processuale, sostanzialmente accomunata all'interesse ad agire<sup>28</sup>.

### 3. *L'azione amministrativa e la gamma degli interessi giuridicamente rilevanti: il ruolo del principio di buon andamento*

A monte del quadro appena tracciato si poneva un ulteriore profilo problematico, forse il nodo fra i nodi: l'opzione in ordine al modello di riferimento atto a esprimere il rapporto Stato-cittadino secondo le logiche tradizionali del contratto (dando così vita alle ben note tesi del contratto a formazione progressiva o del contratto pubblico), o secondo modelli

<sup>24</sup> M.R. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti*, Napoli 1996.

<sup>25</sup> D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995. C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica tra procedimento e processo amministrativo*, Napoli 2009.

<sup>26</sup> S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Roma 2011.

<sup>27</sup> M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli 1995.

<sup>28</sup> F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 25 ss.

diversi dei quali si cominciava a percepire l'esigenza o l'opportunità senza che comunque se ne potesse già tracciare la definizione.

L'ampliamento della gamma degli interessi gradualmente accolti dalla legge nel novero di quelli pubblici, e quindi qualificabili giuridicamente rilevanti, cominciò a dar vita ad un fenomeno che, a partire dai primi decenni del secolo scorso e sospinto dalla crescita dell'intervento della pubblica amministrazione nei servizi pubblici grazie soprattutto all'azione degli enti locali comunali<sup>29</sup>, vide espandersi anche l'ampliamento dei contatti fra diritto amministrativo e ambiti diversi, anche metagiuridici, dapprima ad esso del tutto estranei; contesti inediti nei quali peraltro si sarebbe nel tempo non solo prospettato l'incremento delle occasioni di contrapposizione tra interessi pubblici e interessi privati, ma ove si sarebbero moltiplicate anche le occasioni e le ragioni di scontro persino tra soli interessi pubblici<sup>30</sup>.

Invero, sin dai primordi del '900, nuove, incerte formule organizzative avevano cominciato a delinearsi nel panorama della organizzazione pubblica locale laddove alle esigenze di forte crescita della richiesta di fornitura di servizi da parte dei cittadini, si continuava per lo più a rispondere con modelli sostanzialmente improntati ai canoni tipici dell'esercizio dell'azione autoritativa.

Il periodo fascista, con la completa centralizzazione dell'intervento pubblico e la soppressione delle autonomie locali, costituì una parentesi<sup>31</sup> nella quale si diede vita ad una gran mole di interventi pubblici in nuovi comparti, in ambiti di attività a forte connotazione imprenditoriale (la fondazione dell'IRI nel 1933 ne è esempio emblematico) ancorché il potere amministrativo tendesse a permanere comunque potere autoritativo (e monopolista), ora incline alla conquista di nuovi e più ampi spazi nell'economia, negli apparati della produzione industriale, nei servizi e anche in contesti a natura sociale. Il diritto amministrativo, insomma, continuava ad esprimere un potere unilaterale, poco permeabile a quelle che continuavano per lo più ad essere ritenute indebite forme di sindacato giurisdizionale<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> G. PALMA, *Economia pubblica e programmazione*, Napoli 1980.

<sup>30</sup> M.R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato sull'eccesso di potere*, in *Dir. Proc. Amm.* 2020, 209 ss.; M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Riv. Dir. Proc. Amm.* 2019, 344 ss.

<sup>31</sup> Sul tema, V. ZAMAGNI, *Lo Stato italiano e l'economia. Storia dell'intervento pubblico dall'unificazione ai giorni nostri*, Milano 1981.

<sup>32</sup> F. MERUSI, E. FREDIANI, *La giustizia amministrativa nel ventennio fascista*, in *Riv. Amministrare*, 2018, 3, 355 ss.



L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana con i suoi (contraddittori<sup>33</sup>) principi in tema di amministrazione pubblica poteva costituire l'opportunità per l'apertura di innovativi spazi di dialogo tra il diritto amministrativo e gli altri ambiti del sapere, opportunità tanto più sollecitata dall'ampliamento persino a dismisura dell'intervento pubblico in molteplici settori di attività, con la contestuale crescita di rilevanza di fattori di tipo economico e non solo nell'ambito soprattutto dell'azione delle pubbliche amministrazioni centrali: nel 1953 veniva fondato l'ENI, nel 1962 l'EFIM. Eppure, persino in presenza di fenomeni di evidente portata, tanto non accadde, o almeno tardò molto ad avvenire.

La formula costituzionale del "buon andamento"<sup>34</sup> impiegò molto a sortire quegli effetti che in seguito avrebbe prodotto, e il suo stretto rapporto con il principio di imparzialità, da un lato, e l'ampia quanto indefinita portata della sua stessa definizione (buon andamento, appunto), dall'altro, lasciarono l'art. 97<sup>35</sup> relegato non solo nell'alveo delle norme programmatiche, ma anche nel contesto del metagiuridico, nel perdurante, sostanziale silenzio di dottrina<sup>36</sup> e giurisprudenza<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Scritti giuridici*, III, Milano 1996, 1845 ss. In tema di rapporto tra amministrazione e Costituzione, G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano 1977; S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna 1983; G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in AA.VV. *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Milano 1995, 15 ss.; ivi, G. CORSO, *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, 26 ss. Di più recente N. LONGOBARDI, *La posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica e la Costituzione*, in *Ammin.ne in Cammino* 2017, 1 ss., con ampi richiami bibliografici.

<sup>34</sup> Sul principio, A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione*, Padova 1979; S. STAMMATI, *Il buon andamento dell'amministrazione: una rilettura e principi per un ripensamento*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano 1988, 794; A. SATTA, *Il principio di buon andamento della p.a. nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e Soc.* 1988, 53 ss.

<sup>35</sup> Secondo K.R. POPPER, *op. cit.*, 601, "le nostre burocrazie sono antidemocratiche (almeno per come io intendo il senso della parola). Nel loro interno ci sono innumerevoli dittatori tascabili occidentali che praticamente non vengono mai richiamati alla loro responsabilità per le loro azioni e omissioni".

<sup>36</sup> Sulle ragioni, P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della P.A.*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, Padova 1958, IV, 136; N. SPERANZA, *Il principio di buon andamento – imparzialità nell'art. 97 Cost.*, in *Foro Amm.*, 1972, II, 86. Una ricostruzione della evoluzione storico-giuridica del principio di buon andamento soprattutto sotto il profilo organizzativo è in M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale – Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli 1995, in particolare 223 ss.; inoltre, dello stesso A., *Il principio di buon andamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano 2020, 63ss.

<sup>37</sup> La Corte Costituzionale ha tradizionalmente mostrato disagio ad esercitare il proprio sindacato sotto il profilo del buon andamento, preferendo piuttosto trincerar-

La prima ritenne infatti che l'organizzazione pubblica costituisse “oggetto di descrizioni morfologiche, non di conoscenza teorica”; e che quella materia non potesse “interessare la scienza del diritto, non producendo le norme ad essa relative situazioni giuridiche soggettive o intersoggettive”<sup>38</sup>.

Soltanto elaborazioni di gran lunga più recenti sarebbero approdate ad una concezione capace di considerare rilevante sotto il profilo giuridico l'aspetto organizzativo dei pubblici uffici<sup>39</sup>, valorizzando la necessaria correlazione tra momento strutturale e momento funzionale dell'azione pubblica: come a dire, finalmente, che un'azione efficace, tempestiva, proporzionata, non può che costituire il prodotto di un'organizzazione ispirata, sin dal suo stesso profilo organizzativo, a quei medesimi criteri.

Invero, un'analisi non preconcepita del testo costituzionale avrebbe potuto agevolmente consentire di rilevare come il Costituente avesse palesato il riconoscimento di un innegabile nesso di connessione tra assetto organizzativo ed esercizio dell'azione sancendo nel testo del 1° comma dell'art. 97, sia pure nell'essenzialità degli assunti destinati ai diversi modelli di amministrazione pubblica, che imparzialità e buon andamento dovessero considerarsi i termini di un'unica proporzione tesa a concepire un “modo” di organizzare gli uffici pubblici, in una prospettiva tendente a valorizzare una concezione bi-dimensionale del principio, vale a dire quale strumento razionale di organizzazione e di esercizio dell'azione amministrativa.

Consapevoli di tanto, in sede di Assemblea costituente non erano mancate voci che avevano sollevato l'inopportunità della trasfusione del principio di buona amministrazione in un'apposita disposizione, ma aveva finito col prevalere quell'orientamento, ben sintetizzato da Guido Falzone nel 1953, secondo cui l'azione pubblica avrebbe dovuto essere utile alla comunità “non per essere un atto di amministrazione, ma per essere un

si dietro l'esigenza di tutela del rispetto del potere discrezionale del legislatore. In una prospettiva coincidente con la posizione per così dire defilata della Consulta, il Consiglio di Stato ha continuato a definire, ancora nel 1980, il principio di buon andamento quale “canone proprio dell'ordinamento particolare dell'amministrazione e non regola dell'ordinamento generale”.

<sup>38</sup> In termini, C. DE SETA, *Principi giurisprudenziali in tema di buon andamento*, in *Riv. Ammin. e Contab.* 1985, 27; G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona 1993, 268 ss. In giurisprudenza, Corte Cost. 3 marzo 1959, n. 9, in *Giur. Cost.* 1959, 237. Cons. Stato, Sez. IV, 16 maggio 1980, n. 504, in *Giur. It.* 1981, III, 21. M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1958, 236.

<sup>39</sup> R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna 1998, I, 397ss.

atto di buona amministrazione quale il diritto lo vuole”<sup>40</sup>, così assegnando una sorta di cogenza giuridica, e anche etica, a quello stesso dovere.

La giuridicità delle norme costituzionali, peraltro, va colta in una visione più ampia rispetto a quella delle altre norme legislative che contengono il medesimo principio in quanto “*laddove il loro contenuto è attributivo di una rilevanza o determinativo di un principio o di una decisione, la giuridicità si risolve in un dover essere (...) che implica un valore precettivo, sia come azione o come limite, per la condotta degli individui*”<sup>41</sup>.

Nonostante ciò, la dottrina continuò a prospettare elaborazioni diversificate e frammentarie, in ogni caso con trattazioni che giammai rinunziavano a ricondurre il principio di buon andamento nell'alveo del metagiuridico (oppure ad assegnare ad esso una rilevanza limitata all'organizzazione del pubblico impiego, quasi che l'art. 97 Cost. fosse destinato ad esaurire in quell'ambito la propria efficacia).

A partire dagli anni '70, nella giurisprudenza amministrativa (soprattutto a seguito della dirompente novità della istituzione dei tribunali amministrativi regionali) cominciò ad emergere la graduale, crescente consapevolezza della circostanza che la norma costituzionale in questione quanto meno imponesse al legislatore di realizzare un'organizzazione degli uffici tale da garantire, tra l'altro, l'effettiva tutela della “*superiore esigenza*” del buon andamento<sup>42</sup>.

Nel contesto giudiziario amministrativo si cominciò, in altri termini, a rilevare per la prima volta che se è indiscutibile che il legislatore goda di un'ampia discrezionalità, anzi di libero apprezzamento in ordine alle scelte concernenti il giusto assetto strutturale e organizzativo dei pubblici uffici, tuttavia la portata del buon andamento non si sottrae ontologicamente ai principi di logicità, non arbitrarietà, ragionevolezza e adeguatezza, parametri sostanziali alla stregua dei quali valutare la rispondenza effettiva dei modelli legislativamente sanciti ai canoni imposti proprio dal principio di buon andamento. In questa linea una menzione decisamente particolare merita la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di

<sup>40</sup> G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano 1953.

<sup>41</sup> A. AMORTH, *Il contenuto giuridico della Costituzione*, (1946), Bologna 1981.

<sup>42</sup> Invero l'orientamento del giudice amministrativo non era certo privo di contraddizioni e incertezze. Come già rilevato, P. CALANDRA, nello studio *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano 1987, I, 158, rilevava che il Consiglio di Stato tendeva ancora a definire il principio di buon andamento come “*canone proprio dell'ordinamento particolare dell'amministrazione e non regola dell'ordinamento generale*”.

Stato n. 2 del 1972<sup>43</sup>, con la quale fu per la prima volta opportunamente rilevato che ove fosse “*legislativamente posto un sistema organizzativo che renda possibile, anche solo in astratto, di non onorare i principi del buon andamento e della imparzialità, le norme del sistema stesso non possono essere ritenute costituzionalmente legittime*”.

La (storica) sentenza, pur sottraendosi all’onere – peraltro non agevole – di affrontare e definire il possibile contenuto del principio di buon andamento, coglieva in qualche misura la rilevanza giuridica dell’organizzazione in una dimensione non più meramente statica, bensì relazionale.

Quella pronuncia, tuttavia, non ebbe la fortuna che avrebbe meritato: la giurisprudenza seguente, infatti, non colse l’occasione per andare oltre e, sebbene tra oscillazioni e ripensamenti, ben presto si rese addirittura propensa a ricondurre il contenuto del principio di buon andamento in altri ambiti, prevalentemente nell’alveo della individuazione del corretto rapporto tra livelli di governo o in quello tra scelte legislative ed attività amministrativa<sup>44</sup>.

Gli approdi inediti giurisprudenziali non erano casuali. Anche la dottrina che nel corso degli anni ‘70 si occupò di approfondire lo studio del buon andamento, infatti, finì con l’approdare al raccordo tra livelli di governo.

Tra gli studi di maggiore spessore al riguardo, le opere di Sepe (1975)<sup>45</sup> e di Andreani (1979)<sup>46</sup>. Entrambi gli studiosi concepivano il principio di buon andamento quale espressione della fondamentale funzione di indirizzo governativo, ossia di coordinamento dei differenti poteri pubblici e dei diversi livelli di governo.

A quegli Autori va di certo ascritto il merito di aver contribuito a fare giustizia degli orientamenti espressi da quanti avevano in precedenza negato qualsiasi rilevanza giuridica al principio in esame, ma anche quello di aver proiettato il buon andamento in una dimensione contestualmente unitaria e relazionale dell’ordinamento.

Invero, già nel 1968, la teoria della c.d. *procedimentalizzazione del*

<sup>43</sup> Sentenza dell’Ad. Plen. Cons. Stato, 22 febbraio 1972, n. 2, in *Riv. Cons. Stato* 1972, I, 77.

<sup>44</sup> M.R. SPASIANO, *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto Amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli 2006, 163 ss.

<sup>45</sup> O. SEPE, *L’efficienza nell’azione amministrativa*, Milano 1975.

<sup>46</sup> A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova 1979.

*buon andamento*, proposta da Giorgio Berti<sup>47</sup>, aveva gettato i semi del successivo sviluppo del pensiero appena richiamato. Ma nelle pagine del giurista, quella nozione relazionale di buon andamento rispondeva ancora a regole di carattere formalistico, come se il raccordo tra enti titolari di potestà pubbliche rinvenisse soddisfazione solo perché disciplinato nell'ambito di una sequenza, appunto, procedimentale.

Invece, alla luce dell'esperienza maturata negli anni successivi alla istituzione di veri e propri strumenti di coordinamento intersoggettivo, appare evidente come il contenuto del principio di buon andamento non esaurisse la propria valenza nella formale presa in considerazione del maggior numero di interessi pubblici e privati possibili, costituendo piuttosto un "*precepto funzionale a contenuto sostanziale*"<sup>48</sup> (Andreani), volto al conseguimento di pratici risultati di raccordo tra enti istituzionali. In altri termini, il buon andamento, per la rilevanza organizzatoria che riveste, veniva configurato quale principio giuridico sostanziale, espressione tipica di "*efficienza pubblica*". D'altra parte, al buon andamento in senso relazionale (ed agli istituti che di esso ne costituiscono strumenti di concreta applicazione) l'ordinamento ha nel tempo riconosciuto molteplicità di contenuti e finalità: talvolta, enfatizzandone la rispondenza a criteri di economicità (rispondenza a parametri di minor costo o di semplificazione dell'azione amministrativa); talaltra, esaltandone i profili di efficacia ed efficienza (perseguimento di più elevati standard qualitativi delle prestazioni); altre volte ancora, mettendone in evidenza le finalità di tipo garantistico (soddisfazione delle attese espresse dalle diverse comunità e coordinamento fra i relativi interessi).

Proprio quest'ultimo profilo ha assunto nel tempo particolare rilevanza, assurgendo a misura di riferimento del grado di approvazione democratica dell'attività amministrativa posta in essere dai diversi livelli di governo, in una prospettiva che, come fu rilevato dalla Corte Costituzionale nella ben nota decisione 4 dicembre 1968, n. 123<sup>49</sup>, ergeva il buon andamento, a "*cardine della vita amministrativa e quindi condizione dello svolgimento della vita sociale*".

Nonostante il graduale riconoscimento della natura giuridica e via via precettiva del principio buon andamento e nonostante l'ampiezza dei suoi possibili contenuti anche a carattere metagiuridico, il diritto ammi-

<sup>47</sup> G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968.

<sup>48</sup> A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, cit.

<sup>49</sup> Corte Cost., ordin. 4 dicembre 1968, n. 123, in *www.cortecostituzionale.it*.

nistrativo continuava a tenersi ancora lontano da evidentemente ancora “possibili contaminazioni” di altre discipline, pur presentandosi esso quale terreno fecondo di incontro e commisurazione di saperi e di applicazioni volte a garantire una buona amministrazione.

4. *L'irruzione della tecnica nell'amministrazione e il complesso rapporto con il diritto amministrativo: le difficoltà di un dialogo*

A partire dalla entrata in vigore della Costituzione, ma in misura crescente, esponenziale, a partire dagli anni '80 dello scorso secolo, un fenomeno inedito cominciò ad assumere un ruolo centrale, persino decisivo, nella considerazione dell'amministrazione e della sua attività: la tecnica. Tale fattore avrebbe gradualmente pervaso di contenuti assolutamente originali disposizioni normative di rango sia legislativo che amministrativo. Un fenomeno necessitato, conseguenza diretta dello sviluppo scientifico e tecnologico, da un lato, e delle inedite esigenze sociali ed economiche connesse ai nuovi bisogni emergenti nella società (dei consumi), dall'altro.

Di conseguenza, accanto al processo di proliferazione di interessi pubblici, conseguenza dell'ampliamento dell'azione pubblica e anche della crescita del numero dei soggetti istituzionali ad essa preposti, è andata implementandosi (talora davvero a dismisura) la produzione di atti pubblici con contenuti costituenti patrimonio di saperi metagiuridici, di conoscenze connotate dalla forte capacità di condizionamento delle determinazioni amministrative, in grado persino di determinare il recedere di queste da strumenti decisionali a mezzi di mera trasposizione giuridica di risultanze squisitamente tecnico-scientifiche vincolanti l'intero esercizio della filiera funzionale dell'attività, con compressione o persino soppressione di qualsiasi spazio di discrezionalità<sup>50</sup>.

Il fattore tecnico si è in tal modo “tradotto” in disposti normativi o precetti amministrativi o ha integrato questi ultimi<sup>51</sup> rinchiudendo la determinazione pubblica in ambiti via via più ristretti sino a piegarla ai suoi *diktat*, relegandola a strumento di produzione di tecno-prescrizioni. Ma

<sup>50</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano 1970, 487 rilevava che la discrezionalità tecnica non ha nulla a che fare con la discrezionalità amministrativa, così chiamata solo per un errore storico della dottrina: essa si riferisce ad un momento conoscitivo ed implica solo giudizio, senza volontà.

<sup>51</sup> D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995.

vi è di più: talvolta, infatti, la medesima disposizione normativa, di rango primario o secondario, si è limitata a disporre, mediante rinvii dinamici, a risultanze tecnico-scientifiche già acquisite o persino ancora da acquisire, sì da legittimare future integrazioni o anche modifiche normative etero-indotte in assenza di qualsiasi filtro valutativo del normatore; il tutto mediante delega di competenze a soggetti per lo più non appartenenti a quel circuito di legittimazione democratica che connota l'azione amministrativa<sup>52</sup>.

Il funzionario amministrativo, tendenzialmente munito di competenza esclusivamente giuridica, a fronte del dilagare delle mutanti soluzioni tecnico-scientifiche, percepisce la propria inadeguatezza professionale e vede crescere il proprio senso di smarrimento nel prendere atto di mutamenti che lo sovrastano, ne prescindono, paralizzato fra il terrore del rischio di assunzione di responsabilità per cause a lui persino talora incomprendibili<sup>53</sup> e la paura di una altrettanto colpevole inerzia.

Come si è rilevato, la determinazione amministrativa a contenuto tecnico, per sua natura, rifugge da fattori valoriali (persino a carattere comparativo); e tantomeno costituisce il percepibile precipitato di ponderazioni fra interessi pubblici e privati. L'unica ponderazione che è dato individuare in quei contesti si colloca semmai a monte della determinazione, in sede politica o persino tecnica (si pensi ai responsi dei comitati tecnici di vario genere, tanto in auge in tempi di pandemia<sup>54</sup>) ove le valutazioni si colorano non di rado di argomentazioni che, lungi dall'assumere il livello di certezza, presentano carattere poco più che probabilistico

<sup>52</sup> C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli 2008, 113 ss., 139 ss.

<sup>53</sup> G.D. COMPORI, *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per Franco G. Scoca*, Napoli 2021, II, 1101 ss.

<sup>54</sup> Cosa sia un organo a competenza scientifica o tecnica non è dato distinguere con esattezza. Di certo il reperimento, nel suo novero, della presenza di conoscenze qualificate esprime una concezione condivisibile in senso astratto, ma cosa distingue l'espressione di semplici conoscenze di natura tecnica o scientifica da quella di pareri tecnico-scientifici fondati che in quanto tali possano costituire il fondamento di vere e proprie determinazioni è cosa ancora di incerta collocazione. Il problema non è di poco conto: proprio la realtà pandemica ha reso evidente come accanto alla istituzione di organismi tecnico-scientifici di indiscutibile competenza, si siano affiancati, a volte su iniziativa di regioni o di enti locali, organismi al pari qualificati, pronti ad esprimere pareri (invero) di incerta validità sui quali alcuni di quegli stessi enti hanno talvolta dato vita all'assunzione di decisioni in opposizione a quelle degli organi statali. Sul punto sarebbe importante un intervento legislativo chiarificatore.

o statistico<sup>55</sup>, per poi dare vita, mediante l'applicazione di logaritmi dalle oscure logiche, all'assunzione di (non sempre comprensibili) determinazioni<sup>56</sup>.

Insomma, la misura al termine adottata costituirà il frutto di un giudizio al quale si è pervenuti in applicazione di un metodo scientifico o para-scientifico: comunque una condizione attinente, per dirla con Cammeo, “*più alla ragione che ad un potere*”<sup>57</sup>.

In tale contesto, viene allora da chiedersi cosa accada delle “conquiste” alle quali è faticosamente pervenuto negli ultimi decenni l'ordinamento amministrativo in termini di accresciuta trasparenza<sup>58</sup> e partecipazione procedimentale o anche a cosa sia ancora destinato il lavoro di valutazione, comparazione e sintesi fra interessi pubblici e privati.

<sup>55</sup> C'è di certo da intendersi sul termine “valutazione scientifica”. Non si può oggettivamente pretendere che essa coincida con il grado di certezza assoluta, con la verità (assoluta). È fin troppo evidente che qualsiasi scienza è passibile di evoluzione e che il conseguimento di nuove conoscenze è in grado di dimostrare l'erroneità di precedenti assiomi. Scientifico è dunque aggettivazione da potersi attribuire ad una valutazione che risulti onestamente e legittimamente rispondente alle logiche derivanti dalle ultime conoscenze cui sia pervenuta, appunto, la scienza. Possono tutte le c.d. scienze essere definite tali? La consapevolezza della limitatezza delle conoscenze personali sul tema mi induce a lasciare la risposta agli studiosi di epistemologia.

<sup>56</sup> E. PAPACCIO, nel suo interessante, recente lavoro *Valutazioni tecniche, legalità di risultato e semplificazione* (in corso di stampa sulla Riv. Nuove Autonomie, 2022) rileva che “*l'espansione dell'ambito della conoscenza scientifica non ha comportato l'aumento delle certezze, anzi il campo tecnico è attualmente dominato dall'aspetto della complessità, sia dal lato della produzione normativa, sia dal lato degli assetti amministrativi. Le norme sono sempre più formulate mediante principi o clausole indeterminate, e spesso rimandano a produzioni normative secondarie affidate a comunità esperte (giudiziarie, artistiche, mediche, tecniche, o economiche) che concorrono al loro completamento con atti ulteriori in cerca di un assetto finale basato su opinioni giustificate e ritenute affidabili*”. Il richiamo alla tecnica sembra rendere la norma più affidabile, più trasparente, più verificabile: ma così non è. In ogni caso l'incertezza della tecnica o delle conclusioni scientifiche non può andare a detrimento della certezza della decisione amministrativa che continua a vedersi riservato il potere-dovere della ponderazione degli interessi e della scelta finale, con relativa assunzione della responsabilità.

<sup>57</sup> F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1914, *passim*, in particolare 195 ss.

<sup>58</sup> Sul tema della trasparenza si è scritto tanto da parte di illustri studiosi. Al riguardo si rinvia all'ancora valida e interessante raccolta degli *Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, Milano 1989, nonché a M.P. CHITI, G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli 2006. Per la particolare accezione di trasparenza quale strumento di “comprensione del potere”, si rinvia a R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* 1989, 416 ss., nonché a F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *Scritti in memoria di R. Marrama*, Napoli 2012.



Va da sé che le rilevate condizioni hanno generato profondo disagio anche nella giurisprudenza<sup>59</sup>. Almeno fino agli anni '70 dello scorso secolo, come rilevato in dottrina<sup>60</sup>, la ritrosia del giudice amministrativo a sindacare la discrezionalità tecnica<sup>61</sup> era pressoché assoluta e ciò innanzitutto per un fattore di carattere ideologico: quel tipo di discrezionalità, equiparata al merito amministrativo, era qualificata patrimonio esclusivo dell'amministrazione, in quanto tale preclusa al giudice. D'altronde, il processo di cui disponeva il giudice amministrativo aveva armi istruttorie piuttosto spuntate, soprattutto inadeguate ad accedere al fatto: come si poteva pensare di sindacare la tecnica in quelle condizioni?<sup>62</sup> In un processo costruito sostanzialmente sull'impugnazione dell'atto, l'interferenza della tecnica sul diritto, la sua incidenza sulla decisione finale non poteva che tradursi in una necessaria preclusione alla cognizione del giudice.

Molti anni sono dovuti trascorrere in quella condizione mentre la tecnica continuava a pervadere ambiti di amministrazione via via più ampi e articolati.

La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 24 novembre 1989, n. 16 contribuì a determinare una prima significativa svolta nel (lento) processo di abbattimento del muro della insindacabilità della discrezionalità tecnica. Quella inedita operazione veniva condotta nell'unico modo allora possibile, ossia raffrontando discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa, ritenute diverse *“solo con riferimento all'oggetto, in quanto la prima attiene ad una potestà esercitata in conformità ad una scelta tecnica (ritenendo tale secondo l'uso corrente qualsiasi giudizio espresso sulla base di una conoscenza specialistica ad eccezione delle scienze giuridiche e dell'amministrazione) mentre la seconda attiene ad una potestà esercitata in conformità ad una scelta di pura opportunità (e cioè formulata esclusivamente in base a canoni della scienza dell'amministrazione)”*.

<sup>59</sup> Per uno sguardo al rapporto tra giurisprudenza costituzionale e tecnica, si rinvia a E. MALFATTI, G. RAGONE, *Eine empirische wende? La Corte Costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino 2020.

<sup>60</sup> E. PAPACCIO, *op. cit.*

<sup>61</sup> Sul tema della discrezionalità tecnica, si segnala la posizione di M. IMMORDINO, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*, Padova 1991, *passim*, per molti versi antesignana di talune posizioni assunte solo anni dopo in dottrina.

<sup>62</sup> M.S. GIANNINI, nel suo noto *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1964, 248 rilevava che in quella fase di carenza di mezzi conoscitivi ed istruttori, il giudice amministrativo è come *“un essere con grandi orecchie ma senza occhi, senza mani”*, capace cioè di percepire l'illegittimità anche nell'apprezzamento di questioni tecniche, ma privo di strumenti idonei a prestare consequenziale tutela effettiva alle situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

Da qui emergeva che nessuna differenza tra i due tipi di discrezionalità potesse individuarsi quanto ai poteri del giudice amministrativo. *“Questi non può sindacare né il merito della scelta tecnica, né il merito di quella di pura opportunità; ma può ben sindacare entrambe sotto il profilo della intrinseca logicità e della loro formale corrispondenza rispetto al fine concreto che l'amministrazione intende perseguire”*<sup>63</sup>.

Alla, per certi versi, “rivoluzionaria” pronuncia dell'Adunanza Plenaria si allineò da quel momento la giurisprudenza del giudice amministrativo cominciando ad affermare, finalmente, la sindacabilità della discrezionalità tecnica almeno *ab extrinseco*. Le specifiche di ordine tecnico sono passibili di sindacato soltanto in termini di controllo sui limiti esterni delle stesse, senza possibilità alcuna di esprimere giudizi né di valore né di attendibilità in ordine alla specifica opzione prescelta, giudizi entrambi non appartenenti al mondo della legittimità.

La pervasività sempre più estesa di saperi tecnici nell'ambito dell'attività amministrativa cominciò tuttavia a far prendere coscienza di come proprio la componente tecnica della valutazione rappresentasse nel concreto, un elemento limitativo della discrezionalità, persino laddove legislativamente sancita in astratto. Il sindacato meramente esterno mostrava i propri limiti in termini di insoddisfazione a fronte delle esigenze di controllo sull'azione dei pubblici poteri.

Come uscire, allora, dal dilemma senza avere gli strumenti per penetrare nel fatto processuale<sup>64</sup>? Come entrare nel fatto con un quadro normativo invariato in termini di mezzi processuali a disposizione del giudice amministrativo? Il processo, quel processo, evidentemente non calzava agli inediti scenari.

Eppure, proprio quella consapevolezza che avrebbe potuto determinare una sorta di resa, avrebbe indotto invece alla presa d'atto, anche in mancanza di riforme legislative processuali, della necessità di provare ormai a forzare le strette maglie processuali. Detto fatto: ricorrendo ancora una volta alla consueta capacità nomo-poietica del giudice amministrativo, questo, pur in assenza di nuovi precetti normativi, cominciò ad adoperare l'art. 44 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 così da affermare che la disposizione normativa, con il richiamo all'istituto della “verificazione”, era in grado di porre il fondamento per la legittimazione al ricorso

<sup>63</sup> Ad. Pl. Cons. Stato, 24 novembre 1989, n. 16, in *Foro amm.* 1989, 1, 2994.

<sup>64</sup> Sul tema, cfr. L. IANNOTTA, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in E. MARIANI (a cura di), *Scienza e realtà – I quaderni dell'IPE*, Napoli 1997, 322 ss.

all'analogo istituto della consulenza tecnica<sup>65</sup>, tanto più essendo l'ipotesi ermeneutica prospettata, ormai supportata, almeno in via analogica, non solo dalle disposizioni del codice di procedura civile, ma anche dai principi sul processo espressi dalla CEDU<sup>66</sup>.

In tal modo, ebbe luogo l'ingresso delle prime forme di consulenza tecnica nel processo amministrativo, in mancanza di uno specifico dettato normativo, dischiudendo più adeguate opportunità nel rapporto tra tecnica e diritto amministrativo o, per meglio dire, mutando decisamente i rapporti tra loro, con un notevole (auspicabile) salto di qualità in termini di aderenza processuale alla realtà dei fatti.

### 5. La svolta della dottrina ...

Non si può sottovalutare il contributo straordinario degli studi di Franco Ledda, risalenti al 1983<sup>67</sup>, per poter a pieno comprendere la successiva evoluzione interpretativa cui ha poi dato luogo la giurisprudenza amministrativa sul tema. L'impianto proposto dall'illustre studioso era di carattere dogmatico e prendeva le mosse dalla concezione del potere amministrativo: di *"potere dell'amministrazione può utilmente parlarsi solo con riferimento ai casi in cui quest'ultima disponga... di un margine che consenta l'affermazione della volontà di un precetto che non sia semplice proiezione, nel concreto, di quello posto dalla legge"*.

Nella prospettiva, Ledda riservava la nozione di potere solo per l'accezione pura della discrezionalità, a fronte dell'esercizio della sua declinazione: essa e soltanto essa costituiva il *"potere proprio dell'amministrazione stessa"*.

L'attività vincolata, al contrario, non costituiva ipotesi di esercizio di

<sup>65</sup> Tar Lombardia, Sez. III, 14 marzo 1990, n. 55, in Riv. I Tar, 1990, p. 1956

<sup>66</sup> In particolare, il Tar Lombardia è tra i primi a cogliere la necessità di assicurare un'adeguata tutela giurisdizionale ai cosiddetti "diritti soggettivi comunitari" ed in tal senso è giunto dunque ad un sindacato più penetrante, partendo proprio dalle controversie in cui sono coinvolte tali posizioni soggettive, come quelle sugli appalti, in materia di giudizio di anomalia delle offerte<sup>76</sup>. Era inoltre avvertita la consapevolezza che dopo l'entrata in vigore della Costituzione le limitazioni processuali ai poteri istruttori costituissero un debole schermo, atteso che gli artt. 24 e 113 Costituzione ammettono sempre la piena tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi, e la mancata previsione della CTU non poteva essere addotta quale ragione di esclusione di un sindacato diretto.

<sup>67</sup> F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, 380 ss.

potere dal momento che quell'attività "*si identifica in ultima analisi con il potere della legge stessa*", limitando in quel caso l'amministrazione ad applicare una norma di diritto.

Da ciò, anche la discrezionalità tecnica non può inquadarsi come potere, ma solo come attività di applicazione di regole tecniche (la norma tecnica, cui la norma giuridica fa rinvio, completa il precetto e ne diviene parte integrante): la tecnica, insomma, è il mezzo che integra la norma attributiva del potere e mediante questa definisce il comportamento che la pubblica amministrazione deve tenere. Per Ledda la tecnica è, dunque, un limite al potere dell'amministrazione e soprattutto costituisce un elemento esterno all'attività, garante dell'oggettività della stessa: in tale condizione il sindacato su di essa non è precluso dal momento che il suo ambito non si identifica con il merito.

Sebbene l'Autore collochi il rapporto tra amministrazione e tecnica in una logica di reciproca estraneità, non sottrae tuttavia quest'ultima al filtro delle regole proprie dell'amministrazione democratica, della verificabilità delle sue soluzioni che finiscono inesorabilmente col piegare l'azione dei pubblici poteri. Egli è ben consapevole che "*il diritto, prodotto della storia, non pretende di attingere la verità assoluta: esso deve perciò appagarsi di quella validità pur essa storica che si può riconoscere ad una certa norma tecnica, in quanto attestata dai risultati dell'indagine scientifica e autenticata da un consenso sufficiente degli esperti*"<sup>68</sup>. Ma anche il carattere della opinabilità, da lui risolto con l'applicazione del metodo del "consenso sufficiente" dei tecnici, non è elemento idoneo a determinare lo scivolamento di quelle valutazioni nella sfera del merito insindacabile, permanendo esse su di un piano del tutto diverso rispetto alla valutazione degli interessi caratterizzante la discrezionalità amministrativa.

Sulla base di tanto, il sindacato giurisdizionale sulla tecnica è ammissibile, tuttavia non in assoluto, nel senso che non possono essere oggetto di discussione in sé le conclusioni dell'esperto. Ciò che può essere verificata è la procedura di formazione di quel giudizio tecnico, la scelta del criterio tecnico adeguato, la coerenza delle operazioni eseguite in applicazione del criterio prescelto.

Tale operazione non comporta l'invasione, da parte del giudice, della sfera riservata all'amministrazione, in quanto egli è tenuto a limitarsi a rilevare l'inosservanza della norma giuridica in cui è incorporata quella tecnica, non potendo indicare direttamente quale sia il criterio tecnico

<sup>68</sup> F. LEDDA, *op. cit.*, 371.

da adottare, o quale sia il procedimento con cui applicarlo per rendere la valutazione attendibile. Peraltro, l'amministrazione, anche in seguito all'annullamento in giudizio, permane libera di adottare criteri differenti, purché compatibili con l'indicazione normativa, e diversi da quello censurato.

L'unico limite al potere conoscitivo del giudice amministrativo è il merito, consistente nella diretta valutazione e ponderazione di interessi pubblici, caratterizzato da scelte politiche e di opportunità, c.d. scelte "di valore".

Le valutazioni tecnico-discrezionali dell'amministrazione non sono scelte di valore, pertanto sono passibili sindacato di legittimità consistente in un controllo intrinseco di attendibilità del giudizio finale emesso dall'amministrazione.

La norma giuridica che rinvia ad una norma tecnica presuppone una esatta rappresentazione dei dati tecnici, oggetto di successiva valutazione. Non avrebbe senso acquisire i dati tecnici se la pubblica amministrazione potesse ignorarli, discostarsene o travisarli, prescindendo dai criteri che le stesse discipline specialistiche individuano per la loro corretta interpretazione<sup>69</sup>.

## 6. ... e la svolta della giurisprudenza

Le riflessioni di Ledda restarono comunque inascoltate ancorché avessero avuto bisogno di una lunga gestazione (come forse era giusto che fosse).

Furono necessari sedici anni perché il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 601 del 1999<sup>70</sup> (nota come sentenza Baccharini dal nome del suo estensore), segnasse una nuova svolta storica in tema di valutazioni tecniche della pubblica amministrazione.

L'organo di appello della giustizia amministrativa nella sua decisione, confermata la preclusione di qualsiasi forma di sindacato sul merito dell'attività amministrativa, condivise pienamente le conclusioni alle quali era pervenuto Ledda molti anni prima, nel senso di affermare che la discrezionalità tecnica "è *altra cosa dal merito amministrativo*" in quanto si concreta in un giudizio con risultati che esulano dalla certezza, sono

<sup>69</sup> F. LEDDA, *op.cit.*, 434.

<sup>70</sup> Cons. Stato, 9 aprile 1999 n. 601, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

magari opinabili, ma non rientrano nella sfera dell'opportunità: e *“la questione di fatto... non si trasforma soltanto perché opinabile, in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito”*.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, dal canto suo, in sede di ricorso per motivi di giurisdizione, aveva avuto occasione di individuare il vizio di eccesso di potere giurisdizionale sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, con riguardo alla sola ipotesi in cui il giudice amministrativo avesse proceduto alla diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, esprimendo una volontà dell'organo giudicante sostitutiva di quella dell'amministrazione<sup>71</sup>.

Il potere di accertare i “presupposti di fatto” del provvedimento è lo specifico della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, a differenza di quanto accade nel ricorso per Cassazione. I presupposti di fatto – per tali intesi quelli anche di carattere tecnico – attengono intrinsecamente ai requisiti di legittimità dell'atto. Da qui, il controllo giurisdizionale può essere intrinseco, dirigendosi alla *“verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo”*.

È su queste affermazioni che si poggeranno in seguito le basi del lungo dibattito dottrinario e giurisprudenziale<sup>72</sup> sul tema della distinzione tra sindacato forte e sindacato debole della discrezionalità tecnica.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 601 del 1999 aveva introdotto, a parere di Aldo Travi<sup>73</sup>, una nuova figura di eccesso di potere, quella della *“inattendibilità”*, affine all'*“errore manifesto di apprezzamento delle valutazioni tecniche della p.a.”*, già utilizzata dalla giurisprudenza francese. Secondo lo studioso se però l'inattendibilità implica un giudizio da parte del giudice amministrativo di condivisibilità

<sup>71</sup> SS.UU. Cass. Civ., 5 agosto 1994, n. 7261: *“con riguardo alle pronunzie del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile ai sensi dell'articolo 111, 3° comma, Cost. sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione; con la conseguenza che l'indicato vizio non ricorre quando il Consiglio di Stato indaghi sui presupposti di fatto del provvedimento impugnato”*

<sup>72</sup> S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. Proc. Ammin.* 2001, 80 ss.

<sup>73</sup> A. TRAVI, *Nota a Consiglio di Stato, Sezione IV, 9 aprile 1999, n. 601*, in *Foro italiano*, 2001, II, 10.

della valutazione della pubblica amministrazione, con relativa sostituzione della valutazione compiuta dal giudice e ritenuta più ragionevole e attendibile (dunque un'ipotesi di sindacato forte e sostitutivo), il controllo del giudice amministrativo finisce col mutare significativamente i propri caratteri, aprendo alla possibilità di sostituire ad una valutazione opinabile dell'amministrazione, un'altra valutazione egualmente opinabile, quella del giudice.

Di certo, la sentenza Baccarini aveva sollecitato la tendenza alla critica della tradizionale limitazione dell'intervento del giudice amministrativo nei confronti delle valutazioni tecniche. L'idea di fondo era che la riserva a favore dell'amministrazione di valutazioni di ordine tecnico, anche se opinabili, fosse in contrasto con il principio costituzionale della piena tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione di cui agli articoli 24 e 113 della Costituzione, nonché al codice del processo amministrativo.

L'espansione pervasiva della tecnica continuava a produrre l'aumento esponenziale dell'ambito di discrezionalità tecnica rispetto alla discrezionalità amministrativa pura e la stessa incertezza che non di rado connotava e connota anche la soluzione scientifica suggerisce invero valutazioni alternative di rischio facendo sì che la contaminazione tra diritto e tecnica comportasse una parallela contaminazione tra la sfera dell'opportunità e quella dell'opinabilità.

A tal punto, appare condivisibile l'opinione di chi ha rilevato come l'espandersi di concetti indeterminati a forte valenza tecnica, in settori in cui è sempre maggiore la richiesta di precauzione, comportasse che il sindacato giurisdizionale di attendibilità, ragionevolezza e proporzionalità si muovesse nella prospettiva della ricerca progressiva della maggiore certezza possibile<sup>74</sup>.

È evidente dunque come e quanto fosse labile la linea di confine tra opinabilità ed opportunità, dal momento che esiste anche nel campo della discrezionalità tecnica un'area di apprezzamento di merito ineliminabile e la preoccupazione di impedire la lesione dell'autonomia amministrativa è viva.

In realtà, il potere di valutazione tecnica non è intermedio tra quello discrezionale e quello tecnico, ma è frutto di una contaminazione tra diritto e tecnica che genera peraltro contestuale contaminazione tra ciò

<sup>74</sup> F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)* in *Enc. del diritto*, XIII, Milano, 471 ss.

che è opinabile e ciò che è opportuno. Punto di equilibrio è, dunque, da ricercare ancora una volta in una evolutiva applicazione del principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.<sup>75</sup> anche rimeditando l'esistenza e soprattutto la portata<sup>76</sup> di una riserva costituzionale di amministrazione.

#### 6. *Le successive evoluzioni dottrinali e l'ascesa della rilevanza del fatto*

Sono note le parole con le quali Massimo Severo Giannini aveva affermato che la dottrina aveva commesso un errore storico: invero, secondo l'illustre giurista, *“la discrezionalità tecnica non ha proprio nulla di discrezionale”*. Da quell'“errore” si sarebbe poi caduti in successive distorsioni, quella tra sindacato forte e sindacato debole e quella della creazione della discrezionalità tecnica quale zona grigia *“priva di confini definiti”*, governata da *“regole incerte”* che *“trovano applicazioni diverse a seconda delle fattispecie a cui si applicano”*: una vera e propria invenzione.

Quella impostazione aveva fortemente condizionato anche gli orientamenti giurisprudenziali sino a quando la concomitante stagione delle riforme degli anni '90, con il tentativo (invero solo teorico, e per di più anche ipocrita)<sup>77</sup> di separazione tra politica e amministrazione e la distinzione tra attività di indirizzo e attività di gestione aveva finito col gettare i semi dell'esigenza di una inedita modulazione anche dei rapporti tra tecnica e diritto.

La c.d. sentenza Baccharini e la ben nota sentenza delle SS.UU. della Cassazione n. 500 del 1999 peraltro legittimavano la via di un sindacato del giudice amministrativo che penetrasse nei gangli della decisione am-

<sup>75</sup> M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano 2020, 63 ss.

<sup>76</sup> F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 983.

<sup>77</sup> Quanta ipocrisia emerge da molte norme dei c.d. decreti Bassanini, proprio laddove la distinzione tra politica e amministrazione veniva eretto a nuovo parametro di misurazione della legittimità istituzionale. Invero, non poca influenza al riguardo ebbe la volontà politica di offrire una risposta all'opinione pubblica a seguito dei noti eventi delle c.d. stagioni di “Tangentopoli” e di “Mani pulite”, entrambe notoriamente avviate dalla Procura di Milano. Uno degli esempi più emblematici al riguardo, tra i molteplici, fu la sottrazione di rilevanti competenze agli organi elettivi degli enti locali e il conseguente affidamento delle stesse a organi dirigenti degli stessi enti (si pensi alla competenza in tema di vigilanza edilizia sul territorio passata dai sindaci ai dirigenti degli uffici tecnici), senza tuttavia rilevare un piccolo, decisivo particolare: i nuovi responsabili erano di nomina degli organi politici e passibili di revoca da parte degli stessi in caso di mancanza di adeguata fidelizzazione. L'emblema di una vera e propria farsa.



ministrativa, sondandone la legittimazione prima ancora della legittimità e anche riconoscendo la fondatezza di pretese di misure alternative a quella ripristinatoria.

Nella precedente logica di esclusione del fatto dal sindacato giurisdizionale, dunque di concentrazione del processo sull'atto, risultava sostanzialmente impossibile distinguere dove concretamente finisse l'uso della tecnica e dove iniziasse il merito dell'azione amministrativa. E in quel contesto era plausibile che la discrezionalità tecnica fosse nata almeno anche come tentativo di sottrarre determinate aree al controllo giurisdizionale, puntando a far confluire gli elementi fattuali nell'attività di merito. Quando la valutazione tecnica non fu più circoscritta all'ambito della comparazione di interessi, finendo con l'integrare l'applicazione della regola tecnica, la sua verifica dall'interno aprì la via al giudice per accedere al fatto, ivi comprese le relative implicazioni e questioni tecniche, così ampliando le tutele predisposte dall'ordinamento.

La riforma c.d. Bassanini<sup>78</sup> collocava la scelta politica ad un livello distinto da quello della gestione e il merito ormai fuori dall'atto, con la conseguente sottrazione al controllo giurisdizionale degli atti che ne fossero espressione.

Mutava anche l'essenza della discrezionalità tecnica, chiamata ad occupare una zona grigia tra diritto e tecnica: l'amministrazione dà applicazione ad una regola che, sebbene enunciata nella norma giuridica, non è regola giuridica e non è neanche incontestabile. Ciò apriva la strada alla possibilità di sindacato in termini più ampi di quello che si esercita nei confronti della discrezionalità pura, sino a giungere alle soglie di un sindacato sostitutivo sull'esercizio del potere. Senza poi sottacere che il controllo sul corretto esercizio del potere, lì dove scienza, tecnica e norma si incontrano, non può prescindere dal fatto<sup>79</sup> poiché è nelle sue pieghe che sovente si annidano le possibili forme di sviamento di potere<sup>80</sup>.

La legge n. 241 del 1990, prima, e la legge n. 205 del 2000, poi, hanno avviato il recepimento dell'esigenza primaria di dare ingresso al fatto, rispettivamente, nel procedimento amministrativo e nel processo. Il suc-

<sup>78</sup> La riforma Bassanini, dal nome del suo promotore Prof. Franco Bassanini, ministro del governo presieduto da Romano Prodi, consistette nella l. 15 marzo 1997, n. 59; nella l. 15 maggio 1997, n. 127 (Bassanini-*bis*); nella l. 16 giugno 1998, n. 191 (Bassanini-*ter*); nelle l. 8 marzo 1999, n. 50 (Bassanini-*quater*)

<sup>79</sup> G. DE GIORGI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli 2003.

<sup>80</sup> G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *www.lexitalia.it*, 2002, 127

cessivo Codice del processo amministrativo, come noto, ha consentito accesso pieno al fatto in tutte le controversie rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo senza distinzione fra situazioni soggettive fatte valere e tipo di giudizio instaurato. Il giudice è ormai *dominus* del fatto e della sua qualificazione; a tal fine utilizza gli strumenti istruttori a sua disposizione, *in primis* la consulenza tecnica, non recepisce acriticamente le risultanze di quest'ultima, essendo egli comunque tenuto ad un'autonoma rielaborazione del fatto pur sempre anche "alla luce" dei dati tecnico scientifici offerti dal consulente<sup>81</sup>.

Non si tratta di un controllo sostitutivo. La stretta connessione tra apprezzamento tecnico opinabile e scelta di merito è, piuttosto, indice dell'esistenza di un potere di valutazione tendenzialmente riservato all'amministrazione, non già nel senso della preclusione del controllo giurisdizionale.

La questione di fondo attiene pertanto alla sostituibilità della valutazione compiuta dal giudice, direttamente ovvero attraverso i suoi consulenti, a quella compiuta dall'amministrazione.

La tecnica spesso non conduce a risultati certi, per cui il giudice, ove aderisca alla valutazione del consulente tecnico, può farlo solo limitatamente, ovvero senza "*sostituirsi*" al giudizio, sia pure tecnico, espresso dall'amministrazione. La consulenza non va adoperata in vista di un occulto sindacato di merito, ma la sua portata va circoscritta ad un controllo finalizzato a verificare le scelte amministrative sotto i profili della correttezza e dell'attendibilità, giammai pervenendo a sostituire il giudizio del consulente a quello degli organi amministrativi.

## 7. *La transdisciplinarietà e il diritto amministrativo: il fondamento di un cambiamento radicale. La prospettiva del PNRR*

Siamo giunti al momento di riannodare i fili di un discorso ampio e complesso.

<sup>81</sup> In tal senso di recente i principi così elaborati sono stati "codificati" dalle SS.UU. della Suprema Corte, la quale ha avuto modo di rilevare come nel processo amministrativo la verifica consiste in un parere tecnico, non espressione di discrezionalità amministrativa che ben può essere disatteso dall'organo giurisdizionale, a nulla rilevando che il verificatore sia incardinato in un organo od ufficio della pubblica amministrazione. Cfr. Corte di SS.UU. Cassazione, ordinanza 9 gennaio 2020 n. 158, in *www.lexitalia.it*, n. 1/2020.

Sono state analizzate le (pur comprensibili) ragioni che avevano indotto Vittorio Emanuele Orlando a rifiutare qualsiasi forma di commistione tra diritto amministrativo e altre scienze, ragioni che, sia per motivi di ordine sostanziale che processuale, come illustrato, non hanno ormai ragione di sussistere.

Sono state altresì prese in considerazione le molteplici evidenze di una normativa, di rango legislativo e secondario, ormai impregnata di connotazioni a carattere tecnico-scientifico, tali da limitare o anche reprimere in misura ampia l'esercizio di precedenti ambiti di discrezionalità amministrativa.

Si è anche rilevato come il rinvio dinamico normativo a condizioni e fattori di natura metagiuridica fanno sì che l'aggiornamento di disposizioni legislative e di misure amministrative avvenga talora non solo senza filtro democratico parlamentare ma anche senza alcun controllo del potere amministrativo, sottraendo così il sistema ordinamentale a qualsiasi verifica, sia pure solo come vaglio delle stesse alla luce dei principi costituzionali e dell'ordinamento euro-unitario. Quanto sia legittimo tutto ciò è questione nuova e ancora tutta da verificare.

Emergenze, esigenze di celerità, inadeguatezza degli ordinari istituti, ricorso a strumenti sostitutivi di commissariamento, l'intero apparato della c.d. legislazione di semplificazione e altri fenomeni simili continuano a proporre, quale formula risolutiva dell'inadeguatezza e dell'inefficienza amministrativa, tagli procedurali o prassi sostitutive di provvedimenti (a favore di silenzi significativi o di forme auto-certificative di responsabilità) che comunque limitano la tutela di interessi di rilevanza primaria, anche sensibili, che pure avevano a lungo faticato onde rinvenire riconoscimento e tutela necessari nell'ordinamento.

In tale quadro, la tecnica, le soluzioni a fondamento scientifico (o solo ritenute tali<sup>82</sup>), le applicazioni tecnologiche, il ricorso a meccanismi sequenziali di tipo matematico sostitutivi di procedimenti amministrativi (i ben noti logaritmi<sup>83</sup>) confermano la tendenza a dar vita ad

<sup>82</sup> Secondo K.R. POPPER, *op. cit.*, 585, "La base empirica delle scienze oggettive non ha in sé nulla di assoluto. La scienza non posa su un solido strato di roccia. L'ardita struttura delle sue teorie si eleva, per così dire, sopra una palude. È come un edificio costruito su palafitte. Le palafitte vengono conficcate dall'alto, giù nella palude: ma non in una base naturale o data; e il fatto che desistiamo dai nostri tentativi di conficcare più a fondo le palafitte non significa che non abbiamo trovato un terreno solido. Semplicemente, ci fermiamo quando siamo soddisfatti e riteniamo che almeno per il momento i sostegni siano abbastanza stabili da sorreggere la struttura".

<sup>83</sup> La produzione dottrinale in tema di amministrazione digitale è ormai ampia: di

un sistema fondato più sull'uso della ragione che sull'esercizio di un potere<sup>84</sup>.

Questa condizione potrebbe sotto certi profili apparire un passo in avanti, tanto più se al termine ragione (*ratio*) si attribuisca l'accezione di capacità di pensiero in grado di pervenire al discernimento, ossia alla definizione di rapporti logici sulla base di argomentazioni incontrovertibili. Ma così non è: la scienza e tantomeno la tecnica, i loro ragionamenti e le loro conclusioni non sono mai incontrovertibili, risultando persino fallace la stessa cognizione esperienziale.

E, ancor più, così non è se alla nozione di potere non si associ la semplice facoltà (in senso negativo) di agire determinando conseguenze nei confronti di terzi o dell'intera collettività prescindendo dalla volontà dei destinatari, ma si richiami, piuttosto, quella concezione democratica di potere pubblico alla quale secoli di storia e di pensiero (del mondo occidentale) hanno condotto, fino a far coincidere il potere pubblico con il frutto di libere scelte, sottoposto alla legge e rispondente (almeno in astratto) a parametri di tutela dell'interesse generale e particolare (per quanto compatibile con il primo), la cui cura permane affidata ai molteplici meccanismi al fine predisposti dagli ordinamenti.

D'altronde si può ancora oggi condividere la ben nota affermazione per la quale la democrazia, sulla base delle esperienze storiche e politiche maturate, è "*la peggior forma di governo, eccezion fatta per tutte le altre fin qui sperimentate*"<sup>85</sup>.

A riflettere senza schematismi preconcepi, il vecchio dibattito tra il modello della *Repubblica* di Platone, fondato sul governo degli esperti, in antitesi al modello di Pericle, di democrazia basata sui principi di libertà e di pluralismo (ancorché limitati), si ripropone oggi in termini di contrasto tra democrazia e tecnocrazia.

recente, tra gli altri si segnalano R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino 2020; A. CARDONE, *Decisione algoritmica versus decisione politica?*, Napoli 2021; S. ROSSA, *Contributo allo studio delle funzioni amministrative digitali*, Milano 2021; G. SORRENTINO, *Funzione amministrativa, Costituzione e algoritmi. Divagazioni minime*, in *Scritti per Franco G. Scoca*, Napoli 2021, V, 4785 ss.

<sup>84</sup> C. BALBIN, nel suo volume *Crisis del derecho administrativo. Bases para una nueva teorica general*, Ciudad de Buenos Aires 2020, 178, rileva "*El derecho in general- y el administrativo en particular – està atravesado por conceptos de orden técnico. Estos no pueden ser rallenados e interpretados desde el derecho, sino que es necesario leerlos desde sus miradas específicas, pues solo así' es posible interpretarlos correctamente*".

<sup>85</sup> La ben nota frase fu pronunciata da W. Churchill nel suo *Discorso rivolto alla Camera dei Comuni* nel 1947, al termine della Seconda Guerra Mondiale.

Senza entrare nel merito della diatriba, ciò che appare evidente è che la forte spinta tecnologica presente in molti ambiti della società contemporanea impone in ogni caso la rivisitazione del rapporto tra saperi, tra quelli scientifici e tecnologici, da un lato, e quelli umanistici e sociali, dall'altro, operazione che finisce col coinvolgere non solo il profilo funzionale dell'esercizio delle competenze, ma che interroga necessariamente anche gli stessi assetti organizzatori, la conformazione dei soggetti preposti all'esercizio del potere amministrativo<sup>86</sup>.

È tuttavia noto che per innestare una qualsiasi forma di dialogo occorra un linguaggio comune e, ancor prima, un minimo denominatore culturale comune tra i saperi; linguaggio e denominatore culturale che tuttavia appartengono ormai ad epoche del lontano passato, addirittura al periodo pre-illuministico<sup>87</sup>, e dei quali non vi è certo traccia nella amministrazione pubblica italiana.

Diffidenza e sfiducia reciproca continuano così a connotare il rapporto tra scienza e tecnica, da un lato, e diritto dall'altro<sup>88</sup>.

Qual è, infatti, la considerazione dei profili giuridici di un qualsiasi problema nel comune pensiero di un tecnologo<sup>89</sup>? Presto detto. Il diritto

<sup>86</sup> Uno degli esempi maggiormente paradigmatici al riguardo è costituito dal recente *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza-PNRR* nel quale ripetutamente si sottolinea l'esigenza di una cultura multidisciplinare nel contesto della pubblica amministrazione quale premessa di un proficuo intendimento tra saperi.

<sup>87</sup> G. TANZELLA-NITTI, *Passione per la verità e responsabilità del sapere*, Alessandria 1998.

<sup>88</sup> V. BALZANI, *Scienza e società collaborino*, in *Avvenire*, suppl., 12/9/2021; sul tema, C.P. SNOW, *Le due culture*, Venezia 1959.

<sup>89</sup> Interessanti le emblematiche pagine di Giovanni Miele (*Umanesimo giuridico*, in *Scritti giuridici*, cit., II, 446 s.) riguardo alla considerazione della scienza giuridica: "L'uomo della strada ha provato sempre un senso d'insoddisfazione e talvolta di diffidenza di fronte alle costruzioni dei giuristi. Inoltre, chi per ufficio si è trovato a insegnare ai giovani gli elementi della teoria del diritto – di questo o di quel diritto – per poco che avesse una certa sensibilità ha potuto notare nei più svegli e nei più generosi fra essi qualcosa che rasentava l'indifferenza o il fastidio, quando pur non fosse l'aperta insofferenza: la quale talvolta si traduceva in esplicita condanna del valore e dell'utilità di una scienza, rivelantesi ai loro occhi null'altro che una ripetizione, più diffusa, più elaborata, più architettata, di disposizioni promananti da una volontà estranea ed arcana. Una scienza siffatta appariva non tanto a servizio della società, quanto a servizio del legislatore, e quindi strumento di ogni e qualunque concezione che dai recessi di questo essere immateriale venisse a quando a quando espressa: strumento di bene o di male secondo che così fosse voluto dall'esigente padrone, e indifferente al bene e al male, perché essa non doveva parteggiare – quasicché il bene non sia la stessa vita, vita morale dell'uomo – ma mostrarsi obiettiva. (...) Che cosa è mai questa scienza giuridica – pareva di leggere sui loro volti o di sentire dalle loro labbra – che cosa è mai questa scienza giuridica, che è autoritaria sotto i regimi autoritari e democratica nei

si sostanzia, per lo più, secondo una duplice prospettiva: o viene considerato un'inutile superfetazione di un ordinamento che sotto la denominazione "amministrazione pubblica", nasconde un infernale sistema di maglie inestricabili attraverso le quali il potere burocratico tende a paralizzare qualsiasi processo innovativo al solo fine di rimarcare la propria supremazia e/o persino la propria indispensabilità. Oppure, il diritto, quello amministrativo in particolare, è un sistema di garanzie connotato da un tale livello di incertezza<sup>90</sup> e inestricabilità che per garantire il tutto, alla fine non è in grado di garantire nulla. Ne deriva che la migliore soluzione possibile, nella prospettiva del tecnologo, è ridurre l'impatto giuridico sulle soluzioni possibili e se proprio ciò non dovesse risultare possibile, adoperarne quanto basta, con scetticismo e cautela per non rimanere invischiati in inutili e defatiganti meccanismi.

