amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2021

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

FASCICOLO N. 2/2021

SOMMARIO

1. **Nell'attuale grave crisi che ha causato ulteriore attenuazione della "coscienza sociale", la Corte Costituzionale incrementa il suo ruolo di supremo garante della Costituzione ravvivando l'attenzione sull'apporto giuridico delle "formazioni sociali " (di cui all'articolo 2 Cost.) ai fini del sindacato sulla costituzionalità delle leggi.**
di Giuseppe Palma……pag. 117

2. **Le prevedibili gravi conseguenze causate dalla pandemia virale sollecita di nuovo l'attenzione giuridica sulla origine "endogena" del cosiddetto "stato di necessità" anche nell'ambito del vigente ordinamento informato ai principi-valori della Costituzione "rigida".**
di Giuseppe Palma ……pag. 133

3. **El régimen jurídico de las medidas provisionales en el derecho administrativo sancionador español.**
di Alberto Picón Arranz …….....pag. 145

4. **Note in tema di conferenza di servizi.**
di Guido Clemente di San Luca……pag. 163

5. **Organizzazione amministrativa e tutela dei diritti sociali nell'emergenza pandemica e per la ripresa post-pandemica, con particolare riferimento alla sanità e all'istruzione**
di Francesco Rota e Filippo Borriello……..……...pag. 200

6. **Health services after COVID-19 emergency: toward a multilevel system?.**
di Mariacocetta d'Arienzo e Sara Pugliese…...pag. 228

ISSN 2036-7821

7. **La prova indiziaria nella decisione amministrativa. Spunti di riflessione a margine della sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1354 del 15 febbraio 2021.**
di Andrea Marco Colarusso……...pag. 253

8. **"L'insostenibile proroga delle concessioni del demanio marittimo tra tutela della concorrenza ed esigenze di ripartenza".**
di Guido Sorrentino……pag. 276

9. **Abuso di posizione dominante e diritto della proprietà intellettuale. Il caso Huawey.**
di Linda Giovanna Vacchiano……...pag. 298

10. **La tutela del terzo di buona fede nell'ipotesi di confisca a seguito di lottizzazione abusiva.**
di Alessandra Buonasera……pag. 309

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Nell'attuale grave crisi che ha causato ulteriore attenuazione della "coscienza sociale", la Corte Costituzionale incrementa il suo ruolo di supremo garante della Costituzione ravvivando l'attenzione sull'apporto giuridico delle "formazioni sociali " (di cui all'articolo 2 Cost.) ai fini del sindacato sulla costituzionalità delle leggi.

di Giuseppe Palma*

(Università Telematica "Pegaso" - Professore Emerito di Diritto Amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza "Federico II")

Sommario

1. Spunti e sollecitazioni al presente intervento problematico; 2. La "travagliata" storia della istituzione della Corte Costituzionale; 3. Onore al merito della Corte Costituzionale che induce anche la dottrina a riconsiderare le "formazioni sociali"; 4. Influenze positive o negative dell'intervento delle "formazioni sociali" nel sindacato della Corte?

Abstract

It is necessary to premise that the present considerations have been suggested by an interesting series of opinions recently published to comment on the well-known amendments to the "supplementary norms", approved by the Court on the subject of "omicus curiae", emphasizing that these ideas are in who writes urged by the prevailing tone of alarm, or of tenuous criticism in order precisely to the expected attention that the Court is about to pay to the social formations (albeit with great caution) consecrated in Article 2 of the Constitution.

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo, nonché la capacità dell'autore di entrare in un dialogo approfondito col dibattito internazionale"*

ISSN 2036-7821

1. Spunti e sollecitazioni al presente intervento problematico.

È necessario premettere che le presenti considerazioni sono state suggerite da una interessante serie di opinioni di recente pubblicate a commento delle ben note modifiche delle " norme integrative ", deliberate dalla Corte in tema di "*omicus curiae*", ponendo in risalto che tali spunti sono in chi scrive sollecitati dal prevalente tono di allarme, ovvero di tenue critica in ordine appunto alla prevista attenzione che la Corte si avvia a prestare alle formazioni sociali (sia pure con molte cautele) consacrate nell'articolo 2 Cost.

Si [1]ignora se alcuni degli studiosi di cui alla rassegna abbiano partecipato al seminario organizzato dalla stessa Corte in preparazione di questa riforma, ma quel che colpisce che si rinvengono motivi comuni e diffusi di critica (ovvero di allarme) e ciò ha suscitato la "curiosità intellettuale" di approfondire il tema al fine di confermare l'allarme, ovvero rinvenire momenti per avvalorare la innovazione. Perché non possono essere sottovalutate affermazioni che mettono in evidenza che consentendo un ampio accesso alla Corte si può finire per includere tra gli omicus curiae anche movimenti politici (vale a dire partitici), ovvero mettere in evidenza che la riforma avrebbe lo scopo di diffondere la conoscenza della Costituzione (e potrebbe ciò avere una certa utilità stante il riscontrato distanziamento della cultura costituzionale da parte dello stesso personale politico, anzi in servizio permanente effettivo, come in più occasione chi scrive ha rilevato); ma la situazione non sembra che sia così.

Perché se si ha cura di disfare la tela di Penelope del discorso in proposito svolto si ha la sensazione che esso assuma un generale tono di refrain che si maturò già in sede di Costituente e che determinò il rinvio della discussione alle forze politiche che sarebbero subentrate; tale refrain, come si chiarirà meglio più avanti, consisteva nella preoccupazione che la politica parlamentare non subisse in alcun modo l'influsso degli orientamenti maturati a livello sociale, in altri termini si è proceduto a depotenziare il sindacato costituzionale a garanzia delle formazioni partitiche allora in formazione e la soluzione fu ben confezionata dai giuristi (anzi tecnico-giuridici presenti; a chi scrive è sorto da tempo un dubbio circa il rilievo che in sede Costituente questi ultimi venivano opportunamente manovrati come le truppe cammellate), e tale soluzione consisteva nella configurazione di detto sindacato in termini di procedimento essenzialmente sostanzialmente "*giurisdizionale*".

Cosicchè molta parte dell'allarme riprende (a volte implicitamente) e sviluppa ancora una volta l'assenza di coerenza con la tonalità di ricorso giurisdizionale e come tale si riflettono in essa le tetragone linee dell'esercizio giurisdizionale (tetragone perché la garanzia di esse risiede nelle buone mani della Cassazione).

[1] L'ampia rassegna di cui nel testo è pubblicata nella Rivista "Giurisprudenza costituzionale", anno 2020, n. 1, pag. 281 ss e n. 2, pag. 995 ss;

ISSN 2036-7821

D'altro canto in questa prospettiva inizia e si conclude la più complessa questione, sulla quale si tornerà, anche perché in dottrina ha suscitato maggiore interesse a rilevare le differenze riscontrabili con analoghe istituzioni straniere, che approfondire la logica istituzionale della Corte Costituzionale di cui alla Carta.

A questo punto va introdotta una necessaria ed urgente spiegazione perché a livello dell'attuale cultura giuridica possono nascere facili (ed inutili) fraintendimenti circa la circostanza che l'autore di questo lavoro è di cultura amministrativistica e per effetto del vallum del finium regundorum segnato tra il diritto amministrativo e il diritto costituzionale il primo opererebbe un'invasione in assenza di passaporto.[2]

Senonché, a parte il rilievo che tale burocratica distinzione può essere la causa efficiente dell'insoddisfacente grado di elaborazione di entrambe le scienze specie negli ultimi tempi, che consiglierebbe per converso una notevole reciproca collaborazione idonea a ridurre il distanziamento dalla conoscenza della Carta, va posto nel massimo risalto che è pur vero che l'amministrativista è il massimo conoscitore ed operatore dell'impatto, anzi del punto di impatto di un potere pubblico sulla società e sui suoi singoli componenti[3] e perciò non può e non deve rimanere indifferente in ordine al "flusso" in termini di completo sviluppo di un dato potere pubblico destinato a tramutarsi in azione ed a produrre i suoi effetti concreti a favore del singolo cittadino sempre che tale azione possa essere definita "giusta e corretta" in una legittima (stavo per dire il "reflusso" del potere pubblico sui diritti e le libertà del singolo componente del popolo sovrano; in altri termini non può essere ridotto il cultore del diritto amministrativo alla figura pascoliana di colui che porta la frutta al mercato).

Ecco perché da decenni chi scrive ha scelto la chiave di osservazione scientifica secondo cui la "p.A. è la Costituzione in azione" (ma non credo che sia stata appieno compresa) in conseguenza il cultore del diritto amministrativo deve e/o dovrebbe in ogni indagine intrapresa non limitarsi a "*codicillare*" la singola disposizione di legge, oggetto di indagine, ma risalire per linee trasversali sull'esercizio del potere pubblico, in una complessiva immagine fotogrammetrica (a così dire). Quanto premesso è divenuto sempre più utile e necessario[4] qualora si consideri che da tempo si sente balbettare in sede politica sulla necessità e l'urgenza di sburocratizzare la p.A. (da parte di alcuni che non conoscono neppure il nome Max Weber), occorre semplificarla eccetera, ma nessuno di questi, che esprime un'opinione senza alcuna

[2] Sul punto l'a si è espresso in Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà, Ristampa, Giappichelli 2019; si consiglia la lettura di "Alcune opportune precisazioni" alla precitata ristampa;

[3] Sul punto, cfr Palma, Della azione amministrativa a regime di diritto privato ed altri studi, Giappichelli 2018, passim; nonché Palma, Studi sul "distinto apparato di Amministrazione pubblica" Giappichelli 2020, passim;

[4] Cfr. Palma, da ult., In virtù di una più corretta (e fedele) interpretazione dell'orientamento politico costituzionale in materia economica, anche nei periodi di grave congiuntura negativa, vanno garantiti i "valori sociali" che connotano l'azione di presenza del "Coefficiente politico" del popolo sovrano, in Amministrativamente, fasc. 1, 2021;

ISSN 2036-7821

cultura, ricorda (ovvero nasconde) che la p.A. è ora quello che i partiti hanno in precedenza operato nell'intento di "*guadagnare*" le loro influenze anche sulla organizzazione dell'apparato esecutivo, al grido di accaparrare potere ovunque si trovi[5], sullo stile degli eserciti di ventura di antica memoria, solo che il generale non arriva più a cavallo ma con l'aereo (e non ci si accorge che il generale non ha più una classe dirigente, semmai l'ha in precedenza distrutta o dispersa).
Ma è proprio la convinzione che manchi in generale una classe dirigente che il potere politico di turno può essere portato a compiere "a*busi di potere*" e tali abusi possono essere perpetrati a tutti i livelli anche lungo il flusso seguito dal potere e viene in concreto configurato, donde l'impostazione dell' angolo di osservazione a suo tempo adottato ed in questa sede impiegato (anzi in special modo oggi che si assiste ad una continua transumanza tra le differenti composizioni politiche).
Sempre allo scopo di prefissare con chiarezza l'angolo di osservazione dell'indagine qui intrapresa (starei per dire sulla scia del temuto "*scandalo a Corte*") si procede ad anticipare meglio la prospettiva cui si intende condizionare l'ulteriore sviluppo e si ricorda che molti decenni orsono si ebbe cura di individuare i valori filosofico-politici, intesi come ideali condivisi dalla società, intorno ai quali essa si organizza, anzi meglio si sarebbe dovuta organizzare, e perciò postulati dai Costituenti, secondo cui "è incontestabile che l'esperienza contemporanea nuova dalla riscoperta di una vita più concreta dell'uomo (dell'individuo "*nel senso più largo della parola, cioè nel senso più consono della parola*") e si caratterizza peculiarmente per l'avvento sulla scena politica dello "*individuo comune anonimo statistico*" che ha acquistato "*coscienza e sentimento della sua vita elementare ed empirica come valore*"; dell'uomo perciò non più definito "*dalla sua essenza o dalla sua parentela con un tipo ideale*". Il centro generatore della vita contemporanea non è più rappresentato dall'individuo illuminato dalla ragione "*liberato dai pregiudizi di classe dalle preoccupazioni inerenti alla sua condizione economica*", bensì dall'uomo definito dalle particolarità proprie della situazione contingente in cui si trova, condizionato perciò dall'ambiente, vale a dire da l'homme situé[6]. Egli ha piena coscienza di dover influire profondamente sull'ordine sociale e non si limita più ad auspicare l'avvento della "città promessa", ma ha volontà di conseguirne la realizzazione. Ciò comporta la sua disponibilità all'azione e l'esigenza sempre più avvertita di una attiva partecipazione all'azione comune.
E si consideri che i principi-valori adottati dalla Costituzione, corrispondendo ad un fondamentale momento politico, traducono sul piano giuridico le istanze basilari di una data società, perciò nascono storicamente condizionati, così che anche sul piano più strettamente giuridico sembra giustificarsi una tale impostazione, dal momento

[5] In una siffatta prospettiva all'a., sorge il sospetto che il personale politico attuale, avendo abbandonato il suo più genuino ruolo e fissando l'attenzione esclusivo sulle prossime elezioni e non sulle generazioni future, ha finito, per così dire, per "burocratizzarsi";
[6] Cfr. Burdeau, La democrazia, 1964, pag. 11 ss;

ISSN 2036-7821

che la corretta interpretazione di una singola norma non può prescindere dall'agganciamento della norma stessa a quelle esprimenti le linee fondamentali dell'ordinamento politico costituzionale.
E perciò si avvertiva allora (e si avverte ora) che occorre il definito rigetto di ogni valutazione negativa di prima affermazione secondo cui il documento costituzionale contenga una giusta apposizione di principi e di orientamenti diversi o addirittura confliggenti tra loro e ci si disponga invece a procedere ad un'interpretazione organica (all'insegna dell'organicità propria della loro coordinazione a sistema) la quale consiglia a non portare l'attenzione separatamente sull'uno o sull'altro dei principi accolti ma piuttosto mettere a fuoco il senso e l'ampiezza in cui si esplicano e si estendono le influenze reciproche[7]. In conclusione si può malinconicamente mettere in evidenza che sebbene una siffatta Costituzione la politica praticata ha preferito sciamare in area deserta ed il Paese è divenuto vecchio e talmente disilluso da non vedere futuro se non come ripresa del passato, al quale, a sua volta, tendono i partiti di transizione e mi domando perciò a siffatto retropensiero non deve reagire anche il cultore del diritto ed eviti così che si spenga anche la fiaccola rimasta.

2. La "travagliata" storia della istituzione della Corte Costituzionale.
Va subito precisato che l'aggettivazione impiegata nell'anticipare la discussione che si svolse in sede costituente in tema di previsione istituzionale di un organo idoneo a controllare che la Costituzione non venisse "*tradita*" nella futura vita democratica e quindi che la richiesta di fedeltà alla Costituzione fosse rispettata anche e soprattutto dalla politica praticata e quindi dalla riconosciuta dichiarata libertà dei partiti politici, oltre naturalmente da ogni altro componente della Repubblica (articolo 54 Cost.)[8] è stata una delle più tormentate nella quale intervennero molti Costituenti, molti dei quali (è bene chiarire) di culture politiche (non sempre dichiarate) maturate nel periodo storico del precedente regime di democrazia parlamentare liberale, poggiante perciò sul regime statutario e che perciò perseguivano lo scopo di assicurare ai partiti ed in conseguenza al potere parlamentare un'ampia, anzi una più ampia possibile "*libertà di azione*", per così dire un potere il meno condizionato possibile.
D'altro canto l'ampio e profondo postulato del coefficiente politico in precedenza approvato (cfr. i tre primi articoli costituzionali) lasciava agevolmente intuire che l'azione parlamentare, diretta a realizzarlo avrebbe imposto una molteplicità di condizioni e limiti che avrebbero condizionato molto siffatta azione, con la

[7] Cfr. Palma, Beni di interesse pubblico, già cit., pag. 197 ss.;
[8] Cfr. sul punto, spec., Palma, Anche al "distinto" apparato burocratico pubblico si impone il dovere di "fedeltà" alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi ai sensi del combinato disposto dell'art. 54, 1° co., Cost. e della disposizione finale XVIII, ripubblicato nel volume Studi sul "distinto" apparato di Amministrazione pubblica, già sopra cit. , pag. 78 ss . Ed è utile consultare anche per quanto si affermerà più avanti;

ISSN 2036-7821

conseguenza anche intuita che avrebbe potuto condizionare anche la riconosciuta libertà delle composizioni partitiche allora in formazione; da tutto ciò si comprende che l'aggettivazione impiegata non è una esagerazione verbale, semmai tende a ricomprendere anche le difficoltà interiori di alcuni interventori.
Si deve anche notare che alcuni di questi più favorevoli ad un regime collettivistico, "quantomeno in materia economica, prospettavano la esigenza che fossero i partiti a dover rappresentare ed a interpretare gli orientamenti sociali e ciò militava a favore di una azione parlamentare con minori condizionamenti chè avrebbe potuto impedire l'adozione di un siffatto regime. E fu questo intricato nodo di aspirazione e di riserve mentali che indusse i tecnico-giuridici ad occupare la scena (le definite in precedenza truppe cammellate) e che naturalmente resero la istituzione di difficile impostazione conformativa tale da essere valutato conveniente rinviarla a dopo l'adozione costituzionale nella quale sarebbero stati i partiti a trovare una possibile concordata intesa; il che avvenne soprattutto in seguito alla ben nota scissione di Firenze.
E' bene però premettere a questo punto le più rilevanti proposte che nella discussione svolta furono prospettate. La complessiva tematica relativa alla conformazione della Corte si sviluppò in un primo momento nell'ambito della III Sottocommissione[9] nella quale il Calamandrei suggerì i punti che sarebbero dovuti essere esaminati, tra i quali veniva fissato: a) se al giudice si debba dare il potere di decidere la questione di incostituzionalità (ovvero) solo il potere di sospendere la decisione del merito, si sofferma poi su molti altri quesiti con particolare riflesso tecnico-giuridico tra i quali quello se la questione di incostituzionalità dovesse essere sollevata in via principale ovvero insieme in via incidentale ed in via principale. Rispose l'On. Coppi e sostenne che il ricorso in via principale era necessario per la certezza del diritto affinché si possa anche prima che sorgano dei casi concreti far decidere la Corte Suprema se la legge è o meno Costituzionale, ma non riterrebbe opportuno che anche un qualsiasi cittadino possa avere la facoltà di mettere in moto il procedimento della Corte e richiede per l'impugnazione in via principale della legge almeno la richiesta di un certo numero di cittadini.
Il presidente della Commissione (On. Bozzi) espresse la preoccupazione che se tale sindacato "non è soltanto giuridico ma anche politico" doveva quindi escludersi la sovrapposizione di un organo giurisdizionale alla volontà del legislatore. L'on. Leone obiettò che essendo un potere discrezionale del giudice rimesso cioè all'arbitrio boni viri ritiene che si possa deferire al magistrato di stabilire se questo esame politico lo possa fare personalmente o lo debba rimettere alla Corte Costituzionale. L'on. Ambrosini ricorda che era il popolo italiano stesso che "per mezzo della Costituzione avrebbe adottato un tale schema, perciò una volta ammessa la Costituzione rigida

[9] Sul punto quanto precisato nella precedente nota;

ISSN 2036-7821

non può farsi a meno di accettare il sindacato sulle norme che emanera' il potere legislativo. Lo stesso Calamandrei ritornò nella discussione sostenendo che il ricorso principale dovesse essere demandato ad un organo pubblico, al fine di evitare l'eccessivo numero di ricorsi promossi dai cittadini.

L'articolo 50 passò all'esame dell'Assemblea Costituente e si registra la lapidaria affermazione dell' On. Martino, il quale afferma che la formula da lui proposta è che i diritti dei cittadini indicati nella prima parte della Costituzione verrebbero completati coi doveri, diritti e doveri, si reggerebbero fra loro, presidiati dalla Corte Costituzionale, quale supremo organo per il regolamento dei diritti e dei doveri fra i cittadini nello Stato "e già prima" non è tanto un diritto accordato nell'interesse dell'individuo in quanto un dovere imposto nell'interesse della collettività.

Ma la discussione molto più complessa si sviluppò infatti sul dover interessare il Parlamento, di riconoscere detto diritto ad un numero di cittadini, ovvero al Presidente della Repubblica, Moro si contrappose all'intervento dell'On. Gallo perché tendente a togliere al singolo la possibilità di proporre azione per incostituzionalità della legge. L'on. Benvenuti si domandò come una tale situazione incostituzionale ed eccezionale che sarebbe venuta a crearsi quale margine lascerebbe al popolo italiano per adire sul serio la Corte.

Per concludere è da rilevare che il premesso contrasto esistente tra le differenti composizioni politiche (e partitiche) consentì più facilmente di concordare il patto generale postulato da quel coefficiente politico consistente nel riconoscimento al popolo della sovranità, ma quando si trattò di riconoscere a tale coefficiente la sua risonanza giuridica in termini di reazione alle illegittimità costituzionali perpetrate dal Parlamento sopravanzarono gli interessi dei singoli rappresentanti delle differenti composizioni politiche, le quali riuscirono a trasferire la definitiva configurazione allo stesso Parlamento eletto immediatamente dopo l'adozione della Carta.[10]

Allo scopo di allentare la tensione argomentativa si ricorda quanto riferì un rigattiere che i quadri antichi raffiguranti un individuo impettito risalente al secolo monarchico andava a ruba e subito venduto a famiglie di media borghesia che lo riponeva al centro della parete del proprio salotto allo scopo di nobilitare la propria famiglia, così i Costituenti pensarono (certo non tutti) che la nobile dichiarazione del conferimento della sovranità al Popolo assumesse il nascosto intento di lasciarla con il valore di quadro ed a dire il vero è facile incontrare ancora attualmente chi nutre pensieri analoghi specie negli ultimi tempi nei quali si fa fatica a rivenire manifestazioni improntate alla coscienza sociale.

[10] Sulla complessa discussione cfr. i lavori dell'Assemblea costituente, in La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori, Camera dei deputati – Segretario Generale, Vol. V, pag. 1300 ss;

ISSN 2036-7821

Sta di fatto -ed è evidente- che l'importante profilo non definito in sede Costituente venne trasferito nell'ambito della dialettica successivamente instauratasi tra i partiti, i quali avevano riacquistato la rispettiva "libertà" della loro azione ad opera della stessa Costituzione, ma è da rilevare che tale dialettica anziché risolvere gli aspetti lasciati irrisolti ebbe per risultato di poter porre un punto fermo auspicato dai suddetti partiti, finalmente in pianta stabile nella instaurata Repubblica democratica sociale. Alcuni di questi perseverarono nell'intento che venisse riconosciuto al Parlamento nessun rigido condizionamento, sulla falsariga della sistematica della democrazia parlamentare liberale, altri, soprattutto quelli rientranti nella divenuta maggioranza, nel timore della paventata azione dei primi, ritennero e valutarono opportuno aderire alla tesi che la Corte Costituzionale venisse configurata prevalentemente come "*organo giurisdizionale*" e fu così trovata una linea comune che maturò la legge costituzionale n. 1 del 1948, ed ormai il solco era stato segnato e questo ha condizionato le leggi successive.

Ed anche parte della cultura tecnico-giuridica ha trovato terreno fertile per ritenere ormai affermato in modo prevalente, se non esclusivo la configurazione "*giurisdizionale*" del sindacato sulle leggi, a difesa dei diritti che i singoli sottopongono al giudizio del potere giudiziario e/o giurisdizionale, come se il ruolo supremo di essenza costituzionale si limitasse ad assurgere quale vertice "super-supremo" del potere giudiziario e non si è notato subito che una tale soluzione costituiva una soluzione convenzionale cui le formazioni partitiche sopraggiunte per motivi contrapposti avevano prestato la propria adesione; in proposito va anche posto in rilievo come anche per questa via si finì per ridare vita al sistema giuridico preesistente condividendo ed arrendendosi al principio cosiddetto di "*effettività*".

Però a chi scrive non pare giusto fermarsi in un tale guado e non solo per interesse culturale ma anche perché limitando l'angolo di osservazione siffatto possono sorgere incomprensioni sul tipo di quelle dalle quali si è preso lo spunto per questo scritto; va anche precisato che quest'ultimo risulta animato anche dallo scopo, sul quale in molte occasioni si è intervenuti, di accorciare, nei limiti del possibile, lo spazio di "disattenzione (a volte definito "*distanziamento*") della cultura costituzionale in termini di configurazione della Corte, perché è questo il profilo per ora trattato, ed è necessario ed al tempo stesso utile al fine di ristabilire i veri connotati, rilevare che la Corte Costituzionale è innanzitutto un supremo organo costituzionale, sorto, mi sia consentita tale espressione, sorto come "*partenogenesi costituzionale*", frutto essenziale e conseguente all'attribuzione della essenza di rigidità della Carta costituzionale dalla quale configurazione discende la relativa competenza di assumere norme integrative aventi ad oggetto la disciplina della stessa procedura del potere sindacatorio (e ciò diversamente da ogni altra autorità giurisdizionale è appena il caso di notare); detto organo esercita siffatto potere impiegando momenti procedimentali "*analoghi*" al processo giurisdizionale, esercita cioè il suo potere con

ISSN 2036-7821

un procedimento (per così dire) para-giurisdizionale, e che ha nella sua competenza il potere di "adeguare" perciò tale procedimento alle esigenze del sindacato sulla costituzionalità delle leggi, qualora venga attivato il suo intervento da una autorità giurisdizionale.
In questa sede non viene portato lo sguardo sui casi di ricorso principale, perché il tema trattato ha per epicentro il ricorso incidentale. E va anche sottolineato come le prevalse convenienze della politica praticata sin dall'indomani dell'adozione della Costituzione non possono avere alcun effetto sul profilo precisato né sul piano sul quale è destinato ad esplicarsi l'azione dei soggetti politici, né soprattutto sul piano traslucido della ricostruzione giuridica. Se non si mettono a dimora siffatti elementi prospettici in modo evidente si continua ad esaminare e/o riesaminare la faccia ben nota della luna evitando di conoscere quella non nota, ovvero, se si preferisce si continua ad osservare l'indice della mano che intende attirare l'attenzione sulla luna, anziché osservare quest'ultima. Ci si può solo tranquillizzare constatando che la democrazia sociale si muove sempre attratta dall'azione esercitata dal sole (popolo sovrano).

3. Onore al merito della Corte Costituzionale che induce anche la dottrina a considerare le "formazioni sociali".

Per continuare la similitudine precedente si potrebbe affermare che la Corte Costituzionale ha per prima riscoperto la faccia non nota della luna. Ma va altrettanto precisato che chi scrive ha da tempo portato l'attenzione in tema delle "formazione sociali", di cui all'articolo 2 Cost., anzi una tale attenzione ha costituito un dato utile è necessario all'adozione della strategia interpretativa della Carta.
Si comprende[11] però che nella presente sede ci si limiterà a ritornare sull'argomento nei limiti funzionali alla tematica indagata.
Va al tempo stesso posto in risalto che la tematica di cui all'articolo 2 Cost. fu oggetto di una lunga discussione che nacque e si esaurì in Assemblea Costituente, sulla quale si tornerà, ma è stata in parte trascurata invece dalla successiva lettura (=interpretazione), forse ritenuta, ma non da tutti, come una locuzione di tono prettamente retorico, una locuzione verbale priva di contenuto concettuale. Si può anche essere indotti a pensare che le stesse "composizioni politiche" avessero considerato tale dichiarazione in tal modo per cui, perlomeno sul momento, non destava alcuna preoccupazione per i rispettivi interessi politici, e si limitarono in fatto a trascurarla e sulla cui scia si incamminò anche il tecnico-giuridico, anzi a maggior ragione quest'ultimo chè la formula non presentava aspetti da recuperare in una tale prospettiva e semmai pensava che la vita giuridica nel suo sviluppo

[11] Cfr. a es., La potenzialità dell'azione giuridica comunale nello sviluppo prospettico della normativa costituzionale sulle formazioni sociali, ripub, in Studi sul "distinto" apparato, già cit., pag. 1 e ss0000000000;

ISSN 2036-7821

progressivo avrebbe sul piano concettuale attribuito alla formula un significato ed in parte si può anche comprendere (se non condividere un siffatto atteggiamento) perché la formula così definita non offre in modo "*immediato*" alcuno spunto in termini strettamente tecnico-giuridico perchè questi ultimi hanno bisogno di sporcarsi le mani nella immediata realtà della disciplina (e starei per dire nel suo divenire) di un determinato rapporto giuridico, per converso si sa che in sede Costituente fu in più occasioni precisato la necessità che in Costituzione andavano fissati i principi (cioè i valori) e non indicare i modi secondo i quali sarebbero stati attuati in seguito.

D'altronde, pur non volendo ritornare su argomentazioni già prima introdotte, le esigenze che le composizioni politiche, ormai organizzatesi, valutavano importanti e quindi da perseguire risultavano già assicurate come, ad esempio, la libertà della costituzione delle formazioni partitiche, la libertà di costituire sindacati e la relativa esplicazione della propria azione, in conseguenza anche l'attenzione in termini giuridici viene attratta dalle singole disposizioni che per oggetto avevano tale istituti ed infatti si riscontra in questo primo periodo numerosi lavori su l'uno e sull'altro istituto.

D'altro canto non è ignoto che, in dottrina, i primi tre articoli della Costituzione furono oggetto di interpretazioni di netto stampo dommatico, anzi di interpretazioni distinte per ogni singola disposizione, come "dogmi" distinti e separati e sfuggiva però il loro coordinamento a sistema, "*indice*" nel loro complesso dell'intero orientamento politico programmatico.

Si potrebbe avanzare il sospetto che una tale situazione presentava il pregio di non allarmare più di tanto alcuni orientamenti politici, i quali speravano che in futuro tali principi si sarebbero interpretativamente adeguati al clima sociale che tentavano di introdurre, ma sfuggiva allora (e sfugge attualmente) che il cammino della storia può essere soltanto sospettato, perché può essere intuito soltanto nel momento in cui la società prende fuoco (per così dire).

Certo è innegabile che le formazioni intermedie[12], come si usa definirle, possono assumere connotati e funzioni differenti a seconda del regime politico vigente (come formazione di lavoratori, formazione di stampo marxista, ecc.) però nella presente sede conviene muovere con il ricordare come la elaborazione della formula si maturò nell'ambito dell'Assemblea costituente[13] sia pure in termini più che brevi. La prima impostazione fu dettata da La Pira che illustrò la necessità che venissero salvaguardate le forme di organizzazione del lavoro, quelle relative alla famiglia, ecc.. In seguito l'On. Basso, non concordando su quanto affermato da La Pira,

[12] Per converso non ha per niente trascurato le formazioni sociali è stato Barbera, v. infatti nel commentario della Costituzione, a cura di Branca, vol. I, pag. 109 ss;

[13] In materia si rinvia a quanto già esposto nel precedente studio, citato già, sulla Potenzialità dell'azione giuridica sulle formazioni sociali, loc. cit.;

ISSN 2036-7821

entrambi furono gli autori di una comune formulazione, in seguito si registrò la formula concordata da Fanfani ed Amendola che finiva per planare sul suggerimento di Moro e fu così che la parola "*forma*" fu sostituita con quella di "*formazione sociale*" e così approvato in Assemblea Costituente.

Cosìcchè, a parte quanto si preciserà più avanti, chi scrive ripropone il medesimo interrogativo: è giustificato assumere un atteggiamento di relativa sufficienza (se non proprio di scetticismo) nei confronti di una tale locuzione elaborata da molti componenti dell'Assemblea cui deve riconoscersi una notevole preparazione culturale e non soltanto di stampo filosofico-politico, chi scrive si è sempre orientato in senso di rinvenire in tale locuzione una significazione filosofico-politico che, però, non rimane senza alcuna rilevanza sul piano di determinazione della società di cui si auspicava l'avvento, in quanto essa indica un fattore ineliminabile, il quale segna la via per raggiungere e realizzare una società inclusiva ed organicamente vincolata al rispetto dei doveri di partecipazione al progresso politico economico e sociale, che poi si dà il caso che costituiscono anche la piattaforma sulla quale si erge il popolo-sovrano (=società di eguali) e questa prospettiva offre già un primo significato, come effetto della sua presenza, consistente nella abiura della vecchia composizione sociale capitalistica[14] alla cui citata abiura sono chiamati tutti a concorrere, con uguale titolo, alla realizzazione della società non divisa per classi.

E si precisa che sotto questo angolo di osservazione va criticata la mitologia che i doveri di partecipazione al progresso in direzione testè indicata possano essere ridotti a meri doveri etici (il che per differente strada si perverrebbe a negare rilevanza alle stesse "formazioni") per converso ad essi va riconosciuta la tonalità ben chiara di doveri civici (perlomeno).

È giunto il momento di affrontare l'argomento trattato in termini positivi vale a dire ricostruttivi. In proposito va subito fatto notare che i "*diritti*" della persona richiamati nell'articolo 2 Cost non vanno costruiti come diritti soggettivi in senso tecnico-giuridico, stante la prevalente essenza politica dell'intera disposizione in esame, pertanto sono da considerare come " *interessi* ", altrettanto legittimi ma interessi che sono maturati e nutriti in senso "***corale***" da un gruppo sociale di individui-persone, in conseguenza questi interessi rappresentano le legittime prerogative di ogni cittadino che nel loro insieme formano il popolo sovrano di cui al precedente articolo 1 Cost (si potrebbe prospettare che tali prerogative corrispondono alle prerogative che una volta si riconoscevano al re sovrano, ovvero in epoca ancora precedente al feudatario), nel senso che esse rappresentano vantaggi spettanti alla singola persona in quanto componente del soggetto-popolo titolare di sovranità, a sua volta corrispondente al coefficiente politico con risonanza giuridica per effetto delle

[14] Sul punto si rinvia al lavoro già cit. nella nota 4, loco cit.;

ISSN 2036-7821

direttive politiche che dovrebbero indirizzare l'intervento legislativo e che si dipartono da tale coefficiente.
Ma se tali interessi (=prerogative) sono comuni a tutti gli appartenenti al gruppo, essenza sociologica delle "formazioni sociali", ciò induce a riconoscerli come interessi diffusi (in sociologia si definiscono da un po' di tempo come super individuali) e come tali sono destinati ad essere tutelati e garantiti come automatica conseguenza del riconoscimento della "formazione sociale"(gruppo sociale), in altri termini la rilevanza giuridica degli interessi è reciprocamente connessa alla rilevanza della formazione (è anche lecito disporre diversamente i due reciproci termini).
La relativa problematica sulla rilevanza degli interessi diffusi era stata da tempo avvertita dalla Suprema Corte di Cassazione (v. la sentenza numero 5172 del 1979) che, in forza di argomentazioni logico-deduttive, perviene alla configurazione di diritto all'ambiente salubre e dichiara la dignità di tutela di un interesse comune al gruppo residente. D'altro canto è la stessa Corte Costituzionale, con la sentenza del 27 febbraio 2017, in forza di un'ampia motivazione sul procedimento logico seguito, e procedendo ad un ampio collegamento dei vari principi (valori) costituzionali e da tale organico collegamento, o se si vuole dal rilievo della loro connessione operativa in qualità di limite alla incostituzionalità della legge (vedi artt. 3, 6, 9, 33 e 34 Cost. citati dalla Corte) perviene a fissare il principio secondo cui "deve essere soddisfatto, tuttavia senza pregiudicare i principi costituzionali del primato della lingua italiana, della parità nell'accesso all'istruzione universitaria e della libertà di insegnamento"...per cui "della disposizione censurata... è ben possibile dare una lettura costituzionalmente orientata " (essa rappresenta un esempio di nuovo sindacato da chi scrive definito di seconda generazione, ma su ciò più avanti).
Certo ogni impostazione che ha avuto il tempo di consolidarsi anche in termini di categorie mentali diventa difficile abbandonarla, tuttavia si può concludere le argomentazioni sul tema specifico qui tracciate, desumendo che la Corte Costituzionale ha su questo piano limitatosi a riconoscere la rilevanza costituzionale delle formazioni sociali, che già avevano per volontà costituzionale, così come altrettanto ha dato voce agli interessi diffusi (o collettivi) la cui rilevanza (e conseguente garanzia) ad essi proviene dalla rilevanza delle "*formazioni sociali*" (ma su ciò più avanti) e chi scrive si è rasserenato perché il temuto "*scandalo a Corte*" pensa che si sia trasferito in un altro differente ambiente sociale, ed è conclusivo riconoscere che l'orientamento imboccato dalla Corte va salutato come un atto di "*coraggio*" al fine di accorciare il mentovato "*distanziamento*" dall'attuale cultura costituzionale.