Quello stesso diritto, poi, assume talora un'ulteriore, terza funzione che si innesta allorché l'esercizio dell'attività amministrativa sia stata ritenuta, da una qualche magistratura, fonte di imputazione di responsabilità: in quel caso il diritto si erge a strumento utile per rinvenire una via d'uscita, per escogitare una ragione puramente formale, un "cavillo", che possa consentire all'inquisito di sottrarsi alle responsabilità del proprio agire.

Questo è comunemente ritenuto il condensato della scienza giuridica, questo il contributo del diritto amministrativo.

È più che evidente come siffatto quadro complessivo di rapporti esprima una condizione nella quale è materialmente impossibile qualsiasi dialogo tra competenze distinte, qualsiasi forma di compenetrazione tra esigenze di differente natura peraltro sovente protese a rivendicare la propria autonomia e primazia sulla base di pregiudizi culturali<sup>91</sup>.

*regimi democratici, che s'ispira a valori dell'individuo quando così esigono i comandi del legislatore, o a quelli della collettività quando quello stesso legislatore vuole altrimenti, che si mostra rispettosa o è pronta a sacrificare le autonomie dei vari gruppi sociali, obbedendo a un cenno dei detentori del potere? Perché mai, se veramente il diritto è nell'aria che si respira e viene messo in atto ad ogni momento e nei più umili gesti della vita quotidiana, se il diritto non è una sovrastruttura, ma la stessa struttura della vita sociale, perché questo isolarsi ed astrarsi dei giuristi da quella realtà sociale viva ed immediata che non sempre trova riscontro nei codici e con questi talora contrasta? Perché non rendersi interpreti anche di essa, principalmente di essa, anziché limitare il proprio contributo ad una meccanica esplicazione di formule legislative?"*

<sup>90</sup> M. IMMORDINO, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezza ed incertezza*, *Annuario AIPDA 2014, Atti del convegno annuale, L'incertezza delle regole*, 3-4 ottobre 2014, Napoli 2015, 93 ss.

<sup>91</sup> V. BALZANI, *op. loc. cit.*, rileva: "Un'altra frattura pericolosa che va evitata è quella

Piuttosto, nonostante questa realtà, la complessità dei sistemi sociali ed economici dimostra come i rapporti tra discipline vadano improntati a comporre reti di complementarità, di integrazione e di interazione, con comuni sforzi di ordine metodologico e strutturale. Il sapere specialistico di tipo scientifico o anche tecnologico nei diversi ambiti ove si manifesta in via esclusivistica, mostra i propri limiti, oggettivamente superato dalle sue stesse incapacità interattive, dai suoi programmi di ricerca, dalle sue applicazioni pratiche peraltro consapevoli di essere ormai chiamate a far fronte alla soddisfazione non di astratti e standardizzati bisogni, ma di esigenze differenziate, persino sempre più personalizzate: ma tale risultato, come evidente, può essere unicamente il frutto del superamento della frammentazione di saperi specialistici a carattere scientifico-sperimentali, per aprirsi alla considerazione del diritto, non solo ma alle scienze umanistiche, il cui contributo è l'unico atto a garantire una visione integrale della persona e dei suoi problemi.

Tale prospettiva riconduce all'esigenza di una ricerca orientata, sin dal piano concettuale del suo concepimento, alla individuazione di ciò che unisce o che almeno individui i punti di contatto tra le scienze, per tentare di dar vita ad un sapere unitario in grado di accogliere, valorizzare e sintetizzare la molteplicità degli apporti provenienti dalle varie conoscenze, da culture, civiltà, studi di settore, o anche solo semplici diversi punti diversi di vista.

Il diritto amministrativo, munito ormai dei connotati necessari e anche di un adeguato strumentario processuale, corroborato dalla sua capacità autopoietica di cogliere pienamente nella realtà il senso del proprio agire, ha il dovere di aprirsi dialogicamente agli apporti delle altre scienze, di avviare confronti per costruire inediti e più adeguati modelli a carattere organizzativo e funzionale, progettati sulla base di logiche compartecipative nelle quali la scienza e la tecnica, pur nelle loro rigidità concettuali ontologicamente insuperabili, siano sin da subito calate in contesti rappresentativi adeguati a dar conto, e semmai a far recepire, le diverse istanze, garantistiche e non, provenienti dai diversi contesti di riferimento tra i quali quello giuridico.

Non è dato ridurre il diritto amministrativo a branca applicativa di disposizioni normative a carattere tecnico, ad ambito esecutivo di procedure standard o meccanismi sequenziali di attività pubblica, senza con-

fra scienza e società, perché se è vero che la società non può fare a meno della scienza, è anche vero che la scienza avulsa dalla società non solo è poco utile, ma può diventare anche pericolosa”.

tinuare ad essere ciò che lo connota, ossia contesto di garanzie e tutele del cittadino e ormai anche del non-cittadino nei confronti del potere pubblico<sup>92</sup>. La scienza e la tecnica non possono evidentemente ignorare questa realtà.

Una cosa sono i risultati delle investigazioni e dei processi del progresso scientifico, altra sono i (necessari) contesti (anche a tasso di discrezionalità, evidentemente) affidati dall'ordinamento ad organi della pubblica amministrazione cui è preservato il decisivo compito di coniugare contrapposti interessi e determinare la più efficace sintesi a tutela dell'interesse generale e degli interessi individuali.

Per queste ragioni momento giuridico e momento tecnico-scientifico necessitano di reciproca conoscenza e combinazione, cominciando da subito a consentire un massiccio accesso a professionalità diversificate nei vari ambiti della pubblica amministrazione.

Va anche riconosciuto che se comparazione e coniugazione costituiscono attività proprie del soggetto amministrativo, alla stessa amministrazione non può mancare la conoscenza delle ragioni stesse della scienza e della tecnica. Nella prospettiva, il diritto amministrativo, posto innanzi ad innovazioni tecnologiche non temute ma accolte con la necessaria consapevolezza, e abbandonata qualsiasi forma di auto-compiacimento derivante dalla sensazione comune che produce la gestione di un potere, non può che riconoscere i limiti di qualsiasi forma di pregiudiziale preclusione all'innovazione.

La scienza del diritto amministrativo deve avere coscienza della sua necessità a supporto della realizzazione di una maggiore giustizia sociale ed economica<sup>93</sup>: non (più) dunque frapporsi quale ostacolo all'esercizio di legittime libertà, ma volano di crescita, in una stringente logica compartecipativa e di sostegno, per il conseguimento di migliori condizioni di vita per le comunità e per i suoi componenti, a cominciare dai più deboli. Il tutto, in linea con i principi della Costituzione e con il conseguimento di quei risultati amministrativi normativamente prefigurati dal

<sup>92</sup> La scienza giuridica, osserva G. MIELE (*Umanesimo giuridico*, in *Scritti giuridici*, II, cit., 452) è una “*scienza di valori universali, perché deve prendere a guida le più salde certezze dell'uomo l'esigenza della sua personalità, la garanzia dei rapporti coi suoi simili, l'equo contemperamento degli interessi in conflitto, la coordinazione degli innumerevoli individui in cellule ed aggregati sociali sempre più vasti, la consapevolezza del suo libero sviluppo in una sfera non manomettibile da forze arbitrarie, l'ordinamento dell'edificio sociale a fini che rispondono all'elevazione morale e al benessere materiale dell'umanità*”.

<sup>93</sup> Sul tema, si rinvia al recente lavoro di C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli 2021.



legislatore e in vista dei quali al potere amministrativo è riconosciuta la sua legittimazione<sup>94</sup>.

Sulla base di siffatte considerazioni, occorre ora verificare a quali conseguenze pratiche possa condurre il prospettato inquadramento di un nuovo rapporto tra diritto amministrativo e altre scienze, ovvero tra diritto amministrativo e tecnica.

Si tratta innanzitutto di una questione di tipo culturale, un'esigenza di cambiamento di *forma mentis* considerato che fin quando le sedi di elaborazione delle soluzioni di miriadi di problemi a carattere tecnico-amministrativo permarranno distinte, sarà difficile (se non persino velleitario) ritenere di poter addivenire a risultati capaci di coniugare gli uni con gli altri.

D'altronde, la realtà è di per sé rivelatrice di chiare esemplificazioni al riguardo: è ben noto come l'accesso ai fondi euro-unitari anche per la realizzazione di opere di importanza strategica per il Paese risulti in numerosi casi difficile per la circostanza che l'elaborazione dei relativi progetti continui a risultare monca a causa della provenienza dei diversi contributi necessari da parte di organi non dialoganti tra loro. Nella prospettiva, accade, infatti, che il prodotto delle rispettive elaborazioni (quello giuridico, quello tecnico, quello economico, ecc.) non risulti definito in senso integrato e composito, così impedendo che il progetto possa effettivamente qualificarsi definitivo. Da qui, la sua mancata ammissione a finanziamento e la perdita definitiva del sostegno finanziario, tanto più grave ove si consideri che i fondi europei costituiscono ormai di gran lunga la principale risorsa di sostegno pubblico.

La mancanza di capacità di cooperare allo stesso progetto fra competenze diverse è causa di una gravissima perdita di *chance* che si riflette sulle opportunità di sviluppo di intere comunità.

Né, d'altronde, i diversi moduli di concertazione dell'azione, che prendono il nome di conferenza di servizi, accordi, intese, e altri ancora, si dimostrano in grado – come fin troppo noto – di risolvere il problema poiché il coordinamento dell'esercizio delle competenze finché sarà prerogativa di distinti organi o persino di enti di diversa natura e livello continuerà a rivelarsi una chimera, un impedimento pressoché insormontabile anche per l'assenza di linguaggi comuni che potranno attivarsi solo a seguito della sperimentazione di esperienze di lavoro in comune.

<sup>94</sup> M.R. SPASIANO, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco G. Scoca*, Napoli 2021, V, 4145.

Sempre a titolo esemplificativo, in altre circostanze appare evidente come l'impedimento all'utile esercizio dell'azione dipenda dalla organizzazione interna a carattere settoriale, di uno stesso ente. Come noto, gli enti locali, tuttora normativamente privi di una reale autonomia organizzativa confacente alle specifiche conformazioni e peculiarità dei relativi territori e delle rispettive comunità, permangono ancora strutturati secondo modelli di tipo *standard*: ufficio affari generali, ufficio tecnico, ufficio tributi, ufficio anagrafe ed elettorale. Tali uffici si articolano e operano come monadi indipendenti, impermeabili l'una all'altra sì che, sovente, ciò che fa l'una non rileva per l'altra, a tutto discapito del prodotto finale che invece presupporrebbe il concorso di azioni fra loro ben coordinate.

Anche in questa ipotesi, la frammentazione della competenza, così come intesa e soprattutto praticata a causa della frammentazione organizzativa, diviene ostacolo al funzionamento della macchina pubblica.

Vi è un fattore che incide molto su queste realtà: come si è rilevato, la competenza largamente prevalente tra il personale dell'amministrazione pubblica è quella di tipo giuridico. Rare e sovente anche di non elevata qualità si rivelano le altre professionalità presenti: anche secondo recenti statistiche, continuano a mancare ingegneri, tecnici, matematici, chimici, psicologi, statistici, persino economisti. L'amministrazione deve quindi fare ricorso a prestazioni esterne che siano in grado di garantire l'apporto necessario e il loro coordinamento con le (spesso scarse e inadeguate) competenze interne non è facile per fin troppo intuibili ragioni.

In termini generali va anche rimarcato che il diritto amministrativo, contrariamente a quanto continua ad accadere negli ordinamenti didattici dei corsi di laurea a carattere tecnico-scientifico<sup>95</sup>, deve ormai costituire patrimonio di tutti, almeno nei suoi elementi essenziali, negli istituti fon-

<sup>95</sup> Sul punto appare di estremo interesse quanto risulta nel PNRR a proposito della *Riforma delle classi di laurea* (183): "la complessità crescente che caratterizza le nuove sfide poste dalla modernità (tra cui: pandemia, trasformazione digitale, transizione ecologica) richiedono, oltre alla specializzazione, conoscenze sempre più ampie. Per questa ragione, sempre impiegando il benchmark internazionale nel mondo accademico e della ricerca, occorre mantenere un'apertura nei primi tre anni di università per abbracciare il sapere in modo più ampio e consentirne una specializzazione durante le lauree magistrali (MSc) o i dottorati (PhD). (...) Occorre allargare i settori disciplinari e congiuntamente consentire la flessibilità nella programmazione dei singoli corsi di laurea triennali. La riforma prevede l'aggiornamento della disciplina per la costruzione degli ordinamenti didattici dei corsi di laurea. L'obiettivo è rimuovere i vincoli nella definizione dei crediti formativi da assegnare ai diversi ambiti disciplinari, per consentire la costruzione di ordinamenti didattici che rafforzino le competenze multidisciplinari, sulle tecnologie digitali ed in campo ambientale oltre alla costruzione di soft skills".

damentali che connotano l'esercizio del potere pubblico. Ciò solitamente non accade in moltissimi corsi di laurea, persino in quelli di ingegneria, architettura, beni culturali, scienze sperimentali, ecc.<sup>96</sup>

Invero, le istanze di crescita, di sviluppo della società non possono essere disgiunte dalle esigenze di garanzia, le opportunità di sviluppo non possono essere causa di sgretolamento delle tutele<sup>97</sup>. Per questa ragione il diritto amministrativo, per divenire efficace strumento di giustizia, non può rinunciare al confronto con la realtà nella quale si esprime, ma da questa deve imparare a trarre spunto e ad essa prospettare soluzioni possibili, ossia eque, giuste e, per quanto possibile, rapide.

In ogni norma attributiva di poteri pubblici ad un'autorità preposta all'esercizio di competenze, innanzi al cui esercizio possono recedere persino ambiti di libertà individuali e collettive, è innestato un imperativo categorico: l'obbligo primario della pubblica amministrazione di conseguire, in tempi determinati o comunque plausibili, quel risultato in vista del cui conseguimento quello stesso potere è stato attribuito.

Il diritto amministrativo, calato nella dimensione del reale, deve dunque integrarsi con la scienza e con la tecnica, comprenderne portata e opportunità, divenirne persino custode e promotore, in esse integrandosi sino a divenire elemento qualificante, non elemento ostativo<sup>98</sup>.

Tale condizione occorre che divenga patrimonio di consapevolezza e coscienza di scienziati e tecnici che, invece, benché muniti di più che adeguata formazione specifica nei rispettivi contesti, mancano delle fondamentali e anche necessarie conoscenze giuridico-amministrative, quelle stesse sulle quali con ogni probabilità dovranno poi fondare le loro decisioni a contenuto professionale. Per essi sovente il diritto permane una sovrastruttura con la quale purtroppo dover fare i conti, un ostacolo, un mero formalismo.

<sup>96</sup> In un recente articolo edito sul quotidiano *La Stampa* del 12 gennaio 2022, dal titolo *Se l'università aspetta ancora una riforma*, Natalino IRTI solleva una serie di riflessioni di estremo interesse. Egli rileva tra l'altro che "il carattere proprio della vecchia università stava, da un lato, nel congiungere scrupolo filologico e visione d'insieme, (...), e, dall'altro, nel distinguere il "sapere" e il "saper fare", cioè la conoscenza di una disciplina e il suo pratico impiego. (...) L'università, quale oggi ci sta dinanzi, non risponde a un disegno generale di cultura, ma si è venuta costruendo attraverso un occasionalismo legislativo, sensibile o accomodante agli impulsi più diversi. (...) lo specialismo delle discipline, decomposte nei loro contenuti e piegate ai servizi di possibili mercati".

<sup>97</sup> M.R. SPASIANO e altri, *Fondamenti di diritto per l'architettura e l'ingegneria civile*, Napoli 2020, 15.

<sup>98</sup> Ivi, 16.

Ma il diritto amministrativo non è questo, anche laddove risultino evidenti e persino incomprensibili talune sue contraddizioni emergenti dalle infinite fonti normative di riferimento. Il diritto amministrativo esprime invece il senso della legalità e della giustizia che, a sua volta, è il senso stesso dell'umanità e del suo carattere sociale. Esso, pertanto, è inscindibilmente connesso al dato reale che, in quanto tale, non conosce particolarismi né parcellizzazioni del sapere: la realtà stessa è transdisciplinare e pertanto necessita di risposte di eguale natura.

Non può negarsi, come rilevato, l'esistenza di una questione culturale di fondo, ma è solo dalla conoscenza reciproca delle competenze fondamentali, dal riconoscimento fra le stesse, dal dialogo e dal lavoro comune che può nascere la più opportuna soluzione: occorrono scienziati e tecnici che conoscano *ratio* ed elementi essenziali della scienza del diritto amministrativo; occorrono giuristi che conoscano potenzialità, meccanismi e opportunità, ma anche esigenze irrinunciabili, della scienza come della tecnica.

La complessità del mondo non può che essere affrontata con saperi diversi e complementari dalla cui sintesi può nascere un vero progresso fondato sull'incontro, sul confronto e sulla collaborazione.

Stefano Villamena

LA RIFORMA DELL'ABUSO D'UFFICIO:  
FRA ATTIVITÀ INTERPRETATIVA,  
ATTIVITÀ DISCREZIONALE  
E AUTOVINCOLI AMMINISTRATIVI

SOMMARIO: 1. – Sul fondamento della riforma in direzione del superamento della c.d. amministrazione difensiva; 2. – Sulla portata essenzialmente “quantitativa” della riforma; 3. – Profilo centrale della “condotta” in termini di “specificità” della disposizione legislativa violata, anche in rapporto alla discrezionalità amministrativa; 4. – Necessità di distinguere il piano dell’attività interpretativa da quello dell’attività discrezionale: spunti ricostruttivi; 5. – Discrezionalità e suoi elementi condizionanti in termini di riduzione progressiva fino al completo esaurimento; 6. – Autovincoli amministrativi e abuso d’ufficio: primi collegamenti giurisprudenziali; 7. – Rilievi critici sulla rilevanza degli autovincoli amministrativi nel testo riformato dell’abuso d’ufficio; 8. – Rilievi critici sul fatto che il c.d. sviamento di potere sia oramai completamente escluso dalla fattispecie dell’abuso d’ufficio; 9. – Riflessioni conclusive.

1. *Sul fondamento della riforma in direzione del superamento della c.d. amministrazione difensiva*

Settori sempre più ampi dell’amministrazione pubblica tendono ad assumere un atteggiamento *difensivo* nei confronti delle istanze provenienti dai privati<sup>1</sup>. Lo stesso fenomeno si manifesta del resto anche con riguardo alle richieste provenienti da un’amministrazione verso l’altra,

<sup>1</sup> Sulla recente dottrina amministrativista che si è interessata direttamente al tema dell’*amministrazione difensiva* vedi: G. BOTTINO, *La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Analisi giur. econ.*, 2020, 1, 117 e ss.; M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, fasc. 1, 35 e ss.; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato responsabilizzato*, in *Riv. web Federalismi. it*, 2020, 33 e ss.; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L’amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 e ss.

che ha condotto di recente all'introduzione dell'innovativo istituto del silenzio assenso fra P.A.<sup>2</sup>

Il segnale più evidente dello stato di cose descritto è rinvenibile negli svariati casi di inerzia amministrativa che affliggono il nostro ordinamento<sup>3</sup>, anch'essi rappresentativi di un tangibile effetto del fenomeno definito in gergo giornalistico "paura della firma".

Non sarebbe però corretto mettere sullo stesso piano *paura della firma* e *inerzia amministrativa*, poiché la *paura della firma* costituisce il frutto di una scelta per certi versi comprensibile del funzionario pubblico il quale si premunisce dalle responsabilità cui potrebbe incappare a causa di una situazione di obiettiva complessità applicativa<sup>4</sup>. Al contrario, l'atteggiamento *inerte* è il più delle volte privo di reali e comprensibili giustificazioni a suo fondamento, scaturendo o da impreparazione del funzionario o da vera e propria *pigrizia* di questo<sup>5</sup> – e con frequenza da entrambe le cose messe insieme – dunque non da timori legati alla complessità della vicenda da affrontare.

La *paura della firma* è la risultante del clima d'insicurezza normativa che si respira nelle amministrazioni pubbliche, a partire da coloro che hanno funzioni decidenti in settori anche molto delicati dell'agire amministrativo, come appalti, urbanistica, paesaggio, ambiente<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Ai sensi dell'art. 17-bis, l. n. 241/1990.

<sup>3</sup> Su cui sia consentito di rinviare al mio volume S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino 2020, *passim*, ma vedi anche p. 115 (nota 70) per avere un quadro assai critico della situazione in tema alla luce della giurisprudenza recente.

<sup>4</sup> Il funzionario si difende pertanto dalle responsabilità in cui potrebbe incappare «decidendo di non decidere» (così: S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1), oppure ritarda la decisione finale attraverso espedienti di vario genere e grado (come ad esempio accertamenti non necessari all'istruttoria).

<sup>5</sup> Altra dottrina parla invece emblematicamente di «indolenza», così F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 379. La medesima dottrina rileva altresì come «L'incertezza che essa genera è un grave impedimento allo svolgimento dell'iniziativa economica privata (...); l'amministrazione «"indolente", in altri termini, fallisce clamorosamente la propria vocazione istituzionale e ostacola inutilmente le iniziative di (e i rapporti con) persone e imprese» (p. 366). Del resto, come è stato osservato da altra dottrina (G. CORSO, *Perché la complicazione?*, in *Nuove auton.*, 2008, 331) l'«indolenza» indicata può essere sintomatica dell'uso distorto del potere, poiché «il burocrate italiano somiglia più al burocrate descritto da Von Mises che a quello descritto da Max Weber. Fa valere il suo potere più quando dice no che quando dice sì: e ancor di più quando tiene l'interessato col fiato sospeso tardando a decidere».

<sup>6</sup> Su questi profili, che evidentemente interessano la "sicurezza giuridica" da intendersi anche come certezza delle regole utili allo sviluppo economico del Paese, vedi la

Riguardo agli effetti prodotti, accade qui un qualcosa di simile a ciò che si verifica nella c.d. “medicina difensiva”, in cui il medico è sospinto a proteggersi dal timore di eventuali responsabilità prescrivendo analisi non necessarie all'interesse del paziente, ma che lo pongono al riparo da conseguenze penali e risarcitorie<sup>7</sup>. Il momento della scelta viene così allontanato dal suo epilogo naturale, pregiudicando il perseguimento degli interessi connessi all'attività ed i valori di certezza sul conseguimento in tempi ragionevoli del bene della vita anelato.

La recente riforma dell'abuso d'ufficio, intervenuta nel 2020, si colloca nel quadro descritto<sup>8</sup>. Essa si ascrive al moto di semplificazioni amministrative collegate al grave fenomeno della c.d. pandemia da covid-19, fondando il relativo intervento sui presupposti di straordinarietà ed urgenza alla base della relativa decretazione<sup>9</sup>. Infatti, fin dal preambolo del decreto indicato si afferma l'esigenza di «fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica» con «misure di semplificazione procedimentale». In tal senso, si segnalano quelle assai incisive al regime degli appalti pubblici e al procedimento amministrativo e quelle sugli «interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni», nei quali s'inserisce la riforma dell'art. 323 del codice penale oggetto di questo contributo.

Merita a questo punto precisare un dato: mentre alcune di queste modifiche introdotte nel 2020 sono per così dire “a tempo”, cioè, coerentemente con la natura della fonte che ha contribuito ad introdurle verranno meno al sopraggiungere di una data prestabilita, altre non hanno questa limitazione. La riforma sull'abuso d'ufficio non appartiene al

sintesi offerta da: M.A. SANDULLI, *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, in *Rivista web Federalismi.it*, 2018.

<sup>7</sup> Sul punto, S. VILLAMENA, *La c.d. legge Gelli-Bianco. Fra strategia di prevenzione del rischio e responsabilità amministrative*, in *Riv. web Osservatorio di diritto sanitario*, 2019, 15-16.

<sup>8</sup> Intervenuta con l'art. 23, d.l. n. 76/2020, convertito dalla l. n. 120/2020. In tema, da ultimi, N. PISANI, *Abuso d'ufficio. La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 9 e ss. e E. LA ROSA, *Il 'nuovo' abuso d'ufficio: 'messa da requiem' o eterna 'araba fenice'?*, in *Giur. it.*, 2021, 1459 e ss.

<sup>9</sup> Per un quadro generale (e critico) sulla riforma, che tiene conto anche della situazione precedente a partire dal Codice Rocco del 1930, vedi: S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Torino 2020. Inoltre, sul sostrato politico che ha condotto alla riforma, vedi: C. RIZZO, *Il 'destino' dell'abuso d'ufficio tra contese elettorali ed esigenze di riforma*, in *Riv. web Federalismi.it*, 5, 2020, 178 e ss. (dello stesso autore vedi utilmente anche ID., *Prime osservazioni sul nuovo abuso d'ufficio*, *ibidem*, 14, 2021, 164 e ss.).

genere delle modifiche temporanee, valevoli cioè (ad oggi) fino a giugno 2023, bensì al genere di quelle stabili. Si tratta pertanto di una riforma destinata a durare nel tempo, seppure un tempo talvolta effimero come lo è quello delle disposizioni legislative.

Naturalmente, l'obiettivo specifico della riforma è tentare di “difendere” i funzionari pubblici dagli eccessi dell'abuso d'ufficio<sup>10</sup>, soprattutto nei suoi effetti più perversi<sup>11</sup>. Anzi, a ben vedere, tale esigenza non interessa esclusivamente la componente tecnico-amministrativa, ma si estende anche a quella politica: si tenta così di affrancare dalla “paura della firma” la dirigenza amministrativa e gli organi politici, specialmente di maggioranza, dotati come tali di più ampi poteri decisionali.

Per cogliere la portata della riforma in esame è necessario fin d'ora mettere a confronto *vecchio e nuovo* testo dell'art. 323 c.p. In questo senso, mentre la versione immediatamente precedente, introdotta a partire dal 1997, recitava che: «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione *di norme di legge o di regolamento*, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un proprio congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a se o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni» (corsivo mio).

Nella versione attuale lo stesso art. 323 muta in una sola parte, quella della condotta, tramite la sostituzione del sintagma «di norme di legge o di regolamento», con quello ben più articolato (e per questa via più limitante) «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla

<sup>10</sup> Sugli scopi “difensivi” della riforma, con particolare riferimento alla dottrina penalistica, vedi (fra gli altri): A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Leg. pen.*, 2020, 1 e ss. e V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e “restyling” dell'abuso d'ufficio*, in *Giust. pen.*, 2020, 502 e ss. Sul tema generale dell'efficienza amministrativa legata all'abuso d'ufficio, pur se prima della riforma del 2020, vedi: A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino 2018.

<sup>11</sup> È stato evidenziato come gli effetti “mediatici” di certe iniziative processuali in materia di abuso d'ufficio possano talvolta determinare una vera e propria «paralisi dell'amministrazione»; sul punto si rinvia a S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 8 e ss. (del resto, la stessa dottrina citata rileva che, rispetto a questi effetti paralizzanti, il giudice dell'udienza preliminare non costituisce, almeno nella maggior parte dei casi, «un filtro idoneo a impedire la celebrazione di complessi processi in presenza di imputazioni quanto meno “stravaganti”» – p. 31).



legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

La portata della riforma è dunque concentrata sul solo elemento oggettivo della fattispecie. Al termine della presente analisi sarà forse possibile comprenderne meglio gli effetti, consapevoli che talvolta possono bastare «tre parole del legislatore» perché «intere biblioteche diventino carta straccia<sup>12</sup>».

## 2. Sulla portata essenzialmente “quantitativa” della riforma

Ancora una volta in tema di abuso d'ufficio si mette al centro della scena il profilo della rilevanza del coefficiente formale: nel senso che, a seguito della riforma, solo le norme primarie potranno rilevare nella fattispecie, emarginando le fonti secondarie di ogni ordine e grado e, a maggior ragione, tutte quelle fonti ad oggetto normativo non identificato come linee guida Anac, circolari, raccomandazioni, ecc.<sup>13</sup>.

Questa novità incide però sul solo profilo *quantitativo*, poiché riducendo le fonti rilevanti nella fattispecie si diminuisce il livello di complessità e di conseguente insicurezza che esse provocano a livello applicativo. Non altro. Infatti, il profilo *qualitativo* della complessità normativa non viene sfiorato perché questo non dipende dalla fonte-atto che disciplina la fattispecie, bensì dalla non brillante qualità dell'enunciato normativo, specie con riferimento all'uso appropriato dei concetti giuridici, nonché dalla scarsa sistematicità delle norme aggrovigliate talvolta in un coacervo inestricabile<sup>14</sup>. In sintesi, riducendo la massa di norme che determinano insicurezza applicativa – e con essa il timore di incappare nell'abuso

<sup>12</sup> Si tratta della celebre espressione di J.H. VON KIRCHMANN, in *Della mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, Pisa 1942, 19.

<sup>13</sup> Sulla tesi che già nella vigenza del precedente regime del reato di abuso d'ufficio configurava la relativa condotta anche nell'ipotesi di violazione delle Linee Guida Anac, in particolare di quelle aventi natura vincolante, vedi diffusamente ed in termini critici (sia nel vecchio che, a maggior ragione, nel nuovo regime dell'art. 323 c.p.): S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 80 e ss. In merito poi alla categoria dei regolamenti, la cui violazione prima della riforma del 2020 poteva sostanziare come noto l'ipotesi di abuso d'ufficio, naturalmente insieme agli altri elementi della fattispecie, la stessa dottrina appena indicata rilevava, sempre in termini critici, che «la scelta del legislatore di fare riferimento in termini generici alla categoria dei regolamenti non è stata una scelta felice» (p. 69).

<sup>14</sup> In tema, fra gli altri, G. CORSO, *Perché la complicazione?*, cit., 325 ss. e R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitoria” della giurisprudenza*,

d'ufficio – la riforma opera sul versante quantitativo del problema. La paura della firma viene mitigata dalla diminuzione delle fonti rilevanti nella fattispecie, ma essa pur sempre rimane.

Evidentemente il legislatore del 2020 ha preferito la via più agevole della *dequotazione* delle fonti diverse dalla legge nella fattispecie dell'abuso d'ufficio, senza affrontare la radice del problema rappresentata dalla qualità dell'enunciato normativo. O forse – con un po' di malizia – si potrebbe ritenere che la riforma del 2020 sia servita più che altro a produrre un effetto che guarda più al passato che al futuro, producendo cioè conseguenze positive su coloro che, al momento dell'entrata in vigore della stessa, erano sottoposti a procedimento penale al fine di ottenere la parziale *abolitio criminis* di condotte costituenti abuso d'ufficio. L'obiettivo minimo era il proscioglimento dell'imputato con la formula “perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato”.

Se così fosse, il senso della riforma dovrebbe essere racchiuso più nella *difesa amministrativa retrospettiva* che nella lotta all'*amministrazione difensiva*.

Un esempio in qualche misura calzante sul punto è offerto da una recentissima pronuncia in tema di violazione di norme regolamentari. In particolare, in una controversia che riguardava un'autorizzazione allo svolgimento di un'attività privata (si trattava di una “casa di riposo”) è stato precisato che l'ipotizzato abuso d'ufficio a causa della «*violazione di regolamenti regionali*» «è divenuto estranea all'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice come novellata<sup>15</sup>» (corsivo mio). La sua violazione non conduce più all'abuso d'ufficio.

Questo è un evidente segnale dell'impatto che la riforma del 2020 ha prodotto sull'ordinamento. Non si trascuri che – la stessa giurisprudenza indicata – riprende un suo precedente in tema in cui veniva affermato a chiare lettere che la nuova formulazione dell'articolo 323 c.p. determina «un ambito applicativo ben più ristretto rispetto a quello definito con la previgente definizione della modalità di condotta punibile<sup>16</sup>».

Comunque, oltre a quanto appena evidenziato, la riforma del 2020 opera essenzialmente su due fronti. Il primo che tenta di salvaguardare i funzionari pubblici dagli effetti negativi derivanti dalla proliferazione di norme contenute in fonti diverse dalla legge, che impongono regole con-

in *Dir. amm.*, 2014, 661-662, che individua, fra i vari elementi di criticità, la «progressiva liquefazione» del sistema delle fonti del diritto.

<sup>15</sup> Tribunale di Campobasso 15 giugno 2021.

<sup>16</sup> Cass. pen., Sez. VI, 9 dicembre 2020 n. 442.

tinuamente nuove all'agire amministrativo così complicando il quadro generale. Il secondo che invece cerca di proteggere i medesimi funzionari dalle numerose spinte giurisprudenziali che applicano la fattispecie dell'abuso d'ufficio in maniera fin troppo ampia e indeterminata<sup>17</sup>.

Sono due fronti intimamente legati fra loro. Infatti, è anche tramite il grimaldello delle norme "diverse" dalla legge che la giurisprudenza penale ha allargato i cordoni della fattispecie relativamente al profilo della condotta. Come ha messo in evidenza la dottrina<sup>18</sup>, il recente intervento legislativo rappresenta una *reazione* a questa giurisprudenza che, nonostante la precedente riforma in termini restrittivi del 1997<sup>19</sup>, aveva comunque esteso l'applicazione della fattispecie ben oltre le fonti indicate dal precedente art. 323 c.p.

Il tema di fondo resta pertanto quello della determinazione di un perimetro ragionevole in cui far operare, in base ai principi di tassatività e determinatezza della fattispecie, il sindacato del giudice penale nel

<sup>17</sup> Sulla "visione di insieme" alla base di «tutti i ritocchi compiuti dal legislatore per riformare il reato di abuso d'ufficio» in direzione della delimitazione dei poteri interpretativi della giurisprudenza e dunque verso un maggiore tasso di tipicità e tassatività, vedi: S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 28-29.

<sup>18</sup> Sul punto vedi, ancora, S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 30-31 (in particolare, relativamente al testo vigente dal 1997 al 2020, la dottrina indicata sintetizzata una serie di problemi che vanno dalla «assenza della prova dell'accordo collusivo fra pubblico ufficiale e privato cittadino» fino alla «presenza di violazioni indirette e mediate delle disposizioni legislative»). In ambito penalistico, sui problemi che sono alla base dell'applicazione giurisprudenziale del "vecchio" art. 323, prima cioè della riforma del 2020, vedi: T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. web*, 2020, 7 e 8; G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Riv. web Sistema Penale*, 2020; M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. web Sistema Penale*, 2020; B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pisa 2021.

<sup>19</sup> Come ricordato anche di recente (in particolare da R. GAROFOLI, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 405) «il riferimento alla violazione di norme di legge o regolamento fu introdotto dal legislatore del 1997 con il dichiarato intento di innalzare il livello di precisione descrittiva della disposizione incriminatrice, tacciata di eccessiva genericità, e di attenuare i rischi di sconfinamento del giudice penale nella sfera discrezionale della pubblica amministrazione, escludendo quindi che il giudice penale sindachi la sussistenza del vizio di eccesso di potere, quello cioè che, distinto dal merito da una linea di confine in sede applicativa labile, più degli altri innesca il pericolo di ingerenze».

campo dell'abuso d'ufficio<sup>20</sup>. Non a caso, anche di recente, si è sostenuto che con la precedente riforma del 1997 si era tentato di fornire una «dettagliata tipizzazione» alla fattispecie delittuosa senza evidentemente riuscirci<sup>21</sup>.

L'approvazione di una nuova riforma in tema significa evidentemente che quella precedente non era stata in grado di fissare confini certi alla cognizione giurisdizionale<sup>22</sup>.

### 3. *Profilo centrale della “condotta” in termini di “specificità” della disposizione legislativa violata, anche in rapporto alla discrezionalità amministrativa*

La riforma in esame offre l'opportunità di svolgere alcune riflessioni sulla complessa distinzione fra attività interpretativa e attività discrezionale nel particolare campo del diritto amministrativo. A questa stregua, dalla nuova formulazione dell'art. 323 c.p. emerge un dato assai interessante insito nella condotta, nel senso che l'abuso d'ufficio richiede la «violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge (...) e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

Come anticipato, l'essenza della riforma sta nella sostituzione dell'inciso «in violazione di legge o di regolamento» con una formulazione ben

<sup>20</sup> Del resto, come ha rilevato altra dottrina (B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 76), l'interesse al tema dell'abuso d'ufficio sta nel fatto che la giurisprudenza penale «considera irrilevante» «che sussista o meno un accordo con il destinatario degli effetti favorevoli del provvedimento emanato», finendo così «per essere sussunti nella fattispecie anche episodi di esercizio della funzione amministrativa nei quali l'amministratore ha soltanto interpretato ed esercitato la propria funzione in buona fede, senza alcuna intenzione di distorcerla per arrecare a chicchessia un qualche vantaggio». Ecco perché – conclude la dottrina indicata – «l'abuso d'ufficio è un campo nel quale si presenta con particolare intensità il rischio di interferenza del processo penale sull'azione amministrativa».

<sup>21</sup> In tal senso, M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 138.

<sup>22</sup> Del resto, sul punto si ricordano spesso, anche in contributi recenti, gli esiti dei lavori della c.d. Commissione Morbidelli (così denominata perché presieduta dall'illustre amministrativista), individuata dal Ministro della giustizia nel 1996 che, in risposta al “grido di dolore” lanciato dall'ANCI, circa l'incontrollabilità del rischio penale sotteso alla dimensione tipica e alla latitudine applicativa del nuovo abuso d'ufficio, propose la suddivisione della fattispecie dell'abuso d'ufficio in tre distinte ipotesi criminose, ossia *prevaricazione, favoritismo affaristico, sfruttamento privato dell'ufficio*.

più articolata, ove sono individuabili, riguardo alla condotta sanzionabile, almeno tre componenti, ossia: a) *specificità* della regola violata; b) necessità che tale regola sia contenuta in una disposizione formalmente legislativa; c) assenza di margini discrezionali in capo al funzionario che assume la decisione.

Ricollegandosi al fenomeno dell'*amministrazione difensiva* indicato in apertura, aver previsto la "specificità" della regola violata risponde all'esigenza di svincolare il più possibile il funzionario pubblico dal giogo delle responsabilità, nel senso che quando si troverà ad applicare regole non rispondenti ai requisiti di chiarezza e intelligibilità egli non potrà più essere chiamato a rispondere di abuso d'ufficio. Certo, a questo punto potrebbe obiettarsi che ben difficilmente sarà possibile configurare un abuso d'ufficio nel nostro ordinamento dato che sono piuttosto rari i casi di disposizioni così "specifiche" da non lasciare margini interpretativi a coloro che le applicano. Sul punto la recente dottrina penalistica, riferendosi al contesto normativo generale in cui anche l'abuso d'ufficio è evidentemente inserito, ha parlato di «sommo disordine», di «tumultuoso accavallarsi delle competenze», di «viluppo inestricabile delle procedure»<sup>23</sup>.

Tuttavia, nonostante questo quadro non certo incoraggiante è già possibile cogliere in sede giurisprudenziale qualche applicazione di violazioni "specifiche" che sostanziano l'abuso d'ufficio secondo la nuova formulazione. Ciò dovrebbe far pensare che lo stesso potrebbe ora essere confinato alle sole violazioni più manifeste, quelle cioè che usurpano in vario modo il contenuto letterale della fattispecie precettiva.

Così, in un caso riguardante il rilascio di un permesso di costruire, l'organo giudicante ha stabilito che si trattasse, «senza dubbio», «di norme specifiche» «per le quali non residuano margini di discrezionalità»<sup>24</sup>, ragion per cui si sostanzia l'abuso d'ufficio. Ancora, in un caso in cui un funzionario pubblico aveva autorizzato assunzioni attestando che non risultavano debiti fuori bilancio e che non emergevano disavanzi di gestione, la giurisprudenza ha chiarito che tali debiti e disavanzi erano in-

<sup>23</sup> Così T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 15, che osserva, ancora criticamente: «In questa palude infetta, il rischio di essere contaminato da una denuncia incombe anche sul più scrupoloso ed onesto degli amministratori pubblici, proprio perché la sua attività si svolge in una dimensione precaria, labile, fumosa, dove ogni scelta, ogni decisione può essere contestata e censurata. In un simile contesto, che svilisce e mortifica gli onesti, prosperano peraltro i malfattori».

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. III, 28 settembre 2020, n. 26834.

vece oggettivamente esistenti e con essi (logicamente) l'abuso d'ufficio<sup>25</sup>. Infine, in un recentissimo caso, sempre deciso dalla Cassazione<sup>26</sup>, si è rilevato che la nomina dei componenti dell'Organismo Indipendente di Valutazione (OIV) era stata disposta «a seguito di una procedura in completa inosservanza del dettato normativo», cioè senza che fosse intervenuto preventivamente un parere imposto dalla legge e senza che fossero rispettati i requisiti per la nomina. Talché, conclude la Cassazione, «la condotta ascritta» «si sostanzia nella violazione di specifiche disposizioni di legge primaria (...) la cui osservanza non era certamente rimessa alla discrezionalità del pubblico ufficiale, subordinata al rispetto dell'iter amministrativo tracciato dalla legge».

Queste prime applicazioni giurisprudenziali, oltre a confermare l'esistenza di previsioni che sostanziano la (nuova) condotta richiesta, contribuiscono a individuare un profilo non ancora adeguatamente indagato. Emerge cioè un'opzione interpretativa (presente anche in altri casi derivanti dal diritto giurisprudenziale<sup>27</sup>) che tende a unificare la *specificità della normativa* con l'*assenza di margini di discrezionalità*, cumulandone in una sola categoria.

Al contrario, si ritiene che tali due momenti siano autonomi, appartenendo il primo al campo dell'interpretazione giuridica, il secondo a quello dell'attività discrezionale.

A ragionare diversamente, il richiamo alla discrezionalità amministrativa contenuto nell'art. 323 c.p. assumerebbe le vesti di un elemento puramente rafforzativo del primo: come a dire che dalle previsioni normative che predeterminano con "specificità" l'intero agire amministrativo non deriva mai potere discrezionale, trovando spazio quest'ultimo

<sup>25</sup> Cass. pen., Sez. V, 28 dicembre 2020, n. 37517.

<sup>26</sup> Cass. pen. Sez. VI, 2 agosto 2021, n. 30127.

<sup>27</sup> Come osserva una delle prime pronunce della Corte di cassazione sul tema (Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442), successivamente ripresa da altre (vedi ad esempio Tribunale di Cassino del 26 febbraio 2021 e Cass. pen., Sez. V, 8 aprile 2021, n. 13250): «si pretende oggi che la condotta produttiva di responsabilità penale del pubblico funzionario sia connotata, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, *dalla violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa, che per un verso siano fissate dalla legge* (non rilevano dunque i regolamenti, né eventuali fonti subprimarie o secondarie) *e per altro verso siano specificamente disegnate in termini completi e puntuali. Di qui il lineare corollario della limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica*: intesa, questa, nel suo nucleo essenziale come autonoma scelta di merito – effettuata all'esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati – dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto» (corsivo mio).

solo insinuandosi negli interstizi della disposizione normativa formulata in maniera imprecisa.

Tuttavia, se così fosse si assisterebbe ad un uso sovrabbondante delle parole, foriero di cattiva tecnica redazionale dell'enunciato normativo e di altrettante problematiche applicative tipiche di quell'atteggiamento difensivo da parte dell'amministrazione che si voleva evitare, poiché sarebbe bastato dire che la *violazione di una specifica norma di legge* sostanzia sempre (cioè in ogni caso) la fattispecie dell'abuso d'ufficio, con il vantaggio di ridurre al minimo i problemi interpretativi che una formulazione inutilmente più articolata reca sempre con sé.

Invece, tenendo ferma l'opzione che separa il momento dell'*interpretazione* da quello della *discrezionalità*, si potrebbero verificare casi in cui, pur davanti ad una norma specifica, la presenza nella fattispecie di margini di potere discrezionale determinerà, come sua naturale conseguenza, l'impossibilità di contestare l'abuso d'ufficio al funzionario agente.

Inoltre, potrebbe anche accadere che la discrezionalità in un primo momento esistente, venga a ridursi progressivamente fino ad esaurirsi, rendendo così possibile la fattispecie dell'abuso d'ufficio.

Un elemento che rafforza l'impostazione indicata è contenuto nella stessa formulazione dell'art. 323 c.p., che quando parla di discrezionalità utilizza espressioni caratterizzate da dinamicità (ossia: «dalle quali non residuino margini di discrezionalità<sup>28</sup>»), da cui è possibile rinvenire un'ipotesi ove il potere, prima presente, venga progressivamente a scemare in virtù di qualche elemento condizionante fino a consumarsi del tutto.

Questi elementi condizionanti dipendono dal trascorrere del tempo, ma non sono esclusivamente legati ad esso, come invece accade in altre ipotesi ben conosciute nello scenario del diritto amministrativo<sup>29</sup>.

È ben noto, infatti, che nel procedimento amministrativo il semplice trascorrere del tempo anche oltre il termine di conclusione del procedimento, non consuma il potere di agire della P.A. e con esso la connessa discrezionalità, ad eccezione dei casi in cui siano previsti termini perentori fissati con legge invero assai rari.

<sup>28</sup> In tal caso si riprende evidentemente una previsione contenuta nel codice del processo amministrativo del 2010. Si tratta dell'art. 31, comma 3, a tenore del quale il giudice amministrativo, nel peculiare rito avverso il silenzio, può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando «non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità». Il tema sarà ripreso nella parte finale del presente contributo.

<sup>29</sup> Si allude alla previsione contenuta all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

Il trascorrere del tempo è dunque un elemento necessario ma non sufficiente al verificarsi del fenomeno della riduzione progressiva della discrezionalità fino al punto del suo totale esaurimento.

Occorre pertanto approfondire i profili accennati ai fini della corretta interpretazione del nuovo art. 323 c.p. Si partirà dalla preliminare distinzione fra attività interpretativa di una norma di legge da un lato e attività discrezionale come capacità di scelta dell'amministrazione dall'altro.

Specificati questi profili, ovviamente nei limiti consentiti dalla presente analisi, si passerà a considerare il fenomeno della riduzione progressiva della discrezionalità e segnatamente degli elementi che potrebbero "consumarla" come succede con la neve al sole.

#### 4. *Necessità di distinguere il piano dell'attività interpretativa da quello dell'attività discrezionale: spunti ricostruttivi*

Per come riformulata nel 2020, la condotta rilevante nell'abuso d'ufficio si riferisce ad una sola ipotesi: quella in cui il funzionario pubblico viola una regola legislativa "espressa" caratterizzata da "specificità". Merita rammentare, infatti, che la condotta stessa è stata sostituita dalla (generica) violazione «di norme di legge o di regolamento» alla (ben più stringente) violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

La nuova condotta evoca subito il canone dell'interpretazione della legge contenuto all'art. 12 delle preleggi al codice civile, secondo cui occorre riferirsi, almeno in prima battuta, al criterio letterale, consistente nel significato emergente dalle parole impiegate secondo la connessione sintattica che si realizza fra di loro<sup>30</sup>.

Come è noto questo criterio risulta essere applicabile ogni volta che sia possibile individuare in modo chiaro e univoco il significato e la connessa portata precettiva della disposizione e, nel caso che qui interessa, la "regola specifica" da applicare. Per converso sarà possibile ricorrere

<sup>30</sup> Su questi profili la dottrina è amplissima. Rimangono essenziali in tema, ad avviso di chi scrive, i contributi di V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, 195 ss. e di G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna 1974. Per un quadro generale vedi infine: F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998.



al criterio sussidiario della c.d. *mens legis* ove la lettera della legge risulti ambigua rispetto ad un'interpretazione letterale<sup>31</sup>.

Questa sembra essere la premessa maggiore scolpita nella nuova formulazione dell'art. 323 c.p., l'elemento a partire dal quale l'abuso d'ufficio potrà sostanziarsi. Di contro, i presupposti per applicarlo verranno meno ove la disposizione appaia come generica, incompleta, frammento di norma senza una chiara fattispecie<sup>32</sup>. Logico corollario è che la condotta rilevante potrà rinvenirsi solo innanzi ad un vero e proprio errore nell'applicazione dei criteri che governano l'interpretazione letterale dell'enunciato normativo. Si pensi, a conferma di ciò, al passaggio contenuto in una recente pronuncia in tema di abuso d'ufficio, fedele applicazione di quanto indicato finora in termini generali, secondo cui: «L'alternativa lasciata dalle norme era in definitiva o quella di rispettarne la lettera (...) o di violarle, come indubitabilmente hanno fatto»<sup>33</sup>. È il rispetto della "lettera" della legge l'elemento a partire dal quale sussumere da un fatto la fattispecie dell'abuso d'ufficio.

Nel quadro indicato, la discrezionalità amministrativa si colloca sullo sfondo, elemento secondario rispetto al presupposto principale rappresentato dall'errore interpretativo nell'applicazione di una disposizione specifica. Questa, pur rilevante come elemento escludente la condotta dell'abuso d'ufficio, risulterà meramente eventuale rispetto alla premessa principale cui si diceva, potendo entrare in gioco solo in connessione a questa, vale a dire ove collegata ad una disposizione legislativa specifica infranta dal funzionario.

Così intesa, la nuova disciplina applica l'impostazione dottrinale, ora prevalente, secondo cui la discrezionalità amministrativa non dipende dalla "completezza" o "incompletezza" della normativa attributiva di

<sup>31</sup> Inoltre, l'uno e l'altro criterio potranno acquistare un ruolo paritetico nell'ambito del procedimento ermeneutico allorché singolarmente impiegati si rivelino inidonei allo scopo (così, Cass. civ., Sez. lav., 4 maggio 2017, n. 10831; Cass. civ., Sez. I°, 18 giugno 2018, n. 16083 e Tar Veneto, Venezia, Sez. I°, 5 agosto 2019, n. 917).

<sup>32</sup> Sulle norme che si esprimono in «forma vaga, formulando concetti elastici che non si prestano ad applicazioni univoche e omogenee», vedi ampiamente: S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 5, 1197 e ss. (ed ivi bibliografia citata). Più in generale, anche con riguardo alle prospettive storiche e comparate che sono a fondamento delle c.d. norme incomplete, vedi ancora: S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano 1993.

<sup>33</sup> Cass. pen., Sez. V, 26 maggio 2021, n. 20884.

potere da colmare in sede applicativa, ma rappresenta un fenomeno autonomo a sé stante.

Tradizionalmente, la sovrapposizione concettuale fra interpretazione giuridica e discrezionalità amministrativa è stata influenzata dal fenomeno della c.d. disposizione imprecisa, da cui si deduceva che l'elemento basilare al fine del riconoscimento della discrezionalità fosse proprio l'incompletezza della disposizione attributiva di potere. A questa stregua la discrezionalità veniva qualificata come una peculiare forma di interpretazione della norma al caso concreto o, meglio, come un'attività intellettuale di puntualizzazione dei concetti imprecisi adoperati dalle norme<sup>34</sup>.

Progressivamente si è invece chiarito che la discrezionalità poteva presupporre uno spazio interpretativo senza però esaurirsi in esso<sup>35</sup>. È la presenza di *interessi* qualificati alla base dell'azione che potrà determinare l'emergere di margini valutativi discrezionali. L'utilizzo nella norma attributiva di potere di espressioni come "può", "dispone", "determina" è un primo elemento che fornisce indicazioni circa la presenza di *tracce* di potere discrezionale a favore dell'amministrazione.

Si prenda l'esempio di un tipico provvedimento discrezionale come la concessione della cittadinanza italiana. Nell'art. 9, l. n. 91/1992 si stabilisce, anzitutto, che la cittadinanza «può essere concessa» e poi che tale scelta dipende da una valutazione «sulle ragioni che inducono lo straniero a chiedere la nazionalità italiana» con riferimento, come ha chiarito la giurisprudenza, alle «sue possibilità di rispettare i doveri che derivano dall'appartenenza alla comunità nazionale», nonché alla «correlata assenza di *vulnus* per le condizioni di sicurezza dello Stato»<sup>36</sup>.

Il conferimento della cittadinanza si traduce pertanto in un apprezzamento discrezionale fondato sul complesso di circostanze utili a dimostrare la concreta possibilità d'integrazione nel tessuto sociale del richiedente dal punto di vista lavorativo, economico, familiare e di irreprensibilità della condotta<sup>37</sup>; si tratta di una «meticolosa ponderazione» di elementi utili al fine di valutare la sussistenza di un «concreto interesse pubblico ad accogliere stabilmente all'interno dello Stato comunità un

<sup>34</sup> Sul punto, anche al fine di cogliere i principali riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in tema, vedi: R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2006, 51.

<sup>35</sup> Fra gli altri vedi: E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, 514-515.

<sup>36</sup> Così, da ultimo, Tar Lazio, Sez. I° Stralcio, 30 luglio 2021, n. 9072.

<sup>37</sup> Id. sentenza da ultimo citata.

nuovo componente e dell'attitudine dello stesso ad assumersene anche tutti i doveri ed oneri<sup>38</sup>».

Un'ulteriore ipotesi di potere discrezionale è quella contenuta all'art. 31, comma 5 del Testo unico edilizia del 2001, secondo cui: in caso di opere abusive l'opera stessa è acquisita al patrimonio pubblico e poi demolita, a meno che «non si dichiarino l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico». Il quadro indicato conferma che la demolizione rappresenta un'attività discrezionale<sup>39</sup>, fino al punto di poter derogare alla regola generale secondo cui gli immobili abusivi acquisiti al patrimonio pubblico devono essere demoliti<sup>40</sup>.

Esistono molti altri casi di potere discrezionale così attribuito nel nostro ordinamento, si pensi ad esempio alla c.d. riammissione del dipendente pubblico prevista all'art. 132 T.U. impiegati civili dello Stato del 1957<sup>41</sup>, oppure, in tema di appalti pubblici, alla verifica dell'anomalia

<sup>38</sup> Id. sentenza da ultimo citata.

<sup>39</sup> Tar Toscana, Firenze, Sez. III, 13 luglio 2021, n. 1030. Non solo, si è anche osservato – nella stessa giurisprudenza citata – che «il prevalente interesse pubblico alla conservazione dell'immobile abusivo» non può identificarsi «con il diritto all'abitazione rivendicato dai ricorrenti», bensì deve essere rinvenuto «nella più ampia volontà del Comune di fronteggiare, ove sussistente, un problema generale di emergenza abitativa, il che richiederebbe l'attivazione di meccanismi volti a gestire gli immobili da destinare a tale funzione con criteri di imparzialità e parità di trattamento fra i più aventi diritto (si vuol dire che, ove in ipotesi l'edificio non fosse demolito per soddisfare gli scopi auspicati dai ricorrenti, non sarebbero questi ultimi a poterne esigere l'assegnazione in via automatica)».

<sup>40</sup> Regola che rappresenta un principio fondamentale della materia in base alla pronuncia della Corte cost., 5 luglio 2018, n. 140.

<sup>41</sup> Su cui, da ultimo, Cons. Stato, Sez. II, 19 luglio 2021, n. 5436. Infatti, per consolidata giurisprudenza amministrativa, la riammissione in servizio nel pubblico impiego «non costituisce un diritto dell'ex impiegato, ma è espressione di un potere ampiamente discrezionale nel cui esercizio è preminente, se non esclusiva, la considerazione dell'interesse proprio dell'amministrazione datrice di lavoro». Altra giurisprudenza ha rilevato che: «Proprio perché il provvedimento di riammissione è disposto non solo nell'interesse dell'ex dipendente, ma soprattutto nell'interesse dell'Amministrazione, la domanda dell'interessato ben può essere respinta sulla base di una valutazione di non utilità della riammissione stessa; dimostrandosi, a tal fine, sufficiente che l'Amministrazione evidenzi circostanze ostative, purché non siano illogiche o discriminatrici o palesemente abnormi. L'unico obbligo in capo a quest'ultima riconoscibile è quello di motivare adeguatamente la propria decisione eventualmente negativa, con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale viene a trovarsi ristretto entro i confini della verifica di eventuali emersioni inficianti, rilevanti, quali indici di eccesso di potere, sotto il profilo del travisamento di fatti, ovvero della illogicità manifesta» (CGA, Sicilia, 25 maggio 2020, n. 308).

dell'offerta di cui all'art. 97 del codice appalti del 2016<sup>42</sup> o, ancora, alla proroga per la conclusione dei lavori sottoposti a permesso di costruire, di cui all'art. 15, comma 2, del Testo Unico dell'Edilizia del 2001<sup>43</sup>. Va anche avvertito, però, che non sempre il riconoscimento di un simile potere passa attraverso una specifica previsione legislativa, perché talvolta può avvenire in via implicita. Il tema del riconoscimento di margini di potere discrezionale in una determinata vicenda amministrativa rappresenta un profilo ampio e complesso, indagato a più riprese dalla dottrina, che non può essere ulteriormente approfondito.

Invece, riguardo all'esame della condotta rilevante nella nuova fattispecie dell'abuso d'ufficio è necessario almeno tentare di accostarsi ad una definizione sufficientemente condivisa di discrezionalità amministrativa, corrispondente, in estrema sintesi, al complesso di valutazioni preliminari e di successiva scelta in direzione della realizzazione degli interessi pubblici (pre)determinati con legge.

Da qui scaturisce la classica definizione di discrezionalità amministrativa come "ponderazione di interessi". Descrizione che ne esalta il profilo garantistico poiché «La ponderazione non riguarda solo gli interessi pubblici, ma si estende a quelli privati, che ben possono essere sacrificati, ma solo nei limiti in cui ciò sia richiesto per il soddisfacimento dell'interesse della collettività»<sup>44</sup>.

In questo quadro il dato più rilevante è che l'interesse pubblico attribuito alla cura dell'amministrazione, denominato interesse primario, non

<sup>42</sup> Procedura che, nei casi in cui non sia espressamente previsto dalla norma, «è del tutto facoltativa, avendo natura spiccatamente discrezionale» (Tar Campania, Napoli, Sez. V, 2 luglio 2021, n. 4592).

<sup>43</sup> La quale può essere accordata, con provvedimento motivato, per fatti sopravvenuti estranei alla volontà del titolare del permesso, oppure in considerazione della mole dell'opera da realizzare, delle sue particolari caratteristiche tecnico-costruttive o di difficoltà tecnico-esecutive emerse successivamente all'inizio dei lavori, ovvero quando si tratti di opere pubbliche il cui finanziamento sia previsto in più esercizi finanziari. Invero, «La norma rappresenta una deroga alla disciplina generale dei termini di avvio e di conclusione dei lavori autorizzati di cui all'art. 15 D.P.R. n. 380/2001, finalizzata (la disciplina generale) ad evitare che una edificazione autorizzata nel vigore di un determinato regime urbanistico venga realizzata quando il mutato regime non lo consente più. Per tale motivo, la deroga prevista dal comma 2 dell'art. 15 va interpretata in senso restrittivo in modo da limitare le proroghe a casi che oggettivamente non dipendono dalla volontà del titolare del permesso di costruire (...) La proroga è quindi disposta con provvedimento motivato sulla scorta di una valutazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione in ordine alle cause del ritardo e alla non imputabilità di quest'ultimo all'interessato» (così, Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 23 marzo 2021, n. 285).

<sup>44</sup> Su cui vedi R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 89.

esiste isolato, poiché se così fosse la scelta dovrebbe corrispondere alla soluzione che tutela solo quell'interesse<sup>45</sup>, ma esiste insieme ad altri interessi attraverso cui ordinarlo. Quest'ultimi, che presentano carattere subordinato, prendono il nome di interessi secondari. Ebbene, la discrezionalità amministrativa consiste «in una scelta guidata dalla comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi, pubblici e privati, coinvolti in un episodio di esercizio del potere, in maniera tale che ciascuno di essi sia soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene che abbia nella fattispecie<sup>46</sup>».

Ma se nella concezione tradizionale gli interessi pubblici sono individuati dalla legge, nella concezione più moderna l'interesse pubblico che l'amministrazione deve concretamente perseguire «è concepito alla stregua di un'ipotesi di lavoro iniziale, di una ricerca che dovrà trovare la sua giustificazione *ex post* all'esito dell'istruttoria<sup>47</sup>».