4. Influenze positive o negative dell'intervento delle formazioni sociali nel sindacato della Corte?

ISSN 2036-7821

In altri termini, avviandosi alla conclusione, occorre riconsiderare il punto in cui le due linee argomentative in precedenza interferiscono e tale punto è rappresentato dal sindacato compiuto dalla Corte, anche allo scopo che una lettura distratta possa far dubitare se l'indagine non abbia preso alla larga la problematica. Ma un tale atteggiamento non sarebbe esatto, poiché le precedenti osservazioni sono state utili a calibrare più esattamente quale sia la cifra ed il connotato delle "preoccupazioni" sollevate ed infatti è da escludere ogni dubbio circa la "legittimità" di tale "ascolto" ed in conseguenza l'attenzione deve aggirarsi sull'aspetto della mera " opportunità". E sotto questo angolo di osservazione si è avuto modo di evidenziare che la tonalità allarmata dei dubbi sollevati finiscono per incanalarsi negli stessi dubbi e nelle stesse preoccupazioni che le formazioni politiche allora in formazione nutrivano e nelle quali hanno perseverato "abbondantemente" anche in seguito.
E forse esse potranno prolungarsi ancora, stante il verificato "*distanziamento*" della cultura costituzionale ed il conseguente "*stanziamento*" del vecchio regime parlamentare liberale (a malapena) giustificato dalla necessità di far ben funzionare la "*effettività*" esistente. Certo non sarebbe inutile consigliare cautele in proposito, piuttosto è da avvertire che il "*panorama*" che si intende ancora riprendere risulta ormai mutato (e secondo chi scrive relativamente in meglio) con la conseguenza che sulla tavolozza sociale i singoli colori si stemperano (ma su ciò più avanti).
È opportuno ricordare come l'attività legislativa si è sempre più complicata e molta acqua è passata dal momento che a metà Ottocento si rilevava già che "pure a ridurre in concreto quelle formule astratte che voglia e sostiene le private ragioni ed interpretando la legge ne chiede l'applicazione, l'opera del quale segue al consiglio del giureconsulto ed apparecchia il comando del magistrato", all'altro estremo del segmento storico si ricorda quanto affermato dal Presidente della Cassazione sulla difficoltà che si incontrano sul piano della interpretazione dell'attuale produzione legislativa, caotica, non coordinata, emergenziale[15] ecc. non si può fare a meno di suggerire altrettanta cautela nel trattare un siffatto problema.
E' appena il caso di richiamare alla memoria un recente convegno tenuto intorno alla certezza della norma, in seguito al quale chi scrive, curiosando in materia, definì "*lo spazio ordinamentale*" come un intreccio di numerosi principi, quasi sempre tra loro intrecciati (e si poneva l'interrogativo se la giurisdizione, attualmente nel guado, non si avviasse verso la sponda del common low)[16].
Come pure anni orsono faceva rilevare che la legislazione diveniva sempre più connotata dalla tecnica (anzi notevolmente complicata da nozioni tecniche) di conseguenza come non scorgere che l'attività giurisdizionale è divenuta sempre più

[15] Cfr. V. Moreno. Galateo degli avvocati, 1843 Napoli, ripubb. A cura di F. Mastroroberti, 2006, pag. 6 ss;
[16] Cfr. Palma, Considerazioni intorno all'attuale problematicità della "certezza della norma" e l'attività di interpretazione – esecuzione della legge in sede di giurisdizione e di attività amministrativa, ripubb. In Studi del "distinto" apparato, già cit., pag. 55 ss.;

ISSN 2036-7821

complicata e sempre meno consapevole nel dettare il comando (si evita per amor di patria di porre in campo la scarsa cultura dei componenti politici, perché questo aspetto è destinato ad essere risolto con l'azione sostitutiva e suppletiva del Governo)[17] e tale complicazione più che naturale che si rifletta anche sull'atto di remissione alla Corte e questa ha già provveduto a rinforzare (a così dire) l'ausilio tecnico, aspetto autorevolmente condiviso (Onida) In un siffatto scenario, contornato dai monti bizantini, si fa specifico ritorno alla problematica opportunamente ritagliata per questo breve studio, e sì pone un interrogativo se il sindacato sulla costituzionalità della legge sia rimasto ai blocchi di partenza dei primi anni di attività, ovvero esso (e si sottolinea opportunamente) sia divenuto più adeguato seguendo lo "*sviluppo sociale"* (non certo nella dimensione sperata) che a sua volta, mettendo in luce sempre più la sistematica dei valori-principi costituzionali, rende più profondo e sempre più esaustivo il sindacato mediante una sempre maggiore "*conoscenza*" della realtà sulla quale è destinata ad incidere la norma oggetto della rimessione.[18]

È pur vero che se si continua a interpretare una singola disposizione costituzionale (anzi il singolo vocabolo in essa incluso) diventa sempre più difficile (per certi profili incomprensibile) condividere l'orientamento (e con esso lo stesso metodo a così dire) sempre più seguito dalla Corte, anzi si continuerà a sollevare annotazioni critiche di commento, ma se ci si muove a considerare la Carta, non un semplice codice di vari istituti, bensì un sistema organico di valori-principi che vanno sempre più maturandosi con il progressivo sviluppo (secondo tali principi, naturalmente) della società (popolo sovrano) in senso organicamente inclusiva e solidale, in altri termini di individui -persone, ed allora si può comprendere che il sindacato di costituzionalità deve poggiare (e/o può poggiare) anche sull'accertamento dei connessi valori-principi non avvertiti a livello del giudice remittente ed un tale "*prezioso*" itinerario conoscitivo ai fini del sindacato è stato da chi scrive subito apprezzato come valido (è necessario) e si è espresso in proposito come "*sindacato di seconda generazione*".

Si consideri infatti che nei primissimi interventi della Corte, essa si limitava a confrontare la norma rimessa alla luce della specifica disposizione richiamata nell'atto di rimessione, col tempo il sindacato estende la indagine anche ad altri principi (valori) non rilevati in questo atto, ma che richiamano il "*sospetto* " (che diventa in seguito certezza) i quali possono essere altrettanto violati. Ed è anche di

[17] Cfr. Palma, Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa, in Della azione amministrativa, già cit., pag. 1 ss;

[18] Al fine di conoscere l'iter del progressivo sindacato di costituzionalità si consiglia, ad esempio, di leggere le seguenti sentenze della Corte secondo l'ordine esposto: n. 52 del 1958; n. 97 del 1969; n. 35 del 1961; n. 54 del 1962; n.4 del 1962; n. 39 del 1963; n. 200 del 1975; n. 94 del 1976; n. 223 del 1982; e soprattutto la n. 42 del 2017 e la n. 242 del 2019;

ISSN 2036-7821

agevole comprensione che un tale spazio di sindacato costituzionale costituisce un fenomeno in progressivo allargamento come effetto di quel grado progressivo e che operi affinché la società (popolo sovrano) si decida ad incamminarsi sulla strada tracciata, laddove oggi si sofferma per singoli e minuti interessi individuali, il cui percorso non può essere praticato se non con il convinto auspicio di realizzazione di quei principi ed a chi riconoscere una siffatta cognizione se non alla massima autorità di garanzia della Costituzione (non occorre ricordare che questa è stata per scelta unanime "*rigida*").

Ma va aggiunto che i valori di cui è parola, pur rimanendo fedeli alla cifra assiologica originaria, assumono e possono assumere col grado progressivo della società una "*inflessione*" più specifica al tempo della successiva cognizione tale da incidere su altri valori, prima non coinvolti, per effetto della mentovata inflessione, e tali da essere meglio percepiti a livello di singoli gruppi che nutrono e maturano "*coralmente*" interessi comuni (parlo delle formazioni sociali) e perché non rivolgere l'attenzione anche su di essi, dappoiché, come si è sostenuto, sono destinati ad assumere rilevanza giuridica. Si potrebbe parafrasare la ben nota affermazione secondo cui al di sopra della Corte vi è il cielo stellato e nella Corte si è potenziata (non l'idea morale) bensì l'idea di garantire sempre più il rispetto della Costituzione e la relativa competenza giuridica di essa è più che normale che sarà esercitata con ogni cautela ritenuta corretta e normale.

E si può concludere ponendo nella massima evidenza che la prospettiva testè aperta (e chi scrive è ben conscio che la conclusione tratta ha la sua diramazione dalla strategia interpretativa sin dall'origine adottata e in principio della presente ricerca ricordata) consente di connotare il sindacato di costituzionalità in termini di "*obiettivazione*" scansando ogni possibile abuso del potere politico (e si sfida chiunque a dimostrarmi che il presente ambiente politico non necessità di un tale tipo di "*controllo*"); l'abuso vuole indicare quando l'esercizio di un potere fuoriesce dai confini ad esso stabiliti nell'attribuzione e quindi dagli scopi ad esso funzionalizzato.

E si procede a rinverdire un motivo esposto all'inizio di questo lavoro al fine di meglio spiegarlo e riguarda la "*intrusione*" di un cultore di diritto amministrativo nell'area frequentata maggiormente dai cultori di diritto costituzionale e pertanto si fa notare che il vallum (di latina memoria) che secondo chi scrive ha più una rilevanza burocratica introdotta ai fini della abilitazione alla docenza, il quale però "*perseverato*" nel tempo ha condotto al distanziamento dei primi dalla cultura Costituzionale (e chi scrive avverte sempre più l'esigenza di ridurlo se non sopprimerlo), tale motivo è presto dimostrato dal far notare che la legittimità dell'azione amministrativa può soltanto conseguire se poggia sulla "*obiettivazione*" di tale azione (tale orientamento è stato sempre curato) ed è necessario spiegare come a quest'ultima obiettivazione concorre anche la obiettivazione del sindacato della

ISSN 2036-7821

Corte, concorrendo entrambe, sia pure a livello differente, ad escludere ogni abuso politico[19].

Rimane però un'ultima speranza secondo cui evitando progressivamente che i singoli cultori continuino a tirare a se il tessuto (ordinamentale) esso si strappi allargando ed approfondendo quel vuoto creatosi tra lo statuto di ogni cittadino (peraltro componente del popolo-sovrano) e i valori costituzionali e sarebbe da valutare grave che detto vuoto venisse stabilmente riempito dallo sconsiderato populismo attuale.

Ma il ricercatore deve assumere una propria "serenità" che lo induce ad adottare come motto che "*tutto passa e nulla permane*"[20]

[19] Sul concetto di "obiettivazione" l'a portò la sua attenzione già in Itinerari di diritto amministrativo, Lezioni del 1993-94, Cedam 1996, spec. 360 ss;

[20] Naturalmente l'a di questo lavoro si augura "in meglio" specialmente in termini di coscienza sociale.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le prevedibili gravi conseguenze causate dalla pandemia virale sollecita di nuovo l'attenzione giuridica sulla origine "endogena" del cosiddetto "stato di necessità" anche nell'ambito del vigente ordinamento informato ai principi-valori della Costituzione "rigida".

di Giuseppe Palma*

(Università Telematica "Pegaso" - Professore Emerito di Diritto Amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza "Federico II")

Sommario

1.Esposizione dei motivi che consigliano di tornare ancora una volta sul tema dello "stato di necessità"; 2. Impostazione del tema nel regime giuridico pre-costituzionale; 3. Differenze della ricostruzione giuridica nell'attuale regime costituzionale; 4. Conclusione in termini di "adeguamento dinamico" scandito nel tempo delle libertà riconosciute ai singoli.

Abstract

The writer is well aware that the topic identified for this work is, and so is characterized, of extreme difficulty but the interest that aroused his attention consists in having deduced from the study of recent legal writings (better technical-juridical) how there is a direct "line of argument" in doctrine (and not only) between reconstructions (at times suffered in terms of general theory) elaborated in doctrine (although undoubtedly authoritative) in the pre-constitutional era, in a considerably different political regime, and the problematic perspectives of the post-constitutional doctrine, as if one were in the presence of a mere conceptual "traslatio" from the old historical (liberal monarchical) regime in what, reacting to the latter, rests on principles and values consecrated in the Constitution.

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo, nonché la capacità dell'autore di entrare in un dialogo approfondito col dibattito internazionale"*

1. Esposizione dei motivi che consigliano di tornare ancora una volta sul tema dello "stato di necessità".

Chi scrive è ben consapevole che la tematica individuata per il presente lavoro è, e così si connota, di estrema difficoltà ma l'interesse che ha suscitato la sua attenzione consiste nell'aver dedotto dallo studio di recenti scritti giuridici (meglio tecnico-giuridici)[1] come vi sia una "linea argomentativa" diretta in dottrina (e non solo) tra ricostruzioni (a volte sofferte in termini di teoria generale) elaborate in dottrina (ancorché indubbiamente autorevoli) nell'epoca pre-costituzionale, in un regime politico notevolmente differente, e le prospettazioni problematiche della dottrina post-costituzionale, come se si fosse alla presenza di una mera "traslatio" concettuale dal vecchio storico regime (liberale monarchico) in quello che, reagendo a quest'ultimo, poggia su principi e valori consacrati nella "nuova" Costituzione.

E ciò soprattutto se si fa attenzione alla circostanza che anche nel vecchio regime politico i dubbi, i continui ripensamenti, nutriti in dottrina alimentata, va subito sottolineato, da autorevolissimi studiosi, fondatori della generale civiltà giuridica dell'odierno nostro ordinamento, finirono per lasciare aperta, nel presente tema, ad una sorta di generale adesione per così dire "convenzionale", suggerita soprattutto dal mettere in rilievo gli analoghi spunti desumibili dalle costituzioni di Weimar, francese e soprattutto dal regime democratico inglese (di secolare vigenza storica).[2]

In conseguenza la traslatio di cui è parola ha finito per lasciare inalterati i ben noti dubbi e difficoltà ricostruttive della sottostante situazione "imprevedibile" (e conseguentemente non ancora disciplinata legislativamente) che viene denominata con locuzione verbale convenzionale di "stato di necessità". In conseguenza (se non altro) sorge (ed è sorto in chi scrive) l'interesse (quantomeno) di verificare se i cennati dubbi e le perplessità sorte nella dottrina del tempo, politicamente (e per certi aspetti anche socialmente) differente, nel quale i soggetti componenti il popolo erano considerati "sudditi", siano ancora da giustificarsi anche attualmente dopo che i Costituenti nutrirono l'esigenza (valore in certi limiti rivoluzionario) di riconoscere al popolo la sovranità (al posto del monarca titolare della sovranità).

Ma l'interesse di chi scrive è alimentato anche dalla sua convinzione, radicatasi nel tempo, secondo cui è riscontrabile specie negli ultimi tempi un notevole progressivo "distanziamento" politico dalla cultura costituzionale, il che lascia perplessi e diviene fondato indagare se quei dubbi di cui è parola non trovino un innesto stabile nella cultura giuridica attuale che finisce ancora una volta per condividere quella menzionata adesione "convenzionale", prodotto della cultura politica del passato regime.

---

[1] Cfr. M. Calamo Specchia, Principio di legalità e stato di necessità al tempo del Covid 19, in AIC, 2020, 142 ss; F. De Vanna, Il diritto "imprevedibile": notazione sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid 19, in Nomas, 2020, n. 2; A. Travarsa, Lo "stato di necessità", Diritto pubblico interno, Napoli, 1916 passim

[2] Cfr. ad es., Traversa, Lo stato di necessità, cit., pag. 1 e ss.

ISSN 2036-7821

A questo punto è da precisare che la rilevata "convenzionalità", deriva, si può desumere, non certo da dichiarazioni esplicite rinvenibili nella produzione scientifica, ma piuttosto dalla circostanza (questa sì rinvenibile) che in materia ci si limita ad adottare le storiche soluzioni e si evita di riscontrare se esse sono "conciliabili" con la complessiva disciplina costituzionale. D'altro canto è elementare che si noti l'estrema esigenza di prevenire e di trovare misure idonee ad alleviare gli effetti più o meno gravi prodotti dalle calamità naturali, ciò è una esigenza "primordiale" di ogni regime politico, ma giustificare questa "necessità" innestandola quasi esclusivamente nel "brodo di cottura" della "politica", lascia interdetti (e si possono intuire agevolmente i connessi sospetti) a maggior ragione ove si solleciti l'attenzione critica che siffatta "necessità" finisce per porre limiti e condizioni all'esercizio (e quindi al godimento) di fondamentali diritti di libertà che risultano disciplinati dalla Costituzione (ma su questo si tornerà più avanti).
In conseguenza è innegabile (e lo si ripete per evitare ulteriori equivoci) che lo Stato abbia l'obbligo di tutelare e garantire il popolo da calamità gravi (e sempre più calamitose qualora si sposti l'attenzione sui danni che si abbatteranno sulla società per eventi causati dalle modifiche climatologiche) poiché lo Stato tutela così la stessa base naturale su cui si regge e sorge, ma è anche da riconoscere che ogni orientamento politico, per la sua stessa esistenza, è destinata a divenire ed a "infuturarsi" in disciplina giuridica, però va tenuto presente ed occorre porre in evidenza che ogni ordinamento prevede le necessarie misure e regole in forza delle quali la politica possa realizzarsi legittimamente in un "prodotto giuridico" e tale orientamento, epicentro dell'indagine intrapresa, vale maggiormente nei confronti di una Carta costituzionale intenzionalmente voluta e dichiarata come "rigida". Ed allora si comprende l'estrema necessità (perché appare utile anche in ordine all'esigenza di garantire il grado di democrazia nell'attuale regime) che non si dia niente più per scontato in ordine alla tematica in questa sede indagata e si passi ad interrogare (starei per dire di nuovo) la Costituzione poiché è quasi elementare pensare che i Costituenti, che hanno avuto in gran conto di attribuire ai componenti del popolo sovrano le libertà, abbiano poi lasciato che la politica (anzi la mera politica) potesse "stravolgerle" sebbene nel clima di calamità. Ultima osservazione esplicativa; si fa notare che ammettendo, ovvero dovendo ammettere che lo stato di necessità si è soliti affidarlo all'esclusiva azione politica (ma su ciò più avanti) ha consigliato l'aggettivazione di "endogena" (nel senso che non sarebbe stato previsto in Costituzione e nasca "autonomamente" nella struttura complessiva della "Istituzione").

2. Impostazione del tema nel regime giuridico pre-costituzionale.
Prima di inoltrarsi nell'indagine, che il presente lavoro si propone, appare molto utile precisare la chiave che si intende adottare ed a tal fine si ricorda quanto si afferma in

ISSN 2036-7821

un'opera del 1853, sul Diritto pubblico e privato del Regno delle due Sicilie, che "la Costituzione di un popolo non è che l'espressione dei suoi bisogni, dei suoi desideri, dei suoi costumi, delle sue abitudini, delle sue tendenze, delle sue virtù, e persino dei suoi stessi vizi…perocché non è a ricercarsi il suo tipo che nella storia civile…senza necessità di frugare negli archivi politici degli altri popoli ed aggiungere nella realtà sociale di epoche precedenti di uno stesso popolo".[3]

Ed è comprensibile allora che le soluzioni in materia risultano prospettate in termini tecnico-giuridici, in assenza però di un preliminare raffronto con il differente ordinamento sopraggiunto, non possono essere trapiantate soprattutto nel nuovo ordinamento informato a principi e valori differenti, rispondenti a differenti gradi di civiltà sociale .

E si rileva che in tema di "stato di necessità", non rinvenendo un esplicito riferimento costituzionale, ci si è orientati con passo sicuro nel riconoscere e giustificare l'intervento normativo, determinato dagli effetti della calamità, come quella della pandemia virale, nella previsione del decreto legge (art. 77 Cost.) ed a volte includendo in tale prospettiva la disciplina vigente, approvata con legge sulla protezione civile (ad es. ordinanze contingibili ed urgenti, ordinanze normative ecc.).

In altri termini ci si orienta ad adottare un istituto che conterrebbe in modo subliminale anche la previsione di disciplina dello stato di necessità. Ma chi scrive avverte la necessità di annotare che il regime istituzionale vigente all'epoca, in cui una tale prospettiva di soluzione ebbe origine, risulta informato a cordinate istituzionali, in termini di dialettica funzionale, del tutto differenti da quelle che attualmente si è costretti a prendere in considerazione.

Sì consideri che l'articolo 3 dello Statuto sancisce che "il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere il Senato e quella dei Deputati", il successivo articolo 5 "al Re solo appartiene il potere esecutivo" , l'articolo 6 "il Re nomina a tutte le cariche dello Stato e fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi…", l'articolo 8…"il Re convoca in ogni anno le due camere, può prorogarne le sessioni…" e l'articolo 10 "la proposizione delle leggi apparterrà al Re …".

Si può dedurre quindi che in un regime di tal fatta al potere esecutivo spettava per competenza, statutariamente riconosciuta, un'ampia area di attività rilevante in campo normativo da impiegare in ogni ipotesi valutata necessaria di una iniziativa da parte del Re capo indiscusso del potere esecutivo (e legislativo), anche se finalizzata nel caso a limitare (o addirittura a cancellare) le "libertà" individuali, infatti è vero che l'articolo 26 sanciva che "la libertà individuale è garantita" ma se un atto comunque con valore ed effetto normativo veniva emanato per limitarla, ovvero per non garantirla il discorso era destinato a chiudersi.

[3] Cfr. C. Marini, Diritto pubblico e privato ecc., Napoli, 1853, 133 ss.

ISSN 2036-7821

A tal punto va ricordato che secondo alcune prospettazioni in dottrina sostenevano che l'atto da ultimo cennato venisse assoggettato, in termini di legittimità, al giudizio di un giudice, ma la prospettiva in esame non sortì la fortuna di essersi diffusa, anche perché nella fattispecie si trattava pur anche di un atto con effetti normativi. Di questa situazione di rilevanti difficoltà si resero ben conto autorevoli studiosi, sensibili alla debole posizione del singolo privato (soprattutto ulteriormente aggravata dalla esistente società oligarchica, vale a dire divisa per classi, che si rifletteva a sua volta anche sui relativi statuti di queste), i quali si attivarono, specialmente con il progredire dell'ordinamento verso mete di maggiore democrazia parlamentare liberale, al fine di approntare più efficienti garanzie della posizione giuridica del singolo prospettando inizialmente che lo "stato di necessità", con effetti negativi per quest'ultimo, trovasse il suo fondamento su di un "principio", per così dire universale, e non poggiante perciò sullo Statuto, come connaturato alla "Istituzione" (pertanto preesistente all'ordinamento allora vigente), alla "ragione di Stato", come denominatore di ogni ordinamento statuale e quindi connesso intimamente alla stessa esistenza di un soggetto Stato, alla teoria del "fatto norma" ed infine sono approdati sul decreto legge la cui garanzia dei privati era assicurata dall'intervento del Parlamento al fine della commutazione in legge.[4]

Va però subito da porre in evidenza come quest'ultima soluzione nel regime politico esistente non era tesa a sostenere che la disciplina di condizionamento delle libertà e/o delle posizioni giuridiche dei privati fosse prevista perciò stesso nell'istituto del decreto-legge (come a volte si finisce per sostenere attualmente) ma soprattutto nell'intento di affrontare una maggiore garanzia del privato cittadino, senonchè, saltando di pari passo il lungo itinerario giuridico-storico, sviluppatosi in coerenza dell'avvento di ideali politici che conducono progressivamente allo Stato parlamentare liberale, la teoria del decreto-legge è stata trasferita nell'ordinamento post-costituzionale come quell'istituto che in sé contiene la stessa previsione (e quindi la legittimazione) dello "stato di necessità" e sarebbero legittimate anche i limiti e le condizioni che la necessità impone di apportare alle libertà riconosciute dalla Costituzione ai cittadini (peraltro titolare della sovranità spettante al popolo).

3. Differenze della ricostruzione giuridica nell'attuale regime costituzionale.

Sì perviene così nel predominante clima della elaborazione giuridica post-costituzionale, nel quale non si rinviene una esplicita previsione dello "stato di necessità", in conseguenza ci si orienta nella prevalente tendenza ricostruttiva a giustificare i notevoli limiti e condizioni all'esercizio dei diritti di libertà, consacrati nella Costituzione, nella disciplina del decreto-legge, in altri termini nell'istituto, adottato in Costituzione dopo il superamento di una serie di dubbi sollevati in

[4] Per una visione di insieme sulla elaborazione in dottrina si rinvia a F. De Vanna più sopra cit., pagg. 3 e ss.

ISSN 2036-7821

Costituente, meramente strumentale a risolvere, secondo il passato regime statutario, l'urgenza di adottare una disciplina normativa specialmente nel periodo fra le due Sessioni, nelle quali le Camere non erano funzionanti. Ed il percorso argomentativo di per sé semplicistico sostiene che se si riconosce al Governo la facoltà di risolvere, sul piano normativo, difficoltà ovvero emergenze con un certo grado di urgenza ed allora tale "urgenza" contiene anche il connotato della "necessità "di intervenire, donde l'implicita previsione dello stato di necessità in esame.

Ma a parte quanto si osserverà più avanti, a chi scrive appare non condivisibile una tesi siffatta perché ritiene (ed in seguito sarà meglio motivato) che una (soprattutto) implicita inclusione nello stato di urgenza per così dire di esplicazione generalissima, nel senso che risulta in concreto azionabile (e /o impiegabile) in molteplici situazioni ed assolve a molteplici scopi (per esempio per l'assenza temporanea della disciplina legislativa, come per il ritardo della relativa adozione di una disciplina ad opera del Parlamento) possa contenere, ancorché implicitamente, il potere di escludere e/o limitare l'esercizio di diritti previsti "esplicitamente" nella Costituzione peraltro rigida. Ed una tale impostazione trova conferma nell'ampia discussione svolta in sede Costituente (Seconda Sottocommissione) nella quale la previsione del decreto-legge fu inizialmente avversato.

Infatti lo stesso relatore On. Mortati osserva che "la questione consiste se deve ammettersi l'adozione di un tale provvedimento da parte del Governo all'infuori delle Camere e se sia il caso di legalizzare questa eventualità e bisognerebbe considerare se la vacanza della Camera sia dovuto a scioglimento o ad aggiornamento" e continua "solo in una percentuale minima è giustificata dall'urgenza, in tutti gli altri casi questa è un pretesto che il Governo e per esso la burocrazia, usa per decretare a sua volontà. Contro questo cattivo uso del potere esecutivo bisogna reagire, vietando al Governo l'emissione autonoma di qualsiasi provvedimento di urgenza.... ma temo che, accogliendo la proposta dell'On. Conti, si corra il pericolo di estromettere il Parlamento proprio dalla sua funzione caratteristica che quella di legiferare". L'Ono. Bozzi "dovrebbe essere vietata al Governo questa facoltà che è stata una delle piaghe del nostro Paese". L'On. Patricolo "si deve rispettare il principio che il potere esecutivo non abbia la facoltà di emettere decreti, ma il principio stesso non può considerarsi violato se il potere legislativo delega ad una sua, sia pure modesta, rappresentanza di intervenire eccezionalmente con provvedimento di urgenza per fronteggiare avvenimenti impreveduti". L'On. Lussu "osserva che la vita moderna ha esigenze democratiche più che liberali, essa è così piena di problemi urgenti che non si può negare che vi siano casi in cui il Governo è obbligato ad intervenire. Vero è che la Camera potrà essere convocata in breve termine e questo potrà avvenire per questioni importanti, ma vi sono infiniti piccoli problemi per i quali non si può convocare il Parlamento e che d'altra parte richiedono la immediatezza di decisioni ". L'On. Uberti "ricorda che dal 1921 si

ISSN 2036-7821

cominciò a legiferare per decreto legge..... occorre modificare il sistema". L'On. Ravagnan sostenne che "occorre preoccuparsi del come provvedere a legiferare in casi di assoluta urgenza nel periodo di sospensione dei lavori parlamentari". L'On. Mortati, dopo aver rilevato che in fatto l'urgenza viene creata dal cattivo funzionamento delle Direzioni generali (ed altro ancora), "insiste nella proposta di abolire la decretazione di urgenza". L'On. Tosato "è anch'egli contrario alla decretazione di urgenza per ragioni teoriche e per ragioni di carattere particolare", "pertanto o si va incontro alla pratica invalsa o stabilire esplicitamente che l'istituto della decretazione d'urgenza è escluso"; l'On. Codacci Pisanelli consiglia di disciplinare l'istituto perché comunque il problema risorgerebbe (e ricorda la legge del 1926). L'Onorevole Perassi, si dichiara in via di principio contrario alla decretazione d'urgenza però concede il suo condizionato voto alla previsione in Costituzione.[5]

In conclusione venne messa ai voti la proposta di impedire la decretazione di urgenza ed essa fu approvata.

Passata la questione in Assemblea Costituente fu illustrata e discussa nell'ambito del generale esame relativo alla configurazione del Governo ed ai suoi poteri e il settore fu introdotto dall'onorevole Gullo, il quale afferma che il potere esecutivo "sia organizzato nella Costituzione in modo che esso tragga la sua necessaria autorità soltanto dalla volontà popolare manifestata attraverso la concessione della fiducia da parte della Camera dei deputati". Con riferimento specifico al potere normativo del Governo, egli dichiara di non voler prendere posizione in termini di teoria giuridica circa, ad esempio, la tesi che alcune particolari situazioni di fatto abbiano di per sé un valore normativo, e rileva "l'impossibilità di stabilire limiti rigidi... e porta fatalmente ad una invadenza dell'esecutivo nella formazione della legge...d'altro canto nell'epoca in cui viviamo si rende possibile provvedere ad una rapida convocazione del Parlamento... tuttavia non sarà grave né pericoloso lasciare che il governo emani sotto la sua precisa responsabilità i provvedimenti necessari che verrebbero ad assumere una efficacia di fatto ", tuttavia egli riafferma "l'assoluto divieto del decreto-legge". Inoltre dichiara che con quanto sostenuto (non significa) "disconoscere le necessità dello Stato moderno le quali derivano dall' ampliamento dell'intervento statale e dal tecnicizzarsi progressivo della legislazione"; più avanti mette in guardia che il "tecnicizzarsi della politica porta ad una invasione del potere esecutivo e pertanto sottolinea la necessità di fissare limiti e condizioni in materia" e chiude la lunga relazione con il ricordare che "il paese sia avviato ad una democrazia sostanziale richiesta nella coscienza e fondata sull'interesse, fattiva ed operosa della più gran parte dei cittadini".

[5] Cfr. La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Camera dei deputati – Segretariato generale, Vol. VII, pag. 1074 ss.

ISSN 2036-7821

Interviene ancora una volta l'On. Ruini, il quale riassume la disputa sorta tra i differenti orientamenti (anche di esclusiva natura politica) affermando che "vi è una sovranità unica e ne è depositario il popolo. Vi è una delegazione unica di sovranità ed è fatta al Parlamento... così il Governo d'Assemblea, ha tutti i diritti della dittatura senza averne il pregio della responsabilità individuale".

Tra gli interventi in sede di Assemblea si fa riferimento a quello dell'On. Tosato il quale, pur rimanendo contrario alla previsione del decreto legge nella Costituzione, si arrende alla maggioranza però chiede che si "inserisca il principio secondo cui se i decreti non sono convertiti perdono efficacia dal momento della loro emanazione ", che viene approvato dall'Assemblea.[6]

All'intuibile interrogativo perché si sia proceduto ad una siffatta sintesi delle opinioni espresse in ordine all'adozione nella Carta dell'Istituto di cui alla tematica di indagine, si passa subito ad esprimerne le ragioni e si fa notare come l'istituto del decreto-legge, per altro non adottato all'unanimità dei Costituenti, tra i quali autorevoli studiosi di diritto pubblico-costituzionale, sia a causa dell'abuso fattone dalla politica precostituzionale ed in conseguenza del principio approvato nell'articolo 2 Cost. secondo cui i diritti inviolabili e le corrispondenti libertà garantite ad ogni componente del "popolo sovrano" fossero più fedelmente e pienamente garantite se la tutela spettasse al Parlamento da essi eletto, in una società da realizzarsi in futuro non più frazionata in classi (vale a dire non più oligarchica), ma anche allo scopo di rilevare che l'argomento qui indagato non è stato mai discusso con accenno specifico alla necessità di ovviare agli effetti più o meno gravi delle calamità, piuttosto si parlò in termini di ovviare ad ipotesi di "urgenza", specie nelle ipotesi che il Parlamento non fosse stato già convocato (nella vacatio tra la Sessione di primavera e quella dell'autunno; vacatio che ora non sembra più in fatto registrarsi) ed in termini meramente discorsivi si sosteneva che l'ipotesi di urgenza integrava in fatto il connotato della necessità dell'intervento governativo, nella cui visuale, è intuibile, erano ricompresi, perlomeno nella logica del suo concreto funzionamento (e /o applicazione) tutte le ipotesi in cui era notata l'esigenza di disciplinare rapporti e/o situazioni non ancora disciplinati con legge.

Ma c'è un ulteriore grado di motivazione ben più profondo e consiste nel rilevare che mentre nel regime statutario le libertà erano garantite (come si è premesso più sopra) ma una tale proclamazione era labile poiché una legge poteva cancellarne alcune e nessuna conseguenza in termini giuridici conseguiva, contrariamente si pone in evidenza che i Costituenti hanno avuto (l'amorevole) cura di rinforzare al massimo il patrimonio di diritti inderogabili e delle libertà di ogni componente del popolo sovrano, sarebbero stati imperdonabilmente distratti a non prevedere anche forme di tutela di questi cosiddetti vantaggi, specialmente se si fa attenzione che

[6] Cfr. sempre loco cit., nella nota precedente

ISSN 2036-7821

l'intervento di urgenza, approvato sebbene con numerose riserve, avrebbe di per sé avuto la forza (si intende giuridica) di sospendere e/o di limitare il godimento, sia pure temporaneo, di diritti che erano specificamente normativizzati nella stessa Costituzione, il che ove fosse stato rilevato nei lavori della Costituente avrebbe probabilmente suggerito altri limiti e condizioni di cui all'articolo 77 Cost., a maggior ragione se si considera che proprio in funzione di garanzia delle prerogative di cui alla prima parte della Costituzione i Costituenti operarono con potenziato grado di attenzione nel configurare la disciplina della 2° Parte (e tale orientamento è rilevabile con la semplice consultazione dei verbali dei lavori); però se quanto affermato pare esatto e giustificato allora deve dedursi che il decreto-legge costituisce solo uno strumento che può essere impiegato allo scopo ma il potere che nella specie è esercitato deve essere stato previsto in altra parte della Carta come si dimostrerà di qui a poco.

4. Conclusione in termini di "adeguamento dinamico" scandito nel tempo delle libertà riconosciute ai singoli

Al fine di avviarsi sulla strada aperta dalle argomentazioni introdotte con una maggiore convinzione occorre ancora precisare preliminarmente il senso reale delle due ultime considerazioni.

Si sarà compreso che lo strumento del decreto-legge può essere impiegato per sopperire alle esigenze conseguenti a calamità, e questo si può ammettere, ma in esso non contiene la previsione implicita dello stato di necessità e tale conclusione è provata dal fatto che l'orientamento dei Costituenti fu molto tiepido nel prevederlo in Costituzione e finirono per adottarlo al fine di soddisfare la generale esigenza della "urgenza" di adottare comunque una "disciplina" non preesistente e quindi non già adottata dal Parlamento. D'altronde con la diffidenza espressa nei confronti dell'intervento governativo potevano mai dimostrarsi favorevoli ad affidare a quest'ultimo la facoltà di intervenire, per di più in termini restrittivi, in materia di diritti inderogabili e quindi di libertà riconosciute ai singoli e già conformate in termini giuridici (vedi ad esempio il diritto alla salute, ecc.) ed ancor più dopo l'adozione del principio secondo cui "la Repubblica si prometteva di riconoscere e garantire i diritti della persona sia come singolo sia nelle formazioni sociali" (articolo 2 Cost.), in altri termini era tracciato con ciò un programma di azione futura funzionale a realizzare la società inclusiva, solidale di individui uguali.

Ed in considerazione della buona riuscita di siffatto programma rivolsero la massima attenzione sulla dialettica dei poteri pubblici istituzionali, precisandone una serie di tratti del loro esercizio al fine che fossero funzionali allo scopo e fedeli al compito affidatogli. Una conseguenza negativa ai fini della compiuta conoscenza della Carta discende dal rilievo che anche la dottrina, in considerazione del fitto apparato tecnico-giuridico introdotto nella seconda parte della Costituzione, ha finito

ISSN 2036-7821

per porre maggiore (se non esclusiva) attenzione su questa parte e non sempre ha proceduto nel "conservare" il necessario collegamento con la prima, che costituisce il sistema dei principi e valori filosofico-politici che fissano l'indirizzo che il potere pubblico doveva (anzi avrebbe dovuto) rispettare nella sua futura azione politica.

Per converso la prima parte della Costituzione è rimasta nell'opinione diffusa come se si trattasse di una semplice dichiarazione di intenti, come del resto in un primo momento si pensò di far precedere il testo costituzionale. Inoltre va anche notato che in più occasioni i Costituenti precisarono che non si parlava di libertà (ancora) nel senso giusnaturalistico (aspetto che erroneamente viene ancora seguito) e quindi esse non dovevano essere ancora considerate come "libertà negative" vale a dire come zona franca garantita dal sistema ordinamentale, bensì vanno configurate e così ritenute come "libertà positive" nel senso che l'ordinamento giuridico-costituzionale procede a conformarle (pur lasciando una libertà di autodeterminazione nell'esercizio) ma vanno esercitate nel rispetto di quegli scopi di cui ai doveri di concorrere al progresso civile, economico e politico, in altri termini a favore della "infrastruttura" di quel popolo ormai divenuto (politicamente) sovrano.

Ed allora appare più chiaro che nelle ipotesi delle libertà negative (giusnaturalistiche) risulta più agevole condizionarle nell'interesse pubblico (si ricordi quanto premesso sul regime statutario), viceversa in ordine alle libertà positive già oggetto di conformazione giuridica (con riflessi anche sull'esercizio dei relativi doveri non certo soltanto etici) poteva mai il Costituente disinteressarsi che nel futuro potessero essere soggette a "illegittime intromissioni della politica" perdendo in conseguenza la loro diramazione dal sistema originario dei principi e dei valori (di qui la particolare attenzione prestata all'esercizio dei poteri pubblici disciplinati nella seconda parte di cui è parola più sopra).