Questo cambiamento prospettico è dovuto in buona misura al differente contesto in cui si trovano ad operare la prima e la seconda impostazione di cui si è riferito; basti pensare che per ragioni storiche la definizione tradizionale di discrezionalità non poteva tener conto di una serie di fattori determinanti come l'avvento della Costituzione, l'adesione del nostro sistema all'ordinamento europeo, fino all'approvazione della legge sul procedimento amministrativo. Non a caso, quando nello scenario attuale si guarda all'interesse pubblico in vista dell'applicazione dell'attività discrezionale, si distingue fra *interesse astratto* e *interesse concreto* al fine di rappresentare la differenza che corre fra situazione ipotetica (disegnata dalla norma attributiva del potere) e situazione reale (aderente alla vicenda amministrativa sottoposta all'attenzione dell'amministrazione procedente e decidente)<sup>48</sup>.

Volgendo queste osservazioni generali al concreto dato positivo rappresentato dall'art. 323 c.p., si rileva che nella prima parte della previsione sono contenuti chiari riferimenti all'attività interpretativa (in particolare quando si parla di «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge»), mentre nella seconda parte si allude espressamente alla discrezionalità.

<sup>45</sup> Sul punto, nonché sulle connesse «strategie legislative» che condussero alla configurazione del potere discrezionale nel senso sopra indicato, vedi S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino 2016, 277 e ss.

<sup>46</sup> Vedi, ancora, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 87.

<sup>47</sup> Ivi, 96.

<sup>48</sup> In tema vedi ancora: S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 279.

In questa previsione si ritrovano gli elementi base dell'antico dibattito riguardante la distinzione fra interpretazione e discrezionalità, i cui frutti sono utili per elaborare una chiave di lettura rispetto alla altrimenti intricata fattispecie dell'abuso d'ufficio. Da ciò è possibile delineare almeno le seguenti ipotesi, rilevanti in termini di inclusione o di esclusione in tema di abuso d'ufficio. In un primo caso l'abuso d'ufficio può verificarsi perché il funzionario ha violato una disposizione specifica di legge, che cioè non lasciava spazi interpretativi e da cui non residuavano margini di discrezionalità. In un secondo caso, all'opposto, l'abuso d'ufficio non può verificarsi perché, pur essendo stata violata una norma specifica, residuavano margini di discrezionalità come tali escludenti la fattispecie abusiva in capo all'amministrazione decidente. Infine, in un terzo caso l'abuso d'ufficio dovrebbe escludersi perché mancanti sia il presupposto costituito dalla norma specifica violata, sia l'attribuzione di potere discrezionale a favore dell'amministrazione (in quest'ultima ipotesi i fattori escludenti l'abuso d'ufficio operano congiuntamente al loro livello massimo).

Le valutazioni appena svolte per la discrezionalità valgono anche per la c.d. discrezionalità tecnica, non soltanto perché la nuova disciplina parla genericamente di discrezionalità senza ulteriori precisazioni, includendo pertanto tutte le varie forme della stessa, ma anche perché ciò risulta avvalorato da una recente e condivisibile giurisprudenza secondo cui «gli atti amministrativi connotati da un “margine di discrezionalità” tecnica sono esclusi dalla sfera del penalmente rilevante»<sup>49</sup>.

L'assimilazione in termini di effetti escludenti non deve far credere però che fra le due forme di discrezionalità non esistano differenze. Invero, la più evidente è quella in base a cui le valutazioni compiute attraverso l'esercizio della discrezionalità tecnica non si svolgono attraverso una “ponderazione di interessi” – operazione questa che invece costituisce il cuore della discrezionalità in senso stretto o pura – bensì attraverso un'analisi di fatti in cui rileva l'applicazione di criteri e parametri tecnico-scientifici. Ne deriva che la discrezionalità tecnica potrà essere esercitata solo da chi possiede specifiche competenze, vale a dire quei saperi richiesti per stabilire ad esempio il *pregio artistico di un bene* o il *grado di preparazione di un candidato* nell'ambito di un concorso, come altrettante

<sup>49</sup> Cass. pen., Sez. VI, 15 aprile 2021, n. 14214. La presa di posizione giurisprudenziale era stata del resto già anticipata dalla recente dottrina. In tal senso si rinvia ancora a S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 60.

premesse all'esercizio del potere discrezionale<sup>50</sup>. Resta fermo, però, che anche nella discrezionalità tecnica la scelta si compie attraverso un giudizio valutativo cui non è applicabile l'abuso d'ufficio; sempre che, ben inteso, la medesima regola non si caratterizzi per una tale specificità da far dubitare della stessa natura della relativa valutazione, tendente all'attività vincolata che non a quella discrezionale.

##### 5. *Discrezionalità e suoi elementi condizionanti in termini di riduzione progressiva fino al completo esaurimento*

La discrezionalità amministrativa, inclusa quella tecnica, può subire talvolta un processo di progressiva riduzione fino a completo esaurimento. Si tratta di un fenomeno ben conosciuto nel diritto amministrativo<sup>51</sup>, il dato nuovo è come questo incida sulla fattispecie dell'abuso d'ufficio.

Prima di addentrarci nel tema, occorre individuare le principali ipotesi in cui la discrezionalità amministrativa può concretamente (*tendere a*) esaurirsi.

La prima – e, come si vedrà, più rilevante di queste – è costituita dai c.d. autovincoli, ossia da limiti che la stessa amministrazione interessata si (*im*)pone rispetto al dipanarsi della propria azione. In sostanza, gli autovincoli rappresentano prescrizioni poste sia *in vista* che *in sede* della successiva spendita di potere: *in vista*, allorché l'autovincolo è predeterminato a livello generale ed entra in gioco al momento dell'avvio di un procedimento; *in sede* di spendita del potere allorché l'autovincolo è fissato dall'autorità amministrativa procedente lungo il corso di un parti-

<sup>50</sup> Nondimeno, esse «costituiscono pur sempre espressione di ampia discrezionalità», finalizzata a stabilire in concreto l'idoneità di un candidato» o il valore storico del bene. In particolare, si trattava del "Casel di Versutta" – edificio sito in Casarsa della Delizia – dove lo scrittore Pasolini e sua madre, nell'immediato dopoguerra, tenevano attività di volontariato scolastico a favore dei giovani del luogo e dove si svolgevano anche incontri letterari di valorizzazione della lingua friulana (sul punto vedi Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3663 che precisa: «La relazione tecnico- scientifica descrive lo stato attuale dell'ambiente circostante per evidenziare come esso sia ancora connotato dal paesaggio agreste che, come tale, consente la migliore vista e la più idonea fruizione del bene. Nel contempo si evidenzia come i terreni oggetto del vincolo indiretto abbiano da secoli l'attuale destinazione agricola e che l'area ricade nell'area di pertinenza dalla roggia Versa, elementi questi che confermano le ragioni di opportunità della sua conservazione»).

<sup>51</sup> Sulle coordinate generali di tale fenomeno si rinvia a P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano 1990 e A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli 1997.

colare procedimento senza avere valenza generale, dunque esercitando i limiti che lo caratterizzano solo per quella particolare vicenda.

Una seconda categoria di limiti in grado di condizionare l'esercizio del potere discrezionale riducendolo progressivamente è quella che deriva dal peculiare rapporto che si può instaurare in certi casi fra *procedimento* e *processo* amministrativo. Infatti, tramite meccanismi di derivazione giudiziaria si arriva a spingere l'amministrazione a compiere certe valutazioni sulla materia controversa, consentendo di focalizzare, attraverso successive approssimazioni, l'accertamento riguardante l'esercizio del potere amministrativo<sup>52</sup>. Il principale di questi meccanismi prende il nome di *remand*, consistente nell'obbligo a carico della P.A. di riesaminare una questione in maniera vincolata al *dictum* giudiziario<sup>53</sup>. Esecuzione, questa, riprendendo una celebre espressione crisafulliana, che potrebbe definirsi «a rime obbligate».

Infine, una terza categoria, sempre di derivazione giurisprudenziale come la precedente, è quella in cui l'amministrazione esaurisce il potere di effettuare valutazioni discrezionali a causa della «frattura del rapporto di fiducia» tra questa ed il privato che con essa si rapporta. Ciò che spinge la giurisprudenza a fissare un divieto di tal genere è l'accertamento di un agire amministrativo «reiteratamente capzioso, equivoco e contraddittorio<sup>54</sup>», lesivo del canone di buona amministrazione, nonché del necessa-

<sup>52</sup> Si pensi alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova, concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta l'attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza.

<sup>53</sup> Da qui si comprende come il *remand* non possa essere rappresentato in maniera unitaria. Certamente una costante dell'istituto in parola sta nel fatto che il giudice conduce con più o meno forza ed intensità l'amministrazione verso una data soluzione, imponendole pur sempre la rinnovazione del procedimento. In questa operazione, l'organo giudicante vincola la successiva scelta amministrativa ad una serie di elementi. È dal grado di incisività di questi, evidentemente legata alle modalità con cui le indicazioni cautelari sono dettate, che sarà possibile determinare il relativo livello di libertà dell'amministrazione, nonché lo spazio entro cui imbastire il successivo dialogo fra i due protagonisti del rapporto (amministrazione-giudice). Sul punto, fra gli altri, L. BERTONAZZI, *Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1227. A livello giurisprudenziale, emblematica la pur risalente pronuncia del Cons. Stato (Sez. IV, 30 giugno 2006, n. 4239, in *Foro amm. CDS*, 2006, 1797) che stabiliva quanto segue: il potere cautelare atipico conferito al giudice amministrativo «può spingersi fino alla sostituzione del giudice all'amministrazione», precisandosi però che ciò può accadere «in caso di attività a contenuto vincolato o di bassa discrezionalità».

<sup>54</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.



rio rispetto circa l'affidamento sulla correttezza dei pubblici poteri (da ultimo sancito in termini di "buona fede" all'art. 1 della l. n. 241/1990)<sup>55</sup>.

Un'idea più precisa dell'innovativa ipotesi appena indicata è offerta da un recente caso in cui la giurisprudenza ha stigmatizzato l'operato dell'amministrazione che, «nel riesercitare il potere in senso del tutto coincidente con il precedente atto già oggetto di puntuali rilievi da parte del Tribunale», motivava «in modo evidentemente pretestuoso»<sup>56</sup> «definitivamente consumando la propria discrezionalità»<sup>57</sup>, senza poter così tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato, anche in relazione ai profili non ancora esaminati<sup>58</sup>.

Non si fatica a scorgere una radice comune fra questa ipotesi e la categoria del c.d. *one shot* temperato, ora in parte recepita nel nuovo art. 10-*bis* della legge sul procedimento amministrativo<sup>59</sup>. Trattasi in particolare di quel principio, sempre di origine giurisprudenziale, in base a cui l'amministrazione, dopo aver subito l'annullamento di un proprio atto, può rinnovarlo una sola volta, dovendo quindi riesaminare la questione nella sua interezza, sollevando i profili che ritenga rilevanti, senza poter tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati<sup>60</sup>. Infatti, ove nella rinnovazione del provvedimento l'amministrazione non fosse in grado di individuare le ragioni alla base della propria determinazione, risulterebbe «non soddisfattivo e defatigante per il ricorrente permettere una terza reiterazione di un provvedimento di diniego che finirebbe con il risolversi, con forte probabilità, in una fotocopia dei due precedenti»<sup>61</sup>. Evidentemente, anche in quest'ultimo caso potrebbe verificarsi quella «insanabile frattura» del rapporto di fiducia

<sup>55</sup> Tale divieto dovrebbe pertanto precludere all'amministrazione di potere tornare a decidere nuovamente nei confronti dell'amministrato, anche ove fossero ancora rintracciabili spazi di discrezionalità, ad esempio riguardo a profili non ancora esaminati pur se rilevanti.

<sup>56</sup> Si trattava del rigetto di un'istanza di trasferimento presentata da un militare.

<sup>57</sup> Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 16 gennaio 2021, n. 15.

<sup>58</sup> Tar Campania, Salerno, 30 novembre 2020, n. 1815. Sul rigetto, in tale vicenda, di un possibile "eccesso di potere giurisdizionale" vedi: Cass. civ., Sez. Unite, 7 settembre 2020, n. 18592.

<sup>59</sup> Su cui vedi M. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Dir. econ.*, 2021, 25 e ss.

<sup>60</sup> In tal senso, Cons. Stato, Sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660; TAR Toscana, Firenze, Sez. III, 2 febbraio 2018, n. 183; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 8 ottobre 2019, n. 11596; sostanzialmente nello stesso senso, si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

<sup>61</sup> Tar Toscana, Firenze, 23 aprile 2020, n. 495.

tra amministrazione e privato alla base del fenomeno di totale consumazione del potere discrezionale rilevante in termini di abuso d'ufficio.

In sintesi, in ognuna delle tre ipotesi analizzate sembra potersi sussumere la condotta in grado di sostanziare l'abuso d'ufficio. Infatti, in ciascuna di esse il funzionario potrebbe violare le «specifiche regole di condotta» da cui «non residuino margini di discrezionalità» alla base della nuova formulazione dell'art. 323 c.p.

#### 6. *Autovincoli amministrativi e abuso d'ufficio: primi collegamenti giurisprudenziali*

Al fine di ricondurre a pratica quanto indicato a livello generale, occorre prendere spunto dall'analisi della giurisprudenza che nella cornice successiva alla riforma del 2020 si è occupata del tema degli autovincoli amministrativi, richiamandosi in particolare al rapporto fra abuso d'ufficio ed esercizio di un potere *in astratto* discrezionale che *in concreto* è divenuto vincolato<sup>62</sup>.

Si è di fronte ad un'ipotesi, merita subito evidenziarlo, in cui i limiti posti all'azione amministrativa non derivano dalla legge o da provvedimenti giurisdizionali, bensì da regole poste dalla stessa amministrazione. Accadeva così che l'organo giudicante, al fine di escludere l'applicazione nei confronti dell'imputato del regime di favore derivante dalla riscrittura dell'art. 323 c.p., ossia di quanto si è sopra definito "difesa amministrativa retrospettiva", statuisse che gli fosse addebitata «la violazione di una specifica regola di condotta prevista da una norma di legge».

Nel concreto si addebitava al funzionario di aver affidato un contratto per la «misurazione elettronica della velocità su strada» in cui erano stati omissi, a favore dell'aggiudicatario, i «costi di servizio» per ciascun verbale contestato<sup>63</sup>; mentre, al contrario, se questi costi fossero stati considerati, il valore dell'appalto sarebbe stato più elevato, rendendo necessaria a quel punto una procedura diversa da quella seguita, ossia una procedura aperta al mercato<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Cass. pen., Sez. VI, 28 gennaio 2021, n. 8057.

<sup>63</sup> Costi, questi, che invece si sarebbero dovuti sommare a quelli del canone annuale di noleggio delle apparecchiature.

<sup>64</sup> Rappresenta un caso classico di *artificioso frazionamento dell'appalto* perseguibile con l'abuso d'ufficio, a causa del fatto di aver procurato al predetto operatore economico «un ingiusto vantaggio patrimoniale».

Naturalmente, in questa sede interessa il percorso argomentativo seguito dalla Cassazione per giungere alla sussunzione della condotta seguita dal funzionario nella fattispecie dell'abuso d'ufficio.

Anzitutto, il supremo giudice richiama la «più attenta giurisprudenza amministrativa» che si è interessata all'art. 21-*octies* l. n. 241/1990, riconoscendo che il provvedimento risulta annullabile «non solo quando sia espressione di un potere vincolato (...), ma anche quando esso sia espressione di un potere, in astratto discrezionale, che sia divenuto vincolato in concreto», a causa delle «scelte che il pubblico agente ha compiuto nell'ambito di quello stesso procedimento amministrativo (...) oramai caratterizzato da un avvenuto esaurimento di ogni spazio di discrezionalità»<sup>65</sup>.

Il richiamo al potere discrezionale che diventa in concreto vincolato a causa di accadimenti estranei alla previsione normativa che concretamente lo attribuisce, conferma la riconducibilità del caso di specie al tema dell'autovincolo amministrativo<sup>66</sup>. Un'attività amministrativa *in astratto* discrezionale è dunque *in concreto* diventata vincolata a causa dell'azione della stessa amministrazione<sup>67</sup>.

La Cassazione allude chiaramente agli autovincoli *interni*. Tuttavia, a ben vedere, nel caso che ci occupa ciò accade solo in parte, dato che taluni vincoli posti all'azione del funzionario, poi condannato per abuso d'ufficio, non costituivano frutto di sue scelte, né tanto meno della sua amministrazione di appartenenza, bensì derivavano da fattori esterni. Occorre però procedere con metodo.

Il primo autovincolo *in senso proprio* riguardava gli esiti di “uno stu-

<sup>65</sup> Richiamando, in questo senso, la sentenza del Cons. Stato, Sez. II, 17 giugno 2019, n. 4089. Il rinvio a questa pronuncia è tuttavia impreciso poiché essa non tratta del tema del potere discrezionale a riduzione progressiva causato da fatti che intervengono sull'azione e che sono in grado progressivamente di vincolarla. Impreciso è anche il richiamo all'art. 21-*octies* per giustificare il fenomeno della discrezionalità a riduzione progressiva, che non appare come un fenomeno legato direttamente all'annullabilità degli atti di cui il menzionato articolo si interessa e che invece trova il suo fondamento in ambiti diversi uno dei quali è riconducibile all'art. 12, l. n. 241/1990, relativamente alla predeterminazione dei criteri per l'assegnazione di «vantaggi economici» derivanti da provvedimenti amministrativi. Norma quest'ultima finalizzata ad evitare che la P.A. possa «giungere al riconoscimento, in capo a soggetti pubblici o privati, di provvidenze economiche pubbliche, in assenza di qualsivoglia principio e/o criterio direttivo da essa determinato *ex ante*» (così fra gli altri Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 11 agosto 2020, n. 922).

<sup>66</sup> La Cassazione sembra alludere ai soli autovincoli “interni”. Tale presa di posizione è condivisibile perché come si preciserà nel testo sono questi i “veri” autovincoli.

<sup>67</sup> *Retro par. precedente*

dio sperimentale” che avrebbero permesso, ove fossero stati considerati, di determinare con maggiore sicurezza l’effettivo valore del contratto affidato e per questa via la concreta soglia applicabile. Procedendo così sarebbe stato possibile accertare «che il numero dei verbali di contestazione (...) sarebbe stato elevatissimo».

Un secondo limite era poi quello rappresentato dai “precedenti” in tema di altre amministrazioni, nel senso che le stesse avevano già affidato il medesimo tipo di appalto utilizzando una procedura di selezione più trasparente e competitiva di quella utilizzata nel caso di specie. Pertanto, a giudizio della Cassazione, si sarebbe dovuta seguire la medesima procedura anche nel caso oggetto di contestazione. In questo secondo caso si è però lontani da un autovincolo in senso proprio. Si tratta infatti di un limite esterno non solo all’amministrazione precedente, ma anche alla stessa amministrazione pubblica intesa complessivamente come ente. Non solo. Si fatica a qualificarlo come autovincolo in senso proprio perché: solo ove questo dato fosse stato apprezzabile in quanto inserito nell’istruttoria procedimentale avrebbe potuto determinare un limite sottoposto ad un obbligo-motivo ove si fosse deciso di non seguirlo.

Infine, nella pronuncia in esame si rinviene un limite, sempre qualificato in termini di autovincolo in grado di esaurire la discrezionalità dell’amministrazione decidente, corrispondente in un dato conoscibile esclusivamente a consuntivo, vale a dire dopo che la procedura di affidamento del contratto si era svolta. Ciò, in particolare, riguardava il fatto che «in appena due mesi di attività» la gestione di quel servizio aveva generato oltre cinquanta mila verbali per importi di notevole valore. Anche qui si è però lontani dal poter qualificare un simile elemento come autovincolo, ciò sia perché non predeterminato dalla medesima amministrazione, sia perché successivo allo svolgimento dell’azione, dunque non conoscibile ai fini di costituire un possibile limite.

Merita a questo punto precisare alcuni profili utili per interpretare più adeguatamente il richiamo, seppur implicito, alla categoria dell’*autovincolo* amministrativo contenuto nel nuovo testo dell’art. 323 c.p.. Per definizione, l’*autovincolo* è quello che l’autorità amministrativa procedente si impone *prima o nel corso* del procedimento. Dunque, non è tale ciò che proviene da fonti e relative autorità “esterne” ad essa, oppure ciò che non poteva essere conosciuto dall’amministrazione in quanto successivo allo svolgimento dell’azione e che semmai potrà rappresentare un limite all’azione futura ma non certo a quella passata. Si vuol dire che, in questi casi, non è l’autorità amministrativa decidente a stabilire se darsi o no un

determinato limite, bensì soggetti esterni ad essa, talvolta anche di natura politica, come accade con un atto di pianificazione urbanistica o di prevenzione della corruzione (contenuto nel c.d. piano di prevenzione), che pongono vincoli alla futura attività in una determinata materia. Proprio perché il vincolo risulta essere eterodeterminato si dovrebbe parlare più propriamente di *vincolo* all'azione e non di autovincolo.

Ma oltre al profilo descrittivo è necessario evitare sovrapposizioni concettuali perché da ciò potrebbero derivare conseguenze negative in termini di certezza sugli effetti prescrittivi. Infatti, nonostante la violazione di *vincoli* o di *autovincoli* conduca pur sempre a configurare un'invalidità censurabile in sede di giudizio di legittimità amministrativa, essa non sempre sostanzierà l'abuso d'ufficio. Il punto è questo.

In materia di abuso d'ufficio qualificare un fatto come *autovincolo* può determinare il discrimine fra ciò che è penalmente rilevante e ciò che non lo è. A tal proposito è necessario tener ferma la nozione più rigida e, per così dire, genuina di autovincolo, maggiormente rispondente alla necessità di porre un freno alle talvolta fin troppo ampie ed indeterminate previsioni legislative attributive di potere all'amministrazione<sup>68</sup>. Infatti, l'autovincolo opera essenzialmente in funzione suppletiva e/o integrativa della regola espressa dalla legge. Da ciò deriva anche che lo stesso presuppone naturalmente il riconoscimento di margini discrezionali a favore dell'amministrazione.

#### 7. *Rilievi critici sulla rilevanza degli autovincoli amministrativi nel testo riformato dell'abuso d'ufficio*

A questo punto appare chiaro che l'autovincolo rappresenta una scelta discrezionale legata alla tutela preventiva di quella medesima amministrazione che lo pone in essere. Una scelta che rappresenta in fondo una possibile manifestazione di *amministrazione difensiva* da cui la presente analisi è partita.

In effetti, la stessa amministrazione si premura di fissare criteri più

<sup>68</sup> Per questa ragione non sembra corretto definire autovincoli quelli che si limitano a ribadire quanto previsto dalla superiore normativa; così come non sembra corretto immaginare un autovincolo che si interessi di un'attività vincolata, poiché lo stesso si tradurrebbe in una modifica di una disciplina di rango superiore, che per giunta apparirebbe in contrasto anche col principio di proporzionalità inteso come divieto di introdurre oneri amministrativi non necessari a carico dei destinatari dell'azione.

stringenti allo svolgimento della propria azione, così ammettendo implicitamente di avere timori in ordine all'esercizio del potere discrezionale di cui dispone. Ciò accade con frequenza in materia di *concorsi* pubblici o di *appalti*, in cui l'autovincolo si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e di modalità tali da evitare che la complessità e la rilevanza degli interessi da valutare nella fase decisionale – complice l'ampia discrezionalità – possa in concreto favorire decisioni non imparziali<sup>69</sup>. In sostanza l'autovincolo opera sia come strumento volto al rispetto di principi fondamentali, quale ad esempio l'imparzialità<sup>70</sup>, sia come limite alle responsabilità imputabili a coloro che esercitano quel medesimo potere.

A questo punto però si pone una questione cruciale, che intercetta la riforma dell'abuso d'ufficio all'origine di questo lavoro. In tal senso risulta emblematica la vicenda ricordata nel paragrafo precedente relativamente al funzionario condannato per abuso d'ufficio a causa di errori compiuti nell'affidamento di un appalto pubblico. Ebbene, in tal caso si dubita che sia stato fatto buon governo delle regole a fondamento dell'autovincolo.

A parere di chi scrive, l'organo giudicante, alludendo agli *autovincoli*, è giunto a dare pregnanza giuridica a norme che provenivano da fonti non legislative, dunque in aperto contrasto con quanto la riforma del 2020 prevede. Ammettere la rilevanza di queste norme ai fini dell'abuso d'ufficio significa contraddire la *ratio* stessa dell'intervento riformatore volta a neutralizzare le fonti diverse dalla legge nella fattispecie al fine di limitare l'incidenza della complessità normativa foriera di "paura della firma".

Certo, potrebbe anche replicarsi che un simile epilogo deriva da una scelta della stessa amministrazione: è infatti quest'ultima che ha deciso di darsi delle regole interne, così offrendo il destro (più o meno consapevolmente) ad un successivo giudizio penale in tema di abuso d'ufficio. A questo punto la sussumibilità del fatto alla base del relativo giudizio

<sup>69</sup> Tar Lazio, Sez. III-*quater*, 15 dicembre 2020, n. 13550.

<sup>70</sup> Si pensi ad esempio al caso in cui si è ricordato come «la giurisprudenza amministrativa ha precisato che “sia il troncamento che l'arrotondamento costituiscono alterazioni delle normali regole matematiche, assunte dal diritto come regole “ordinarie” di comportamento; come tali, essi sono di stretta interpretazione ed applicazione; conseguentemente, gli stessi si applicano solo nel caso in cui espressamente una disposizione ne preveda l'applicazione e, in quanto “eccezioni”, non possono essere applicati fuori dai casi espressamente previsti (...), confermando che ... lo scostamento dalla regola dell'applicazione di puri criteri matematici, in quanto eccezionale e costituente una forma di autovincolo per l'amministrazione, deve essere contemplato espressamente» (Tar Lazio, Sez. III, 3 dicembre 2020, n. 12929).

dipenderà dalla stessa amministrazione, nella misura in cui l'*autovincolo* che predisporrà sarà in grado di ridurre il potere discrezionale fino a consumarlo del tutto. Tuttavia, non sfuggirà che ove il potere discrezionale fosse rimasto tale, non soggetto cioè alle limitazioni derivanti dagli autovincoli amministrativi, si sarebbe determinata l'inapplicabilità della fattispecie dell'abuso d'ufficio al funzionario responsabile.

L'effetto qui evidenziato condurrà a rifuggire dagli autovincoli. Da questi potranno infatti derivare incrementi del rischio di imputazioni altrimenti non predicabili.

Si è pertanto introdotta surrettiziamente, in via giurisprudenziale, un'ipotesi nuova nella condotta dell'abuso d'ufficio, in aperto contrasto con il principio di legalità e di tassatività della fattispecie penale, che inoltre limita i valori d'imparzialità e di trasparenza a fondamento della scelta di predisporre autovincoli.

Del resto, la situazione descritta è aggravata dall'interpretazione assai ampia che di autovincolo offre la giurisprudenza indicata, in cui convergono *atti e fatti* del singolo ente, nonché *atti e fatti* non riconducibili alla sua autonomia o a quella dei suoi dipendenti, ma che nondimeno vanno *in direzione* di essa e che essa (si presume) non poteva non conoscere. Tutto ciò amplia notevolmente la condotta punibile nell'abuso d'ufficio, andando ben oltre le singole ipotesi previste espressamente con legge.

#### 8. *Rilievi critici sul fatto che il c.d. sviamento di potere sia oramai completamente escluso dalla fattispecie dell'abuso d'ufficio*

Un ulteriore elemento di complessità che non può essere eluso in questa sede dedicata ai profili amministrativi dell'abuso d'ufficio è quello riguardante la riconducibilità (o non) del c.d. sviamento di potere alla fattispecie delittuosa come riscritta nel 2020<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> Del tema si è variamente interessata la recente dottrina penalista ritenendo esclusa l'ipotesi di *sviamento* dal novero delle condotte sussumibili l'abuso d'ufficio poiché riconducibile al vizio di eccesso di potere. In tal senso, anche alla luce della prima giurisprudenza applicativa sul nuovo abuso d'ufficio, si rileva (riferendosi all'eccesso di potere): «È vero certamente che la giurisprudenza di legittimità quasi mai nomina questo vizio di legittimità, ma si riferisce alla nozione di sviamento di potere. Ma è pur vero che lo sviamento di potere è il nucleo fondamentale del vizio di eccesso di potere» (così, M. GAMBARDELLA, *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale abolitio criminis e sindacato sulla discrezionalità amministrativa*, in *Cass. pen.*, 2021, 493 e ss. (spec. par. 3). Sul punto vedi altresì: N. PISANI, *Abuso d'ufficio*.

Nella maggior parte dei casi lo sviamento di potere è legato al vizio di eccesso di potere<sup>72</sup>, cioè a dire al *cattivo* esercizio della discrezionalità amministrativa, escludendosi pertanto che al verificarsi di questa fattispecie patologica amministrativa possa applicarsi quella delittuosa dell'abuso d'ufficio.

Rimane però qualche dubbio specialmente alla luce della riscrittura dell'art. 323 c.p. che, come visto in altra parte del lavoro, allude anche alla chiarezza e specificità della normativa violata per sostanziare la relativa fattispecie.

A partire da ciò viene da pensare che lo sviamento di potere possa talvolta coincidere anche con il vizio di legittimità della violazione di legge (e non dell'eccesso di potere), sostanziando per questa via un abuso d'ufficio. E in effetti, tecnicamente inteso, lo sviamento di potere rappresenta uno scostamento dell'azione amministrativa dal *fine* tipico che la legge aveva predeterminato. Se così è, allora, in certi casi, per quanto rari data la scarsa qualità della nostra normativa, tale scostamento potrebbe apparire più prossimo alla violazione di legge che non all'eccesso di potere<sup>73</sup>.

Naturalmente perché ciò accada occorre che la disposizione attributiva di potere sia formulata in maniera così precisa da non lasciare adito a dubbi circa l'indicazione del fine che vuole perseguire. Ipotesi rara a verificarsi come detto, ma non al punto da potersi escludere del tutto.

A riprova di ciò soccorre un recente caso giurisprudenziale. In esso è stata dichiarata illegittima una clausola di un bando perché prevedeva l'obbligo d'iscrizione al MEPA (ossia al c.d. mercato elettronico) degli operatori economici interessati non come strumento di semplificazione finalizzato a favorire l'incremento del numero dei partecipanti ad una gara<sup>74</sup>, bensì come «requisito professionale».

Esattamente, l'organo giudicante ne ha ravvisato l'illegittimità in ragione del chiaro *sviamento* della clausola menzionata, poiché: il mercato elettronico è stato istituito «al fine di assicurare la semplicità e la celerità

*La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. e processo*, 2021, 14-15 e A. D'AVIRRO, *Il "labirinto" della discrezionalità nel nuovo reato di abuso di ufficio*, *ibidem*, 2021, 930 e ss.

<sup>72</sup> Sul punto, da ultimo, S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 407.

<sup>73</sup> Sembra ammettere, seppure in "casi eccezionali" e comunque con diverse riserve e cautele, che lo sviamento possa assumere i connotati dalla violazione di legge, ove la legge enunci chiaramente il fine che intende perseguire e questo venga violato: S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 152.

<sup>74</sup> TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 13 aprile 2021, n. 530.



delle procedure concorsuali» in direzione dell'ampliamento della «platea dei fornitori», non come «sistema di qualificazione professionale delle imprese».

È questo un possibile saggio dello sviamento di potere in cui lo stesso potere amministrativo (manifestatosi in particolare nella predisposizione di un bando di gara) è stato esercitato per finalità diverse da quelle indicate da una chiara e specifica norma di legge attributiva di potere. Ne consegue – come anticipato – che se la norma attributiva di potere è formulata nei termini anzidetti, allora anche il relativo fine potrà essere chiaro e ben precisato e così sostanziare in caso di sua violazione un'inedita coppia sviamento di potere-abuso d'ufficio. Dunque, limitatamente a questa ipotesi, potrebbe applicarsi l'abuso d'ufficio senza che ciò tramodi in un surrettizio sindacato del giudice penale sull'eccesso di potere.

In base a quanto precisato non appaiono condivisibili le prese di posizione dottrinali che con forse eccessiva nettezza qualificano lo sviamento di potere come «un vizio di legittimità collegato necessariamente all'esercizio di una attività discrezionale<sup>75</sup>». Infatti, per questa via, si rischia di ridurre eccessivamente il perimetro applicativo dello stesso sviamento, confinandolo ai soli casi in cui esista attività discrezionale. Al contrario – e pur trattandosi di un'ipotesi non molto rilevante sul piano quantitativo a causa della scarsa qualità nella redazione delle disposizioni attributive di potere alla P.A. – anche in presenza di attività vincolata o di attività discrezionale divenuta in concreto vincolata, potrebbero darsi casi di sviamento rilevanti per la fattispecie dell'abuso d'ufficio.

In sostanza, dalla prospettiva di osservazione del reato di abuso d'ufficio, lo sviamento di potere oscilla fra eccesso di potere e violazione di legge, potendosi rinvenire alternativamente nell'uno o nell'altro caso seppure con frequenza ineguale a vantaggio del primo<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Così M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 146; in senso conforme A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Leg. Pen.*, 2020, 15.

<sup>76</sup> Inoltre, sembra possibile parlare di abuso d'ufficio per *sviamento* anche quando l'amministrazione, non solo non persegue un fine chiaramente indicato dalla legge, ma anche quando persegue un fine che in nessun caso potrebbe essere legittimo, come quello legato ad un interesse ritorsivo o persecutorio (Cass. pen., Sez. VI, 15 luglio 2021, n. 27399, in tema revoca di attribuzione di funzioni dirigenziali).

### 9. *Riflessioni conclusive*

La riforma dell'art. 323 c.p. si è incentrata sulla *condotta* della fattispecie abusiva. Nella versione attuale, infatti, la disposizione di riferimento muta rispetto al testo precedente nella sola parte riguardante la sostituzione del sintagma «norme di legge o di regolamento» con quello ben più articolato (e per questa via più limitante) «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità». È possibile supporre che i cultori del diritto amministrativo, compreso chi scrive, abbiano incentrato fin dall'inizio la propria attenzione sul passaggio di questa nuova formulazione che si riferisce all'esplicito richiamo alla discrezionalità amministrativa, trattandosi quest'ultimo di un argomento centrale per ogni trattazione di diritto amministrativo.

Ebbene, anche al termine di questo contributo si rimane persuasi del fatto che il tema vero, da cui probabilmente dipende la qualità di una qualsiasi riforma in materia di abuso d'ufficio, sia quello della discrezionalità amministrativa e del suo rapporto col potere giurisdizionale. Del resto non è un caso che, nel testo riformato dell'art. 323 c.p., compaiano formule mutuata dal codice del processo amministrativo relative ad uno dei temi più delicati e dibattuti del rapporto fra potere giurisdizionale e potere amministrativo: si allude all'art. 31 del codice del processo amministrativo che, nell'ambito del peculiare rito avverso il silenzio amministrativo, stabilisce, al comma 3, come il giudice amministrativo possa spingersi a conoscere della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio dal privato solo qualora (al medesimo potere amministrativo) «non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità».

Pur nella diversità degli istituti di riferimento, appare evidente come questa previsione contenuta nel codice del processo amministrativo sia stata oggetto di una sorta di trapianto normativo da parte del legislatore della riforma dell'abuso d'ufficio. Certo non si possono trascurare le differenze. Nel caso riguardante il controllo giurisdizionale amministrativo, il limite posto alla relativa cognizione giurisdizionale interessa la materia dell'inerzia amministrativa, nel senso che solo quando il privato sarà riuscito a dimostrare che l'attività amministrativa alla base della stessa inerzia era «vincolata», ovvero che non erano necessari adempimenti istruttori di competenza dell'amministrazione o, infine, ed è quanto qui più rileva, non residuavano margini ulteriori di discrezionalità, allora il giudice sarà autorizzato a spingersi fino alla verifica della fondatezza della

pretesa dedotta in giudizio dal privato. Al contrario, nel caso riguardante il controllo giurisdizionale penale, il limite posto interessa la condotta rilevante nell'abuso d'ufficio non rispetto a fatti omissivi, vale a dire quelli che più si dovrebbero avvicinare al tema dell'inerzia amministrativa, bensì a fatti commissivi che come tali hanno poco a che spartire con quest'ultima.

Nonostante ciò, resta netta l'impressione che fra le due previsioni ci sia un legame stretto o comunque una base comune. Quest'ultima si può probabilmente rinvenire nell'obiettivo di porre limiti alla cognizione giurisdizionale allo scopo di far salva la c.d. riserva di amministrazione, espressione del principio di separazione dei poteri<sup>77</sup>.

Si vuol così scongiurare il rischio che il giudice (amministrativo o penale) possa ingerirsi in scelte amministrative caratterizzate da ampia discrezionalità, ovvero disancorate da parametri normativi certi<sup>78</sup>, consapevoli che ove ciò accadesse si ammetterebbe inesorabilmente un sindacato troppo penetrante in tema, con la conseguenza che la pronuncia giurisdizionale apparirebbe opinabile alla stessa stregua di quella effettuata dall'amministrazione.

Come accade per un fiume carsico che s'inabissa e di tanto in tanto riaffiora, si ripresenta qui l'antico adagio secondo cui «giudicare l'amministrazione è ancora amministrare»<sup>79</sup>. Adagio o, meglio, insegnamento in forma di ammonimento ancora oggi condivisibile ove riferito al controllo del giudice che ardisca a spingersi fino all'*opportunità* della scelta amministrativa quando quest'ultima è solo una fra le diverse possibili e tutte valide in termini di legittimità. Ammonimento che però non deve rischiare di diventare una sorta di clausola generale cui attingere per rendere ingiustificatamente immune il potere amministrativo da ogni forma di controllo penale.

<sup>77</sup> Su questi due profili connessi, ossia "separazione dei poteri" e "riserva di amministrazione" nell'ambito del sindacato del giudice penale, sia nella loro evoluzione storica che con riferimento alle nuove chiavi di lettura derivanti dal diritto europeo, vedi da ultimo: F. DE LEONARDIS, *Il sindacato del giudice penale sugli atti di autorizzazione e concessione: alcune riflessioni "partendo dalla fine"*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2020, spec. 921.

<sup>78</sup> In questo secondo caso (e per ragioni già precisate nei paragrafi precedenti parr. 3 e 4) l'accento cade soprattutto sul nuovo art. 323 c.p.

<sup>79</sup> Espressione notissima e variamente attribuita, ma comunque coniata nell'Ottocento in Francia (così, G. ABBAMONTE, R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, Padova 2001, 6).



Antonio Merlino

IL RAPPORTO TRA CENTRALISMO POLITICO  
E DECENTRAMENTO AMMINISTRATIVO  
NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. L'accentramento dei poteri pubblici. Un retaggio dell'antico regime. – 2. Alla fonte del centralismo giuridico. – 3. Il centralismo nella scienza giuridica tedesca tra Otto e Novecento. – 4. L'ultimo tratto dell'antico regime. La sfida al centralismo politico e amministrativo. – 5. Conclusioni.

1. *L'accentramento dei poteri pubblici. Un retaggio dell'antico regime*

Il giurista Alexis de Tocqueville era convinto che la Rivoluzione francese avesse travolto quasi tutto dell'antico regime, tranne uno dei suoi fondamenti, il più odioso: il centralismo politico e amministrativo. Quest'ultimo non solo era stato accettato dai rivoluzionari e tramandato per loro tramite all'Ottocento giuridico e politico, ma era stato persino esasperato al punto da uscirne trionfalmente corroborato. Si sbagliavano i contemporanei di Tocqueville a ritenere l'accentramento dei poteri pubblici una conquista della Rivoluzione, giacché esso era invece un tratto tipico dell'antico regime, sopravvissuto alle fiamme divampate alla fine del secolo diciottesimo e rinvigorito tra le sue ceneri. Scriveva Tocqueville in un passaggio fondamentale dell'*Ancien Régime et la Révolution* (1856): «una volta, al tempo in cui non v'erano assemblee politiche in Francia, ho sentito un oratore che parlando dell'accentramento diceva: “Questa bella conquista della rivoluzione, che l'Europa ci invidia”. Ammetto benissimo che l'accentramento sia una bella conquista e convengo che l'Europa ce la invidi, ma sostengo che non è una conquista della Rivoluzione. Al contrario, è un prodotto dell'antico regime, e, aggiungerò, la sola parte della costituzione politica dell'antico regime che sia sopravvissuta alla rivoluzione, perché era la sola che potesse adattarsi al nuovo stato sociale creato dalla rivoluzione»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, trad. it. *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, a cura di G. Candeloro, Milano 1981, 71.

Per l'autore dei due libri sulla *Démocratie en Amérique* (1835 e 1840) la concentrazione dei poteri fu bramata ossessivamente dai monarchi francesi, ma incontrò puntualmente la resistenza dei Parlamenti e della nobiltà recalcitrante: non si realizzò mai compiutamente, insomma. Quella concentrazione fu invece perfezionata nel mondo giuridico scaturito dal rivolgimento costituzionale<sup>2</sup>.

Al principio della Rivoluzione il Terzo Stato si era autoproclamato rappresentante dell'intera nazione. Il 17 giugno 1789 esso aveva convertito la propria nomenclatura tradizionale in «Assemblea nazionale». Quando il 4 agosto fu solennemente abolito l'antico regime, l'Assemblea aveva già avvocato a sé tutti i poteri pubblici secondo il modello del *Contrat social* di Jean-Jacques Rousseau, ossia secondo la finzione contrattuale dell'identità tra governati e governanti, una finzione che ne annullava la dialettica in un potere onnicomprensivo e privo di limiti<sup>3</sup>. Il 26 agosto '89 la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* nacque nel segno di questa contraddizione: essa fu approvata da un'assemblea che ereditava le aspirazioni centraliste e autocratiche dei sovrani francesi, ma che, a differenza di questi ultimi, non incontrava i limiti posti dalla nobiltà e dalle grandi corti, abolite. L'assemblea si ergeva immensa e tutelare dinnanzi a quel «citoyen», a quell'individuo al quale accordava diritti sulla carta.

Tocqueville era dell'idea che in Europa la marcia della democrazia – quella medesima democrazia che egli aveva osservato come «fatto compiuto» in America – fosse inarrestabile, ma non riteneva che il mutamento di regime fosse di per sé garanzia di diritti. A suo avviso era fuorviante affissare lo sguardo su elementi esteriori del potere, come la forma di governo, poiché così facendo si tralasciava l'autentica sostanza dell'ordinamento di diritto pubblico: la conformazione della sovranità<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Altrove ho ricordato che quella che siamo abituati a considerare un'unica opera consiste invece di due opere, differenti tra loro, la *Démocratie en Amérique I* (1835), dominata dal tema della «tirannide della maggioranza» e di un popolo troppo potente e la *Démocratie en Amérique II*, dominata dal tema del dispotismo immenso e tutelare che tiranneggia dolcemente su un popolo inerme e disgregato in singoli e inermi individui. Si veda A. MERLINO, *Tocqueville lettore di Montesquieu*, in *Percorsi costituzionali*, 2018, 919-933.

<sup>3</sup> A questo proposito si veda il recente contributo di G. AZZARITI, «È dell'uomo che devo parlare». *Rousseau e la democrazia costituzionale*, Modena 2020, 44-63 in particolare. Scrive l'autore: «anziché prendere in considerazione le condizioni reali che possono determinare il conflitto tra volontà individuali e volontà generale egli [Rousseau] nega e rifiuta il confronto, assegnando a uno solo dei due termini della relazione dialettica il dominio» (54).

<sup>4</sup> Si confronti con A. MERLINO, *Montesquieu. Eine Perspektive*, con una prefazione di M.J. Rainer, Berlin-Boston 2020, 177-265.

In un noto passo del suo primo libro sulla democrazia (1835) Tocqueville scriveva: «l'onnipotenza in sé mi sembra una cosa cattiva e pericolosa; il suo esercizio è superiore alle forze dell'uomo, chiunque esso sia; solo Iddio può essere onnipotente senza pericolo, perché la sua saggezza e la sua giustizia sono sempre eguali al suo potere. Non vi è dunque sulla terra autorità, tanto rispettabile in se stessa o rivestita di un diritto tanto sacro, che possa agire senza controllo e dominare senza ostacolo. Quando, dunque, io vedo accordare il diritto o la facoltà di fare tutto a una qualsiasi potenza, si chiami essa popolo o re, democrazia o aristocrazia, si eserciti essa in una monarchia o in una repubblica, io dico: qui è il germe della tirannide; e cerco di andare a vivere sotto altre leggi»<sup>5</sup>.

Tocqueville riteneva che il solo antidoto contro una degenerazione dispotica degli ordinamenti democratici, che egli profetizzava affermarsi ovunque in Europa, fosse una frammentazione della sovranità. Per evitare una pericolosa concentrazione dei poteri pubblici occorreva a sua detta dividerli sia “orizzontalmente”, garantendo soprattutto l'indipendenza del giudiziario, sia “verticalmente”, dislocandoli all'interno della struttura federale o autonomista dello Stato. Sull'esempio degli Stati Uniti di America, che egli aveva visitato nel 1831, potere politico e struttura amministrativa andavano separati quanto più possibile.

Tocqueville, irriducibile difensore delle minoranze, fu al suo tempo egli stesso una “minoranza” in dottrina: *vox clamans in deserto*. Lo *Zeitgeist* andava in tutt'altra direzione e si stava estendendo ben oltre i confini della Francia di allora.

## 2. Alla fonte del centralismo giuridico

La Rivoluzione francese ebbe il suo epicentro a Parigi ma si propagò globalmente. La sua onda d'urto si prolungò con il suo ultimo esecutore testamentario, Napoleone. Quando nel 1806 Bonaparte entrò a Jena, Hegel era un trentaseienne<sup>6</sup>. Il maggiore dei biografi di Hegel,

<sup>5</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *La démocratie en Amérique*, trad. it. *La democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, Milano 1982, 258.

<sup>6</sup> Su Hegel e lo Stato di potenza si vedano le autorevoli riflessioni di C. AMIRANTE, *Prefazione* a H. HELLER, *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico*, trad. it a cura di A. Merlino di *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland. Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte* (1921), Foligno 2021, 5 e ss.

Karl Rosenkranz, ci riferisce l'avvilimento del filosofo quando i gendarmi francesi lo privarono degli strumenti per scrivere<sup>7</sup>. Eppure, la forza dirompente di Napoleone indusse in Hegel sentimenti di profonda e quasi mistica ammirazione: egli vi vide «lo spirito del mondo a cavallo». All'inizio del secolo Hegel aveva già messo mano a una prima versione di un'opera di diritto pubblico, la *Verfassung Deutschlands*, ma l'apparizione di Napoleone a Jena acuì i suoi precedenti ideali di unità dello Stato nazionale tedesco. Questi raggiunsero piena formulazione con la *Philosophie des Rechts* del 1820, un vaso di pandora dal quale scaturirono i maggiori motivi della scienza di diritto pubblico dell'Ottocento<sup>8</sup>.

Hegel mirava a suscitare un "Napoleone" tedesco, per evitare che la Germania, frammentata e disunita, soccombesse agli altri Stati nazionali. Ma come fare? Il modello della monarchia assoluta era definitivamente tramontato, apparteneva ad un passato non più restaurabile. Occorreva un nuovo fondamento teorico, giuridico e politico.

Nelle pagine del 1820 era delineata lucidamente la struttura accentrata dello Stato sovrano. Per la prima volta fu affermata in Germania la personalità dello Stato, ossia quella che in Italia divenne nota come la dottrina dello "Stato-persona". Sempre per la prima volta lo Stato e la sua amministrazione furono concepiti come sovraordinati all'individuo esaltato in precedenza dal romanticismo dei Fichte e dei Novalis: per Hegel il diritto dello Stato era il solo diritto, esclusivo e irresistibile.

Egli lo spiegava chiaramente nella terza parte della sua *Philosophie des Rechts*, culminante non a caso nello «Stato» (sezione terza della parte terza dell'opera).

Nel paragrafo 271 dell'opera leggiamo che «la costituzione politica è per prima cosa: l'organizzazione dello Stato e il processo della di lui vita organica in relazione a se stesso, nella quale esso differenzia i suoi momenti all'interno di se stesso e li dispiega al sussistere». Nel paragrafo successivo Hegel affermava che «la costituzione è razionale, in quanto lo stato entro di sé differenzia e determina la sua attività secondo la natura del concetto, e precisamente in modo tale, che ciascuno di questi poteri stessi è entro di sé la totalità perché entro di sé ha attivi e contiene gli altri momenti, e che essi, giacché esprimono la differenza del concetto, rimangono semplicemente nella sua idealità e costituiscono soltanto un

<sup>7</sup> Si veda K. ROSENKRANZ, *Hegels Leben*, Berlin 1844, trad. it. *Vita di Hegel*, a cura e con introduzione di R. Bodei, Milano 2012<sup>3</sup>, 541.

<sup>8</sup> Su questo tema si veda in particolare M.M. FRACANZANI, *Il problema della rappresentanza nella dottrina dello Stato*, Padova 2000, 161-270.



intero individuale».<sup>9</sup> E ancora nel paragrafo 278 leggiamo che «i particolari poteri e funzioni dello Stato non sono autonomi e stabili né per sé, né nella volontà particolare di individui, bensì hanno la loro ultima radice nell'unità dello stato come in loro semplice medesimezza, costituiscono la *sovranità dello stato*»<sup>10</sup>.

Tradotto dal gergo hegeliano ciò significa che i poteri sono soltanto dei «momenti» all'interno dello Stato o, per essere più precisi, delle sue «funzioni». Essi “eseguono” la volontà dello Stato, ma non hanno né autonomia né stabilità o libertà di azione. Al pari degli organi di una persona fisica, essi obbediscono al comando che proviene dal centro, cioè dal sovrano. Così concepiti essi non sono veri poteri, ma “funzioni” appunto.

Hegel edificò la sua grandiosa architettura giuridica sulle fondamenta della dottrina di Montesquieu e in particolare su quel capitolo dell'*Esprit des loix*, dedicato alla divisione dei poteri (il capitolo VI del libro XI). Il filosofo tedesco lodava sì lo «sguardo profondo di Montesquieu», ma si trattava di un Montesquieu privato di ogni carica vitale, neutralizzato e infine addomesticato al nuovo tipo di sovranità stilizzata nella *Philosophie des Rechts* e destinata a plasmare la mentalità dei giuristi. Infatti lo Stato di Hegel era incompatibile con il potere diviso auspicato da Montesquieu. Quest'ultimo poteva essere lodato soltanto a patto di negare ogni autonomia alle sue *puissances*, ossia asservendole al giogo dello Stato accentratore, giacché, scriveva Hegel, «con l'*autonomia* dei poteri, per es. del potere *legislativo* e dell'*esecutivo*, com'essi sono stati denominati, è posto immediatamente, come s'è veduto anche in grande, lo sfacelo dello stato»<sup>11</sup>.

Pertanto nella complessa architettura hegeliana andavano radicalmente rifiutate sia «la falsa determinazione della assoluta autonomia dei poteri l'uno contro l'altro» sia «l'unilateralità di concepire il loro rapporto dell'uno verso l'altro come un che di negativo, come reciproca limitazione». Queste limitazioni, da secoli alla base della tradizione giuridica, erano da Hegel liquidate come «Geschwätze», ossia «ciarle»<sup>12</sup>.

Ma non erano forse proprio queste «ciarle» ad indurre l'ammirato Montesquieu ad auspicarsi che il potere fosse frenato dal potere?<sup>13</sup>

<sup>9</sup> HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di G. Marini, Roma-Bari 2004, 216.

<sup>10</sup> Ivi, 223.

<sup>11</sup> Ivi, 218.

<sup>12</sup> Ivi, 216.

<sup>13</sup> Questa dottrina della divisione del potere ispirò gli autori dei *Federalist Papers* e la teoria del costituzionalismo come sistema di pesi e contrappesi, *check and balance*,

Hegel negava ogni autonomia al giudiziario, implicitamente ridotto a «bocca della legge» secondo una interpretazione abusiva di Montesquieu, e in particolare irrideva l'istituto dell'eforato (una sorta di Corte costituzionale *ante litteram*), auspicato da Fichte nei *Grundlage des Naturrechts*. L'eforato era da Hegel beffardamente schernito come «un contrappeso da lui [Fichte] inventato, che dovrebbe esserci contro il potere supremo»<sup>14</sup>.

Servendosi di una particolare interpretazione di Montesquieu Hegel poteva proclamare il principio dello Stato come unità essenziale («substantielle Einheit») e infine postulare (nel paragrafo 279) il principio della «personalità» («Persönlichkeit»), che in Italia è conosciuto come il principio dello Stato-persona. La sovranità dello Stato era così risolta e fatta coincidere con la personalità dello Stato: «è la sovranità, nel cui semplice concetto confluisce l'organismo là sussistente nelle sue particolarità, e alla quale è affidata la salvezza dello stato»<sup>15</sup>. Quest'ultima era considerata la *suprema lex*, specialmente nell'ora dell'emergenza, che autorizza il sacrificio dei diritti soggettivi e i «pieni poteri» nelle mani di un decisore in ultima istanza<sup>16</sup>.

Nello Stato assoluto culminava la filosofia del diritto di Hegel. Naturalmente questo suo Stato non concepiva né un limite interno (i corpi intermedi e le autonomie locali) né un limite esterno (il diritto internazionale: come noto per Hegel solo la guerra era il «pretore» dirimente le controversie tra Stati).

una dottrina che è in linea con la tradizione giuridica. Sulle radici tradizionali di questa dottrina si veda M.J. RAINER, *Die Römische Republik, Montesquieu und die Amerikanische Verfassung*, in *Calamus. Festschrift für Herbert Graßl zum 65. Geburtstag*, hrsg. von R. Breitwieser, M. Frass und G. Nightingale, Wiesbaden 2013, 394-402. Secondo Rainer fu la tradizione romanistica – Polibio e Cicerone in particolare – ad ispirare la dottrina della separazione dei poteri. Per una interpretazione della divisione dei poteri in linea con la tradizione romanistica e tesa a recuperare una dialettica tra «legge» e «giurisdizione» si tenga presente O. VON BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig 1885, 1-48, trad. it. a cura di A. Sandri: *Legge e giurisdizione*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 1269-1292.

<sup>14</sup> Ivi, 219. Fichte fu un difensore dell'individualismo romantico e del diritto soggettivo a fronte di ogni possibile ingerenza della statualità. Rinvio alla mia introduzione a H. HELLER, *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico*, a cura di A. Merlino e con prefazione di C. Amirante, Foligno 2021, 5-32.

<sup>15</sup> Ivi, 224.

<sup>16</sup> *Ibidem*. In questo passo troviamo una prima traccia della teoria decisionista, successivamente sviluppata da Carl Schmitt. Per un approfondimento si veda A. MERLINO, *Hermann Heller tra Kelsen e Schmitt*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, 74-88.

Ogni limite tanto interno (i poteri di Montesquieu) quanto esterno (il diritto sovranazionale) spariva nell'esaltazione dello Stato nazionale come valore assoluto, come sola «verità» nel diritto e nella politica.

Il laboratorio filosofico di Hegel fornì ai giuristi gli strumenti per costruire gli edifici dottrinali nella scienza del diritto pubblico nella Germania in cerca di una propria unità<sup>17</sup>.

### 3. *Il centralismo nella scienza giuridica tedesca tra Otto e Novecento*

Il giurista Wilhelm Eduard Albrecht aveva tradotto in termini giuridici la lezione filosofica di Hegel e proposto la teoria della personalità dello Stato in uno scritto apparso a Gottinga nel 1837<sup>18</sup>. Albrecht era un maestro autorevolissimo degli studi giuridici. La sua definizione di Stato come «entità collettiva» che si ergeva sui singoli e che non era riducibile né nella somma delle volontà dei sudditi né nella volontà del sovrano destò grande impressione in Germania. Egli fu il primo tra i giuristi a definire lo Stato come entità separata e a se stante, dal quale ogni altra realtà giuridica traeva la sua derivazione<sup>19</sup>. Come si vede, la lezione di Hegel sulla personalità dello Stato era stata meditata non solo dai filosofi ma anche dai giuristi: così dalla sua *Philosophie des Rechts* (1821) essa migrava nel cuore della giuspubblistica tedesca con lo scritto di Albrecht del 1837.

Il più brillante allievo di Albrecht, Carl Friedrich Gerber, fece tesoro di quelle pagine redatte dal maestro e le citò quindici anni più tardi in apertura del suo *Über öffentliche Rechte* (1852). Il seme era stato gettato dall'«intuito geniale»<sup>20</sup> di Albrecht e prima di lui da quello di Hegel; Gerber era pronto a trarne i frutti e a perfezionare la creatura fittizia dello Stato-persona con acuito rigore giuridico nei *Grundzüge eines Systems*

<sup>17</sup> Il ritratto di Hegel qui tratteggiato è parziale e funzionale all'interpretazione "statalista" da parte dei giuristi menzionati. Un ritratto più esaustivo metterebbe in risalto contraddizioni delle quali non è possibile fare cenno in questa sede.

<sup>18</sup> Per la prima volta ALBRECHT formulò questa teoria nella sua *Recensione* di Romeo Maurenbrecher, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, in *Göttingische gelehrte Anzeigen*, 1837, 1489, 1492 e 1508 specialmente. Su Albrecht si veda H. UHLENBROCK, *Der Staat als juristische Person. Dogmengeschichtliche Untersuchung zu einem Grundbegriff der deutschen Staatsrechtslehre*, Berlin 2000, 39-55.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> C.F. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, trad. it. *Sui diritti pubblici*, in C.F. GERBER, *Diritto pubblico*, a cura di P.L. Lucchini, Milano 1971, 17-18.

*des deutschen Staatsrechts* del 1865. L'opera fu pubblicata nel pieno della temperie che aveva da poco portato all'unificazione italiana e che stava per condurre all'unità tedesca: Stati la cui "unità" era in formazione, Stati "giovani" che necessitavano una scienza di diritto pubblico.

Nello scritto del 1852 compariva già l'idea di organismo, del quale il monarca è l'«organo supremo», la «guida suprema del Potere statale», mentre i vari organi della persona-Stato altro non erano che «diverse funzioni del potere sovrano»<sup>21</sup>. Nei *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* l'idea fu perfezionata: Gerber poteva scrivere che «il potere dello Stato è la forza di volontà di un organismo etico idealmente personificato»<sup>22</sup>. Questa forza non consisteva per lui nell'«insieme artificiale e meccanico di molte volontà individuali», ma era invece «potenza etica di un popolo giunto a coscienza di sé», o, in altri termini, del popolo nazionale come sentimento romantico e irrazionale che era finalmente convertito in sovrana entità statale<sup>23</sup>.

Così come in Hegel, anche in Gerber non vi era spazio per una divisione dei poteri, poiché questa era in insanabile contrasto con l'unitarietà della persona statale. La cura di «tutti gli interessi vitali dello Stato» così come «l'attività giurisdizionale» degradavano in Gerber a «esecuzione della volontà statale, espressa nelle leggi o altrove» ed erano infine sottoposte «ai principi giuridici che reggono l'amministrazione, in quanto sono solo funzioni, in sé non autonome, proprie di tutte le attività dello Stato»<sup>24</sup>.

La potenza politico-amministrativa dello Stato era così affermata in tutta la sua pienezza come sovraordinata ai diritti individuali e al giudiziario ridotto a funzione. E ancora, scriveva lapidariamente Gerber che «la volontà dello Stato si manifesta nell'attività dei suoi due organi», legislativo ed esecutivo,<sup>25</sup> mentre la giurisdizione «si caratterizza per essere

<sup>21</sup> Ivi, 50-51. A differenza di Albrecht, che per protesta contro il principe fu pronto ad abbandonare la cattedra, Gerber si schierò abitualmente dalla parte del principe, anche quando questi violò apertamente i diritti sanciti nel 1848. La personalità dello Stato di Gerber era ancora saldamente legata alla persona del monarca, titolare del potere esecutivo e infine della sovranità. Si veda P.L. LUCCHINI, *Introduzione* a C.F. GERBER, *Sui diritti pubblici*, cit., VIII-IX.

<sup>22</sup> C.F. GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, trad. it. *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in *Diritto pubblico*, cit., 109.

<sup>23</sup> Ivi, 109-110.

<sup>24</sup> Ivi, 118.

<sup>25</sup> Ivi, 157 e ss. Ivi

preordinata all'attuazione del diritto oggettivo»<sup>26</sup>. La drastica affermazione della soggezione del giudiziario alla volontà statale si combinava con l'idea secondo la quale «gli uomini e le cose» sono «dominati come oggetti del diritto di dominazione dello Stato». Conseguentemente i diritti del singolo in uno Stato non erano concepibili come a se stanti, ma solo in quanto quel singolo «appartiene a quello Stato come soggetto giuridico, come persona giuridicamente sottomessa»<sup>27</sup>.

Anche per Paul Laband l'unità statale non poteva essere scalfita da una vera e propria divisione dei poteri. Per Laband la divisione dei poteri minava il fondamento teorico della «Staatsgewalt», del potere statale, poiché disperdeva la sovranità dello Stato, che invece, a sua detta, era «una unità e una personalità». «Ogni persona deve avere una volontà unitaria e non può essere dissolta in diversi soggetti indipendenti senza perire»<sup>28</sup>. Più precisamente, la divisione dei poteri doveva essere addomesticata da Laband entro la sovranità statale unitaria: a Montesquieu Laband attribuiva sì il «merito» della divisione, ma al contempo rimproverava di aver fatto delle «tre funzioni» statali «tre poteri, pouvoirs o puissances», frammentando così «la sovranità statale in tre poteri tra loro indipendenti». «È invece corretto – sentenziava Laband – che le diverse funzioni dello stato devono essere esercitate attraverso diversi organi e che per la loro attività sussistono diverse forme e condizioni»<sup>29</sup>.

Nonostante la pretesa “purezza” scientifica della giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento, essa si stagliava sullo sfondo politico e sovente finiva per aderirvi. Se Gerber aveva vissuto, pensato e scritto nella Germania preunitaria, quella Germania la cui frammentarietà politica era stata condannata da Hegel all'inizio del secolo nella *Verfassung Deutschlands* – Laband scriveva nella Germania del *Reich*, la Germania bismarckiana che aveva tradotto nella pratica le aspirazioni hegeliane verso l'unificazione.

Hegel non aveva auspicato il dominio dello Stato unitario per mezzo della violenza. Con un tratto originale del suo pensiero egli aveva invece predetto una spontanea adesione sia dei singoli stati territoriali tedeschi

<sup>26</sup> Ivi, 185.

<sup>27</sup> Ivi, 201-202. Questa concezione teorica implicava la posizione di superiorità della pubblica amministrazione sul soggetto, un principio affermatosi per tutto l'Ottocento giuridico e solo di recente ribaltato da dottrina e giurisprudenza nel campo del diritto amministrativo.

<sup>28</sup> P. LABAND, *Staatsrechtliche Vorlesungen*, bearbeitet und herausgegeben von B. Schlüter, Berlin 2004, 119-120 (trad. it. mia).

<sup>29</sup> Ivi, 188.

e dei corpi intermedi sia degli individui allo Stato di potenza, che avrebbe infine determinato la salvezza tanto degli uni quanto degli altri. Per Hegel uno Stato unitario di potenza era nel pieno interesse delle allora riottose realtà territoriali e finanche dell'individuo del romanticismo, che solo in quanto membro assoggettato a un Dio-Stato avrebbe potuto ottenere tutela e diritti<sup>30</sup>. Laband aveva dinnanzi un panorama giuridico mutato: l'ideale di Hegel si era convertito in reale e la Germania aveva ottenuto la sua tanto auspicata unificazione nel 1870.

*Das Staatsrecht des deutschen Reiches* di Laband si apriva non a caso con un capitolo dedicato alla nuova realtà politica (il capitolo era intitolato *Die Entstehungsgeschichte des Deutschen Reiches*), la cui «natura giuridica» impegnava le energie intellettuali del giuspubblicista<sup>31</sup>. Il *Reich* tedesco era considerato la nuova entità statale, la nuova persona giuridica dotata di propria indipendente volontà. «Per instaurare la sua volontà – così Laband – l'impero ha i suoi propri organi, i quali non sono una riunione degli organi che esprimono la volontà dei singoli stati né tantomeno organi comunitari dei governi e delle popolazioni dei singoli stati»<sup>32</sup>. *Bundesrat* e *Reichstag* non erano considerati come apparati rappresentativi dei singoli stati tedeschi, ma come «organi per l'instaurazione di una indipendente volontà unitaria» in potenziale contrasto con il placito delle singole entità territoriali e finanche con la loro «maggioranza»<sup>33</sup>. Lo stesso principio valeva in Laband per gli individui, che solo in quanto membri dello Stato erano degni di diritti e tutela<sup>34</sup>. Laband affermava veementemente la sovranità assoluta del nuovo Stato persino rispetto all'imperatore. Citando (non a caso!) il «principe Bismarck» egli si spingeva ad affermare che «in letteratura» vi fosse «unanimità sul fatto che l'imperatore non è sovrano dell'impero» e che anche quando nel linguaggio comune questi è così designato «l'espressione non è da intendersi nel senso della scienza dello Stato di diritto»<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Si veda Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico, cit., 169-175

<sup>31</sup> «Die rechtliche Natur des Reiches» è uno die capitoli fondamentali dell'opera. Si veda P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I, Tübingen 1911, 88-94.

<sup>32</sup> Ivi, 90.

<sup>33</sup> Ivi, 91. Questa idea si ritroverà nel pensiero dei Kelsen e dei Renner, allorché questi gettarono le basi della Repubblica federale austriaca minata dalla spinte centrifughe dei *Länder*. Per una prospettiva più ampia rinvio a A. MERLINO, *I presupposti della Costituzione federale austriaca*, in *Percorsi costituzionali*, 3/2019, 797-811.

<sup>34</sup> P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit., 137 e ss.

<sup>35</sup> Ivi, 97, nota 4.

A differenza di Gerber, Laband aveva sottoposto persino l'imperatore alla sovranità dello Stato. Ma di quale Stato? Si trattava dello Stato bismarckiano, che falciava le autonomie di stati e individui, inglobava nella sua «volontà» ogni potere pubblico e infine negava ogni diritto che non fosse sua diretta emanazione.

Nella scienza giuridica dominante nell'Ottocento non era stata solo annientata la divisione dei poteri orizzontali, ridotti tutt'al più a «funzioni» (la divisione sul «versante interno» insomma) ma finanche quella verticale: le autonomie degli stati erano state negate e assorbite nell'entità statale. Lo stesso destino spettava al diritto sovranazionale.

Uno dei maggiori internazionalisti di quel tempo, Karl Theodor Pütter, riteneva che nessun diritto vincolasse l'azione esterna dello Stato e in particolare che questi potesse muovere guerra a suo piacimento, senza altra giustificazione se non il proprio placito sovrano. Il problema tradizionale della giustizia o meno di una guerra veniva così eluso, giacché tutte le guerre intraprese da uno Stato erano da considerarsi «giuste, se conformi al suo diritto», cioè alla sua volontà. Il diritto internazionale di Pütter non era un vero e proprio «diritto», ma l'insieme dei singoli diritti statali e la guerra, così come in Hegel, era elevata implicitamente a inevitabile strumento di risoluzione delle controversie tra entità sovrane<sup>36</sup>.

Un altro maestro degli studi internazionalistici, Heinrich Bernhard Oppenheim, dedicò uno dei primi capitoli del suo *System des Völkerrechts* ai «diritti assoluti degli Stati» («die absoluten Rechte der Staaten»). Il diritto dello Stato verso l'esterno, «nach außen», era per Oppenheim conseguenza dell'essenza dello Stato come valore «assoluto», non vincolato da nulla se non da se stesso. Mentre nell'ordinamento interno, spiegava il giurista, il singolo individuo era il soggetto del potere statale, lo stesso non valeva nell'ordinamento internazionale, entro il quale lo Stato non poteva mai e poi mai essere considerato «soggetto»<sup>37</sup>. Similmente (ma meno radicalmente) August Wilhelm Heffter affermava che l'ordinamento giuridico internazionale non fosse in fondo un vero ordinamento, poiché esso non contemplava alcuno dei poteri pubblici che spettavano esclusivamente allo Stato<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> K.T. PÜTTER, *Beiträge zur Völkerrechts-Geschichte und Wissenschaft*, Leipzig, 1843, 10-16. Mutato quel che vi è da mutare, un dibattito simile è in corso oggi sulla natura giuridica dell'ordinamento europeo. Si veda S. BATTINI, *L'Unione europea come originale potere pubblico*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di P.G. Chiti, Milano 2018, 1-46.

<sup>37</sup> H.B. OPPENHEIM, *System des Völkerrechts*, Frankfurt am Main 1845, 96-97.

<sup>38</sup> A.W. HEFFTER, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen*

Lo Stato scaturito dalla giuspubblicistica tedesca, ma le cui fondamenta sorsero con la grande rivoluzione, quello Stato non conosceva limiti né interni né esterni. Ciò vale anche per la dottrina dell'ultimo grande giuspubblicista dell'Ottocento, colui che fece il passaggio di consegna della scienza giuridica precedente al nuovo secolo: Georg Jellinek<sup>39</sup>.

Jellinek costruì una teoria della divisione dei poteri, dei diritti pubblici soggettivi e della sovranità, che ambiva fortemente all'unità statale. Sull'autorità di Montesquieu poggiava la sua pretesa accentratrice. Scriveva Jellinek che «nel suo famoso libro “esprit des lois” Montesquieu ha trovato un ideale politico nello stato, il cui fine è la libertà politica dei suoi cittadini, e posto l'Inghilterra come modello costituzionale. Le istituzioni inglesi, così come esse furono comprese e imitate in Francia, danno adito a una dottrina del modello di stato costituzionale». «Questo diritto costituzionale generale dello stato, esposto in numerose opere tedesche, ha avuto a sua volta una grande influenza sulla pratica politica, diventando, anche e in particolare in Germania, la base del programma dei partiti liberali»<sup>40</sup>.

Il Montesquieu di Jellinek aveva compiuto «il passo decisivo» per la divisione delle tre funzioni dello Stato, attribuendole a tre organi differenti<sup>41</sup>. Riducendo i «tre poteri» a «tre funzioni» e oscurando gli sforzi di Montesquieu per suddividere la sovranità (l'esatto opposto dell'accenramento!) Jellinek riusciva a “salvare” il giurista francese e ad arruolarlo per i suoi scopi. Così annacquata, privata della sua carica eversiva, la concezione del potere di Montesquieu poteva combinarsi con la teoria della autolimitazione (*Selbstbeschränkung*) dello Stato, quale fonte esclusiva del diritto soggettivo. Jellinek aveva già affermato molte di quelle cose nel 1892 nel *System der subjektiven öffentlichen Rechte*.

In quelle pagine, introdotte in Italia dal padre del diritto pubblico italiano, Vittorio Emanuele Orlando (1911) Jellinek aveva scritto che: «fra le caratteristiche specifiche del diritto pubblico vi è quella che la persona che accorda la tutela giuridica e quella che, direttamente o indi-

*Grundlagen*, Berlin 1882<sup>7</sup>, 3. Il diritto internazionale era da Heffter affermato come ordinamento giuridico, ma solo in quanto riflesso della volontà statale, benché non assoluta. Si veda a proposito H. HELLER, *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico*, cit., 256-262.

<sup>39</sup> Come noto Jellinek fu il maestro di Hans Kelsen, il quale portò alle estreme conseguenze la dottrina ottocentesca affermando la perfetta identità tra Stato e ordinamento giuridico. Rinvio alle riflessioni da me svolte in A. MERLINO, *Kelsen im Spiegel der italienischen Rechtslehre*, Frankfurt am Main-New York 2013.

<sup>40</sup> G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1914 (1900), 60 e 326 (trad. it. mia).

<sup>41</sup> Ivi, 601-603.



rettamente la applica, è obbligata a prestarla sono una sola: lo Stato. Lo Stato può adempiere la sua obbligazione solamente limitando rispetto ai sudditi la sua attività»<sup>42</sup>.

Questa dottrina divenne il fondamento giuridico delle costituzioni liberali e accompagnò in Italia per il tramite di Orlando, scolaro di Jellinek, la stagione dello Statuto albertino<sup>43</sup>. Sovente considerata come una tappa nell'affermazione progressiva e ascendente dello Stato liberale, che conduce infine al nostro luminoso presente, si è tralasciato di mettere in adeguata luce lo sfondo autoritario di codesta dottrina: infatti, uno Stato che si autolimita, che "concede" diritti, è uno Stato che può revocare in qualsiasi momento quelle "generose" e paternalistiche concessioni<sup>44</sup>. La sovranità di Jellinek restava la unitaria sovranità forgiata da Hegel, accentratrice di ogni potere pubblico, dominante l'individuo e il suo diritto e in fondo negatrice del diritto internazionale<sup>45</sup>.

La lezione di Montesquieu, tesa a dividere il potere orizzontalmente (la classica divisione dei poteri esecutivo, legislativo, giudiziario) e verticalmente (il federalismo) era così tradita dai maggiori giuristi dell'Ottocento, quelli che forgiarono molte delle categorie che ancora ripetiamo.

Montesquieu, però, era ossessionato dalla ricerca di contropoteri che fungessero da limiti costituzionali. La sovranità delineatasi nel secolo diciannovesimo, invece, non ne contemplava alcuno, di contropotere.

#### 4. *L'ultimo tratto dell'antico regime. La sfida al centralismo politico e amministrativo*

Nei miei due libri su Montesquieu ho cercato di dimostrare che il giurista francese non ha mai detto né tantomeno pensato molte delle cose

<sup>42</sup> G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, con prefazione di V.E. Orlando, Milano 1912, 77. Orlando tradusse in italiano l'*Allgemeine Staatslehre*.

<sup>43</sup> Si veda D. QUAGLIONI, *Sovranità e autolimitazione. (Rileggendo la «Dottrina generale del diritto dello Stato» di G. Jellinek)*, in *Crisi e metamorfosi della sovranità*, a cura di M. Basciu, Milano 1996, 273-282

<sup>44</sup> In questo senso è evidente la volontà dei costituenti di rompere con la tradizione orlandiana e jellinekiana ponendo l'enfasi nei primi dodici articoli della Carta sul verbo «riconoscere». I diritti non sono cioè concessi, ma riconosciuti dalla Repubblica.

<sup>45</sup> Il diritto internazionale è per Jellinek un insieme di *Vereinbarungen*, cioè di accordi tra Stati sovrani, non un ordinamento autonomo. Si veda G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., 355-357.

che i posteri gli hanno attribuito. In particolare egli non si è mai sognato di delineare, *more geometrico*, una divisione “funzionale” dei poteri, secondo la quale un potere legislativo emanerebbe le leggi, un esecutivo ne darebbe esecuzione, mentre il giudiziario – i giudici – sarebbero chiamati a ripetere sulle loro labbra le parole incise nella lettera della legge (il mito della «bouche de la loi», che relega il terzo potere ad un ruolo subalterno, ancillare)<sup>46</sup>.

Nel tentativo di restituire autenticità a una fonte del costituzionalismo così tanto citata e abusata sino alla deformazione ho fatto leva su diversi argomenti, alcuni dei quali riassumo qui per punti:

1. Sin dal suo primo romanzo epistolare, le *Lettres Persanes* del 1721, Montesquieu fu un acerrimo avversario del centralismo regio di Luigi XIV prima e di Luigi XV poi. Egli fu membro e persino Presidente del Parlamento di Bordeaux, ossia un rappresentante di prim'ordine del potere giudiziario. Giacché nella Francia di antico regime non si davano assemblee legislative ed esercitando il monarca tanto il potere esecutivo quanto quello legislativo, come è pensabile che Montesquieu avesse elaborato una teoria per assoggettare la sua classe – il potere giudiziario – alla lettera della legge?

2. Se leggiamo il passaggio del notissimo capitolo VI del libro XI dell'*Esprit des lois* sulla divisione dei poteri non dovrebbe sfuggirci che Montesquieu scriveva non di tre ma di due poteri: il potere esecutivo e il potere legislativo. All'interno del primo egli distingueva due sottocategorie, l'esecutivo politico e l'esecutivo giudiziario. Il potere giudiziario era così collocato nel cuore della sovranità, frammentata e spartita tra la Corona e i Parlamenti, le due forze costituzionali del Regno.

3. Il potere legislativo affidato a una assemblea rappresentativa era nella Francia di Montesquieu un'ipotesi puramente teorica. *L'Esprit des lois* è completato nel 1748, 41 anni prima della Rivoluzione francese. Nella realtà del tempo il potere legislativo era saldamente in mano al monarca. Né Montesquieu aveva mai visto una repubblica degna di questo nome: quelle che egli vide nei suoi viaggi in Italia erano delle tirannie camuffate da repubblica<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> A. MERLINO, *Montesquieu. Eine Perspektive*, cit. e ID., *Interpretazioni di Montesquieu*, con una prefazione di D. Quaglioni, Foligno 2018. Un'edizione francese è attualmente in preparazione.

<sup>47</sup> Si veda a proposito S. ROTTA, *Il pensiero politico francese da Bayle a Montesquieu*, in *Storia delle idee politiche economiche sociali*, vol. IV: *L'età moderna*, Torino 1975, 177-236.

4. Montesquieu fu un seguace di giuristi come Cicerone e Polibio ed estimatore di Tacito. Studioso di diritto romano egli conosceva e citava la tradizione, affezionata all'idea della sovranità mista o frammentata. Per lui, come per i suoi "eroi", la sovranità andava spezzata, sia dividendo i poteri sia incoraggiando l'autonomia (mi riferisco alle celebri pagine sul federalismo).

Nel I capitolo del libro IX dell'*Esprit des lois* Montesquieu affermava che una repubblica piccola era destinata a perire, mentre una grande era destinata a soccombere per vizi interni. Questo difetto colpiva tanto i regimi democratici quanto quelli aristocratici, con la conseguenza di lasciare come unica alternativa agli uomini il regime monarchico, se non fosse che gli uomini hanno «studiato una forma di costituzione, che possiede tutti i vantaggi interni del regime repubblicano e tutti quelli esterni del regime monarchico»: la «repubblica federativa»<sup>48</sup>. Montesquieu definiva quella repubblica «una società di società che ne creano una nuova». «Se qualche abuso si introduce in una parte della confederazione, viene corretto dalla altre, rimaste sane. Questo tipo di Stato può perire da una parte, senza perire dall'altra; la confederazione può sciogliersi, rimanendo sovrani i confederati. Composta di piccole repubbliche, essa gode della bontà del governo interno a ciascuna; rispetto all'esterno, poi, possiede, grazie alla forza dell'associazione, tutti i vantaggi delle grandi monarchie»<sup>49</sup>.

Montesquieu aveva posto l'idea come un *coup d'épée* nel cuore del suo libro sullo spirito delle leggi. Doveva essere il suo successore, Tocqueville, a raccoglierne l'eredità e a svilupparne il principio in un mondo nuovo (e con l'espressione "nuovo mondo" non intendiamo qui solo quello americano, da lui visitato nel 1831, ma più in generale quello democratico, che egli vedeva appartenere sia all'America che all'Europa). Alexis de Tocqueville, il vero e forse il solo erede di Montesquieu, riprese l'autentico messaggio del suo predecessore sulla sovranità divisa e lo adattò allo scenario democratico che egli profetizzava dominare il futuro.

Torniamo così da dove avevamo cominciato, ossia a Tocqueville e alla sua interpretazione della democrazia.

Rientrato dal suo viaggio in America, il giovane magistrato francese scrisse la prima e quindi la seconda *Démocratie en Amérique*. A sua detta un nuovo pericolo dispotico si annidava in seno ai nascenti ordinamenti

<sup>48</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, trad. it. *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Torino 1952, 237.

<sup>49</sup> Ivi, 238-239.

democratici: scongiurata negli Stati Uniti d'America, la combinazione di centralismo politico e amministrativo, di politica e amministrazione diremmo oggi, era invece una reale minaccia in Francia e più in generale in Europa. Per questo Tocqueville poteva scrivere che «l'accentramento politico acquista una forza immensa quando si congiunge a quello amministrativo»<sup>50</sup>.

Attingendo dalle pagine di Montesquieu sulla repubblica federale («république fédérative»), Tocqueville ribadiva che per combinare i vantaggi della «grandezza» e quelli che derivano dalla piccolezza delle nazioni è stato creato «il sistema federale». Il giurista francese aggiungeva che «basta guardare agli Stati Uniti d'America per apprezzare tutti i benefici che discendono dall'adozione di questo sistema»<sup>51</sup>.

Se in America così come in Europa il potere «trovasse a sua disposizione» tanto il centralismo politico quanto quello amministrativo e «unisse al diritto di comandare tutto la facoltà e l'abitudine di mettere tutto in esecuzione da sé; se stabiliti i principi generali del governo, penetrasse nei particolari dell'applicazione e, dopo aver regolato i grandi interessi del paese, potesse discendere fino al limite degli interessi individuali, la libertà sarebbe bandita dal nuovo mondo»<sup>52</sup>. Il pericolo schivato in America lambiva la Francia post rivoluzionaria e post napoleonica e con essa l'intera Europa. Con poca esagerazione Tocqueville è stato definito un profeta<sup>53</sup>, poiché il suo sguardo riuscì a spiare nell'avvenire i pericoli dispotici insiti nella marcia della democrazia<sup>54</sup>. In Tocqueville il principio federalista si associava con una fede nella democrazia «dal basso» e nella libera associazione di cittadini che avrebbero dovuto occupare il vuoto sociale lasciato dall'abolizione dell'aristocrazia<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *La démocratie en Amérique*, trad. it. *La democrazia in America*, I, I, V, a cura di G. Candeloro, Milano 1982, 91.

<sup>51</sup> Ivi, I, I, VIII, 115 e ss.

<sup>52</sup> Ivi, I, II, VIII, cit., 267.

<sup>53</sup> J.P. MAYER, *Prophet of the Mass Age. A Study of Alexis de Tocqueville*, London 1939, 20.

<sup>54</sup> Il pericolo di una democrazia dispotica, che prescinde dai diritti dell'uomo, è oggi rappresentato da nuove tendenze populiste. Sul populismo si vedano le lucide pagine di A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli 2021 e la miscellanea a cura di R. CHIARELLI, *Il populismo tra storia, politica e diritto*, Soveria Mannelli 2015. Si confronti con S. KIRSTE, *The Populist Reversal of Constitutionalism. From the Dialectical Unity of Democracy and the Rule of Law to the Negative Dialectic of Populist's Anti-Institutionalism*, in *Populism*, ed. by S. Kirste and N. Paulo, Berlin 2021, 35-61.

<sup>55</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, II, IV, VII, cit., 739: «credo fermamente che non si possa fondare nel nuovo mondo un'aristocrazia; ma penso che i semplici

Per Tocqueville il principio di autonomia era dunque un freno costituzionale al potere, a prescindere dalla forma esteriore che esso potesse assumere<sup>56</sup>. L'altra barriera allo strapotere della maggioranza era costituita a sua detta dal potere giudiziario, nel quale egli vedeva prolungarsi la funzione di contrappeso della nobiltà estinta. «È nell'essenza stessa del potere giudiziario occuparsi di interessi particolari e prendere in considerazione piccoli oggetti esposti al suo sguardo; è inoltre essenziale ad esso non venire spontaneamente in aiuto degli oppressi, ma essere continuamente a disposizione del più umile di essi». Il giudiziario era per Tocqueville non una semplice *longa manus* del potere politico, ma un suo limite necessario, anche – se non specialmente – negli ordinamenti democratici.

Scrivendo Tocqueville che «un siffatto potere [il giudiziario] è, dunque, particolarmente utile alla libertà in un tempo in cui l'occhio e la mano del sovrano penetrano continuamente nei più piccoli particolari delle azioni umane e in cui i singoli, troppo deboli per difendersi da soli, sono troppo isolati per contare sull'aiuto dei loro simili»<sup>57</sup>. Nell'indipendenza del giudiziario (inteso come contropotere e non come semplice “bocca della legge”) il giurista francese vedeva un baluardo a difesa del diritto soggettivo dinanzi ad amministrazione e legislazione: «soprattutto in tempi democratici come quelli in cui viviamo, i veri amici della libertà e della grandezza umana devono continuamente essere pronti ad impedire che il potere sociale sacrifichi leggermente i diritti particolari degli individui all'esecuzione generale dei suoi disegni»<sup>58</sup>. E infine, in chiusura della seconda *Démocratie en Amérique* Tocqueville sosteneva che «quando il diritto particolare di un individuo viene violato in un tempo in cui lo spirito umano è compreso dell'importanza e della santità dei diritti di questo genere, è danneggiato non solo colui che viene colpito; ma violare un diritto simile ai giorni nostri equivale a corrompere profondamente i costumi nazionali e a mettere in pericolo

cittadini associandosi possano costituire delle entità molto ricche, influenti e forti, in altri termini delle persone aristocratiche. In questo modo si otterrebbero alcuni dei più grandi vantaggi dell'aristocrazia, senza le sue ingiustizie e i suoi pericoli».

<sup>56</sup> Si ricordi che per Tocqueville nemmeno sotto Luigi XIV la Francia si trovò sotto un giogo centralista così gravoso come ai tempi della redazione della *Démocratie en Amérique*. Si veda A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., 92: «Sotto Luigi XIV l'accentramento amministrativo era assai minore che ai nostri tempi».

<sup>57</sup> Ivi, II, IV, VII, cit., 739-740.

<sup>58</sup> Ivi, 741.

l'intera società, perché l'idea stessa di questi diritti tende continuamente a corrompersi e a perdersi»<sup>59</sup>.

## 5. Conclusioni

Se la scienza giuridica dell'Ottocento aveva proposto una versione edulcorata – ossia piegata ai suoi scopi – della dottrina di Montesquieu, Tocqueville ne aveva ribadito il senso più genuino, teso a dividere la sovranità in un sistema di pesi e contrappesi, in limiti orizzontali, ma anche verticali.

A questa dottrina siamo oggi particolarmente affezionati, proprio mentre la formazione dell'ordinamento europeo è da più parti sotto attacco sia per la sedimentazione giurisprudenziale dei suoi principi sia per le limitazioni di sovranità che essa comporta per gli Stati membri. Allo stesso modo questa dottrina dovrebbe fungere da guida alla scienza giuridica e politica per evitare la riproposizione su scala sovranazionale del modello dello Stato ottocentesco, un rischio scansabile soltanto ricordando, con Giorgio Berti, che sovranità e autonomia sono due concetti relazionali, che l'uno non può darsi senza l'altro senza aprire le porte a forme autocratiche di accentramento del potere. Fu Giorgio Berti del resto a riconoscere l'eredità di Tocqueville nella formulazione dell'articolo 5 della Costituzione italiana che riconosceva da una parte l'«unità» e l'«indivisibilità» della Repubblica e, con queste, il principio di sovranità, e dall'altra, il principio dell'autonomia<sup>60</sup>. Quell'articolo, ricordava Berti, era stato spostato dal titolo V alla prima parte sui principi fondamentali per porre l'enfasi sulla cesura che si intendeva sancire tra l'ordinamento albertino (che concedeva i diritti) e quello che si andava a costituire (che riconosceva i diritti)<sup>61</sup>.

La «carica rivoluzionaria che il testo normativo celava nelle sue espressioni, peraltro insolite rispetto al modo tradizionale di esprimere norme per gli istituti pubblicistici» fu trascurata al pari del rilievo che

<sup>59</sup> *Ibidem*. Sulla «santità dei diritti» si veda G. GORLA, *Commento a Tocqueville: l'idea dei diritti*, Milano 1948, 87-120 specialmente.

<sup>60</sup> G. BERTI, *Commentario all'articolo 5 Cost.* in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1975, 277-295.

<sup>61</sup> L'articolo 5 insieme all'articolo 11 della Costituzione repubblicana miravano ad erodere la sovranità statale del vecchio ordine liberale e introducevano i presupposti dell'autonomia e dell'ordinamento sovranazionale. Nel suo contributo Berti denunciò che l'articolo 5 affermato in sede costituente rimase lettera morta nell'Italia repubblicana.

l'articolo 5 meritava come «norma guida per la lettura di tutta la Costituzione»<sup>62</sup>. L'articolo, diceva Berti, «voleva rappresentare l'adeguamento dell'organizzazione pubblica all'assetto sociale, basato sui doveri di solidarietà e sulla libertà come partecipazione»<sup>63</sup>. Conteneva l'«annuncio» di «un ordine dove l'unità statale non ha più valore come unità giuridico-amministrativa, ma acquista valore nell'unità di una società che, obbedendo a comuni regole di condotta e di linguaggio, si amministra mediante strutture adatte ai vari livelli e ai vari gruppi sociali»<sup>64</sup>. Così era sancita la rottura con l'ordine ottocentesco degli Jellinek e degli Orlando e con un paradigma di sovranità accentrata.

Del resto quel verbo «riconoscere», ripetuto con tanta enfasi nei primi articoli della Carta, implicava la vigorosa affermazione dell'indisponibilità dei diritti al potere pubblico, giacché questi non li aveva concessi, ma «riconosciuti» appunto come presupposti.

Insieme con i diritti, spinte autonomistiche e potere giudiziario come limiti giuridici al potere politico erano stati subordinati allo Stato centrale dalla maggioritaria scienza di diritto pubblico dell'Ottocento, perpetuando quel tratto dell'antico regime non vinto ma corroborato dalla Rivoluzione, con esiti che mai vorremo si ripetessero in futuro.

<sup>62</sup> Quella «carica rivoluzionaria», cioè di rottura con l'ordine albertino, sarebbe stata ancor più vigorosa se l'Assemblea costituente non avesse infine votato contro l'articolo 50 del Progetto di Costituzione, il quale contemplava il diritto-dovere di resistenza ai pubblici poteri che violassero libertà fondamentali o diritti costituzionali. Come è noto un articolo simile a quello abbandonato dalla Costituente diventò una pietra miliare dell'ordinamento tedesco (mi riferisco al quarto comma dell'articolo 20 della *Grundgesetz* tedesca).

<sup>63</sup> Ivi, 277.

<sup>64</sup> Ivi, 278.





*Anton Giulio Pietrosanti*

### LA TUTELA DELL'INABILE AL LAVORO PRIVO DI MEZZI ECONOMICI: IL RUOLO DELL'ART. 38, COMMA 1, DELLA COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il diritto dei più deboli ad essere liberati dal “bisogno” e il dovere dei poteri pubblici di soccorrerli. – 3. La protezione sociale *ex art.* 38, comma 1 della Costituzione: da attività “caritativa” a diritto fondamentale della persona. – 4. La dialettica tra diritti fondamentali, Corte costituzionale e discrezionalità legislativa: la sentenza n. 152/2020 della Consulta. – 5. *Segue.* La modulazione degli effetti nel tempo e il problema del “contemperamento dei valori costituzionali”: luci e ombre sotto il profilo motivazionale e istruttorio. – 6. *Segue.* L'importanza dell'istruttoria sugli effetti in bilancio della pronuncia di incostituzionalità. – 7. Osservazioni conclusive: la responsabilità del legislatore nell'individuazione del minimo vitale come limite invalicabile del nucleo essenziale e indefettibile del diritto al mantenimento degli inabili al lavoro di cui all'art. 38, comma 1, Cost.

#### 1. *Premessa*

In un momento (di profonda incertezza ma anche di forte fermento giuridico) in cui le istituzioni e la comunità scientifica si interrogano su quale sia e quale sarà l'impatto dell'attuale pandemia su tutti gli esseri umani (e in particolare su quelli) più “fragili”<sup>1</sup>, gli insegnamenti dei padri costituenti circa l'importanza del principio solidaristico e di eguaglianza

<sup>1</sup> Cfr., *ex multis*, M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Riv. del Gruppo di Pisa*, 8 giugno 2020, 16 ss.; R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, Napoli 2020, 233 ss. Per ulteriori riflessioni, cfr. P. PANTALONE, *Italian measures in support of work at the time of Coronavirus between emergency Legislation and (the need for a) more resilient administration*, in *Journal of Social Security law*, 3/2021; E. PAVOLINI, S. SABATINELLI, P. VESAN, *I servizi di welfare in Italia alla prova della pandemia. Uno sguardo di insieme*, in *Pol. soc.* 2/2021, 211 ss.; E. BARBERIS, A. MARTELLI, *Covid-19 e welfare dei servizi in Italia. Linee emergenti nel contrasto alla povertà e alla vulnerabilità sociale*, *ivi*, 349 ss.; M. CINELLI, *Il welfare al tempo della pandemia. Note a margine, pensando al dopo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, fasc. 2, giugno 2020.

sostanziale sembrano penetrare ulteriormente nel *dna* del nostro ordinamento giuridico<sup>2</sup>, consentendo nuove riflessioni sul tema dell'intervento dello Stato nel campo sociale, con specifico riferimento alla tutela dei diritti assistenziali costituzionalmente garantiti.

Il tema non è di stretto diritto amministrativo in quanto abbraccia questioni (radicate nel diritto costituzionale) che riguardano la piena realizzazione del nucleo minimo o indefettibile delle tutele assistenziali – attraverso politiche di contrasto delle situazioni di disagio sociale – e le loro eventuali ricadute sul piano della sostenibilità finanziaria in una rinnovata prospettiva della “doverosità” (dei rapporti) tra cittadini e poteri pubblici<sup>3</sup>.

Tutte questioni che enfatizzano l'interesse per una società fondata sulla c.d. liberazione dal bisogno, ovvero una società in cui alla contrapposizione tra (l'età dei) diritti e (l'età dei) doveri viene a *sostituirsi* un unico orizzonte di tutela delle relazioni sociali capace di legare al riconoscimento e alla garanzia dei diritti altrettanti doveri fondamentali<sup>4</sup>.

Invero, prima della pandemia da *covid-19* e del conseguente lockdown la dimensione *egoistica* dei diritti di libertà tendeva a monopolizzare l'attenzione giuridica<sup>5</sup>, giustificando di volta in volta la primazia (del modello) di un *homo* (forse troppo) *oeconomicus* che preferiva assecondare le spinte dell'individualismo e dell'utilitarismo, piuttosto che dar conto del suo agire con un adeguato senso di responsabilità<sup>6</sup>. Tuttavia, dopo l'accentuazione delle disuguaglianze derivanti (da diverse crisi eco-

<sup>2</sup> Cfr., ad esempio, la sentenza sul c.d. “*obbligo vaccinale*” del Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nonché (anteriormente ad essa) M. NOCCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Osservatorio Emergenza Covid-19*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 1/2020.

<sup>3</sup> M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, fasc. 2, 31 dicembre 2020.

<sup>4</sup> A. MORRONE, *Stato sociale e disuguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *Riv. dir. sic. soc.*, fasc. 4, dicembre 2020, 726-727; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2006, 39 e 229.

<sup>5</sup> E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale*, in F. MARONE (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, Atti del seminario del Gruppo di Pisa, Università degli Studi “Suor Orsola Benincasa” di Napoli – 18 ottobre 2018, in collana del Gruppo di Pisa, Napoli 2019, 9 ss.; A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà*, Milano 2012.

<sup>6</sup> G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari 2021, ID., *L'inattuazione della Costituzione in tema di doveri e solidarietà*, intervento in seminario del 20 dicembre 2017, reperibile in [www.anpiroma.org/p/20-dicembre-2017-li-nattuazione-della.html](http://www.anpiroma.org/p/20-dicembre-2017-li-nattuazione-della.html).

nomiche-finanziarie<sup>7</sup>, ulteriormente aggravate) dalla contingente emergenza sanitaria, si è delineato un nuovo scenario (dai contorni per la verità ancora incerti) che, nel ricordare all'uomo la sua vulnerabilità<sup>8</sup>, ha reso estremamente attuale (la materialità del bisogno, ovvero) la rilevanza della solidarietà e del dovere<sup>9</sup> quali strumenti volti a garantire un'idea di "libertà sociale" che indirizzi i pubblici poteri e la collettività verso un processo di emancipazione dal bisogno<sup>10</sup>, la cui realizzazione non può prescindere dalla tutela del "contenuto minimo essenziale" dei diritti fondamentali<sup>11</sup>.

A tal proposito i valori sottesi al sistema socio-assistenziale – e in particolare il dovere di combattere il disagio e l'indigenza assicurando le spese necessarie per vivere, a favore di inabili al lavoro privi di mezzi economici – assumono un ruolo fondamentale nell'impianto solidaristico, poiché mirano a preservare la dignità delle persone sicuramente più "esposte" di altre all'esperienza del dolore e della vulnerabilità<sup>12</sup>.

Si cercherà quindi di verificare se – nonostante la crescente sfiducia nel campo giuridico<sup>13</sup> – le politiche sociali sulle spese necessarie per vivere *ex art. 38 co. 1 Cost.*, così come interpretate dalla Consulta nell'ambito di un giudizio incidentale di legittimità costituzionale, siano in grado di abbandonare le derive desocializzanti dell'iperindividualismo compassionevole per salvaguardare il perimetro protettivo di un diritto inviola-

<sup>7</sup> G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità durante la crisi economica*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano 2017, 209 ss.

<sup>8</sup> Per un'analisi del concetto di «vulnerabilità» nella cornice costituzionale, cfr. F. PIZZOLATO, *Gli argini costituzionali alla delimitazione della vulnerabilità*, in *Ars int.*, 2/2019, 25 ss.; mentre, nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani, cfr. F. IPPOLITO, *Understanding Vulnerability*, in *International Human Rights Law*, Napoli 2020, 340 ss.; E. PARIOTTI, *Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti*, in *Ars int.*, 2/2019, 155 ss.

<sup>9</sup> A.G. OROFINO, *La solidarietà in diritto amministrativo: da strumento di protezione dell'individuo a parametro di disciplina del rapporto*, in *Il diritto dell'economia*, fasc. 2/2020, 592; P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il diritto dell'economia*, fasc. 1/2020, 125 ss.

<sup>10</sup> A. MORRONE, *Stato sociale e disegualanze*, cit., 726.

<sup>11</sup> D. MESSINEO, *La garanzia del «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino 2012.

<sup>12</sup> R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, cit., 233 ss.

<sup>13</sup> T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari 2021, 6 ss., il quale parla di un «paradigma sfiduciario» nel campo giuridico. Su cui v. anche il commento di C.V. GIABARDO, *Pensare la fiducia nel diritto. Intorno a "Le legge della fiducia. Alle radici del diritto" di Tommaso Greco*, in *www.giustiziansieme.it*, 5 febbraio 2022.

bile della persona che, in forza dell'art. 2 Cost., non sembrerebbe poter scendere a patti con altri diritti o principi volti a ridurne la portata.

2. *Il diritto dei più deboli ad essere liberati dal bisogno e il dovere dei poteri pubblici di soccorrerli*

La costante ricerca del bene comune attraverso l'intervento sociale dello Stato per affrancare i soggetti fragili dalla c.d. schiavitù del bisogno è ben radicata nella nostra cultura giuridica, rappresentando (tale affrancamento) uno degli obiettivi principali per raggiungere – secondo il modello solidaristico (in senso orizzontale<sup>14</sup> e verticale<sup>15</sup>) – una situazione di benessere e progresso dell'intera collettività<sup>16</sup>.

Senza addentrarsi in campi non percorribili nei limiti del presente scritto, basti ricordare che anche nella storia del pensiero filosofico – come nella prospettiva morale del cristianesimo e del pensiero laico occidentale – vi sono tracce importanti di quella natura umana predisposta all'altruismo e alla socialità che ha portato al graduale riconoscimento di un diritto dei cittadini – (soprattutto quelli) più vulnerabili – a ricevere un soccorso pubblico e, quindi, sostanzialmente, di un dovere per lo Stato di non abbandonare nessuno<sup>17</sup>. La dottrina costituzionalistica ha dato

<sup>14</sup> Tra gli individui della *polis* (nei termini della *solidarietà fraterna*).

<sup>15</sup> Tra i poteri della Repubblica e gli individui che la costituiscono (nel senso della *solidarietà paterna*).

<sup>16</sup> A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Napoli 1989, 105, secondo cui «molti doveri non vengono imposti a vantaggio di particolari soggetti, bensì nell'interesse della comunità sociale non soggettivizzata». In termini F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 ss.; M.R. SPASIANO, *Nozioni introduttive*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino 2021, 3 ss.; A.G. OROFINO, *La solidarietà in diritto amministrativo*, cit., 571-598; G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano 2020, 144 ss.

<sup>17</sup> G. CAPORALI, *Lo Stato sociale: dottrina e modelli giuridici*, 2018, 9 ss., che delinea un ampio e articolato *excursus* storiografico nel quale vengono richiamate le teorie di diversi autori, tra cui ad esempio (i) CAMPANELLA (per il quale cooperare con i propri simili per il bene della società non rappresentava il mero adempimento di un dovere, ma costituiva una fondamentale modalità di realizzazione della propria più intima natura, posto che la cooperazione altruistica esprimeva l'essenza stessa della società e dello Stato appartenendo, così, alla sfera dell'essere); (ii) GROZIO (che vedeva nel vincolo di solidarietà derivante dalla socialità, che permeava sia l'uomo che lo Stato, non tanto un sentimento altruistico, bensì una norma, giuridica, dell'agire umano e quindi – significativamente – un dovere di tutti di conservare il diritto di ciascuno). Per un riferimento giurisprudenziale sulla natura sociale dell'essere umano, cfr., invece, Corte cost. 28 feb-

ampia testimonianza di tali tracce<sup>18</sup>: talvolta rammentando l'idea (come quella di matrice inglese) che valorizzava il concetto di felicità pubblica attraverso il riconoscimento di particolari diritti a favore dell'individuo tra cui quello di ricevere soccorso in caso di bisogno<sup>19</sup>; talaltra menzionando la prospettiva – sviluppatasi anche durante il periodo rivoluzionario in Francia – per la quale ogni cittadino era titolare del c.d. *droit aux secours publics* che, in un'accezione estremamente ampia, ricomprendeva pure il diritto all'assistenza sociale e impegnava al relativo soddisfacimento tutti i membri della società, ivi inclusi i pubblici poteri<sup>20</sup>.

Proprio in quest'ottica, le spinte della dottrina (che affidava al giurista la nobile missione di costruire “*un diritto suscettibile di servire al bene comune della umanità*”<sup>21</sup>) furono recepite in quei “*sistemi giuridici progressisti, volti a realizzare progetti sociali imperniati intorno alla centra-*

braio 1992, n. 75; Id., 16 luglio 2004, n. 228; Id., 26 giugno 2020, n. 131, tutte reperibili in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>18</sup> AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale*, in V. BALDINI (a cura di), *Atti del convegno annuale dell'associazione Gruppo di Pisa*, Cassino 10 e 11 giugno 2016, Napoli 2017.

<sup>19</sup> Cfr. G. CAPORALI, *op. cit.*, 25, il quale, richiamando il pensiero di BENTHAM, rileva come per quest'ultimo, “*lo Stato ha il dovere di combattere l'indigenza. In particolare viene osservato che tutti gli uomini, soprattutto quelli che vivono del proprio lavoro, sono a rischio di cadere nell'indigenza a causa degli incidenti, delle rivoluzioni del commercio, delle calamità naturali e soprattutto a causa delle malattie. Ugualmente l'infanzia e la vecchiaia, per la loro impotenza e debolezza, sono due età in cui il rischio di mancare dei mezzi di sussistenza è massimo per ogni uomo*”. Per tali ragioni, il pensatore inglese era favorevole a porre come “*principio generale*” che il legislatore stabilisse “*un contributo regolare per far fronte ai bisogni dell'indigenza*”, ossia una tassa generale per i poveri la cui misura, comunque, non doveva oltrepassare “*il puro necessario*” ovvero quanto indispensabile per soddisfare i bisogni primari degli indigenti ai quali, conseguentemente, doveva riconoscersi una sorta di diritto al soccorso da parte della società.

<sup>20</sup> Cfr. G. CAPORALI, *op. cit.*, 138 ss., che richiama l'opera di CHARLES IRENÉE DE CASTEL DE SAINT PIERRE, *Projet pour soulager le Pauvres des Paroisses del Paris*, in *Ouvrages politiques de Mr l'Abbè de Saint Pierre*, Rotterdam 1734 (chez Jean Daniel Beman), vol. II, 252-253, anche per precisare che le modalità con cui le pretese in parola venivano enunciate dagli stessi scrittori rivoluzionari dimostra come per costoro tale diritto ai soccorsi pubblici integrasse un vero e proprio diritto soggettivo cui corrispondeva, in capo alla società, e per essa in capo ai pubblici poteri, un obbligo da adempiere nei confronti di ogni singolo cittadino. Si veda pure la c.d. “*Dichiarazione giacobina*” del 24 giugno 1791 che proclama “*i soccorsi pubblici sono un debito sacro. La società deve la sussistenza ai cittadini disgraziati, sia procurando loro un lavoro, sia assicurando i mezzi per vivere a quelli che non sono in grado di lavorare*”. E le osservazioni di B. VIMERCATI, *Il diritto ai beni vitali. Cibo e acqua: nuovi diritti fondamentali?*, in V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale*, cit., 242 ss.

<sup>21</sup> G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, I, 103, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano 1987, 454 ss.

lità ordinamentale dell'uomo e delle sue aspirazioni ..."; sicché, al modello dello Stato liberale che tendeva ad arginare l'intervento pubblico in ambiti diversi da quelli della garanzia dell'ordine pubblico e della preservazione del corpo sociale, si sostituì un modello di amministrazione che, ispirandosi ad idee solidaristiche, aveva "il compito di manifestare la sua presenza sempre più direttamente in campo socioassistenziale, con interventi volti a stabilire uguaglianza e giustizia sostanziale ..."<sup>22</sup>.

Del resto, l'idea base del costituzionalismo era ed è quella di assoggettare "il potere a regole, subordinando quest'ultimo ai bisogni della società o degli individui"<sup>23</sup>. Invero, già nell'Italia di fine ottocento e inizio novecento, furono introdotti importanti servizi sociali<sup>24</sup> e, successivamente, la Carta costituzionale, pur non enucleando un determinato concetto di Stato sociale, enunciò una ricca rete di diritti sociali<sup>25</sup>, precisando, a garanzia degli stessi, il compito della Repubblica di rimuovere qualsivoglia circostanza – materiale o esistenziale – che impedisse il pieno sviluppo della persona umana e la sua partecipazione alla vita sociale in un contesto di libertà ed eguaglianza con gli altri individui<sup>26</sup>.

La tutela a cui aspiravano i costituenti non era quindi più circoscritta ad un'immagine dell'uomo isolato nella sua individualità (con i suoi beni, le sue libertà e i suoi diritti politici e partecipativi), bensì era estesa ad un'idea di persona inserita nel contesto dei legami sociali, all'interno

<sup>22</sup> A. G. OROFINO, *La solidarietà in diritto amministrativo*, cit., 573.

<sup>23</sup> C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, Torino 2014, 3 ss.

<sup>24</sup> E. CODINI, *Evoluzione storica della disciplina*, in E. CODINI, A. FOSSATI, S. FREGO LUPPI (a cura di), *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino 2019; C. DE BONI, *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento*. Parte I, *Da inizio secolo alla seconda guerra mondiale*, Firenze 2009; V. CERULLI IRELLI, *La lotta alla povertà come politica pubblica*. Relazione letta al 54° Convegno nazionale dell'Unione giuristi cattolici 6-8 dicembre 2004, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); G. SILEI, *Le socialdemocrazie europee e le origini dello Stato sociale (1880-1939)*, in *Dipartimento di scienze politiche e internazionali dell'Università di Siena*, [www.dispi.unisi.it](http://www.dispi.unisi.it); L. STOLZI, *Politica sociale e regime fascista: un'ipotesi di lettura*, in *Quad. Fior.*, 46/2017.

<sup>25</sup> R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, cit., 84-85; D. SICLARI, *Effettività della tutela dei diritti e sistema integrato dei servizi sociali*, Napoli 2016, 31-33. Entrambi gli Autori rilevano, sul punto, la differenza della Costituzione italiana con l'impianto della Costituzione tedesca, precisando che quest'ultima raramente enuncia singoli diritti sociali, ma afferma in termini generali che "la Repubblica federale di Germania è uno stato democratico e sociale" (art. 20, par. 1) e si impone, inoltre, ai singoli Länder di conformare i loro ordinamenti "ai principi dello stato di diritto repubblicano e sociale" (art. 28, par. 1).

<sup>26</sup> G. PINO, *Diritti sociali. Analisi teorica di alcuni luoghi comuni*, in N. RIVA (a cura di), *I diritti sociali. Un confronto multidisciplinare*, Torino 2016, 19; P. TORRETTA, *La legge n. 328/2000 e i livelli essenziali di assistenza sociale: dall'avvento del sistema integrato dei servizi sociali alla sua difficile attuazione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 23, 2021.

dei quali (la persona stessa) aspira(va) ad una piena realizzazione che – soprattutto per le fasce meno abbienti della popolazione – non poteva evidentemente prescindere da un intervento statale per l’eliminazione di eventuali ostacoli (di qualsiasi natura politico, economico o sociale) si fossero frapposti<sup>27</sup>.

Si riconobbe, in altri termini, il diritto a vedere rispettata la propria dignità umana<sup>28</sup>, nonché di pretendere dai consociati ovvero dalle pubbliche istituzioni l’adozione di tutti i mezzi idonei a rimuovere ogni barriera ad una piena autorealizzazione della persona nella vita sociale della comunità, non rimanendo di certo fuori – da questo spettro valoriale – la tutela dei soggetti disabili ai quali nel corso degli anni si cercò di garantire il diritto di vivere in maniera (sempre più) dignitosa, indipendente e socialmente inclusiva<sup>29</sup>, in una logica che la dottrina ha recentemente definito di “*autonomia protetta*”<sup>30</sup>. Oltre all’impianto costituzionale dal quale emerge(va) tutta la portata valoriale della tutela della persona nei suoi bisogni materiali e spirituali, basti pensare ai recenti interventi normativi nell’ambito delle varie politiche sociali: dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza<sup>31</sup> (che, tra le altre cose, riporta l’impegno dell’Italia a “*intensificare gli sforzi nel contrasto alla povertà, all’esclusione sociale e alle disuguaglianze*”), al disegno di legge delega per l’adozione di un “Codice per la persona con disabilità”<sup>32</sup>, senza ovviamente trascurare la

<sup>27</sup> A.G. OROFINO, *op. cit.*, 576, che richiama C. MORTATI, *Commento all’art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna 1975, 1, 30; V. CERULLI IRELLI, *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in *Democrazia e diritto*, 2005, 4, 57; B.G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 359.

<sup>28</sup> G.P. DOLSO (a cura di), *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, Trieste 2019; C. LEVORATO, *Aspetti giuridici della dignità umana nell’orizzonte della disabilità*, in *Consulta onLine*, III, 2019, 666.

<sup>29</sup> G. ARCONZO, *op. cit.*, 144; G. PINO, *op. cit.*, 19.

<sup>30</sup> G. MATUCCI, *Persona, formazione, libertà. L’autorealizzazione della persona con disabilità fra istruzione e legal capacity*, Milano 2021. Sul tema v., anche, S. FAVALLI, *Disabilità, Diritti umani e diritto internazionale*, Milano 2021; P. ADDIS, *Il diritto alla vita indipendente e l’inclusione sociale*, in *Forum Quad. cost.*, 1, 2021, 478 ss.; F. PACINI, *Il disegno di legge delega sotto il profilo della tecnica normativa*, *ivi*, e disponibile in *www.forumcostituzionale.it*; C. COLAPIETRO, F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, Napoli 2020; C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2, 2020, 154 ss.

<sup>31</sup> Approvato dal Governo il 13 luglio 2021 (<https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>).

<sup>32</sup> Il disegno di legge in parola (recante “*Delega al Governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità*”, approvato dal Consiglio dei ministri del 28 febbraio

recente approvazione da parte del Consiglio dei Ministri di una legge quadro sulla disabilità<sup>33</sup> e l'ormai risalente Convenzione del 2006 sui diritti delle persone con disabilità che svolge un ruolo di ausilio prettamente ermeneutico nel sistema costituzionale interno dei singoli Stati<sup>34</sup>.

### 3. *La protezione sociale ex art. 38, comma 1, della Costituzione: da attività "caritativa" a diritto fondamentale della persona*

Emblematiche, da questo punto di vista, sono le parole usate nell'art. 38, comma 1, Cost., secondo cui "Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale"<sup>35</sup>. Ove le fasce della popolazione meno abbienti in quanto prive dei "mezzi necessari per vivere" siano anche esposte all'esperienza della disabilità, che le rende inabili al lavoro, la tutela da parte dell'ordinamento dovrà spingersi fino a riconoscergli "il diritto al mantenimento

2019) delega il Governo ad adottare, entro due anni dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi tesi ad "armonizzare, riordinare e semplificare, anche innovandole, le disposizioni vigenti in materia di disabilità, anche ai fini della definizione del Codice per la persona con disabilità" (cfr. art. 1, comma 1). In particolare, il provvedimento demanda a futuri decreti legislativi di intervenire, senza determinare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica – in attuazione degli artt. 2, 3, 31, 32, 34, 35 e 38 Cost., nonché in armonia con i principi sanciti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006 e con il quadro delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa in materia di disabilità – in settori molto vasti, quali: "a) definizione della condizione di disabilità; b) accertamento e certificazione; c) disciplina dei benefici; d) sistemi di monitoraggio, verifica e controllo; e) promozione della vita indipendente e contrasto dell'esclusione sociale; f) abilitazione e riabilitazione; g) istruzione e formazione; h) inserimento nel mondo del lavoro e tutela dei livelli occupazionali; i) accessibilità e diritto alla mobilità" (cfr. art. 1, comma 2).

In dottrina, cfr. E. VIVALDI, A. BLASINI, *Verso il "Codice per la persona con disabilità". Introduzione*, in *Forum Quad. cost.*, 1, 2021, 367, disponibile in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); F. PACINI, *Il disegno di legge delega sotto il profilo della tecnica normativa*, *ivi*, 384 ss.; E. ROSSI, *Lo "statuto costituzionale della persona con disabilità": brevi considerazioni su un disegno di legge*, *ivi*, 373 ss.

<sup>33</sup> Nella seduta n. 43 del 27 ottobre 2021.

<sup>34</sup> Cfr., in tal senso, le sentenze della Corte Costituzionale nn. 80/2010, 329/2011, 236/2012, 2/2016, 275/2016 e 83/2019, che hanno valorizzato un simile apporto ermeneutico. L'allora Comunità europea ha aderito alla Convenzione *de qua* con la Decisione del Consiglio n. 2010/48/CE, del 26 novembre 2009, sicché i relativi contenuti, pur non essendo direttamente applicabili agli Stati contraenti, pongono essenzialmente degli obblighi di risultato.

<sup>35</sup> M. MAZZIOTTI, *Assistenza (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, 749 ss.



e all'assistenza sociale", ossia il diritto a ottenere un minimo esistenziale per le esigenze e i bisogni della quotidianità.

Al riguardo, è ben noto come le perplessità sollevate durante i lavori dell'Assemblea Costituente da chi contestava questo "stranissimo diritto ... ad essere mantenuti dallo Stato"<sup>36</sup> fossero state superate sul presupposto che tale diritto rappresentava, in verità, la specificazione del fondamentale diritto alla vita e meritava, perciò, un esplicito riconoscimento tra le disposizioni della Carta costituzionale<sup>37</sup>, onde garantire la relativa assistenza, proprio a partire dalle necessità alimentari.

Al citato comma 1 dell'art. 38 seguiva poi il comma dedicato ai "lavoratori" ai quali – in presenza di determinate situazioni ("infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria") – venivano "assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita"<sup>38</sup>.

Sebbene, quindi, l'art. 38 fosse ricompreso nel Titolo della Costituzione dedicato ai "Rapporti economici", non può revocarsi in dubbio come, con tale norma, i Costituenti vollero concretizzare quel nucleo forte di Stato sociale che, attraverso la previsione dei diritti all'assistenza, alla previdenza, oltre che alla salute e all'istruzione, mirava a prevenire o eliminare le situazioni di bisogno che pregiudicavano la libertà del singolo e la sua piena partecipazione alla comunità<sup>39</sup>.

L'idea di protezione sociale uscì pertanto dal circuito della mera beneficenza di natura discrezionale (al quale era precedentemente legato come attività pressoché caritativa<sup>40</sup>), per trasformarsi in un diritto fondamentale, costituzionalmente tutelato<sup>41</sup>. Tanto è vero che, secondo la

<sup>36</sup> Cfr. Le dichiarazioni dell'On. Mazzei in occasione dell'Assemblea Costituente del 10 maggio 1947, su cui, in particolare, R. BORRELLO, *Il contributo di Vincenzo Mazzei all'Assemblea Costituente*, in *Nomos*, 2/2018.

<sup>37</sup> Cfr. le dichiarazioni dell'On. Ghidini, in occasione dell'Assemblea Costituente del 10 maggio 1947, reperibili *on line* in [www.camera.it/\\_dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed119/sed119.pdf](http://www.camera.it/_dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed119/sed119.pdf).

<sup>38</sup> Per un inquadramento dell'art. 38 Cost e in particolare sulla portata interpretativa dei primi due commi si veda Corte cost. 5 febbraio 1986, n. 31, in *Giur. cost.*, 1986, I, c. 725, con nota di A. ANDREONI, e in *Foro it.*, 1986, I, c. 1771, con nota di M. CINELLI.

<sup>39</sup> P. TORRETTA, *op. cit.*, 194; C. TRIPODINA, *Articolo 38*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. BARTOLE, R. BIN, Padova 2008, 370; M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Il diritto alla sicurezza sociale in trasformazione*, Torino 2005, 3 ss.

<sup>40</sup> C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli 2021, 77 ss.; M. MAZZIOTTI, *L'assistenza nella Costituzione*, in *Iustitia*, 1979, 97 ss.; in termini, P. CAVALERI, *L'assistenza tra disciplina pubblica e libertà dei privati. Cento anni di giurisprudenza sulla "legge Crispi"*, Milano 1992, 185 ss.; E. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino 2003, 20.

<sup>41</sup> P. TORRETTA, *op. cit.*, 194, che, richiamando altra dottrina (tra cui M. MAZZIOTTI,

Corte costituzionale, dall'art. 38 co. 1 Cost. scaturiva un vero e proprio rapporto giuridico assistenziale fondato “*sulla solidarietà collettiva*” e strutturalmente caratterizzato, per il lato attivo, dal “*diritto del cittadino al mantenimento e all'assistenza sociale*” e, per il lato passivo, dall’“*obbligo di prestazioni dirette a provvedere ai mezzi necessari per vivere*”<sup>42</sup>.

Si tratta(va), in altri termini, di un diritto strettamente inerente alla tutela del “*nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana*” poiché volto a garantire un *minimo vitale* a fronte di una situazione di estremo bisogno<sup>43</sup>. Di conseguenza, la difesa assistenziale dei rispettivi titolari andava assicurata “*effettivamente*”<sup>44</sup>, ossia in modo che il soggetto fragile potesse far valere il diritto al soddisfacimento delle proprie esigenze di vita nei confronti dello Stato<sup>45</sup>.

D'altronde, sin dai primi anni '70 la Consulta riconobbe all'art. 38 Cost. la natura di “*norma giuridicamente imperante atta a creare veri e propri diritti di prestazione, il cui carattere precettivo non [veniva] meno per il fatto che destinatario della norma [fosse] lo Stato...*”<sup>46</sup>. Anzi, la circostanza che nel nostro ordinamento fosse previsto, a livello costituzionale,

*L'assistenza nella Costituzione*, in *Iustitia*, 1979, 97 ss.), rileva che, in questo modo, assistenza e mantenimento “*perdono il loro carattere discrezionale e di attività caritativa per divenire un obbligo dei pubblici poteri cui corrisponde un diritto fondamentale costituzionalmente garantito*”.

<sup>42</sup> Corte cost. 5 febbraio 1986, n. 31, in *Giur. cost.*, 1986, I, c. 725.

<sup>43</sup> Tra le tante, Corte cost., sent. n. 509/2000 che fa riferimento al dovere per lo Stato di tutelare il nucleo irrinunciabile del diritto stesso in quanto ambito inviolabile della dignità umana.