A questo punto ci si limita ad accennare che in un siffatto quadro infrastrutturale della dialettica istituzionale va inquadrato senza alcun dubbio la disposizione di cui all'articolo 23 Cost., inserita nel Secondo Titolo sui Rapporti civili, il quale pone il principio categorico dell'intervento della "legge", diversamente da quanto sembra generalmente ritenersi anche in alcune argomentazioni giuridiche (ma su ciò si tornerà).

Sulla scia di siffatti presupposti è ora di portare il discorso sul nucleo problematico della presente indagine. In conseguenza il discorso induce ad individuare il principio primo costituzionale della competenza di conformazione dei diritti inviolabili da riconoscere (e garantire) ai componenti del popolo sovrano e l'attenzione viene ancora una volta tratta sull'articolo 2 Cost. una volta che, come si è appena detto, si era escluso di premettere un "preambolo" alla Carta, ed è proprio nell'articolo citato che è da rinvenire (per così dire) il "genoma" della previsione del potere di conformare i diritti inviolabili; infatti l'articolo 2 testè citato contiene, sia pure redatto sotto forma verbale semplice e piana, una sorta di "reazione nucleare" che in modo

ISSN 2036-7821

"inesorabile" detta la direttiva politica alle forze politiche che si alterneranno alla guida del Paese.[7]

In tal senso ogni dubbio deve cedere di fronte a quanto risulta dichiarato nei lavori della Costituente, come "(si) propone una riforma della struttura sociale ed anche politica dello Stato. L'ideale da proporsi in una società pluralista e appunto questo ideale organico per cui ogni uomo abbia una funzione ed un posto nel corpo sociale, funzione e posto che dovrebbero essere definiti... e che fissa le posizioni di tutti" (La Pira); "questo concetto fondamentale dell'anteriorità della persona, della sua visione integrale e dell'integrazione che essa subisce in un pluralismo sociale, che dovrebbe essere gradito alle correnti progressiste" (Dossetti); "il fine di un regime democratico è quello di garantire un più ampio e più libero sviluppo della persona umana" (Togliatti); "si tratta di uno sforzo verso la solidarietà sociale in senso antiindividualista" (Basso); "i primi articoli della Costituzione…direttive indicate al legislatore, come un solco in cui egli debba camminare come affermazione delle finalità cui la democrazia tende" (Basso); "in uno statuto non si può che ammettere i principi generali senza scendere al dettaglio" (Lombardi) e ciò dopo aver definito la prospettiva in cui procedere "occorre mettere da parte la filosofia e le ideologie che ci dividono ad interessarsi della Costituzione che ci unisce"(Mancini).[8]

In conseguenza con quanto premesso resta anche fissata la prospettiva della presente indagine e si deduce che la Repubblica riconosce e "garantisce" i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia "nelle formazioni sociali" e "richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà.....", e si deve dedurre che in questa dizione viene prevista la "competenza" che la Repubblica si riserva di disciplinare e conformare i diritti di cui è parola in modo che siano "disponibili " ad assolvere ai doveri di cui è altrettanto parola.

Occorre anche precisare che le "formazioni sociali " richiamate non trattasi di un mero canto alle stelle, bensì un riconoscimento della loro rilevanza giuridica, la quale comporta che già come tale attribuisce anche rilevanza giuridica (una sorta di proprietà transitiva) agli interessi diffusi (o soprindividuali, come alcuni definiscono) per così dire, allo stato puro, però se la Repubblica intende anche "garantire" oltre che al solo riconoscimento, può procedere a disciplinarli (perlomeno alcuni di questi) al fine di rinforzare siffatta garanzia in termini giuridici di "diritti soggettivi", così come ha per così dire proceduto per quei diritti che sono stati disciplinati nei tre Titoli della prima parte (ivi compreso il diritto alla salute, articolo 32), infatti questi ultimi,

[7] E' necessario ricordare che chi scrive è intervenuto in più occasioni in tema di "formazioni sociali", come da ultimo "Nell'attuale crisi che ha causato ulteriore attenuazione della "coscienza sociale" la Corte Costituzionale incrementa il suo ruolo di supremo garante della Costituzione ravvivando l'attenzione sull'apporto giuridico delle "formazioni sociali" ai fini del sindacato sulla costituzionalità delle leggi, in pubbl.; cui adde (4) Premessa alla ristampa, per i tipi della Giappichelli, Torino, dal Volume "Indirizzo politico statale e autonomia comunale. Tratti di una parabola concettuale".

[8] La Costituzione della Repubblica, già cit., vol. VI, pag. 316 e ss.

ISSN 2036-7821

ritenuti dai Costituenti di maggiore rilievo nel tracciare la via verso la società inclusiva organica e solidale, sono una sorta di "archetipo "di quel genoma di cui all'articolo in esame.

Ma non è tutto. Va anche rilevato che dalla conclusione, cui si perviene in questa sede, può anche mettersi in rilievo che nella conformazione a diritto soggettivo rimane o può rimanere individuato il connesso "dovere" di partecipazione (che in concreto si configura come dovere civico e non meramente morale) ed è qui che la precedente osservazione in ordine all'articolo 23 Cost. assume il massimo rilievo ricostruttivo poiché "nessuna prestazione personale" può imporsi se non prevista dalla legge, e va anche ricordato che la "prestazione" vuole significare l'attività richiesta o fornita da una persona e pertanto assume rilievo sul piano dell'intervento legislativo di conformazione del diritto-dovere di cui all'articolo 2 in esame;[9] nella specie trattasi di adeguamento dinamico scandito nel tempo.

Ed allora si può concludere affermando come in un quadro così disegnato in Costituzione con tratti abbastanza netti di essenza politico-giuridica deve escludersi che lo "stato di necessità" possa configurarsi, come nel passato regime di democrazia liberale, come una forza (qui definita) endogena della Istituzione, esso infatti rientra in questo quadro e da esso ottiene rilevanza giuridica, ma anche in esso ritrova l'indirizzo operativo, con ciò non si vuole negare che anche il decreto legge trovi un suo proprio ambito di manovra ma in termini esclusivi di strumento per (sua) natura di attivare una sollecita e pronta "decisione parlamentare" (ed in questi limiti resiste la sua storica esistenza). In estrema conclusione lo "stato di necessità" va inserito nella collegata complessiva disciplina di cui al collegamento funzionale degli artt. 2 e 23 Cost..

Si conclude e a chi scrive rimane soltanto, in considerazione dell'attuale clima politico, di augurarsi che l'ottimismo della ragione non ceda al pessimismo della volontà.

[9] Cfr. Spagna Musso, cit., in Commentario breve alla Costituzione, a cura di Crisafulli e Paladin, 1990, 23 (nel Commento all'art. 2 Cost.).

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

El régimen jurídico de las medidas provisionales en el derecho administrativo sancionador español.

di Alberto Picón Arranz *

(Personal Docente e Investigador Predoctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid)

Sumario

1. Introducción. - 2. Concepto y naturaleza jurídica de las medidas provisionales en el procedimiento sancionador. - 3. Principales caracterísiticas de las medidas provisionales. 4. Tipos de medidas provisionales adoptables en el marco del procedimiento administrativo sancionador. - 5. Límites de las medidas provisionales. - 6. Procedimiento de adopción de las medidas provisionales. 6.1. Órgano competente. - 6.2. Momento y duración. - 6.3. Principales trámites procedimentales. - 7. La impugnabilidad del acuerdo de adopción de las medidas provisionales. 8. Conclusiones

Abstract

The main aim of this paper is to analyse the legal regime of provisional measures provided for by the Spanish legislator within the framework of the administrative sanctioning procedure. For this purpose, we will take as a point of reference the regulation of provisional measures contained in the law on common administrative procedure and we will make the appropriate clarifications derived from the increase in guarantees that must be produced when an administered is faced with a punitive procedure.

ISSN 2036-7821

1. Introducción.

El *ius puniendi* entendido como la capacidad sancionadora que reside exclusivamente en el Estado puede ejercitarse a través de la vía penal y a través de la vía administrativa sancionadora. Si bien entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador existen diferencias evidentes, tanto cuantitativas como cualitativas, no es menos cierto que ambos presentan rasgos comunes como es, por ejemplo, la posibilidad de ejercitar una tutela cautelar de los bienes e intereses en juego.

En efecto, la duración excesiva de los procedimientos sancionadores provoca, en ocasiones, la necesidad de adoptar medidas provisionales tendentes, como tendremos ocasión de analizar posteriormente, a asegurar la eficacia de una potencial resolución sancionadora o a proteger los bienes jurídicos perturbados por la presunta infracción.

En el derecho administrativo español las medidas provisionales se regulan en el artículo 56 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) que reproducimos a continuación:

"1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

2. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar de forma motivada las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

3. De acuerdo con lo previsto en los dos apartados anteriores, podrán acordarse las siguientes medidas provisionales, en los términos previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:

a) Suspensión temporal de actividades.

b) Prestación de fianzas.

c) Retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por estas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable.

ISSN 2036-7821

d) Embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos.
e) El depósito, retención o inmovilización de cosa mueble.
f) La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda.
g) Consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen.
h) La retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones Públicas.
i) Aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución.
4. No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.
5. Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.
En todo caso, se extinguirán cuando surta efectos la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente".
Se trata de una regulación genérica aplicable a cualquier tipo de procedimiento administrativo, entre ellos, el sancionador. A continuación, trataremos de analizar el régimen jurídico de las medidas provisionales en relación con el procedimiento administrativo sancionador pues, el refuerzo de garantías del administrado en este tipo de procedimientos también va a tener su influencia en el régimen jurídico de las medidas provisionales adoptables en él[1].

2. Concepto y naturaleza jurídica de las medidas provisionales en el procedimiento sancionador.
Antes de entrar en el concepto propiamente dicho de las medidas provisionales, nos gustaría aclarar, desde el punto de vista terminológico, que no existe una diferencia conceptual importante entre "medidas cautelares" y "medidas provisionales". Pudiendo utilizarse indistintamente ambas expresiones, consideramos que la voz "medidas cautelares" está mas relacionada con el ámbito judicial, mientras que la voz "medidas provisionales" se utiliza más comúnmente en el ámbito del procedimiento administrativo.

[1] Los principios de la potestad sancionadora de la Administración Pública están previstos en los artículos 25 a 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, entre los que destacan el principio de legalidad, el principio de irretroactividad de la disposición sancionadora no favorable, el principio de tipicidad, el principio de responsabilidad de las personas físicas y jurídicas, el principio de proporcionalidad, el principio "non bis in ídem" y la prescripción de sanciones e infracciones.

ISSN 2036-7821

Dicho lo cual, podemos definir las medidas provisionales como la decisión administrativa provisional, excepcional e instrumental que se adopta durante el desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador o incluso antes de su inicio, con ciertas garantías y limitaciones y que puede perseguir un triple fin. Por un lado, el propio legislador en el citado artículo 56 LPACAP recoge dos finalidades de las medidas cautelares: la primera de ellas, relacionada directamente con el brocardo latino *periculum in mora*, se refiere a asegurar la eficacia de la potencial resolución sancionadora[2]. Y la segunda estará relacionada con la protección del interés -general o particular- perturbado por la presunta infracción. A nuestro juicio, habría que añadir un tercer objetivo que puede perseguir la adopción de una medida provisional y que es el de poner fin a los efectos perjudiciales de la conducta infractora o, dicho de otro modo, la restauración de la legalidad.

En relación con las medidas provisionales adoptadas antes del inicio del procedimiento administrativo debemos matizar que su finalidad no podrá ser la de asegurar la eficacia de la posible resolución sancionadora pues no existe un procedimiento abierto ni tampoco una imputación de cargos[3]. En estos casos la medida provisional adoptada perseguirá la protección de los intereses implicados y, en su caso, el restablecimiento de legalidad.

En cuanto a su naturaleza jurídica conviene dejar claro que, aunque su adopción pueda tener lugar en el seno de un procedimiento administrativo sancionador no tienen naturaleza punitiva. El órgano administrativo competente para la adopción de una medida provisional no ejerce la potestad sancionadora, aunque generalmente se trate de medidas restrictivas o limitativas de derechos para el presunto responsable. Las medidas provisionales se enmarcan dentro de la más amplia potestad de policía administrativa pues su objetivo no es el castigo de una infracción sino el aseguramiento del interés general mediante la limitación de derechos o facultades. Consecuencia de lo anterior son, por ejemplo, los principios de proporcionalidad o de menor onerosidad que rigen al momento de adoptar las medidas provisionales.

Encuadrada su naturaleza jurídica en la potestad de policía de la Administración Pública nos detendremos, por último, en la distinción de las medidas provisionales adoptables en el procedimiento sancionador de otras medidas preventivas que puede adoptar la Administración en ejercicio también de su potestad de policía:

- Como adelantamos más arriba, las medidas provisionales reguladas en el artículo 56 LPCAP son comunes a cualquier procedimiento administrativo. Sin

[2] B. MARINA JALVO, Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 109, 2017, p. 170. Asegurar la efectividad de la resolución es la finalidad por excelencia de las medidas provisionales que, además, "es la más amplia y completa pues comprende a todas las demás".

[3] M. GÓMEZ TOMILLO & I. SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Cizur Menor, 2017, p. 690.

ISSN 2036-7821

embargo, pese a tener un idéntico régimen jurídico, conviene advertir que el hecho de encontrarnos ante un procedimiento de carácter punitivo obliga, en todo caso, a aumentar las garantías de los administrados con respecto a los procedimientos no sancionadores. Conviene recordar en este punto, aunque no profundizaremos en esta idea por no ser objeto del presente trabajo, que el ejercicio del *ius puniendi* por parte de la Administración implica la aplicación, *mutatis mutandi*, de las garantías del proceso penal.

- En segundo lugar, también existen diferencias entre las medidas provisionales adoptadas en un procedimiento sancionador y las medidas preventivas que puede adoptar la Administración en el ámbito sanitario, ambiental o de seguridad ciudadana, entre otros. Estas medidas preventivas, aunque limitativas de derechos, tendrán carácter preventivo o precautorio y en ningún caso se impondrán teniendo en cuenta una conducta previa de un administrativo presuntamente culpable. Con este tipo de medidas se trata de proteger o prevenir a los administrados ante una situación de peligro[4]. Desgraciadamente la actualidad nos está dejando buenas muestras de este tipo de medidas adoptadas por las distintas Administraciones nacionales para tratar de combatir la pandemia originada por el COVID-19.

3. Principales caracterísiticas de las medidas provisionales.

Partiendo de su naturaleza no sancionadora y admitiendo que su contenido es restrictivo o limitativo de derechos, a continuación, nos referiremos a las principales características que deben concurrir en las medidas provisionales para que su adopción y mantenimiento sean conforme a Derecho.

La primera característica propia de este tipo de medidas es, como su propio nombre indica, la provisionalidad. Es decir, su vigencia siempre está limitada en el tiempo pues nunca podrán extenderse más allá del fin del procedimiento administrativo sancionador. El fundamento de la provisionalidad radica en que no se trata de una sanción en sí misma, sino de una medida cuya finalidad es asegurar la efectividad de una eventual resolución sancionadora. Dicho de otro modo, su vigencia está, de una u otra forma, condicionada a la existencia de un procedimiento punitivo.

En segundo lugar, el contenido restrictivo de derechos de las medidas provisionales se traduce en que su adopción debe ser excepcional. Puesto que, como tendremos ocasión de analizar más adelante, una de las principales garantías del procedimiento sancionador es la presunción de inocencia del administrado contra el que se dirige, la adopción de medidas limitativas de derechos debe ser una excepción. Precisamente esta excepcionalidad justifica que la adopción de medidas provisionales ha de ser, en todo caso, motivada con sucinta referencia a los hechos y a los fundamentos de derecho tal y como establece el legislador en el artículo 35.1.d) LPACAP.

[4] M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, 1989, p. 678.

ISSN 2036-7821

Una tercera característica configuradora de las medidas provisionales es su instrumentalidad. La medida por sí misma no tiene autonomía de ningún tipo ni un fin propio, sino que está conectada directamente con el procedimiento administrativo sancionador. La consecuencia inmediata de la instrumentalidad de la medida es que su adopción sólo tiene sentido dentro de un procedimiento punitivo para asegurar el cumplimiento de los fines del mismo[5]. Ahora bien, el legislador español contempla la posibilidad de adoptar medidas por razones de urgencia con anterioridad a la iniciación del procedimiento. En estos casos la medida continúa siendo instrumental puesto que una de las exigencias del legislador para adoptar medidas provisionales previas al inicio del procedimiento es que éste se inicie en los quince días siguientes a su adopción, de lo contrario la medida quedará levantada automáticamente y, en su caso, procederá la indemnización por daños y perjuicios al perjudicado.

En cuanto al levantamiento de las medidas provisionales, su instrumentalidad exige que tenga lugar, o bien cuando el procedimiento finalice por caducidad o archivo de las actuaciones, o bien cuando surta efectos la resolución sancionadora definitiva del procedimiento, en cuyo caso su vigencia carece de sentido. En todo caso podrán mantenerse las medidas provisionales mientras la resolución sancionadora no adquiera firmeza administrativa tal y como reconoce el artículo 90.3 LPACAP[6].

Otra característica común a las medidas provisionales que está íntimamente relacionada con su instrumentalidad es la mutabilidad o, en otras palabras, la sujeción a la cláusula *rebuc sic stantibus*. A lo largo del desarrollo del procedimiento sancionador las medidas provisionales podrán adoptarse, modificarse o alzarse en función de la evolución de las circunstancias del caso concreto. Así lo establece el legislador expresamente en el artículo 56.5 LPACAP al permitir, de oficio o a instancia de parte, la revisión de las medidas cuando las circunstancias hayan cambiado por causas sobrevenidas o por causas que no pudieron tenerse en cuenta en el momento de su adopción.

Por último, nos plantearemos si de las medidas provisionales adoptadas en un procedimiento sancionador es predicable su homogeneidad con la posible sanción a la que se enfrenta el presunto responsable. El legislador no se pronuncia al respecto de lo cual concluimos que no es una característica exigible de las medidas provisionales. Ahora bien, salvo en los casos en que no sea materialmente posible adoptar una medida homogénea -véase, por ejemplo, la inmovilización del vehículo exigida por la ley en una infracción de tráfico grave cuando la posible sanción

[5] J. GARBERÍ LLOBREGAT & G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador (Comentarios, jurisprudencia y formularios), Vol. 2*, Valencia, 2021, pp. 1593 y 1594.

[6] El artículo 90.3 LPACAP establece que "[L]a resolución que ponga fin al procedimiento será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, pudiendo adoptarse en la misma las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva y que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que en su caso se hubieran adoptado".

ISSN 2036-7821

consista en una multa pecuniaria- sí consideramos que es recomendable[7] la homogeneidad de la medida con la posible sanción. La principal ventaja que presenta la homogeneidad de la medida con la sanción es la posibilidad, siempre que sea jurídicamente viable, de compensación de las sanciones efectivamente impuestas con las medidas provisionales cumplidas por el infractor durante la tramitación del procedimiento. Sería el caso, por ejemplo, de una medida provisional consistente en el cierre cautelar de un establecimiento industrial cuando la posible sanción a la que se enfrenta el presunto infractor sea un cierre del mismo establecimiento por un período de diez años. Conviene recordar en este punto que la homogeneidad no está reñida con la naturaleza no sancionadora de la medida provisional pues, aunque sea análogo el contenido de medida provisional y sanción, la primera nunca representa un anticipo de la segunda, sino un medio para asegurar su eficacia.

En conclusión, consideramos características exigibles de las medidas provisionales la provisionalidad, la excepcionalidad, la instrumentalidad y la mutabilidad. La homogeneidad de la medida con la eventual sanción no es exigible pero sí recomendable a efectos prácticos por las ventajas que puede presentar a la hora de compensar la medida con la sanción efectivamente impuesta.

4. Tipos de medidas provisionales adoptables en el marco del procedimiento administrativo sancionador

Tal y como ha quedado transcrito al comienzo de este trabajo, el artículo 56.3 LPACAP establece una remisión a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil para enumerar un conjunto de medidas provisionales que la Administración puede adoptar en el seno de un procedimiento administrativo.

Al margen de las críticas que puedan realizarse al hecho de que una ley de procedimiento administrativo se remita a una ley procesal civil, teniendo en cuenta la distancia obvia entre un proceso judicial y un procedimiento administrativo[8], consideramos que tal remisión resulta innecesaria. En efecto, el elenco de medidas enumeradas por el legislador no constituye un numerus clausus sino más bien un catálogo ejemplificativo de posibles medidas.

El legislador administrativo no tipifica ni limita el número de medidas adoptables, sino que admite cualquiera de las previstas en la ley -no solo la LPACAP- siempre que esté orientada a la protección de los derechos de los interesados o se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución. Así lo entiende también el Tribunal Supremo que considera que la clase de medidas provisionales que pueden

[7] A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Granada, 2007, p. 13.

[8] B. MARINA JALVO, Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 109, 2017, p. 181.

ISSN 2036-7821

adoptarse "*pueden y deben ser todas aquellas que impidan que se frustre la finalidad del recurso*"[9], es decir, que aseguren la efectividad de la eventual sanción.

Aclarada la no limitación de las medidas provisionales adoptables en el seno del procedimiento administrativo sancionador a las recogidas en el artículo 56.3 LPACAP, nos detendremos brevemente en si la potestad del órgano administrativo competente para adoptar la medida provisional es discrecional o es reglada. En otras palabras, si la elección sobre qué medida adoptar es susceptible de valoración por la Administración o no.

La regla general, a nuestro juicio, debe ser la discrecionalidad del órgano administrativo, pues es quien debe valorar la adecuación de la medida al fin perseguido en cada situación. Es decir, corresponde al órgano administrativo decidir motivadamente qué medida de entre todas las posibles consigue mejor el objetivo de proteger los derechos de los interesados y asegurar la efectividad de la resolución sancionadora en cada supuesto concreto.

Ahora bien, siendo conscientes de que nos encontramos en el procedimiento administrativo sancionador y de que el principio de legalidad estricta rige de forma especialmente intensa en este ámbito, entendemos que la Administración perderá toda su posibilidad de valoración cuando sea la ley la que determine de forma expresa la medida provisional adoptable en un supuesto concreto. Por lo tanto, siempre que la ley especial aplicable al caso no se pronuncie expresamente sobre la medida provisional que cabe adoptar, del artículo 56 LPACAP deducimos que será el órgano administrativo competente quien, valorando discrecionalmente las circunstancias de cada momento, adoptará motivadamente la medida que mejor se adapte a los fines ya citados en relación con el procedimiento sancionador.

5. Límites de las medidas provisionales.

Precisamente la naturaleza no sancionadora de las medidas provisionales impone a éstas una serie de límites contenidos, expresa o tácitamente, en el artículo 56 LPACAP. Concretamente, el apartado cuarto del citado artículo establece que la adopción de este tipo de medidas no podrá implicar, en ningún caso:

- Un perjuicio de imposible o difícil reparación a los interesados: deberá, en consecuencia, ponderarse el interés general que trata de protegerse con la medida provisional y los intereses en juego del sujeto presuntamente responsable que van a verse afectados. El órgano competente para la adopción de la medida deberá, en el ejercicio de una potestad discrecional y para cada caso concreto, valorar los intereses en juego y determinar si concurrirá o no un perjuicio de imposible o difícil reparación en caso de adoptarla.

[9] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 9 de diciembre de 2020, FD 4, (rec. 7831/2018).

ISSN 2036-7821

- En segundo lugar, tampoco la adopción de medidas provisionales puede conllevar una violación de derechos amparados por las leyes. Esta expresión del legislador merecerá una interpretación restrictiva pues, por definición, toda medida provisional implica una vulneración de derechos protegidos por las leyes y, siguiendo el tenor literal del artículo 56.4 LPACAP, no se podría adoptar válidamente ninguna. Sin embargo, debemos entender esta expresión del legislador referida solamente a los derechos e intereses que no están en juego en el procedimiento administrativo sancionador. Es decir, la posible limitación o violación de derechos que implique la adopción de la medida debe circunscribirse exclusivamente a los derechos que entran en juego en el procedimiento, y no a otros derechos del presunto responsable amparados por las leyes.

Además, de la lectura del artículo 56 LPACAP debemos completar los dos límites anteriores con otros dos que se deducen también de la propia naturaleza restrictiva de derechos de las medidas provisionales, acentuada especialmente por encontrarnos en el ámbito de un procedimiento punitivo.

- Por un lado, el principio de proporcionalidad reflejado en los aforismos latinos "*favor libertatis*" o "*in dubio pro libertate*". En definitiva, se trata de valorar la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida para, posteriormente, elegir la medida más efectiva posible para alcanzar los fines deseados que produzca la menor onerosidad posible para el afectado[10].

Este principio se traduce en que nunca podrá adoptarse una medida provisional que sea más perjudicial para los derechos e intereses del presunto responsable que la posible sanción a la que se enfrenta. Y para valorar esta circunstancia, nos resulta muy útil volver al concepto antes enunciado de la homogeneidad entra la medida provisional y la sanción. En efecto, la medida homogénea con la sanción constituiría

[10] En relación con el principio de proporcionalidad, aunque no se desarrolle en relación con las medidas provisionales, sí se desarrolla en el artículo 29 de la antes citada Ley 40/2015 en relación con las sanciones: *"1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad. 2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. 3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios: a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad. b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora. c) La naturaleza de los perjuicios causados. d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa. 4. Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior. 5. Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida. 6. Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión".*

ISSN 2036-7821

el límite, en todo caso, del perjuicio que puede implicar una medida provisional a los intereses del afectado.

Si se probara durante el procedimiento sancionador que el órgano administrativo debió modificar o, incluso, alzar las medidas adoptadas por un cambio en las circunstancias o, simplemente no debió adoptarlas porque no justificó debidamente la relación entre los hechos, la medida adoptada y sus fines, provocando en el interesado un daño que no tuviese el deber jurídico de soportar, procederá la indemnización de la Administración al perjudicado por los daños indebidamente causados de acuerdo con el régimen general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas[11].

- Por otro lado, el principio de reserva de ley. Ofrece pocas dudas la aplicación del principio "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*" al ámbito del derecho sancionador del Estado, ya sea vía penal o vía administrativa. Ahora bien, este principio exige que una norma con rango de ley tipifique las infracciones y las sanciones, pero nada dice de las medidas provisionales. En este punto encontramos dividida a la doctrina.

Hay quien considera que si la medida se adopta junto con el acto de incoación del procedimiento administrativo sancionador o durante la vigencia del procedimiento basta con que una norma de rango reglamentario prevea esta posibilidad[12]. Por contra, si la medida se adopta en un momento previo a la iniciación del procedimiento se requerirá que su adopción esté prevista en una norma con rango de ley.

No compartimos esta posición pues consideramos injustificada la diferenciación entre si la medida se adopta en el seno de un procedimiento o con anterioridad a él. Consideramos que en todo caso la posibilidad de adoptar una medida provisional debe estar prevista en una norma con rango de ley pues estamos ante un acto administrativo restrictivo de derechos que, además, exige un plus de garantías toda vez que nos encontramos en el ámbito de un procedimiento administrativo sancionador.

Para terminar el análisis de los límites de las medidas provisionales abordaremos una última cuestión: ¿Es la adopción de medidas provisionales en el ámbito sancionador contraria a la presunción de inocencia? Para responder a esta pregunta analizaremos la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional que

[11] F. PONS CANOVAS, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2001, p. 245. Entiende el autor que habrá que valorar simplemente la justificación el juicio de razonabilidad en la adopción de la medida, además del cumplimiento de los requisitos generales de adopción de las medidas provisionales. En ningún caso la indemnización dependerá de si el procedimiento termina con resolución absolutoria o sancionadora, sino de si el administrado tenía o no el deber jurídico de soportar la restricción de derechos provocada por la medida impuesta.

[12] B. MARINA JALVO, *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Valladolid, 2007, p. 58 o F. PONS CANOVAS, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2001, p. 138.

ISSN 2036-7821

condiciona la compatibilidad de la medida provisional en el ámbito administrativo sancionador con el principio de presunción de inocencia al cumplimiento de tres requisitos: en primer lugar, debe existir siempre una norma jurídica que permita su adopción. En segundo lugar, deben adoptarse mediante un acto administrativo motivado y fundado en Derecho. Y, por último, si no estamos ante una medida provisional reglada, su adopción debe basarse en un juicio de razonabilidad entre la finalidad perseguida y las circunstancias del caso concreto. De no cumplirse estos requisitos, el Tribunal Constitucional entiende la medida impuesta podría considerarse punitiva y, en definitiva, atentaría contra el principio de presunción de inocencia que debe proteger al expedientado en toda la tramitación del expediente sancionador hasta la resolución definitiva[13].

6. Procedimiento de adopción de las medidas provisionales

6.1. Órgano competente

El artículo 56.1 LPACAP determina, con carácter general, que el órgano competente para la adopción de las medidas provisionales será el órgano administrativo competente para resolver el procedimiento. Por su parte, el apartado segundo del mismo artículo establece que cuando concurran razones de urgencia inaplazable podrá adoptar este tipo de medidas el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento sancionador.

Es lugar común en la doctrina resaltar los problemas de imparcialidad[14] que genera el hecho de que, por regla general, sea el órgano competente para resolver el mismo que tenga que adoptar la medida provisional. Es indiscutible que el juicio de razonabilidad que deber llevarse a cabo para adoptar la medida provisional sobre el *periculum in mora* y la motivación en la que se deben relacionar los hechos que han provocado la apertura del procedimiento con el presunto responsable no dejarían de ser un anticipo de la sanción posterior.

Este riesgo de imparcialidad desaparece, sin embargo, cuando el legislador reconoce la competencia de adopción de medias al órgano administrativo encargado de iniciar o de instruir el procedimiento. La desconexión entre el órgano iniciador o instructor en relación con el órgano encargado de resolver elimina las sospechas de imparcialidad que concurrían en el supuesto anterior. Ahora bien, sólo cabrá la adopción de medidas por estos órganos en casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados.

[13] Véase, entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional número 108/1984, de 26 de noviembre o Sentencia del Tribunal Constitucional número 267/2000, de 24 de marzo.

[14] J. GARBERÍ LLOBREGAT & G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador (Comentarios, jurisprudencia y formularios), Vol. 2*, Valencia, 2021, p. 1592 y M. GÓMEZ TOMILLO & I. SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Cizur Menor, 2017, p. 693.

ISSN 2036-7821

Entendemos que las sospechas de imparcialidad, aunque imposibles de eliminar al cien por cien, quedarían bastante reducidas si el órgano competente para adoptar las medidas provisionales fuese el órgano competente en la fase del procedimiento sancionador en la que surja la necesidad de adoptar este tipo de medidas. De este modo, podría resultar competente sin que resultara una excepción el órgano encargado de iniciar el procedimiento o el instructor, y se mantendría también competente el órgano encargado de resolver el procedimiento sancionador.

6.2. Momento y duración.

Por seguir un orden cronológico en lo que al momento de adopción de las medidas provisionales se refiere, analizaremos, en primer lugar, la posibilidad de adoptar este tipo de medidas antes del inicio del procedimiento sancionador. Como adelantamos en el epígrafe anterior, la adopción de medidas en este momento requiere una especial motivación de la urgencia inaplazable que concurre en la necesidad de proteger los intereses implicados en el caso concreto.

No se nos puede escapar que uno de los requisitos esenciales exigidos para la adopción de las medidas provisionales es el *periculum in mora*, independientemente de que las medidas se adopten antes o en cualquier momento del procedimiento administrativo sancionador. Por ello, en todo caso, la adopción de medidas está justificada en motivos de urgencia, pues de lo contrario bien podría esperarse al momento de la ejecución de la resolución sin la adopción de ningún tipo de medida provisional. Por consiguiente, cuando el órgano administrativo se disponga a adoptar medidas antes del inicio del procedimiento debe justificar una urgencia inaplazable cualificada[15], superior incluso a la requerida con carácter general en cualquier otra fase del procedimiento.

A mayor abundamiento, la adopción de medidas antes del inicio del procedimiento estará condicionada a que en el plazo máximo de quince días desde su adopción se inicie el procedimiento sancionador. En el mismo acuerdo de iniciación deberá hacerse referencia expresa a su mantenimiento, modificación o alzamiento pues, de lo contrario, quedarán automáticamente extinguidas.

Un segundo momento procedimental que permite la adopción de este tipo de medidas es el mismo momento de iniciación del procedimiento sancionador. Dos son las posibilidades de adopción en este momento: pueden adoptarse integradas en el mismo acto de iniciación de procedimiento o también mediante un acto independiente que acompañe al acto de iniciación. De una u otra forma, el acto de adopción de las medidas provisionales será recurrible autónomamente, es decir,

[15] B. MARINA JALVO, Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 109, 2017, p. 171.

ISSN 2036-7821

independientemente de que no pueda recurrirse el acuerdo de iniciación del procedimiento como tendremos ocasión de ver en un epígrafe posterior.

Un tercer momento donde se podrán adoptar válidamente medidas provisionales será durante todo el desarrollo del procedimiento administrativo en función de las circunstancias vigentes en cada momento. Por ello, no solo cabrá la posibilidad de adoptar medidas provisionales, sino también de modificarlas o incluso alzarlas si varían las circunstancias que motivaron su adopción.

Ahora bien, podría ocurrir que, en el seno de la instrucción de un procedimiento administrativo sancionador, posteriormente a la adopción de medidas provisionales, se observase que los hechos investigados podrían tener trascendencia penal. En ese caso, el órgano administrativo -para no incurrir en la prohibición del *non bis in ídem*- deberá suspender la tramitación del procedimiento, pero mantener la vigencia de las medidas provisionales hasta que el órgano judicial penal se pronuncia sobre su mantenimiento, modificación o alzamiento.

Por último, en el ámbito exclusivo del procedimiento administrativo sancionador también podrá adoptarse una medida provisional en el momento en que se dicte la resolución sancionadora no ejecutiva, precisamente con la intención de garantizar su eficacia en el supuesto en que el infractor recurra la resolución tal y como reconoce el más arriba citado artículo 90.3 LPACAP.

En lo que respecta al tiempo de vigencia de las medidas provisionales debemos señalar que, debido a su carácter eminentemente instrumental y accesorio en relación con el procedimiento sancionador, no podrá extenderse más allá de la duración de éste. Es decir, en principio, se alzarán las medidas provisiones cuando el procedimiento termine, ya sea por resolución -sancionadora o absolutoria-, por caducidad o por cualquiera de las formas de terminación de este tipo de procedimientos que contempla la ley.

También puede ocurrir que las medidas provisionales amplíen su eficacia más allá de la duración del procedimiento, cuando su resolución sancionadora sea objeto de recurso administrativo. En principio, y siempre que se justifique su mantenimiento en la garantía del cumplimiento efectivo de la sanción, se podrá extender su vigencia durante la tramitación de los recursos administrativos. Incluso, si agotada la vía administrativa, la sanción adquiere firmeza y el interesado manifiesta su intención de recurrirla en vía contencioso-administrativa, se mantendrán las medidas vigentes hasta ese momento hasta que el juez se pronuncie al respecto. En cualquier caso, si el juez decide mantener las medidas provisionales, éstas ya no tendrían naturaleza administrativa sino judicial.

6.3.- Principales trámites procedimentales.

En primer lugar, llama poderosamente la atención que el tenor literal del artículo 56 LPACAP no aluda expresamente a la necesidad o no de dar audiencia al interesado

ISSN 2036-7821

antes de adoptar una medida provisional. Precisamente de la lectura del citado artículo se puede desprender que, salvo que una ley sectorial establezca lo contrario, no será, por regla general exigible el trámite de audiencia en el procedimiento administrativo.

Ahora bien, la doctrina no tiene tan claro que en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador no rija la obligatoriedad del trámite de audiencia, pues es difícil conjugar el refuerzo de garantías inherente al procedimiento sancionador con la no exigibilidad de la audiencia al interesado en un trámite del que pueden derivarse restricciones de derechos como es la adopción de una medida provisional.

En principio, parece que cabría la adopción de medidas provisionales *inaudita parte*, es decir, sin audiencia del interesado en los supuestos que la ley reconoce la posibilidad de adoptar medidas antes del inicio del procedimiento. Sólo en aquellos supuestos de urgencia inaplazable en los que dar audiencia al interesado podría frustrar el fin de la medida se permitirá no dar la posibilidad de hacer alegaciones al interesado. Aun así, por motivos de garantizar el derecho de defensa, habría que garantizar una audiencia posterior o la posibilidad de realizar alegaciones al interesado sin considerase oportuno el levantamiento de la medida[16].

Al margen de estos supuestos, parece razonable que el trámite de audiencia sí sería recomendable en todo caso, pues proporcionará más elementos de juicio al órgano administrativo competente para acordar la medida y disminuye o elimina la indefensión que podría suponer la ejecución de un acto administrativo de gravamen sin dar posibilidad de defenderse a su destinatario[17].

Por tanto, siendo absolutamente aconsejable, siempre que sea posible, dar audiencia al interesado antes de adoptar una medida provisional, no podemos obviar que la LPACAP guarda silencio al respecto. En consecuencia, ¿existe alguna posibilidad de anular la medida provisional impuesta sin audiencia del interesado? En nuestra opinión, la respuesta es afirmativa en dos supuestos:

- En primer lugar, cuando la ley sectorial que regule las particularidades del procedimiento sancionador en un ámbito concreto exija expresamente el trámite de audiencia.
- Y, en segundo lugar, y acudiendo a la teoría general de la invalidez del acto administrativo, el artículo 48.2 LPACAP reconoce la anulabilidad de los actos

[16] F. PONS CANOVAS, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2001, p. 204.