<sup>44</sup> Cfr., ad esempio, Corte cost., 15 gennaio 2010, n. 10, la quale, nel respingere le questioni di legittimità sollevate verso le disposizioni riguardanti l'erogazione di una Carta Acquisti in favore dei cittadini in condizioni di maggior bisogno economico, ha, tra l'altro, statuito che tale intervento dello Stato deve ritenersi ammissibile perché “*necessario allo scopo di assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, versando in condizioni di estremo bisogno, vantano un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana [ ] deve poter essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo, mediante una regolamentazione coerente e congrua rispetto a tale scopo*”.

<sup>45</sup> D. MESITI, *La garanzia costituzionale dei diritti assistenziali e previdenziali insopprimibili*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2/2021, 330 ss.

<sup>46</sup> Cfr. Corte cost. n. 22/1969 (che ha dichiarato illegittimo l'art. 128 del decreto n. 1827 del 1935, laddove consentiva all'ente previdenziale di trattenere sulle pensioni l'ammontare delle somme allo stesso ente dovute dal beneficiario della prestazione per crediti accertati dall'Autorità giudiziaria) e n. 160/1974, (la quale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 76, r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827, laddove avrebbe escluso il diritto all'indennità di disoccupazione nei periodi di inattività nei lavori stagionali, ma solo in quanto la disposizione oggetto di sindacato costituzionale poteva interpretarsi nel senso dell'estensione della tutela anche alla fattispecie in questione).

il dovere della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto libertà ed eguaglianza (*ex art. 3, co. 2 Cost.*)<sup>47</sup>, potrebbe rendere il diritto a un *minimo vitale* maggiormente tutelato rispetto ad altre esperienze costituzionali che, a differenza della nostra, garantiscono espressamente la dignità umana (cui viene ancorato il concetto del “*minimo di esistenza degna*”), ma poi non hanno quella forza giuridica che riesce a sprigionare, in termini di tutela, il citato art. 3 co. 2 Cost.<sup>48</sup>

Non mancano infatti casi in cui, con le dovute cautele interpretative, si possono registrare interventi, da parte della Corte costituzionale, direttamente sull'entità delle prestazioni che il legislatore aveva posto al di sotto del minimo necessario per la tutela della dignità umana: si pensi alla pronuncia della Consulta che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'indennità ordinaria di disoccupazione (prevista dall'art. 13, d.l. n. 30/74)<sup>49</sup> ritenendola lesiva del nucleo essenziale della garanzia costituzionale e sottolineando il suo collegamento con la tutela dei diritti fondamentali della persona.

#### 4. *La dialettica tra diritti fondamentali, Corte costituzionale e discrezionalità legislativa: la sentenza n. 152/2020 della Consulta*

Ovviamente gli interventi della Corte costituzionale sull'entità di tali prestazioni toccano il delicato rapporto tra la discrezionalità del legislatore (nell'attuazione delle garanzie costituzionali) e la tutela fornita dal giudice delle leggi. Tematica sulla quale, nel corso del tempo, si è registra-

<sup>47</sup> R. FATTIBENE, *op. cit.*, 98 ss.; M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Dir. pubbl.*, 2/2011, 406, che, in merito alla sentenza della Corte cost. n. 10/2010, operano un confronto con alcune sentenze delle Corti costituzionali portoghese e tedesca (in particolare la sentenza n. 509/2002/T della Corte portoghese e la sentenza BverfG 9 febbraio 2010, 1, Bvl 1/09 del Tribunale costituzionale tedesco) evidenziando come, in tali pronunce, la Corti straniere si siano avvalse di specifiche disposizioni costituzionali incentrate sul principio di dignità umana (art. 1 Costituzione portoghese), e sui principi dell'intangibilità della dignità umana e dello Stato sociale (artt. 1, par. 1 e 20, par. 1 Costituzione tedesca), allo scopo di riconoscere “*un diritto fondamentale (implicito) ad un minimo di esistenza degna, da tradursi, essenzialmente, nell'attribuzione di un (altrettanto) minimo di sussistenza vitale a favore di cittadini bisognosi*”.

<sup>48</sup> Vedi nota precedente.

<sup>49</sup> Corte cost., sent. n. 497/1988, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, d.l. n. 30/74, nella parte in cui fissava in lire 800 al giorno l'importo dell'indennità ordinaria di disoccupazione.

to un cambiamento di approccio da parte del Giudice delle leggi poiché, mentre inizialmente il controllo costituzionale tendeva a non intaccare la discrezionalità del decisore politico<sup>50</sup>, in tempi più recenti, la Consulta ha cercato di rispondere, con più decisione, alla domanda di giustizia costituzionale per la tutela di specifici diritti individuali: sia esercitando un sindacato rigoroso sulla ragionevolezza delle norme<sup>51</sup>, sia adottando tecniche decisorie che hanno consentito di orientare il legislatore in una prospettiva di leale cooperazione<sup>52</sup>, nonché di limitare gli effetti temporali delle proprie sentenze di accoglimento dopo averne valutato il “costo” sull’intero sistema, secondo una logica di autocontrollo di proporzionalità<sup>53</sup>.

In quest’ottica, la sentenza n. 152 del 23 giugno 2020 della Corte costituzionale presenta significativi elementi di riflessione idonei a verificare

<sup>50</sup> In realtà non mancano recenti decisioni di inammissibilità con cui la Corte mostra di arrestare il suo sindacato di fronte alla discrezionalità del legislatore (cfr., ad esempio, sent. n. 117/2021 su tematiche di carattere penale).

<sup>51</sup> A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, 561.

<sup>52</sup> M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, 2/2019, 644 ss.; ID., *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. e soc.*, 1/2020, 53 ss.; A. MORRONE, *La Corte costituzionale come giudice dell’esperienza giuridica*, in *Quad. cost.*, 1/2021, 115 ss.; ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *www.federalismi.it*, 12/2021, 170 ss.; ID., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss.; A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (nota minima a Corte cost., nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consultaonline*, 1/2021, 221 ss.; ID., *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1/2021, 456 ss.; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce delle recenti tendenze giurisprudenziali*, in *www.federalismi.it*, 2021, 89-94; C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli 2020; A.M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano 1967.

Si veda pure la relazione del Presidente della Corte Marta Cartabia sull’attività del 2019 (reperibile su *www.cortecostituzionale.it*, 8 ss.) dove si precisa, con riferimento alla materia penale, che “*la Corte – che non è mai legislatore positivo e non può quindi creare essa stessa la disposizione mancante – individua nella legislazione vigente una risposta costituzionalmente adeguata, anche se non obbligata, applicabile in via transitoria fintanto che il legislatore non reputi opportuno mettere mano alla riforma legislativa che resta pur sempre nella sua discrezionalità attivare, nell’an, nel quando e nel quomodo*”.

<sup>53</sup> Sul controllo di proporzionalità che la Corte esercita su se stessa per modulare gli effetti delle proprie pronunce cfr., *ex multis*, A. PIN, E. LONGO, *La sentenza n. 10/2015: un giudizio di proporzionalità “in concreto” o “realistico”?*, in *Forum Quad. cost.*, 2015, 2; C. MAINARDIS, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali e principio di proporzionalità, (un’osservazione a C. cost. n. 10/2015)*, *ivi*, 4.

se la dialettica tra giustizia costituzionale e legislatore – nella delicatezza dei rapporti fra supremi organi dello Stato – sia in grado di tutelare effettivamente il diritto ad un'esistenza dignitosa tramite il riconoscimento di un minimo vitale all'inabile al lavoro privo di mezzi economici.

Tale pronuncia, pur non negando la “*possibilità per il legislatore di rimodulare [...] la disciplina delle misure assistenziali vigenti*”<sup>54</sup>, ha infatti precisato che ogni intervento normativo deve svolgersi con modalità “*idonee a garantire agli invalidi civili totali l'effettività dei diritti loro riconosciuti dalla Costituzione*”<sup>55</sup>, con ciò implicitamente riaffermando la posizione del giudice delle leggi quale custode del sistema di valori fondamentali delineato nella Carta costituzionale<sup>56</sup>.

In particolare, la pronuncia trae origine dal ricorso di una donna gravemente disabile (affetta da una tetraplegia spastica neonatale) che lamentava la grave insufficienza dell'importo della pensione di inabilità (percepita *ex art. 12* della legge 20 marzo 1971, n. 118, in qualità di invalida al lavoro al cento per cento) e, per tale motivo, chiedeva la condanna dell'INPS alla corresponsione di un trattamento pensionistico non inferiore (a quanto previsto dall'art. 38 della legge n. 448/2001 ovvero non minore) all'assegno sociale (*ex art. 3*, comma 6, della legge 8 agosto 1995, n. 335) e, comunque, adeguato ad assicurarle un decoroso mantenimento. Inoltre, già durante il giudizio di primo grado (dinanzi al Tribunale di Torino, sez. lav.) la stessa ricorrente chiedeva la remissione degli atti alla Consulta per le questioni di legittimità costituzionale alle quali, successivamente, la Corte d'Appello di Torino aderiva, sollevando due questioni di legittimità costituzionale.

E invero, con ordinanza 3 giugno 2019 n. 240, la Corte App. Torino, sez. lav., in relazione agli artt. 3 e 38, comma 1, 10, comma 1, e 117, comma 1, Cost., sollevava una prima questione di legittimità costituzionale del citato art. 12, comma 1, della legge n. 118/1971, nella parte in cui, attribuiva al soggetto totalmente inabile “*una pensione di inabilità [...] insufficiente a garantire il soddisfacimento delle minime esigenze vitali*”<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Cfr. pt. 9.

<sup>55</sup> Cfr. pt. 9.

<sup>56</sup> M. D'ONGHIA, *Un ulteriore importante tassello a garanzia dell'effettività della tutela per le persone disabili* (Corte cost. n. 152/2020), in *Riv. dir. sic. soc.*, 1/2021, 69 e 84.

<sup>57</sup> Più precisamente, “*nella parte in cui attribuisce al soggetto totalmente inabile, affetto da gravissima disabilità e privo di ogni residua capacità lavorativa, una pensione di inabilità (ammontante, nel 2018, ad euro 282,55 per tredici mensilità) [...] insufficiente a garantire il soddisfacimento delle minime esigenze vitali, in relazione agli artt. 3, 38, comma 1, 10, comma 1, e 117, comma 1, Cost.*”.

Mediante una seconda questione, il giudice remittente lamentava l'illegittimità dell'art. 38, comma 4, della legge n. 44/2001<sup>58</sup>, rilevando come codesta disposizione si ponesse in contrasto con gli artt. 3 e 38, comma 1, Cost., laddove subordinava la possibilità di ottenere l'incremento del trattamento pensionistico (c.d. "incremento al milione") alla sussistenza del requisito anagrafico del raggiungimento dei sessanta anni<sup>59</sup>, con ciò escludendo, da tale beneficio economico, la platea degli inabili indigenti compresa tra i diciotto e i cinquantanove anni.

La prima questione è stata definita dalla Corte con una soluzione processuale apparentemente anomala<sup>60</sup>: sebbene infatti abbia reputato condivisibili i rilievi svolti nell'ordinanza di rimessione in ordine alla palese inadeguatezza dell'importo mensile della pensione d'inabilità (*ex art. 12, comma 1, della l.n. 118/1971*) a soddisfare il "*minimo vitale per far fronte alle esigenze primarie e minute della quotidianità*", e conseguentemente abbia ritenuto che "*tale importo ... non rispett[i] ... il limite invalicabile del nucleo essenziale e indefettibile*" del diritto al mantenimento *ex art. 38, comma 1, Cost.*, la Consulta ha dichiarato l'inammissibilità della

Secondo la Corte d'Appello remittente, la prima questione non è manifestamente infondata per contrasto con (i) l'art. 38, comma 1, Cost. in quanto il contemperamento tra il diritto dei cittadini inabili a vedersi riconosciuta una pensione adeguata e l'esigenza di rispettare il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio non può spingersi al punto di ritenere conformi a Costituzione quelle norme di fatto inidonee ad assicurare agli aventi diritto un importo sufficiente al soddisfacimento delle primarie esigenze di sopravvivenza; (ii) l'art. 3 Cost. perché in virtù della comune funzione assistenziale insita nella pensione di inabilità e nell'assegno sociale *ex art. 3, comma 6, della legge n. 335/1995*, sarebbe irragionevole e discriminante riservare un trattamento inferiore agli inabili; (iii) gli artt. 10, comma 1, e 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 4 e 28 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, in quanto la norma in esame risulterebbe incompatibile con gli obblighi di protezione sociale dei disabili assunti dall'Italia sul piano eurounitario ed internazionale.

<sup>58</sup> L'art. 38 della legge 448/2001 prevede: al comma 1 che le maggiorazioni sociali di determinati trattamenti pensionistici siano incrementate a favore dei soggetti di età pari o superiore a settanta anni fino a garantire un reddito proprio (pari a 516,46 euro) al mese (c.d. 'incremento al milione'); al comma 4 che tale beneficio è esteso anche agli invalidi civili totali di età pari o superiore ai sessanta anni; e al comma 5 che tale beneficio è concesso a determinate condizioni tra cui quella di non possedere redditi propri per un importo annuo pari o superiore a euro 6.713,98.

<sup>59</sup> Ovvero "*nella parte in cui subordina il diritto degli invalidi civili totali, affetti da gravissima disabilità e privi di ogni residua capacità lavorativa, all'incremento previsto dal comma 1 al raggiungimento del requisito anagrafico del 60° anno di età, in relazione agli artt. 3 e 38, comma 1, Cost.*".

<sup>60</sup> Cfr. V. CIACCIO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del "minimo vitale"*. *Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, su *Riv. AIC*, 4, 2020.

questione, precisando che non si poteva richiedere al Giudice delle leggi una “*diretta e autonoma rideterminazione del correlativo importo, poiché un tale intervento manipolativo [avrebbe invaso] l’ambito della discrezionalità, che nel rispetto del limite invalicabile di non incidenza sul nucleo essenziale e indefettibile del diritto in gioco – resta, comunque, riservata al legislatore, cui compete l’individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili*”.

Dunque, come è stato osservato, la Corte dapprima ha varcato la soglia dell’ammissibilità per valutare l’inadeguatezza dell’importo previsto all’art. 12, comma 1, della l. n. 118 del 1971 (ovvero accertarne – senza però dichiararne – l’illegittimità costituzionale), ma poi si è arrestata per dichiarare una sorta di inammissibilità postuma della questione stessa<sup>61</sup>, sul presupposto che non poteva sostituirsi al legislatore nella rideterminazione del predetto importo<sup>62</sup>.

Altra posizione è stata, invece, esplicitata dalla Consulta rispetto alla dedotta illegittimità dell’art. 38, comma 4, della legge n. 448/2001, il quale – lo si ripete – estendeva il beneficio economico del c.d. incremento al milione solo agli invalidi civili totali di età pari o superiore ai sessanta anni, escludendo così dal medesimo beneficio i disabili totali che non avessero raggiunto il predetto limite di età.

Nel dettaglio, il giudice delle leggi ha ritenuto che il requisito anagrafico fosse “*effettivamente irragionevole*”: in tal senso, ha evidenziato come non fosse di certo meritevole di minor tutela la situazione di inabilità lavorativa in cui potrebbe versare il soggetto totalmente invalido di età inferiore ai sessant’anni rispetto a quella in cui si troverebbe (lo stesso soggetto) al compimento del sessantesimo anno di età<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> La questione sollevata in via principale è dichiarata inammissibile “[...] ancorché non in limine, ma in esito all’effettuato scrutinio di legittimità costituzionale della norma denunciata”.

<sup>62</sup> Cfr. V. CIACCIO, *op. cit.*, 560 ss.; C. COLAPIETRO, S. BARBARESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione*, in *Nomos*, 1/2021, 15 ss.

<sup>63</sup> La Corte ha poi precisato che “*se è ragionevole che, nei confronti di altri percettori di assegni (o pensioni) sociali, la situazione di maggior bisogno e la correlata necessità di ulteriore sostegno economico, in assenza di loro compromissioni invalidanti, sia correlata all’ingresso in una fascia di età avanzata, non ragionevole è invece che la stessa correlazione (sia pure rispetto ad una inferiore fascia anagrafica) sia mantenuta anche con riguardo ai titolari di pensione di inabilità, totalmente incapaci al lavoro, la cui condizione di precarietà, fisica ed economica, è certamente preesistente e non può ritenersi inverata solo al compimento del sessantesimo anno di età*”.

Pertanto, l'irragionevolezza della norma censurata si è sostanziata nel fatto che le patologie comportanti una invalidità totale nella fascia di età tra i diciotto e i cinquantanove anni non sono diverse da quelle che si possono verificare dopo il compimento del sessantesimo anno di età, trattandosi di limitazioni determinate da una condizione invalidante intrinseca e “*non dal fisiologico e sopravvenuto invecchiamento*”<sup>64</sup>.

Sulla base di simili statuizioni (e dell'insufficienza al sostentamento dell'importo riconosciuto agli inabili *ex art. 12 cit.*) la Consulta ha quindi dichiarato l'illegittimità costituzionale del menzionato comma 4 dell'art. 38 della legge n. 448/2001 nella parte in cui, con riferimento agli invalidi civili totali, disponeva che il beneficio di cui al comma 1 era concesso “*ai soggetti di età pari o superiore a sessanta anni*” anziché “*ai soggetti di età superiore a diciotto anni*”<sup>65</sup>.

In tal modo, il Giudice delle leggi, nel rispondere alla domanda di giustizia ad esso indirizzata<sup>66</sup>, ha esteso la platea dei beneficiari agli inabili al lavoro fin dal compimento dei diciotto anni, rideterminando, di fatto, l'importo dell'assegno previsto dall'art. 12, comma 1, della l. n. 118 del 1971, sulla base di un parametro già presente nell'ordinamento<sup>67</sup>.

Peraltro, dopo aver ricordato che il legislatore può “*rimodulare*” secondo un diverso apprezzamento la disciplina delle misure assistenziali – non costituendo l'eliminazione della barriera anagrafica una opzione costituzionalmente obbligata – la Corte ha precisato che tale rimodulazione dovrà essere effettuata “*nel rispetto del principio di proporzionalità (...) e dell'effettività dei suddetti diritti*”, ossia introducendo misure “*idonee a garantire agli invalidi civili totali l'effettività dei diritti loro riconosciuti dalla Costituzione*” senza che i vincoli di bilancio possano comprimerne “*il nucleo essenziale e indefettibile*”, secondo la logica dei “*diritti finan-*

<sup>64</sup> Cfr. pt. 4.3.

<sup>65</sup> Cfr. pt. 4.4.

<sup>66</sup> G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, 3/2020, 14 ss., anticipato sulla versione *online* della Rivista, il quale ha rilevato che, nel caso di specie, la Corte “*ha reso giustizia costituzionale*”, giacché, impossibilitata a procedere ad un intervento manipolativo sul *quantum* della prestazione “*non si arrende e cerca altre vie, anche indirette, per rispondere alla domanda di giustizia ad essa indirizzata*” e “*prima di pronunciare il fatale non possumus (comoda scappatoia di tanti giudici), esplora tutte le possibilità e prende in seria considerazione una questione sollevata dal rimettente in via subordinata*”.

<sup>67</sup> V. CIACCIO, *op. cit.*, 560, la quale osserva che “*il Giudice delle leggi ha – né più né meno che – effettuato la rideterminazione dell'importo dell'assegno di cui all'art. 12, comma 1, della l. n. 118 del 1971, seppur attraverso l'utilizzo di uno strumento già esistente nell'ordinamento*”, ossia l'incremento al milione previsto dalla normativa richiamata.



ziariamente condizionati”, accolta, all’inizio degli anni ’90, dallo stesso Giudice costituzionale<sup>68</sup>.

La Corte ha dunque mostrato di voler dialogare con il legislatore non tanto con la tecnica processuale delle pronunce monitorie a “*rime obbligate*” quanto – in maniera *soft* – con una sorta di “*monito gentile*”<sup>69</sup> che reca la strada legislativa da seguire attraverso delle “*rime possibili*”<sup>70</sup>.

##### 5. Segue. *La modulazione degli effetti nel tempo e il problema del “contemperamento dei valori costituzionali”: luci e ombre sotto il profilo motivazionale e istruttorio*

Tuttavia i giudici costituzionali non sembrano trascurare le esigenze di natura economica derivanti da un eventuale decisione di accoglimento con effetto *ex tunc*. Nell’evocare un “*contemperamento dei valori costituzionali*”<sup>71</sup> hanno infatti disposto – in deroga alla disciplina di riferimen-

<sup>68</sup> In particolare, nella sentenza n. 445/1990, la Corte aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità sollevata in relazione ad alcune disposizioni della provincia di Trento con le quali, ad avviso del giudice rimettente, era stato illegittimamente fissato un tetto di spesa per l’erogazione di alcune prestazioni sanitarie in favore degli anziani non autosufficienti. A fondamento della decisione di rigetto della questione di legittimità costituzionale, la Corte aveva affermato “*che, al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto a ottenere trattamenti sanitari, [...] è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall’attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento*”. Occorre, però, segnalare che pochi anni dopo, la medesima Corte, ha mutato il proprio orientamento e intervenendo, nel 1994, su una questione afferente il tema del rapporto tra garanzia di un diritto costituzionalmente tutelato (nella specie il diritto alla salute) e discrezionalità del legislatore, ha chiarito, seppur incidentalmente, che il vincolo imposto dal rispetto dell’equilibrio finanziario non può mai considerarsi assoluto perché, altrimenti, qualora le esigenze relative all’equilibrio della finanza pubblica “*avessero un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all’inviolabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte ad un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa*”.

In dottrina, E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell’esperienza costituzionale italiana*, Napoli 2020.

<sup>69</sup> M. D’ONGHIA, *op. cit.*, 84.

<sup>70</sup> V. CIACCIO, *op. cit.*, 560 ss.

<sup>71</sup> Nella decisione in esame si riportano soltanto alcuni isolati passi della sentenza del 2015 (ad es. quello dove si parla di “*esigenze dettate dal ragionevole bilanciamento tra i diritti e i principi coinvolti*”) senza però fornire ulteriori dettagli.

to<sup>72</sup> – di delimitare gli effetti del *decisum*, facendoli decorrere (solo *pro futuro*) dal giorno successivo alla sua pubblicazione<sup>73</sup>.

In particolare, la Corte si è limitata a giustificare tale tecnica decisoria (con effetto “*ex nunc*”<sup>74</sup>) richiamando una prassi giurisprudenziale con cui la medesima Corte, a partire dalla sentenza n. 10/2015, aveva ritenuto possibile modulare gli effetti temporali derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità.

In tale sentenza (n. 10/2015) la Consulta aveva, però, precisato che simili interventi di modulazione temporale derogavano al principio generale di retroattività delle sentenze di accoglimento e quindi dovevano essere vagliati alla luce del “*principio di stretta proporzionalità*” che li subordinava “*rigorosamente ... alla sussistenza di due chiari presupposti: l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco*”<sup>75</sup>. E infatti, in quell'occasione, la Consulta limitò gli effetti retroattivi della declaratoria di incostituzionalità della c.d. Robin Tax precisando che, in assenza di una simile modulazione temporale, si sarebbe costretto lo Stato alla restituzione di ingenti

<sup>72</sup> Che dispone il principio generale della retroattività (risultante dagli artt. 136 Cost. e 30 della legge n. 87 del 1953).

<sup>73</sup> Cfr. pt. 7 ove si afferma che “*E nella prospettiva, appunto, del “contemperamento dei valori costituzionali” – che viene qui in rilievo non già nel contesto dello scrutinio di costituzionalità della norma denunciata ed al fine dell'esito dello stesso, bensì nella fase successiva relativa alla delimitazione diacronica degli effetti della decisione – la Corte ritiene, in questo caso, di graduare gli effetti temporali del *decisum*, facendoli decorrere (solo) dal giorno successivo a quello di pubblicazione della sentenza sulla Gazzetta Ufficiale. La tecnica decisoria della sentenza con effetto “*ex nunc*”, che viene qui adottata, appartiene alla giurisprudenza di questa Corte, a partire dalla sentenza n. 10 del 2015 (nello stesso senso anche sentenze n. 246 del 2019, n. 74 e n. 71 del 2018)*”.

<sup>74</sup> A. RUGGERI, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo “bilanciamento” tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021; A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Riv. del Gruppo di Pisa*, 3/2019; N. FIANO, *Una nuova frontiera della modulazione degli effetti nel tempo. Riflessioni a margine della sent. Cost. n. 41 del 2021*, in *Nomos*, 1/2021; R. PINARDI, *Costituzionalità “a termine” di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in *Consultaonline*, 1/2021, 292.

<sup>75</sup> M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 2015, 1.

somme, previa adozione di una manovra finanziaria aggiuntiva che, a sua volta, avrebbe comportato un'irragionevole distribuzione della ricchezza ed un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.<sup>76</sup>.

Nella decisione n. 152/2020, invece, la Consulta non ha espressamente indicato a quale valore costituzionale le suddette esigenze di natura economica (nondimeno usate per limitare gli effetti retroattivi della pronuncia medesima in forza di una loro presunta ma non dimostrata lesione) sarebbero state strumentali. Né ha chiarito – con apposita istruttoria – per quale ragione una normale sentenza di accoglimento avrebbe definitivamente pregiudicato tale presunto valore costituzionale e, tanto meno, per quale motivo l'asserito contemperamento dei valori costituzionali in gioco potesse, nel caso concreto, giustificare una limitazione temporale ai benefici economici, altrimenti derivanti da una regolare declaratoria d'illegittimità<sup>77</sup>.

Di tal ché la dottrina ha ritenuto che il bilanciamento (da cui è generata la modulazione degli effetti temporali della sentenza n. 152/2020) non avrebbe potuto essere effettuato in quanto riguardante la relazione tra un diritto fondamentale e una risorsa o esigenza economica che, nella specie, non è stata collegata ad un valore costituzionale<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> C. COLAPIETRO, S. BARBARESCHI, *op. cit.*, 6, secondo cui “la Corte si pone il problema degli effetti che la pronuncia di incostituzionalità semplice è in grado di creare su gli altri principi costituzionali, trasformando così la regolazione degli effetti temporali della pronuncia da argomento-tema esterno alla pronuncia in un elemento della decisione: “la Corte costituzionale, considerando la Costituzione come un insieme unitario di principi e diritti fondamentali, ha ben presente l'esigenza generale che l'eliminazione delle leggi incostituzionali non produca situazioni di “maggiore incostituzionalità”, ed a tal fine può modulare le proprie decisioni anche sotto il profilo temporale, ed in piena coerenza con i principi della Costituzione, in modo da scongiurare, attraverso un bilanciamento tra valori costituzionali che l'illimitata espansione di un principio costituzionale – il quale diverrebbe “tiranno” – determini il sacrificio di un altro parimenti riconosciuto e protetto”. Alla base del bilanciamento tra tali interessi vi è certamente il principio di proporzionalità, rispetto al quale viene modulata l'efficacia temporale della sentenza”.

<sup>77</sup> In senso parzialmente analogo cfr. V. CIACCIO, *op. cit.*, 568.

<sup>78</sup> C. COLAPIETRO, S. BARBARESCHI, *op. cit.*, 26 (che richiama le riflessioni di V. CIACCIO, *op. cit.*, 568 ss.) per sostenere che solo l'inserimento del valore costituzionale al quale legare l'esigenza di finanza pubblica avrebbe legittimato il bilanciamento con quest'ultima, dato che, invece, tale esigenza, da sola, non è in grado di assurgere a valore bilanciabile con il diritto in questione. Secondo altra dottrina (M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 80-81), però, anche “nella sentenza in commento il bilanciamento compiuto dalla Corte costituzionale non è immediatamente con l'art. 81 Cost., ma con i valori costituzionali (principio di solidarietà, altri diritti fondamentali... sociali)”, sembrando a tal fine sufficiente richiamare gli estremi di un precedente della Corte costituzionale (“a partire dalla sentenza n. 10

L'assenza di un'adeguata istruttoria e di un apparato motivazionale sulla modulazione degli effetti temporali lascia dunque qualche punto interrogativo sulla bontà della scelta processuale adottata dalla Consulta, potendosi addirittura pensare che quest'ultima – ad onta delle affermazioni circa il “*ridotto perimetro di discrezionalità*” del legislatore a fronte della “*garanzia delle spese costituzionalmente necessarie inerenti all'erogazione di prestazioni sociali incompressibili*” – non sia ancora riuscita a superare la tesi di chi vede nei diritti “sociali” delle situazioni giuridiche il cui effettivo godimento è condizionato dalla sussistenza o meno delle relative risorse economiche<sup>79</sup>.

D'altra parte, la sentenza sembra voler mettere astratte esigenze di bilancio proprio a confronto con quei principi costituzionali di solidarietà, eguaglianza e assistenza sociale (*ex artt. 2, 3, 38, comma 1, Cost.*), che, in quanto posti a tutela di soggetti neppure in grado di procurarsi il minimo vitale per far fronte alle necessità primarie della quotidianità, parrebbero, per stessa ammissione della Corte, sfuggire a una logica di bilanciamento con vincoli – non dimostrati – di finanza pubblica<sup>80</sup>. Eppure l'equilibrio di bilancio, secondo un orientamento della giurisprudenza costituzionale<sup>81</sup>, non potrebbe condizionare le scelte di allocazione delle spese necessarie, bensì, al contrario, sarebbero quest'ultime a condizionare le scelte di allocazione delle risorse, dovendosi privilegiare una visione che individua nel nucleo essenziale del diritto (e non viceversa) un elemento condizionante le predette scelte.

Si ricorderà a tal fine come la dottrina abbia individuato diversi modelli che esprimono la relazione tra il principio dell'equilibrio di bilancio e l'effettiva tutela dei diritti sociali da parte del pubblico potere: dal mo-

*del 2015*”) e tutt'al più un suo passaggio dal quale poi ricavare, senza alcun supporto istruttorio e/o argomentativo, che la deroga al principio di retroattività “*risulta costituzionalmente necessaria allo scopo di contemperare tutti i principi e i diritti in gioco, [...] garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali (sentenza n. 264 del 2012)*”.

<sup>79</sup> G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello stato sociale*, in *Scritti in onore di V. Ottaviano*, I, Milano 1993, 1081 ss.

<sup>80</sup> V. CIACCIO, *op. cit.*, 570 ss.

<sup>81</sup> In giurisprudenza si veda la sentenza n. 275/2016, (richiamata dalla stessa Consulta), secondo la quale “*è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione*”. In dottrina, si veda però M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, in *Quest. giust.*, 2/2020, 8, il quale precisa che tale impostazione non significa che esista una categoria di diritti dotati di uno speciale statuto tale da porli su un piano gerarchico sovraordinato a tutti gli altri.

dello del “*diritto sociale esternamente condizionato*” per il quale il principio dell’equilibrio di bilancio è un vincolo esterno al diritto sociale e incontra un limite costituito dal nucleo indefettibile di quest’ultimo, a quello opposto del “*diritto sociale costitutivamente condizionato*” in cui il “*principio dell’equilibrio di bilancio entra come elemento costitutivo e ... strutturale dello stesso diritto sociale*”, al modello, infine, del “*diritto sociale come diritto vincolante il bilancio*” ossia come “*diritto sociale [che] non è subordinato ai vincoli di bilancio ma vincola le scelte del legislatore (e si può aggiungere della pubblica amministrazione) in tema di costruzione del bilancio eliminando o riducendo fortemente la sua discrezionalità*”<sup>82</sup>. Pertanto, proprio quello che nella specie la Corte invitava il legislatore a non fare dinanzi a un modello di diritto sociale costruito in funzione vincolante rispetto al bilancio, sembra poi averlo fatto (la Corte stessa) con il presunto bilanciamento da cui ha ricavato la possibilità di modulare i propri effetti temporali.

Sebbene, quindi, la Consulta mostri una certa (e apprezzabile) attenzione alla dignità e alle esigenze delle persone disabili<sup>83</sup> spingendosi a sofisticate tecniche decisorie, tuttavia, laddove decide di manipolare gli effetti della sua pronuncia rispetto al passato senza esternare la predetta attività istruttoria e senza argomentare espressamente sulle coordinate valoriali sottese ad un presunto bilanciamento entro cui andrebbe nondimeno limitata la garanzia costituzionale del diritto al mantenimento del soggetto totalmente inabile, denota come la strada verso la tutela effettiva dei diritti incompressibili dei soggetti disabili privi di mezzi economici

<sup>82</sup> A. ZITO, *Diritti sociali e principio dell’equilibrio di bilancio: le dinamiche di un rapporto “complicato” nel prisma delle decisioni giudiziali*, in *Nuove Autonomie*, 2/2020, 331 ss.

<sup>83</sup> Ad esempio il pt. 6.1 ove si legge che “*la disabilità non deve essere considerata come una “disgrazia familiare” ma come l’oggetto di un intervento pubblico a tutela di una situazione di inferiorità e bisogno elevata a diritto soggettivo fondamentale*”. Inoltre, al punto 3.3, si afferma che “*L’importo mensile della pensione di inabilità, di attuali euro 286,81, è innegabilmente, e manifestamente, insufficiente ad assicurare agli interessati il “minimo vitale” e non rispetta, dunque, il limite invalicabile del nucleo essenziale e indefettibile del «diritto al mantenimento», garantito ad «ogni cittadino inabile al lavoro» dall’art. 38, primo comma, Cost.*”. Sicché, “*La semplice comparazione con gli importi riconosciuti per altre provvidenze, avvinte da analoga matrice assistenziale e prospettate come grandezze di raffronto, conferma che la misura della pensione di inabilità non è idonea a soddisfare la soglia (non già del solo minimo “adeguato” riconosciuto ai lavoratori dall’art. 38, secondo comma, Cost., ma) dello stesso minimo vitale per far fronte alle esigenze primarie e minute della quotidianità – ossia alle pure esigenze alimentari – quale nucleo indefettibile di garanzie spettanti agli inabili totali al lavoro*”.

sia ancora in salita. Ciò in quanto è il nucleo indefettibile del diritto in questione che finisce per coincidere con quanto è necessario al suo effettivo godimento rispetto alle esigenze del caso concreto e che va tutelato in modo pieno senza che tale pienezza, come invece avvenuto nel caso di specie, entri in un circuito di contemperamento con presunte esigenze di bilancio.

6. *Segue. L'importanza dell'istruttoria sugli effetti in bilancio della pronuncia di incostituzionalità*

Probabilmente, l'acquisizione di dati aventi rilievo economico-finanziario tramite l'attivazione di una fase istruttoria<sup>84</sup> avrebbe consentito alla Consulta di comprendere in maniera più nitida il "costo" di una sua pronuncia di incostituzionalità, permettendole una migliore prognosi sulla possibilità o meno di derogare alle norme processuali relative alla gestione temporale degli effetti delle sue decisioni e, conseguentemente, di raggiungere una maggiore trasparenza sul piano motivazionale-istituzionale.

Del resto l'esigenza di valorizzare la fase istruttoria nel giudizio dinanzi alla Corte costituzionale sembra trovare diverse conferme sul piano normativo e dottrinario<sup>85</sup>, non da ultimo quando la sua attivazione porterebbe ad una maggiore conoscenza della realtà socio-economica di riferimento, onde evitare attriti tra la tutela dei diritti garantiti dalla Costituzione ed esigenze di salvaguardia dell'equilibrio dei conti pubblici<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Sul potere di istruttoria della Corte costituzionale cfr. M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giur. cost.* 1987, 10-47; G. RAGONE, *L'attivazione del potere istruttorio tra forme consolidate e scelte innovative. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 197 del 2019*, in *Osservatorio costituzionale*, *Riv. AIC*, 1/2020, 226 ss.

<sup>85</sup> A.M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano 1967, 50, il quale già all'epoca aveva precisato che, nel verificare il difetto di ragionevolezza della normazione, la Consulta "può anche richiedere l'accertamento di fatti e circostanze".

<sup>86</sup> M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 3/2016, 10, il quale, nel difficile rapporto tra garanzia dei diritti sociali ed esigenze di bilancio, propone il ricorso a una sentenza di incostituzionalità condizionata e differita con cui «La Corte potrebbe dichiarare la legge illegittima a condizione che il legislatore non abbia reperito, entro l'esercizio finanziario indicato, le risorse necessarie, con effetti annullatori decorrenti a far data dal maturarsi dell'inadempimento» (*ivi*, 17). Per ulteriori approfondimenti, cfr. A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*,

In questa traiettoria interpretativa si possono del resto inserire, non solo la modifica del gennaio 2020 delle «*Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*», con la quale i giudici del Palazzo della Consulta hanno introdotto alcune disposizioni innovative sul piano istruttorio<sup>87</sup>, ma anche il disegno di legge “Lanzillotta”<sup>88</sup> che, nella sua relazione introduttiva, non si era posto l’obiettivo di precludere “*effetti retroattivi alle pronunce della Corte costituzionale ogni qualvolta esse producano effetti sui bilanci ma [quello di offrire] alla Corte stessa la possibilità di attenuare e/o eliminare l’impatto finanziario che emerge dal rafforzamento dell’istruttoria prevista dal presente disegno di legge*”<sup>89</sup>. A ciò andrebbero poi aggiunte le procedure interne volte a studiare le possibili conseguenze sul piano della finanza pubblica derivanti da un’eventuale sentenza di accoglimento: dapprima esperibili da un’autonoma Sezione del Servizio Studi, istituita nel 1995, con riferimento alla quantificazione degli oneri finanziari, e successivamente affidate all’Ufficio Ruolo per la segnalazione delle questioni rilevanti, tali da richiedere l’acquisizione di documenti o altri elementi di conoscenza<sup>90</sup>.

Ciononostante, proprio recentemente la dottrina ha sottolineato che “*Il «posto» che l’istruttoria ha nei giudizi sulle leggi è in linea di massima molto modesto ... pur essendo numerose le occasioni ove il processo decisionale potrebbe utilmente nutrirsi di acquisizioni istruttorie ... va-*

1973, 1497 ss.; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, *ivi*, 1978, 1335 ss.

<sup>87</sup> M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove norme integrative*, in *Riv. AIC*, 2/2020, 402 ss.; M. D’AMICO, *Gli amici curiae*, in *Quest. giust.*, 4/2020. Si veda pure la delibera della Corte costituzionale del 22 luglio 2021 pubblicata nella G.U. n. 262 del 3 novembre 2021.

<sup>88</sup> Recante Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza dei giudizi di legittimità costituzionale.

<sup>89</sup> In particolare, il testo del disegno di legge, che consta di soli due articoli prevede, all’art. 1, lett. a), che “*La Corte dispone altresì ordinanze istruttorie ai fini dell’acquisizione di dati e informazioni. Nell’ipotesi in cui la soluzione della questione di legittimità costituzionale possa comportare maggiori oneri o minori entrate per la finanza pubblica, la Corte, anche su richiesta dell’Avvocatura generale dello Stato o del rappresentante della Regione interessata, ha facoltà di chiedere all’Ufficio parlamentare di bilancio di cui all’articolo 16 della legge 24 dicembre 2012, n. 243, una relazione sugli effetti finanziari dell’eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni oggetto dell’istanza o del ricorso*”.

In dottrina, cfr. M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, *Relazione introduttiva al Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”*, 9 e 10 giugno 2017, Università degli Studi di Milano, su “*La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*”, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

<sup>90</sup> R. NEVOLA, *L’assistenza alla decisione giurisdizionale*, 2018, 51 ss., in [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/stu\\_308.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_308.pdf).

riamente modulate”<sup>91</sup>, sia quando riguarda questioni etiche fortemente interconnesse con profili tecnico scientifici (per le quali la stessa dottrina ha riscontrato una totale assenza)<sup>92</sup>, sia quando gli approfondimenti istruttori riguarderebbero tematiche più neutre come i dati (contabili e/o di bilancio) che ad esempio avrebbero potuto agevolare<sup>93</sup>, anche nei casi decisivi con le sentenze nn. 10/2015 e 152/2020, una prognosi della Corte costituzionale sugli effetti in bilancio dell’incostituzionalità, tale da dimostrare la necessità o meno della limitazione nel tempo degli effetti della pronuncia in ragione dell’esigenza della salvaguardia dell’equilibrio di bilancio<sup>94</sup>.

Un’adeguata istruttoria avrebbe agevolato anche la successiva attività del legislatore il quale, a seguito della pronuncia in questione (152/2020), si è limitato a eliminare lo sbarramento anagrafico (che escludeva dal beneficio economico, del c.d. incremento al milione, la platea degli indigenti totalmente invalidi al di sotto dei sessant’anni) senza però dare un’adeguata risposta al sistema di protezione sociale nondimeno richiesto dalla sentenza *de qua* laddove aveva invitato il legislatore a rivedere la materia del diritto al minimo vitale nell’ottica dei diritti degli invalidi civili, ossia in modo da non alterare il nucleo essenziale del diritto al mantenimento *ex art.* 38, comma 1 della Costituzione.

E invero il legislatore ha dapprima istituito un fondo per ottemperare alla sentenza in commento e, poi, ha previsto, all’art. 15 del d.l. 14 agosto

<sup>91</sup> G.P. DOLSO, *Poteri Istruttori*, Relazione 12 novembre 2021, Milano, *Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative*, reperibile in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 26 ss.; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi sui conflitti*, cit.

<sup>92</sup> G.P. DOLSO, *op. cit.*, 26; M. D’AMICO, *Le questioni «eticamente sensibili», fra Corte, giudici e legislatore*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 5 novembre 2015; ID., *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali, e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020, 266 ss.

<sup>93</sup> G.P. DOLSO, *op. cit.*, 26.

<sup>94</sup> D. STEVENATO, «Robin Hood Tax»: *un’incostituzionalità a «futura memoria»*, in *Dialoghi tributari*, 1/2015, 50 ss. L’Autore rileva in senso critico che “*Quel che veramente non si comprende è perché mai «uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva» dovrebbe determinare una «grave violazione» dell’art. 81 e del principio di equilibrio di bilancio: la violazione si avrebbe [...] se il Parlamento non adottasse alcuna manovra di aggiustamento; è quindi «solo in caso di inerzia delle autorità politiche che si avrebbe al limite una violazione del principio dell’equilibrio del bilancio, ma in tal caso la violazione non dipenderebbe dagli effetti «naturalmente» retroattivi della pronuncia di incostituzionalità della legge tributaria, quanto dalla mancata adozione di una manovra finanziaria compensativa»*”.



2020, n. 104, che “con effetto dal 20 luglio 2020 all’articolo 38, comma 4, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, e successive modificazioni, le parole «di età pari o superiore a sessanta anni» sono sostituite dalle seguenti: «di età superiore a diciotto anni»”. Di conseguenza, solo dal 20 luglio 2020 (e non dall’entrata in vigore dell’art. 38, comma 4, l. n. 448/2001), si è riconosciuto alla categoria di soggetti fragili in questione il beneficio economico di cui all’art. 38, comma 1, l. 448/2001 (c.d. incremento al milione)<sup>95</sup>.

7. *Osservazioni conclusive: la responsabilità del legislatore nell’individuazione del minimo vitale come limite invalicabile del nucleo essenziale e indefettibile del diritto al mantenimento degli inabili al lavoro di cui all’art. 38, comma 1, Cost.*

In conclusione, non appare azzardato sostenere come per le persone inabili al lavoro prive di mezzi economici sia necessario individuare forme di tutela che – accanto alla suddetta declaratoria di illegittimità costituzionale – forniscano un equo ristoro per il pregiudizio subito a causa di un atto legislativo che dal 2001 al 2020 ha individuato una pensione di inabilità (*ex art. 12, l. 118/1971*) il cui importo è stato accertato dalla stessa Corte come “*innegabilmente, e manifestamente, insufficiente ad assicurare agli interessati il “minimo vitale”, nonché “non rispettoso del] ... limite invalicabile del nucleo essenziale e indefettibile del “diritto al mantenimento”, garantito ad “ogni cittadino inabile al lavoro” dall’art. 38, primo comma, Cost.*”.

Allo stesso modo occorrerebbe valutare se l’entità del *quantum* dell’assegno riconosciuto ai soggetti di cui all’art. 38 comma 1 della Costituzione, a seguito del suddetto intervento normativo del 2020, possa essere considerata come una sorta di *reformatio in peius* rispetto alla realtà normativa esistente, con specifico riferimento a programmi di tutela sociale che, nel loro argine minimale, si sono già realizzati nel nostro ordinamento per analoghe prerogative: in tal senso, ulteriori profili di criticità sull’assegno *de quo* potrebbero derivare da un confronto con l’importo del c.d. “reddito di cittadinanza” che il nostro ordinamento aveva già individuato con l’art. 1, d.l. 28 gennaio 2019, n. 4 conv. in l. 28 marzo 2019,

<sup>95</sup> Tale incremento, in presenza di altri presupposti dell’interessato, porta il beneficio in questione da € 286,81 ad € 650 circa.

n. 26<sup>96</sup> basandosi peraltro su un concetto di minimo vitale – analogo a quello ravvisato dalla Corte costituzionale con la pronuncia n. 152/2020 – per far fronte alle esigenze primarie della quotidianità (lavarsi, vestirsi, alimentarsi).

Certamente la discrezionalità sul *quantum* sia necessario per garantire la legittimità costituzionale della tutela del diritto al minimo vitale va affrontata sul piano della decisione politica e non può trasformarsi in una questione di interpretazione costituzionale che finisca per bilanciare interessi costituzionalmente protetti in via suppletiva rispetto al legislatore<sup>97</sup>, tanto più se detto bilanciamento rischia di mettere in discussione l'effettività della tutela delle persone disabili in una fase di grave emergenza sanitaria che, proprio con riferimento a dette persone, ha dimostrato una grande incapacità nel rispondere ai loro reali bisogni cui la categoria dei c.d. *caregiver* ha cercato di supplire<sup>98</sup>.

Ciò non toglie che tale discrezionalità legislativa debba essere esercitata nel rigoroso rispetto dell'impianto costituzionale e coerentemente al concetto di minimo vitale già individuato in altra sede dal medesimo legislatore, essendo altrimenti giunto il momento di chiedersi se nei confronti di quest'ultimo (e in particolare dello Stato-legislatore) non possano prospettarsi dei profili di responsabilità, dai quali far discendere eventuali obblighi di natura risarcitoria o indennitaria per una disposizione palesemente lesiva di un diritto tutelato dalla Costituzione<sup>99</sup>.

Questo cammino verso la ricerca di una responsabilità del legislatore (per atto legislativo contrastante con la Costituzione)<sup>100</sup>, su cui da ultimo

<sup>96</sup> Tale importo corrisponderebbe ad € 780 mensili.

<sup>97</sup> Per tutti cfr. M. NIGRO, *Le giurisdizioni sui pubblici poteri fra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 4/1984, 454 ss., il quale riteneva, seppur con riferimento alle pronunce additive, che “trasformare il giudizio costituzionale da giudizio di caducazione delle norme in giudizio di posizione di norme è eccessivo, non fosse altro per il fatto che in questo modo vengono toccati i rapporti fra i supremi organi dello Stato”.

<sup>98</sup> Cfr. A. DECATALDO, P.E. LIMONGELLI, *Gli young caregivers. Una ricerca sul caso italiano*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2/2021, 227-244, Sul tema, si considerino le condivisibili riflessioni critiche di E. VIVALDI, *L'assistenza alle persone con disabilità (grave) prive del sostegno familiare*, in *Forum Quad. cost.*, 1, 2021, 572 ss.

<sup>99</sup> In senso negativo v. Cass. civ., sez. I. n. 9147/2009; in termini anche Cass. n. 1067/1995; ID., n. 4915/2003, per cui si è escluso a priori la possibilità di accostare “un evento dannoso alla promulgazione di una legge, essendo l'emanazione delle leggi espressione di un potere politico del legislatore che, di fatto, può anche incidere negativamente sulle posizioni di singoli cittadini ma mai radicare un danno giuridicamente risarcibile”.

<sup>100</sup> In dottrina, sia consentito rinviare a M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La responsabilità dello Stato legislatore e l'attività amministrativa*, Napoli 2019; V. ROPPO, *Responsabilità pubblica per atto lecito e per atto legislativo*, in *Corr. Giur.*, 3, 2017; C. BUONAURO, *Il*

le Sezioni Unite della Cassazione hanno mostrato un'apprezzabile sensibilità proprio con riferimento ai diritti fondamentali<sup>101</sup>, aprirebbe nuovi orizzonti (che esulano dal tenore del presente scritto e) il cui sviluppo risulta oggi incerto e poco prevedibile.

Cionondimeno, appare opportuno percorrere tale strada a fronte della natura e del livello di protezione accordato dall'ordinamento nei confronti del titolare di alcuni diritti, quale quello dell'inabile al lavoro privo di mezzi economici, le cui provvidenze economiche *ex art. 38 Cost.* sono state intese come spese “*costituzionalmente necessarie, inerenti all'erogazione di prestazioni sociali incomprimibili*”<sup>102</sup>, ove “*la prestazione*” non ha assunto la veste di una componente dell'assistenza sociale a favore del cittadino, ma di “*un necessario strumento di garanzia di un diritto inviolabile della persona (art. 2 Cost.)*”<sup>103</sup>.

*risarcimento del danno da atto legislativo*, Milano 2004; G. LOMBARDI, *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000.

<sup>101</sup> Cass. civ., sez. un., 24 novembre 2021, n. 36763 (ord.), che, sul punto, riconosce la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice ordinario naturale dei diritti fondamentali, non interferendo con potestà altrimenti riservate.

<sup>102</sup> Corte cost. nn. 62/2020, 10/2016 e 275/2016.

<sup>103</sup> Corte cost. n. 50/2019.



TERCAS: JUSTICE AND POLITICS  
IN BANKS RESOLUTIONS IN EUROPE

INDEX: 1. Introduction. – 2. Brief recount of the state intervention in the resolution of failing banks in Italy, and the application of European state aid law. – 3. The creation of resolution funds and *Tercas*. – 4. The intervention of the FITD in *Tercas*. – 5. The facts of *Tercas* and state aid law. – 6. The role of the European judge and prospects for simplification.

1. *Introduction*

The case involving the bank *Tercas* SpA (*hereinafter*, “*Tercas*”) has finally found its ending in the decision delivered by the European Court of Justice (*hereinafter*, “ECJ”)<sup>1</sup> affirming the judgement of the European General Court below<sup>2</sup>, and finding that the measure in support of *Tercas* by the Italian deposit guarantee scheme *Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi* (*hereinafter*, “FITD”) did not infringe European state aid law<sup>3</sup>.

Much has been written on *Tercas*<sup>4</sup>; and understandably so, as it provides much food for thought for many areas of the law (e.g., commercial law, administrative law), as well as general considerations on the Europe-

<sup>1</sup> Decision by the European Court of Justice (Grand Chamber) of 2 March 2021, European Commission / Italian Republic, Banca Popolare di Bari Società Cooperativa per Azioni, Fondo interbancario di tutela dei depositi, Banca d’Italia, Case C-425/19 P (*hereinafter*, “Decision of the ECJ” or “ECJ Decision”).

<sup>2</sup> Decision by the European General Court of 19 March 2019– Italy et al./Commission, Joined Cases T-98/16, T-196/16 and T-198/16 (*hereinafter*, “Decision of the General Court” or “General Court decision”).

<sup>3</sup> As the Commission instead had concluded in its Decision by the European Commission of 2 March 2014 (“the Commission’s decision”).

<sup>4</sup> See for all, G. BRANCADORO (editorial), *La sentenza Tercas in tema di aiuti di Stato: è necessaria una rilevazione di dati concreti e univoci nelle operazioni sotto esame*, *Federalismi.it* n. 8/2019.

an (not only banking) integration progress and the relationship between national and supranational institutions. Moreover, *Tercas* is pivotal in the debate on fair balancing between justice and politics in the resolution of banks not only in Italy, but also in Europe.

Now that the litigation has finally ended, it seems therefore useful to briefly retrace the history of bank resolutions in Italy, considering the way in which the European-integration progress and the still unfinished (perhaps, even improvable) architecture of the European Banking Union (*hereinafter*, “EBU”) has influenced such evolution. The present paper also briefly recounts the creation of the FITD and its role in bank resolutions in Italy (a necessary recount for a solid understanding of *Tercas*) in order to highlight some ambiguities that the current architecture of the EBU creates for the role of deposit-guarantee schemes *vis à vis* resolution funds’.

The present essay is structured as follows: the next paragraph briefly traces the history of Italian state intervention in the resolution of failing banks; the third paragraph recounts the creation of the resolution fund in Italy; the fourth and fifth paragraphs tell the facts of *Tercas* and provide a summary of the two European decisions; finally the last paragraph provides some conclusions.

## 2. *Brief recount of state intervention in the resolution of failing banks in Italy, and the application of European state aid law*

Managing and resolving failing banks is necessary for the pursuance of a variety of interests (public and otherwise), such as: ensuring failing banks’ business continuity; preventing “panic” and other negative episodes that would prove detrimental for overall financial stability; and protecting account holders. Originally in Italy, bank “resolutions” (or rather, bankruptcies) occurred through the application of *ad hoc* administrative regimes (*i.e.*, *amministrazione straordinaria* “a.s.” or *liquidazione coatta amministrativa* “l.c.a.”) mandated by law or deriving from the persuasive power of Banca d’Italia. Such regimes ensured that the process of resolving failing banks would take into account (also) political issues. Indeed, according to usual practice, rather than *resolving* failing banks, it was preferable to ensure their business continuity through sale to a non-failing or *in bonis* bank, generally upon “invitation” of the supervisory authorities and in exchange for some compensation.

The EBU does not call into question the legitimacy of the above-mentioned public ends (*i.e.*, crisis prevention, protection of account holders, etc.), and actually reaffirms it. Indeed, the BRRD itself (creating the so-called “second pillar” of the EBU) explicitly mentions them as its objectives<sup>5</sup>. What the UBE does change is the legality of public finance’s (in) direct intervention in the resolution of banking institutions.

Resolutions of failing banks *à la italienne* used to occur through the combination of: the above-mentioned administrative regimes (*i.e.*, a.s. or l.c.a.), market instruments (*i.e.*, acquisitions), and public incentives (usually, advances at favourable rates)<sup>6</sup>; on the one hand, they featured the merit of protecting *all* account holders, not only those below the €100.000 ceiling. On the other hand, such resolutions did transfer the bankruptcies costs on taxpayers, thereby encouraging moral hazard in the management of banks. Such concerns became more and more troubling with the incremental inclusion of the banking sector within the scope of European integration, built on the economic and legal *credo* of pursuing efficiency and competitiveness through (the fairest possible) competition in the market and the incremental abolition of state aid<sup>7</sup>. Indeed, the mainly-ordoliberal economic philosophy at the very foundation of the European integration process carried a different declination of the idea of public interest. In this view, instead of protecting *all* account holders, preference ought to be given to those who did convey their funds to the less risky banks, therefore discouraging the risk of moral hazard. Moreover, it was also necessary to favour the *efficient* – rather than equitable

<sup>5</sup> Directive 2014/59/EU of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms (*hereinafter*, “BRRD”), art. 31, para. 2, letts. a), b) ed e). Such objectives are (as one should expect) to be balanced with others, including above all the protection of account holders and of public resources.

<sup>6</sup> The state “spread” the losses of failing banks through several kinds of facilitations, the epitome of which was the so-called Sindona decree of 1974. Such decree contained a provision of public support (initially exceptional, and later institutionalized) that allowed Banca d’Italia to grant banks that were *in bonis* and willing to take over failing institutions 24-month advances with subsidized rates on long-term Treasury notes. As a practical matter, Banca d’Italia sold from its own account Treasures with subsidized rates to the transferee bank. The purchasing bank would then profit from the difference between the return on Treasures and the applied interest rate. Such difference represented a liability for Banca d’Italia and hence the Treasury of the state, *i.e.*, the beneficiary of Banca d’Italia’s revenues.

<sup>7</sup> Almost at the same time of the Sindona decree, the Europe Community passed the first banking directive on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions, Dir. 77/780/CEE.

– allocation of resources, as equity is best insured by economic efficiency rather than the distortions deriving from public interventions.

Starting in '80s, European lawmakers have been “cleansing” the banking sector from public interventions and putting forward the idea of “banks as undertakings” subject to competition law or, at least special competition laws (to be defined) applicable to the banking sector<sup>8</sup>. As a consequence of such evolution, the (indirect) use of state resources to save failing banks, even if functional to creditors’ protection (meaning, savers-account holders ex art. 47 It. Const.) starts being criticized for its distortive effects on competition<sup>9</sup>. It becomes therefore necessary to create an alternative system to finance the resolution of failing banks and (if possible) protect (also) account holders. It is precisely in this context that the Italian deposit guarantee scheme, the FITD<sup>10</sup> was created<sup>11</sup>, such *private system* would protect account holders by paying them back in case of l.c.a, and would also supply liquidity to recapitalize failing banks<sup>12</sup>.

It is worth noticing that meanwhile in Europe, the idea of using

<sup>8</sup> Italian law crystallizes this idea of bank in the 1993 Testo Unico Bancario (*berain-after*, “TUB”).

<sup>9</sup> In particular, the advances of the Sindona decree were more and more perceived as facilitations granted to banks to the detriment of *all* taxpayers, including those not availing themselves of the services of the failing banks.

<sup>10</sup> The FITD neither abrogates nor replaces the Sindona decree. Hence next to the FITD, the “public” resolution scheme for failing banks remained in effect.

<sup>11</sup> The functioning was similar to the already existing Centrale di Garanzia delle Casse Rurali e Artigiane (later, Fondo Centrale di Garanzia), created in 1978 in order to provide liquidity to the failing banks members of the consortium. However, it is interesting to notice that Centrale did not pursue the end of protecting account holders, at least until 1997 when it was replaced with the Fondo di Garanzia del Credito Cooperativo (FGDCC) in order to implement the new European laws.

<sup>12</sup> According to art. 27 of its statute, in case one of its members is subject to l.c.a., the FITD pays back the failing bank’s accounts within the limit of € 100.000 per account holder. Moreover, the FITD can support its members on a voluntary basis in two further scenarios: (a) in cases in which a bank member of the consortium is subject to a.s. and whenever the restructuring would be less burdensome than a later intervention during l.c.a., the FITD can grant loans, guarantees, and capital increases (art. 29 of its statute); and (b) in cases in which a bank member of the consortium is subject to l.c.a., the FITD can participate either in the reimbursement of the account holders, or – if less burdensome – to the assets and liabilities transfer to another bank of the consortium or to third parties (art. 28 of its statute). It is worth noticing that the FITD’s possibility to act in cases of a.s. is subject to an economic assessment, meaning that restructuring has to be a viable option (art. 3, para. 1, lett. b)), and intervention would be less burdensome than later action during l.c.a. (cfr. art. 28).



*private* funds in the resolution of failing banks was also taking place<sup>13</sup>. However, the Italian and European versions of the same idea featured a (fundamental) difference. Indeed, from the Italian point of view it was certainly desirable (perhaps, even demanded) that the FITD would pursue the *double* end of both protecting account holders *post* failure, as well as providing funds *ante* the crisis in order to prevent it (or at least, its most dreadful consequences)<sup>14</sup>. Instead, the European Commission was encouraging member states to create guarantee schemes which would distinguish with sufficient precision the intervention mechanisms *available before* the failure (*i.e.*, supplying liquidity to resolve the bankruptcy), from the reimbursement mechanisms *available after* (*i.e.*, paying back account holders).

Notwithstanding this fundamental difference, until the financial crisis of 2008 the FITD has intervened not to reimburse account holders, rather to manage (meaning, preventing) bankruptcies. In these cases, together with the FITD's private resources, the very visible hand of the Italian state (meaning, its taxpayers) has intervened in order to contain the most threatening failures. The Commission itself approved such practice<sup>15</sup> beyond Italy<sup>16</sup>, and even when it involved banks which were – in today's language – “significant”<sup>17</sup>. Such approach was considered legit based on the possibility to protect failing undertakings *ex current art. 107, para 3, lett. c) TFEU*.

<sup>13</sup> Guarantee funds are mentioned for the first time in the recommendation of 22 December 1986 concerning the introduction of deposit guarantee schemes.

<sup>14</sup> Until 2016 art. 96-bis of TUB (implementing the directive) established that the function of deposit guarantee schemes was to pay back account holders in case of l.c.a.; however, it also significantly added that «guarantee systems can establish further cases and types of intervention».