[17] En esta línea, en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 15 de julio de 2008, FD 2, (rec. 5357/2004) o la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 20 de marzo de 2012, FD 2, (rec. 1501/2008): "la necesaria audiencia previa aparece directamente relacionada con el deber de motivar la medida, que sólo por razones de inaplazable urgencia cabría adoptar inaudita parte, pero siempre mediante explícita justificación".

ISSN 2036-7821

adoptados con un defecto formal si éste implica la indefensión del interesado[18]. Es decir, que si por la omisión del trámite de audiencia se ha producido indefensión en el interesado, la medida cautelar podría ser anulada mediante el recurso oportuno.

Otro de los requisitos procedimentales exigibles a la adopción de la medida provisional es su motivación, tal y como se desprende del anteriormente citado artículo 35.1.d) LPACAP. En este caso se trata de un requisito exigible en todo caso, tanto si la medida se adopta previa audiencia del interesado como si se adopta *inaudita parte*. La motivación de la adopción de la medida es la garantía fundamental que permite el control posterior sobre su corrección, por ello, debe ser una motivación real y efectiva, y no un mero trámite formal[19].

Concretamente, el requisito de la motivación se verá debidamente cumplido cuando se refiera expresamente a los hechos y los indicios sobre la participación del supuesto responsable en los mismos. Igualmente debe hacer referencia a la supuesta infracción y a la medida provisional que se va a adoptar, justificando tanto sus fines como la relación de proporcionalidad entre los hechos y la medida. Además, si la medida provisional se adopta antes del inicio del procedimiento sancionador, deberá justificarse expresamente la situación de urgencia inaplazable.

Por último, dentro de los trámites procedimentales requeridos para la válida adopción de las medidas provisionales destacamos su formalización y notificación. En todo caso, el acuerdo de adopción deberá adoptarse por escrito, ya sea antes del inicio del procedimiento sancionador, en el momento del inicio –podrá integrarse en el acuerdo de iniciación o un acto separado- o en cualquier momento del procedimiento, incluido el de la resolución. Igualmente deberá ser notificado a todos los interesados incluyendo, además del contenido sustantivo, los recursos que caben contra el acuerdo. Además, siguiendo el régimen jurídico general de los actos administrativos, cuando la ley contemple esa posibilidad podrán ser objeto de publicación o de inscripción en los registros públicos que corresponda[20].

7. La impugnabilidad del acuerdo de adopción de las medidas provisionales.

El régimen general de impugnación de los actos administrativos que recoge en el artículo 112 LPACAP determina que cabrá interponer recursos en vía administrativa "*contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*".

[18] F. PONS CANOVAS, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2001, p. 204.

[19] B. MARINA JALVO, Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 109, 2017, p. 181.

[20] F. PONS CANOVAS., *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2001, pp. 208 y 209.

ISSN 2036-7821

Existe un sector doctrinal que, atendiendo al citado artículo, defiende que con carácter general, el acuerdo cautelar no resulta impugnable salvo en los casos en que se haya producido indefensión[21]. Sin embargo, entendemos que con carácter mayoritario en la doctrina se defiende la postura contraria, es decir, la posibilidad de impugnar en vía administrativa y en todo caso el acuerdo de adopción de las medidas provisionales[22].

No podemos negar que el acuerdo de adopción de medidas no es una resolución propiamente dicha y, quizás, tampoco encaje perfectamente en los supuestos que el legislador reconoce como actos de trámite cualificados impugnables autónomamente en vía administrativa. Bien es cierto que en algún supuesto concreto pueden causar indefensión o perjuicios irreparables a derechos e intereses legítimos, sin embargo, no son precisamente estas causas las que justifican la posibilidad de recurrir el acuerdo de adopción de medidas.

A nuestro juicio, dos son los motivos fundamentales por los que debe reconocerse la impugnabilidad autónoma de este tipo de actos administrativos:

- Primeramente, desde el punto de vista sistemático, el artículo 56.2 LPACAP, cuando regula la posibilidad de adoptar medidas provisionales con anterioridad al comienzo del procedimiento administrativo establece que éstas "*deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda*".

Parece claro que el legislador permite recurrir el acuerdo de iniciación al interesado para que pueda alegar lo que crea conveniente en relación con las medidas provisionales adoptadas *inaudita parte*. Si se permite recurrir el acuerdo de medidas en este momento, poco sentido tendría que no se permitiese recurrir en cualquier otro momento del procedimiento, cuando su incidencia en la esfera jurídica del interesado es la misma[23].

- Y, en segundo lugar, tratándose especialmente del procedimiento administrativo sancionador, debe ser recurrible el acuerdo de adopción de medidas pues, aunque se trate de un acto de carácter provisional, es evidente que tiene un contenido sustantivo que limita o restringe la esfera de derechos de su destinatario, lo que impide calificarlo como acto meramente de trámite[24].

---

[21] J. GARBERÍ LLOBREGAT & G. BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador (Comentarios, jurisprudencia y formularios), Vol. 2*, Valencia, 2021, p. 1601.

[22] Entre otros, B. MARINA JALVO, *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Valladolid, 2007, p. 58 o F. PONS CANOVAS, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2001, p. 229.

[23] A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Granada, 2007, p. 50.

[24] Muy gráfica en este sentido es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 4 de noviembre de 2009, AH 2, (rec. 3593/2005): "[L]a jurisprudencia tiene declarado que las resoluciones que acuerdan la adopción de medidas cautelares son, tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional contencioso administrativa, susceptibles

Justificada la posibilidad de recurrir de forma independiente la adopción de medidas provisionales, hemos de destacar en último lugar que su impugnación no suspenderá automáticamente la ejecución de la misma[25] salvo que la Administración lo considere oportuno valorando el perjuicio que podría causar se adopción o que una norma determine expresamente lo contrario. Es decir, si el cumplimiento de la medida provisional depende de la voluntad de su destinatario se le reconocerá un plazo para llevarlo a cabo y, si agotado el plazo persiste en el incumplimiento, la Administración podrá ejecutar forzosamente el acuerdo de medidas contra la voluntad del administrado.

8. Conclusiones

Primera.- Las medidas provisionales no tienen naturaleza punitiva pero su adopción en el seno de un procedimiento administrativo sancionador y su contenido limitador de derechos determina, en la medida de lo posible, la aplicación de todas las garantías propias de un procedimiento punitivo (entre otras, el principio de reserva de ley, el principio de proporcionalidad, la impugnabilidad autónoma…).

Segunda.- De la naturaleza no sancionadora de las medidas provisionales deriva su carácter provisional, instrumental o temporal en relación con el procedimiento en el cual han sido adoptadas. La homogeneidad de la medida con la potencial sanción, no siendo un requisito exigible, es recomendable pues permite la compensación posterior con la sanción efectivamente impuesta.

Tercera.- La adopción de una medida provisional puede consistir en una decisión discrecional de la Administración -tanto el simple hecho de adoptarla o no, como adoptar una medida u otra-, sin embargo, consideramos exigible, en todo caso, que esta posibilidad esté prevista expresamente en una norma con rango de ley toda vez que se trata de una restricción o limitación de derechos para los administrados.

Cuarta.- A nuestro juicio, no es acertada la decisión del legislador español de otorgar la competencia para la adopción de medidas provisionales, como regla general, al órgano competente para resolver el procedimiento y sólo en los casos de urgencia inaplazable al órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento. Entendemos que las inevitables sospechas de imparcialidad que se generan en este punto podrían resolverse otorgando esta facultad al órgano que sea competente en la fase del procedimiento en la que se adopten las medidas provisionales.

---

de impugnación de forma autónoma, con independencia de la impugnación de la resolución que ponga fin al procedimiento, porque, a pesar de su carácter provisional, es obvio que provocan consecuencias negativas directas para su destinatario, incidiendo directamente sobre sus derechos e intereses, lo que impide que puedan ser consideradas como meros actos de trámite".

[25] F. PONS CANOVAS, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2001, p. 238.

ISSN 2036-7821

Quinta.- La audiencia al interesado es una de las garantías más importantes del administrado en el procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, por razones de urgencia inaplazable es posible que la adopción de medidas provisionales pueda realizarse *inaudita parte*. Esta posibilidad no determina la invalidez de la medida provisional -siempre que esté suficientemente motivada- salvo que la ley expresamente exija el trámite de audiencia o haya existido una indefensión real y efectiva del administrado. En todo caso, la posibilidad de recurrir siempre el acto de adopción de medidas provisionales refuerza las garantías del administrado que hayan podido verse vulneradas.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Note in tema di conferenza di servizi.

di Guido Clemente di San Luca*

(Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli)

Sommario

1. Premessa. – 2. Brevi cenni sulla semplificazione procedimentale. – 3. La conferenza di servizi. – 4. Modalità procedurali per lo svolgimento della conferenza di servizi. – 5. La maggiore o minore fonda-tezza delle varie classificazioni tipologiche della conferenza di servizi: conferenza istruttoria e confe-renza decisoria; conferenza interna e conferenza esterna; conferenza endo-procedimentale e confe-renza operazionale. – 6. La conferenza preliminare e la conferenza interprocedimentale. – 7. Il pro-blema della possibile alterazione del principio di fissazione per legge della competenza. – 8. L'esito della conferenza di servizi e la questione del dissenso. – 9. La natura giuridica della conferenza di ser-vizi.

Abstract

This study aims to offer a contribution to the never exhausted debate on the services conference, in the light of Law 8/7/2015, n. 124, cd. 'Madia law', and the implementing legislative decrees (specifically Legislative Decree 30/6/2016, n. 127).

The institute, while undoubtedly also functional to participation, should be read formally in the perspective of the other coordinated of the law codifying the administrative procedure (Law 8/7/1990, no. 241), simplification. It is in the prevailing framework of the latter, therefore, that it must be interpreted in hermeneutics

ISSN 2036-7821

1.Premessa.

Questo studio si propone di offrire un contributo al mai esaurito dibattito sulla conferenza di servizi, alla luce della L. 7/8/2015, n. 124, cd. 'legge Madia', e dei decreti legislativi di attuazione (in modo specifico il D.Lgs. 30/6/2016, n. 127[1]).

L'istituto, pur presentandosi indubbiamente funzionale anche alla *partecipazione*, va letto formalmente nella prospettiva dell'altra coordinata della legge di codificazione del procedimento amministrativo (la L. 7/8/1990, n. 241), la *semplificazione*. È nel prevalente quadro di quest'ultima, perciò, che esso deve essere interpretato in sede ermeneutica[2].

È ben noto che la conferenza di servizi vanti una storia normativa, a dir così, 'tormentata': le disposizioni di legge che la concernono sono state più e più volte modificate ed integrate, come risulta evidente anche semplicemente osservando la numerazione dei relativi articoli (e dei commi) della L. 241/1990: dall'originario art. 14, agli attuali artt. 14, 14-*bis*, 14-*ter*, 14-*quater* e 14-*quinquies*[3].

---

* Lo studio, che è stato concepito per essere destinato agli Scritti in onore di Vincenzo Cerulli Irelli, riprende la struttura del paragrafo sulla conferenza dei servizi delle Lezioni di Diritto amministrativo per il corso di base, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012. È per questa ragione che, nelle note, il 'dialogo' con la dottrina è, in via prevalente, circoscritto ai manuali prescelti per il confronto che integra il testo di dette Lezioni, e cioè quelli (nelle edizioni aggiornate) di: E. CASETTA, Manuale di Diritto Amministrativo, Giuffrè, Milano, 2019; V. CERULLI IRELLI, Lineamenti del diritto ammini-strativo, Giappichelli, Torino, 2019; G. CORSO, Manuale di diritto amministrativo, Giappichelli, Torino, 2017; L. MAZZAROLLI e altri (a cura di), Diritto amministrativo, Monduzzi, Bologna, 2005; G. ROSSI, Principi di diritto amministra-tivo, Giappichelli, Torino, 2017; e F.G. SCOCA (a cura di), Diritto amministrativo, Giappichelli, Torino, 2019; D. SORACE, Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione, Il Mulino, Bologna, 2018. L'A. ringrazia Rosaria Nocerino, dottoressa di ricerca, per averlo aiutato nell'aggiornamento dei dati normativi, dottrinali e giurisprudenziali nonché il prof. Giovanni Martini e Federica Lombardi, dottoressa di ricerca e assegnista presso il Dipartimento di Giurispruden-za dell'Università della Campania Luigi Vanvitelli, per aver riletto il saggio e discusso con lui sui diversi profili del tema.

[1] Recante, appunto, «*Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124*».

[2] E dunque avendo ben presente e convenendo sull'assunto che la interpretazione ermeneutica va, deve andare, oltre l'analisi semantica.

[3] La disciplina originariamente disposta dall'art. 14 è stata nel tempo più e più volte modificata ed integrata. In particolare: *a*) l'art. 14 è stato modificato, nell'ordine, dalla L. 24/12/1993, n. 537, dal D.L. 12/5/1995, n. 163 (convertito, con modificazioni, dalla L. 11/7/1995, n. 273), e dalla L. 15/5/1997, n. 127 (come modificata dalla L. 16/6/1998, n. 191); successivamente è stato innovato dalla L. 24/11/2000, n. 340 e, poi, modificato dalla L. 11/2/2005, n. 15, nonché dal D.L. 31/5/2010, n. 78 (convertito, con modificazioni, dalla L. 30/7/2010, n. 122); da ultimo, è stato riscritto dal D.Lgs. 30/6/2016, n. 127, e, poi, ancora modificato, sia pur in piccola parte, dal D.Lgs. 16/6/2017, n. 104; – *b*) l'art. 14-*bis* è stato aggiunto dalla L. 127/1997 e, poi, sostituito dalla L. 340/2000; in seguito, è stato modificato dalla L. 15/2005 e dal D.L. 22/6/2012, n. 83 (convertito, con modificazioni, dalla L. 7/8/2012, n. 134); attualmente, è vigente la disciplina introdotta dal D.Lgs. 127/2016; – *c*) l'art. 14-*ter* è stato aggiunto dalla L. 127/1997 e sostituito dalla L. 340/2000; successivamente, è stato modificato dalla L. 15/2005, dalla L. 18/6/2009, n. 69, dal D.L. 78/2010 (convertito, con modificazioni, dalla L. 122/2010) e dal D.L. 12/9/2014, n. 133 (convertito, con modificazioni, dalla L. 11/11/2014, n. 164); da ultimo, è stato sostituito dal D.Lgs. 127/2016; – *d*) l'art. 14-*quater* è stato aggiunto dalla L. 127/1997 e sostituito dalla L. 340/2000; in seguito, è stato modificato dalla L. 15/2005 e, poi, dal D.L. 78/2010 (convertito, con modificazioni, dalla L. 122/2010), nonché dal D.L. 13/5/2011, n. 70 (convertito, con modificazioni dalla L. 12/7/2011, n. 106); con sentenza 11/7/2012, n. 179, la Corte Costituzionale dichiarò la

ISSN 2036-7821

Al fine di provare a ricostruire i lineamenti della sua attuale regolazione[4], però, occorre partire dal fatto che essa – lo si è appena ricordato – si inserisce nell'ambito della più ampia e complessiva disciplina funzionalizzata alla 'semplificazione'[5].
In via preliminare rispetto all'esame delle norme, pertanto, è opportuno richiamare, sia pur in brevi cenni, il senso della semplificazione procedimentale, indispensabile precondizione per l'analisi delle vigenti prescrizioni legislative sulla conferenza e per concludere sulla sua natura giuridica. È, dunque, necessario chiarire in sintesi che *cosa significhi* semplificare, e ancor prima *perché si debba* semplificare.

2. Brevi cenni sulla semplificazione procedimentale.
Per riflettere sulle 'ragioni' della semplificazione va rammentato che la società complessa contemporanea – relativamente ai connotati della quale si deve rinviare alle considerazioni svolte in altra sede[6] – si distingue dalla società semplice per effetto della progressiva giuridicizzazione degli interessi che in quest'ultima contavano poco o non contavano affatto, essendo in buona sostanza irrilevanti sul piano giuridico.
Siffatta giuridicizzazione ha comportato progressivamente (e tuttora comporta) una crescente difficoltà nel graduare la soddisfazione degli interessi divenuti giuridicamente rilevanti, visto che quasi mai essi possono esserlo nella loro interezza: ciò determina la necessità di trovare una strada per mediarli e comporli in sintesi. Tale strada è stata dalla Costituzione rinvenuta nella combinazione dei principi di imparzialità e buon andamento prescritti dall'art. 97, i quali si trovano riflessi nelle esigenze di *garanzia* ed *efficienza* cui la L. 241/1990 risponde attraverso le misure, rispettivamente, di *partecipazione* e (appunto) di *semplificazione*.

---

illegittimità costituzionale dell'art. 49, co. 3, lett. b), del D.L. 78/2010 (convertito, con modificazioni, dalla L. 122/2010), nella parte in cui prevedeva che, «in caso di dissenso espresso in sede di Conferenza di Servizi da una Regione o da una Provincia autonoma, in una delle materie di propria competenza, ove non sia stata raggiunta, entro il breve termine di 30 giorni, l'intesa "il Consiglio dei Ministri delibera in esercizio del proprio potere sostitutivo con la partecipazione dei Presidenti delle Regioni o delle Province autonome interessate", senza che siano previste ulteriori procedure per consentire reiterate trattative volte a superare le divergenze»; successivamente, il Legislatore è intervenuto con il D.L. 18/10/2012, n. 179 (convertito, con modificazioni, dalla L. 17/12/2012, n. 221) e con il D.L. 133/2014 (convertito, con modificazioni, dalla L. 164/2014); da ultimo, l'articolo è stato profondamente innovato dal D.Lgs. 127/2016; – *e*) l'art. 14-*quinquies*, infine, è stato inserito dalla L. 15/2005 e, poi, sostituito dal D.Lgs. 127/2016.

[4] In proposito è necessario precisare che l'andamento della sua continua rivisitazione non lascia affatto presagire che il Legislatore non torni ancora su di esso: da questo deriva la necessità di avvertire che la sua analisi, se, per un verso, risulta proprio per ciò non semplice, per l'altro, è soggetta al fondato rischio di divenire nuovamente obsoleta, in ragione delle ulteriori modificazioni e/o integrazioni della disciplina. Non è, dunque, improbabile che a breve l'analisi risulti non più corrispondente al diritto vigente.

[5] Accanto alla esigenza di *garanzia* – che si realizza nella prima coordinata della L. 241/1990, quella della *partecipazione* –, infatti, v'è quella di *efficienza*, la quale si traduce appunto nella implementazione di strumenti di *semplificazione* amministrativa.

[6] Si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di Diritto amministrativo* cit.: in generale, i Capitoli I, II e IV della Parte Terza, e, in particolare, il § 5 del Capitolo II della Parte Seconda ed il § 2 del Capitolo V della Parte Terza.

ISSN 2036-7821

La stessa individuazione dell'interesse pubblico, del resto, in piena coerenza con quanto appena ricordato, passa attraverso il duplice momento della identificazione in astratto ad opera della legge (e, più in generale, dell'insieme delle fonti) e della determinazione in concreto ad opera (mediante il procedimento) del provvedimento amministrativo (o di un accordo).

La trasformazione della nozione di interesse pubblico, così come comporta la necessità di aumentare le *chances* formali di partecipazione dei cittadini[7], allo stesso modo postula la necessità di una nuova stagione dei 'comportamenti' fra le PP.AA., caratterizzata da 'relazioni', a dir così, fra esse sempre più semplificate. Può ben dirsi che in tale necessità risieda il fondamento storico-istituzionale (e dunque la prevalente rilevanza funzionale) di tutti gli istituti contemplati dal Capo IV della L. 241/1990[8].

Con le appena richiamate considerazioni si è in qualche modo risposto alla domanda sulle ragioni della semplificazione. Non si può ritenere altrettanto con riguardo all'altro interrogativo: in che cosa materialmente consista la semplificazione. Non v'è dubbio, infatti, che questa si può intendere in almeno tre diversi significati: come miglioramento della qualità della normazione; come riduzione del campo di azione del 'pubblico', altrimenti conosciuta, più comunemente, col nome di 'liberalizzazione amministrativa'; e come semplificazione delle procedure amministrative.

Con ogni evidenza, la semplificazione nei primi due significati non costituisce oggetto delle presenti note. Sulla semplificazione normativa[9] in questa sede si può

[7] Alle procedure, non solo di individuazione in astratto (e cioè alle 'occasioni' normative dalle quali scaturisce l'assegnazione di competenze), ma anche di determinazione in concreto degli interessi pubblici (e cioè alla vera e propria esplicazione della funzione amministrativa).

[8] In definitiva, la molteplicità degli interessi pubblici, nonché le esigenze della loro storicizzazione e del contemperamento fra vari interessi (pubblici e privati), se, sotto il profilo della *organizzazione amministrativa*, sfociano nella necessità di un modello di personificazione degli interessi in figure soggettive pubbliche che consenta l'azione integrata di queste: insomma, quando ci sono più interessi pubblici interagenti, occorre trovare strumenti per far sì che essi vengano perseguiti in modo coerente e possibilmente non confliggente, in una, che essi vengano coordinati; sotto il profilo della *azione amministrativa*, hanno un ulteriore, significativo, riflesso, dovendosi pervenire ad un modo di esercizio del potere amministrativo, inteso (non già come esercizio di libero arbitrio, bensì) come azione discrezionale funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico specifico nella combinazione di tutti gli interessi secondari (pubblici e privati) che interagiscano nella fattispecie concreta.

[9] Com'è noto, la semplificazione normativa è tema proprio delle riflessioni scientifiche sulle fonti del diritto obiettivo. Su di essa si v., fra gli altri: M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. Pub.*, 2015, pp. 985 ss.; V. ITALIA, *La semplificazione legislativa nel pensiero di Napoleone e nel d.d.l. 1577/2014 di delega al governo per la «semplificazione normativa»*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, pp. 681 ss.; M. CARLI, *La semplificazione normativa e amministrativa nelle regioni*, in *astrid-online.it*, 2012; M. RUOTOLO, *La semplificazione normativa a livello statale. Perché non credo nella better regulation*, in *Dir. e Soc.*, 2011, pp. 555 ss.; S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, in *Giust. Amm.*, 2/2008, pp. 135 ss.; L. SALOMONE, *La semplificazione normativa. Esperienze e strumenti adottati in campo nazionale e in campo regionale*, in *Nuove autonomie*, 2008, pp. 383 ss.; A. SCIORTINO, *Oltre i testi unici verso la neocodificazione*, in *Nuove Autonomie*, 2008, pp. 353 ss.; A. CACCIARI, *L'incidenza della semplificazione normativa sulla costituzione materiale*, in *Foro Amm.-Tar*, 2005, pp. 4193 ss.; E. FERRARI, *Contro la banalità della semplificazione normativa*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 141 ss.; G. ARENA, *Semplificazione normativa:*

ISSN 2036-7821

solo rammentare, in estrema sintesi, che si tratta di un'attività risolventesi in indagini e studi finalizzati a realizzare il coordinamento delle norme (primarie e secondarie), così da assicurarne la coerenza logica e sistematica, il riassetto per materie delle disposizioni vigenti, la verifica dell'impatto applicativo di queste ultime[10].

Quanto alla semplificazione come liberalizzazione, si può qui soltanto ricordare che ad essa vanno ricondotti gli istituti (contemplati dalla L. 241/1990) dell'autocertificazione, della segnalazione certificata di inizio attività e del silenzio-assenso[11].

Nella prospettiva della semplificazione procedimentale[12], invece, si devono collocare, oltre alla conferenza di servizi su cui s'incentra la presente riflessione, gli istituti

---

un'esperienza ed alcune riflessioni, in *Le Regioni*, 1999, pp. 851 ss.; N. LUPO, *La semplificazione normativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999, pp. 903 ss.; M. RISTUCCIA, *Appunti in tema di rapporto tra semplificazione normativa e sistema dei controlli*, in *Riv. Corte Conti*, 3/1998, pp. 315 ss.

[10] In proposito, non è inutile ricordare il disposto dell'art. 20, co. 1, L. 15/3/1997, n. 59 (recante «*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*»), come sostituito dall'art. 1, L. 29/7/2003, n. 229, il quale prevede che «Il Governo […] presenta al Parlamento, entro il 31 maggio di ogni anno, un disegno di legge per la semplificazione e il riassetto normativo»; nonché il disposto dell'art. 2, L. 29/7/2003, n. 229 (recante «*Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione. Legge di semplificazione 2001*»), secondo cui «Il Governo è delegato ad adottare, entro due anni [il termine è stato così stabilito dall'art. 2, co. 7, L. 27/7/2004, n. 186, di conversione del D.L. 28/5/2004, n. 136] dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo […] per il riassetto delle disposizioni statali di natura legislativa vigenti in materia di produzione normativa, semplificazione e qualità della regolazione», ovviamente nel rispetto dei prescritti princìpi e criteri direttivi. A questo riguardo, sebbene il decreto legislativo non sia stato emanato nei termini, e la delega sia pertanto scaduta, E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo* cit., 2019, pp. 477-478, dopo aver dichiarato che «L'esigenza di semplificare investe sia il settore normativo […] sia l'ambito di attività prevista a carico del cittadino che si rapporta a una amministrazione», osserva che «L'art. 20, l. 59/1997, come sostituito dalla l. 229/2003, ha addirittura elevato tale profilo ad oggetto della legge che annualmente dovrà appunto occuparsi di semplificazione e di riassetto normativo. Sotto il profilo organizzativo, la l. 80/2006 prevede […] l'istituzione di un comitato interministeriale per l'indirizzo e la qualità strategica delle politiche di semplificazione […]. Il compito di attuare il disegno di semplificazione procedimentale è affidato a decreti legislativi e alle fonti regolamentari di delegificazione *ex* art. 17, c. 2, l. 400/1988, evidenziando una certa tendenza a riconsegnare alla fonte soggettivamente amministrativa buona parte della disciplina dell'azione posta in essere dall'amministrazione […]. La lettura dell'art. 20, l. 59/1997, consente di affermare che la semplificazione comporta la riduzione delle fasi procedimentali, l'adeguamento alle nuove tecnologie informatiche, la riduzione dei termini nonché l'accorpamento e la regolamentazione uniforme dei procedimenti che attengono alla stessa attività». L'A. a seguire (p. 478) precisa, inoltre, che «I diversi istituti nei quali si rifrange il concetto di semplificazione […] corrispondono a quelli indicati dalla preesistente normativa che in via generale si è occupata della semplificazione amministrativa, così intitolando addirittura uno dei suoi capi. Si tratta della legge n. 241/1990, la quale, agli artt. 14 e ss., definisce come istituti di semplificazione la conferenza di servizi, gli accordi tra amministrazioni, la prefissione di termini e di meccanismi procedurali per consentire di ottenere in termini certi pareri o valutazioni tecniche, l'autocertificazione, la liberalizzazione di attività private e il silenzio assenso».

[11] L'istituto, peraltro, per alcuni aspetti potrebbe ritenersi far capo anche alla semplificazione procedimentale.

[12] La bibliografia sulla semplificazione amministrativa (sia come semplificazione procedimentale, sia come liberalizzazione) è assai copiosa. Si v., fra gli altri: N. RANGONE, voce *Semplificazione amministrativa*, in *www.treccani.it*, 2014; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1/2014, pp. 25 ss.; G. VESPERINI, *La fatica di semplificare*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2013, pp. 345 ss.; F. DI LASCIO, *Le semplificazioni amministrative e le misure di riduzione degli oneri*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2012, pp. 242 ss.; N. RANGONE, *La semplificazione delle regole e delle procedure amministrative*, in *www.treccani.it*, 2010; G. CORSO,

ISSN 2036-7821

degli accordi fra PP.AA. e dell'abbreviazione dei tempi per la resa di pareri e di valutazioni tecniche[13].

Perché la «complicazione»?, in *Nuove autonomie*, 2008, pp. 325 ss.; P. LAZZARA, *La semplificazione dell'azione amministrativa ed il procedimento tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Nuove Autonomie*, 2008, pp. 475 ss.; F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 2008, pp. 335 ss.; F. SALVIA, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedimentali e semplicismi mediatici*, in *Nuove autonomie*, 3-4/2008, pp. 447 ss.; B.G. MATTARELLA, *Le leggi di semplificazione e la qualità della regolazione*, in G. SCIULLO (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, Bononia University Press, Bologna, 2008, pp. 21 ss.; G. VESPERINI, *Il governo della semplificazione*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2007, pp. 263 ss.; G. VESPERINI, voce *Semplificazione amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, VI, pp. 5479 ss.; G. VESPERINI, *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Giuffrè, Milano, 2006; S. BATTINI, *Le politiche di semplificazione nell'esperienza italiana*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2004, pp. 450 ss.; E. FERRARI, *Effettività e semplificazioni nel governo del territorio: spunti problematici*, in *Dir. Amm.*, 2003, pp. 507 ss.; A. NATALINI, *I limiti della semplificazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1/2003, pp. 69 ss.; A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Il Mulino, Bologna, 2002; E. FERRARI, *Il procedimento amministrativo tra semplificazione e partecipazione*, Giuffrè, Milano, 2001; M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella «legge annuale di semplificazione»*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, pp. 409 ss.; V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, pp. 627 ss.; G. FALCON, *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento?*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2000, pp. 119 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. Soc.*, 2000, pp. 101 ss.; L. VANDELLI, G. GARDINI (a cura di), *La semplificazione amministrativa*, Maggioli, Rimini, 2000; R. FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, pp. 323 ss.; A. SANDULLI, *La semplificazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1999, pp. 757 ss.; A. SANDULLI, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5/1999, pp. 405 ss.; E. CASETTA, *La difficoltà di "semplificare"*, in *Dir. Amm.*, 1998, pp. 337 ss.; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 699 ss.; S. CASSESE, G. GALLI, *L'Italia da semplificare*, Il Mulino, Bologna, 1998; M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, pp. 679 ss.; L. TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 3-4/1998, pp. 385 ss.; G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 654 ss.; F. MELE, *La semplificazione del procedimento amministrativo nelle leggi 15 marzo 1997, n. 59 e 15 marzo 1997, n. 127 (c.d. riforma Bassanini)*, in *Dir. Amm.*, 1997, pp. 781 ss.

[13] Come spiega G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo* cit., 2017, pp. 255-257, «Questi istituti non si collocano tutti sullo stesso piano. Le regole in tema di pareri e di valutazioni tecniche tendono a rimuovere i blocchi procedimentali determinati in passato dall'omesso esercizio della sua funzione da parte dell'organo consultivo; e concorrono effettivamente a ridurre i tempi dell'azione amministrativa e ad agevolarne la conclusione. Un risultato analogo […] lo produce la conferenza di servizi: che realizza sostanzialmente la conversione di un procedimento (o di un segmento di procedimento) in un unico atto collegiale. Su un piano diverso si collocano gli accordi fra le pubbliche amministrazioni […], essi operano più che come strumenti di semplificazione amministrativa […] come strumenti di coordinamento tra amministrazioni: con l'accordo l'esercizio delle competenze da parte di ciascuna amministrazione diventa anche adempimento di un'obbligazione nei confronti delle altre […]. Ancora diversa è la logica che ispira le autocertificazioni, la dichiarazione di inizio di attività e il silenzio-assenso. L'autocertificazione rientra tra le garanzie del cittadino che la legge sul procedimento ha inteso rafforzare. Il privato può comprovare con propria dichiarazione, che sostituisce la certificazione, stati, qualità personali e fatti […] e viene così esonerato dalla faticosa ricerca dei documenti corrispondenti. Analoga la logica delle dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, ossia dichiarazioni circa stati, fatti e qualità personali che sono a diretta conoscenza del dichiarante (artt. 46 e 47, D.P.R. n. 445/2000 che approva il T.U. in materia di documentazione amministrativa). La dichiarazione di inizio di attività (D.I.A.) e il silenzio-assenso, nella originaria formulazione degli artt. 19 e 20, riguardavano solo una specie di procedimenti amministrativi (procedimenti autorizzatori). Questo schema è mantenuto per la D.I.A. oggi SCIA, ossia segnalazione certificata di inizio attività (art. 40, D.L. n.78/2010 conv. in legge n. 122/2010); ma non per il silenzio-assenso la cui applicazione è stata estesa a tutti i "procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti

ISSN 2036-7821

La semplificazione procedimentale, dunque, opera sulle modalità di esercizio della funzione amministrativa, ben potendo per ciò definirsi anche 'semplificazione amministrativa funzionale': essa agisce, cioè, sui tempi di svolgimento del procedimento (che della funzione è la rappresentazione giuridico-formale) con l'obiettivo di renderlo più celere, così da ridurre i disagi per i cittadini interessati[14].
Naturalmente, occorre tener presente che la velocizzazione del procedimento non può essere considerata un bene in sé: come si ritiene diffusamente, infatti, la fretta sovente è 'cattiva consigliera', potendo comportare una non auspicabile 'sbrigatività' nell'opera di acquisizione ed equa composizione dei diversi interessi coinvolti dall'azione amministrativa. È sempre necessario, quindi, sia in sede ermeneutica, sia in sede applicativa, combinare efficienza e garanzia, e per ciò non privilegiare aprioristicamente la semplificazione rispetto alla partecipazione[15].

3. La conferenza di servizi.

---

amministrativi" (art. 20 legge n. 241/1990, come sostituito dall'art. 3 del D.L. n. 35/2005 cit.) […]. La D.I.A. oggi SCIA, come il silenzio-assenso è strumento della c.d. liberalizzazione amministrativa, ossia della eliminazione o riduzione degli ostacoli di ordine amministrativo che si frappongono allo svolgimento di attività private».

[14] Va ricordato che, accanto alla semplificazione amministrativa 'funzionale', si è determinata anche una consistente semplificazione amministrativa 'strutturale', sulla base del principio di sussidiarietà verticale consacrato dalla riforma costituzionale del 2001, il quale ha generato una vera e propria 'riscrittura' dei confini fra i poteri e le competenze di Stato ed autonomie territoriali.

[15] Come chiarisce E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo* cit., 2019, pp. 478-480, infatti, «Nel procedimento amministrativo convivono più anime: in particolare, all'"ansia di provvedere" – che in fondo si colloca alla base dei principi di efficacia ed economicità […] – si contrappongono le esigenze, di matrice prettamente pubblicistica, di rendere evidenti le ragioni dell'azione, di consentire agli interessati di fornire il proprio apporto collaborativo e, più in generale, di configurare la scelta amministrativa come il momento riassuntivo di una istruttoria completa e articolata, in grado di permettere una scelta ponderata e fondata su un ricco quadro di riferimento […]. Emerge un abbozzo di soluzione del conflitto tra le esigenze diverse sopra rilevate (efficacia ed efficienza da un lato, garanzia e pubblicità dall'altra): forse inizialmente destinate a convivere nel procedimento, esse oggi si assestano tendenzialmente secondo un rapporto di prevalenza dell'ansia di provvedere rispetto ai valori di garanzia, pubblicità e completezza dell'istruttoria. I principi di economicità, efficienza, efficacia e speditezza dell'azione amministrativa agiscono da forze contemporaneamente centrifughe e centripete: mentre, infatti, spingono ai margini l'istruttoria e il procedimento, attirano al centro la decisione, la quale finisce per diventare l'elemento più importante dell'azione amministrativa, posto che l'importante non è decidere bene, ma decidere e decidere in fretta». L'A. – dopo aver osservato che «Potrebbe obiettarsi che, comunque, l'interesse dei cittadini è fatto salvo, garantendo loro la rapida conclusione del procedimento iniziato a seguito di una istanza. Al riguardo, non sfugga che la semplificazione può certo favorire i privati, ma soltanto quelli interessati all'effetto finale, mentre pregiudica spesso gravemente gli interessi dei terzi controinteressati. In questo senso, la disciplina solo in parte può giudicarsi come una conquista di cui possono giovarsi tutti i cittadini nel loro complesso» – aggiunge che «non tutti gli interessi […] tollerano una disciplina procedimentale che comporti una semplificazione in grado di sacrificare la corretta ponderazione di alcuni "valori": sul piano del diritto interno è sufficiente ricordare gli interessi ambientali, paesaggistico-territoriali e della salute, i quali impongono una particolare regolamentazione del meccanismo contemplato dagli artt. 16 e 17 della l. 241/1990 in relazione ai pareri e alle valutazioni tecniche». E significativamente conclude che «Nei limiti in cui la semplificazione venga realizzata, non può insomma non rilevarsi il possibile ed incisivo mutamento del ruolo istituzionale dell'amministrazione: essa rappresenterà, infatti, non già il soggetto chiamato unicamente a dare evidenza ai vari interessi e ad operare una mediazione tra gli stessi, bensì la struttura responsabile e garante del conseguimento di un risultato».

ISSN 2036-7821

La conferenza di servizi è senza dubbio il primo, e forse più importante, strumento giuridico nell'ambito di quelli vocati alla semplificazione procedimentale[16].
Per certi aspetti, l'istituto sembra collocarsi all'incrocio fra *partecipazione* e *semplificazione*: esso, a ben riflettere, pur se disciplinato in esordio del Capo IV della L. 241 (esplicitamente intitolato alla semplificazione), trova le sue radici concettuali nelle ragioni della partecipazione, giacché rivolto a favorire la 'penetrazione' nel procedimento di tutti gli interessi pubblici secondari[17].

---

[16] La bibliografia sulla conferenza di servizi è vasta. Fra gli altri, si v.: G. VESPERINI, *La prima applicazione della nuova conferenza di servizi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 6/2017, pp. 607 ss.; V. LOPILATO, *La conferenza di servizi*, in B.G. MATTARELLA e E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, Il Sole 24 ORE, Milano, 2017, pp. 89 ss.; F. SCALIA, *Prospettive e profili problematici della nuova conferenza di servizi*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 6/2016, pp. 625 ss.; G. PAGLIARI, *La Conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 608 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, voce *Conferenza di servizi*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. II, 2008, pp. 271 ss.; M. SANTINI, *La Conferenza di servizi*, Dike giuridica, Roma, 2008; C. TUBERTINI, *La nuova disciplina della Conferenza di servizi: la prima applicazione*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2007, pp. 557 ss.; G. GARDINI, *La Conferenza di servizi*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2005, pp. 488 ss.; F. CARINGELLA, M. SANTINI, *Il nuovo volto della Conferenza di servizi*, in F. CARINGELLA, D. DE CAROLIS, G. DE MARZO (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 593 ss.; M. SANTINI, *La Conferenza di servizi*, in *Urb. app.*, 2005, pp. 384 ss.; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Giappichelli, Torino, 2002; E. PICOZZA, *Note minime sull'istituto della Conferenza dei servizi e l'evoluzione della realtà*, in *Cons. Stato*, 2001, II, pp. 699 ss.; E. DE MARCO, *Le Conferenze di servizi*, in V. ITALIA, E. DE MARCO, P. BILANCIA (a cura di), *Riforme e regolamenti degli enti locali*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 52 ss.; P. FORTE, *La conferenza di servizi*, Cedam, Padova, 2000; G. SORICELLI, *Contributo in tema di conferenza di servizi*, Jovene, Napoli, 2000; G. CARTEI, voce *Servizi (conferenza di)*, in *Dig. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, pp. 65 ss.; F.G. SCOCA, *L'analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 255 ss.; G. COMPORTI, *Conferenze dei servizi ed ordinamento delle autonomie*, in *Dir. Amm.*, 1998, pp. 172 ss.; P. BERTINI, *La conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1997, pp. 271 ss.; I. CACCIAVILLANI, *Brevi note in tema di «conferenza di servizio» e di «accordo di programma»*, in *Riv. Amm.*, 1997, pp. 287 ss.; V. GHERGHI, *La conferenza di servizi come strumento di collaborazione e di semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Nuova Rass.*, 1997, pp. 157 ss.; M.L. MARTIRE, *La conferenza di servizi*, in *Nuovo Dir.*, 1997, pp. 1069 ss.; L. TORCHIA, *La conferenza dei servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1997, pp. 675 ss.; P. FORTE, *Il contributo della giurisprudenza sulle conferenze di servizi*, in *Enti pubblici*, 2/1995, pp. 129 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *"Accordo di programma" e "conferenza di servizi": brevi note sulla loro rilevanza funzionale alla determinazione dell'interesse pubblico nella società complessa*, in G. PALMA (a cura di), *Conferenza di servizi ed accordo di programma*, Edit. Scient., Napoli, 1994, pp. 113 ss.; P. FORTE, *La conferenza di servizi in prospettiva: organo o attività?*, in G. PALMA (a cura di), *Conferenza di servizi ed accordo di programma* cit., pp. 140 ss.; M. RAGOZZINO, *Conferenza di servizi e accordo di programma: riflessioni su coerenza e antinomie di interpretazione*, in G. PALMA (a cura di), *Conferenza di servizi ed accordo di programma* cit., pp. 159 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *La conferenza di servizi*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 1755 ss.; L. CASO, *Prime riflessioni sulla Conferenza di servizi*, in *Giur. It.*, 1993, IV, pp. 52 ss.; P. FORTE, *Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di conferenza di servizi*, in *Foro Amm.*, 9/1993, pp. 1777 ss.; G. PASTORI, *Conferenza di servizi e pluralismo autonomistico*, in *Le Regioni*, 1993, pp. 1563 ss.; P. FORTE, *La conferenza di servizi ed il procedimento amministrativo*, in *Legalità e giustizia*, 4/1992, pp. 449 ss.; P.M. PIACENTINI, *La conferenza dei servizi al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1991, pp. 895 ss.; P.M. PIACENTINI, *La conferenza di servizi: considerazioni generali*, in *Riv. Trim. appalti*, 1989, p. 1155 ss.

[17] Non dissimile l'opinione di D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., 2019, pp. 232-233, secondo il quale «la conferenza di servizi è istituto al contempo di semplificazione e strumento della partecipazione al singolo procedimento o all'operazione amministrativa complessa (un insieme di più procedimenti). Se si tiene conto della continuità e del rapporto di reciproca implicazione fra il Capo III (dedicato alla partecipazione) e il Capo IV (dedicato alla semplificazione amministrativa) della legge generale sul procedimento, si vede che: A) la conferenza procedimentale è modulo predisposto per la contestuale valutazione di più interessi pubblici inerenti a un singolo procedimento

ISSN 2036-7821

Nella opinione pacifica e diffusa, il procedimento amministrativo consiste in una serie 'concatenata' di atti in funzione della emanazione del provvedimento. Gli atti della serie sono posti in successione temporale, secondo una logica consequenziale in base alla quale i vari interessi coinvolti dall'azione, e segnatamente quelli pubblici, si esprimono uno dopo l'altro, dall'atto di iniziativa alla decisione finale che dovrà comporli.

La conferenza di servizi serve a determinare una crasi dei tempi del procedimento, chiamando tutti i soggetti portatori degli interessi pubblici coinvolti a determinare l'interesse pubblico concreto in una logica, non più consequenziale, ma contemporanea[18].

La ragion d'essere dell'istituto si può efficacemente spiegare adoperando una metafora. Immaginando il procedimento come raffigurato da un rettangolo stretto e lungo composto da più sezioni, che rappresentano gli atti endo-procedimentali, si può dire che la conferenza di servizi ha lo scopo di ridurre in una sola le diverse sezioni, 'costringendo', a dir così, ad una riunione congiunta le PP.AA. titolari degli interessi pubblici secondari coinvolti, in modo tale che possano esprimere il loro avviso sulla cura dell'interesse ad esse affidata dalla legge, nella determinazione concreta di quello pubblico primario[19].

---

amministrativo, ed affidati alla cura di un'unica autorità amministrativa, cui ricorrere nelle ipotesi in cui la dimensione della vicenda è tale da non poter essere affrontata con sufficiente speditezza avvalendosi degli strumenti partecipativi presenti nel Capo III. In altri termini la (unica) amministrazione procedente è di fronte a un bivio: acquisire gli interessi attraverso la via ordinaria, avvalendosi degli strumenti previsti nel Capo III oppure, quando ravvisi che il ventaglio degli interessi da acquisire al procedimento sia di misura tale da appesantire oltremodo l'attività amministrativa, procedere attraverso la conferenza di servizi. Immutata rimane in questo caso la titolarità del potere decisionale e l'unicità del procedimento amministrativo in capo all'amministrazione procedente (e decidente), la quale eserciterà la discrezionalità amministrativa individuando l'interesse pubblico concreto, sulla base della ponderazione dell'interesse primario (quello che essa ha in cura) con gli interessi secondari, pubblici e privati, secondo le regole classiche della valutazione comparativa; B) nelle conferenze operazionali la semplificazione assume connotati più ampi e pregnanti. La vicenda stessa dell'esercizio della discrezionalità cambia volto e dimensione, essendo chiamata a dare risposta a questioni complesse: per la presenza di più amministrazioni, di più procedimenti, poteri e interessi pubblici coinvolti nella soluzione del problema amministrativo».

[18] Come osserva G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI e altri (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., 2005, vol. I, p. 695, «La previsione della trattazione congiunta e contestuale del merito della decisione tra tutte le autorità interessate ha […] una funzione di semplificazione e di accelerazione. V'è poi una elementare regoletta empirica, secondo la quale è più agevole raggiungere un'intesa sul testo di un provvedimento sedendo allo stesso tavolo, in contraddittorio contestuale, anziché attraverso la trasmissione di carte, valutate separatamente dagli uffici delle varie Amministrazioni coinvolte. La riunione congiunta delle Amministrazioni interessate (attraverso persone fisiche a ciò espressamente deputate) si chiama "conferenza di servizi"».

[19] Si esprime in modo non dissimile E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo* cit., 2019, p. 424, il quale, dopo aver fatto «rilevare come in sede istruttoria sia possibile acquisire gli interessi pubblici rilevanti in un'unica soluzione» mediante la conferenza di servizi, chiarisce che in tal modo, «A differenza della partecipazione, l'individuazione degli interessi rilevanti avviene a priori, in sede di convocazione della conferenza, identificando i partecipanti», e che la «determinazione conclusiva, raccolta in un verbale […] sostituisce l'insieme delle manifestazioni dei vari interessi pubblici coinvolti che le amministrazioni potrebbero introdurre utilizzando lo

ISSN 2036-7821

A questo riguardo sembra indispensabile prendere atto – e definitivamente convincersi – che la disciplina legislativa dell'azione amministrativa (anche quella in ipotesi astrattamente migliore) non può essere in grado di generare il consenso delle PP.AA. coinvolte in una fattispecie concreta complessa: il suo scopo, invero, è disporre modalità tali da favorire il confronto ed il relativo processo di composizione dei vari interessi interagenti, processo che, però, non è detto che esiti necessariamente in una convergenza[20].

La verità è che la oggettiva complessità di talune (tutt'altro che rare) fattispecie concrete di amministrazione si può risolvere soltanto attraverso il convergente consenso dei soggetti coinvolti sulla soluzione di composizione degli interessi (soprattutto quelli pubblici) effettivamente in gioco. E non sembra che il consenso possa essere imposto per legge, la quale tuttalpiù può prevedere che, in determinate circostanze, esso venga considerato giuridicamente irrilevante e che perciò se ne possa fare a meno, in ultima istanza, assegnandosi ad uno o più interessi la prevalenza su quelli di cui sono portatori i soggetti dissenzienti[21].

Venendo alla disciplina vigente, l'art. 14 (così come sostituito dall'art. 1, co. 1, del D.Lgs. 127/2016) prevede due ipotesi in cui la P.A. procedente indice una conferenza di servizi: l'una, dalla legge definita «istruttoria», la cui indizione è *facoltativa*, giacché ricorre «quando [la P.A. procedente] lo ritenga opportuno per effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, ovvero in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati»; l'altra, definita «decisoria», la cui indizione è invece *obbligatoria*, ricorrendo «quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici»[22].

L'attuale disposto legislativo recepisce sul piano definitorio una distinzione avanzata dalla dottrina sulla base della disciplina previgente, che peraltro presentava più di un dubbio sulla aggettivazione qualificante della conferenza, se riferita alla

---

strumento della partecipazione di cui agli artt. 7 e ss., l. 241/1990». Nello stesso senso si v. anche D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2018, p. 372, secondo il quale «In parole povere: a cura del responsabile del procedimento o su sua iniziativa, viene convocata una riunione cui sono invitate tutte le amministrazioni competenti a curare i diversi interessi pubblici rilevanti, onde confrontare i diversi punti di vista in merito».

[20] In altre parole, la disciplina giuridica mai può, di per sé, generare il consenso delle PP.AA. coinvolte, dovendosi limitare, per così dire, ad 'aprire la strada' che agevoli il pervenire alla 'meta' (l'intesa), senza però costringere i 'viandanti' (i soggetti portatori degli interessi secondari, pubblici e privati, interagenti con l'interesse pubblico specifico) a condividere il contenuto dell'intesa laddove questi ritengano diversamente.

[21] Sul punto si tornerà nel § 7, ragionando sulla disciplina del dissenso.

[22] Come spiega D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche* cit., 2018, p. 400, «"*quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici*" l'amministrazione procedente deve sempre indire, entro un brevissimo termine dall'inizio del procedimento una conferenza di servizi definita, in questo caso "decisoria", per distinguerla da quella […] chiamata "istruttoria"».

ISSN 2036-7821

collocazione di essa in una fase, ovvero nell'altra, del procedimento [23]. Quel che rileva, comunque, è che oggi la legge identifichi le, a dir così, 'tipologie concettuali' della conferenza di servizi nelle due appena richiamate: quella «istruttoria», che si caratterizza per essere facoltativa, e quella «decisoria», che si caratterizza per essere obbligatoria.

Per il vero, almeno secondo alcune opinioni, sarebbe identificabile anche una terza tipologia, quella della conferenza *interprocedimentale*, la quale, però, più che costituire una vera e propria tipologia autonoma, sembra segnalare un possibile diverso oggetto della conferenza: una pluralità di procedimenti in luogo di uno solo. Piuttosto, se si volesse individuare una terza tipologia concettuale, ebbene essa andrebbe rinvenuta nella conferenza *preliminare* (prevista dal co. 3), che risponde ad una diversa vocazione funzionale: verificare se sussistano i presupposti per conseguire il provvedimento richiesto dall'istante interessato (anche su questo si tornerà)[24].

In ogni caso, prima di esaminare con più attenzione la questione delle possibili tipologie di conferenza e dei diversi oggetti che essa può avere, occorre descrivere la disciplina delle modalità procedurali. È indispensabile, cioè, capire: chi la può/deve indire; quali siano i termini previsti per la sua indizione e per la sua conclusione; come si distingue al riguardo fra conferenza sincrona/simultanea e conferenza asincrona/semplificata; ed infine come la conferenza si conclude.

Solo dopo aver richiamato la disciplina sarà possibile, per un verso, ragionare sulla maggiore o minore fondatezza delle varie classificazioni tipologiche della conferenza di servizi[25], sul problema della possibile alterazione del principio di fissazione per legge della competenza, sulla questione del dissenso in relazione all'esito della conferenza e sulla natura giuridica di questa; nonché, per altro verso, sui problemi che sembrano emergere dall'applicazione concreta delle disposizioni di legge[26].

Come si vedrà, mentre la disciplina procedurale della conferenza è sostanzialmente unitaria, è indubbio che siano diverse le circostanze in presenza delle quali la conferenza può, o deve, essere indetta. Ed invero, risultano differenti i presupposti per la indizione fissati rispettivamente: *a*) dall'art. 14, co. 1 («esame contestuale degli

[23] La questione verrà affrontata *ex professo* nel § 5.

[24] Sempre D. SORACE, 2018, *op. cit.*, loco cit., precisa che «La conferenza deve essere anche convocata quando lo richiede un privato per la cui attività siano necessari più atti di assenso conclusivi di distinti procedimenti di competenza di amministrazioni diverse. Un privato può anche richiedere che si tenga una conferenza "preliminare" per indicargli le condizioni per ottenere atti di assenso di vario tipo previsti per progetti particolarmente diversi o per insediamenti produttivi di beni e servizi (art. 14, c. 2, LPA)».

[25] Conferenza istruttoria e conferenza decisoria, conferenza semplificata asincrona e conferenza simultanea sincrona, conferenza interna e conferenza esterna, conferenza endo-procedimentale e conferenza operazionale.

[26] E cioè, in buona sostanza, quelli derivanti: dalla disciplina dei termini per lo svolgimento delle varie fasi delle conferenze; dal coordinamento fra la disciplina generale della conferenza e quella dettata dalle norme di settore; dal raccordo fra le disposizioni sulla conferenza e le altre disposizioni della L. 241/1990; dall'applicazione delle disposizioni sul rappresentante unico.

ISSN 2036-7821

interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, ovvero in più procedimenti amministrativi connessi riguardanti medesime attività o risultati»); *b*) dall'art. 14, co. 2 («quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici»); *c*) sempre dall'art. 14, co. 2 («Quando l'attività del privato sia subordinata a più atti di consenso, comunque denominati, da adottare a conclusione di distinti procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni pubbliche»). Ipotesi alle quali deve aggiungersi quella *d*) disciplinata dall'art. 14, co. 3 («Per progetti di particolare complessità e di insediamenti produttivi di beni e servizi l'amministrazione procedente, su motivata richiesta dell'interessato, corredata da uno studio di fattibilità, può indire una conferenza preliminare finalizzata a indicare al richiedente, prima della presentazione di una istanza o di un progetto definitivo, le condizioni per ottenere, alla loro presentazione, i necessari pareri, intese, concerti, nulla osta, autorizzazioni, concessioni o altri atti di assenso, comunque denominati»)[27].

Allora, al fine di capire se, ed eventualmente in che misura, da una siffatta complessa varietà di previsioni normative sia fondato ricavare, come fa gran parte della dottrina, una vera e propria classificazione tipologica[28], appare opportuno richiamare

[27] Sulla dubbia fondatezza di molte delle avanzate classificazioni tipologiche sembra non molto diversamente opinare D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi* cit., in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., 2019, pp. 231-232, che così si esprime: «Le fattispecie disciplinate nell'art. 14 sono state oggetto di diverse classificazioni da parte della dottrina: accanto a chi ha proposto di ricondurre tutte le fattispecie in un unico modello, sia pure, a volte, con la presenza di articolazioni funzionali, altri hanno preferito invece distinguere tra conferenze istruttorie e conferenze decisionali ovvero tra conferenze interne (di uffici) e conferenze esterne (tra amministrazioni). Le differenti ricostruzioni proposte fanno leva sulla adozione di criteri di classificazione eterogenei. La distinzione tra conferenze istruttorie e conferenze decisionali muove da un criterio di tipo funzionale; la distinzione tra conferenza interna ed esterna poggia invece su un criterio di tipo strutturale. È bene precisare che dal punto di vista funzionale non appaiono ravvisabili differenze rilevanti tra le varie tipologie contemplate dalla legge dato che tutte le tipologie attengono alla vicenda – di natura decisionale – della valutazione comparativa degli interessi. Il criterio classificatorio funzionale, pertanto, non appare accoglibile. Tale conclusione resta valida anche dopo la novella del 2016 (d.lgs. n. 127/2016): l'art. 14, infatti, pur menzionando ora la distinzione (di origine dottrinaria) tra conferenze c.d. istruttorie e conferenze c.d. decisorie, non ricollega alla stessa rilevanti conseguenze sul piano del regime applicabile alle due ipotesi. La classificazione più esauriente resta pertanto quella strutturale. Il criterio strutturale che si adotta in questa sede (diverso da quello sopra citato: conferenze tra uffici/conferenze tra amministrazioni) fa leva sulla afferenza della conferenza ad un singolo procedimento ovvero a una operazione amministrativa complessa, distinguendo così tra conferenze procedimentali e conferenze operazionali».

[28] Ad esempio, secondo G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI e altri (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., 2005, vol. I, p. 696, «La l. n. 241/1990 prevede tre forme di conferenza di servizi; la conferenza *istruttoria* (di cui una monoprocedimentale, e l'altra pluriprocedimentale), la conferenza predecisoria e la conferenza *decisoria*. Tutte sono indette dal responsabile del procedimento (oppure il responsabile ne propone l'indizione: v. art. 6, lett. *c*, l. proced. amm.) e tutte hanno una funzione di accelerazione e di coordinamento». Non diversamente sembra ritenere D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche* cit., 2018, pp. 371-372, laddove afferma che «una pubblica amministrazione può anche intervenire nel procedimento condotto da un'altra. Tuttavia, "*quando l'amministrazione procedente ritenga opportuno effettuare un esame contestuale di vari interessi pubblici*

ISSN 2036-7821

sinteticamente quelle che prescrivono le modalità procedurali per lo svolgimento della conferenza di servizi.

4. *Modalità procedurali per lo svolgimento della conferenza di servizi.*
Benché la sua rubrica rechi soltanto «*Conferenza semplificata*» e benché il suo *incipit* sembri disporre soltanto relativamente a quella *decisoria*, l'art. 14-*bis* detta le regole disciplinanti la convocazione e lo svolgimento della conferenza di servizi in generale. Giusta il co. 1 dell'art. 14, infatti, anche la conferenza *istruttoria* «si svolge con le modalità previste dall'art. 14-bis», sempre che l'«amministrazione procedente» non abbia definito «modalità diverse».
Tanto che il procedimento abbia impulso d'ufficio, tanto che esso venga aperto ad iniziativa di parte, la conferenza «è indetta dall'amministrazione procedente entro cinque giorni lavorativi dall'inizio del procedimento» (art. 14-*bis*, co. 2).
Di regola la conferenza *decisoria* «si svolge in forma semplificata e in modalità asincrona» (art. 14-*bis*, co. 1). Si ricorre, invece, alla modalità sincrona, nei «casi di cui ai commi 6 e 7», i quali si riferiscono, rispettivamente, il primo alle fattispecie differenti da quelle contemplate dal co. 5 (co. 6)[29], ed il secondo alle ipotesi in cui la «particolare complessità della determinazione da assumere» pure consente alla P.A. di «procedere direttamente in forma simultanea e in modalità sincrona», oppure a quelle in cui sussiste una «richiesta motivata delle altre amministrazioni o del privato interessato avanzata entro il termine perentorio di cui al comma 2, lettera b)», e cioè non oltre i 15 giorni (co. 7)[30].
La conferenza di servizi è convocata, di regola, dal responsabile del procedimento, il quale «propone l'indizione o, avendone la competenza, indìce le conferenze di servizi di cui all'articolo 14» (art. 6, co. 1, lett. c).

---

coinvolti in un procedimento, ovvero in più procedimenti amministrativi connessi riguardanti medesime attività o risultati", ha il potere di indire una "conferenza di servizi", anche, eventualmente, a richiesta di un'altra amministrazione coinvolta nel procedimento o di un privato interessato (art. 14, c. 1, LPA modificato da ultimo dal d.lgs. n. 127/2016)».

[29] L'art. 14-*bis*, co. 5, così recita: «Scaduto il termine di cui al comma 2, lettera c), l'amministrazione procedente adotta, entro cinque giorni lavorativi, la determinazione motivata di conclusione positiva della conferenza, con gli effetti di cui all'articolo 14-quater, qualora abbia acquisito esclusivamente atti di assenso non condizionato, anche implicito, ovvero qualora ritenga, sentiti i privati e le altre amministrazioni interessate, che le condizioni e prescrizioni eventualmente indicate dalle amministrazioni ai fini dell'assenso o del superamento del dissenso possano essere accolte senza necessità di apportare modifiche sostanziali alla decisione oggetto della conferenza. Qualora abbia acquisito uno o più atti di dissenso che non ritenga superabili, l'amministrazione procedente adotta, entro il medesimo termine, la determinazione di conclusione negativa della conferenza che produce l'effetto del rigetto della domanda. Nei procedimenti a istanza di parte la suddetta determinazione produce gli effetti della comunicazione di cui all'articolo 10-bis. L'amministrazione procedente trasmette alle altre amministrazioni coinvolte le eventuali osservazioni presentate nel termine di cui al suddetto articolo e procede ai sensi del comma 2. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nell'ulteriore determinazione di conclusione della conferenza».

[30] Le comunicazioni avvengono solo ed esclusivamente mediante utilizzo di posta elettronica o in cooperazione applicativa, atteso il rinvio all'art. 47, D.Lgs. 7/3/2005, n. 82, disposto dal co. 1 dell'art. 14-*bis*.

ISSN 2036-7821

Alle PP.AA. «interessate» la P.A. procedente deve comunicare «il termine perentorio, comunque non superiore a quarantacinque giorni», entro cui quelle «coinvolte devono rendere le proprie determinazioni» (art. 14-*bis*, co. 2, lett. c). A questo termine si riconnette l'altro, dei successivi «cinque giorni lavorativi», nel quale la P.A. procedente è tenuta ad adottare la determinazione di conclusione della conferenza (co. 5)[31].

Quest'ultima è *positiva* qualora la P.A. procedente «abbia acquisito esclusivamente atti di assenso non condizionato, anche implicito», oppure laddove essa «ritenga, sentiti i privati e le altre amministrazioni interessate, che le condizioni e prescrizioni eventualmente indicate dalle amministrazioni ai fini dell'assenso o del superamento del dissenso possano essere accolte senza necessità di apportare modifiche sostanziali alla decisione oggetto della conferenza». La determinazione è, invece, *negativa* se siano stati acquisiti «atti di dissenso» che ad avviso della P.A. procedente non sono «superabili» (art. 14-*bis*, co. 5).

Ove non si versi nei casi di assenso senza condizioni e di dissenso insuperabile, la P.A. procedente deve convocare una «conferenza in modalità sincrona», nei 10 giorni successivi al termine (di 45 giorni al massimo) nel quale le PP.AA. coinvolte devono rendere le proprie determinazioni (art. 14-*bis*, co. 6). In questa ipotesi, la indizione della conferenza simultanea è obbligatoria[32].

La conferenza *simultanea* (disciplinata dall'art. 14-*ter*) è caratterizzata dalla sincronia e dalla contestualità della partecipazione dei rappresentanti delle PP.AA. competenti, e

[31] Le regole per l'indizione sono stabilite dal co. 2 dell'art. 14-*bis*, che così testualmente recita: «La conferenza è indetta dall'amministrazione procedente entro cinque giorni lavorativi dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte. A tal fine l'amministrazione procedente comunica alle altre amministrazioni interessate: a) l'oggetto della determinazione da assumere, l'istanza e la relativa documentazione ovvero le credenziali per l'accesso telematico alle informazioni e ai documenti utili ai fini dello svolgimento dell'istruttoria; b) il termine perentorio, non superiore a quindici giorni, entro il quale le amministrazioni coinvolte possono richiedere, ai sensi dell'articolo 2, comma 7, integrazioni documentali o chiarimenti relativi a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni; c) il termine perentorio, comunque non superiore a quarantacinque giorni, entro il quale le amministrazioni coinvolte devono rendere le proprie determinazioni relative alla decisione oggetto della conferenza, fermo restando l'obbligo di rispettare il termine finale di conclusione del procedimento. Se tra le suddette amministrazioni vi sono amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, o alla tutela della salute dei cittadini, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il suddetto termine è fissato in novanta giorni; d) la data della eventuale riunione in modalità sincrona di cui all'articolo 14-ter, da tenersi entro dieci giorni dalla scadenza del termine di cui alla lettera c), fermo restando l'obbligo di rispettare il termine finale di conclusione del procedimento».

[32] Una ulteriore ipotesi di indizione obbligatoria della conferenza simultanea è prevista dall'art. 14, co. 4, nel caso di un progetto sottoposto a valutazione di impatto ambientale. Come spiega E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo* cit., 2019, p. 490, «Una specifica disciplina è inoltre posta con riferimento ai casi in cui sia richiesta una valutazione di impatto ambientale: tutte le autorizzazioni, intese, concessioni, licenze, pareri, concerti, nulla osta e assensi comunque denominati, necessari alla realizzazione del medesimo progetto, vengono acquisiti nell'ambito della conferenza di servizi (ma resta ferma la specifica disciplina per i procedimenti relativi a progetti sottoposti a valutazione di impatto ambientale di competenza statale)».

ISSN 2036-7821

può avvenire «anche in via telematica» (co. 1)[33]. I lavori devono concludersi entro 45 giorni «dalla data della riunione», tranne che nelle ipotesi indicate dalla legge (i casi di cui all'art. 14-*bis*, co. 7), per le quali, essendo coinvolte PP.AA. preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, il termine è raddoppiato (il co. 2 dell'art. 14-*bis*, infatti, nei casi in parola prescrive 90 giorni)[34].

Ciascuna P.A. convocata alla riunione della conferenza simultanea è rappresentata da un solo soggetto «abilitato ad esprimere definitivamente e in modo univoco e vincolante la posizione dell'amministrazione stessa su tutte le decisioni di competenza della conferenza», questi potendo anche indicare «le modifiche progettuali» che si rendano necessarie ai fini del conseguimento dell'assenso (art. 14-*ter*, co. 3).

In particolare, nell'ipotesi in cui alla conferenza siano invitate a partecipare anche PP.AA. non statali, quelle statali vengono rappresentate «da un unico soggetto abilitato ad esprimere definitivamente in modo univoco e vincolante la posizione di tutte». Tuttavia, viene espressamente fatta salva la facoltà delle singole PP.AA. statali di «intervenire ai lavori della conferenza in funzione di supporto» (art. 14-*ter*, co. 4)[35].

---

[33] Il co. 1 testualmente dispone che «La prima riunione della conferenza di servizi in forma simultanea e in modalità sincrona si svolge nella data previamente comunicata ai sensi dell'articolo 14-bis, comma 2, lettera d), ovvero nella data fissata ai sensi dell'articolo 14-bis, comma 7, con la partecipazione contestuale, ove possibile anche in via telematica, dei rappresentanti delle amministrazioni competenti».

[34] Come spiega V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo* cit., 2019, p. 384, «La conferenza si può svolgere secondo due differenti modalità, in forma semplificata ed asincrona (i soggetti coinvolti non si riuniscono fisicamente né in forma telematica ma vengono contattati per via telematica e si esprimono anche non contestualmente entro i termini fissati dalla norma: art. 14-*bis*); ovvero in forma simultanea e in modalità sincrona (art. 14-*ter*: i soggetti coinvolti partecipano contestualmente alla conferenza anche in forma telematica). Per regola la conferenza si svolge in forma semplificata. In tal caso l'Amministrazione procedente invia alle altre Amministrazioni coinvolte, la documentazione necessaria ed esse devono rispondere entro il termine fissato dalla norma, salve richieste di integrazioni, anch'esse entro un termine perentorio (che è più lungo per le Amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico territoriale, dei beni culturali, alla salute e alla pubblica incolumità: art. 14-*bis*, 2° co., lett. *c*); ma v. art. 14-*quinquies*, 1° co.) […]. La mancata o irregolare comunicazione delle determinazioni richieste da parte di una delle Amministrazioni coinvolte equivale ad assenso senza condizioni alla proposta dell'Amministrazione procedente». Sul punto si v. anche G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo* cit., 2017, p. 315, ad avviso del quale «La conferenza semplificata è […] designata quale sede deputata a tentare di risolvere innanzitutto le decisioni "semplici", mentre la conferenza in forma simultanea trova applicazione in ipotesi eccezionali (art. 14-*bis*, comma 1), caratterizzate da un più elevato grado di complessità. Sono adottabili secondo il modulo operativo della conferenza simultanea di cui all'art. 14-*ter* solo quelle decisioni considerate più complesse dall'amministrazione procedente in seguito ad una valutazione prognostica (art. 14-*bis*, comma 7), oppure all'esito della conferenza semplificata (art. 14-*bis*, commi 5-6), o se ritenuti tali, in via astratta e generale, dalla legge (art. 14, comma 3, quarto periodo e comma 4)». Poco più avanti (p. 316), l'A. afferma anche che «appare evidente che conferenza semplificata e conferenza simultanea non sono pensate dal legislatore quali modalità esclusivamente alternative di svolgimento della conferenza di servizi. Al contrario, sembrerebbero, piuttosto, due modelli integrabili, dal momento che la seconda costituisce sviluppo (sempre eventuale) della prima».

[35] Il rappresentante unico – stabilisce il co. 4 – è «nominato, anche preventivamente per determinate materie o determinati periodi di tempo, dal Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero, ove si tratti soltanto di

ISSN 2036-7821

È previsto, altresì, che le PP.AA. preposte alla tutela di interessi propri di settori sensibili (beni culturali, ambiente, sanità, pubblica incolumità), prima che si concludano i lavori, «possono esprimere al suddetto rappresentante il proprio dissenso».

Non è irrilevante, infine, che «gli interessati, inclusi i soggetti proponenti il progetto eventualmente dedotto in conferenza», possano essere invitati alle sue riunioni (co. 6).

Quanto alla conclusione dei lavori, al termine di essi e in base ai risultati conseguiti nella «ultima riunione», la P.A. procedente «adotta la determinazione motivata di conclusione della conferenza», fondata sulle «posizioni prevalenti espresse dalle amministrazioni partecipanti alla conferenza tramite i rispettivi rappresentanti» (art. 14-*ter*, co. 7)[36]. Da ciò sembra doversi ricavare che la decisione finale maturata dalla conferenza non coincida con il provvedimento conclusivo del procedimento[37].

La «determinazione motivata di conclusione della conferenza», assunta dalla P.A. procedente all'esito dei lavori, «sostituisce a ogni effetto tutti gli atti di assenso,

amministrazioni periferiche, dal Prefetto». Inoltre, il successivo co. 5 dispone che «ciascuna regione e ciascun ente locale definisce autonomamente le modalità di designazione del rappresentante unico di tutte le amministrazioni riconducibili alla stessa regione o allo stesso ente locale nonché l'eventuale partecipazione delle suddette amministrazioni ai lavori della conferenza».

[36] Sul punto si v. E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo* cit., 2019, p. 494, secondo cui «l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione della conferenza sulla base delle posizioni prevalenti espresse dalle amministrazioni partecipanti alla conferenza tramite i rispettivi rappresentanti: dunque, non necessariamente sulla base del mero criterio della maggioranza, ma in ragione della qualità delle posizioni […]. Non è escluso, perciò, che l'amministrazione procedente segua la posizione minoritaria ove la ritenga più convincente». Anche G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo* cit., 2017, p. 318, afferma che «in seguito alla novella del 2016, la portata applicativa del principio di maggioranza ha subito un sensibile ridimensionamento». L'A., infatti, aggiunge che «l'amministrazione procedente può adottare la determinazione motivata di conclusione positiva della conferenza solo ove si sia formato un consenso unanime. In alternativa, la suddetta determinazione positiva è adottabile dall'autorità procedente, quando l'unanimità, seppure non attualmente raggiunta, sia da essa ritenuta "potenzialmente" conseguibile in modo agevole. Tale fattispecie ricorre allorché l'amministrazione procedente reputi "che le condizioni e le prescrizioni eventualmente indicate dalle amministrazioni ai fini dell'assenso o del superamento del dissenso possano essere accolte senza necessità di apportare modifiche sostanziali alla decisione oggetto della conferenza" (art. 14-*bis*, comma 5, primo periodo). Specularmente, l'amministrazione procedente deve comunque adottare una determinazione di conclusione negativa della conferenza, se ha "acquisito uno o più atti di dissenso che non ritenga superabili": dunque, anche in presenza di una maggioranza favorevole al positivo esito della conferenza (art. 14-*bis*, comma 5, secondo periodo)».

[37] In proposito G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo* cit., 2017, p. 320 afferma che «La determinazione che conclude i lavori, recependo le posizioni prevalenti emerse in seno alla conferenza simultanea, ovvero quanto unanimemente deciso all'esito della conferenza semplificata, non costituisce ancora il provvedimento finale. Esso viene adottato in un momento successivo dall'amministrazione procedente in conformità al contenuto della detta determinazione, andando a sostituire, a tutti gli effetti, ogni atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti (artt. 14-*ter*, comma 7 e 14-*quater*, comma 1). Dalla data della comunicazione della determinazione motivata di conclusione della conferenza, decorrono i termini di efficacia di tutti i pareri, autorizzazioni, concessioni, nulla osta o atti di assenso comunque denominati, acquisiti nell'ambito della conferenza di servizi (art. 14-*quater*, comma 4)».

ISSN 2036-7821

comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni o servizi pubblici interessati» (art. 14-*quater*, co. 1).

Alle PP.AA. «i cui atti sono sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza» è consentito presentare a quella procedente una richiesta motivata per ottenerne l'annullamento d'ufficio. Esse possono anche chiederne la revoca, sempre che, però, abbiano partecipato alla conferenza (art. 14-*quater*, co. 2)[38].

Con riguardo alla efficacia, la determinazione motivata di conclusione della conferenza è capace di produrre effetti «immediatamente» laddove l'approvazione sia «unanime». Nel caso, invece, «di approvazione sulla base delle posizioni prevalenti, l'efficacia della determinazione è sospesa ove siano stati espressi dissensi qualificati ai sensi dell'articolo 14-quinquies e per il periodo utile all'esperimento dei rimedi ivi previsti» (art. 14-*quater*, co. 3)[39].