<sup>15</sup> Consider two epitomic examples: Banco di Napoli and Sicilcassa. Both cases involved the intervention of private as well as public instruments, assessed (and cleared) by the Commission who found the public interventions to be indeed state aid, yet compatible with the common market because aimed at facilitating the development of certain economic activities (*ex current art. 107, para. 3, lett. c) TFEU*). Until '90s, common practice (based on a Communication of 1994 “*Community Guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty*”, later revised in 2004) was to apply also to the banks the general state-aid law for failing firms. The requirements were: that the aid be temporary and exceptional, and that the restructuring be carried out with a substantial contribution from the beneficiary, probably the very concept behind the burden sharing and the bail in itself.

<sup>16</sup> See *e.g.*, *Bankgesellschaft Berlin*, Commission decision of 4 May 2005, 2005/345/EC.

<sup>17</sup> See *e.g.*, *Crédit Lyonnais*, Commission decision of 20 May 1998, 98/490/EC.

*Northern Rock* in 2007<sup>18</sup> marks a turning point in the Commission's practice, which since then has assessed aids to failing banks in compliance with the "need to remedy a grave turbulence in the economy", *ex art.* 107, para. 3, lett. b) TFEU<sup>19</sup>. This turning point brings with it the new principles of "burden sharing"<sup>20</sup>, as well as of "(shareholders') significant contribution", which aimed at ensuring that the resolution costs would be paid not only by the state, but also by those who had invested in the bank<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Commission decision of 28 October 2009.

<sup>19</sup> Moreover, starting from 2008 the Commission has issued seven Communications relating to state aid in the banking sector (so called "crisis communications"), acknowledging the sector's peculiarities. They are "framework" communications, with which the Commission – in consideration of the macroeconomic situation – issues non-binding provisions that are to be considered contingent and *ad hoc* rules. Namely, a diametrically different approach than the one it had followed until 2007. Regarding the Communications' contents: the first three establish the conditions for the three main kinds of public intervention (namely, guarantee on the liabilities, recapitalization, and support measures for non-performing liabilities). The fourth one crystallized the principle that access to any form of public support must be preceded by a restructuring plan from the beneficiary bank. *Ex ante* such plan allows the Commission to assess the compliance of the public support; *ex post* the plan allows to evaluate the performance of the beneficiary bank and the state. It was believed such provisions were temporary and aimed at establishing the criteria to assess whether state aids granted to the financial sector were compatible with the common market according to the "rediscovered" art. 107, para. 3, lett. b) TFEU. The principles contained in the crisis communications have later been collected in the new Communication of 1 August 2013 on the application of state aid rules to support measures in favour of banks in the context of the financial crisis (*hereinafter*, "Banking Communication" or "2013 Communication"). The Banking Communication reaffirms the principles of the restructuring plan and of the burden sharing (now extended also to the creditors, even though only the subordinated ones). That same year, the BRRD re-affirms the burden-sharing principle and extends it also to non-subordinated creditors.

<sup>20</sup> Point 5.2 of the 2009 Communication ("*Communication from the Commission on the treatment of impaired assets in the Community banking sector*, 2009/C 72/01) is paramount in this sense, as para. 5.2 is titled *Burden-sharing of the costs related to impaired assets between the State, shareholders and creditors* and contains a detailed regulation of the requirements banks must meet to ask for public interventions. The principle is established once and for all in the following Communication, also from 2009 ("*Commission communication on the return to viability and the assessment of restructuring measures in the financial sector in the current crisis under the State aid rules*", 2009/C 195/04), where the third chapter deals with "*Own contribution by the beneficiary (burden sharing)*". Since then, the Commission starts talking about the burden sharing as the only viable way to limit distortions to competition as well as moral hazard.

<sup>21</sup> Such principle had already been introduced in the cases of *Banco di Napoli* and *Credit Lyonnais* as "*significant contribution from the aid beneficiary*". Creditors are not (yet) explicitly called on to share the losses, although the number of affected subjects

The Communication of 2013<sup>22</sup> makes the Commission's new approach crystal clear. It affirms banks' "special nature" given their essential function for the economic system. Henceforth the need to design a special regime, compliant with competition law, in order to assess state intervention, whose compliance with state aid law must now be assessed by applying the "rediscovered" art. 107, para. 3 lett. b) TFEU.

With respect to the past, it is worth mentioning some other novelties: conditions to access aid are now more stringent; criteria for receiving an aid are now adapted to the changed economic context<sup>23</sup>; support measures are now differentiated according to bank size (small banks are less worrisome for competition-law considerations); public recapitalization is now possible only if capital shortfall<sup>24</sup> cannot be resolved through other instruments; and being a basically-irreversible aid measure, the Commission demands a pre-notification<sup>25</sup> from the member states, in order to agree on the best way to deliver the aid (as better said below, Italy failed to provide such pre-notification in relation to Tercas). According to such concertation model based on informal and (more or less) "voluntary" contacts, not only is the Commission the *ex-post* arbiter of the aid's legitimacy, it also becomes states' *ex-ante* advisor<sup>26</sup>.

### 3. *The creation of resolution funds and Tercas*

In this context, plainly unfavourable to involving guarantee schemes

is increasing. In 2009 the Commission starts referring to *those that have invested in the banks*, thereby likely considering debit capital a form of investment.

<sup>22</sup> 2013 Communication.

<sup>23</sup> The 2013 Communication outlines three areas of intervention: (i) recapitalisations and impaired asset measures (*id.*, paras. 28-55), (ii) guarantees and liquidity support outside the provision of central bank liquidity (*id.*, 56-61), and (iii) provision of liquidity by central banks and intervention of deposit guarantee schemes and resolution funds (*id.*, paras. 62-64), a further section deals with liquidations aid to non-viable players that ought to exit the market.

<sup>24</sup> A capital shortfall refers to «*a capital shortfall established in a capital exercise, stress-test, asset quality review or an equivalent exercise at Union, euro area or national level, where applicable confirmed by the competent supervisory authority*», *id.*, para. 28.

<sup>25</sup> The pre-notification also requires a pre-plan, namely a plan to increase capital (before the restructuring plan) outlining the measures taken to obtain capital from the market (to be considered programmatic, as if the bank is failing, it is unlikely that it will be able to get capitals from the market), as well as burden-sharing measures.

<sup>26</sup> E. RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria*, Torino 2017, 135.

in the resolution of failing banks, the idea starts emerging (both in Europe and in Italy) to create *ad hoc* funds for restructuring failing banks, as it is indeed mandated by the so-called EBU's second pillar (*i.e.*, resolution of failing banks<sup>27</sup>). The main aim (and difference with respect to guarantee schemes, which like the FITD have existed in all member states long before EBU's creation) of such funds is to *finance* failing banks, rather than *pay back* account holders. At the European level, the Single Resolution Fund has been created, and will be progressively endowed until 2024. In Italy, the resolution fund was created upon the so-called crisis of the four banks (*i.e.*, Carichieti, Etruria, Banca marche, and Cariferrara), resolved in November 2015 (therefore, after *Tercas*' facts).

Henceforth, next to guarantee schemes there are now specific (and equally compulsory<sup>28</sup>) "resolution funds", whose main purpose, unlike the former, is to intervene prior to failure to restructure failing banks. Indeed, as stated by the 2013 Communication, interventions of the guarantee schemes are functional to refund account holders and, if used for this purpose, shall not infringe state aid law<sup>29</sup>. A major concern of the Commission's rhetoric is that resolution funds' involvement is deemed a sort of internal rescue, as their funding comes from private undertakings (*i.e.*, banks) rather than from taxpayers.

Even though probably European lawmakers' idea was to clearly distinguish the roles of the two kinds of funds, practice was much blurrier. Indeed, using guarantee schemes to *restructure* banks is not *per se* prohibited, although conditioned to the same assessments applied to resolution funds regarding the nature of both the resources (which must not be public), as well as of the ultimate maker of the decision to supply liquidity (such decision must not be imputable to the state). Indeed, for both kinds of fund, even if the resources come from the private sector, the choice to support failing banks *can* still be state aid if the ultimate decision-maker is subject to state control and the decision to use the funds is imputable to the state. What is dispositive then is not the mere nature of the funds' legal personality, or their qualification as *guarantee* rather

<sup>27</sup> BRRD and Regulation (EU) N. 806/2014 of 15 July 2014 establishing uniform norms and procedure for resolving banks and some investment firms in the framework of the single resolution mechanism and the single resolution fund (so-called, "SRM Regulation").

<sup>28</sup> Management of the fund is entrusted to a *public* resolution entity: in Italy, Banca d'Italia; in Europe, the Single Resolution Board.

<sup>29</sup> 2013 Communication, para. 63.

than *resolution*; but rather the nature of their resources, as well as of the decision-maker (public or private); an assessment requiring, as shown by *Tercas*, an (often) exceedingly difficult inquiry into the nature of the ultimate decision-maker.

#### 4. *The intervention of the FITD in Tercas*

The previous paragraph described the background in which the facts of *Tercas* occur. In April 2012, *Tercas* is subject to a.s. following detection of some irregularities by Banca d'Italia. After evaluating different scenarios, the special commissioner enters into negotiations with Banca Popolare di Bari (*hereinafter*, "BPB") for increasing *Tercas*' capital<sup>30</sup>. At the time Italy had not yet implemented the BRRD, therefore according to practice, once established *Tercas*' failing state, the FITD considered legit to intervene with some support measures in favour of *Tercas*<sup>31</sup>. In compliance with art. 29 of the FITD's statute, the Italian deposit guarantee scheme then decided to intervene in support of *Tercas*<sup>32</sup>, a decision that was approved by Banca d'Italia, as mandated by art. 96-ter, para. 1, lett. d) of the TUB (*i.e.*, Italian consolidated banking law).

The FITD intervention was first paused – due to some uncertainties on *Tercas*' economic state of affairs and assets, as well as tax issue related to the intervention itself – and later restarted with a new decision by the deposit guarantee scheme (May 2014)<sup>33</sup>. Like the first intervention decision, Banca d'Italia also formally authorized this second one (July 2014). Meanwhile though, the Commission was asking further information (through an explicit request, as Italy had failed to pre-notify it, as mandated by the 2013 Communication) relating to the intervention and – clearly unsatisfied – later started a procedure against Italy for alleged

<sup>30</sup> In addition to due diligence, BPB required that the FITD wholly covered *Tercas*' asset deficit.

<sup>31</sup> The support measures were: (i) a contribution of 265 million euros to cover the asset deficit and favour the asset and liability transfer to BPB; (ii) a guarantee of 35 million euros, and (iii) the commitment to participate up to 30 million euros to cover further losses resulting from the final financial statements.

<sup>32</sup> The FITD intervention amounted at most to 280 million euros.

<sup>33</sup> Such intervention consisted in three measures, namely: (i) a contribution of 265 million euros covering *Tercas*' asset deficit, (ii) a guarantee of 35 million euros covering the credit risk associated to certain liabilities, and (iii) a guarantee of 30 million euros covering the costs deriving from taxes associated with the first measure.

violation of state aid law. The Commission finally delivered a decision stating that the FITD's support measures were unlawful state aid<sup>34</sup> and mandated their recovery.

##### 5. *The facts of Tercas and state aid law*

Art. 107, para. 1, TFEU states that «state aid» must meet the following four conditions:

1. that there be intervention by the state or through state resources,
2. that that intervention be liable to affect trade between member states,
3. that it confer a selective advantage on the recipient,
4. and that it distort or threaten to distort competition<sup>35</sup>.

In *Tercas* only the first condition was disputed (*i.e.*, the alleged existence of an intervention by the state or through state resources). In order for certain interventions or conferred advantages to qualify as state aid as per art. 107, para. 1, TFEU, they must both be conferred – either directly or indirectly – by the state, as well as being imputable to the state. The burden of proof is on the Commission<sup>36</sup>.

The Commission based its decision against *Tercas* on a plurality of clues (or rather, insinuations) that according to it – once considered together – supported the conclusion that the disputed measures were imputable to the state, namely that: (1) although the FITD is a private consortium, the special relevance of savings' protection in the Italian legal system<sup>37</sup> makes it actually pursue a «public purpose» relative to the

<sup>34</sup> In this regard, the Commission concluded that the first measure (to cover *Tercas*' asset deficit) was a non-recoverable contribution of 265 million euros; that the second measure (the 35 million euro guarantee covering the credit risk of certain liabilities) was worth 140.000 euros in consideration of the fact that such liabilities had been wholly reimbursed by the debtors and therefore the guarantee had not been exercised; and that the third measure (the 30 million euros guarantee covering the tax costs of the first measure) was a non-recoverable fund worth as much as the amount of the guarantee.

<sup>35</sup> Decision of the ECJ of 15 May 2019, *Achema et al.*, C-706/17, EU:C:2019:407, para. 46 and case law cited therein.

<sup>36</sup> *Id.*, para. 47 and case law cited herein.

<sup>37</sup> Commission's decision para. 120. According to the Commission, art. 96-bis of the TUB must be read as «*the specific definition of the public mandate of protecting depositors as it applies to [Deposit Guarantee Schemes] recognised in Italy*», The Commission indeed

protection of account holders (one of the ends of supervision by Banca d'Italia)<sup>38</sup>; (2) the special commissioner ought to be considered a public official, as they are nominated by Banca d'Italia and subject to its control<sup>39</sup>; (3) participation by an official from Banca d'Italia – as observer – to the meetings of the management committee would allow Banca d'Italia to make known in a very preliminary phase all its opinions and/or reservations on the measures, as well as exerting its control on the FITD's actions<sup>40</sup>; (4) banks' compulsory requisite to be members of the FITD and contribute to the interventions approved by its managerial bodies<sup>41</sup>; and (5) the fact that the contested support measure – like all FITD's interventions – requires Banca d'Italia's *ex ante* authorization<sup>42</sup>.

specifies that «[b]y including the last sentence in Article 96-bis, paragraph 1, [of the TUB,] where [Deposit Guarantee Schemes] “may engage in other types and forms of intervention” than repayment of depositors, Italy have chosen to allow their recognised [Deposit Guarantee Schemes] to use the resources collected from member banks for different types of interventions». The Commission also highlights that art. 96-bis of the TUB on the one hand was the legal foundation to acknowledge the FITD as the mandatory deposit guarantee scheme in Italy, and, on the other hand allowed the FITD to issue «support interventions», including those pursuant to art 29 of the FITD's statute. *Id.*, para. 121.

<sup>38</sup> Commission's decision paras. 133-136. However, the Commission acknowledges that the member banks of the FITD share a mutual interest in increasing the safety of the deposits and in the protection of the reputation of the banking sector. Commission's decision para. 122. In this regard, the General Court points out that creating a guarantee scheme and the possibility to intervene with supporting measures originally stemmed from a solely private initiative of the member banks of the FITD at a time in which the law did not compel banks to be part of any deposit guarantee scheme. Decision of the General Court, para. 98.

<sup>39</sup> Necessary condition to benefit from the support interventions is to be subject to a.s. and, considering that banks are subject to a.s. (by the Treasury) on proposal of Banca d'Italia, and that the intervention request is sent out to the FITD by the special commissioner, nominated and controlled by Banca d'Italia, the Commission concluded that the decision to start the intervention rests upon the Italian public authorities. *Id.*, para. 128.

<sup>40</sup> According to the Commission, the influence of Italian public authorities was further exacerbated by the presence (in all decision-making meetings) of representatives that could, in an initial phase, make their concerns known, *id.*, paras. 129-130.

<sup>41</sup> Given the compulsory nature of the participation in the FITD and the contributions for the interventions, the Commission concluded that for FITD members «it is mandatory under Italian law to contribute to the costs of FITD's support intervention» and that «[i]f resources used to finance such support interventions are clearly mandated by, as well as managed and apportioned according to, the law and other public rules. They hence have a public character», *id.*, para. 137.

<sup>42</sup> The Commission believed that Italian public authorities could influence all phases of implementation of a support intervention because the TUB empowers Banca d'Italia to authorize the interventions of the deposit guarantee scheme, including support interventions, as well as to supervise the stability of the banking sector and the protection of

In reality, the Commission's decision seems little justifiable from a legal point of view. Indeed, the decision does not provide any reasoning for diverging from the consolidated practice to allow deposit guarantee schemes to support failing banks. Equally problematic from a legal point of view is the little probative value of the evidence on which the Commission based its conclusion that FITD's support measures were imputable to the state.

Indeed, the General Court's decision, reaching the same conclusions that the ECJ will later arrive to, found that the Commission had failed to meet the burden of proof. In particular, the General Court stated that: FITD's support interventions mainly pursue the private interests of the member banks<sup>43</sup>, and no state involvement in the FITD's intervention decision can be inferred from any potential alignment of private and public interests<sup>44</sup>, even more so that Italian law does not confer any public man-

account holders. *Id.* paras. 127, 141-142. In this regard, the Commission concluded that Italian public authorities could influence support interventions before their actual issuance because the Banca d'Italia's authorization occurs (hence, affects) in a phase in which the FITD can still review and revise the proposed measure. *Id.* paras. 129-130. However, the fact that the FITD has the chance to submit Banca d'Italia a new authorization request for a support intervention on different conditions in case of a rejection, does not confer Banca d'Italia the power to intervene at the moment the FITD issues the support measures, and the FITD is not required to carry out a support intervention previously authorized by Banca d'Italia (as it happened in the case at issue whereby Banca d'Italia authorized a first intervention in October 2013 that the FITD never carried out), Decision of the General Court paras. 118-119.

<sup>43</sup> The support interventions aim first of all at avoiding the most burdensome economic consequences that would derive from paying back account holders in case of l.c.a. Indeed, *ex art.* 29, para. 1 of the FITD statute, support interventions are conditioned to two cumulative requirements: (1) there must exist potential prospects of restructuring so that the FITD would not be asked to intervene again in the future (this time, with a new measure to repay account holders); and (2) support interventions must be financially less burdensome than paying back account holders. The General Court highlighted that the second condition in particular favours the private interests of the member banks of the FITD, with respect to other considerations relevant for the protection of savings. Furthermore, the FITD statute does not allow for interventions that would prove too financially burdensome, even if they would better protect savings (*e.g.*, protecting deposits beyond the maximum legal ceiling of 100.000 euros in case of l.c.a.). Support interventions also aim at avoiding negative effects on its members as well as the whole banking sector, especially in terms of protecting reputation and preventing panic amongst account holders. Therefore, according to the General Court the mere fact that a whole sector sets up a private system of mutual assistance does not by itself show state involvement. Decision of the General Court, para. 98.

<sup>44</sup> *Id.*, para. 99.



date to be implemented *via* such interventions<sup>45</sup>; (2) FITD's autonomy in deciding to provide support cannot be questioned just because the special commissioner may start the proceeding *via* a non-binding request<sup>46</sup>; moreover in the case at issue, the Commission had not provided any evidence suggesting that the special commissioner's request resulted from instructions from Banca d'Italia<sup>47</sup>; (3) the Banca d'Italia representatives auditing the meetings of the FITD's management committee and council act merely as observers and retain no voting rights whatsoever<sup>48</sup>, moreover in the case at issue the Commission had not provided any evidence in support of its allegations<sup>49</sup>; (4) at the time of the facts, the resources that would have been used in support of Tercas (like those used in *all* alike interventions) were provided *ad hoc* from the consortium members (*ex art. 21, FITD statute*), therefore the duty to contribute to the intervention did not derive from the laws (as for example, in the cases in which the FITD is specifically empowered by the state of the management of the

<sup>45</sup> On the one hand according to art. 96-bis, para. 1 of the TUB, the public mandate conferred to the FITD lays solely in paying back account holders in case its bank members are subject to l.c.a.; and such reimbursement has a maximum threshold (100.000 euros) *Id.*, para 101. The General Court also reasons that Italian law does neither compel the FITD to provide support interventions, nor regulate the manner of such interventions. *Id.*, para. 102. That the FITD may intervene in other ways is a mere possibility left to the free assessment of deposit guarantee schemes. *Id.*, para. 103. Finally, the conditions (*i.e.*, restructuring prospects and less financially burdensome than later intervention in l.c.a.) for such interventions have been independently decided by the member banks. *Id.*, para. 104 (*quoting* art. 29 of the FITD statute).

<sup>46</sup> *Id.*, para. 128. The special commissioner is appointed and can be revoked by Banca d'Italia. Once appointed, the special commissioner acts as director of the bank and in the interest of account holders takes over the private-law powers of the managing bodies of the bank subject to a.s.. *Id.*, para. 129.

<sup>47</sup> *Id.*, para. 131.

<sup>48</sup> According to the Commission, «*the fact that the [Banca d'Italia] participates as an observer in all meetings of the Board and the Executive Committee of the FITD seems relevant [...] as it should allow the [Banca d'Italia] to voice any concerns about planned interventions at an early stage*» and «*further procedurally embed*» Banca d'Italia's influence over the FITD's decisions. Commission's decision, paras. 129-130. In this regard, the General Court reasons that «*those assertions are mere assumptions and are in no way substantiated by the documents in the file*», and «*[o]n the contrary, the minutes of meetings of the FITD's governing bodies attest to the purely passive role played by the [Banca d'Italia]'s representatives. At the Executive Committee's meeting on 30 May 2014, a [Banca d'Italia]'s representative merely expressed at the end of the meeting his satisfaction with the way in which the Tercas crisis had been handled whereas, at the meeting of the Board on 30 May 2014, the Bank of Italy's representatives did not even speak*», Decision of the General Court, para.123.

<sup>49</sup> *Id.*, para.124.

members' funds as legal guarantee of the account holders' deposits), but rather in a private-stature provision meant to protect the decision-making autonomy of FITD's members<sup>50</sup>; and (5) the Commission had failed to show Banca d'Italia's significant influence in the negotiations among the FITD, BPB, and special commissioner<sup>51</sup>; moreover, the authorization from Banca d'Italia (necessary also for other actions, such as acquisitions) to support measure for Tercas rather than being evidence of the imputability to the state, is to be understood as a formal check carried out by Banca d'Italia in the exercise of the prudential supervisory functions entrusted to it<sup>52</sup>.

Therefore, the General Court found that the Commission had not met the burden of proving that the contested measures were indeed im-

<sup>50</sup> *Id.*, paras.153-154. Moreover, «before deciding on the intervention measures and accordingly marshalling the private resources of its members, the FITD made sure, in accordance with the requirements in Article 29 of its statutes and as is clear from the report issued by an auditing and advisory company on 26 May 2014, that the cost of those measures was lower than the cost to its members of the liquidation of Tercas and therefore of calling on the statutory deposit guarantee for depositors» and «[t]he measures adopted by the FITD for the benefit of Tercas were therefore not only in the interests of BPB and Tercas, but also in the interests of all of its members since they risked having to pay out sums greater than those required in order to enable the takeover of Tercas by BPB». *Id.*, paras.155-156.

<sup>51</sup> Regarding the coordination between Tercas' special administrator and BPB during negotiations, the General Court reasons that «in an operation as complex as crisis management in respect of a credit institution, it is hardly surprising that the Bank of Italy is informed of the progress of the negotiations between the interested parties. Consequently, the fact that informal meetings may have taken place between, on the one hand, the interested parties (namely, the FITD, BPB and, on behalf of Tercas, the special administrator) and, on the other, the Bank of Italy, for the purposes of informing the Bank of Italy of progress that was being made in the negotiations, is simply characteristic of legitimate and ordinary dialogue with the competent supervisory authorities. It is clear that the Commission has not adduced any evidence demonstrating that the Bank of Italy used those contacts in order decisively to influence the content of the disputed measures at issue». *Id.*, para. 126. Similarly, «the fact that the Bank of Italy 'invited' the FITD to reach a 'balanced agreement' with BPB [...] is the expression of a mere general desire, which is in no way binding». *Id.*, para. 127.

<sup>52</sup> The General Court held that «it is clear from relevant Italian legislation that the Bank of Italy's authorisation of support measures is given only following a check that the measure complies with the regulatory framework, which is carried out as part of the latter's prudential supervision duties. [...] By making intervention measures by guarantee schemes and other decisions taken by private participants in the financial sector subject to authorisation by the Bank of Italy, the Italian legislation concerned is in no way intended to substitute the assessment of the Bank of Italy for that of the operators concerned on whether it is appropriate to take the decisions in question or as to the detailed rules governing their implementation. On the contrary, it must be concluded that the Bank of Italy checks only whether the measure complies with the regulatory framework, for the purposes of prudential supervision». *Id.*, para. 116.

putable to the state<sup>53</sup>; such obligation on the Commission is «all the more necessary» in a situation where, as in the present case, the measure at issue is provided by a private (rather than public) entity<sup>54</sup>. Indeed, in such situations, the Commission must prove, to the requisite legal standard, a sufficient degree of state involvement in granting the measure at issue, by demonstrating not only that the state is able to exercise a dominant influence over the entity granting the aid, but also that it was in a position to exercise that control *in the circumstances of the particular case*<sup>55</sup>. Thus, considering a measure taken by a private undertaking, the Commission cannot merely establish the *unlikelihood* of actual influence and control by the public authorities over that private entity<sup>56</sup>. Given the insufficient probative value of the evidence brought by the Commission, the first of the necessary conditions to find that a support measure is a «state aid» *ex art. 107, para. 1, TFEU* was not met, and the FITD and Italian authorities won their appeal.

The General Court's decision does not yet mark the end of *Tercas* as the Commission appealed before the ECJ, which on Italy's request has delivered its decision in Grand Chamber<sup>57</sup>. In support of its appeal, the Commission argued that the General Court had wrongly applied a stricter burden of proof than the one required by the consolidated case law<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> *Id.*, paras. 68-69 and 132.

<sup>54</sup> The General Court states that «[w]here that entity is governed by private law or is autonomous, including, as regards the management of its funds, by comparison with intervention by public authorities and with public funds, in the strict sense, the Commission is, subject to full review by the EU Courts, under an even more important obligation to specify and substantiate the reasons which justify its conclusion that the resources used are under public control and the measures are imputable to the State and, consequently, that there is aid within the meaning of Article 107(1) TFEU». *Id.*, para. 67.

<sup>55</sup> *Id.*, para. 69. Indeed, «the decisive factor in assessing whether the measure in question is imputable to the State is that of the degree of intervention by the public authority in the definition of the measures in question and the methods of financing the measures [...]. Only a sufficiently high degree of intervention enables the conclusion to be drawn that the measures at issue are imputable to the Italian State». *Id.*, para. 91.

<sup>56</sup> According to the General Court, when the contested measure is granted by a private entity. *Id.*, paras. 89-91.

<sup>57</sup> ECJ Decision, para. 34.

<sup>58</sup> The Commission alleged that it was not required to show: (a) the *existence* of a specific incentive or binding instructions given by the authorities to the entity that actually granted the aid; (b) the *actual impact* of that involvement on the entity's conduct; (c) that the latter's *conduct would have been different* if it had acted autonomously; nor (d) that the imputability to the state of a measure presupposes that *the public interest differs from that entity's interests*. *Id.*, para. 38.

Furthermore, the Commission alleged that the burden of proof ought not to change according to the nature of the ownership (public or private) of the providing entity, as it made no sense to impose a stricter burden of proof in those very cases in which only a reduced number of indicators is available to the Commission to demonstrate the involvement of the public authorities (*i.e.*, when the entity adopting the measures is private).

Like the General Court below, also the ECJ rejected the Commission's arguments as according to the case law on the imputability of an aid to the public authorities, the exercise of public control *cannot be presumed*, not even in the cases (different from the one at issue) where the aid is provided by a public entity. Rather, the Commission must provide evidence (resulting from the facts of the case and from the context in which the aid was provided) in order to establish the public authorities' degree of involvement in the provision of the aid.

As previously found by the General Court, the «obligation on the Commission» to provide such evidence is «all the more necessary» when (like in the case at issue) the contested measure is taken by a private entity, as in these cases the Commission cannot rely on the existence of links of a capital nature between such an entity and the state, and therefore cannot simply assume state's control or significant influence on the private entities' actions. Therefore, the FITD's private nature burdens the Commission with a *different*, rather than *stricter* standard of proof, as in these cases the Commission cannot rely solely on the unlikelihood of public authorities' significant influence and/or control on the private entity providing the aid. Indeed, in order to impute the contested measures to the state, the Commission must set out and substantiate «sufficient evidence» establishing that the aid measure under consideration has been adopted under the actual influence or control of the public authorities<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> In the alternative, the Commission argued that the FITD is an entity to which the Italian Republic assigned specific responsibilities and therefore it may be considered to be an emanation of the Italian state for what concerns the direct effect of directives that are not transposed or are transposed incorrectly. For that reason, the General Court would have nonetheless caused the judgment under appeal to be vitiated by an error of law by applying to the FITD the distinction between private entities and public entities. *Id.*, para. 42. The ECJ rejected also this argument, reasoning that the concept of 'emanation of the state' was not applicable to the case at issue, as it had been developed by the Court with a view to *allowing individuals to rely on unconditional and sufficiently precise provisions of a directive*, rather than for the purpose of classifying support interventions as state aid. *Id.*, para. 77. Finally, the Commission argued the circumvention or weak-

## 6. *The role of the European judge and prospects for simplification*

The Commission's decision in *Tercas* halted FITD's preventive interventions also on other banks; in particular the Commission's decision was the foundation for the application of the European bank-resolution disposition in the Italian so-called "crisis of the four banks" (i.e., Banca Marche, Popolare dell'Etruria, Cassa di risparmio di Ferrara, and Cassa di risparmio di Chieti). Notwithstanding the Commission had already delivered its decision in *Tercas*, when the four banks started to suffer, potential interventions by the FITD were generally deemed legit, provided that the Commission cleared them *ex ante*. However, the Commission (this time notified, unlike in *Tercas*) did not clear the FITD's involvement in the resolution. Thus, Italian law makers were compelled to rush (perhaps, earlier than they thought) the implementation of the BRRD in order to allow the intervention – after antitrust clearance – of a new fund yet to be created (i.e., the national resolution fund).

Therefore, despite the FITD was ready to intervene, and its recovery plan had already been approved by Carife's shareholders, the deposit guarantee scheme was not allowed to do so, and could not prevent the precipitation of the crisis of the four banks. The "new" resolution model provided for the creation of four "bridge banks" and one bad bank that would take over non-performing loans. The plan, unlike traditional bank resolutions *à la italienne*, as well as the scope of the interpretation of the notion of "public interest" (which included *all* savers, both account

ening of Banking Union legislation because according to the DGSD, deposit guarantee schemes may provide 'alternative measures' to resolutions in order to avoid the failure of a credit institution, provided that no resolution action has yet been taken in relation to the credit institution concerned (resolution actions may be taken only if 'extraordinary public financial support' is required, meaning state aid *per art.* 107(1) TFEU'). *Id.*, paras. 43-44. According to the Commission, the 'stricter' burden of proof applied by the General Court would make it almost impossible for the Commission to prove that state resources are involved and that the measures adopted by deposit guarantee schemes are imputable to the state. Therefore, such funds could constantly adopt 'alternative measures', thereby escaping the resolution procedures and hence allowing member states and banks to circumvent or, in any event, weaken the effects of Banking Union legislation. In this regard, the ECJ briefly considers that the Commission's assumption (i.e., that the allegedly stricter standard of proof relating to imputability would prove almost impossible for the Commission to meet) is unfounded as neither the Court nor the General Court have applied a stricter burden of proof. Moreover, even if the measures at issue in the present case are not imputable to the Italian state, it does not follow that a measure taken by a deposit guarantee scheme could *never* be classified as state aid and, accordingly, would never trigger resolution. *Id.*, para. 78.

holders and shareholders) failed to provide any protection for either shareholders or subordinated bondholders, thereby fostering a social malaise, which contributed to pave the way to the uprising of populism in the forthcoming elections. Undoubtedly then, the first resolution *à l'euro péenne* derived in burdensome costs for both savers as well as the other banks called on to take over the expensive rescue costs<sup>60</sup>. The Commission did not hesitate to clear the financial support of the resolution fund and find it compliant with state aid law, despite the – at least ambiguous for antitrust purposes – fact that the cleared resolution plan also involved Cassa Depositi e Prestiti (a public company controlled by the Italian Treasury) as guarantor of the liabilities that the resolution fund was taking against the financing banks. According to the Commission, such guarantee was legit to remedy a serious disturbance in the economy *ex art. 107, para. 3 lett. b) TFEU*.

As already mentioned above, the Commission's decision in *Tercas* does not align with previous case law and practice and, moreover, is based on evidence of little probative value to impute the FITD's measure to the Italian state. It seems perhaps fair to wonder whether it could have (also) been driven by non-legal considerations (such as: the need to accelerate the creation of the Italian resolution fund; in the aftermath of the financial crisis, the intent to signal the discontinuity with past practice and firmly establish that public intervention in the resolution of failing banks would no longer be tolerated; the importance to involve the Commission in the management and resolution of failing banks *via* pre-notification), that have their foundation in the political nature of the Commission, that co-exists together with its role of regulator of European competition and state aid law. Indeed, using the law to pursue non-legal ends, however controversial, is not unknown to European practice. From this point of view, one cannot but welcome the European courts' couple of decisions, which (re)affirm European judges' role to limit the arbitrary exercise of regulation power, even in fields such as competition and state aid law, which for many reasons, have been the Commission's preferred tools to consolidate (and expand) the European integration process.

For these reasons, the relevance of *Tercas* goes beyond the mere his-

<sup>60</sup> About four billion euros, two of which as contribution to the "new" resolution fund. The remaining part was made available through a credit line opened by Intesa Sanpaolo, Unicredit, and Ubi.

tory of Italian failing banks, or the study of bank resolutions in Italy and Europe. Attentive scholarship has wondered whether, if not for the Commission's decision in *Tercas*, it would have been possible – perhaps – to write a different ending, one that would not trigger the application of the burden-sharing principle, which affected also small investors, thereby paving the way to populism uprising<sup>61</sup>. Undoubtedly, “counterfactual hypotheticals are always daring”<sup>62</sup>, therefore the present essay shall not attempt at rewriting events already belonging to history, but it seems however imperative to highlight how *Tercas*' effects can – at least in part – have contributed to a social-political crisis that is still ongoing.

Moreover, from a strictly more legal point of view, *Tercas* is relevant for the potential problematic issues it highlights about the UBE's architecture, especially for what concerns resolution funds and deposit guarantee schemes. Indeed, although the ontological function of the two – resolution funds and deposit guarantee schemes – is different, both can be involved (provided antitrust clearance) in the resolution of failing banks. Indeed, both the BRRD<sup>63</sup> and the Deposit Guarantee Schemes Directive (so called, DGSD)<sup>64</sup> establish that deposit guarantee schemes can be involved in the resolution of failing banks, even providing financial support for the operations that are part of a resolution. In Italy, the law itself states that Banca d'Italia can delegate the management of resolution funds – wholly or partially – to the deposit guarantee scheme (*ergo*, the FITD<sup>65</sup>), practice in line with both the FITD's history and statute. The issue then is not whether the FITD *may* intervene in the resolution of failing banks, but rather whether such intervention would *always* be considered state aid.

UBE's critical feature regarding deposit guarantee schemes and resolution funds is that it is not easy to grasp what the added value (if any) of resolution funds truly is, considering that all over Europe, long-pre-existing deposit guarantee schemes have coordinated private funds towards the restructuring of failing banks, whenever deemed desirable from an

<sup>61</sup> M. CLARICH, *L'errore Ue su Tercas ha cambiato la storia delle crisi bancarie*, *Corriere della Sera*, 14 March 2021.

<sup>62</sup> *Id.*

<sup>63</sup> BRRD arts. 45, 100, and 109.

<sup>64</sup> Directive 2014/49/EU of 16 April 2014 on deposit guarantee schemes (so called and *hereinafter* “DGSD”) arts. 9-11.

<sup>65</sup> Cfr. arts. 78, para. 3 and 80 d.lgs. n. 180/2015.

economic point of view. Equally hard to grasp is when (and why) the Commission ought to find state aid in the case of an intervention from a fund rather than the other.

And maybe it is not a case that a new principle for the resolution of failing banks is emerging; it comes from the United States a fragmented (federal) context, which features some similarities with the European experience. Such principle is the least cost, in the purview of a sole institutional entity – the Federal Deposit Insurance Corporations (FDIC) – choosing the least expensive way to “close” a bank, either liquidation or assets and liabilities transfer to another credit institution. The adoption of this principle could simplify the regulatory framework by reducing the number of institutional subjects that are involved in bank resolutions in Europe<sup>66</sup>.

Legally speaking today *Tercas* is finally over, yet its repercussions are still here. The case is an important landmark in the history of bank resolutions, as well as – more broadly – in the evolution of European banking integration. An evolution that is still ongoing and of which much still remains to be done in order to achieve an efficient and well-functioning UBE.

<sup>66</sup> Banca d'Italia recently published an occasional paper on the principle of least cost; G. MAJNONI, G. BERNARDINI, A. DAL SANTO, and M. TRAPANESE, *The EU bank insolvency framework: could less be more?*, Banca d'Italia, Occasional Paper n.594/February 2021, available at [https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2021-0594/QEF\\_594\\_21.pdf](https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2021-0594/QEF_594_21.pdf). According to the authors, the principle of least cost should become the principle guiding interventions of deposit guarantee schemes.



## ATTUALITÀ

*Alessandra Coiante*

L'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici tra la concorrenza per il mercato e la discrezionalità amministrativa: lo strumento della suddivisione in lotti quale “chiave di volta” che non risolve

SOMMARIO: 1. L'importanza e la tutela delle PMI negli interventi dell'UE: dallo *Small Business Act* agli interventi più recenti nell'ambito dei contratti pubblici – 1.1. L'accesso delle PMI ai contratti pubblici nel mercato UE: alcuni dati – 2. La suddivisione degli appalti in lotti tra normativa UE e normativa interna – 2.1. L'art. 51 c.c.p. tra discrezionalità amministrativa e tutela della concorrenza – 2.1.1. *Segue*. La suddivisione in lotti quale scelta di natura discrezionale – 2.2. Il Giudice amministrativo e il sindacato sulla motivazione in merito alla mancata o cattiva suddivisione dell'appalto in lotti. Casistica – 2.3. La suddivisione degli appalti in lotti: la “chiave di volta” che non risolve

1. *L'importanza e la tutela delle PMI negli interventi dell'UE: dallo Small Business Act agli interventi più recenti nell'ambito dei contratti pubblici.* – Le piccole e medie imprese (di seguito anche solo “PMI”)<sup>1</sup> sono considerate la “spina dorsale” dell'economia dell'Unione europea, fondamentali per la creazione di occupazione, crescita ed innovazione, in quanto rappresentano il 99% di tutte le imprese dell'UE<sup>2</sup>.

Dato il loro rilievo all'interno del mercato unico<sup>3</sup>, nel corso dell'ultimo decennio, le politiche dell'Unione europea in materia sono state finalizzate ad aumentarne la competitività e a facilitarne l'accesso al mercato.

Tra i primi atti di particolare rilevanza in tal senso, si ricorda la Comunica-

<sup>1</sup> Per tali intendendosi le imprese definite nella raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6.5.2003, “*relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese*”: i) sono medie imprese quelle che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro oppure con un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; ii) sono piccole imprese quelle che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; iii) sono definite micro imprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro (art. 3 lett. aa)).

<sup>2</sup> F. GOUARDÈRES, *Piccole e medie imprese, note sintetiche sull'Unione europea*, in *eurparl.europa.eu*, 2018.

<sup>3</sup> Lo stesso diritto primario dell'UE (art. 179, comma 2, TFUE) prevede che devono essere assicurate alle PMI tutte le potenzialità del mercato unico, tra cui espressamente «*l'apertura degli appalti pubblici nazionali*».

zione – adottata dalla Commissione nel giugno 2008 – “*Uno Small Business Act per l’Europa*”<sup>4</sup> (c.d. SBA), ispirata al principio imprenditoriale statunitense del *Think Small First*<sup>5</sup>.

Nei dieci principi fondamentali individuati dalla Commissione – per guidare la formulazione e l’attuazione delle politiche sia a livello UE che degli Stati membri in senso favorevole alle PMI – vi erano già quelli di rendere le pubbliche amministrazioni “permeabili” alle esigenze delle PMI e di facilitare la partecipazione delle stesse agli appalti pubblici<sup>6</sup>.

Proprio in merito a quest’ultima esigenza, a tale intervento seguì quello dell’adozione del c.d. “*Codice europeo di buone pratiche per facilitare l’accesso delle PMI agli appalti pubblici*”<sup>7</sup>, con il fine di: «i) fornire agli Stati membri e alle relative autorità aggiudicatrici orientamenti generali sulle modalità di applicazione del quadro legislativo comunitario che favoriscano la partecipazione delle PMI alle procedure di appalto; e ii) mettere in rilievo le norme e le pratiche nazionali che favoriscono l’accesso delle PMI agli appalti pubblici».

Nel “Codice” venivano individuate le soluzioni alle principali barriere che impedivano (o rendevano difficoltoso) alle PMI l’ingresso a tale mercato, occorreva così: i) superare le difficoltà connesse all’entità degli appalti; ii) garantire l’accesso alle informazioni pertinenti; iii) migliorare la qualità e la comprensione delle informazioni fornite; iv) fissare livelli di capacità e requisiti finanziari proporzionati; v) alleggerire gli oneri amministrativi<sup>8</sup>; vii) prestare attenzione al rapporto qualità/prezzo piuttosto che al solo prezzo; viii) fornire tempo sufficiente per redigere le offerte; ix) garantire che i pagamenti siano effettuati puntualmente.

<sup>4</sup> COM (2008) 394.

<sup>5</sup> Per una compiuta analisi di tale approccio a livello UE si v. il Rapporto “*Evaluation of the application of the think small first principle in eu legislation and programmes*”, consultabile sul sito <http://publications.europa.eu/>. In dottrina, v. T. BEAUPÉRIN, *Think small first in the EU? A reality check*, in *European journal of risk regulation*, 3, 2014, 93 ss.; K. WOLFGANG, *Do we really think small first? How to go further with CSR on micro enterprises*, in *Uwf UmweltWirtschaftsForum*, 12, 24, 2016, 361 ss.

<sup>6</sup> I dieci “principi guida” individuati erano: i) dar vita a un contesto in cui imprenditori e imprese familiari possano prosperare e che sia gratificante per lo spirito imprenditoriale; ii) far sì che imprenditori onesti, che abbiano sperimentato l’insolvenza, ottengano rapidamente una seconda possibilità; iii) formulare regole conformi al principio “Pensare anzitutto in piccolo”; iv) rendere le pubbliche amministrazioni permeabili alle esigenze delle PMI; v) adeguare l’intervento politico pubblico alle esigenze delle PMI: facilitare la partecipazione delle PMI agli appalti pubblici e usare meglio le possibilità degli aiuti di Stato per le PMI; vi) Agevolare l’accesso delle PMI al credito e sviluppare un contesto giuridico ed economico che favorisca la puntualità dei pagamenti nelle transazioni commerciali; vii) Aiutare le PMI a beneficiare delle opportunità offerte dal mercato unico; viii) Promuovere l’aggiornamento delle competenze nelle PMI e ogni forma di innovazione; ix) Permettere alle PMI di trasformare le sfide ambientali in opportunità; x) incoraggiare e sostenere le PMI perché beneficiano della crescita dei mercati.

<sup>7</sup> Bruxelles, 25.06.2008, SEC (2008) 2193, consultabile sul sito [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

<sup>8</sup> Nello SBA era stata evidenziata in particolar modo la necessità di “legiferare con intelligenza” così da garantire una semplificazione delle formalità e della burocrazia.

Poco dopo, nel marzo 2010<sup>9</sup>, l'UE ha compiuto un ulteriore passo avanti adottando la comunicazione "Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" ("strategia Europa 2020")<sup>10</sup>, ove le PMI venivano menzionate in sei delle sette iniziative della strategia Europa 2020.

Sempre in tale ottica si ricorda anche il "Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti pubblici"<sup>11</sup>, ove la Commissione rilevava che migliorare l'accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici consente alle stesse imprese di sfruttare a pieno le proprie potenzialità di crescita e innovazione con impatti positivi sull'economia in generale. Ciò in quanto una più ampia partecipazione delle imprese in questione permette alle amministrazioni aggiudicatrici di ampliare considerevolmente la base dei potenziali fornitori, così da aumentare la concorrenza e fare da contrappeso agli operatori dominanti<sup>12</sup>.

Con particolar riguardo al mercato dei contratti pubblici, l'intervento di sistema di maggior impatto<sup>13</sup> a tutela delle PMI è stato, senza dubbio, il pacchetto di direttive del 2014<sup>14</sup>.

Tale intervento riformatore<sup>15</sup>, in linea con la strategia "Europa 2020"<sup>16</sup>, vedeva tra i principali obiettivi da raggiungere, da un lato, quello di ammodernare la disciplina degli appalti pubblici e, dall'altro, di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, «facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale»<sup>17</sup>.

<sup>9</sup> Nello stesso anno si ricordano anche il Rapporto Monti "Una nuova strategia per il mercato unico" e la Comunicazione della Commissione "Verso una nuova disciplina del mercato unico", COM (2010) 608.

<sup>10</sup> COM (2010) 2020.

<sup>11</sup> COM (2011) 15 del 27.1.2011.

<sup>12</sup> Cfr. S. DETTORI, *Art. 30, Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. PERFETTI, 2017, 296.

<sup>13</sup> Ciò in quanto i precedenti interventi a livello UE erano stati per lo più «suggerzioni di portata essenzialmente culturale, volte a influenzare la prassi degli assegnanti e non direttamente gli ordinamenti europei o degli Stati membri». Così F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Art. 51, in Il nuovo codice dei contratti pubblici. Guida operativa al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e alle linee guida Anac*, 2016, 212.

<sup>14</sup> Le direttive del 2004, infatti, avevano prestato bassa attenzione al fenomeno delle PMI. Erano infatti menzionate unicamente in via correlata a istituti come il subappalto o l'avalimento.

<sup>15</sup> L'intervento di riforma iniziò ad essere elaborato già nell'atto per il mercato unico del 2010 (COM (2010) 608 "Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva") ove la Commissione manifestò l'intenzione di avviare "ampie consultazioni" per presentare entro il 2012 proposte legislative tese ad aggiornare e semplificare la normativa europea sugli appalti pubblici e permettere un uso più efficiente degli stessi, anche a sostegno di altre politiche.

<sup>16</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010, COM (2010) 2020. In particolare, gli obiettivi della strategia in materia di appalti pubblici riguardavano: i) il miglioramento del contesto generale per l'innovazione nelle imprese, utilizzando politiche incentrate sulla domanda; ii) favorire la transizione verso un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse (ad es. attraverso la promozione dei cd appalti verdi); iii) migliorare il clima imprenditoriale, specialmente per le PMI.

<sup>17</sup> Così il considerando n. 1 della direttiva 2014/24. Nella corrispondente direttiva appalti del 2004, non vi era alcun espresso riferimento alle PMI ma unicamente disposizioni che disponevano

Infatti, accanto e in aggiunta al primario e tradizionale obiettivo di garantire la concorrenza di tale mercato, l'UE ha posto in risalto anche la finalità di accrescere l'efficienza della spesa pubblica attraverso la tutela di interessi diversi quali, in primo luogo, la tutela delle piccole e medie imprese ma anche la tutela dell'ambiente, del lavoro, della salute, dimostrando così che il sistema di tutele UE stava iniziando a guardare "oltre la concorrenza".

In altre parole, con le direttive del 2014, l'obiettivo di tutela e promozione della concorrenza non diviene certamente secondario, ma quanto meno non è più l'unico, poiché viene affiancato da altri interessi che le amministrazioni aggiudicatrici devono difendere, tutelare e garantire nel momento in cui vanno a definire l'accesso al "micro-mercato"<sup>18</sup>.

In tal senso la contrattazione pubblica diviene uno strumento "strategico" di attuazione di politiche sociali e industriali.

Lo specifico interesse alla valorizzazione delle PMI – come visto dall'analisi dei precedenti interventi UE – non è di per sé nuovo, ma in tale occasione gli viene dedicata particolare enfasi.

Ciò a dimostrazione del fatto che le istituzioni UE, con il tempo, hanno assunto la piena consapevolezza della circostanza che queste imprese rappresentano la grande maggioranza degli operatori economici del mercato dei contratti pubblici e costituiscono strumenti fondamentali (se non primari) per creare posti di lavoro, crescita ed innovazione<sup>19</sup>.

Esemplificativo in tal senso è, ad esempio, il considerando 124 della direttiva 2014/24 secondo cui *«dato il potenziale delle PMI per la creazione di posti di lavoro, la crescita e l'innovazione, è importante incoraggiare la loro partecipazione agli appalti pubblici, sia tramite disposizioni appropriate nella presente direttiva che tramite iniziative a livello nazionale»*. A tal fine, *«le nuove disposizioni della presente direttiva dovrebbero contribuire al miglioramento del livello di successo, ossia la percentuale delle PMI rispetto al valore complessivo degli appalti aggiudicati»*.

L'accentuato *favor* per la partecipazione delle PMI alle procedure di gara si è tradotto anche in altre specifiche previsioni all'interno delle direttive<sup>20</sup>.

Si pensi, in primo luogo, al considerando n. 78 sempre della direttiva

l'introduzione di alcuni istituti finalizzati (implicitamente) a tutelare tali imprese (ad es. la suddivisione degli appalti in lotti).

<sup>18</sup> Le procedure ad evidenza pubblica possono essere viste come processi decisionali che favoriscono l'incontro tra domanda e offerta e che, stilizzando un mercato competitivo (c.d. micro-mercato), facilitano il processo negoziale. Così M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, 130; J. L. COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*, 2002, 68.

<sup>19</sup> Così M.P. CHITTI, *Principi*, op. cit., 313; Id., *I contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, op. cit., 100. Sul punto si v. anche P. CHIRULLI, *La Proconcorrenzialità nel Codice dei contratti pubblici*, a cura di F. LIGUORI, S. TUCCILLO, Napoli, 2017, 13 ss.

<sup>20</sup> Sul punto v. L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, op. cit., 143.

2014/24<sup>21</sup> ove viene affermato che «è opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI» e che a tal fine «le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate ad avvalersi del Codice europeo di buone pratiche, di cui al documento di lavoro dei servizi della Commissione del 25 giugno 2008, dal titolo «Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici», che fornisce orientamenti sul modo in cui dette amministrazioni possono applicare la normativa sugli appalti pubblici in modo tale da agevolare la partecipazione delle PMI».

Lo stesso considerando, al fine di agevolare la partecipazione delle PMI e «rafforzare la concorrenza», prevede poi che «le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti»<sup>22</sup>, dando così particolar rilievo – rispetto al passato<sup>23</sup> – a tale strumento.

<sup>21</sup> Sulla stessa linea si pone anche la direttiva sulle concessioni (2014/23) che già dal considerando n. 1 vede tra i principali obiettivi della nuova normativa quella di attribuire «particolare importanza (...) al miglioramento delle possibilità di accesso delle PMI a tutti i mercati delle concessioni dell'Unione». L'accesso al mercato delle PMI viene poi richiamato anche dal considerando n. 5 che nello stabilire «la necessità di applicare in maniera uniforme i principi del TFUE in tutti gli Stati membri ed eliminare le discrepanze nell'interpretazione di tali principi al fine di eliminare le persistenti distorsioni del mercato interno», specifica che ciò «favorirebbe altresì l'efficienza della spesa pubblica, faciliterebbe la parità di accesso e l'equa partecipazione delle PMI all'aggiudicazione dei contratti di concessione, sia a livello locale che a livello dell'Unione (...)». Similmente a quanto stabilito dalla direttiva “appalti”, anche tale direttiva richiama le PMI in relazione alla disciplina dei criteri di selezione che devono essere «proporzionati, non discriminatori ed equi» e deve essere prevista anche la possibilità per i candidati «di far ricorso alle capacità di altri soggetti», in quanto «fattore determinante per consentire la partecipazione delle PMI». Anche la direttiva 2014/25 richiama al suo interno, più volte, la tutela delle PMI, sia attraverso generali enunciazioni di principio – in linea con le altre due direttive – sia attraverso richiami in merito a specifici aspetti della disciplina. Così, ad esempio, il considerando 70 sull'aggregazione della domanda ove viene evidenziato che «l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI».

<sup>22</sup> Specificando che «Tale suddivisione potrebbe essere effettuata su base quantitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle diverse fasi successive del progetto. L'entità e l'oggetto dei lotti dovrebbero essere determinati liberamente dall'amministrazione aggiudicatrice che, in conformità delle pertinenti norme sul calcolo del valore stimato dell'appalto, dovrebbe anche avere la facoltà di aggiudicare alcuni dei lotti senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva. L'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il dovere di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti mantenendo la facoltà di decidere autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante, senza essere soggetta a supervisione amministrativa o giudiziaria. Se l'amministrazione aggiudicatrice decide che non è appropriato suddividere l'appalto in lotti, la relazione individuale o i documenti di gara dovrebbero contenere un'indicazione dei principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice. Tali motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che tale suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto». La disciplina di tale istituto viene poi completata dal considerando n. 79 e dall'art. 46 della medesima direttiva. Tali aspetti verranno approfonditi nel paragrafo successivo.

<sup>23</sup> La suddivisione degli appalti in lotti non è una novità. Era infatti previsto anche nel pacchet-

A tutela delle PMI si ricorda anche il considerando n. 80 ove viene previsto che *«al fine di rendere le procedure più veloci e più efficaci, i termini per la partecipazione alle procedure d'appalto dovrebbero essere quanto più brevi possibili»*, tuttavia, ciò può essere compiuto *«senza creare indebiti ostacoli all'accesso di operatori economici di tutto il mercato interno, in particolare delle PMI»*. Ciò in linea con quanto previsto anche dal richiamato “Codice di buone pratiche”, ove veniva ricordata la necessità di garantire alle PMI il *«tempo sufficiente per redigere le offerte»*<sup>24</sup>.

Di particolare rilievo anche il considerando n. 83 che prevede che i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria debbano essere proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto, in quanto, prevedere requisiti eccessivamente severi, può costituire un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici<sup>25</sup>.

Sulla stessa linea si pone poi il considerando n. 84 sugli oneri amministrativi presenti all'interno delle procedure di gara. Sul punto viene precisato che *«molti operatori economici, non da ultimo le PMI, ritengono che un ostacolo principale alla loro partecipazione agli appalti pubblici consista negli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione»*.

A tal fine viene indicata, quale soluzione per limitare tali requisiti, l'utilizzo del documento di gara unico europeo (DGUE) finalizzato a garantire *«una notevole semplificazione a vantaggio sia delle amministrazioni aggiudicatrici che degli operatori economici»*.

Oltre all'intervento “di sistema” del 2014, merita ricordare anche alcuni dei successivi *step* compiuti dall'UE in materia.

Nello specifico, la Commissione ha dedicato particolare attenzione alla tutela delle PMI negli appalti pubblici all'interno della Comunicazione “*Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*”<sup>26</sup> del 3 ottobre 2017.

In questa sede la Commissione ha più volte ricordato che – nonostante la disciplina di *favor* e i passi avanti compiuti con le direttive del 2014 – le PMI si aggiudicano solamente circa il 45 % del valore degli appalti pubblici al di sopra delle soglie UE, il che, a detta della Commissione, *«è chiaramente inferiore al loro peso nell'economia»*.

to di direttive del 2004. Ciò che cambia è che la suddivisione in lotti da eccezione diviene la regola. Tale mutamento verrà analizzato nel paragrafo successivo.

<sup>24</sup> Il “Codice”, infatti, specificava che *«Tipicamente le PMI possiedono scarse, se non inesistenti, capacità amministrative specifiche per occuparsi della preparazione dei documenti necessari per la partecipazione alle gare. Le autorità aggiudicatrici devono essere consapevoli di ciò al momento di definire le scadenze, così da garantire la più ampia base di concorrenza»*.

<sup>25</sup> Viene poi in particolare fatto riferimento, alla richiesta di fatturato minimo, in relazione alla quale *«le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero essere autorizzate a esigere che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo che sia sproporzionato rispetto all'oggetto dell'appalto»*.

<sup>26</sup> COM (2017) 572.

Per tale ragione la necessità di migliorare ancora il loro accesso al mercato viene inserita all'interno delle "sei priorità strategiche"<sup>27</sup> individuate dalla Commissione, le quali, secondo la stessa, attraverso un'azione chiara e concreta, «*possono trasformare gli appalti pubblici in un potente strumento a disposizione della politica economica di ciascuno Stato membro, con vantaggi notevoli per gli esiti degli appalti*».

Successivamente, con la Comunicazione "Una strategia per le PMI per un'Europa sostenibile e digitale"<sup>28</sup>, è stato evidenziato che la domanda pubblica sia ancora troppo poco favorevole nei confronti delle PMI e per risolvere questo problema, «*la Commissione invita gli Stati membri e le loro amministrazioni appaltanti a sfruttare la flessibilità offerta dal nuovo quadro dell'UE in materia di appalti*» che comporta, in primo luogo, la necessità di suddividere in lotti più piccoli i contratti di elevato valore<sup>29</sup>.

Gli interventi dell'UE in materia nel corso degli anni – come *supra* riassunti senza pretesa di esaustività – sono stati particolarmente mirati e puntuali e, in tutti i casi richiamati, l'UE ha riconosciuto non solo il peso e il valore che le PMI hanno nel mercato (anche) dei contratti pubblici, ma ha evidenziato soprattutto la sussistenza di "barriere" all'ingresso che fanno sì che ancora oggi tali imprese non riescano ad accedere alla domanda pubblica come dovrebbero.

Nel paragrafo seguente si riporteranno alcuni dati sull'accesso effettivo delle PMI al mercato dei contratti pubblici per poi analizzare lo strumento considerato la "chiave di volta" nella tutela delle PMI, ossia quello della suddivisione degli appalti in lotti.

1.1. *L'accesso delle PMI ai contratti pubblici nel mercato UE: alcuni dati.* – Il tema dell'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici, dato il suo rilievo, nel corso degli anni, è stato oggetto non solo di numerosi atti (anche) normativi

<sup>27</sup> Così riassunte: i) garantire una più ampia diffusione degli appalti pubblici strategici; ii) professionalizzare gli acquirenti pubblici; iii) migliorare l'accesso delle PMI al mercato degli appalti; iv) aumentare la trasparenza, l'integrità e la qualità dei dati; v) promuovere la trasformazione digitale; vi) cooperare negli appalti. Per quanto riguarda le PMI viene evidenziato quanto segue: «*Le PMI sono fondamentali per la creazione di occupazione, crescita e innovazione, ma hanno difficoltà ad accedere agli appalti, sia sui mercati dell'UE che internazionali. Attualmente le PMI si aggiudicano il 45 % del valore aggregato dei contratti al di sopra delle soglie dell'UE, direttamente o come offerenti congiunti o subappaltatori. Le direttive del 2014 comprendono misure (suddivisione degli appalti in lotti, disciplina sul volume di affari richiesto e riduzione degli obblighi amministrativi) che dovrebbero facilitare l'accesso delle imprese, comprese le PMI, agli appalti pubblici, anche transfrontalieri. Tale miglioramento delle opportunità in materia di appalti per le PMI deve essere comunicato al pubblico, alle imprese e alle amministrazioni aggiudicatrici in modo più efficace. Ciò è particolarmente importante in vista della promozione di un maggior numero di appalti transfrontalieri. L'obiettivo è aumentare la quota di appalti pubblici aggiudicati alle PMI affinché corrisponda al loro peso complessivo nell'economia*».

<sup>28</sup> COM (2020) 103. Dello stesso anno, dedicate anche al tema dell'accesso al mercato da parte delle PMI si ricordano anche le seguenti Comunicazioni COM (2020) 37 e COM (2020) 93.

<sup>29</sup> P. 11 della Comunicazione.

dell'UE ma anche di diversi studi e report che ne hanno indagato l'effettiva partecipazione a tale mercato.

In particolare, si segnala un recente report della Commissione europea dal titolo “*Analysis of the SMEs' participation in public procurement and the measures to support it*”<sup>30</sup> che ha preso in considerazione gli anni dal 2014 al 2017 e di cui si intende riassumere brevemente alcuni dei risultati raggiunti che sono qui di interesse<sup>31</sup>.