---

[38] La disposizione così espressamente recita: «Le amministrazioni i cui atti sono sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza possono sollecitare con congrua motivazione l'amministrazione procedente ad assumere, previa indizione di una nuova conferenza, determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-nonies. Possono altresì sollecitarla, purché abbiano partecipato, anche per il tramite del rappresentante di cui ai commi 4 e 5 dell'articolo 14-ter, alla conferenza di servizi o si siano espresse nei termini, ad assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-quinquies». Secondo E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo* cit., 2019, p. 495, «Le amministrazioni i cui atti sono sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza possono sollecitare con congrua motivazione l'amministrazione procedente ad assumere, previa indizione di una nuova conferenza, determinazioni in via di autotutela (annullamento d'ufficio: al fine di garantire la stabilità della determinazione finale, dunque, non sono consentite iniziative "individuali", ma occorre riconvocare la conferenza). Possono altresì sollecitarla, purché abbiano partecipato, anche per il tramite del rappresentante, alla conferenza di servizi o si siano espresse nei termini, ad assumere determinazioni di revoca»

[39] Il co. 4 dell'art. 14-*bis* stabilisce, inoltre, che la mancata comunicazione, da parte delle amministrazioni coinvolte, «della determinazione entro il termine di cui al comma 2, lettera c), ovvero la comunicazione di una determinazione priva dei requisiti previsti dal comma 3, equivalgono ad assenso senza condizioni». Ed ancora, il co. 7 dell'art 14-*ter* prevede che «Si considera acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi, non abbia espresso ai sensi del comma 3 la propria posizione, ovvero abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza». Secondo E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo* cit., 2019, p. 492, «La legge introduce vari meccanismi volti a superare l'inerzia dei soggetti pubblici coinvolti o altri ostacoli, o, comunque, ad agevolare la conclusione del procedimento, così rafforzando la natura di meccanismo decisionale dell'istituto. In primo luogo (inerzia o partecipazione non collaborativa), fatti salvi i casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi, la mancata comunicazione della determinazione entro il termine di legge, ovvero la comunicazione di una determinazione priva dei requisiti sopra indicati, equivalgono ad assenso senza condizioni […]. In secondo luogo (mancato rispetto dei termini), scaduto il termine perentorio, l'amministrazione procedente adotta, entro cinque giorni lavorativi, la determinazione motivata di conclusione positiva della conferenza qualora abbia acquisito esclusivamente atti di assenso non condizionato, anche implicito, ovvero qualora ritenga, sentiti i privati e le altre amministrazioni interessate, che le condizioni e prescrizioni eventualmente indicate dalle amministrazioni ai fini dell'assenso o del superamento del dissenso possano essere accolte senza necessità di apportare modifiche sostanziali alla decisione oggetto della conferenza. Soltanto qualora abbia acquisito uno o più atti di dissenso che non ritenga superabili, l'amministrazione procedente adotta, entro il medesimo termine, la determinazione di conclusione negativa della conferenza che produce l'effetto del rigetto della domanda». Tuttavia l'A. poco oltre (p. 495) afferma anche che, «Circa gli effetti […] la determinazione motivata di conclusione della conferenza, adottata dall'amministrazione procedente all'esito della stessa, sostituisce a ogni effetto tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di

ISSN 2036-7821

Non è insignificante, da ultimo, ricordare che «I termini di efficacia di tutti i pareri, autorizzazioni, concessioni, nulla osta o atti di assenso comunque denominati acquisiti nell'ambito della conferenza di servizi decorrono dalla data della comunicazione della determinazione motivata di conclusione della conferenza» (art. 14-*quater*, co. 4).

5. La maggiore o minore fondatezza delle varie classificazioni tipologiche della conferenza di servizi: conferenza istruttoria e conferenza decisoria; conferenza interna e conferenza esterna; conferenza endo-procedimentale e conferenza operazionale.

Alla luce della ricognizione descrittiva delle modalità procedurali previste dall'assetto normativo vigente, si può ora ragionare, con maggior cognizione di causa, sulla proponibilità di una vera e propria classificazione tipologica della conferenza di servizi.

Nelle trattazioni manualistiche si è soliti distinguere, soprattutto, fra conferenza *istruttoria* e conferenza *decisoria*[40]. La distinzione, a dire il vero, che pur è stata assunta dall'ultima formulazione del testo legislativo, non sembra corrispondere appieno al contenuto disciplinare delle disposizioni normative, anche considerando le numerosissime (e continue) modificazioni che questo ha subìto.

Per potersi fondatamente parlare di conferenza *istruttoria* o *decisoria*, infatti, a meno di non usare i due aggettivi con significati diversi da quelli adottati per distinguere le due fasi del procedimento, occorrerebbe potersi distinguere due differenti fattispecie astratte, disciplinanti l'una un'attività endo-procedimentale e l'altra un'attività conclusiva del procedimento, e dunque propriamente provvedimentale. Ebbene, la normativa, sin dalla sua originaria formulazione, non sembra autorizzare una siffatta conclusione.

Come si è poc'anzi riferito, quella oggi vigente consente piuttosto di differenziare, almeno in apparenza, tra una conferenza *facoltativa* (o, rimirandola in una diversa

competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni o servizi pubblici interessati. In caso di approvazione unanime, la determinazione è immediatamente efficace. Nell'ipotesi di approvazione sulla base delle posizioni prevalenti, l'efficacia della determinazione è sospesa ove siano stati espressi dissensi qualificati ai sensi dell'art. 14 *quinquies* (da parte di amministrazioni che curano interessi sensibili o da parte di regioni e province autonome di Trento e di Bolzano) e per il periodo utile all'esperimento dei rimedi ivi previsti».

[40] E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo* cit., 2019, p. 423, considera la conferenza di servizi istruttoria come una delle tre vie percorribili per la «rappresentazione nel corso del procedimento» degli interessi pubblici «rilevanti». D'altra parte, più avanti l'A. afferma che «Il modello di conferenza di servizi introdotto dall'art. 14, c. 2, l. 241/1990, differisce dalla conferenza istruttoria […]: si tratta della c.d. conferenza decisoria. Il legislatore, rendendola obbligatoria, la circoscrive a due casi in cui sia necessario acquisire più "pareri, intese, concerti, nullaosta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche"» (p. 487). E poi puntualizza che «La conferenza di servizi (sia quella istruttoria, sia quella decisoria […]) tende a un accordo tra amministrazioni. In realtà, il meccanismo decisionale delineato dalla legge sembra "pensato" per la conferenza decisoria […], mentre quella istruttoria mira soprattutto a una composizione degli interessi, senza l'ansia del risultato finale» (p. 488).

ISSN 2036-7821

prospettiva, *migliorativa*) ed una conferenza *obbligatoria* (o, in quella stessa prospettiva, *abbreviativa*).

Ed invero, a ben riflettere, appare alquanto improprio attribuire alla conferenza la qualificazione di 'decisoria' semplicemente perché la sua deliberazione conclusiva terrà luogo degli atti di assenso che la legge di settore prescrive come da emanarsi prima ed in funzione del provvedimento finale[41]. Quel che invece rileva allo scopo è stabilire se la determinazione che conclude i lavori della conferenza debba, o meno, tener luogo del provvedimento finale, ovvero debba esser 'riversata' in quest'ultimo in maniera non necessariamente integrale: ciò che implicherebbe la sussistenza, in capo alla P.A. procedente, di uno spazio valutativo/discrezionale teso a decidere almeno 'quanto' della deliberazione conclusiva della conferenza debba 'sfociare' nel provvedimento[42].

L'assunto merita di essere chiarito in maniera più analitica. Bisogna perciò rileggere attentamente i commi 1 e 2 dell'art. 14 (anche considerando la versione originaria, più volte modificata nel tempo).

Dal co. 1, anzitutto, si ricava senz'altro che è la P.A. procedente ad indire la conferenza «istruttoria» e che la convocazione di questa non è un obbligo, bensì una facoltà, come lascia inequivocabilmente intendere l'uso dell'aggettivo «opportuno». La congiunzione «quando», peraltro, sembra proprio poter indurre in errore: come se si potesse ipotizzare che non sia sempre 'opportuno' «effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti»[43]. Appare quindi più corretto ritenere

[41] Nella versione attuale la norma lo afferma espressamente: «La determinazione motivata di conclusione della conferenza, adottata dall'amministrazione procedente all'esito della stessa, sostituisce a ogni effetto tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni o servizi pubblici interessati» (art. 14-quater, co. 1).

[42] Sembra sostenere una tesi non proprio analoga D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi* cit., in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., 2019, p. 234, secondo il quale «In primo luogo si è chiarito che la fase di partecipazione dei privati al procedimento non è affatto esclusa, ma deve aver luogo prima che, nella riunione conclusiva, la conferenza svolga la sua funzione essenziale, rivolta alla determinazione dell'assetto di interessi. Tale chiarimento riposa sull'idea secondo cui la conferenza di servizi (in quanto riunione di organi decisionali) sia aperta, in senso proprio, alla partecipazione di soli soggetti pubblici (e, in particolare, a tutti, e solo, quelli titolari dei poteri decisionali coinvolti nel problema amministrativo da risolvere) e che, di conseguenza, essa abbia natura essenzialmente decisionale, attenendo in ogni caso alla valutazione comparativa degli interessi. Non sono in contrasto con tale impostazione quelle previsioni, ravvisabili ad esempio nella disciplina in tema di autorizzazione di insediamenti produttivi, che sembrano aprire la conferenza alla partecipazione dei privati; ovvero quei casi in cui la conferenza è stata estesa anche all'ingresso di organi tecnici o consultivi. Nelle fattispecie indicate i privati, come gli organi tecnici e consultivi, infatti, non prendono parte (in senso proprio) alla conferenza, ma sono sentiti dalle amministrazioni riunite in conferenza prima del momento (sempre isolabile sul piano logico) decisionale in senso stretto, in cui i soli organi (o delegati di organi) titolari di poteri decisionali provvedono a determinare il voluto».

[43] Naturalmente il termine «contestuale» – che giuridicamente, in senso letterale, significa «fatto verificatosi nell'immediatezza di un altro fatto» (*Dizionario Treccani on line*) – è qui inteso come riferito alla valutazione in uno di tutti gli interessi ad opera della P.A. procedente. Ove invece si considerasse riferito alla contemporanea presenza delle autorità amministrative attributarie degli interessi secondari coinvolti nella fattispecie concreta,

ISSN 2036-7821

che la frase voglia semplicemente escludere l'attività vincolata dall'applicabilità della norma, così circoscrivendo questa alla sola attività discrezionale.
A meno che non si tratti di attività vincolata, infatti, è impossibile che manchi l'«esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti». La disposizione perciò deve intendersi riferita ai casi di attività discrezionale, il cui indefettibile presupposto è sempre l'acquisizione – nella fase istruttoria – di tutti gli interessi pubblici secondari interagenti nella fattispecie, da doversi poi mediare – nella fase decisoria – in una sintesi 'coniugante' e/o 'combinante', tale da determinare in concreto la misura effettiva di quello specifico e/o primario previsto in astratto dalla legge: lo impongono i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.[44].
In secondo luogo, volendo cogliere il senso complessivo delle disposizioni di cui all'art. 14, se appare difficilmente opinabile che con quella del co. 1 si voglia far riferimento alla necessità di acquisire, in sede istruttoria, la conoscenza dei vari interessi pubblici coinvolti ai fini della decisione amministrativa da assumere, non sembra invece potersi correttamente evincere (diversamente da quanto ritiene consistente parte della dottrina) che sia riferibile alla fase istruttoria solo questa ipotesi, e non anche quella disciplinata dal co. 2.
Secondo una diffusa opinione, la conferenza di servizi di cui al co. 2, esplicitamente denominata 'decisoria', andrebbe sol per questo qualificata come tale. Ad un attento e ragionato esame della disciplina, però, sembra potersi trarre lo spunto per dissentire. D'altronde, se l'affermazione poteva spiegarsi – pur se, come si chiarirà, non giustificarsi – in base alla originaria formulazione della disposizione, oggi non pare esser più così.
Al momento della sua genesi, la disposizione prevedeva che «le determinazioni concordate nella conferenza tra tutte le amministrazioni intervenute», nei casi in cui questa fosse stata indetta «quando l'amministrazione procedente» avrebbe dovuto «acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche», tenevano «luogo degli atti predetti». Anche in base alla successiva modifica, secondo cui, in ogni caso «le determinazioni concordate nella conferenza sostituiscono a tutti gli effetti le intese, i concerti, i nullaosta e gli assensi richiesti», si poteva spiegare la conclusione che si trattasse di conferenza decisoria.
Tuttavia, l'assunto sembrava comunque non giustificabile, giacché, per affermare la capacità decisoria della conferenza, non si può ritenere sufficiente che la sua deliberazione conclusiva tenga luogo dei vari atti di assenso. A ben riflettere, in realtà, la differenza di contenuto regolativo tra i due commi, oggi come allora, attiene

dovrebbe contestarsi l'utilizzo del termine «esame», in suo luogo essendosi dovuto più appropriatamente adoperare quello di «acquisizione».

[44] Insomma, una cosa è l'esame *contestuale* degli interessi, che, qualora si tratti di attività discrezionale, è sempre necessario, non solo «opportuno»; altra cosa è ritenere che, per l'esame *contestuale* degli interessi coinvolti, si ritenga opportuna anche la presenza *contestuale* dei soggetti portatori istituzionali di essi.

ISSN 2036-7821

al modo in cui gli interessi pubblici secondari coinvolti sono considerati nella legislazione di settore[45].

La fattispecie di cui al co. 1 – diversamente da quella di cui al co. 2 – si riferisce ai casi in cui gli interessi pubblici secondari compresenti non hanno ricevuto una, a dir così, 'espressa codificazione' nella relativa legge di settore, mancando una previsione normativa che imponga alle PP.AA. che ne sono affidatarie di partecipare al procedimento: ciò nondimeno l'interesse pubblico concreto deve sempre derivare dal loro esame complessivo.

Gli interessi pubblici secondari, insomma, di certo non scompaiono quando le discipline di settore siano prive di norme che assegnino un ruolo formalizzato alle PP.AA. titolari di essi; e la P.A. procedente, per valutarli adeguatamente, può, secondo la legge generale, indire una conferenza di servizi, 'costringendo' tutti i soggetti istituzionali interessati a trovare, insieme e contestualmente, la migliore soluzione del caso concreto[46].

Orbene, le PP.AA. che partecipano alla conferenza (lo prescriva o no la legge di settore), non lo fanno nella fase decisoria ovvero in quella istruttoria per il fatto che all'esito della conferenza la decisione terrà luogo, oppur no, degli atti di assenso previsti. Piuttosto, tanto nel primo quanto nel secondo caso, la deliberazione della conferenza o conclude il procedimento, o non lo conclude.

E la ragione per cui, nel secondo caso, la legge generale dispone che la determinazione finale della conferenza tiene luogo degli atti endo-procedimentali previsti dalle leggi di settore (intese, concerti, nulla-osta, ecc.) è evidente: perché il contenuto che tali atti avrebbero dovuto esprimere autonomamente nella sequela

[45] A questo riguardo non è inutile sottolineare che, essendo una legge generale, la L. 241/1990 si applica, sì, a tutti i procedimenti amministrativi; tuttavia, per quelli che, avendo ad oggetto specifiche materie, vantano l'esistenza di una legge di settore contenente una disciplina particolare, in base alla quale, ad esempio, prima di emanare il provvedimento, occorre conseguire un concerto o una intesa con un'altra P.A., ovvero acquisire da questa un nulla-osta, ecc., le norme dettate da tale legge, evidentemente, dovrebbero operare, in linea di massima, come *lex specialis* rispetto a quelle della legge generale.

[46] A scopo esemplificativo si può provare ad immaginare l'ipotesi di un palazzo pericolante di interesse storico artistico. Immaginando, sempre in ipotesi, che la legge in materia di beni culturali preveda l'obbligo per il Sindaco di conseguire il previo nulla-osta della Soprintendenza ai beni storico-artistici per provvedere a garantire l'interesse pubblico 'incolumità dei cittadini'. È chiaro che, prima di provvedere, il Sindaco dovrà chiedere il prescritto nulla-osta. Con la disposizione di cui all'art. 14, co. 2, egli deve indire la conferenza di servizi. Ove, invece, la legge di settore non preveda che bisogna ottenere il nulla-osta della Soprintendenza, può, in tal caso, il Sindaco provvedere senza considerare che il palazzo è di interesse storico-artistico? Ovviamente no. Deve comunque necessariamente valutare quell'interesse pubblico la cura del quale pur è dalla legge affidata ad un'altra P.A.: siamo nell'ipotesi di cui al co. 1. Se nel primo caso (quello di cui al co. 2) la convocazione della conferenza di servizi è obbligatoria, in questo secondo (quello del co. 1) è facoltativa: il Sindaco, cioè, può indirla per meglio valutare come comporre gli interessi pubblici compresenti nella fattispecie concreta. Perché mai dovremmo chiamare la conferenza 'decisoria' nel primo caso, e 'istruttoria' nel secondo? Dovrebbe essere ormai definitivamente chiarito che, quando l'azione amministrativa si esplica, mai può prescindere dalla realtà. E anzi è proprio quest'ultima, in un certo senso, a determinare l'epifania finale della funzione: tutto ciò che occorre per pervenire alla decisione finale deve (perché non può non) rientrare nella istruttoria procedimentale.

ISSN 2036-7821

procedimentale si 'scioglie' nella (e viene 'assorbito' dalla) deliberazione della conferenza[47].

Insomma, la deliberazione della conferenza sembra poter essere parte sia della fase istruttoria sia della fase decisoria, ma in entrambe le fattispecie (quella del co. 1 e quella del co. 2). Nulla impedisce infatti che, per un verso, anche nelle ipotesi di cui al co. 1 il contenuto della deliberazione della conferenza coincida con la decisione finale del procedimento, laddove l'autorità procedente non possa disattenderne il risultato dispositivo (la «conferenza istruttoria» talvolta meritando, perciò, d'esser qualificata come '*decisoria*'); e che, per altro verso e all'opposto, anche nelle ipotesi di cui al co. 2 il contenuto della deliberazione della conferenza non necessariamente coincida con la decisione finale del procedimento, laddove quest'ultima (sia pur parzialmente) si discosti da essa (la «conferenza decisoria» talvolta meritando, perciò, d'esser qualificata almeno in parte come '*istruttoria*').

Come si capisce, allora, anche a prescindere dal *nomen juris*, sotto il profilo dei contenuti, i tipi di cui ai commi 1 e 2 – siano denominati come si vuole – non si distinguono per la collocazione della conferenza nelle due diverse fasi del procedimento. Ciò non vuol dire che fra le due fattispecie non vi sia differenza: essa sta nella prescrizione legislativa della necessaria partecipazione al procedimento dei portatori degli interessi pubblici secondari, che sussiste solo in quella di cui al co. 2; nella fattispecie di cui al co. 1, invece, gli interessi, seppur presenti nella realtà concreta, non vedono, però, la partecipazione al procedimento dei loro portatori codificata in una legge di settore, così lasciandosi alla P.A. procedente la scelta se convocare o no questi ultimi.

In definitiva, la differenza sta in ciò: mentre il co. 2 dispone per le ipotesi in cui una specifica legge di settore assegna ad uno o più soggetti pubblici la competenza a curare (esprimendo pareri, nulla-osta, o altri atti di assenso) l'interesse di loro istituzionale attribuzione in fattispecie complesse finalizzate a realizzare l'interesse pubblico specifico proprio della P.A. procedente; il co. 1, invece, dispone per le ipotesi in cui manchi una siffatta previsione legislativa.

Del resto, non sembra discutibile che «pareri, intese, concerti, nulla-osta o altri atti di assenso, comunque denominati», come deliberazioni o accordi preliminari, si collochino in un momento che precede la decisone finale. Essi, cioè, sono situati prima ed in funzione di questa, in qualsiasi modo venga concepita la sotto-fase cd. 'pre-decisoria' (se come ultimo tratto della fase istruttoria, oppure come primo tratto di quella decisoria).

Se, però, per fase decisoria s'intende quella in cui la P.A. assume il provvedimento finale, giuridicamente costitutivo degli effetti, allora è indiscutibile che tutti gli atti in

[47] Per questo, tra l'altro (ma vi si tornerà fra breve), la disposizione (poneva e) pone un problema con riguardo alla possibile violazione del principio di legalità, derivante dall'alterazione per via amministrativa delle competenze fissate dalla legge.

ISSN 2036-7821

parola, contribuendo alla predeterminazione del contenuto provvedimentale, si situano prima della decisione finale.

Per le ragioni appena esposte, sebbene sia indubbiamente suggestiva l'idea sottostante, neppure sembra persuasiva l'altra distinzione proposta dalla dottrina, quella secondo cui la conferenza di cui al co. 1 sarebbe 'procedimentale', e quella di cui al co. 2 'operazionale'[48].

Alla stessa stregua, pare non condivisibile – anche perché di scarsa utilità – la distinzione fra conferenza di servizi «esterna» ed «interna», che la legge avrebbe introdotto in base ad un diverso ordine classificatorio, i due modelli differenziandosi

[48] Al riguardo secondo D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi* cit., in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., 2019, pp. 232-233, «la conferenza *procedimentale* [corsivo di chi scrive] è un modulo predisposto per la contestuale valutazione di più interessi pubblici inerenti a un singolo procedimento amministrativo, ed affidati alla cura di un'unica autorità amministrativa, cui ricorrere nelle ipotesi in cui la dimensione della vicenda è tale da non poter essere affrontata con sufficiente speditezza avvalendosi degli strumenti partecipativi presenti nel Capo III. In altri termini la (unica) amministrazione procedente è di fronte ad un bivio: acquisire gli interessi attraverso la via ordinaria, avvalendosi degli strumenti previsti nel Capo III oppure, quando ravvisi che il ventaglio degli interessi da acquisire al procedimento sia di misura tale da appesantire oltremodo l'attività amministrativa, procedere attraverso la conferenza di servizi, optando per un modulo procedimentale caratterizzato da snellezza e semplificazione. Immutata rimane in questo caso la titolarità del potere decisionale e l'unicità del procedimento amministrativo in capo alla amministrazione procedente (e decidente), la quale eserciterà la discrezionalità amministrativa individuando l'interesse pubblico concreto, sulla base della ponderazione dell'interesse primario (quello che essa ha in cura) con gli interessi secondari, pubblici e privati, secondo le regole classiche della valutazione comparativa; […] nelle conferenze *operazionali* [corsivo di chi scrive] la semplificazione assume connotati più ampi e pregnanti. La vicenda stessa dell'esercizio della discrezionalità cambia volto e dimensione, essendo chiamata a dare risposta a questioni complesse: per la presenza di più amministrazioni, di più procedimenti, poteri e interessi pubblici coinvolti nella soluzione del problema amministrativo. In esse sfuma la distinzione fra interesse primario e secondari […]; cambia pertanto la regola di esercizio dei poteri discrezionali, chiamati ad individuare l'interesse concreto da tutelare o perseguire, unificando (o rendendo congiunti e contestuali) tutti i procedimenti finalizzati ad un'unica operazione amministrativa. Anche i termini della partecipazione (pubblica) al procedimento mutano adattandosi al contesto di codecisione. Ogni amministrazione partecipa ai procedimenti delle altre amministrazioni aprendo, al contempo, le porte del proprio procedimento alla partecipazione delle altre amministrazioni. La legge generale sul procedimento non si limita ad offrire lo strumento per la amministrazione della complessità, ma rende l'uso delle conferenze operazionali tendenzialmente obbligatorio. L'art. 14, comma 2, prevede infatti che "la conferenza è sempre indetta" quando data la complessità della vicenda procedimentale, l'amministrazione procedente non abbia ottenuto altrimenti (con le modalità tradizionali ovvero quelle indicate nell'art. 14 *bis* c.d. conferenza semplificata o asincrona: […] "pareri, intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati" e quando "l'attività del privato sia subordinata a più atti di assenso, comunque denominati, da adottare a conclusione di distinti procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni pubbliche". L'art 14 e l'art 14 *bis* rivestono quindi anche una rilevanza organizzativa: tendono a riorganizzare, in concreto, il modo di agire dell'amministrazione pubblica, rendendo il ricorso alla conferenza lo strumento ordinario di amministrazione di casi complessi. Di fronte a decisioni di *routine* l'amministrazione procederà secondo il procedimento tradizionale, isolato. Invece, in presenza di decisioni complesse l'amministrazione sarà chiamata ad esercitare i poteri amministrativi in conferenza di servizi. Entrambe le soluzioni, decisione solitaria o ricorso alla conferenza, alternativamente, a seconda dei caratteri del caso problematico, possono rivelarsi rispettose del canone costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione».

ISSN 2036-7821

a seconda che la conferenza sia rivolta ad acquisire, o meno, atti esterni al procedimento nel cui seno essa si svolge[49].

Sulla scorta del dato normativo si può dunque a ragion veduta sostenere che la deliberazione finale della conferenza non sempre corrisponde al provvedimento conclusivo del procedimento. Di tal che non appare improprio desumere che la conferenza (a prescindere dal *nomen* di cui ai co. 1 e 2) è definibile come *decisoria* se la deliberazione che la conclude costituisce il provvedimento finale (il che però la norma non dice, prescrivendo soltanto che, laddove siano previsti pareri, concerti, intese e quant'altro, la determinazione conclusiva della conferenza tiene luogo di tali atti[50]). Viceversa, se la deliberazione conclusiva non coincide con il provvedimento finale, alla P.A. procedente residuando uno spazio 'decisionale', la conferenza è definibile come *istruttoria*. Insomma, la conferenza è *decisoria*, se e quando la sua deliberazione conclusiva costituisce il provvedimento finale; oppure è *istruttoria*, se e quando con essa si raggiunge sì l'accordo sul contenuto provvedimentale, epperò dopo spetta sempre alla P.A. procedente decidere se e come assumere il provvedimento costitutivo degli effetti giuridici.

La scelta fra le due opzioni ermeneutiche non può che dipendere dal riconoscere, o meno, in capo alla P.A. procedente, la sussistenza di un margine di discrezionalità che le consenta di distaccarsi in modo più o meno ampio dalla deliberazione della conferenza. Nel caso in cui tale spazio non venga riconosciuto, si deve ritenere che la P.A. procedente debba solo prendere atto del contenuto di quella deliberazione ed assumere conformemente il provvedimento, spettando alla deliberazione finale della conferenza la decisione sulla fattispecie concreta[51].

---

[49] Come spiega E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo* cit., 2019, p. 424, «L'art. 14, l. 241/1990, prevede […] che la conferenza può essere indetta dall'amministrazione procedente, anche su richiesta di altra amministrazione coinvolta nel procedimento o del privato interessato, quando lo ritenga opportuno per effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo (c.d. conferenza istruttoria interna), ovvero in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati (c.d. conferenza istruttoria esterna, in quanto interprocedimentale)». Ed ancora, più avanti (p. 487): «Più nel dettaglio, secondo quanto dispone la norma, la conferenza di servizi decisoria "è sempre indetta" quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici. Quando l'attività del privato sia subordinata a più atti di assenso, comunque denominati, da adottare a conclusione di distinti procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni pubbliche, la conferenza di servizi è convocata da una delle amministrazioni procedenti. La prima ipotesi (c.d. conferenza decisoria interna: l'indizione spetta all'amministrazione procedente) riguarda atti endoprocedimentali, mentre la seconda concerne atti di assenso che costituiscono il momento finale di un autonomo procedimento (c.d. conferenza decisoria esterna: ricorrendo a tale figura, è dunque possibile acquisire atti esterni rispetto al singolo procedimento; la conferenza può qui essere convocata anche su richiesta dell'interessato)».

[50] Che sono atti endo-procedimentali, e non provvedimentali, perché comunque precedenti il provvedimento finale.

[51] L'aspetto che meno convince delle ricostruzioni diverse da quella qui proposta è, non tanto nella diversità delle denominazioni – dacché «istruttoria» e «decisoria» sono ormai il *nomen juris* assunto dalla legge –, quanto piuttosto nel fatto che, generalmente, l'uno e l'altro tipo di conferenza vengano nella manualistica trattati

ISSN 2036-7821

6. *La conferenza preliminare e la conferenza interprocedimentale.*

Diversamente dalle *species* classificatorie testé richiamate, un ben più solido fondamento normativo presentano la conferenza *preliminare* e quella *interprocedimentale*.

La fattispecie della conferenza *preliminare* trova disciplina nell'art. 14, co. 3. La disposizione stabilisce che una conferenza di un terzo, diverso, tipo può essere convocata anche «prima della presentazione di una istanza o di un progetto definitivo», al fine di verificare quali siano «le condizioni per ottenere, alla loro presentazione, i necessari pareri, intese, concerti, nulla osta, autorizzazioni, concessioni o altri atti di assenso»; si deve, però, trattare di «progetti di particolare complessità e di insediamenti produttivi di beni e servizi». La richiesta di convocazione in questo caso spetta al soggetto interessato, il quale deve comunque presentarla «corredata da uno studio di fattibilità»[52].

---

separatamente, così da indurre una possibile confusione relativamente ai confini fra le due principali fasi del procedimento. L'istituto è illustrato in due capitoli differenti, ad esempio, da V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo* cit., 2019, il quale, analizzando la conferenza di servizi istruttoria nel Capitolo 6, spiega che «Attraverso questa "conferenza" le Amministrazioni coinvolte nel procedimento che dovrebbero esprimersi mediante atti scritti, vengono invitate "intorno ad un tavolo" (che può essere anche telematico) per il tramite di loro rappresentanti ad esprimere all'Amministrazione procedente le loro determinazioni, in merito alle proposte di essa; a confrontarsi con essa e tra di loro, al fine di giungere a valutazioni condivise. Nella fase istruttoria la conferenza resta lo strumento normale (non obbligatorio tuttavia) per l'esame contestuale dei vari interessi pubblici coinvolti nel procedimento. In tali casi la relazione conclusiva della conferenza, redatta a cura dell'Amministrazione procedente, tiene il luogo dei diversi atti istruttori richiesti dalla legge (pareri, accertamenti, determinazioni, etc.) mantenendone il valore, in termini procedimentali, di atti istruttori (dei quali l'Amministrazione procedente deve tener conto, motivatamente, in sede decisoria, attraverso valutazioni di cui essa si assume la responsabilità)» (p. 344). E poi, nel Capitolo 7, chiarisce che, diversamente, «Laddove la "conclusione positiva" del procedimento è subordinata all'acquisizione di una serie di atti a carattere decisorio, imputati a diverse Amministrazioni, in virtù della complessità del procedimento nel quale sono coinvolti una pluralità di interessi pubblici, l'Amministrazione procedente convoca una conferenza di servizi. La conferenza può essere convocata anche su richiesta di una delle Amministrazioni coinvolte, e anche su richiesta dell'interessato, laddove trattasi di procedimenti ad iniziativa di parte. Della natura della conferenza che non è un collegio, né un ufficio dell'Amministrazione, ma un modulo procedimentale, si è detto a proposito della conferenza istruttoria, che è facoltativa a differenza della conferenza decisoria. Quest'ultima è obbligatoria in tutti i casi in cui la conclusione del procedimento è subordinata alla acquisizione di più atti, da parte dell'Amministrazione procedente. L'istituto è stato oggetto di una riforma organica appena entrata in vigore (D.l.vo 127/2016, attuativo della delega di cui all'art. 2, L. 124/2015 che ha sostituito gli artt. 14 ss. *L. proc. amm.*). Laddove si tratta di procedimenti (ad iniziativa di parte) con oggetto opere o insediamenti produttivi in base a progetti di particolare complessità, l'interessato può chiedere l'indizione di una conferenza preliminare nella quale siano definite le condizioni perché possa ottenere gli atti necessari al fine della conclusione del procedimento. Ove si sia svolta la conferenza preliminare, la conferenza decisoria si svolge in forme e con modalità semplificate. E anche nei procedimenti intesi alla realizzazione di opere pubbliche (o di interesse pubblico), in genere ad iniziativa di ufficio, è prevista una sorta di conferenza preliminare sul progetto di fattibilità tecnica ed economica dell'opera, ancora al fine di stabilire le condizioni per ottenere gli atti necessari per la conclusione positiva del procedimento» (pp. 383-384).

[52] Il co. 3 prosegue disponendo che «L'amministrazione procedente, se ritiene di accogliere la richiesta motivata di indizione della conferenza, la indice entro cinque giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta stessa. La conferenza preliminare si svolge secondo le disposizioni dell'articolo 14-bis, con abbreviazione dei termini fino alla metà. Le amministrazioni coinvolte esprimono le proprie determinazioni sulla base della documentazione

ISSN 2036-7821

Attraverso la conferenza preliminare, quindi, si aspira ad ottenere – non la predeterminazione del contenuto del provvedimento, bensì – che siano verificate le condizioni per conseguire i «necessari atti di assenso»: il privato, dunque, chiede di convocare una conferenza prima dell'inizio di una vicenda procedimentale (anche se non si può dire del tutto a prescindere da essa, benché sia ancora da venire), allo scopo di capire se sussistano, appunto, le condizioni per aprire un eventuale procedimento sulla base di una richiesta 'costruita' su uno «studio di fattibilità»[53].

---

prodotta dall'interessato. Scaduto il termine entro il quale le amministrazioni devono rendere le proprie determinazioni, l'amministrazione procedente le trasmette, entro cinque giorni, al richiedente. Ove si sia svolta la conferenza preliminare, l'amministrazione procedente, ricevuta l'istanza o il progetto definitivo, indice la conferenza simultanea nei termini e con le modalità di cui agli articoli 14-bis, comma 7, e 14-ter e, in sede di conferenza simultanea, le determinazioni espresse in sede di conferenza preliminare possono essere motivatamente modificate o integrate solo in presenza di significativi elementi emersi nel successivo procedimento anche a seguito delle osservazioni degli interessati sul progetto definitivo». Il comma in parola, inoltre, specifica che «Nelle procedure di realizzazione di opere pubbliche e di interesse pubblico, la conferenza di servizi si esprime sul progetto di fattibilità tecnica ed economica al fine di indicare le condizioni per ottenere, sul progetto definitivo, le intese, i pareri, le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nullaosta e gli assensi, comunque denominati, richiesti dalla normativa vigente».

[53] Un'ipotesi analoga è prevista dall'art. 34 del TUEL (prima art. 27, L. 142/1990), secondo il quale la fattibilità del cd. 'accordo di programma' è verificabile all'esito di una conferenza concepita dalla legge come strumentale a questo scopo. L'analogia fra le due ipotesi è evidente, e risiede nell'elemento che le accomuna come differenti da quelle di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 14: nelle prime, in realtà, lo strumento 'conferenza' è finalizzato al perseguimento di un diverso obiettivo concreto: mentre nelle seconde, infatti, consiste nel facilitare l'emanazione del provvedimento che concluderà un procedimento già iniziato, in queste l'obiettivo sta semplicemente nel verificare la fattibilità di un progetto che dovrà costituire 'materia' di un procedimento ancora *in fieri*. Per questa ragione, la conferenza preliminare (unitamente alla conferenza strumentale all'accordo di programma) rappresenta la terza ipotesi del *genus* 'accordi tra PP.AA.'. Secondo D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi* cit., in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., 2019, p. 236, «La conferenza di servizi "preliminare" […] trova applicazione sia nelle "*procedure di realizzazione di opere pubbliche e di interesse pubblico*" sia in tutte le fattispecie in cui l'amministrazione sia chiamata a decidere in ordine a "*progetti di particolare complessità*" e di "*insediamenti produttivi di beni e servizi*" . La conferenza preliminare consente di evitare aggravi inutili e sprechi di risorse, soprattutto in relazione ad attività che richiedano ingenti investimenti economici, offrendo agli interessati la possibilità di "consultare" l'amministrazione prima di presentare un progetto definitivo e rischiare di incorrere in un diniego formale. La conferenza "preliminare" ha ad oggetto (non già la decisione definitiva, ma la fissazione di) uno schema di decisione. In tale conferenza, infatti, tutte le amministrazioni coinvolte nella realizzazione del progetto in esame devono indicare le condizioni che, se rispettate, consentirebbero di ottenere il loro assenso definitivo alla realizzazione dell'intervento; con la conseguente impossibilità di esprimere successivamente ragioni di dissenso non emerse in sede di conferenza preliminare e non legate a fatti sopravvenuti. La previsione che impedisce alle amministrazioni (che abbiano fornito una determinata indicazione in esito allo svolgimento dei lavori della conferenza preliminare, e che a tale indicazione abbiano condizionato il rilascio del proprio atto di assenso sul progetto definitivo) di modificare le proprie precedenti determinazioni in assenza di fatti sopravvenuti alla conclusione della conferenza preliminare costituisce senza dubbio uno degli aspetti più significativi della disciplina in esame: si tratta, infatti, di una previsione che intercetta la tematica della tutela dell'affidamento dei privati e dei limiti del potere amministrativo di revisione delle precedenti determinazioni illegittime. L'art. 14, comma 3 – nella formulazione risultante dalla novella del 2016 – prevede che le "determinazioni espresse in sede di conferenza preliminare possono essere motivatamente modificate o integrate solo in presenza di significativi elementi emersi nel successivo procedimento anche a seguito delle osservazioni degli interessati sul progetto definitivo". Il ricorso alla conferenza preliminare non è più subordinato, come avveniva in passato, necessariamente alla presentazione del (più costoso) progetto preliminare: è sufficiente uno

ISSN 2036-7821

La conferenza di servizi *interprocedimentale*, invece, fa il suo ingresso nella L. 241 quando (con l'art. 17, L. 15/5/1997, n. 127, la seconda 'legge Bassanini') all'art. 14 venne aggiunto il co. 4-*bis* (ora abrogato) che così recitava: «La conferenza di servizi può essere convocata anche per l'esame contestuale di interessi coinvolti in più procedimenti amministrativi reciprocamente connessi, riguardanti medesimi attività o risultato. In tal caso, la conferenza è indetta dalla amministrazione o, previa informale intesa, da una delle amministrazioni che curano l'interesse pubblico prevalente».
In oggi la sua disciplina si rinviene nel co. 1 dell'art. 14, secondo cui la conferenza di servizi istruttoria «può essere indetta» nei casi in cui la P.A. procedente lo consideri «opportuno» anche laddove l'«esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti» concerna «più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati».
Sulla scorta del dato letterale, può ben ritenersi che la fattispecie identifichi un quarto tipo di conferenza, che non è infondato denominare 'conferenza interprocedimentale', giacché la disposizione in parola fa riferimento alle ipotesi in cui la vicenda concreta viene intersecata da più procedimenti che, seppur connessi, restano autonomi. La previsione vuole evidentemente scongiurare che procedimenti diversi, ma facenti riferimento ad una stessa vicenda concreta, pervengano a soluzioni differenti, in qualche maniera 'costringendoli' a confluire in uno solo[54].
Proprio in ragione di ciò si propone in maniera rilevante il problema, cui si è già fatto cenno, della possibile alterazione della fissazione per legge delle competenze. È palese che in questo caso – essendo il coordinamento realizzabile mediante la conferenza, non semplicemente interorganico, bensì intersoggettivo – il rischio di 'sgretolamento' del tessuto organizzatorio risulti vieppiù accentuato rispetto a quello che si corre quando le competenze, a dir così, 'alterate' si muovono dentro il medesimo alveo (quello definito dal singolo procedimento finalizzato a realizzare l'interesse pubblico specifico assegnato alla cura della P.A. procedente). Il problema viene esaminato subito a seguire.

7. *Il problema della possibile alterazione del principio di fissazione per legge della competenza.*
La previsione legislativa di cui all'art. 14-*quater*, co. 1 – secondo cui la «determinazione motivata di conclusione della conferenza», che la P.A. procedente

"studio di fattibilità". Il ricorso alla conferenza preliminare diviene così non solo meno oneroso per il privato dal punto di vista economico, ma anche più agevole per la pubblica amministrazione».

[54] Nel caso di procedimenti connessi, in altre parole, l'indizione della conferenza permette di non attendere l'esito di un procedimento (che avrebbe potuto e/o dovuto costituire presupposto per lo svolgimento degli altri). Piuttosto che far ciò, e dunque aspettare la conclusione di quel procedimento, e poi di un altro, e poi di un altro ancora (così ottenendosi tanti diversi provvedimenti finali, i quali potrebbero verosimilmente risultare fra loro incoerenti, pur essendo connessi i relativi procedimenti), la legge consente di riunirli nella conferenza, cosicché tutte le PP.AA. portatrici dei relativi interessi possano utilmente concordare un esito unitario.

ISSN 2036-7821

assume al suo esito, «sostituisce a ogni effetto tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni o servizi pubblici interessati» – pone un problema non marginale, che aveva già posto nelle precedenti versioni, quello relativo alla legittimità di superare, nell'esercizio del potere amministrativo, la delimitazione delle competenze fissata dalla legge, laddove, naturalmente, la determinazione finale della conferenza coincida con il provvedimento conclusivo del procedimento[55].

Per come dispone la norma, infatti, non si tratta semplicemente di una previsione di legge che modifica quella di una legge precedente che assegna una competenza, la qual cosa non porrebbe alcun problema[56].

La fattispecie in esame, viceversa, contempla il caso della disposizione di una legge generale che, per così dire, apre un 'piccolo foro' nel 'muro' della competenza costruito dalla legge di settore, nel quale permette alla P.A. di passare: attraverso la conferenza di servizi, cioè, nell'esercizio del potere amministrativo, di fatto, si consente di modificare la fissazione delle competenze stabilita dalla legge di settore.

Tuttavia, se è vero che il meccanismo può, *prima facie*, apparire illegittimo, è vero anche che una riflessione, appena più attenta, rende possibile riconoscere, senza particolari difficoltà, che comunque resta pur sempre una legge a disporre in questo modo (assegnando alla conferenza una tale capacità). Non si può dunque sostenere che l'alterazione delle competenze fissate per legge (quella di settore) sia illegittima, giacché è la stessa legge (quella generale) a consentirla, avendo compiuto la scelta di velocizzare il procedimento attraverso la conferenza[57].

8. *L'esito della conferenza di servizi e la questione del dissenso.*

Le PP.AA. coinvolte nella conferenza devono esprimere le proprie determinazioni, «congruamente motivate», formulandole «in termini di assenso o dissenso». Ove manifestino il dissenso, oppure un assenso condizionato, sono tenute a fornire le indicazioni necessarie per conseguire l'assenso, precisando «in modo chiaro e analitico» se siano «relative a un vincolo derivante da una disposizione normativa o

[55] Nella precedente versione della L. 241, la disposizione era contenuta nel co. 9 dell'art. 14-*ter* (che è stato abrogato dal D.L. 78/2010, convertito, con modificazioni, nella L. 122/2010), che così recitava: «Il provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva di cui al comma 6-*bis* sostituisce, a tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare ma risultate assenti, alla predetta conferenza».

[56] Sul piano della teoria delle fonti, invero, che una legge successiva ridisciplini un dato settore non rappresenta un'anomalia: i principi *lex posterior derogat priori* e/o *lex specialis derogat generali* consentirebbero di risolvere agevolmente le eventuali questioni di interpretazione.

[57] Ciò nondimeno, non si può non rilevare che una siffatta disciplina, prevedendo che le competenze fissate dalla legge di settore siano, in qualche modo, alterabili da una scelta della P.A. (attraverso un istituto – la conferenza di servizi – che si muove nel seno dell'azione amministrativa, all'interno cioè di una vicenda procedimentale), opera nel senso di 'sfarinare', a dir così, il tessuto della organizzazione amministrativa.

ISSN 2036-7821

da un atto amministrativo generale ovvero discrezionalmente apposte per la migliore tutela dell'interesse pubblico» (art. 14-*bis*, co. 3).
Le determinazioni che non vengano comunicate «entro il termine di cui al comma 2, lettera c)», oppure siano prive di una congrua motivazione ovvero della indicazione delle modifiche necessarie, «equivalgono ad assenso senza condizioni», a meno che non vi siano «disposizioni del diritto dell'Unione europea» che «richiedono l'adozione di provvedimenti espressi» (art. 14-*bis*, co. 4)[58].
Particolare attenzione merita l'art. 14-*quinquies* (modificato dall'art. 1, co. 1, D.Lgs. 127/2016), che dispone sugli effetti del dissenso espresso in conferenza da parte delle PP.AA. preposte alla cura di interessi sensibili – «tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali», ovvero «tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini» –, nonché sui rimedi di cui queste dispongono[59].

[58] La disposizione afferma, infine, che «Restano ferme le responsabilità dell'amministrazione, nonché quelle dei singoli dipendenti nei confronti dell'amministrazione, per l'assenso reso, ancorché implicito».

[59] Tale disciplina era prima contenuta nell'art 14-*quater*, co. 3. In proposito giova riportare le opinioni espresse da D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche* cit., 2018, p. 401, secondo cui «il problema centrale delle conferenze dei servizi sta nel rilievo da dare alle opinioni dissenzienti quando non si raggiunge l'unanimità nelle conferenze. Mentre per le conferenze asincrone si richiede per arrivare ad un esito positivo […] la sostanziale unanimità delle posizioni ed anche un solo dissenso porta ad una conclusione negativa, per quelle sincrone la determinazione conclusiva è presa "*sulla base delle posizioni prevalenti*". Tuttavia, in primo luogo, le amministrazioni i cui atti vengono in tal modo sostituiti, se hanno partecipato ad una conferenza possono sollecitare, in via di autotutela, la revoca del provvedimento o, se non hanno partecipato, l'annullamento d'ufficio (art 14-*quater*, c. 2). In secondo luogo, possono proporre opposizione le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute dei cittadini, sempre che abbiano espresso inequivocabilmente e motivatamente il loro dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza, e, alle stesse condizioni, possono farlo anche le Regioni e le Province autonome. La decisione dell'opposizione è rimessa al Consiglio dei Ministri, al quale possono partecipare i Presidenti delle Regioni o delle Province autonome interessate, che può respingere l'opposizione o accoglierla parzialmente, modificando il contenuto della determinazione di conclusione della conferenza. Come si vede, per evitare che i dissensi possano impedire che si prenda una decisione, si ha una sorta di avocazione delle competenze delle diverse amministrazioni o enti al Governo, il quale le esercita al loro posto, e ciò anche se si tratti di competenze costituzionalmente attribuite alle Regioni». Non diversamente si esprime V. CERULLI IRELLI, 2019 pp. 385-386: «Può verificarsi il caso che determinazioni negative, nell'ambito della conferenza, siano espresse da Amministrazioni portatrici di interessi qualificati (sopra ricordati, tutela dell'ambiente, etc.) o da Amministrazioni regionali nei procedimenti di iniziativa statale. In tali casi, ove l'Amministrazione procedente abbia ciononostante assunto la determinazione conclusiva del procedimento, le Amministrazioni portatrici di codesti interessi che abbiano espresso il dissenso, possono proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei Ministri. In tali casi, la determinazione conclusiva del procedimento resta sospesa. Possono anche proporre opposizione Amministrazioni statali portatrici dei medesimi interessi, che abbiano espresso il dissenso preventivamente al proprio rappresentante in conferenza. In caso di opposizione, il presidente del Consiglio dei Ministri indice, in stretti termini, una riunione (tecnico-politica, si direbbe) con la partecipazione di tutte le Amministrazioni coinvolte, le quali sono invitate ad avanzare proposte (principio di leale collaborazione) per la "individuazione di una soluzione condivisa" che sostituisca la determinazione motivata di conclusione della conferenza, "con i medesimi effetti" (art. 14-quinquies). Ove siano coinvolte Amministrazioni regionali che abbiano espresso il dissenso nell'ambito di materie di propria competenza, se l'intesa (Corte cost. 165/2011) non viene raggiunta nell'ambito di detta riunione, viene convocata una seconda riunione alla ricerca ancora di una soluzione condivisa. In caso di intesa raggiunta, l'Amministrazione procedente adotta una nuova determinazione di conclusione della conferenza. In caso

ISSN 2036-7821

Le PP.AA. in parola che siano dissenzienti possono, «entro 10 giorni dalla sua comunicazione», opporsi alla determinazione finale della conferenza dinanzi al Presidente del Consiglio dei Ministri, sempre che «abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza» (co. 1)[60]. Il semplice fatto di proporre l'opposizione «sospende l'efficacia della determinazione motivata di conclusione della conferenza» (co. 3).

Una volta ricevuta l'opposizione, il Presidente del Consiglio dà avvio ad una procedura di composizione condivisa degli interessi. Entro 15 giorni dalla «ricezione dell'opposizione», infatti, deve convocare una riunione con le PP.AA. dissenzienti e con le altre partecipanti alla conferenza, al fine di giungere ad un accordo, riunione nella quale queste, «in attuazione del principio di leale collaborazione», sono tenute a formulare proposte «per l'individuazione di una soluzione condivisa» che sia tale da sostituire «la determinazione motivata di conclusione della conferenza con i medesimi effetti» (co. 4)[61].

Ed invero, qualora le PP.AA. partecipanti conseguano un accordo all'esito della riunione[62], la P.A. procedente assumerà, in coerenza con esso, «una nuova determinazione motivata di conclusione della conferenza». Viceversa, allorché entro 15 giorni «dallo svolgimento della riunione» non venga raggiunta l'intesa, «la questione è rimessa al Consiglio dei Ministri»[63]. Questo potrà non accogliere l'opposizione, nel qual caso «la determinazione motivata di conclusione della conferenza» diverrà efficace in via definitiva; oppure potrà accoglierla solo «parzialmente», nel qual caso dovrà modificare «il contenuto della determinazione di conclusione della conferenza» (co. 6)[64].

---

contrario, la questione è rimessa al Consiglio dei Ministri, che può accogliere parzialmente o in toto l'opposizione delle Amministrazioni dissenzienti ovvero respingerle e definire, in ogni caso, il procedimento».

[60] La disposizione precisa che «Per le amministrazioni statali l'opposizione è proposta dal Ministro competente». L'opposizione, inoltre, giusta il co. 2 dell'art. 14-*quinquies*, può essere proposta anche dalle «amministrazioni delle regioni o delle province autonome di Trento e di Bolzano, il cui rappresentante, intervenendo in una materia spettante alla rispettiva competenza, abbia manifestato un dissenso motivato in seno alla conferenza».

[61] Ove alla conferenza «abbiano partecipato amministrazioni delle regioni o delle province autonome di Trento e Bolzano e l'intesa non venga raggiunta […], può essere indetta, entro i successivi quindici giorni, una seconda riunione» (co. 5).

[62] Ciò vale, naturalmente, anche nell'ipotesi della conferenza cui partecipano le «amministrazioni delle regioni o delle province autonome», di cui al co. 5.

[63] Che la pone, «di norma, all'ordine del giorno della prima riunione del Consiglio dei Ministri successiva alla scadenza del termine per raggiungere l'intesa. Alla riunione del Consiglio dei Ministri possono partecipare i Presidenti delle regioni o delle province autonome interessate».

[64] Il co. 7 dell'art. 14-*quinquies* dispone che «Restano ferme le attribuzioni e le prerogative riconosciute alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano dagli statuti speciali di autonomia e dalle relative norme di attuazione». Secondo E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo* cit., 2019, pp. 495-496, «L'art. 14-*quinquies* introduce […] una disciplina speciale evidentemente fondata sulle esigenze di proteggere alcuni interessi sensibili e di rispettare l'autonomia costituzionalmente garantita ad alcuni enti (in argomento v. anche Corte cost., n. 179/2012). Più nel dettaglio, avverso la determinazione motivata di conclusione della conferenza,

ISSN 2036-7821

La disciplina appena descritta sembra essere espressione di una soluzione di compromesso fra esigenze di garanzia ed esigenze di efficienza. La scelta normativa, infatti, se, da un canto, è nel senso di pervenire ad una decisione il più condivisa possibile, che sia il frutto di un aperto e leale confronto fra le PP.AA. portatrici degli interessi pubblici che partecipano alla conferenza; d'altro canto, dispone in modo che, laddove non si riesca a coniugare gli interessi in maniera concorde, essendo comunque indispensabile assumere una decisione, lo si faccia attribuendo il relativo potere/dovere al soggetto democratico che l'ordinamento pone all'apice del sistema[65].

9. *La natura giuridica della conferenza di servizi.*

Resta, infine, da chiarire quale sia la natura giuridica della conferenza di servizi, la questione consistendo sostanzialmente in ciò: nello stabilire se essa costituisca un organo collegiale, ovvero una modalità procedimentale[66]. La tesi ormai (più che prevalente) unanime esclude che si tratti di un organo collegiale.

---

entro 10 giorni dalla sua comunicazione, le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini possono proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri a condizione che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza. Per le amministrazioni statali l'opposizione è proposta dal ministro competente. Possono altresì proporre opposizione le amministrazioni delle regioni o delle province autonome di Trento e di Bolzano, il cui rappresentante, intervenendo in una materia spettante alla rispettiva competenza, abbia manifestato un dissenso motivato, in senso alla conferenza. La proposizione dell'opposizione sospende l'efficacia della determinazione motivata di conclusione della conferenza. A questo punto si tenta, prima, un'intesa e, in caso di ulteriore stallo, si apre la via alla decisione finale del Governo». Anche secondo G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo* cit., 2017, p. 319, «Una disciplina speciale, anch'essa oggetto di integrale riformulazione ad opera della c.d. riforma Madia, è prevista con riferimento al motivato ed inequivoco dissenso espresso prima della conclusione dei lavori della conferenza dalle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, ovvero dalle amministrazioni delle Regioni o delle Provincie autonome, con riferimento alle materie di loro competenza. Si tratta dei rimedi istituiti a tutela dei dissensi qualificati di cui all'art. 14-*quinquies*». L'A., subito a seguire, precisa che «Le amministrazioni preposte alla cura degli interessi sensibili possono proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei Ministri, avverso la determinazione motivata di conclusione della conferenza, entro dieci giorni dalla sua comunicazione (art. 14-*quinquies*, commi 1 e 2). La proposizione dell'opposizione ha l'effetto di sospendere l'efficacia della suddetta determinazione conclusiva (artt. 14-*quinquies*, commi 3 e 14-*quater*, comma 3)».

[65] In buona sostanza, il Legislatore sembra voler dire: o le PP.AA. coinvolte in una determinata fattispecie riescono a mettersi d'accordo, oppure alla decisione si perviene secondo la volontà del principale 'centro' di riferimento istituzionale, quello cioè di dimensione nazionale. Insomma, quando la democrazia eccede in lentezza, essa non può che cedere il passo alla efficienza.

[66] Come efficacemente chiarisce D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi* cit., in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., 2019, p. 228, «La soluzione del problema della individuazione della natura giuridica della conferenza di servizi, in effetti, era la condizione necessaria per poter liberare in modo efficace le potenzialità dell'istituto. Tale questione condizionava infatti la lettura dell'intera disciplina positiva dell'istituto. Basti menzionare il problema della individuazione della natura giuridica della "determinazione conclusiva" dei lavori della conferenza di servizi: atto collegiale, accordo tra amministrazioni, fascio complesso di decisioni, proposta di provvedimento? Problema che si riflette sul regime di imputazione, di impugnazione giurisdizionale, nonché sulla disciplina della validità di tale decisione e sul regime degli atti di autotutela eventualmente rivolti verso di essa».

ISSN 2036-7821

Come è noto, il problema della realizzazione del coordinamento amministrativo ha trovato nella storia due modi per essere risolto, l'uno strutturale e l'altro funzionale. La soluzione strutturale è anche la più risalente: allorquando si versi nella necessità di mettere insieme competenze facenti capo ad organi diversi, la legge ricorre alla previsione di un organo collegiale, del quale fanno parte i rappresentanti degli organi monocratici le cui diverse competenze sono coinvolte nella fattispecie.
Ora, in origine la L. 241 prevedeva che la conferenza decidesse alla unanimità; solo successivamente dispose che lo facesse a maggioranza; oggi prescrive che lo faccia «sulla base delle posizioni prevalenti espresse dalle amministrazioni partecipanti alla conferenza tramite i rispettivi rappresentanti»[67].
Si capisce facilmente che, vigendo la disciplina originaria, si disponeva di un forte argomento testuale per escludere la natura di organo collegiale. Questo, infatti, decide normalmente a maggioranza (mediante il conseguimento del *quorum*, strutturale e funzionale). E dunque la conferenza, operando invece alla unanimità, non poteva considerarsi alla stregua di un organo collegiale[68].
Tuttavia, nonostante l'argomento in parola sia stato, a dir così, 'dissolto' dalle successive modificazioni e integrazioni della legge, risulta assai più convincente la

[67] La ragione per cui il Legislatore aveva, in un primo tempo, previsto la unanimità risiedeva, con ogni probabilità, nel non volersi compromettere il principio di fissazione per legge della competenza (o almeno di ridurre al minimo la sua compromissione), ché esso non dovrebbe potersi disinvoltamente alterare: se la legge di settore aveva previsto una certa sequela procedimentale, facendo seguire alla iniziativa di quella procedente gli interventi delle PP.AA. portatrici degli altri interessi, evidentemente era perché riteneva che ciascuna di queste dovesse operare 'in solitudine' nella sua sede.

[68] Il dibattito dottrinale è ben sintetizzato da D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi* cit., in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., 2019, p. 228: «È bene soffermarsi sulle ragioni e gli snodi essenziali del dibattito ricostruttivo. La conferenza di servizi non si inserisce in nessuna delle tipologie di organi conosciute: non può essere considerata un organo permanente, attesa la mancanza in essa del carattere della stabilità, né tantomeno un organo temporaneo, dato che le funzioni in essa esercitate mancano del carattere della temporaneità; non appare corretto neppure ricondurre la conferenza tra gli organi straordinari atteso che, di regola, la convocazione della stessa costituisce un momento fisiologico dell'attività delle Amministrazioni convocate e non, invece, un modo per supplire a situazioni di scarsa funzionalità delle Amministrazioni medesime. A ciò si aggiunga che, a voler vedere nella conferenza di servizi un organo collegiale, diventa difficile spiegare la legittimazione processuale ad impugnare la determinazione conclusiva della conferenza di servizi riconosciuta alle amministrazioni partecipanti alla conferenza: la conferenza di servizi non è pertanto un organo collegiale, non è anzi nemmeno un organo, non ha rilievo sul piano organizzativo, non ha sostanza di ufficio». Sul punto si v. anche G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo* cit., 2017, p. 321, «È anche discussa, in dottrina e in giurisprudenza, la natura della conferenza di servizi: se vada intesa come semplice istituto di semplificazione del procedimento o assuma, piuttosto, il carattere di un autonomo organo collegiale. La questione è rilevante ai fini dell'individuazione del soggetto legittimato passivo in sede processuale. L'evoluzione tendente a rafforzare l'istituto fino a prevedere la possibilità di decisioni assunte a maggioranza offre elementi a sostegno della sua natura di organo autonomo. Tuttavia, la prevalente giurisprudenza, considerando la conferenza di servizi come mero strumento di raccordo procedimentale, ritiene che non le si imputi l'atto conclusivo del procedimento, e che quindi sia legittimata passiva in giudizio l'amministrazione procedente. Tale orientamento, peraltro, sembra trovare accoglimento anche da parte del legislatore, che ha rafforzato la posizione dell'amministrazione procedente nell'ambito dello svolgimento della conferenza».

ISSN 2036-7821

tesi secondo cui si tratta di una modalità procedurale, o di un «modulo procedimentale», per usare l'espressione sovente adoperata dalla giurisprudenza[69].
Del resto – va ribadito –, la conferenza di servizi (qualunque natura giuridica le si riconosca) è in ogni caso istituto che influisce tanto sull'azione quanto sulla organizzazione amministrativa, tanto sulla struttura quanto sulla funzione[70].
Se, da un canto, non si può pensare che la sequenzialità delle competenze dentro un'unica logica procedimentale sia priva di fondamento; d'altro canto, nemmeno si può immaginare che la legge possa promuovere una P.A. lenta e farraginosa.
È indubbio che il superamento della sequenzialità delle competenze sia tutt'altro che indifferente all'esercizio dei relativi poteri: quando il 'fascicolo' procedimentale passa da una P.A. ad un'altra, ad un'altra ancora, ognuna di queste può esprimersi e prendere la sua decisione autonomamente, prestando attenzione soltanto all'interesse pubblico dalla legge affidato alla sua cura. In altre parole, laddove l'esito

[69] Fra le altre, si v. ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 12/11/2015, n. 5159, secondo cui «La conferenza di servizi si atteggia a *modulo procedimentale* e il suo scopo è proprio lo snellimento del procedimento a mezzo dell'acquisizione su un determinato provvedimento degli avvisi di tutte le Amministrazioni preposte alla cura degli interessi coinvolti dal provvedimento stesso»; e Cons. Stato, Sez. VI, 10/03/2014, n. 1144, secondo cui «Dal combinato disposto dei commi 6 e 7 dell'art. 14 ter della legge n. 241/1990 si desume il principio secondo cui la partecipazione personale alle sedute della conferenza di servizi rappresenta uno dei presupposti necessari per fare sì che la conferenza stessa si configuri in modo effettivo quale *modulo di partecipazione procedimentale* che consente, nella piena contestualità e in base al principio della leale collaborazione istituzionale, di procedere all'esame contestuale dei vari interessi pubblici coinvolti dal procedimento». Nonché, fra quelle dei giudici di prime cure, T.A.R. Emilia Romagna Parma, Sez. I, 10/02/2015, n. 36, secondo cui «La conferenza di servizi, sia essa istruttoria o decisoria, *non costituisce un organo collegiale ma un modulo procedimentale* che, in ottica acceleratoria e in conformità al principio di economicità dell'azione amministrativa, prevede un esame congiunto degli interessi pubblici coinvolti»; T.A.R. Lombardia Milano, Sez. IV, 09/01/2014, n. 56, secondo cui «La Conferenza di servizi si configura, da un lato, come *modulo procedimentale di semplificazione ed accelerazione* dell'azione amministrativa, idoneo a superare appesantimenti burocratici, e dall'altro si pone come *luogo di coordinamento e mediazione dei differenti interessi pubblici* che vengono in rilievo nella fattispecie, al fine di individuare, mediante il contestuale confronto fra i soggetti che li rappresentano, l'interesse pubblico al quale dare prevalenza». Tutti i corsivi sono di chi scrive.

[70] V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo* cit., 2019, pp. 344-345, ricorda che «Circa la natura giuridica della conferenza di servizi la giurisprudenza ne sottolinea il carattere di strumento di semplificazione amministrativa che "*consentendo la valutazione congiunta e in unica sede di tutti gli interessi pubblici in gioco, attua i principi costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento cui deve improntarsi, ai sensi dell'art. 97 Cost., l'azione della p.a. realizzando anche i corollari di speditezza, economicità, efficacia ed efficienza*" (Cons. St., V, 17.10.2012 n. 5292; TAR Abruzzo, 25.10.2002 n. 540, Cons. St., VI, 7.10.2008 n. 4807); nella fase istruttoria (come nella fase decisoria) la conferenza di servizi, producendo una accelerazione ed una ottimizzazione dei tempi procedurali e, contestualmente, un esame congiunto degli interessi pubblici coinvolti costituisce un mero "*un modulo procedimentale e non anche un ufficio speciale della pubblica amministrazione, autonomo, rispetto ai soggetti che vi partecipano*" (Cons. St., V, 25.1.2003 n. 349; VI, 3.3.2010 n. 1248; VI, 23.6.2012 n. 3039; v. da ult. part. Incisiva, Corte cost. 179/2012 e 9/2019)». Anche secondo E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo* cit., 2019, p. 488 «La conferenza non dà luogo a un organo collegiale, atteso che ogni rappresentante delle amministrazioni "vi partecipa nell'esercizio delle funzioni amministrative dell'ente di competenza" e gli effetti sono imputati alle singole amministrazioni e non già alla conferenza (Greco; v. altresì Corte cost., n. 179/2012), mancando il conferimento a essa di una competenza unitaria; la sua struttura è inoltre variabile, a differenza di ciò che accade per gli organi collegiali».

ISSN 2036-7821

del procedimento derivi dalla successione temporale degli atti (e quindi delle competenze), è chiaro che ciascuna P.A. che vi partecipi possa pensare in autonomia all'interesse pubblico specifico in astratto assegnatole dalla legge, ed occuparsi solo ed esclusivamente di esso, senza considerare quelli attribuiti agli altri soggetti pubblici coinvolti: la dimensione sequenziale, insomma, consente di evitare 'contaminazioni' tra gli interessi[71].

Il giudizio su una siffatta impostazione – è naturale – dipende dall'impianto assiologico dal quale si muove. Da un lato, si può capire chi sostiene che il modo di operare tradizionale determina spesso la paralisi dell'azione amministrativa: secondo questo orientamento c'è bisogno di mettere tutti i soggetti pubblici coinvolti intorno ad un tavolo e farli uscire dalla conferenza con una mediazione concordata. Dall'altro, vi sono argomenti per condividere l'opinione opposta, secondo cui è sempre meglio procedere più lentamente, così da evitare scelte incaute ed affrettate.

È ovvio che aderire all'una o all'altra opinione influisce sul modo di configurare la competenza. E non v'è dubbio che, sul piano giuridico, occorre ragionare facendo riferimento al dato normativo, restando rigorosamente dentro i confini della sua interpretazione: oltre tali confini, però, non si può andare, altrimenti dovendo avere l'onestà intellettuale di riconoscerlo.

Se la legge non prevede più l'unanimità, ciò è perché, evidentemente, la impossibilità di conseguirla è stata dimostrata dai fatti: si è visto, cioè, che non si riusciva ad ottenere alcun risultato. D'altra parte, non si può non considerare che nella conferenza il diverso avviso perde la sua identità, la decisione assorbendolo nella partecipazione ad essa da parte dell'autorità che era tenuta ad esprimerlo secondo la previsione della legge di settore. Tale avviso, insomma, non si forma più in maniera isolata, dentro la 'torre d'avorio' della sua sede, ma nel confronto con gli altri interessi compresenti nella fattispecie e rappresentati dai loro portatori nella

[71] Si immagini, per esempio, che nel procedimento per la nuova pianificazione urbanistica si voglia collocare in una determinata area un importante intervento di edilizia economica e popolare, con relativo investimento di risorse finanziarie pubbliche. Il Soprintendente ai beni archeologici fa rilevare che dagli scavi recenti risulta che quell'area è di importante interesse archeologico, e dunque non vi si può insediare un complesso di edilizia economica e popolare. Ebbene, è di facile ed immediata intuizione che un conto è che il Soprintendente esprima il suo avviso senza mediazioni; altro che lo faccia sedendosi intorno ad un tavolo insieme ai rappresentanti delle altre PP.AA. coinvolte: la 'contaminazione' fra gli interessi prima che essi vengano espressi (in luogo della loro combinazione all'esito delle valutazioni conclusive compiute, sulla base del loro confronto, dall'autorità procedente) rende chiara l'alterazione della fissazione delle competenze ad opera della legge. Del resto, dall'esempio immaginario proposto si ricava una rappresentazione della realtà contemporanea assai veritiera, essendo forte in essa la tendenza alle contaminazioni culturali: archeologia ed edilizia economica e popolare ben potrebbero combinarsi determinando una 'mistura' di culture che è in grado di generare nuova cultura. Ed invero, il dibattito fra 'modernisti' e 'tradizionalisti' all'interno di discipline quali, appunto, archeologia, storia dell'arte, storia dell'architettura, ecc., sul modo di intendere gli stessi principali contenuti di tali discipline, è da tempo assai vivace; si pensi, per fare un esempio ben noto, alla Piramide costruita nel cortile del Louvre: al tempo della sua costruzione ci si è divisi fra chi considerava l'opera un tradimento del valore monumentale del museo, e chi invece una valorizzazione di questo.

ISSN 2036-7821

conferenza: un confronto che quest'ultima rende imprescindibile, imponendo (almeno) la ricerca di una loro composizione.

Si può quindi affermare che la conferenza è un istituto con il quale si palesa nel modo più manifesto l'incrocio tra struttura e funzione, che si influenzano reciprocamente: sotto il profilo funzionale, presi in considerazione tutti gli interessi, il risultato finale sortisce alla loro mediazione, anche se sarà ottenuto sacrificando l'integrale soddisfacimento di alcuni di essi; sotto il profilo strutturale, in questo modo si altera l'ordine delle competenze fissato dalla legge di settore, così modificandosi sensibilmente il relativo impianto organizzatorio.

Rimane da risolvere un'ultima questione: se la conferenza debba considerarsi necessariamente funzionalizzata alla conclusione di un accordo, oppure possa anche non esitare in esso.

Non sembra revocabile in dubbio che il Legislatore si proponga, mediante la conferenza, di facilitare il raggiungimento di un accordo, anche se negli artt. 14 ss. non se ne faccia espressa menzione[72]. Che sia questo il fine ultimo del complessivo assetto disciplinare si ricava abbastanza agevolmente dall'*incipit* dell'art. 15, secondo cui «anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14 le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi»: come a dire che quelle di cui all'art. 14 sono comunque ipotesi di accordo.

Ciò nondimeno, a ben leggere la disciplina positiva, sembra doversi ritenere che, sebbene sia istituzionalmente vocata a ricercare un accordo, la conferenza sia stata piuttosto concepita quale strumento per rendere comunque possibile, pur in presenza di dissensi, il pervenire ad una decisione, ché altrimenti questa resterebbe 'paralizzata' da veti singolari.

In altri termini, la conferenza e l'eventuale accordo che ne potrebbe scaturire stanno ad esprimere una nuova – più efficace e rapida – modalità procedimentale finalizzata alla esplicazione della funzione amministrativa, e dunque allo svolgimento di un determinato potere così come risulta regolato da una fonte giuridica[73].

---

[72] Diversamente dall'art. 34 del TUEL che, nel disciplinare l'*accordo di programma*, prevede esplicitamente che la conferenza (anche se non è denominata 'di servizio') debba essere indetta per verificare se quell'accordo sia possibile. È vero, peraltro, che – come si è visto – nei co. 5 e 6 dell'art. 14-*quinquies*, L. 241, si fa espressamente uso del lemma 'intesa' in senso sinonimico di accordo: quando «l'*intesa* non venga raggiunta» (co. 5), oppure quando «sia raggiunta un'*intesa*», e ancora quando «l'*intesa* non sia raggiunta», ovvero «per raggiungere l'*intesa*» (co. 6).

[73] Non dissimile è la opinione di D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi* cit., in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., 2019, pp. 228-229, ad avviso del quale, «Adottata la prospettiva dell'attività amministrativa, la dottrina si era prevalentemente orientata, in una prima fase, a ravvisare nella conferenza uno strumento funzionale alla conclusione di un *accordo* tra amministrazioni (variamente definito: "organizzativo", "speciale", "preliminare"). Tale soluzione sembrerebbe trovare conferma nell'art. 15, comma 1, legge n. 241/1990, dedicato agli "Accordi tra amministrazioni", ai sensi del quale "*Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 14*, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune". Tale ricostruzione ha peraltro mostrato con evidenza i suoi limiti dinanzi alla possibilità – disciplinata positivamente – dell'esito positivo della conferenza pur in presenza dei dissensi di alcune delle amministrazioni partecipanti. Si è così preso atto che se è vero che la conferenza può

ISSN 2036-7821

In definitiva, sembra possibile concludere che la conferenza è una modalità (o modulo che dir si voglia) procedimentale, la cui funzionalizzazione, pur essa non necessariamente sfociando in un accordo, è da rinvenirsi nel facilitare il coordinamento dell'azione amministrativa, esigenza ormai non più procrastinabile in una società complessa come quella contemporanea, caratterizzata da una organizzazione amministrativa plurale, e perciò assai articolata, improntata in assoluta prevalenza (non più al modello gerarchico, bensì) alla equiordinazione[74].

(eventualmente) sfociare in accordi, è vero anche che, essendo questa una evenienza non necessaria né costante, altra dev'essere la "vera" natura essenziale della conferenza. Se la conferenza è modulo dell'attività amministrativa, inoltre, non appare corretto studiarla facendo rifluire su di essa qualificazioni relative a fattispecie (determinazioni conclusive, provvedimenti, accordi) poste "a valle" dell'attività stessa: appare corretto, invece, assumere ad oggetto di analisi giuridica l'attività in quanto tale, che nella conferenza si esprime».

[74] Analogamente sembra opinare D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi* cit., in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., 2019, pp. 229-230-231, secondo cui «La conferenza è uno strumento procedimentale ed operativo: una riunione in un solo luogo o sede di discussione di uffici diversi o di diverse amministrazioni, senza modificazione di competenze e, in particolare, senza un trasferimento di competenze (o di poteri) dai singoli partecipanti alla riunione (ovvero dagli uffici che essi rappresentano) ad una (inesistente) struttura collegiale. Sul piano funzionale essa è un metodo di coordinamento dei poteri e di raccordo delle competenze che rileva ed opera sul piano della concreta dinamica procedimentale: non sostituisce i singoli procedimenti, ma li raccorda sul piano operativo per migliorare la funzionalità complessiva dell'attività decisionale dell'amministrazione pubblica. Essa rappresenta una risposta ai problemi connessi al pluralismo istituzionale e alla frammentazione delle competenze o, se si preferisce, un modulo di coerentizzazione ed armonizzazione della pluralità e pluriformità degli interessi pubblici, scomposti e frazionati in una molteplicità di centri organizzativi di imputazione, tendenzialmente equiordinati. La conferenza di servizi sancisce il passaggio dallo schema tradizionale della "decisionalità solitaria" [MARONGIU] al modello generale dell'esercizio congiunto e contestuale di tutti i poteri necessari per la soluzione di un problema amministrativo unitario o per il conseguimento di un unico risultato. Basti pensare, ad esempio – in un sistema che vede aumentare la complessità organizzativa dell'amministrazione attraverso il moltiplicarsi e allo stesso tempo il frazionarsi, anche rispetto alla stessa materia, delle competenze tra organi amministrativi diversi, spesso appartenenti a persone giuridiche pubbliche distinte – ai rischi comportati dal fatto che la valutazione dei singoli aspetti di interesse pubblico sia frammentata in procedimenti diversi e non coordinati tra loro. Rischi non solo di valutazione incompleta o non obiettiva dell'interesse pubblico, in tutte le sue varie articolazioni (dato che ciascuna amministrazione è naturalmente portata a dare maggior peso, nella valutazione comparativa ad essa affidata, all'interesse di cui è istituzionalmente portatrice), ma anche di adozione di decisioni in contrasto l'una con l'altra, pur riguardando esse la stessa attività o lo stesso tema. La conferenza di servizi apporta una significativa modifica alla tradizionale regola di esercizio dei poteri discrezionali: quella della necessaria ponderazione degli interessi secondari in ordine all'interesse primario, affidato alla cura dell'amministrazione procedente. La valutazione discrezionale, proprio perché da effettuare in modo congiunto e contestuale, da parte di più amministrazioni, ciascuna titolare di un potere decisionale, viene a caratterizzarsi per una ponderazione equilibrata ed effettivamente comparativa dei vari profili di interesse pubblico. Viene a cadere, quando più poteri discrezionali sono esercitati insieme nell'ambito della conferenza, la distinzione stessa tra interessi (pubblici) primari e interessi (pubblici) secondari: nell'ambito delle valutazioni discrezionali diviene doveroso, infatti, per ciascuna amministrazione, tener conto, oltre che del proprio, anche degli interessi pubblici in cura presso le altre amministrazioni, allo scopo di raggiungere la decisione che soddisfi nel modo migliore (algebricamente) l'insieme degli interessi pubblici [F.G. SCOCA]. La conferenza di servizi rappresenta una risposta originale al bisogno di razionalizzazione del processo di determinazione dell'interesse pubblico concreto proprio perché consente una valutazione contestuale di tutti gli interessi pubblici coinvolti in una determinata operazione amministrativa, intesa questa come l'insieme delle attività necessarie per conseguire un risultato giuridico unitario (valutabile in termini di nuovo assetto di interessi) e, in tal modo, di ricucire (non in astratto, ma) sul piano operativo (ossia dell'esercizio in concreto dei poteri) il frazionamento delle competenze e la distribuzione, tra vari centri di imputazione, (della cura) degli

ISSN 2036-7821

interessi pubblici [F.G. SCOCA] […]. La conferenza di servizi (che è una delle forme dell'operazione amministrativa) riveste anche una inedita rilevanza (di nuova relazione) organizzativa: è un modulo di coordinamento flessibile, uno schema di movimento e di adattamento, una fattispecie che tende ad una riorganizzazione continua dell'amministrazione in funzione del risultato da perseguire e del problema amministrativo da risolvere».