È stato evidenziato che la partecipazione delle PMI nelle procedure sopra-soglia, seppur lievemente e per contratti di non elevato valore, è aumentata in maniera costante e si è passati dal 58% del 2011 al 61% del 2017<sup>32</sup>; mentre, nelle procedure sottosoglia, la percentuale di partecipazione delle PMI è significativamente più alta: circa l'86% dei contratti sottosoglia è stata aggiudicata a PMI<sup>33</sup>.

Tuttavia, a differenza di quanto avviene per il sopra soglia, la percentuale di successo delle PMI è diminuita rispetto al periodo 2011-2014 (si è passati dall'80% del 2011 al 50% circa del 2017).

A ciò si aggiunge che il tasso di partecipazione “indiretta” delle PMI (es. come subappaltatori) è risultata molto più alta di quella “diretta” in veste di con-

<sup>30</sup> Pubblicato il 1° luglio 2020 e Consultabile al seguente link: [https://ec.europa.eu/growth/content/analysis-smes%E2%80%99-participation-public-procurement-and-measures-support-it\\_en](https://ec.europa.eu/growth/content/analysis-smes%E2%80%99-participation-public-procurement-and-measures-support-it_en)

<sup>31</sup> Tra gli studi di più ampio respiro si segnala anche lo studio del 2014 commissionato dalla Commissione europea, AA.VV., *Sme's access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, Pwc, 2014.

<sup>32</sup> Tale crescita è avvenuta a seguito di un periodo di declino negli anni tra il 2004 e il 2010. In particolare, di questo 61%, un 19% è risultato in capo alle micro-imprese, un 22% alle piccole imprese e un 20% alle medie imprese ed è stato evidenziato che maggiore era il valore dell'appalto minori sono state le possibilità di aggiudicazione per le MPMI.

<sup>33</sup> In particolare, nello studio sono stati esaminati 11 paesi e tale percentuale per le procedure sopra-soglia degli stessi paesi corrispondeva al 57%. Se si va poi a guardare ai singoli Stati membri le differenze registrate sono notevoli: il volume di contratti vinti dalle PMI è risultato, infatti, più alto in Paesi di piccole dimensioni e più basso nei grandi Stati membri, tranne la Germania. Tuttavia, le grandi differenze tra i diversi Paesi – secondo il report – possono spesso, e in larga misura, essere spiegate da diversi fattori contestuali, e non sempre dipendono da una eventuale mancanza di attenzione da parte della classe politica o delle amministrazioni. I fattori “chiave” individuati includono: i) le dimensioni del paese (un paese molto piccolo avrà un bisogno limitato di contratti con valore molto elevato); ii) il diverso contesto nazionale (a seconda di come è “costruito” il sistema degli appalti pubblici: un alto livello di decentralizzazione, per esempio, può portare solo a limitate possibilità di aggregazione della domanda). Per una puntuale analisi della disciplina PMI *friendly* in Germania, v. E. K. SARTER, S. FUCHS, D. SACK, *SME-friendly public procurement in Germany? Legal strategies and political challenges*, University of Bielefeld, 2014 consultabile al seguente link: <https://pub.uni-bielefeld.de/record/2785867>. Sulla disciplina spagnola J. E. CANDELA TALAVERO, *El objeto del contrato público y su división*, in *Gabilex – revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, 18, 2019, 15 ss; A. FERNÁNDEZ ECKER, *La Ley de Contratos del Sector Público: una oportunidad para la PYME*, in *Contratación Administrativa Práctica*, 153, Sección Reflexiones, Enero-Febrero 2018; P. BATET JIMÉNEZ, *La división del objeto del contrato en lotes*, in *Gabilex*, 5, 2016, 30. Per approfondimenti sulla suddivisione in lotti in Francia v. J.F. JAMINET, D. BOREUX, *Envisager l'allotissement (divide or explain) Une nouvelle obligation de l'acheteur public actif dans les secteurs classiques*, in *Mouvement Communal, Marchés Publics*, 934, 2019, 14 ss; S. BRACCONNIER, *Precis du droit de la commande publique*, Le Moniteur, 2019, 1723.



traente principale: è emerso infatti che le PMI acquisiscono circa il 16% in più di valore dai contratti attraverso una partecipazione indiretta piuttosto che diretta.

Di particolare rilievo è poi l'analisi condotta sul valore dei singoli contratti che viene definito come il fattore più esemplificativo della probabilità per le MPMI di risultare vittoriose o meno nelle procedure ad evidenza pubblica.

Le stesse imprese, infatti, riconoscono tale fattore come la “*key barrier*” alla loro partecipazione e vedono nella suddivisione in lotti degli appalti la misura fondamentale per superare tale “barriera”.

L'analisi condotta ha dimostrato che, in generale, maggiore è il valore dei contratti, minori sono le possibilità per le PMI di aggiudicarsi.

È stato evidenziato che la percentuale di tali imprese che riesce ad aggiudicarsi contratti di valore relativamente basso (inferiore a 300.000 euro)<sup>34</sup> è tra il 62 e il 65%, superata tale quota aumenta anche considerevolmente la quota di aggiudicazione delle grandi imprese<sup>35</sup>.

Altro tema analizzato è stato proprio quello della suddivisione degli appalti in lotti considerata, anche secondo il report, come uno degli strumenti di maggior rilievo per facilitare la partecipazione delle PMI: suddividere un contratto in più lotti ne riduce il valore e lo rende così più accessibile alle imprese di piccole dimensioni.

Si è detto, infatti, come siano proprio queste ultime a riconoscere nelle grandi dimensioni dei contratti la “*key barrier*” alla loro partecipazione.

La Commissione europea ha quindi da tempo incoraggiato gli enti aggiudicatori a dividere i contratti in lotti per aumentare le possibilità delle PMI di competere con successo.

Dall'introduzione delle nuove direttive sugli appalti pubblici – come si vedrà nel paragrafo successivo – la suddivisione dei contratti in lotti è diventata la norma e, ad oggi, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a motivare la loro decisione<sup>36</sup> se scelgono di non procedere in tal senso.

Secondo l'analisi condotta, tale strumento, sembra aiutare le PMI, almeno

<sup>34</sup> In particolare, le PMI sarebbero maggiormente presenti nelle procedure di valore tra i 30.000 e i 300.000 euro.

<sup>35</sup> In particolare, è stato rilevato che la probabilità che le microimprese vincano le procedure per contratti di basso valore è stabile intorno al 23-24% ma inizia a diminuire visibilmente quando il valore del contratto supera i 100.000 euro. La quota delle piccole imprese, invece, aumenta leggermente fino a 300.000 euro, e inizia a diminuire raggiunta la fascia del milione di euro. Le medie imprese sembrano beneficiare della “ritirata” delle micro e piccole imprese sopra 1 milione di euro (fino al 25%) e cedono solamente per i contratti che superano i 5 milioni di euro.

<sup>36</sup> Il principio in questione è stato definito del “*divide or explain*”. Tuttavia, secondo parte della dottrina, l'art. 46 della direttiva richiederebbe solamente una “*explanation*” e non anche una “*justification*”, il che suggerirebbe la “*soft nature*” della motivazione sulla mancata suddivisione. Così M. TRYBUS, *The division of public contracts into lots under EU Directive 2014/24/EU*, in *European law review*, 43, 3, 2019, 313 ss. Similmente anche S. GRAZELLS, *Public procurement and the EU Competition rules*, Oxford, II ed., 2015, 348 che fa riferimento alla motivazione in questione come a un “*soft requirement*”.

quando il numero di lotti non è troppo grande (sotto i 20): la quota di PMI vincitrici aumenta continuamente, dal 62% nel caso mancata suddivisione, al 65% nel caso in cui siano stati creati tra 10 e 19 lotti.

È stato poi osservato che le PMI beneficerebbero della suddivisione per tutti i tipi di contratti: rispetto alla mancata suddivisione, la percentuale di PMI che si aggiudicano i contratti cresce del 4% per i contratti di fornitura, del 2% per i contratti di servizi e del 6% per i contratti di lavori.

Tuttavia, se si guarda ai diversi Stati membri, risultano esserci notevoli differenze applicative.

È stato evidenziato, infatti, che i Paesi con la più alta propensione a suddividere i contratti in più lotti sono tipicamente quelli dell'Europa "orientale", ossia Stati membri che hanno aderito all'UE nel 2004 se non successivamente: la Slovenia (44%), la Polonia (36,5%), l'Ungheria (30,7%), così come Croazia (29,4%), Lituania (23,9%) e Bulgaria (23,3%).

Dei grandi Stati membri solo la Francia ha una percentuale di suddivisione in lotti relativamente alta (36,3%).

L'Italia, invece, ha una percentuale di mancata suddivisione molto alta (circa 83%) che lascia alla avvenuta suddivisione circa un 17%<sup>37</sup>.

Di particolare evidenza risulta poi la parte dello studio condotta sulla tipologia delle diverse misure adottate dai singoli Stati membri per facilitare l'accesso di tali imprese al mercato, tesa ad evidenziarne le combinazioni maggiormente efficienti<sup>38</sup>.

Anzitutto, le differenti misure sono state suddivise in quattro categorie: i) *conditions*; ii) *procedures*; iii) *awareness-raising*; iv) *incentives*.

Nella prima categoria sono state fatte rientrare: a) i pagamenti tempestivi ed efficienti; b) l'incremento della trasparenza delle procedure selettive.

Nella seconda categoria "*procedures*": a) l'incoraggiamento all'uso dell'*e-pro-*

<sup>37</sup> Tuttavia, tra il 2011 e il 2017 – quindi in attuazione delle direttive del 2014 – la percentuale dell'utilizzo di tale strumento è aumentata e si è passati da un 14,7% del 2011 a un 21,7 del 2017%, risultando però comunque uno dei Paesi con la percentuale di suddivisione più bassa.

<sup>38</sup> Per un'analisi comparata a livello internazionale si v. A. ANCARANI, C. DI MAURO, T. HARTLEY, T. TATRAI, *A Comparative Analysis of SME Friendly Public Procurement: Results from Canada, Hungary and Italy*, in *International Journal of Public Administration*, 42, 13, 1106, 2019. Gli AA. hanno evidenziato le principali differenze tra le discipline dei tre Stati di cui due (Italia e Ungheria tenuti al rispetto delle direttive UE) e uno extra-europeo. In particolare, ciò che colpisce è il diverso approccio tenuto dal Canada ove non sono permessi strumenti che potrebbero distorcere la concorrenza in qualunque modo (considerando in tal senso anche la suddivisione in lotti). Sul punto è stato sottolineato che «*At the policy level, it is interesting to see whether there is an express intention on the part of the government to support SMEs through training, encouragement tools and dedicated communication. In this respect, Canada puts a much greater emphasis than the other two countries on providing practical assistance, organising training courses, providing technical support for electronic public procurement, and offering encouragement and communication tools. In Italy and Hungary, the strong regulatory orientation, and the declared policy support for SMEs is not de facto matched by adequate technical support. In fact, practical assistance to SMEs intending to participate in public tenders lags behind the introduction of legislation*».

curement; b) l'aumento della semplificazione delle procedure e della documentazione richiesta per dimostrare i requisiti; c) l'incoraggiamento alla suddivisione in lotti; d) l'aumento offerte congiunte e l'utilizzo del subappalto; e) la riduzione dei requisiti economici-finanziari richiesti; f) l'assenza di criteri di selezione non "PMI friendly".

Alla terza categoria "awareness-raising" è stato ricondotto l'utilizzo di strumenti e pratiche in grado di aumentare le informazioni di cui le PMI possono disporre.

La quarta categoria è invece quella degli incentivi e dei supporti finanziari.

Secondo l'analisi condotta, un sistema efficace dovrebbe garantire tutte le quattro categorie attraverso una varietà di misure. Tuttavia, è emerso che solo 13 paesi su 31 hanno attuato misure che affrontano più di due delle quattro categorie e alcuni paesi (ad es. Danimarca) si sono concentrati solo su uno di questi aspetti; solamente l'Ungheria ha attuato almeno una misura per tutte e quattro le categorie.

Ciò che è emerso è che comunque vi sono delle combinazioni di misure più efficaci di altre nel garantire alle PMI maggiore accesso al mercato.

Lo studio ha rilevato, infatti, che la partecipazione delle PMI è aumentata maggiormente in Romania, Lituania, Malta, Liechtenstein e Italia.

Per quanto riguarda l'Italia è emerso che sono state attuate più misure differenziate nelle varie categorie (*procedures*, *awareness-raising*, *incentives*) tranne che in quella delle "conditions"<sup>39</sup> riguardante la presenza di pagamenti tempestivi e l'incremento della trasparenza delle procedure.

Nonostante ciò, la combinazione delle misure attuate in Italia, soprattutto in applicazione delle direttive del 2014, ha condotto ad un incremento della quota di partecipazione delle PMI: si è passati infatti dal 52,9% del periodo 2011-2014 al 61,7% del periodo 2015-2017.

Dunque, riepilogando i risultati qui riportati, dal *report* è emerso che "il terreno di gioco" delle PMI sono le procedure sottosoglia per quanto, nell'arco temporale di osservazione – in forza dell'attuazione del pacchetto di direttive del 2014 – la loro partecipazione è aumentata anche nel soprasoglia.

In ogni caso, sono stati registrati più alti livelli di partecipazione (soprattutto nel soprasoglia) attraverso forme indirette (ad es. tramite l'utilizzo del subappalto).

Ciò in quanto, è stato evidenziato, il valore dei contratti oggetto delle singole procedure di gara viene considerato (anche dalle stesse imprese) la "key barrier" al loro accesso al mercato, circostanza che viene attenuata solo attraverso l'utilizzo della suddivisione degli appalti in lotti.

<sup>39</sup> Non a caso la CGUE (CGUE, grande sezione, 20 gennaio 2020, C-122/18) ha ritenuto che l'Italia sia venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'articolo 4, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2011/7, proprio a causa del ritardo nei pagamenti alle imprese.

Quest'ultima pratica è considerata, tra le principali misure tese a facilitare l'accesso delle PMI, quella che maggiormente raggiunge tale scopo.

Tuttavia, tra le *“policy recommendations”* è stato sottolineato che le misure in grado di creare le condizioni per un sistema efficace, equo e *“PMI friendly”* sono principalmente quelle volte ad aumentare la trasparenza e ad instaurare un rapporto di fiducia tra gli acquirenti pubblici e i loro fornitori<sup>40</sup> (ossia quelle della prima tra le categorie illustrate c.d. delle *“conditions”*).

2. *La suddivisione degli appalti in lotti tra normativa UE e normativa interna.* – La suddivisione degli appalti in lotti<sup>41</sup> è considerato, come visto, l'istituto chiave nella garanzia di accesso al mercato delle PMI, in quanto permette a tali imprese di superare la già menzionata *“key barrier”*, costituita dall'elevato valore delle prestazioni oggetto delle procedure.

In generale, maggiore sarà il numero dei lotti in cui è suddivisa una *“fornitura”*, maggiore sarà il numero atteso dei partecipanti alla gara, in virtù dei criteri di selezione (requisiti di partecipazione) meno restrittivi: in primo luogo, infatti, a un maggior numero di lotti corrisponderà una minore dimensione media degli stessi, con conseguente diminuzione dei requisiti di fatturato richiesti e ampliamento della possibilità di partecipazione a imprese di minori dimensioni. Non solo: lotti di minor valore agevolano la partecipazione delle PMI in quanto riducono anche i costi di partecipazione alla gara quali, ad esempio, quelli della cauzione provvisoria e definitiva<sup>42</sup>.

Le MPMI, infatti, restano *“fuori gioco”* quando l'oggetto dell'appalto viene configurato secondo una logica di aggregazione e complessità, dal momento che la prestazione diviene più ampia e più complessa e solitamente riservata ad un numero più ristretto di operatori economici, salva la facoltà di optare per forme di aggregazione ulteriori che, nelle forme più frequenti del raggruppamento

<sup>40</sup> Tra queste è stata richiamata soprattutto quella contro i ritardi nei pagamenti.

<sup>41</sup> Per lotto si intende una parte di una prestazione più ampia di lavori, servizi, o forniture che può avere una propria autonomia rispetto al tutto. Se si ha autonomia si ha lotto prestazionale, se non la si ha si parla di lotto prestazionale. Si veda R DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge «sblocca cantieri»*, Bologna, 2020, 510. L'attuale disciplina (art. 3 del codice dei contratti pubblici) definisce chiaramente entrambe le tipologie di lotti: all'art. 3 lett. qq) viene definito come lotto funzionale *«uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti»*; all'art. 3 lett. ggggg) viene definito come lotto prestazionale, *«uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto»*.

<sup>42</sup> Così AA.Vv., *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, *Quaderni Consip*, 2, 2016.

temporaneo, del consorzio o dell'avvalimento, possono "recuperare" anche la partecipazione delle imprese di minori dimensioni<sup>43</sup>.

In secondo luogo, la suddivisione in lotti, identificando segmenti di mercato più ristretti va ad ampliare la possibilità di partecipazione a imprese maggiormente specializzate (caratteristica propria delle PMI).

Tale strumento, permettendo così di ampliare la platea dei partecipanti, garantisce anche un ampliamento della concorrenza con chiari benefici in termini di prezzo per le amministrazioni aggiudicatrici.

Tuttavia, l'articolazione in lotti di minori dimensioni può complicare, ad esempio, la fase della progettazione, la gestione delle procedure di affidamento, la fase dell'esecuzione del contratto, può anche comportare, dato il più elevato numero di partecipanti, problemi nel coordinamento tra i diversi fornitori e anche un aumento del contenzioso<sup>44</sup>.

Viepiù che solitamente suddividere un appalto in più lotti può far aumentare i costi generali di gestione delle procedure<sup>45</sup>.

Sebbene, come visto, l'istituto, nel corso degli anni, abbia acquisito sempre maggior rilievo divenendo una "leva" fondamentale per garantire la partecipazione delle PMI alle procedure di affidamento, tuttavia, non rappresenta una novità per l'ordinamento italiano.

Già la normativa sulla contabilità di Stato (r.d. 18.11. 1923, n. 2240 e r.d. 23.5. 1924, n. 827), infatti, prevedeva tale possibilità (artt. 37 e 43)<sup>46</sup> solo ove vi fossero particolari necessità «*da farsi constare nel decreto di approvazione del contratto*» e solo nelle ipotesi in cui risultasse «*più vantaggioso per l'amministrazione*».

Tali disposizioni esprimevano un chiaro *favor* per l'unitarietà del contratto che rappresentava la regola generale e che, ove scelta dall'amministrazione, non imponeva il rispetto di alcun particolare obbligo motivazionale; mentre vede-

<sup>43</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *La suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto*, in *Giustamm.it*, 2013, 1, poi destinato agli *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013.

<sup>44</sup> Sul punto S. VILLAMENA, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, *Dir. Amm.*, 4, 2020, 933, che ha evidenziato che «*la scelta di suddividere un contratto di appalto in lotti comporta una maggiore complessità nella gestione dell'appalto sia nella fase pubblicistica che in quella privatistica: si pensi che ciascun lotto di cui si compone l'oggetto dell'appalto richiederà una sua procedura di gara ed inoltre, in ragione dei diversi aggiudicatari, sarà necessario stipulare diversi contratti, da cui conseguirà per altro un frazionamento delle relative responsabilità contrattuali, rendendo anche la fase privatistica di esecuzione del contratto naturalmente più ardua da gestire*».

<sup>45</sup> Sul punto v. M. TRYBUS, *The division of public contracts into lots*, cit., 313; A. LOMAN, F. RUFFINI, L. DE BOER, *Designing ordering and inventory management methodologies for purchased parts*, in *Journal of Supply Chain Management*, 2002, 38. Tra la dottrina italiana F. CINTIOLI, *ult. op. cit.*, che ritiene come al momento della scelta discrezionale della SA di suddividere l'appalto in lotti non può risultare indifferente «*l'obiettivo della riduzione dei costi per l'amministrazione, che viene meglio perseguito ampliando l'oggetto della prestazione*».

<sup>46</sup> In particolare, l'art. 37 disponeva il divieto di suddivisioni "artificiose" degli appalti e l'art. 43 prevedeva la suddivisione in lotti nell'interesse dell'amministrazione.

vano la suddivisione come un'eccezione, da attuare solamente se giustificata da situazioni eccezionali e contingenti.

La normativa sulla contabilità di Stato, infatti, era tesa a garantire particolari tutele all'interesse dell'amministrazione (*recte*: l'interesse pubblico che coincideva con l'interesse finanziario dell'amministrazione), a favorire le scelte più parsimoniose per la stessa e la concorrenza – intesa come capacità di accesso alle procedure da parte di tutti gli operatori interessati – era funzionale solo a raggiungere tali scopi. In altre parole, nel porre una disciplina dei pubblici incanti, la normativa nazionale privilegiava l'obiettivo di garantire una corretta gestione del denaro pubblico nell'interesse esclusivo dell'amministrazione committente e solo di riflesso le norme di contabilità garantivano la *par condicio* tra i concorrenti<sup>47</sup>.

In quest'ottica, il suddetto criterio del “vantaggio” per l'amministrazione risultava un «*concetto decisivo per orientare la scelta tra unitarietà e frammentazione dell'oggetto contrattuale*»<sup>48</sup>.

L'ipotesi di realizzazione dell'opera mediante suddivisione in lotti venne prevista anche dalla legge quadro sui lavori pubblici (l. 11.2.1994, n. 109 c.d. legge “Merloni”)<sup>49</sup> il cui art. 14, al comma 7, consentiva all'amministrazione di inserire nella programmazione annuale anche uno solo o più lotti di un intervento a condizione che venisse elaborata la progettazione almeno preliminare dell'intera opera e che fossero quantificate le risorse finanziarie complessivamente occorrenti, al fine di raggiungere un sufficiente grado di certezza sulla realizzabilità dell'intero intervento.

La possibilità della divisione in lotti era poi sottoposta alla condizione della “funzionabilità” del singolo lotto: affinché fosse consentita una suddivisione dell'opera, le stazioni appaltanti dovevano necessariamente individuare dei lotti “funzionali”, ossia delle parti di un lavoro generale la cui progettazione e realizzazione fosse tale da assicurarne *funzionalità, fruibilità e fattibilità*, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit., 263 ss.

<sup>48</sup> F. CINTIOLI, *ult. op. cit.* L'A. precisa che, al tempo di vigenza di tale disciplina, l'amministrazione nel caso di scelta della strada dell'unitarietà non doveva adempiere a particolari obblighi di motivazione che, invece, sussistevano qualora venisse ritenuto di procedere con la suddivisione.

<sup>49</sup> La legge Merloni subì nel tempo ripetute modifiche di cui si ricordano: L. 2 giugno 1995, n. 216 (c.d. Merloni-*bis*); l. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni-*ter*); l. 1 agosto 2002, n. 166 (c.d. Merloni-*quater*). Sui caratteri della legge Merloni si v. *ex multis*, anche M. A. SANDULLI, A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in F. MERLONI, L. VANDELLI PASSIGLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Astrid, 2010, 437 ss.; A. CARULLO, A. CLARIZIA, *La legge «Quadro» in materia di lavori pubblici*, Padova, 2004, 985 ss. Più in generale sulla disciplina previgente al codice si v. *ex multis*: G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato*, Roma, 1986; F.P. PUGLIESE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. IX, 1988; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Roma, 1999.

<sup>50</sup> Cfr. Determinazione dell'ANAC n. 5 del 9 giugno 2005, consultabile sul sito dell'Autorità. Tale disciplina, dunque, prevedeva, come essenziale alla suddivisione, l'autonomia funzionale dei

In tal modo, richiedendo inderogabilmente che ogni singolo lotto avesse una sua propria autonomia, si voleva così evitare il pericolo di un inutile dispendio di denaro pubblico nell'ipotesi in cui la restante parte dell'intervento non venisse poi realizzata.

La legge Merloni, dunque – pur se maggiormente influenzata dai primi tentativi di armonizzazione della materia da parte del diritto UE, tesi a garantire maggiormente la concorrenza per il mercato<sup>51</sup> – riproponeva comunque la regola dell'unitarietà dell'appalto e la possibilità di suddivisione, in ogni caso, veniva condizionata al verificarsi di ipotesi particolari e alla dimostrazione (in sede motivazionale) del presupposto indefettibile dell'autonoma funzionalità e fruibilità.

Successivamente, le direttive del 2004 considerarono esplicitamente l'eventualità che i contratti potessero essere aggiudicati in lotti separati, tuttavia, la previsione venne inserita, in via contingente, all'interno dell'art. 9 par. 5 della direttiva 2004/18/CE (e all'art. 16 par. 16 lett. a) della direttiva 2004/17/CE) che disciplinava il calcolo del valore dell'appalto<sup>52</sup>.

singoli lotti. Ne era derivata addirittura una distinzione nominalistica tra la suddivisione in lotti (ammessa secondo il criterio della funzionalità e fruibilità separata) e lo "scorporo" ossia un'esecuzione mediante appalti parziali che non rispettavano il criterio della funzionalità. Così F. CINTIOLI, *op. cit.*, 8 ove l'A. riporta come esempio di scorporo l'ipotesi della stazione appaltante che affidava, con appalti separati, da un lato la realizzazione della parte edile di un'opera pubblica e dall'altro l'esecuzione delle opere impiantistiche. Lo scorporo risultava ammissibile – secondo la richiamata determinazione Anac – solo in ipotesi eccezionali come i lavori di alta specializzazione tecnica o artistica (art. 19, comma 1-quater l. 109/94, ad es. restauro di immobili e di superfici decorate di beni architettonici). Al di fuori di tali ipotesi, le Stazioni appaltanti avrebbero compiuto un artificioso frazionamento delle opere al fine di far rientrare l'intervento al di sotto delle soglie UE e di aggirare così la normativa comunitaria e nazionale di recepimento.

<sup>51</sup> Alla concorrenza "per il mercato" vanno ricondotte, infatti, tutte le disposizioni tese a delimitare il mercato "rilevante", individuandone i confini con il fine di garantire un efficiente allargamento della concorrenza. Più nello specifico, nel mercato dei contratti pubblici vengono ricollegate alla tutela della concorrenza per il mercato tutte quelle disposizioni tese all'individuazione dei soggetti legittimati a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, tramite anche la determinazione dei requisiti richiesti agli operatori economici da parte delle amministrazioni pubbliche al fine di consentirne "l'accesso" al mercato. Garantiscono, inoltre, la concorrenza per il mercato non solo tutte quelle norme che afferiscono alla definizione dei profili soggettivi del mercato stesso ma anche quelle relative all'individuazione dei contenuti e delle caratteristiche delle prestazioni che saranno oggetto dello "scambio" sul mercato, (*recte*: attinenti alla definizione del contenuto e del tipo di contratto tramite la predeterminazione della *lex specialis*). Cfr. A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PPA.A. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2012, 59.

<sup>52</sup> Maggior rilievo all'istituto venne dato dal già richiamato "Codice europeo delle buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici" ove la Commissione osservava che «Le direttive sugli appalti pubblici consentono che i contratti siano aggiudicati in lotti separati. La suddivisione degli acquisti pubblici in lotti facilita chiaramente l'accesso delle PMI, sia dal punto di vista quantitativo (la dimensione dei lotti può corrispondere meglio alla capacità produttiva delle PMI) sia dal punto di vista qualitativo (il contenuto dei lotti può corrispondere maggiormente al settore specializzato delle PMI). Inoltre, la suddivisione dei contratti in lotti e, di conseguenza, l'ulteriore apertura delle gare d'appalto alla partecipazione delle PMI, amplia ulteriormente la concorrenza. Questa soluzione è vantaggiosa per le autorità aggiudicatrici, purché sia appropriata e fattibile alla luce dei lavori, forniture e servizi richiesti». Veniva poi richiamata – come virtuosa – l'esperienza francese ove «al fine di attirare quanti

A livello interno, il Codice del 2006, nella sua originaria formulazione, non si occupava specificamente della suddivisione in lotti, né dava una definizione di essi: all'art. 29 vi era unicamente l'affermazione del principio – di derivazione comunitaria – del divieto di suddivisione artificiosa dell'appalto al fine di eludere il raggiungimento delle soglie e, dunque, l'applicazione della disciplina comunitaria<sup>53</sup>.

Il riferimento espresso alla disciplina venne inserito solamente nel 2011 ad opera del c.d. statuto delle imprese (d.l. n. 201/2011) addirittura nell'art. 2 tra i principi relativi agli appalti.

Tale disposizione venne nuovamente modificata (d.l. n. 69/2013) e la versione finale (art. 2, comma 1bis) – alla vigilia del recepimento delle nuove direttive – prevedeva che: *«nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese»*.

Dunque, nella disciplina del Codice del 2006, la suddivisione era prevista solo per lotti funzionali (e non anche prestazionali come la disciplina attualmente vigente), senza specificazioni in merito alla possibilità per gli operatori di poter competere per uno, per più o tutti i lotti (specificazioni inserite invece

*più concorrenti possibili, la regola generale è l'aggiudicazione dei contratti secondo la formula dei lotti separati. Ciò nonostante, le autorità aggiudicatrici sono libere di aggiudicare contratti unitari qualora ritengano che la suddivisione in lotti, in un determinato caso, limiti la concorrenza o rischi di porre ostacoli tecnici o di rendere più costosa l'esecuzione del contratto, oppure qualora l'autorità aggiudicatrice non sia in condizione di garantire il coordinamento dell'esecuzione del contratto»*.

<sup>53</sup> Cfr. R. DE NICTOLIS, *ult. op. cit.*, 512. Tradizionalmente, infatti, il frazionamento dell'appalto è sempre stato guardato sia dal legislatore nazionale che da quello europeo come una pratica da censurare in quanto potenzialmente volta a ridurre artificialmente l'importo della gara al fine di aggirare la normativa vigente in tema di soglie comunitarie e dunque in violazione dei principi di libera concorrenza e accesso alle commesse pubbliche. Il frazionamento, tuttavia, non va confuso con la suddivisione in lotti: in caso di appalto suddiviso in lotti, infatti, il valore da tenere in considerazione per la determinazione della soglia comunitaria è quello della somma dei singoli lotti. Così AA.VV., *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, cit. Sul punto anche S. VILLAMENA, *ult. op. cit.* che ha evidenziato che *«fra le ragioni a base dello scetticismo sulla suddivisione in lotti di un appalto pubblico vi era il sospetto che la stessa potesse effettuarsi allo scopo di aggirare la normativa in tema di soglie e consentire per questa via il ricorso a procedure meno concorrenziali (trattativa privata, cottimo fiduciario, affidamento diretto, ecc.)*. Come noto, il problema appena indicato è stato superato solo a seguito delle direttive europee del 2004 ed il nuovo Codice del 2016 ha confermato questa impostazione laddove l'art. 35, comma 6 del medesimo prevede espressamente che la suddivisione in lotti di un appalto non incide sul valore complessivo del contratto, che risulta comunque dalla somma dei lotti messi a gara». Nonostante ciò – precisa l'autore – residua ancora qualche incertezza in sede applicativa dal momento che, anche di recente, sono emersi casi in cui le pubbliche amministrazioni hanno utilizzato come giustificazione alla propria scelta di non suddividere in lotti un appalto proprio il rischio di elusione della normativa fondata sulle soglie di valore monetario dell'appalto (argomento prontamente respinto in sede giurisdizionale richiamandosi proprio alla previsione del Codice del 2016 sopra indicata). Si v. sul punto Corte dei conti, Sicilia, 21 novembre 2019, n. 170.



nel nuovo Codice) e in ogni caso la suddivisione doveva apparire “possibile” ed “economicamente conveniente”, evocando così, ancora una volta, la concezione dell’istituto posta dalla normativa sulla contabilità di Stato<sup>54</sup>.

Le direttive del 2014 – in linea con la rinnovata e nuova attenzione alla tutela delle PMI – hanno invece previsto una disciplina particolarmente dettagliata dell’istituto.

Il considerando 78 della direttiva 2014/24/UE<sup>55</sup>, come visto – dopo aver indicato la necessità che gli appalti «siano adeguati alle necessità delle PMI» e che, al fine di agevolare la partecipazione delle PMI, le amministrazioni aggiudicatrici devono essere incoraggiate ad avvalersi del Codice europeo di buone pratiche – stabilisce che «a tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti».

Tale suddivisione – continua il considerando – può essere effettuata sia su base quantitativa, così da far sì che «l’entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI», sia su base qualitativa, «in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle diverse fasi successive del progetto».

Al paragrafo successivo il medesimo considerando specifica poi i poteri di cui dispongono le amministrazioni aggiudicatrici nello stabilire la suddivisione.

Viene, anzitutto, chiarito che «l’entità e l’oggetto dei lotti dovrebbero essere determinati liberamente dall’amministrazione aggiudicatrice» e tal fine la medesima amministrazione «dovrebbe avere il dovere di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti», avendo comunque sempre «la facoltà di decidere autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante».

Tuttavia, nel caso in cui l’amministrazione aggiudicatrice decida che non sia “appropriato” suddividere l’appalto in lotti «la relazione individuale o i documenti di gara dovrebbero contenere un’indicazione dei principali motivi della scelta dell’amministrazione aggiudicatrice».

In tal modo viene così delineata la suddivisione in lotti come la “regola” (che l’amministrazione può mettere in pratica liberamente e «sulla base di qualunque motivo ritenga rilevante»), a cui fa da “contraltare” l’eccezione della mancata suddivisione che deve risultare motivata.

<sup>54</sup> Cfr. C. CATARISANO, *Art. 51*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. Perfetti, 2017, 522.

<sup>55</sup> Nella direttiva concessioni 2014/23/UE, l’istituto è previsto all’articolo 8 che disciplina i metodi di calcolo del valore dell’appalto ma non vi è una disciplina di dettaglio come nella direttiva appalti. Nella direttiva 2014/25/UE la suddivisione è prevista all’art. 65 che riprende sostanzialmente l’art. 46 della direttiva appalti, differenziandosi per due aspetti peculiari. Anzitutto, non è prevista la motivazione della mancata suddivisione. Tuttavia, nell’ottica di facilitare la partecipazione delle PMI, il considerando 87 prevede che gli Stati membri possono obbligare gli enti aggiudicatori a fornire una motivazione per la decisione di non suddividere in lotti.

In base proprio ai “motivi” che potrebbero portare l’amministrazione a decidere in senso contrario alla suddivisione vengono richiamate diverse ipotesi: i) il caso in cui l’amministrazione aggiudicatrice ritenga che la suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza, ii) o di rendere l’esecuzione dell’appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, iii) ovvero il caso in cui l’esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell’appalto.

Al paragrafo seguente viene poi ribadita la necessità che gli Stati membri si impegnino a facilitare la partecipazione delle PMI al mercato degli appalti pubblici *«andando oltre nei loro sforzi»*, ad esempio, estendendo *«la portata dell’obbligo di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti per appalti di entità minore, obbligando le amministrazioni aggiudicatrici a fornire una motivazione della decisione di non suddividere in lotti»* ma anche rendendo la suddivisione in lotti obbligatoria in presenza di determinate condizioni.

Il considerando successivo aggiunge poi ulteriori specificazioni alla disciplina indicata nel considerando 78<sup>56</sup>

Venendo invece all’esame dell’articolo, l’art. 46 della direttiva 2014/24/UE, prevede, al primo paragrafo, la possibilità per le amministrazioni di aggiudicare gli appalti sotto forma di lotti separati, di determinarne le dimensioni e l’oggetto e, laddove non operino tale suddivisione, al secondo paragrafo, viene invece previsto l’obbligo di motivare tale scelta.

Al secondo paragrafo viene poi data la disciplina di dettaglio che stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici siano tenute ad indicare – nel bando di gara o nell’invito a confermare interesse – se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti; possono poi, anche ove esista la possibilità di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero

<sup>56</sup> In particolare, precisa che, nel caso in cui si scelga di suddividere l’appalto in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici *«dovrebbero avere la facoltà di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un’offerta, ad esempio allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l’affidabilità dell’approvvigionamento»*; ii) *«dovrebbero altresì avere la facoltà di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente»*. Nel secondo paragrafo viene previsto poi che *«Tuttavia, l’obiettivo di facilitare un maggiore accesso agli appalti pubblici da parte delle PMI potrebbe essere ostacolato se le amministrazioni aggiudicatrici fossero obbligate ad aggiudicare un appalto lotto per lotto anche se ciò implicasse dover accettare soluzioni sostanzialmente meno vantaggiose rispetto a quella di un’aggiudicazione che raggruppi più lotti o tutti i lotti. Pertanto, qualora la possibilità di applicare tale metodo sia stata chiaramente indicata in precedenza, dovrebbe essere possibile per le amministrazioni aggiudicatrici effettuare una valutazione comparativa delle offerte per stabilire se quelle presentate da un particolare offerente per una specifica associazione di lotti rispondano meglio, nel loro complesso, ai criteri di aggiudicazione stabiliti in conformità della presente direttiva in relazione a tali lotti rispetto alle offerte per i singoli lotti in questione, prese isolatamente. In tal caso, all’amministrazione aggiudicatrice dovrebbe essere consentito aggiudicare un appalto che associ i lotti in questione all’offerente interessato. Occorre chiarire che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero effettuare tale valutazione comparativa determinando prima quali offerte rispondano meglio ai criteri di aggiudicazione stabiliti per ogni singolo lotto per poi compararle, nel loro complesso, a quelle presentate da un particolare offerente per una specifica associazione di lotti»*.

di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse<sup>57</sup>.

Il quarto paragrafo chiude l'articolo prevedendo la possibilità – a determinate condizioni «*da definire conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione*» – di rendere la suddivisione in lotti obbligatoria.

2.1. *L'art. 51 c.c.p. tra discrezionalità amministrativa e tutela della concorrenza.* – Il legislatore nazionale ha recepito quanto previsto dalla direttiva 2014/24/UE all'interno dell'art. 51 del Codice dei contratti pubblici (di seguito anche solo c.c.p.).

Viene così prevista, al primo comma, la possibilità di suddividere gli appalti in lotti funzionali o prestazionali «*nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali*», al fine di favorire l'accesso MPMI.

Nello stesso comma viene indicato, in caso di mancata suddivisione, l'obbligo per le stazioni appaltanti di motivare tale scelta nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139 del Codice.

Viene poi precisato che nel caso di suddivisione in lotti, il loro valore «*deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese*».

In ogni caso è fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti «*al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti*».

Al secondo comma, riprendendo la ricordata normativa UE, viene previsto che: «*Le stazioni appaltanti indicano, altresì, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti*».

Al comma successivo viene precisato che le stazioni appaltanti, anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, possono limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare.

Lo stesso comma continua stabilendo che «*Nei medesimi documenti di gara*

<sup>57</sup> Sempre nello stesso paragrafo viene poi aggiunto che «*Le amministrazioni aggiudicatrici indicano nei documenti di gara le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo*». Al paragrafo tre viene poi stabilito che «*Gli Stati membri possono prevedere che, nei casi in cui al medesimo offerente possa essere aggiudicato più di un lotto, le amministrazioni aggiudicatrici possano aggiudicare appalti che associano alcuni o tutti i lotti, qualora abbiano specificato, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, che si riservano tale possibilità e indicano i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati*».

*indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo».*

Il quarto comma – che recepisce senza modifiche il paragrafo 3 dell'art. 46 della direttiva 2014/24/UE – dispone che: *«Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti che associano alcuni o tutti i lotti al medesimo offerente, qualora abbiano specificato, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, che si riservano tale possibilità e indichino i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati, nonché le modalità mediante cui effettuare la valutazione comparativa tra le offerte sui singoli lotti e le offerte sulle associazioni di lotti».*

Come si può facilmente evincere, rispetto al previgente art. 2, comma 1bis, del vecchio codice, l'art. 51 si presenta come una norma particolarmente più dettagliata: anzitutto, viene prevista la possibilità di suddivisione anche per i lotti c.d. prestazionali (e non solo funzionali) e viene poi anche inserita una disciplina *ad hoc* per l'ipotesi di partecipazione o aggiudicazione di più lotti (cc.dd. vincolo di partecipazione e vincolo di aggiudicazione).

Altra differenza con il previgente articolo 2 sta nel fatto che quest'ultimo, sebbene imponesse la suddivisione come “obbligo”, prevedeva, tuttavia, la possibilità di escluderne la configurazione nel caso in cui non fosse “economicamente conveniente”.

Sebbene tale ultima locuzione non sia più presente nell'art. 51, tuttavia, ciò non starebbe a significare che la convenienza economica non possa più essere una ragione sufficiente ad escludere la suddivisione in lotti, né che la convenienza sia tenuta a “soccombere” davanti al *favor participationis* per le MPMI, questo in quanto, il già menzionato considerando n. 78 della direttiva 2014/24/UE, prevede, quali possibili motivi della mancata suddivisione, proprio la convenienza economica di tale scelta.

Rispetto, invece, al tenore letterale delle disposizioni delle direttive, l'art. 51 c.c.p. non ha recepito l'ultimo paragrafo dell'art. 46 della direttiva 2014/24/UE, il quale lasciava alla discrezione degli Stati membri la previsione di “condizioni” in presenza delle quali sia obbligatorio aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati.

Invece, in “aggiunta” al dettato delle direttive, l'art. 51, precisa che la finalità della suddivisione in lotti è quella di favorire l'accesso alle MPMI e che il valore dei lotti deve essere adeguato in modo da garantire a quest'ultime un'effettiva partecipazione alle procedure.

Tali “aggiunte” in realtà attuerebbero quanto previsto dalle direttive nei Considerando sopra analizzati.

In questo senso l'art. 51 andrebbe letto raccordandolo con l'art. 30, comma 7, del medesimo Codice che prevede che *«i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie».*

Secondo parte della dottrina, sotto questo profilo, la suddivisione in lotti costituirebbe quindi un principio a tutela della concorrenza o, meglio, rappresenterebbe un istituto a garanzia di una maggiore concorrenza in quanto estesa ad una platea più ampia di operatori<sup>58</sup>.

Altra parte della dottrina, invece, ha ritenuto che il fondamento della suddivisione in lotti sarebbe unicamente la protezione delle piccole e medie imprese, e che quest'ultimo interesse costituirebbe, tuttavia, solamente un interesse tipizzato dal legislatore del quale l'amministrazione deve adeguatamente tenere conto in sede di bilanciamento, ciò in quanto «*i principi comunitari (...) pongono sì in primo piano l'interesse alla tutela della concorrenza, ma non prediligono mai una protezione diretta dell'una o dell'altra impresa né quella di una categoria a vantaggio delle altre*»<sup>59</sup>.

Tale impostazione, tuttavia, sembrerebbe essersi in parte attenuata a seguito dell'emanazione del pacchetto di direttive del 2014.

Come noto, con tali direttive si è assistito al passaggio dalla tutela della concorrenza alla tutela "oltre" la concorrenza, ove la tutela di quest'ultima non è certo venuta meno ma è stata affiancata dalla tutela di altri interessi, quale quello della partecipazione delle PMI al mercato dei contratti pubblici.

In tal senso, dunque, sembrerebbe che la normativa europea abbia prediletto la protezione di talune imprese, non tanto per favorirle (alterando così la concorrenza) ma per riequilibrare il livello della loro partecipazione rispetto al peso che, si è visto, detengono nel mercato UE.

Quindi se, da un lato, si concorda con il fatto che l'interesse alla partecipazione delle PMI possa essere solo uno degli interessi che l'amministrazione dovrà andare a ponderare nell'esercizio della propria discrezionalità, tuttavia,

<sup>58</sup> R. DE NICTOLIS, *ult. op. cit.*, 512. In questo senso anche la giurisprudenza amministrativa, secondo cui «*La tendenziale preferenza dell'ordinamento per una ragionevole divisione in lotti è fondata non solo sulla notoria esigenza di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese (...), ma anche, e soprattutto, nella esigenza di assicurare realmente la libera concorrenza e la massima partecipazione non solo al momento dell'effettuazione della gara ma anche in relazione a tutto il periodo successivo di svolgimento del rapporto*», così Cons. Stato, sez. III, 04 marzo 2019, n. 1491; Id. n. 1486; Id., 22 febbraio 2018 n. 1138; Id., n. 26 settembre 2018, n. 5534, ed in precedenza con riguardo all'art. 2 co. 1 dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 s.m.i. Cons. Stato, sez. III, 13 novembre 2017, n. 5224; Id., sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669; Id., sez. V, 20 marzo 2007 n. 1331. Sul punto il g.a. ha precisato in più occasioni che e anche che «*L'articolazione ragionevole di un appalto in lotti diversi è (...) finalizzata (...) ad assicurare la tutela della concorrenza e della non discriminazione tra i contendenti, e cioè di finalità di eminente interesse pubblico che, trascendendo le vicende della singola gara, attengono all'ordinato ed equilibrato sviluppo economico della società intera*», così Cons. Stato, sez. III, 04 marzo 2019, n. 1491; Id. n. 1486; Id., 26 febbraio 2019, n. 1350; In senso conforme anche Cons. Stato, sez. III, 04-02-2019, n. 861. Sempre il medesimo Autore, in altra occasione, ha specificato che la suddivisione in lotti assolve primariamente ad una funzione di efficienza nell'esecuzione del contratto e quindi alla cura dell'interesse del committente e, solo subordinatamente, consentirebbe di ampliare lo spazio concorrenziale. Così L. PERFETTI, *Suddivisione in lotti*, in M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui Contratti pubblici*, Tomo I, 2019, 238.

<sup>59</sup> F. CINTIOLI, *La suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto*, cit., 13.

non può non rilevarsi che lo stesso, nel corso degli ultimi anni, abbia acquisito un peso (non assoluto ma) quanto meno preponderante in grado (almeno teoricamente) di condizionare la scelta discrezionale dell'amministrazione.

Viepiù che garantire a tali categorie di imprese l'accesso effettivo al mercato, ampliando la platea degli operatori, permette senz'altro – come osservato dalla richiamata dottrina – di aumentare la concorrenza, consentendo così anche un "ritorno" alla tutela dell'interesse pubblico "primario" che è quello dell'individuazione del miglior contraente possibile e dell'ottenimento della migliore prestazione al minor prezzo.

2.1.1. Segue. *La suddivisione in lotti quale scelta di natura discrezionale.* – Una questione dibattuta, inerente alla tematica della suddivisione degli appalti in lotti, è se la scelta dell'amministrazione aggiudicatrice sia o meno una scelta di natura discrezionale.

Il Giudice amministrativo, nelle sue decisioni in materia, ha costantemente affermato che la suddivisione degli appalti in lotti «è espressione di una scelta discrezionale, sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria»<sup>60</sup> e che con l'art. 51 del Codice dei contratti pubblici «il legislatore non abbia inteso imporre soluzioni cogenti e definite nel loro contenuto precettivo riconoscendo alla stazione appaltante possibilità di scelta nell'ambito di un'ampia discrezionalità, ponendo come criteri di orientamento quello del favor per le piccole e medie imprese nell'ambito dell'esigenza di fondo di valorizzazione della libera concorrenza»<sup>61</sup>.

In merito all'esercizio di tale potere discrezionale, è stato poi precisato che esso deve essere «funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto»; e che il medesimo potere «resta delimitato (...) dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza; a tal fine, quale corollario dell'effettività della regola generale, è posta la previsione di un specifico obbligo di motivazione (art. 51 del d.lgs. n. 50/2016), proprio perché il precetto della ripartizione in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza»<sup>62</sup>.

Sempre in merito alla sua sindacabilità, è stato evidenziato che «(...) come qualsiasi scelta della pubblica amministrazione anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa: e ciò ancorché l'incontestabile ampiezza del margine di valutazione attribui-

<sup>60</sup> Tra le pronunce più recenti Cons. Stato, sez. III, 2 gennaio 2020, n. 25; Id., sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081.

<sup>61</sup> Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2021, 1248.

<sup>62</sup> Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2020, n. 932; Id., 3 luglio 2020, n. 4289; Id., 30 settembre 2020, n. 5746; Id., 4 marzo 2019, n. 1491; similmente anche: Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1350; Id., 04-03-2019, nn. 1486 e 1491; TAR, Sicilia, Palermo, sez. I, 11 marzo 2019 nn. 742 e 743; Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1138. In precedenza, con riguardo all'art. 2 co. 1 dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 s.m.i. Cons. Stato, sez. III, 04 febbraio 2019, n. 861; Cons. Stato, sez. III, 13 novembre 2017, n. 5224.

to all'amministrazione in questo ambito conduca per converso a confinare questo sindacato nei noti limiti rappresentati dai canoni generali dell'agire amministrativo, ovvero della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria»<sup>63</sup>.

Il giudice amministrativo, dunque, ha costantemente affermato che la scelta della suddivisione in lotti è frutto dell'esercizio di un potere di natura discrezionale particolarmente ampio che deve essere esercitato in maniera «coerente» con il bilanciamento degli interessi (pubblici e privati) che vengono coinvolti nella procedura ad evidenza pubblica e nel rispetto dei «criteri» stabiliti per orientarlo, ossia quelli «classici» della proporzionalità e della ragionevolezza, a cui si aggiunge quello della tutela della PMI, che a sua volta è teso a valorizzare quello della concorrenza.

Tale visione è stata avallata anche da parte della dottrina.

In particolare, è stato evidenziato che l'amministrazione, nel momento in cui decide se suddividere un appalto in più lotti eserciterebbe un potere di natura discrezionale ove l'interesse delle PMI, tutelato dal legislatore, sarebbe unicamente un interesse tipizzato che costituirebbe «uno dei punti di riferimento della discrezionalità amministrativa»<sup>64</sup>.

Non sarebbe quindi un requisito assorbente e non esaurirebbe la ponderazione dell'amministrazione, in quanto, pur essendo presente all'interno della valutazione e pur essendo in grado di orientare la scelta discrezionale, potrebbe comunque risultare soccombente in tutto o in parte, a seconda dei casi.

Seguendo tale linea interpretativa, dunque, l'interesse alla tutela delle PMI sarebbe quindi da considerare come uno degli interessi secondari che devono essere bilanciati con l'interesse pubblico primario con il quale possono entrare in conflitto<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038. Similmente anche Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6209. Cons., Stato sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857 Id., 04 marzo 2019, n. 1491; Id. n. 1486.

<sup>64</sup> F. CINTIOLI, *ult. op. cit.*, 14. Sulla natura discrezionale di tale scelta anche F. CARINGELLA, M. PROTTO, *ult. op. cit.*, 215 che precisano che data la natura discrezionale della scelta, nell'ipotesi in cui l'amministrazione opti per la non suddivisione dell'appalto, sarà difficile poi censurarne la scelta nel merito, ove si sia adempiuto al dovere motivazionale. Similmente anche altra parte della dottrina che ha evidenziato che in caso di suddivisione in lotti, è necessario – per l'amministrazione – procedere ad un contemperamento degli interessi perseguiti, non perdendo di vista la necessità di approvvigionamento dei beni e servizi attraverso il minor dispendio di mezzi e risorse. Ciò in quanto il *favor* accordato alla suddivisione in lotti, e di fatto alle MPMI, non può essere inteso quale regressione del coesistente interesse pubblico alla scelta del miglior contraente. Così M. CAFAGNO, A. FARI, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici*, cit., 223. Sul bilanciamento di interessi che deve compiere la stazione appaltante si v. anche AA.VV., *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, cit., 8, ove è stato evidenziato che alle SA viene richiesto di compiere una scelta complessa (se e in che modo suddividere un appalto in lotti) al fine di ridurre i prezzi e massimizzare la qualità dell'offerta, tenendo conto, al contempo, di altre istanze di «riconosciuto interesse pubblico» quale il ruolo delle PMI e, più in generale, il mantenimento di una struttura concorrenziale dei mercati.

<sup>65</sup> Sul rapporto tra interesse primario e interessi secondari in sede di discrezionalità ammi-

Secondo altra parte della dottrina<sup>66</sup>, invece, l'idea per la quale la suddivisione in lotti sia frutto di una scelta discrezionale della stazione appaltante, sarebbe poco convincente e frutto di un errore concettuale: la capacità dell'amministrazione di decidere il perimetro dell'appalto, infatti, non sarebbe da ricondurre – come fa la giurisprudenza – ad una decisione inerente all'interesse pubblico, bensì l'amministrazione disporrebbe unicamente di un ambito di valutazione concernente il fatto che non sta a significare che la stessa eserciti un potere di volizione circa l'interesse pubblico, proprio, invece, della discrezionalità amministrativa.

In altre parole, la suddivisione di un appalto in più lotti, non sarebbe altro che «una valutazione tecnica di un fatto complesso»<sup>67</sup>, non riferibile all'uso di poteri e il fatto che la scelta sia posta unilateralmente dal committente non significa che costituisca esercizio di potere pubblicistico.

Tali argomentazioni, tuttavia, non paiono convincenti. Nel momento in cui l'amministrazione va a stabilire il perimetro dei “micro-mercati” che sono le procedure di gara, infatti, lo fa esercitando poteri discrezionali, andando, anzitutto, ad individuare l'interesse pubblico concreto per il cui perseguimento viene prevista l'utilizzazione del successivo procedimento “di valutazione comparativa”<sup>68</sup>.

Una volta individuato l'interesse pubblico da perseguire nel caso concreto, nel delineare il mercato di riferimento, tale interesse dovrà poi essere bilanciato con gli ulteriori interessi pubblici e privati che con esso si vanno a relazionare.

In tal senso si intende concordare con la richiamata dottrina che vede l'interesse delle PMI come uno dei diversi interessi da dover comparare e bilanciare con l'interesse pubblico primario.

In questo contesto traspare poi chiaramente il ruolo e l'importanza del sindacato del giudice amministrativo chiamato a verificare se la delimitazione del micro-mercato, compiuta dall'amministrazione aggiudicatrice, risponda ai richiamati principi che ne devono guidare l'agire, così da tutelare i cittadini e le imprese dal non corretto esercizio del potere e assicurare, laddove i ricorsi siano privi di fondamento, la rapida e sicura prosecuzione del perseguimento dell'interesse pubblico.

Nel paragrafo successivo, attraverso l'analisi di alcuni casi specifici, si analizzerà il ruolo del sindacato del g.a. sulla scelta (motivata) della stazione appaltante di non suddividere l'appalto in lotti o di non suddividerlo a misura di PMI.

nistrativa si v. per tutti M.S. GIANNINI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1970, 480; ID., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1930. Sulla discrezionalità come comparazione di interessi si v. anche A. PIRAS, *Discrezionalità*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1954, 67 ss.

<sup>66</sup> L. PERFETTI, *Suddivisione in lotti*, cit., 238.

<sup>67</sup> L. PERFETTI, *ult. op. cit.*, 240.

<sup>68</sup> S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, cit., 305.



2.2. *Il Giudice amministrativo e il sindacato sulla motivazione in merito alla mancata o cattiva suddivisione dell'appalto in lotti. Casistica.* – Come visto, l'art. 51 del Codice dei contratti pubblici, recependo la disciplina contenuta nelle direttive, non ha delineato l'istituto della suddivisione in lotti in termini assoluti, bensì ha lasciato la possibilità alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'esercizio della loro discrezionalità, di derogare a tale "principio", seppur attraverso una decisione che deve essere, secondo la giurisprudenza, "adeguatamente motivata"<sup>69</sup>.

Dalla motivazione – che deve essere "appropriata" e "completa"<sup>70</sup> e che deve risultare dal bando di gara o dalla lettera di invito o dalla relazione unica di cui agli articoli 99 e 139 c.c.p. – dovranno emergere i "giustificati motivi"<sup>71</sup> o le "puntuali e specifiche ragioni"<sup>72</sup> che hanno indotto l'amministrazione a optare per la "non suddivisione".

I motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ritenga che la suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Si v. *ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2019, n. 1222; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 11 febbraio 2019, n. 224; meno recentemente Cons. Stato, Sez. VI, 12-09-2014, n. 4669. Sarebbe così stata delineata la disciplina in applicazione del principio "*apply or explain*" di matrice UE, richiamato spesso anche dalla giurisprudenza amministrativa. In tal senso Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123.

<sup>70</sup> Così Cons. Stato sez. III, 22 febbraio 2019, n. 1222; TAR Veneto, Venezia, sez. II, 14 gennaio 2019 n. 36; Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 28 maggio 2018, n. 1202; meno recentemente anche Cons. Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669.

<sup>71</sup> Cons. Stato sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857; Id., 22 gennaio 2018, n. 1138.

<sup>72</sup> Cons. Stato, sez. III, 04 febbraio 2019, n. 861.

<sup>73</sup> Tali esemplificazioni sono state espressamente previste dal legislatore europeo al considerando n. 78 della direttiva 2014/24/UE ma non dal legislatore nazionale. Sono tuttavia spesso richiamate dalla giurisprudenza nazionale (v. *ex multis* TAR Veneto, Venezia, sez. II, 14 gennaio 2019 n. 36). Guardando agli altri Stati membri, il legislatore francese, ad esempio, ha previsto espressamente l'esemplificazione di tali motivi. In particolare, all'art. L. 2113-11 "Absence d'allotissement en lots séparés" (del Code de la commande publique) è stato previsto che «*L'acheteur peut décider de ne pas allouer un marché dans l'un des cas suivants: 1. Il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination; 2. La dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allouer le marché, il motive son choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision*». Tali esemplificazioni sono state previste sia dal giudice amministrativo francese (sul punto v. Conseil d'Etat, 7 mai 2013, n. 365706), ma anche dallo stesso legislatore francese, molto prima delle direttive del 2014 tant'è che già il richiamato Codice di buone pratiche (SEC (2008) 2193) richiamava, tra le normative "virtuose" da tenere in considerazione per la futura strategia europea, proprio quella francese (par. 1.1.). Sulla stessa linea anche il legislatore spagnolo che ha previsto, in attuazione delle direttive del 2014, (art. 99 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)) che la suddivisione possa non compiersi per giustificati motivi quali, ad esempio: «a) *El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la compe-*

Sarà proprio in base alla motivazione che il giudice amministrativo dovrà verificare se l'amministrazione, in sede decisionale, abbia compiuto un corretto bilanciamento tra i vari interessi in gioco (primi fra tutti l'interesse alla corretta ed efficiente esecuzione dell'appalto e quello alla partecipazione delle PMI) e sia riuscita correttamente a giustificare la modalità organizzativa prescelta.

Il sindacato del giudice amministrativo, tuttavia, non riguarda unicamente la legittimità della scelta di non suddividere l'appalto in lotti ma spesso ha ad oggetto anche la "cattiva" suddivisione, ossia tutti quei casi in cui la stazione appaltante ha provveduto a suddividere l'appalto in lotti e ad essere contestato è il *quomodo* della scelta.

In queste ipotesi il g.a. dovrà verificare se la suddivisione realizzata è stata compiuta nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità o se, invece, è stata posta in essere più per rispettare formalmente la disposizione (e non incorrere in una violazione palese) che per suddividere utilmente l'appalto.

In questa prospettiva si pone, ad esempio, la questione dei c.d. "macro-lotti", in cui la suddivisione vi è stata ma i singoli lotti sono di importo così elevato da non permettere affatto la partecipazione delle PMI.

In queste ipotesi dovrà essere verificato se la scelta di "sacrificare" l'interesse di tali imprese (specificatamente tutelato dal legislatore) risulti adeguatamente motivata rispetto all'oggetto dell'appalto.

Sul punto si richiama una pronuncia del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857) che ha stabilito che cui il potere discrezionale dell'amministrazione di cui all'art. 51 del Codice dei contratti deve essere esercitato «*con riguardo all'applicazione del principio di massima partecipazione e al favor legislativo per le piccole e medie imprese*» e che, nel caso in cui non si voglia procedere alla suddivisione, la scelta debba essere debitamente motivata.

Nel caso sottoposto all'attenzione del Consiglio di Stato, la procedura – in detta da una ASL per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione ambientale di tutti i presidi, strutture ed uffici aziendali – prevedeva la suddivisione dell'appalto in due macro-lotti di rilevanti dimensioni<sup>74</sup>.

Tuttavia, dall'esame degli atti di gara, non trasparivano, in alcun modo, le ragioni che avevano condotto l'amministrazione a optare per siffatta decisione (*recte*: la razionalità della scelta).

*tencia. Para poder aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar con carácter previo un informe a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que ésta se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia; b) Que se dé la circunstancia de que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato tenga como consecuencia dificultar la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; circunstancia que debe acreditarse en el expediente de contratación; c) Que resulte que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Este extremo debe ser debidamente justificado en el expediente».*

<sup>74</sup> Il primo lotto da 29.681.856 euro e il secondo da 12.757.500 euro.

Dunque, nonostante vi fosse stato il rispetto formale della suddivisione in lotti dell'appalto, richiesta dall'art. 51 c.c.p., tuttavia, veniva lamentata (dai ricorrenti in primo grado) «la violazione dei principi di massima partecipazione e concorrenza ed il difetto di motivazione in ordine alle ragioni di interesse pubblico prevalenti sul principio di massima partecipazione per derogare alla suddivisione in lotti». Vieppiù che, in primo grado, le argomentazioni difensive dell'amministrazione erano state riconosciute dal TAR<sup>75</sup> come un tentativo di integrazione postuma della motivazione<sup>76</sup>.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto la scelta dell'Amministrazione: i) viziata in quanto sfnita di motivazione, precisando sul punto che: «in alcun modo la mancanza di motivazione può essere superata dalla individuazione dei lotti così come è stata realizzata, non essendo possibile nel caso di specie, comprendere le effettive esigenze che hanno determinato la scelta della stazione appaltante»<sup>77</sup>; ii) lesiva dei principi di proporzionalità e ragionevolezza in quanto la scelta della ASL avrebbe potuto esplicarsi «in molteplici varianti tutte suscettibili di soddisfare le esigenze di organizzazione del servizio»<sup>78</sup>.

Né sono valse le argomentazioni difensive dell'amministrazione relative alla possibilità per le PMI di partecipare in forma aggregata, in quanto, a detta del Collegio, «la possibilità di partecipazione delle imprese di minori dimensioni deve essere "effettiva" e non ipotetica, ovvero subordinata a condizioni ulteriori, come la partecipazione di un operatore economico ad un raggruppamento temporaneo, anche in ragione del fatto che tale evenienza non dipende solo dall'esclusiva vo-

<sup>75</sup> TAR Campania, Napoli, 3 settembre 2018, n. 5357.

<sup>76</sup> Censura poi confermata dal Consiglio di Stato, che ha affermato che: «Deve dunque essere condivisa la sentenza impugnata anche nella parte relativa alla inammissibilità della integrazione in giudizio della motivazione (...). Sotto tale profilo, il Collegio, infatti, non ritiene di doversi discostare dall'orientamento espresso da questo Consiglio (richiamato anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 58 del 17 marzo 2017) secondo cui la motivazione del provvedimento costituisce il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo e, per questo, un presidio di legalità sostanziale, per cui il divieto di integrazione postuma della motivazione può essere attenuato, ai sensi dell'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990, nelle sole ipotesi in cui le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili ovvero si tratti di attività vincolata» (Consiglio di Stato, sez. IV, 29 marzo 2018, n. 1988; Id., 13 dicembre 2017, n. 5892).

<sup>77</sup> Non sono valse, infatti, le argomentazioni presentate in giudizio dall'amministrazione, secondo cui, la motivazione circa il corretto esercizio del potere discrezionale sarebbe stata manifestata dalla ASL nella stessa strutturazione dei lotti, deducendo che questi sarebbero stati distinti comprendendo omogenee strutture sanitarie (lotto 1 per le strutture ospedaliere o assimilabili e lotto 2 per le altre strutture), e ciò avrebbe reso «evidente la motivazione in relazione alla funzionalità dei lotti alle esigenze organizzative della Azienda sanitaria».

<sup>78</sup> Sul punto il Collegio ha specificato, a titolo meramente esemplificativo, che «i lotti avrebbero potuto essere individuati anche con l'accorpamento di tutte le strutture di un singolo Comune o di più Comuni limitrofi, o con la distinzione per singoli ospedali o con l'accorpamento di un solo ospedale con le strutture più vicine, o con l'accorpamento di due o più ospedali o l'accorpamento di più strutture per Comuni. (...) Né la giustificazione dei due lotti può derivare dalla omogeneità quantitativa delle superfici complessive da pulire per i due lotti, potendo i lotti essere individuati in un numero differente e maggiore anche con il rispetto di tale profilo di omogeneità quantitativa».

*lontà del singolo operatore, ma anche della concorde decisione di altre imprese di costituire un'associazione temporanea»<sup>79</sup>.*

Venendo, invece, all'ipotesi in cui la scelta della "macro" suddivisione o della mancata suddivisione risulti motivata, in tali casi l'amministrazione, attraverso la motivazione, deve essere in grado di dimostrare che la dimensione dei lotti prescelta o la mancata suddivisione costituisca una scelta strategica dell'amministrazione, ragionevole e proporzionata rispetto all'oggetto dell'appalto e che, nel bilanciamento degli interessi, quella realizzata sia l'unica soluzione possibile in grado di contemperarli al meglio.

Guardando all'ipotesi della macro-suddivisione motivata, il giudice amministrativo, tra le sue pronunce più recenti (Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8440), ha affermato che *«nell'assetto disegnato dall'art. 51 del codice dei contratti pubblici, non può ritenersi preclusa alle stazioni appaltanti – con il corredo di idonea motivazione – la possibilità di suddividere l'appalto in lotti di importo elevato, sebbene questo finisca per rendere difficoltosa, se non impossibile, la partecipazione delle PMI»*.

Ciò in quanto, a detta del Consiglio di Stato, richiamando anche la precedente giurisprudenza, nel caso di strutturazione della gara in macro-lotti, è necessario verificare se la scelta dell'Amministrazione sia conforme al "modello legale", laddove quest'ultimo ammette la deroga alla suddivisione in lotti dell'appalto *«rigidamente rispettosa dell'interesse partecipativo delle PMI»*, subordinatamente: i) all'osservanza dell'obbligo motivazionale, mediante la congrua illustrazione delle ragioni sottese alla suddivisione in lotti concretamente disposta; ii) alla verifica della logicità e plausibilità delle stesse, in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto, nonché al rispetto dei principi della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria<sup>80</sup>.

In questo senso, l'importo dei lotti<sup>81</sup>, secondo il Collegio, non può costituire di per sé un indizio di irragionevolezza o di violazione del principio di proporzionalità, ma occorre verificare se sia possibile ricostruire e valutare le ragioni

<sup>79</sup> In questo senso vedasi anche Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 861; Id., sez. V, n. 1038 del 6 marzo 2017.

<sup>80</sup> Cons. Stato, sez. III, 5534/2018; Id., 30244/2018.

<sup>81</sup> Nel caso della richiamata pronuncia del Consiglio di Stato (n. 8440/2020), l'appalto era stato diviso in cinque macro-lotti da 300 milioni di euro l'uno. In particolare, l'appellante lamentava l'illegittimità di tale suddivisione in particolar modo a livello quantitativo, argomentando che l'art. 51 del Codice dei contratti pubblici dovrebbe essere interpretato nel senso che i lotti dovrebbero essere obbligatoriamente adeguati alla partecipazione delle PMI e, ove tale principio potesse ritenersi derogabile, l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe tenuta ad esternare nella motivazione le ragioni per le quali avrebbe ritenuto di non poter adeguare il valore dei lotti, in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle PMI. In caso di maxi-lotti (come nel caso di specie) la stazione appaltante, secondo l'appellante, avrebbe dovuto indicare le ragioni di convenienza ritenute prevalenti, tali da rendere sub-valenti gli interessi delle piccole e medie imprese a partecipare alla gara, ritenendo anche insufficiente a compensare la suddivisione in maxi-lotti la previsione nella *lex specialis* della possibilità di partecipare alla gara in forma aggregata.

che hanno indotto la stazione appaltante ad operare una determinata scelta che può aver comportato il “sacrificio” delle PMI (private della possibilità di concorrere in via autonoma alla gara, dovendo necessariamente aggregarsi ad operatori di maggiori dimensioni o intervenire in qualità di subappaltatori).

In particolare, secondo il Consiglio di Stato, sebbene sia indubbio che la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, «è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie e derogabile, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata»<sup>82</sup>.

In altre parole, in caso di frazionamento dell'appalto in lotti, l'art. 51 c.c.p., non può essere letto nel senso di obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a dimensionare i lotti “a misura” delle PMI, prescindendo così dal necessario temperamento di interessi che l'amministrazione è tenuta a compiere.

Sicché nel caso in cui l'amministrazione abbia motivato in maniera congrua e puntuale la propria scelta di suddividere l'appalto in maxi-lotti, la stessa dovrà essere riconosciuta come legittima.

Per verificare la congruità della motivazione, secondo il Collegio, è però necessario guardare all'oggetto dell'appalto.

Nel caso sottoposto alla sua attenzione, vi era stata la suddivisione (in cinque maxi-lotti da 300 milioni di euro) dell'appalto avente ad oggetto l'affidamento, in ambito regionale, del servizio di gestione degli impianti tecnologici di diverse ASL, compresa la fornitura alle stesse di energia elettrica, acqua, e la realizzazione di interventi di manutenzione.

La stazione appaltante aveva ritenuto la scelta di aggregare la gara in un numero ridotto di lotti di importo considerevole (a scapito delle PMI) l'unica soluzione possibile per garantire il corretto svolgimento di un servizio, quale quello in questione, che «necessita di una particolare organizzazione per svolgere un complesso di attività interconnesse tra loro» (che vanno dalla fornitura di energia, all'attività di manutenzione, all'esecuzione di opere edilizie finalizzate all'efficientamento energetico) e che solo un grande operatore o un RTI di grandi dimensioni poteva – ragionevolmente – essere in grado di portare avanti in maniera efficiente.

In quest'ottica, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la scelta della Stazione appaltante fosse stata ragionevole e proporzionata dal momento che il fraziona-

<sup>82</sup> Così Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8440 che richiama anche Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n.123; sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076; Cons. St., sez. III, 12 febbraio 2020 n. 1076.

mento della gara in tanti lotti – a misura di PMI – non sarebbe stato idoneo alla realizzazione dello scopo perseguito dalla stazione appaltante.

In altra occasione (TAR Lombardia, Milano, sez. II, 17 dicembre 2019, n. 2682), invece, la scelta dell'amministrazione aggiudicatrice di suddividere l'appalto – che prevedeva la fornitura a favore di 16 Aziende sanitarie e dell'Istituto Nazionale Tumori, di 35 set in TNT per uso chirurgico, attinenti a diverse specializzazioni, della durata di 48 mesi e per un fabbisogno annuo di decine di migliaia di pezzi – in due soli “macro-lotti” (il lotto n. 1 da 67 milioni di euro e il lotto n. 2 da 7 milioni di euro), è stata ritenuta illegittima proprio perché la motivazione addotta dall'amministrazione non è stata ritenuta adeguata rispetto all'oggetto dell'appalto.

In particolare, i ricorrenti lamentavano l'illegittimità della previsione di un unico lotto – ossia il lotto 1 – di rilevanti dimensioni, sia con riguardo ai fabbisogni da soddisfare che all'importo economico della fornitura, in carenza di valide ragioni giustificative e in violazione della normativa sia interna che sovranazionale a tutela dell'accesso delle PMI.

Il TAR ha ritenuto la doglianza fondata proprio per l'inadeguatezza della motivazione fornita dall'Amministrazione.

Dall'esame della motivazione, infatti, non sarebbe emersa alcuna ragione oggettiva e inconfutabile che poteva giustificare l'individuazione di un lotto avente un così rilevante valore (oltre 67 milioni di euro), risultando del tutto apodittiche le motivazioni addotte dalla Stazione appaltante, secondo cui sarebbe stato perseguito «*un adeguato livello di efficacia ed efficienza nell'esecuzione del servizio ed una sostanziale omogeneità nei servizi offerti a livello territoriale*»<sup>85</sup>.

Per l'ipotesi, invece, in cui la suddivisione in lotti non sia stata realizzata ma sia stata riconosciuta come legittima, si richiama la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044, che ha riconosciuto come legittima la scelta dell'Amministrazione volta a garantire “l'unitarietà” dell'appalto, precisando sul punto che: «*la scelta di non frazionare l'appalto in lotti, nel caso in cui l'unitarietà sia imposta dall'oggetto dell'appalto e dalle modalità esecutive scaturenti dalla situazione materiale e giuridica dei luoghi entro cui operare può ritenersi ragionevole e non illogica o arbitraria*».

Nel caso di specie l'appalto aveva ad oggetto «*il servizio di gestione e controllo di tutte le attività di funzionamento delle aree di sosta automatizzata ed impianti*

<sup>85</sup> In particolare, dall'esame della vicenda era emerso infatti che gli ambiti territoriali destinatari della fornitura – almeno 16 Aziende sanitarie dislocate in tutta la Regione – e la strutturazione del Lotto in 35 sub-lotti avrebbero certamente consentito, e anzi imposto, di articolare la gara in una pluralità di procedimenti di minore dimensione, rendendo possibile la partecipazione anche ad operatori più piccoli e aumentando le chance di aggiudicazione anche per i concorrenti che vi avrebbero preso parte. La motivazione pertanto è apparsa del tutto incoerente con la concreta articolazione della procedura di gara, considerato che non è apparsa affatto giustificata la ricompressione in un unico maxi-lotto di prodotti che non appartenenti a categorie omogenee.

di risalita meccanizzata ed altri servizi accessori da svolgersi all'interno delle aree, dei parcheggi e degli immobili» di un Comune.

Secondo i ricorrenti in primo grado (e il TAR)<sup>84</sup>, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'affidamento di detti servizi con gare separate, «trattandosi di prestazioni funzionalmente diverse tra loro, rispetto alle quali deve garantirsi l'apertura alla concorrenza e dunque l'economicità delle stesse nella misura più ampia possibile».

A detta del Consiglio di Stato, invece, per i motivi predetti, l'adozione dell'opzione del lotto unico è risultata ragionevole «perché la commessa riveste carattere unitario, in quanto sia il servizio di gestione e controllo sia il servizio complementare di pulizia hanno ad oggetto le medesime aree di parcheggio e i medesimi impianti di risalita» e inoltre, dato l'esiguo importo dell'appalto (344.265,00 euro, nel triennio), è stato anche escluso che la disciplina di gara contestata potesse produrre effetti restrittivi della concorrenza in danno alle MPMI.

Dunque, riepilogando, nelle pronunce analizzate sono state quindi sottoposte all'attenzione del giudice amministrativo le seguenti ipotesi: i) l'ipotesi di suddivisione dell'appalto in macro lotti affetta da difetto di motivazione; ii) l'ipotesi in cui la macro-suddivisione è risultata legittima in quanto adeguatamente motivata; iii) l'ipotesi in cui la macro-suddivisione è risultata illegittima in quanto non adeguatamente motivata; iv) l'ipotesi di mancata suddivisione ritenuta legittima in quanto adeguatamente motivata.

Nel primo caso esaminato, quindi, il g.a. ha riconosciuto la scelta illegittima in quanto carente di motivazione, precisando che non possono valere motivazioni “*in re ipsa*” che vedono la mancata motivazione superata dalla stessa scelta di suddividere i lotti in un dato modo piuttosto che in un altro, essendo, invece, necessaria una motivazione adeguata a far comprendere chiaramente le ragioni che, rispetto all'oggetto dell'appalto, hanno indotto l'amministrazione a ritenere la scelta organizzativa prescelta frutto del miglior temperamento di interessi possibile.

Di fatti, se adeguatamente motivata (seconda ipotesi) è stata ritenuta legittima la scelta di suddividere l'appalto in lotti di importi elevati, anche se tali da rendere difficile se non addirittura impossibile la partecipazione delle PMI.

La legittimità di tale scelta è stata riscontrata proprio grazie all'analisi dei “giustificati motivi” che hanno indotto l'Amministrazione a sacrificare gli interessi di tali imprese, in rapporto all'interesse pubblico concreto.

Così ugualmente è stata riconosciuta come legittima anche la scelta di preferire l'unitarietà dell'appalto proprio perché adeguatamente motivata in relazione all'oggetto dello stesso.

Infatti, in caso di motivazione inadeguata, il g.a. non ha esitato a dichiarare illegittima la scelta compiuta dalla Stazione appaltante proprio perché nel caso

<sup>84</sup> TAR Umbria, Perugia, sez. I, 17 maggio 2017, n. 391.

analizzato (terza ipotesi) non erano state addotte ragioni oggettive e inconfutabili che, sempre in relazione all'oggetto dell'appalto, potessero giustificarla.

Dalla disamina di tali pronunce possono compiersi le seguenti considerazioni.

Anzitutto, sia a livello legislativo che poi, conseguentemente, a livello giurisprudenziale, il principio della suddivisione lotti non ha acquisito valore "assoluto" ma può appunto essere derogato nel caso in cui, in relazione all'oggetto dell'appalto, la motivazione dell'Amministrazione di non procedere alla suddivisione sia congrua e proporzionata, anche se ciò può andare a discapito delle PMI. Questo anche nell'ipotesi in cui l'appalto sia stato suddiviso in "macro" lotti di dimensioni non accessibili alle PMI come contraenti principali.

Ciò in quanto, come chiarito dal Consiglio di Stato, il *favor* espresso dal legislatore nei confronti di tali imprese non può esprimersi fino ad arrivare a comprimere eccessivamente la discrezionalità di cui godono le Stazioni appaltanti nella predisposizione del "micro-mercato" che è la procedura di gara.

Si conferma in tal modo quanto affermato dalla dottrina che riconosce la tutela delle PMI (attraverso la suddivisione degli appalti in lotti) come solo uno degli interessi che l'amministrazione è chiamata a bilanciare nella valutazione discrezionale che è tenuta a compiere.

Sebbene tale interesse abbia acquisito un rilievo preponderante (non derogabile se non attraverso una motivazione che si è visto dover essere adeguata, chiara e precisa), tuttavia, non esaurisce la ponderazione dell'amministrazione, in quanto, pur essendo presente all'interno della valutazione e pur essendo in grado di orientare la scelta discrezionale, potrebbe, come visto, comunque risultare soccombente con l'interesse pubblico primario con il quale può entrare in conflitto.

*2.3. La suddivisione degli appalti in lotti: "la chiave di volta" che non risolve.* – Dall'analisi condotta si è avuto modo di vedere che il "terreno di gioco" delle PMI sia l'ambito del sottosoglia ove, dato il valore relativamente basso dei contratti, tali imprese si aggiudicano circa l'86% delle procedure. Ciò in quanto, in linea generale, l'elevato valore dei contratti è stato identificato come la "*key barrier*" dell'accesso al mercato di tali imprese: maggiore è il valore dei contratti, minori sono le loro possibilità di aggiudicazione.

In questo contesto, l'istituto della suddivisione in lotti è stato ritenuto la misura fondamentale per superare tale barriera.

Per tale ragione, con le direttive del 2014, la suddivisione dell'appalto è divenuta la regola che può essere derogata solo attraverso un'adeguata motivazione, idonea a far emergere le ragioni oggettive che hanno condotto l'amministrazione a preferire l'unitarietà del contratto.

Nonostante il *favor* espresso dal legislatore (sia europeo che nazionale), in Italia la quota di mancata suddivisione è particolarmente alta (83% circa).



Questo in quanto, come visto, l'istituto non è stato delineato in maniera assoluta ma è stato dato rilievo al potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici, capaci così di garantire l'interesse pubblico del caso concreto.

In altre parole, come visto, le stazioni appaltanti non sono sempre tenute a suddividere un appalto di grandi dimensioni in più lotti, a patto che la scelta appaia proporzionata e ragionevole rispetto all'oggetto dell'appalto e venga correttamente motivata.

Diversamente facendo, si andrebbe a comprimere la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici che non sarebbero più in grado di tutelare l'interesse pubblico "caso per caso".

Ciò posto, data la possibilità di derogare alla suddivisione, nel bilanciamento che l'amministrazione è tenuta a compiere, l'interesse alla tutela delle PMI è da considerare solamente come uno degli interessi che deve essere tenuto in considerazione in relazione all'interesse pubblico primario e che, davanti a quest'ultimo, può comunque risultare soccombente.

L'analisi condotta ha anche permesso di mettere in luce che la discrezionalità, se esercitata correttamente, diviene uno strumento a favore della tutela della concorrenza.

Vi sarebbe infatti un "incontro" tra il potere discrezionale dell'amministrazione e la tutela della concorrenza che può dirsi avvenire in forma "indiretta" dal momento che la scelta (discrezionale) di suddividere l'appalto in lotti comporta un ampliamento della platea dei partecipanti che, a sua volta, aumenta la concorrenzialità del "micro-mercato" e che, di conseguenza, amplia le *chances* dell'amministrazione di ottenere la prestazione "migliore".

Viceversa, il cattivo esercizio del potere (nel caso in cui, ad esempio, non viene suddiviso in lotti un appalto che potrebbe esserlo), impedendo la partecipazione delle PMI nelle ipotesi in cui le stesse sarebbero legittimate a partecipare, andrà a distorcere la concorrenza.

Tuttavia, le amministrazioni spesso non sono inclini a suddividere l'appalto dal momento che tale scelta, si è detto, può complicare la gestione delle procedure, può far aumentare i costi amministrativi delle stesse, può anche comportare, dato il più elevato numero di partecipanti, problemi nel coordinamento tra i diversi fornitori e anche un aumento del contenzioso.

Il modello della suddivisione in lotti presuppone poi un'amministrazione forte, ben organizzata e in grado di esprimere, quando sia necessario per sciogliere i frequenti problemi di coordinamento tra la pluralità di operatori, un significativo e tempestivo potere decidente<sup>85</sup>.

Dunque, date tali caratteristiche, la suddivisione dell'appalto in lotti può considerarsi più come uno degli strumenti strategico-organizzativi di cui posso-

<sup>85</sup> Così F. CINTIOLI, *op. cit.*

no usufruire le amministrazioni aggiudicatrici, piuttosto che lo strumento “chiave” per garantire l’accesso delle PMI al mercato.

Infatti, come chiarito anche dal Consiglio di Stato, il *favor* espresso dal legislatore nei confronti di tali imprese non può esprimersi fino ad arrivare a comprimere eccessivamente la discrezionalità di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione del “micro-mercato” che è la procedura di gara.

Se infatti è innegabile il rilievo che lo strumento della suddivisione acquista nella tutela delle PMI, lo stesso non può essere considerato come “la chiave di volta” capace di ovviare ai problemi di partecipazione riscontrati da tali imprese in quanto tale obiettivo, come visto, deve essere raggiunto attraverso la sinergia di una pluralità di misure: alcune riguardanti le *conditions* (come aumentare la garanzia di pagamenti tempestivi o quella di incrementare la trasparenza delle procedure); altre riguardanti le procedure (tra cui rientra, tra le tante, quella della suddivisione in lotti); altre ancora definite di *awareness-raising*; e non da ultimo quelle riguardanti incentivi e finanziamenti.

Secondo l’UE, come visto, le misure in grado di creare maggiore efficienza sono quelle della prima categoria c.d. *conditions* e non solo quelle riguardanti le procedure (tra cui la suddivisione in lotti), ciò in quanto le prime misure, andando a rafforzare il rapporto di fiducia tra acquirenti pubblici e fornitori creano, appunto, le “condizioni” di accesso al mercato.

Tuttavia, dal report analizzato, si è visto che tale tipologia di misure in Italia non solo risulta inattuata ma anche al centro di ripetute procedure di infrazione.

Si pensi, ad esempio, alla disciplina sul ritardo dei pagamenti per la quale la CGUE (CGUE, Grande sezione, 20 gennaio 2020, C-122/18) ha constatato una violazione da parte dell’Italia della direttiva 2011/7/UE (relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali) in quanto non ha assicurato che le sue pubbliche amministrazioni, quando risultano debentrici nel contesto di simili transazioni, rispettino effettivamente termini di pagamento non superiori a 30 o 60 giorni, stabiliti all’articolo 4, paragrafi 3 e 4, di tale direttiva.

Si può dunque ipotizzare che per aumentare la partecipazione delle PMI nel mercato dei contratti pubblici, per le ragioni già indicate, lo strumento della suddivisione non possa considerarsi come “risolutivo” ma sarebbe necessario garantire una maggiore sinergia tra le diverse misure previste a livello europeo.

## RECENSIONI

### Corte e giudici nell'Italia repubblicana, e oltre

Considerazioni sul volume di Elisabetta Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia Repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*

Editoriale Scientifica, Napoli 2021

nella prospettiva della giustizia costituzionale comparata

*Tania Groppi*

1. Se la democrazia pluralista costituisce una delle principali acquisizioni del XX secolo, la giustizia costituzionale ne rappresenta l'indispensabile proiezione istituzionale. L'espansione della prima, specialmente dal Secondo dopoguerra, è andata di pari passo con la diffusione della seconda, che in molti paesi si è concretizzata nella creazione di istituzioni in precedenza sconosciute, le Corti costituzionali. Il panorama della giustizia costituzionale è diventato, nel trascorrere dei decenni, sempre più ricco e variegato, al punto che, ormai oltre due secoli dopo la sentenza *Marbury v. Madison*, alla quale si fa solitamente risalire l'avvio del controllo di costituzionalità, gli studiosi hanno grande difficoltà a utilizzare "modelli" per classificare le molteplici esperienze di giustizia costituzionale che incontriamo in ogni parte del mondo<sup>1</sup>.

In questo quadro, la Corte costituzionale italiana è andata emergendo non solo per autorevolezza,

ma anche per alcuni spiccati tratti di specificità, che rendono la nostra esperienza di giustizia costituzionale assai peculiare<sup>2</sup>.

La chiave di volta del sistema italiano è, pacificamente, rintracciata nel rapporto, collaborativo e strettissimo, che lega la Corte ai giudici comuni. Un rapporto fortemente influenzato dal quadro normativo, che ha introdotto numerosi elementi di collegamento strutturale e funzionale, che non si rinvergono, almeno tutti insieme, in altri ordinamenti: pensiamo alla elezione di un terzo dei membri della Corte da parte delle supreme magistrature, e, ancor più, all'accesso incidentale come unica via generale per mettere in moto il controllo di costituzionalità, o all'assenza di un ricorso diretto contro gli atti giurisdizionali reputati incostituzionali. Un rapporto che si è ulteriormente arricchito e sviluppato nella prassi, nel corso dei decenni di vita repubblicana, al punto da dar vita a diverse "stagioni".

Alla relazione tra Corte costituzionale e giudici, vero e proprio cuore pulsante del sistema italiano di giustizia costituzionale, è dedicato il nuovo volume di Elisabetta Lamarque che, a quasi dieci anni di distanza, riprende molte delle considerazioni che aveva introdotto nel suo precedente libro del 2012<sup>3</sup>, sviluppandole fino ad includervi la fase più recente, che, com'è noto, ha portato significativi cambiamenti rispetto al preesistente "stato dell'arte". Anche questa volta, il testo traspira la profonda esperienza dell'autrice, che non solo è una studiosa estremamente attenta e competente di giustizia costituzionale, ma ha avuto altresì l'opportunità di approfondire "dall'interno" la tematica, sia come assistente di studio presso la Corte costituzionale, che come artefice di una importante ricerca volta ad indagare la percezione che della giustizia costituzionale hanno i giudici comuni, attraverso un esame a tappeto, che a mia conoscenza resta ineguagliato, della loro giurisprudenza<sup>4</sup>.

Con tono lieve, a volte quasi giocoso, e l'occhio rivolto non unicamente a un pubblico specialistico, l'autrice ci prende per mano e ci accompagna in un lungo viaggio, che si avvia in Assemblea costituente, anzi, ancor prima, fin dalla Commissione Forti, e ci conduce ai giorni nostri, mostrandoci la progressiva costruzione di quello che Elisabetta Lamarque definisce, a

più riprese, come "un vero, grande potere giudiziario, degno di una democrazia costituzionale compiuta", del quale fanno parte sia i giudici comuni che la Corte costituzionale. I due, ci dice, si distinguono ormai unicamente per funzioni: solo la Corte può dichiarare, infatti, incostituzionali le leggi con effetti *erga omnes*, mentre solo ai giudici comuni spetta regolare in via definitiva i casi concreti controversi.

Una relazione, quella tra Corte e giudici, che, sia pure senza negare la natura collaborativa del rapporto, potrebbe essere guardata, alla luce del panorama comparato, da un'altra, forse più tradizionale, prospettiva. Mi pare infatti che, più che di "un unico, grande potere giudiziario", si possa parlare, riguardo all'esperienza italiana, di "un'unica, grande giurisdizione costituzionale", alla quale contribuiscono Corte e giudici: nel senso che solo la Corte può dichiarare incostituzionali le leggi con effetti *erga omnes*, mentre i giudici sono tenuti a non applicare nei casi concreti le leggi che ritengono incostituzionali, bensì a sottoporle alla Corte stessa.

2. Ma procediamo con ordine, riassumendo brevemente le varie fasi del rapporto Corte-giudici esaminate nel volume, che, come si diceva, individua diverse "stagioni".

Tutto prende avvio da quello che viene definito un "prequel", ovvero dalle scelte dei costituenti, che sono

raccontate attraverso la metafora dei “fratelli”, “separati alla nascita”, ma che poi si sono “ritrovati”. Qui l’autrice ripropone la sua ricostruzione delle ragioni che spinsero i costituenti alla scelta di un sistema di giustizia costituzionale accentrato dotato di una Corte specializzata. Essa rigetta la più tradizionale lettura, che valorizza la volontà delle forze dominanti, nel momento fondante di un nuovo ordinamento, di sottrarre il controllo di costituzionalità ai giudici in quanto esponenti del precedente regime, sottolineando che, a seguire tale prospettiva, risulterebbe del tutto incomprensibile l’aver affidato in esclusiva le chiavi del nuovo organo proprio a quegli stessi giudici, attraverso il giudizio incidentale. Appare assai convincente la tesi secondo la quale in Italia, come in altri paesi europei in cui nel Secondo dopoguerra si scelse un tribunale costituzionale, si optò per un sistema accentrato con un giudice specializzato perché non si trovò un altro modo per garantire la superiorità della nuova costituzione sulla legge ordinaria “senza rafforzare il potere giudiziario”.

Di grande rilievo sono le pagine dedicate al timore del “governo dei giudici” che serpeggiava tra i costituenti, che insistevano nel negare l’inevitabile, ovvero lo spazio di discrezionalità del giudice, uno spazio ulteriormente dilatato dalla formulazione per principi della carta costituzionale. È in tale dibattito che

si annida la questione, che secondo l’autrice “inspiegabilmente” continua ad essere considerata “ineludibile” dalla dottrina italiana, circa la natura, politica o giurisdizionale, della Corte costituzionale, una vera e propria “strettoia”, nella quale “si infilano” numerosi autori. Riprendendo Mauro Cappelletti, Lamarque ci ricorda che “la giurisdizione è sempre e comunque un processo di *law making* e quindi si distingue dalla legislazione non per la sostanza ma per il grado e la misura della creatività e, soprattutto, per il modo in cui si esplica”. Una acquisizione a mio avviso assai utile e foriera di importanti conseguenze, non solo per respingere eventuali accuse di attivismo giudiziario a fronte di decisioni volte ad ovviare alle omissioni del legislatore, ma anche per richiamare la Corte all’adempimento dei doveri ineludibili che discendono da tale responsabilità, nel senso della persuasività e trasparenza della motivazione.

Particolarmente significative sono anche le pagine volte a esplorare il collegamento strutturale e personale della Corte con la magistratura, nelle quali si mettono in luce non soltanto gli elementi più noti del dato normativo o della prassi – tra i quali spicca la costante presenza di cinque giudici provenienti dalle supreme magistrature, in quanto queste ultime hanno sempre scelto al loro interno i giudici che ad esse spetta eleggere sulla base

dell'art. 135 Cost. – ma anche un aspetto che solitamente resta in ombra, ovvero il ruolo di collegamento svolto dagli assistenti di studio dei giudici costituzionali. A tali figure, assai poco studiate dalla dottrina, Elisabetta Lamarque ha dedicato in altra sede un approfondito studio<sup>5</sup>: in ogni caso si tratta di un profilo assai rilevante per comprendere la collaborazione, e finanche l'integrazione in un'unica grande famiglia, di giudici comuni e Corte costituzionale, in quanto da sempre la stragrande maggioranza di questo corpo è costituita da magistrati (anzi, per diversi decenni unicamente ad essi è stata riservata la posizione), e spesso addirittura da magistrati della Corte di cassazione.

I capitoli successivi ricostruiscono l'evoluzione del rapporto nel trascorrere degli anni, distinguendo due fasi, denominate utilizzando metafore tratte dalla musica e dal ballo: il primo periodo, di quarant'anni (1956-1996), è definito quello delle *“prove d'orchestra”*, il secondo periodo, più breve, di circa venticinque anni (dalla fine del secolo scorso ad oggi), *“it takes two to tango”*. In realtà, la lettura del testo ci mostra la difficoltà di periodizzare l'attività della Corte, sia pure sulla base di un'unica variabile, come quella del rapporto con i giudici, e quanto tutte le periodizzazioni, anche quella proposta da Lamarque, debbano essere considerate unicamente come tentativi di ordinare

una materia di per sé assai poco ordinabile, con la conseguenza che i confini tra una fase e l'altra sono inevitabilmente sfumati<sup>6</sup>.

Così, i primi quaranta anni di attività della Corte sono a loro volta suddivisi in tre “stagioni” assai diverse tra di loro, al punto da far dubitare che si possa parlare di un unico “periodo”: quella che arriva fino alla metà degli anni settanta, caratterizzata da difficoltà e conflitti, nel quadro di una magistratura ancora poco sensibile ai valori costituzionali; quella che va dalla metà degli anni settanta alla fine degli anni ottanta, caratterizzata dalla pacifica convivenza tra le due protagoniste del volume, nella quale il loro rapporto di colleganza si approfondisce e migliora; quella che si sviluppa tra la fine degli anni ottanta e l'inizio degli anni novanta, con lo smaltimento dell'arretrato da parte della Corte costituzionale, la crisi della politica, lo scontro tra politica e magistratura che spingono a ripensare alcune categorie e conducono, come punto di approdo, alla celebre sentenza n. 356/1996, quella secondo la quale “le leggi non si dichiarano incostituzionali perché è possibile darne una interpretazione incostituzionale, ma perché non è possibile darne una interpretazione costituzionale”.

L'autrice sviluppa l'analisi del primo periodo a partire da un'accurata ricostruzione della dottrina dell'epoca: una dottrina che fatica

non poco a leggere la grande novità rappresentata dalla Corte costituzionale e dal suo processo. Lo sguardo d'insieme che Lamarque ci offre ci consente di andare oltre l'approccio frammentario, quasi da entomologi, che spesso caratterizza gli studi sul processo costituzionale. Mostrandoci come le molte lacune normative sono colmate attraverso "accordi" che la Corte costituzionale riesce a stipulare con la magistratura, l'autrice contribuisce a sdrammatizzare di molto la questione della creatività della Corte nella messa a punto degli strumenti processuali. Vengono accuratamente esaminati, attraverso le tre stagioni, diversi aspetti della fase "discendente", cioè del "seguito" giurisprudenziale delle decisioni: gli effetti delle pronunce costituzionali nel giudizio da cui è sorta la questione; i poteri interpretativi della Corte e dei giudici comuni, a partire dalla "invenzione" delle decisioni interpretative; gli effetti delle sentenze costituzionali di accoglimento. Minore attenzione è riservata alla fase "ascendente", ovvero alla instaurazione del giudizio di costituzionalità, benché non manchino cenni ai dati sull'utilizzo effettivo del giudizio incidentale e alcuni riferimenti alla giurisprudenza costituzionale sulla nozione di giudice e di giudizio o ai requisiti delle ordinanze di rimessione.

Per descrivere il secondo periodo della relazione Corte-giudici,

che copre gli ultimi venticinque anni, l'autrice utilizza la metafora del tango, nel senso che "bisogna sempre essere in due" per far funzionare bene la danza; ed è sempre responsabilità di entrambi se la danza non funziona. In questo periodo, tutte le "norme antisismiche" (cioè volte a stabilizzare il rapporto) messe a punto negli anni novanta sono confermate, benché sia ormai la Corte a condurre il ballo. Tuttavia, emerge intorno ai due protagonisti uno scenario nuovo, nel quale entrambi sono chiamati a confrontarsi sia con un potere politico sempre più riottoso a dare seguito alle sentenze, rispetto al quale mettono in atto quella che l'autrice definisce una "società di mutuo soccorso", sia con le Corti sovranazionali europee, nel tentativo di "salvaguardare, di comune accordo, la preziosa specificità del nostro ordinamento costituzionale".

Questo periodo viene a sua volta suddiviso in due distinte stagioni. La prima, che si situa tra la fine degli anni novanta e il primo decennio, è definita da Lamarque "della briglia sciolta": in essa la Corte opera la più ampia devoluzione ai giudici di funzioni di controllo sulla legge, ovvero lascia che facciano il più possibile da soli. Lo strumento principale utilizzato a questo fine è l'interpretazione conforme richiesta ai giudici, pena l'inammissibilità della questione, un'interpretazione che arriva a pretendere, nei casi più

estremi, che essi forzino la lettera della legge.

La seconda stagione viene definita quella di “ogni lasciata è persa”, nel senso che subentra nella Corte il timore di non essere più interpellata, di trovarsi marginalizzata dall’alleanza tra i giudici comuni e le corti europee. Il campanello d’allarme è la netta diminuzione del numero delle ordinanze di rimessione, che spinge la Corte a prendere contromisure. Così, specie dal 2015, avvengono significativi cambiamenti giurisprudenziali, finalizzati appunto a proteggere il sindacato accentrato di costituzionalità, a partire da una rilettura della dottrina dell’interpretazione conforme.

Lamarque interviene nel vivace dibattito della dottrina sul “riaccentramento” o la “ricentralizzazione” del giudizio di costituzionalità<sup>7</sup>, con un contributo che a mio avviso merita di essere valorizzato. Nel senso che la sua lettura ad ampio raggio, saldamente appoggiata sulla storia dei rapporti tra Corte e autorità giudiziaria le consente di vedere con lucidità che ciò che interessa veramente alla Corte nell’attuale stagione non è accentrare su di sé tutti gli oneri e gli onori dell’attuazione giudiziaria della costituzione, ma piuttosto “restaurare, conservare con cura e se del caso incentivare il canale di accesso incidentale, perché soltanto se questa via di comunicazione funziona bene la Corte può continuare a compiere il lavoro che

giustifica la sua stessa esistenza”. Significativo mi pare quanto segnalato dall’autrice circa il permanere, anche nella stagione più recente, sia delle sentenze additive di principio, che lasciano ampio spazio ai giudici nella loro implementazione, sia della giurisprudenza che, in nome della spettanza ai giudici del bilanciamento in concreto, dichiara incostituzionali gli automatismi normativi. Queste pronunce mostrano che la Corte non intende ridurre lo spazio di decisione dei giudici, quello spazio che, secondo una nota dottrina, fa parte della fisiologia della democrazia costituzionale basata sui principi<sup>8</sup>, ma vuole semplicemente evitare di essere tagliata fuori, in conseguenza del “prosciugarsi” delle sue vie di accesso.

3. In conclusione, il volume di Elisabetta Lamarque, nell’edizione aggiornata del 2021, ci guida nella lettura dell’attuale fase della giustizia costituzionale italiana, aiutandoci a comprendere quanto la solida base costituita dal rapporto di “colleganza” con i giudici comuni, e la volontà di mantenerlo, abbia influito sull’evoluzione giurisprudenziale. Un’evoluzione che, per essere compresa in tutti i suoi aspetti, e specialmente in quelli che sembrano andare nella direzione di un maggiore attivismo giudiziario, come l’allentamento delle rime obbligate o la creazione di nuove, sofisticate tecniche decisionali per ov-



viare alle omissioni del legislatore, necessita a mio avviso di introdurre sulla scena ulteriori elementi e attori. Tra essi, *in primis*, mi sentirei di dire, le altre corti costituzionali e, in generale, le altre giurisdizioni costituzionali nei sistemi in cui manca una corte specializzata.

Mi pare infatti che siamo di fronte a una trasformazione culturale che sta investendo la Corte costituzionale italiana, di pari passo col suo immergersi pienamente nel dialogo globale tra i giudici costituzionali e con le corti sovranazionali. Se la Corte, uno dei più antichi organi di giustizia costituzionale d'Europa, da decenni fa parte di *network* e di conferenze di giudici costituzionali, tale appartenenza è spesso risultata quasi puramente cerimoniale. È soltanto con l'affacciarsi, tra i suoi componenti, di giuristi più aperti – o per indole, o per formazione, o per generazione – al “costituzionalismo globale”, che questa forma di “relazionalità orizzontale” ha iniziato a influire sulla giurisprudenza, di pari passo con il dinamismo messo in moto, sul piano “verticale”, dalla sempre maggiore pervasività delle corti sovranazionali, a loro volta potenti veicoli di “*cross-fertilization*”.

Proprio da questo dialogo a più voci (solo in parte testimoniato dalle citazioni esplicite di sentenze straniere) essa ha tratto consapevolezza e fiducia, oltre che spunti innovativi<sup>9</sup>, nella direzione del superamento di una serie di elementi

di eccentricità (per non dire di vero e proprio eccezionalismo) del sistema italiano di giustizia costituzionale<sup>10</sup>. Se è vero, come mette in luce Lamarque, che resta un *topos* degli studi e dei dibattiti dottrinali italiani “l'oscillare del pendolo” tra “anima politica” e “anima giurisdizionale”<sup>11</sup>, il nuovo scenario pare aver rafforzato la consapevolezza, perlomeno in molti dei componenti della Corte, che la giustizia costituzionale è “qualcos'altro”: nel senso che essa rappresenta, nello Stato costituzionale, un vero e proprio nuovo potere, dotato di sue peculiari caratteristiche che lo distinguono da quelli “tradizionali”<sup>12</sup> e che tende ad assumere una dimensione transnazionale e globale<sup>13</sup>. Ciò determina una convergenza di problematiche e anche di possibili soluzioni che va oltre i contesti storico-politici e finanche la lettera dei testi costituzionali<sup>14</sup>.

Riferendosi alle recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale italiana, è stato detto che siamo di fronte a una “*Bundesverfassungsgerichttizzazione*” della Corte costituzionale<sup>15</sup>, ma mi spingerei oltre, nel senso di rilevare una sua vera e propria “*global constitutional justicializzazione*” (mi si perdoni l'espressione).

Peraltro questa tendenza ha trovato un terreno domestico favorevole: non solo i mutamenti in atto nel contesto politico-istituzionale italiano (anch'essi comuni alle altre

democrazie costituzionali) impongono alla Corte di non ignorare ulteriormente le pressioni “dal basso”, ovvero le richieste di giustizia costituzionale che vengono dai soggetti dell’ordinamento, quelle “aspettative di giustizia” alle quali si è riferito Gaetano Silvestri in un testo dal titolo significativo: “Del rendere giustizia costituzionale”<sup>16</sup>.

Ma è soprattutto il rapporto sviluppatosi con l’autorità giudiziaria attraverso i decenni, ricostruito con

così grande cura da Elisabetta Lamarque in questo volume, che ha posto le basi perché la Corte costituzionale italiana, insieme ai “suoi” giudici, possa trovare un posto nell’ambito della “giustizia costituzionale globale”, questa sì, davvero, “un’unica, grande giurisdizione costituzionale”, che cerca, con evidente fatica, di arginare un potere, non solo politico, ma spesso economico, finanziario e tecnologico, sempre più globale.

<sup>1</sup> Sulla crisi dei modelli di giustizia costituzionale, v. L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino 2015. In ultimo, S. BAGNI, M. NICOLINI, *Giustizia costituzionale comparata*, Padova 2021.

<sup>2</sup> Sulle specificità del sistema italiano, si vedano V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford 2015. V. anche T. GROPPI, *The Constitutional Court of Italy: Towards a Multilevel System of Constitutional Review?*, in *Journal of Comparative Law*, 2008, 100 ss.

<sup>3</sup> E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Bari 2012.

<sup>4</sup> E. LAMARQUE, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2001-2005)*, Corte costituzionale, Servizio studi, 2007, reperibile sul sito della Corte costituzionale.

<sup>5</sup> E. LAMARQUE, *Chi sono gli assistenti di studio dei giudici costituzionali*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano 2011, 1075 ss.

<sup>6</sup> Nel senso che “tutte le periodizzazioni sono deboli”, perché “la storia della Corte non *facit saltus*”, per una “certa naturale vischiosità degli atteggiamenti politico-istituzionali della Corte”, che porta a rendere elastici e confusi i confini tra i vari momenti, M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984, 164.

<sup>7</sup> Si è parlato sia di “riaccentramento”, sia di “ricentralizzazione”. V. ad es. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna 2020; R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “di diffusione”*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020; T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in B. CARAVITA (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?*, Torino 2021, 201 ss.

<sup>8</sup> Ovviamente, sul passaggio dal diritto per regole al diritto per principi, mi riferisco a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992.

<sup>9</sup> Peraltro, questa influenza non è neppure troppo velata, in quanto decisioni straniere sono citate in modo esplicito in tutte le più innovative decisioni di questi anni, a partire dalla sentenza n. 1/2014. Inoltre, non pare privo di rilievo che un intero paragrafo della relazione annuale della Presidente Cartabia sulla giurisprudenza costituzionale del 2019 sia dedicato alle “tecniche processuali collaborative” nel diritto comparato.

<sup>10</sup> Ne avevo segnalati alcuni in T. GROPPI, *Giustizia costituzionale ‘italian style’? Sì, grazie (ma con qualche correttivo)*, in *DPCE online*, n. 2/2016, 385 ss.; v. anche T. GROPPI, I. SPIGNO, *Constitutional Reasoning in the Italian Constitutional Court*, in A. JAKAB, A. DYEYRE, G. ITZCOVICH (a cura di), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge 2017, 516 ss.

<sup>11</sup> V. ad esempio R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Torino 2017, nell'ambito del quale peraltro vari interventi mostrano un certo “disagio” per questo tipo di impostazione e muovono alla ricerca di un diverso approccio (v. in particolare nello stesso volume i contributi di M. Dogliani, M. Ruotolo, A. Spadaro, A. Sperti).

<sup>12</sup> Nel senso della “Corte in-politica” di cui ha parlato a più riprese G. Zagrebelsky (v. ad esempio Id., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino 2009, 303 ss.).

<sup>13</sup> Come è stato detto, “Constitutional adjudication in the twenty-first century has acquired an undeniable global dimension”: V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, cit., 231. Sulla giustizia costituzionale come “principio universale”, S. CASSESE, *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale*, in S. Bagni e altri (a cura di), *Giuresconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*. Vol. I, *Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Torino 2016, 84 ss.

<sup>14</sup> Mi pare che questa sia, ad esempio, la prospettiva che ha guidato i curatori del volume V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI (a cura di), *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective*, London 2020.

<sup>15</sup> A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2020, 24.

<sup>16</sup> G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, n. 3/2020.

## ABSTRACT

**Antonio D'Atena**, *Le lezioni sulla riserva di legge del giovane Sorrentino*

Lo scritto esamina tre volumetti di lezioni sulla riserva di legge, tenute, all'Università di Genova, nell'anno accademico 1976/1977, da Federico Sorrentino. Si tratta di un'opera, la quale, pur essendo dichiaratamente destinata all'insegnamento, presenta un'indiscutibile rilevanza scientifica. In essa, l'autore, mette a fuoco i numerosi profili che presenta un istituto assolutamente centrale del diritto costituzionale. A titolo puramente esemplificativo, possono ricordarsi le pagine dedicate alle fonti atipiche, quelle sui rapporti tra la riserva di legge e la forma di governo parlamentare, quelle, infine sulle molteplici relazioni tra la riserva di legge e la pubblica amministrazione. Lo scritto accenna anche al metodo applicato in queste "lezioni", nonché alla scuola costituzionalistica romana, di cui esse possono considerarsi una significativa espressione.

*The Lessons on the "riserva di legge" by Sorrentino as a Young Man*

The paper examines three booklets of lectures on the "riserva di legge" ("reservation of the law", which occurs when the Constitution provides that certain subjects can be regulated only by acts of Parliament), held at the University of Genoa in the academic year 1976/1977 by Federico Sorrentino. It is a work, which, although openly intended for teaching, has unquestionable scientific relevance. In it, the author focuses the multiple aspects of an absolutely central topic of constitutional law. Purely by way of example, the pages dedicated to atypical sources, those on the relationship between the "riserva di legge" and the parliamentary form of government, those, finally, on the multiple relationships between the "riserva di legge" and the public administration can be mentioned. The paper also focuses on the method applied in these "lessons", as well as on the roman school of constitutional law, of which they can be considered a significant expression.

**Mario Rosario Spasiano**, *Il diritto amministrativo nell'era della transdisciplinarietà*

Il lavoro prende le mosse dagli orientamenti epistemologici proposti sin dalla fine del secolo scorso, tesi ad evidenziare la limitatezza della visione monodisciplinare o iperspecialistica, e l'opportunità di un approccio transdisciplinare del sapere. In questa prospettiva viene affrontato il complesso tema del rapporto tra la scienza del diritto amministrativo e le scienze sperimentali, umanistiche e sociali. Analizzate le ragioni che storicamente avevano indotto all'isolamento di quel ramo del diritto da quelle che venivano considerate pericolose contaminazioni provenienti da altri contesti, si dimostra il superamento delle ragioni che avevano generato quell'orientamento. Successivi fenomeni a carattere culturale, economico e sociale propongono l'esigenza di un dialogo aperto e non pregiudiziale tra il diritto amministrativo e gli altri saperi. Questo rinnovato rapporto deve tuttavia fondare su adeguate premesse culturali, formative e metodologiche. Molteplici risultano le riprove della utilità della prospettiva proposta, da ultimo la stessa disciplina del PNRR.

*Administrative Law in the Age of Transdisciplinarity*

This paper starts from the epistemological tendencies emerged since the end of the last century, aimed at highlighting the limitation of the monodisciplinary or hyper-specialist vision, such as the opportunity of a transdisciplinary approach to knowledge. In this perspective, the problematic issue of the relationship between administrative law and the experimental, humanistic and social sciences is addressed. The author – analyzing the reasons that historically had led to the isolation of administrative law from what were considered dangerous contaminations – illustrates how the reasons that had generated that orientation are overcome. Several cultural, economic and social phenomena reveal the need for an open and non-prejudiced dialogue between administrative law and other knowledges. This renewed relationship must be based on adequate cultural, formative and methodological premises. Lastly, this paper demonstrates that there are many proofs of the usefulness of the proposed perspective, most recently also the regulation of the PNRR itself.

**Stefano Villamena**, *La riforma dell'abuso d'ufficio: fra attività interpretativa, attività discrezionale e autovincoli amministrativi*

Il lavoro affronta alcuni profili amministrativi della recente riforma dell'abuso d'ufficio intervenuta nel 2020. Dopo un inquadramento generale orientato alla necessità di tenere separati “paura della firma” da un lato e “inerzia amministrativa” dall'altro, come noto fra i possibili obiettivi della riforma indicata, si è approfondita la tematica concernente la riformulazione dell'art. 323 c.p.

ponendo il fuoco dell'attenzione sulla distinzione fra "attività interpretativa" e "attività discrezionale". Si è giunti così alla conclusione che queste due attività, anche nell'ambito del delitto in esame, devono essere rigidamente separate (e non sovrapposte come accade talvolta a livello giurisprudenziale).

Da questa distinzione è derivato poi l'ulteriore profilo riguardante l'incidenza dei c.d. autovincoli amministrativi nel fenomeno della riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa, talvolta fino al suo totale esaurimento, soprattutto riguardo a come questo profilo possa ricadere negativamente sugli scopi della riforma volti evidentemente alla limitazione della responsabilità a carico dei funzionari pubblici.

*The Law Reform of Abuse of Office: between Interpretative Activity, Discretionary Activity and Administrative Self-Constraints*

The work covers the administrative aspects of the 2020 law reform regarding abuse of office. Following a conceptual overview dissecting "fear of signature" and "administrative inertia", the analysis covers the reformulation of article 323 of the criminal code, distinguishing interpretative and discretionary activities. The research shows that these two activities must be kept strictly separate without overlapping.

On the heels of this distinction, the paper elucidates the incidence profile of administrative self-constraints in case of progressive reduction of administrative discretion up to its complete exhaustion. This aspect seems to have negatively affected the reform's goals aimed at limiting the liability of public officials.

**Antonio Merlino**, *Il rapporto tra centralismo politico e decentramento amministrativo nella formazione del diritto pubblico*

Il contributo riguarda il complesso rapporto tra centralismo politico e decentramento amministrativo nella scienza giuridica dell'Ottocento. Questa si fondava soprattutto su una interpretazione centralista della divisione dei poteri. Specialmente la scienza giuridica tedesca ha costruito un modello di sovranità statale accentrata: in questo modo, però, autori come Eduard Wilhelm Albrecht, Carl Friedrich Gerber, Paul Laband e infine Georg Jellinek hanno tradito i presupposti teorici di autori come Montesquieu e Tocqueville, che avevano invece tentato di dividere i poteri pubblici sia orizzontalmente (in esecutivo, legislativo e giudiziario), sia verticalmente (con il federalismo) nella speranza che centralismo politico e amministrativo non fossero mai combinati. Una lezione, questa, che fu invece accolta nell'articolo 5 della Costituzione italiana.

*The Relationship between Political Centralism and Administrative Decentralisation in the Formation of Public Law*

The contribution concerns the complex relationship between political

centralism and administrative decentralism in the nineteenth century's legal science. This latter was founded mainly on a centralist interpretation of the division of powers. Especially the German legal science has built a model of centralized State sovereignty: in this way, however, authors such as Eduard Wilhelm Albrecht, Carl Friedrich Gerber, Paul Laband and finally Georg Jellinek have betrayed the theoretical presuppositions of authors such as Montesquieu and Tocqueville, that had instead attempted to divide the public powers both horizontally (in executive, legislative and judiciary), and vertically (with federalism) in the hope that the political and administrative centralism would have been never combined. A lesson that was instead endorsed by article 5 of the Italian Constitution.

**Anton Giulio Pietrosanti**, *La tutela dell'inabile al lavoro privo di mezzi economici: il ruolo dell'art. 38, comma 1, della Costituzione*

L'articolo esamina il tema delle spese necessarie per vivere a favore di inabili al lavoro privi di mezzi economici e il ruolo fondamentale che queste assumono nel preservare la dignità delle persone sicuramente più "esposte" di altre all'esperienza del dolore e della vulnerabilità. In tal senso, dopo una breve ricostruzione dell'impianto valoriale sotteso all'idea di protezione sociale di cui all'art. 38 comma 1 della Costituzione nonché della dialettica tra diritti fondamentali Corte costituzionale e discrezionalità legislativa, si è cercato di verificare se le politiche sociali sulle spese necessarie per vivere ex art. 38 co. 1 Cost., così come interpretate dalla Corte costituzionale in una recente pronuncia, siano in grado di abbandonare le derive desocializzanti dell'iperindividualismo compassionevole per salvaguardare il perimetro protettivo di un diritto inviolabile della persona che, in forza dell'art. 2 Cost., non sembrerebbe poter scendere a patti con altri diritti o principi volti a ridurne la portata.

*The Safeguard of Disabled People Who Are Unable to Work and Without Economic Means: the Role of Article 38, Subsection 1 of the Italian Constitution*

The article examines the arguments of the expenses necessary to live for people with disabilities who are unable to work and without financial means and the fundamental role they play in preserving the dignity of people who are certainly more "exposed" than others to the experience of pain and vulnerability. In this sense, after a brief reconstruction of the value system underlying the idea of social protection in accordance with art. 38 subsection 1 of the Constitution as well as the dialectic between the fundamental rights of the Constitutional Court and the discretion of the legislator, an attempt was made to verify whether the social policies on the expenses necessary to live in accordance with art. 38 subsection 1 of the Constitution, as interpreted by the Constitutional Court in the context of a recent judgement, might be able to let go of the desocializing



tendencies of compassionate hyper-individualism to safeguard the protective perimeter of an inviolable right of the person who, in accordance with art. 2 of the Constitution, it would not seem to be able to come to terms with other rights or principles aimed at reducing its scope.

**Costanza Nicolosi**, *Il caso Tercas: giustizia e politica nella gestione delle crisi bancarie in Europa*

Partendo dalla recente sentenza della Corte di Giustizia europea nel caso Tercas, il contributo ripercorrere la storia della gestione delle crisi bancarie in Italia, considerando il modo in cui l'integrazione europea e l'architettura -ancora incompleta e forse perfettibile- dell'Unione Bancaria Europea ne ha influenzato l'evoluzione. Il contributo, inoltre, traccia la creazione del FITD e il suo ruolo nella risoluzione delle crisi bancarie in Italia (vicenda al centro del caso Tercas) per evidenziare alcune ambiguità che l'attuale architettura dell'UBE crea sulla funzione dei fondi di tutela dei depositi *vis à vis* quello dei c.d. fondi di risoluzione.

*Tercas: Justice and Politics in Banks Resolutions in Europe*

Moving from the recent decision delivered by the European Court of Justice in Tercas, the present essay retraces the history of bank resolutions in Italy, considering the way in which the European-integration progress and the still unfinished (perhaps, even improvable) architecture of the European Banking Union has influenced such evolution. The paper also recounts the creation of the FITD and its role in bank resolutions in Italy (a necessary recount for a solid understanding of Tercas) in order to highlight some ambiguities that the current architecture of the EBU creates for the role of deposit-guarantee schemes *vis à vis* resolution funds'.

**Alessandra Coiante**, *L'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici tra la concorrenza per il mercato e la discrezionalità amministrativa: lo strumento della suddivisione in lotti quale "chiave di volta" che non risolve*

Premessa una ricostruzione del quadro normativo di riferimento (nazionale e UE), lo scritto mira ad analizzare il tema dell'accesso delle piccole e medie imprese al mercato dei contratti pubblici, attraverso l'analisi dell'istituto della suddivisione in lotti e del suo legame, da un lato, con la discrezionalità amministrativa esercitata dalle stazioni appaltanti nel momento in cui vanno a delineare i micro-mercati che sono le procedure di gara e, dall'altro, con la tutela della concorrenza per il mercato. In particolare, si andrà poi ad esaminare – anche attraverso l'analisi della più recente giurisprudenza amministrativa – il ruolo che

l'interesse alla tutela delle PMI detiene nel bilanciamento con l'interesse pubblico primario.

*Access for SMEs to the Public Contracts Market between Competition for the Market and Administrative Discretion: the Division into Lots as a "Keystone" that Does Not Resolve the Issue*

After a reconstruction of the national and European regulatory framework, the present paper aims to analyse the issue of access to the market of public contracts for small and medium-sized enterprises, through the analysis of the institution of the division into lots and its link, on the one hand, with the administrative discretion exercised by contracting authorities when they outline the micro-markets which are the tendering procedures and, on the other hand, with the protection of competition for the market. In particular, will be analysed – also through consideration on the most recent administrative case law – the role that interest in the protection of Smes has in balancing the primary public interest.

## NOTIZIE SUGLI AUTORI

ANTONIO D'ATENA, Professore emerito di Diritto costituzionale, Università "Tor Vergata" di Roma

MARIO R. SPASIANO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

STEFANO VILLAMENA, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Macerata

ANTONIO MERLINO, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università di Trieste

ANTON GIULIO PIETROSANTI, Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

COSTANZA NICOLOSI, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale comparato, Università di Catania

ALESSANDRA COIANTE, Dottore di ricerca in Diritto dei mercati europei e globali, Università degli Studi della Toscana

TANIA GROPPI, Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Siena

La Rivista «Diritto e Società» – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansone e da Cedam.

«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Editoriale Scientifica all'indirizzo:

<http://www.editorialescientifica.com/diritto-e-societa.html>.

### *Estratto dal Regolamento della Rivista*

#### ARTICOLO 2

##### (Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a piè' di pagina.

#### ARTICOLO 3

##### (Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.

5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

---

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: [dirittoesocieta@gmail.com](mailto:dirittoesocieta@gmail.com)

e-mail del Comitato di Redazione: [dirittoesocieta.red@gmail.com](mailto:dirittoesocieta.red@gmail.com)

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459

[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com)

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

email: [editoriale.abbonamenti@gmail.com](mailto:editoriale.abbonamenti@gmail.com)

Abbonamento: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di febbraio 2022  
da *La Buona Stampa* – Napoli