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Organizzazione amministrativa e tutela dei diritti sociali nell'emergenza pandemica e per la ripresa post-pandemica, con particolare riferimento alla sanità e all'istruzione.

di Francesco Rota

(Professore Associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi del Sannio)

e Filippo Borriello

(Dottore di Ricerca in Diritto Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sommario

1. – L'impatto dell'emergenza pandemica sui livelli essenziali di garanzia dei diritti sociali, con particolare riferimento all'organizzazione dei servizi e delle prestazioni nella sanità; 1.1. Pandemia, diritti sociali e organizzazione amministrativa; 1.2. – Organizzazione amministrativa e sanità; 1.3. – L'organizzazione della sanità tra tutela dei livelli essenziali di assistenza, contenimento della spesa pubblica e vincoli di bilancio; 1.4. – Il diritto alla salute alla prova della pandemia da Covid-19, con particolare riferimento all'organizzazione amministrativa; 2. – L'impatto dell'emergenza sanitaria sui livelli essenziali di garanzia dei diritti sociali, con particolare riferimento all'organizzazione dei servizi e delle prestazioni nell'istruzione scolastica; 2.1. – La classifica dei diritti sociali e la ricerca di un equilibrio tra diritto alla salute e diritto all'istruzione; 2.2. – L'organizzazione della didattica (in presenza e a distanza) come strumento di contemperamento tra salute e istruzione nell'emergenza pandemica; 2.3. – Organizzazione dei servizi e fruizione delle prestazioni nell'istruzione. L'autorefezione scolastica alla prova del Covid-19; 3. – Il post emergenza. Verso un ripensamento dei canoni di efficienza ed efficacia per il superamento delle fratture territoriali ed una maggiore coesione nella riorganizzazione dei servizi e delle prestazioni dei diritti sociali.

Abstract

The paper aims to analyze how the administrative organization has affected the retention of the guarantee levels of social rights (i.e., health, education and local social services) following the impact of coronavirus on the various systems. In particular, the analysis aims to understand how the organizational structures deriving from different balances (public/private; center/periphery; entity of the cost/minimum levels of services; quality "excellence" in the service/quantitative enlargement of the service) have impacted on some section of the population, affecting freedoms in general. The analysis will draw useful information for the post-emergency which must be based on a new interpretation of the principles of efficiency and effectiveness to understand the space of social and territorial cohesion in the reorganization of services and to make this reorganization structurally efficient in relation to rights and freedoms.

ISSN 2036-7821

1. L'impatto dell'emergenza pandemica sui livelli essenziali di garanzia dei diritti sociali, con particolare riferimento all'organizzazione dei servizi e delle prestazioni nella sanità.

1.1 Pandemia, diritti sociali e organizzazione amministrativa.

La crisi pandemica da Covid-19 ha portato alla compressione di diversi diritti costituzionali che, in una prospettiva di bilanciamento, hanno subìto un temporaneo arretramento, per consentire di ottimizzare le possibilità di tutela della salute in una situazione di estrema gravità e di enorme rischio, evidenziando l'importanza della proporzionalità e della ragionevolezza che deve caratterizzare l'operato del legislatore e dei pubblici poteri[1]. La dottrina ha peraltro evidenziato che nel contesto costituzionale anche l'approccio emergenziale deve essere funzionale alla garanzia dei diritti fondamentali nella loro dimensione essenziale[2].

Seppur nelle incertezze della tecnica, la risposta all'emergenza ha mostrato l'esercizio di poteri spesso maturi e circondati da garanzie e contrappesi adeguati. In questo senso hanno operato fattori come la progressiva tipizzazione dei poteri amministrativi impliciti[3], la crescente efficacia delle tutele, il rilievo crescente della legalità, anche rispetto all'esercizio del potere di ordinanza esercitabile in caso di necessità ed urgenza[4].

***** L'articolo è espressione di una prospettiva condivisa da entrambi gli Autori. Si precisa che il paragrafo 1 è da attribuirsi a Francesco Rota, mentre i paragrafi 2 e 3 a Filippo Borriello;

[1] G. BATTAGLIA, B. BRANCATI, *L'impatto della pandemia sui diritti costituzionali,* in Aa.Vv., *Coronavirus e Costituzione*, Marina di Carrara, 2020, p. 119. La Corte Costituzionale ha peraltro avuto modo di chiarire già con la sent. n. 15/1982 il rilievo del fattore temporale in circostanze emergenziali, sottolineando che un ingiustificato permanere nel tempo di misure originariamente legittime è illegittimo.

[2] L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2021, p. 44.

[3] Considerata la numerosità delle opere concernenti il principio di legalità, si limitano i riferimenti per quanto qui di maggiore interesse a: G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 e ss.; ID., *Principio di legalità e provvedimenti amministrativi impliciti,* in G. ACOCELLA (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, 2017; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001. Per il tema rilevano anche le riflessioni di F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI aggiornamento, Milano, 2002, spec. p. 85 ss.

[4] Sul potere di ordinanza, *ex multis,* oltre ai classici M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1948, I, p. 389 e ss. e L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953, si vedano M. BROCCA, *L'altra amministrazione - Profili strutturali e funzionali del potere d'ordi*nanza, Napoli, 2012; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990 e A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008. Nel prisma prospettico che si intende utilizzare per la presente indagine rilevano inoltre F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* cit., p. 21 e, relativamente al tema della tutela cautelare in materie di ordinanze, ID., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa,* cit., p. 371. La delimitazione e differenziazione delle problematiche concernenti le sole ordinanze di necessità ed urgenza e non anche le altre tipologie di ordinanze è stata di recente efficacemente sintetizzata da G. MANFREDI, *Potere di ordinanza [dir. amm.]*, in www.treccani.it, 2019, che evidenzia le criticità concernenti «la coerenza del relativo potere con la sistematica amministrativa, e, soprattutto, con le norme della Costituzione». Sulla differenza tra le concezioni della necessità come presupposto di provvedimenti eccezionali e come fonte originaria di produzione di norme giuridiche, si veda P. GRASSO, *Necessità (dir. pubbl.),* in *Enc. dir.*, Milano, 1977, vol. XXVII, p. 869 ss. Sulla differenza che intercorre fra il

ISSN 2036-7821

La pandemia ha però comportato una compressione di svariati diritti e ha contribuito a far riflettere sull'adeguatezza dell'organizzazione che dovrebbe essere funzionale al godimento di quegli stessi diritti. In questa sede si intende focalizzare l'attenzione su due diritti sociali che negli ultimi mesi si sono a volte trovati su fronti contrapposti, la salute e l'istruzione, per cercare di trarre dalla dolorosa esperienza recente elementi utili per il futuro. Per comprendere il rilievo assunto dall'organizzazione nei recenti momenti di maggiore crisi è sufficiente rammentare che, a causa della scarsità di risorse, è stato a volte necessario, in presenza di risorse scarse, decidere quale paziente curare adeguatamente[5] e spesso l'attenzione si è spostata sulla medicina di base come tassello fondamentale per un'adeguata azione di contrasto alla pandemia. Per quanto concerne l'istruzione, il suo rilievo per lo sviluppo della personalità e per la crescita della persona si è scontrato con le modalità di interazione sociale che solo la condivisione di uno spazio fisico può garantire e anche la possibilità di svolgere attività formative a distanza è stata protagonista di svariate problematiche, dal *digital divide* alle situazioni connesse ad esigenze educative speciali.

1.2. Organizzazione amministrativa e sanità.

Nel settore sanitario, come e più che in altri settori dell'azione amministrativa finalizzata all'erogazione dei pubblici servizi, la correlazione tra organizzazione e diritti ha sollecitato, fin dalle riforme degli anni Novanta, dottrina e giurisprudenza costituzionale[6] e amministrativa[7] a porre l'accento sulla difficoltà di contemperare aziendalizzazione e tutela dei diritti[8].

Come è noto da un punto di vista storico, il processo di aziendalizzazione[9] e di regionalizzazione del Servizio sanitario, avviato con le riforme del d.lgs. n. 502/1992 e

potere di ordinanza e gli altri poteri previsti dalla legge per far fronte a situazioni di urgenza, che portano all'adozione di provvedimenti dai contenuti predeterminati si veda M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., 949 e ss. Si veda anche R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, p. 79 ss.

[5] Il riferimento è al documento pubblicato il 6.3.2020 dalla SIAARTI, intitolato "*Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione ai trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*" e al successivo parere del Comitato Nazionale per la Bioetica italiano, pubblicato l'8.4.2020, "*La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica*" che, come *extrema ratio*, affermano che il trattamento deve essere effettuato nei casi con maggiori possibilità di sopravvivenza.

[6] Cfr., *ex multis*, Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383, in *www.cortecostituzionale.it*.

[7] Cfr., e*x multis*, Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[8] R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007; G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Rimini, 2005; N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, Milano, 2000, pp. 377-452; R. FERRARA, P.M. VIPIANA, *Principi di diritto sanitario*, Torino, 1999; P. SANTINELLO, *Servizio sanitario nazionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, p. 109; C.E. GALLO, *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute*, in GALLO, PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998; G. MOR, *Il nuovo assetto organizzativo del Servizio sanitario nazionale*, in *San. pubbl.*, 1997, p. 387; P. SANTINELLO, *Sanità pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 556; E. FERRARI, *Servizio sanitario nazionale (organizzazione)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., XIII, Torino, 1996, p. 382.

[9] R. FERRARA, *Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel Servizio Sanitario Nazionale: spunti problematici*, in C. BOTTARI, P. TULLINI (a cura di), *La dirigenza sanitaria. Amministrativisti e costituzionalisti a confronto*, Rimini, 2004, p. 67;

ISSN 2036-7821

del d.lgs. n. 517/1993 e nelle successive modifiche apportate dal d.lgs. n. 229/1999, ha cercato di ovviare alle diffuse inefficienze che si erano registrate nell'organizzazione del SSN, susseguente alla riforma della l. n. 833/1978, e ha previsto l'innesto di criteri imprenditoriali e di moduli aziendalistici nell'organizzazione del servizio pubblico.
Secondo il disegno del d.lgs. n. 502/1992 le aziende sanitarie[10], persone giuridiche pubbliche dotate di autonomia imprenditoriale, rinvengono nella Regione il loro interlocutore istituzionale, ma il legislatore si preoccupa di configurare un rapporto di tendenziale separazione tra politica e amministrazione[11], per porre un freno ai fenomeni di politicizzazione e di corruttela radicatisi nel sistema in origine configurato dalla citata l. n. 833/1978.
Al vertice dell'azienda sanitaria, sul modello del management privato, si pone l'organo monocratico del direttore generale, con poteri di rappresentanza e di governo dell'azienda, «con tutti i poteri di gestione» (art. 3, comma 6, del d.lgs. n. 502/1992), al quale spetta la responsabilità della direzione aziendale e l'adozione degli atti aziendali di diritto privato[12]. Le molteplici e difficili funzioni che competono al dirigente sanitario e, in particolar modo, al direttore generale dell'azienda sanitaria, non costituiscono solo obbligazioni di risultato, dovendo esse garantire il raggiungimento degli obiettivi primari stabiliti dal Piano Sanitario (nazionale, regionale ed aziendale), ma anche obbligazioni di mezzi, poiché il perseguimento di tali finalità deve essere

---

E. MENICHETTI, *L'aziendalizzazione del servizio sanitario nazionale: profili di organizzazione e della dirigenza*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), *L'aziendalizzazione nel d.lg. n. 229 del 1999*, Milano, 2001.

[10] F. RINALDI, *L'incerta natura giuridica dell'azienda sanitaria locale*, in *Giurisprudenza di merito*, 7-8, 2007, p. 1922; F.C. RAMPULLA, L.P. TRONCONI, *L'atto aziendale di organizzazione delle aziende sanitarie*, in *San. pubbl.*, 2002, p. 311; LONGOBARDI, *La nuova organizzazione delle Unità sanitarie locali*, in *San. pubbl.*, 1994; N. LUGARESI, *Assetto organizzativo delle aziende sanitarie*, in *San. pubbl.*, 1995, p. 983; R. IANNOTTA, *USL e ospedali sono veramente imprese?*, in *Rass. amm. sanità*, 1995; A. ROMANO TASSONE, *L'azienda sanitaria tra tecnocrazia e democrazia*, in *San. pubbl.*, 1997, p. 387.

[11] S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2012, p. 39.

[12] Sulla dirigenza sanitaria, A.L. TARASCO, *Giurisdizione e merito(crazia) nell'accesso alla dirigenza statale*, in *Federalismi.it*, 16, 2020, p. 364, in particolare pp. 394 ss. per quanto concerne la dirigenza sanitaria; M.P. MONACO, *La dirigenza sanitaria: il correttivo rende effettiva la riforma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2017, p. 699; A. PIOGGIA, *Le nomine dei vertici della sanità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2016, p. 733; M.S. BONOMI, *La dirigenza sanitaria*, in *Federalismi.it*, 2014; E.N. FRAGALE, *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, in *Ist. Federalismi*, 2013, p. 551; F. LUNARDON, *La dirigenza sanitaria*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI, R. FERRARA (a cura di), *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, Milano, 2010, p. 325; A. PIOGGIA, *Direzione e dirigenza nelle aziende sanitarie. Una analisi della distribuzione del potere decisionale alla luce degli atti aziendali*, in *Sanità pubblica e privata*, 3, 2008, p. 5; M.N. BETTINI, *Dirigenza sanitaria e disciplina di conferimento degli incarichi*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2008, p. 555; P. LAMBERTUCCI, *Dirigenza sanitaria, responsabilità dirigenziale e gestione delle risorse umane: brevi appunti*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006, p. 826; A. BOSCATI, *Norme per la dirigenza del Servizio sanitario nazionale*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, vol. V, in F. CARINCI (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, Torino, 2004, p. 1010; A. VALLEBONA, *La contrattazione collettiva della dirigenza medica e sanitaria*, in *Dir. Lav.*, 2003, p. 61; G. NICOSIA, *La dirigenza sanitaria tra regime generale e regime speciale*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2000, p. 122; E. RAVERA, *La dirigenza medica dopo il D.Lgs. 19 giugno 1999, n. 2999 (c.d. decreto Bindi)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2000, p. 85; C.E. GALLO, *La dirigenza e il personale del Servizio sanitario nazionale*, in *San. pubbl.*, 1999, p. 209.

ISSN 2036-7821

attuato attraverso una sapiente gestione delle risorse e un'efficiente organizzazione dell'apparato amministrativo.

1.3. L'organizzazione della sanità tra tutela dei livelli essenziali di assistenza, contenimento della spesa pubblica e vincoli di bilancio.

I dati illustrati in vari recenti rapporti[13] sull'organizzazione della sanità italiana documentano una diffusa condizione di forte sottodimensionamento della dotazione organica delle strutture ospedaliere e delle Aziende Sanitarie Locali. Alla storica carenza di personale ed al blocco del turnover fa generalmente seguito un più intenso impiego delle risorse in servizio, con difficoltà connesse, fra l'altro, alla condizione dei dipendenti delle Aziende e degli Enti del SSR. La situazione è peraltro ancora più grave nelle regioni commissariate e soggette ai piani di rientro dal disavanzo economico, nati con la l. 311/2004 e finalizzati al raggiungimento dell'equilibrio del bilancio sanitario. Tali circostanze incidono fortemente sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali (soprattutto, per quanto qui di interesse, sanità e servizi sociali locali), i quali identificano uno standard minimo del servizio incomprimibile e uniforme che deve essere garantito a tutti i cittadini sul territorio nazionale in rapporto alle risorse disponibili.

In materia sanitaria, i LEA condizionano prestazioni e scelte di programmazione. Infatti, il quadro normativo di riferimento è improntato alla ricerca di un equilibrio fra esigenze di garanzia e tutela del fondamentale diritto alla salute e di sostenibilità, durata ed efficienza delle risorse a ciò destinate.

Le prestazioni legate all'assistenza sanitaria costituiscono terreno estremamente sensibile dei diritti sociali costituzionalmente garantiti e richiedono inderogabilmente azioni positive da parte dei poteri pubblici per la loro effettiva soddisfazione in favore di un'utenza che, per il principio di universalità del servizio sanitario, nemmeno coincide con i soli possessori dello status di cittadini[14]. L'esigenza di garantire un'azione amministrativa efficace ed efficiente, anzitutto per salvaguardare i livelli essenziali di assistenza sanitaria, deve misurarsi però con l'esigenza di contenere il disavanzo della spesa pubblica e raggiungere l'equilibrio economico delle singole aziende, sempre più forte e avvertita dal legislatore proprio per le gravi inefficienze registratesi nel Servizio Sanitario Nazionale, sicché è necessario un difficile

[13] Ministero della Salute – Direzione Generale delle Professioni sanitarie e delle Risorse Umane del SSN, *Il personale del Sistema Sanitario Italiano – Anno 2018*, febbraio 2021; Ministero della Salute – Direzione Generale della Digitalizzazione, del Sistema Informativo Sanitario e della Statistica, *Personale della A.S.L. e degli Istituti di ricovero pubblici ed equiparati – Anno 2018*, gennaio 2021; Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, *Il monitoraggio della spesa sanitaria*, rapporto n. 7, 2020; Ministero della Salute – Direzione Generale della Digitalizzazione, del Sistema Informativo Sanitario e della Statistica, *Annuario Statistico del Servizio Sanitario Nazionale. Assetto organizzativo, attività e fattori produttivi del SSN – Anno 2018*, dicembre 2020.

[14] Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione Speciale del 18 aprile 2016, parere n. 1113/2016 del 5 maggio 2016.

ISSN 2036-7821

contemperamento tra l'esigenza di garantire fondamentali obiettivi per la soddisfazione di esigenze primarie e costituzionalmente garantite quanto meno nel loro nucleo irriducibile e l'altrettanto fondamentale esigenza di assicurare il rispetto dei vincoli di bilancio, a livello nazionale ed europeo, e di contenere la spesa pubblica.

Recentemente, la Corte Costituzionale ha avuto modo di soffermarsi più volte sul rispetto – *recte*, sull'intangibilità – dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie[15].

In particolare, l'individuazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza sanitaria è effettuata contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie destinate al servizio sanitario nazionale, nel rispetto della compatibilità finanziaria stabilita per l'intero sistema di finanza pubblica[16]. Il problema si sposta dunque in parte sull'individuazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza sanitaria e in parte, in considerazione delle differenze socioeconomiche fra le diverse aree del paese sui meccanismi perequativi.

Così l'accesso delle Regioni al finanziamento integrativo del SSR a carico dello Stato è subordinato alla stipula di una specifica intesa tra Stato e Regioni che contempli ai fini del contenimento della dinamica dei costi: (a) il rispetto degli obblighi di programmazione a livello regionale, al fine di garantire l'effettività del processo di razionalizzazione delle reti strutturali dell'offerta e della domanda ospedaliera; (b) l'obbligo in capo alle Regioni di garantire in sede di programmazione regionale, coerentemente con gli obiettivi sull'indebitamento netto delle amministrazioni pubbliche, l'equilibrio economico-finanziario delle proprie aziende sanitarie, aziende ospedaliere, aziende ospedaliere universitarie ed Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico sia in sede di preventivo annuale che di conto consuntivo[17].

Inoltre, l'accesso, da parte delle Regioni che non hanno rispettato l'equilibrio economico-finanziario delle proprie strutture sanitarie, ai fondi nazionali di

[15] Corte Cost., sent. n. 62/2020, n. 72/2020 e 91/2020, in *www.cortecostituzionale.it*, in cui è stato precisato che la determinazione, il finanziamento e l'erogazione dei LEA compongono un sistema articolato il cui equilibrio deve essere assicurato «dalla sinergica coerenza dei comportamenti di tutti i soggetti coinvolti nella sua attuazione». Nella propria giurisprudenza precedente, la Consulta aveva già avuto occasione di affermare che i LEA rappresentano "standard minimi" (sent. n. 115/2012, in *ivi*) da assicurare in modo uniforme su tutto il territorio nazionale affinché sia evitato che, in parti del territorio nazionale, gli utenti debbano assoggettarsi ad un regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato essendo limitata la possibilità delle singole Regioni, nell'ambito della loro competenza concorrente in materia di diritto alla salute, a migliorare eventualmente i suddetti livelli di prestazioni (sent. n. 125/2015, in *ivi*). Secondo la Corte, l'indefettibilità e la generalità di una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale sono collegate a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisce il livello essenziale di erogazione, pur in un sistema caratterizzato da autonomia regionale e locale costituzionalmente garantite. Tale profilo riguarda una competenza del legislatore statale «idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle» (sent. n. 231 del 2017, in *ivi*).

[16] Art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 502/1992, come modificato dall'art. 1, comma 5, del d.l. n. 347/2001, convertito dalla l. n. 405/2001.

[17] Art. 1, comma 173, della legge n. 311 del 30 dicembre 2004.

ISSN 2036-7821

finanziamento del SSR è subordinato all'elaborazione di un programma operativo di riorganizzazione, di riqualificazione o di potenziamento del SSR, di durata non superiore al triennio (cd. piano di rientro) e alla stipula con i Ministri della salute e dell'economia e delle finanze di un apposito accordo che individui gli interventi necessari per il perseguimento dell'equilibrio economico, nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza[18]. Le entrate fiscali delle Regioni sono commisurate anche al finanziamento integrale dei livelli essenziali delle prestazioni da erogare in condizioni di efficienza e appropriatezza e secondo costi standard[19].

In linea generale, i piani di rientro regionali prepandemici hanno previsto interventi di riduzione della spesa sanitaria su tre versanti fondamentali: (a) il riordino della rete di servizi, mediante soppressione di stabilimenti ospedalieri sottodimensionati e riconversione in strutture sanitarie territoriali e accorpamenti o soppressione di singole unità operative all'interno degli ospedali confermati; (b) una politica del farmaco mediante razionalizzazione e riduzione della spesa farmaceutica e della spesa per acquisto di beni e servizi; (c) la riduzione della spesa per il personale – generalmente tarata sulla base dei costi relativi all'anno precedente all'adozione del piano, con ulteriore riduzione – mediante blocco del turnover, razionalizzazione del ricorso a prestazioni aggiuntive, riduzione degli incarichi di direzione e di posizione organizzativa e di coordinamento in seguito alla razionalizzazione organizzativa.

I piani di rientro regionali perseguono dunque due obiettivi vincolanti: (a) l'esigenza di ripristinare l'equilibrio economico-finanziario del SSR mediante la riduzione dei costi per strutture, acquisto di beni e servizi e personale; (b) la necessità di salvaguardare il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni secondo gli standard definiti con disciplina statale.

La [ri]definizione del quadro organizzativo costituisce chiaramente una tappa fondamentale del processo di risanamento della finanza regionale destinata a sostenere la spesa sanitaria, tanto più che i vincoli posti dalla normativa statale stabiliscono espressamente una progressiva riduzione della spesa per il personale. Le Regioni fissano parametri standard per l'individuazione delle strutture semplici e complesse, delle dotazioni organiche, delle posizioni organizzative e di coordinamento, rispettivamente, delle aree della dirigenza e del personale del comparto del SSN, nel rispetto comunque delle disponibilità dei fondi per il finanziamento della contrattazione integrativa. Tuttavia, come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale, per quanto nel perseguimento degli obiettivi di risanamento e contenimento della spesa e di efficientamento del sistema, secondo la logica propria dei piani di rientro, le valutazioni dell'autorità politico-amministrativa siano ampiamente discrezionali, non può ammettersi che un tale fine possa essere perseguito con il

[18] Art. 1, comma 180, della legge n. 311 del 30 dicembre 2004.

[19] Art. 8, comma 1, lettera b) e lettera d), e comma 3 della legge n. 42/2009, "Delega al Governo in materia di federalismo fiscale".

ISSN 2036-7821

sacrificio del fondamentale interesse al buon andamento dell'azione amministrativa che assume la connotazione dell'adeguatezza ed efficienza delle risorse umane coinvolte nel piano di rientro, quale requisito imprescindibile perché siano garantiti i LEA e, in definitiva il nucleo irriducibile del diritto alla salute che in essi si identifica[20].
A titolo esemplificativo, la riduzione dei posti in organico dovrebbe essere un effetto diretto della riduzione dei posti letto, delle strutture semplici e complesse e del conseguente fabbisogno di personale e non solo del blocco del turnover che genera tagli lineari alla dotazione organica, onde evitare di incidere negativamente sullo standard nazionale dei LEA[21].
Le strutture ospedaliere dovrebbero garantire l'appropriatezza dei servizi essenziali senza ricorrere a un impiego intensivo delle unità di personale e sistematicamente a turni di pronta disponibilità, che, proprio per garantire l'adeguatezza e l'appropriatezza del servizio, dovrebbero essere limitati a situazioni di emergenza, vietando di farvi ricorso per sopperire a carenze di organico.
Pertanto, seppure fosse garantita la continuità del servizio, perché durante le 24 ore un medico è sempre presente in reparto, certamente deve escludersi che ne siano garantite l'adeguatezza e la qualità che concorrono a definire i LEA, perché le risorse in concreto impegnate sono sottoposte a turni non compatibili con i limiti contrattuali posti a salvaguardia, non solo dell'integrità psicofisica dei lavoratori, ma dell'interesse ad una corretta organizzazione del servizio per evitare che le concrete, anomale condizioni di lavoro aumentino il rischio di errori medici[22]. Ed infatti, la lesione dell'interesse dei medici del SSR di essere preservati dal rischio e dalla conseguente responsabilità per eventi avversi è tanto maggiore quanto più l'organico si presenta carente rispetto allo standard organizzativo stabilito dagli atti di programmazione[23].
La dotazione organica, infatti, costituisce un requisito organizzativo il cui standard minimo deve corrispondere al fabbisogno di personale in rapporto al volume e alla tipologia delle attività e in rapporto all'organizzazione dei singoli presidi, in maniera tale da garantire il corretto svolgimento delle attività. Sul punto, la Corte costituzionale

[20] Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309, in *www.cortecostituzionale.it*. Sul punto, S. BARBARESCHI, *Tecniche argomentative della Corte a tutela dei diritti sociali condizionati*, in *Federalismi.it*, 13, 2018; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Consulta online*, 1, 2017, p. 105; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2016; C. MARCHESE, *Diritti sociali e vincoli di bilancio*, in *www.corte-costituzionale.it*, 2014.

[21] T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 13 aprile 2018, n. 572, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha ritenuto del tutto coerente in quest'ottica la scelta della Regione Puglia (delibere della Giunta Regionale n. 527/2006 e n. 2163/2009) di utilizzare l'orario di servizio del personale sanitario per stabilire il fabbisogno della dotazione organica in relazione ai tempi delle prestazioni sanitarie corrispondenti ai LEA.

[22] T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 13 aprile 2018, n. 571, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[23] V. BACHELET, *Il rapporto tra Asl e medico di base nel sistema riformato della responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 777; R. PUCCELLA, *La responsabilità dell'Asl per l'illecito riferibile al medico di base*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 934; D. ZORZIT, *La Cassazione, il fatto del medico di base e la responsabilità contrattuale della Asl: nuove geometrie e qualche perplessità*, in *Danno resp.*, 2015, p. 794.

ISSN 2036-7821

ha chiarito che i livelli essenziali delle prestazioni, ivi comprese quelle assistenziali sanitarie, sono definiti attraverso standard strutturali e qualitativi, ivi comprese le dotazioni di personale qualificato, perché ne sia garantito l'accesso, con carattere di generalità, a tutti gli aventi diritto[24]. Chiaramente allora, se la dotazione organica dei presidi sanitari non corrisponde agli standard previsti con atti normativi statali e regionali, è pregiudicata la stessa possibilità di erogare prestazioni qualitativamente e quantitativamente corrispondenti ai LEA, con la conseguenza che gli operatori sanitari impiegati in turni che devono coprire l'orario di accesso al servizio al quale sono addetti sono concretamente e direttamente coinvolti nel rischio di dover rispondere, secondo le regole generali, per eventi avversi in concorso con la struttura sanitaria.
In definitiva, il fine delle scelte politico-amministrative della Regione in materia di organizzazione sanitaria è quello di garantire le strutture, i mezzi e il personale per soddisfare il bisogno di servizi sanitari essenziali della popolazione, intervenendo, quando la riduzione della spesa arriva ad intaccare il limite incomprimibile dei LEA, sulle fonti regionali di finanziamento della spesa sanitaria aumentandone il flusso modificando le aliquote fiscali o mediante manovre di bilancio compensative[25]. Sebbene, infatti, l'obiettivo della riduzione della spesa per il personale costituisca uno dei cardini della politica di bilancio del settore sanitario regionale, deve essere la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione[26]. Gli atti di programmazione devono tenere conto dell'incomprimibilità dei LEA, dei limiti di durata dell'orario di lavoro del personale medico – da ultimo oggetto di procedura d'infrazione in sede comunitaria (n. 2011/4185 ex art. 258 del TFUE per contrasto con gli articoli 2, 3, 6, 17, par. 2, della direttiva 2003/88/CE) per violazione dell'obbligo di garantire al lavoratore undici ore di riposo consecutivo ogni ventiquattro ore. In altre parole, le dotazioni organiche non possono mai anteporre il rispetto dei limiti di spesa per il personale all'appropriatezza della prestazione sanitaria[27].
La situazione diventa ancora più complessa se si considera che alcune regioni, pur essendo state commissariate per più di dieci anni, ancora non hanno raggiunto l'equilibrio di bilancio e che vi sono a volte dubbi sulla gestione della sanità regionale da parte delle strutture commissariali.

1.4. Il diritto alla salute alla prova della pandemia da Covid-19, con particolare riferimento all'organizzazione amministrativa.

Nel contesto prepandemico la sanità Italiana appariva a due velocità: alcune regioni avevano sistemi sanitari apparentemente efficienti mentre altre presentavano gravi

[24] Corte cost. n. 50/2008 e n. 168/2008; n. 387/2007, in *www.cortecostituzionale.it*.
[25] Corte cost. n. 187/2012, in *www.cortecostituzionale.it*.
[26] Corte cost. n. 275/2016, in *www.cortecostituzionale.it*.
[27] T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 13 aprile 2018, n. 572, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

carenze e problemi anche per il raggiungimento dei livelli essenziali. In questo contesto alcune regioni dai sistemi sanitari apparentemente "virtuosi" avevano ridotto la sanità di base a favore di una iperspecializzazione. Allo stesso tempo era stato avviato un dibattito sul rilievo dei poteri delle Regioni in ambito sanitario e si erano avviati alcuni percorsi istituzionali che avrebbero dovuto rafforzare le competenze in ambito sanitario di alcune regioni.

Nella riunione straordinaria del 13 maggio 2021, il Presidente della Corte Costituzionale ha sottolineato l'esigenza di coordinamento e correzione delle inefficienze del Servizio Sanitario Nazionale. È stato sottolineato che «la peculiarità di un servizio sanitario nazionale ma a gestione regionale richiede un esercizio forte, da parte dello Stato, del potere di coordinamento e di correzione delle inefficienze regionali: un esercizio inadeguato di questo potere non solo comporta rischi di disomogeneità ma può ledere gli stessi livelli essenziali delle prestazioni. Questo problema di fondo si è riproposto nel contesto attuale, pure caratterizzato dalla competenza esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale, competenza che avrebbe dovuto garantire quell'unitarietà di azione e di disciplina che la dimensione nazionale dell'emergenza imponeva e tutt'ora impone»[28]. Invero, con l'erompere della pandemia da Covid-19, soprattutto nella cd. fase 1, sono state messe a nudo le falle del Servizio Sanitario Nazionale in generale e quello Regionale in particolare[29]. Il descritto quadro normativo prepandemico[30] ha ridotto all'osso le dotazioni organiche, rendendo il sistema sanitario del tutto inadeguato – oltre che impreparato – a fronteggiare la drammatica emergenza derivante dalla diffusione del coronavirus. Anche la scelta di spostare il punto di equilibrio tra sanità di base e sanità specialistica a vantaggio di quest'ultima operata in alcune regioni ha mostrato i propri limiti con l'arrivo del Covid -19[31]. L'inarrestabilità dei contagi e la difficoltà dei tracciamenti hanno riacceso la discussione sulle carenze e sull'inadeguatezza della medicina di base e sulle contraddizioni di un impianto giuridico, troppo spesso intrappolato nel difficile gioco di equilibri tra competenze centrali e regionali, tra

[28] G. CORAGGIO, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2020*, in *www.cortecostituzionale.it*, 13 maggio 2021, p. 7.

[29] R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale?*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020; C. CIARDO, *Il Servizio sanitario nazionale alla prova dell'emergenza Covid-19: il rischio di una sanità disuguale*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020; G.C. DE MARTIN, *Il Servizio sanitario nazionale dopo la pandemia: quale futuro*, in *Amministrazione In Cammino*, 29 maggio 2020; G. DI GASPARE, *L'impatto del Coronavirus sulle risorse del Servizio sanitario nazionale. Qualche spunto di riflessione*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020; A. PIOGGIA, *Coronavirus e sistema sanitario nazionale*, in Blog *ridiam.it*, 14 marzo 2020; F. ALAGNA, *Emergenza coronavirus: verso una tutela globale della salute?*, in *Diritti Regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1/2020; U. ALLEGRETTI, E. BALCONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n. 1/2020; F. TORRE, *Il (carattere bidimensionale del) principio di sussidiarietà alla prova dell'emergenza da coronavirus*, in *Diritti Regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 22 aprile 2020; C. BOTTARI, *Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del coronavirus*, in *Federalismi.it*, 13 maggio 2020.

[30] Cfr., *supra*, §§ 1.1. e 1.2.

[31] Esemplare sembra in tal senso quanto avvenuto in Regione Lombardia.

ISSN 2036-7821

pubblico e privato. Quanto evidenziato mostra l'urgenza di una riforma dell'organizzazione amministrativa e tecnica del sistema sanitario nazionale, con una riconsiderazione del ruolo strategico della cd. medicina di prossimità[32]. In questa prospettiva sembra opportuno prestare attenzione anche al profilo specifico del Medico di medicina generale (MMG) o medico di famiglia, che è stato oggetto negli ultimi anni di attenzione della disciplina normativa e della giurisprudenza soprattutto sotto il profilo della responsabilità civile, penale e contabile[33], piuttosto che in quanto nodo nevralgico dell'organizzazione delle reti territoriali dei servizi sanitari di prossimità.

Durante la cd. fase 1, hanno fatto il giro del mondo le immagini degli infermieri italiani stremati da turni di lavoro massacranti, che hanno acceso un forte dibattito, anche nell'opinione pubblica, in ordine alla necessità per il legislatore di intervenire con apposite disposizioni normative finalizzate a limitare la responsabilità medica in tempo di coronavirus[34].

Nel disegno delineato dalle riforme della fine secolo scorso, le aziende sanitarie locali costituiscono forme di erogazione dei servizi sanitari a titolarità regionale su tutto il territorio regionale. Per i servizi sanitari di base, si ha, da un lato, una pulsione verso l'esclusività e l'accentramento delle prestazioni in capo alle aziende sanitarie locali; dall'altro, la necessità di garantire l'esercizio libero delle professioni sanitarie, la libera scelta degli utenti, l'organizzazione sussidiaria e partenariale dei servizi sanitari da parte delle strutture private accreditate e convenzionate. Cosi, Per l'assistenza medico-

[32] L'espressione, sempre più frequente nella letteratura medica e nella disciplina degli ordinamenti sanitari regionali, delinea l'organizzazione dei servizi socio-sanitari di base o di I livello al di sotto del livello della aziende sanitarie: comprende così, la tradizione organizzazione territoriale dei servizi sanitari sub aziendali, articolata in dipartimenti di prevenzione, distretti e medici di medicina generale, fino alle forme innovative introdotte dalle riforme nazionali e regionali degli ultimi anni, come le "aggregazioni funzionali territoriali" previsti dal dl 158/12, le cure domiciliari integrate, i servizi sociosanitari primari, la teleassistenza sanitaria. Cfr., *ex multis*, Decreto commissariale della Regione Campania n. 83 del 31/102019, che delinea il Piano Regionale della Rete di Assistenza Sanitaria Territoriale 2019 - 2021).

[33] È sufficiente in proposito leggere la più recente giurisprudenza contabile e le riforme introdotte dalla l. 24/2017, cd. Gelli-Bianco.

[34] L'emendamento A.S. 1766 al decreto Cura Italia 2020, a prima firma Marcucci, ridefinito quale "Disposizioni in materia di responsabilità per eventi dannosi che abbiano trovato causa nella situazione di emergenza da COVID-19", poi ritirato il 5 aprile 2020, stabiliva che la valutazione sul comportamento dell'esercente la professione sanitaria doveva tenere in considerazione il rapporto tra la situazione organizzativa e logistica della struttura sanitaria, l'eccezionalità dell'ambiente in stato di emergenza, il numero di pazienti su cui intervenire e la gravità delle loro condizioni, la disponibilità di attrezzature e di personale, il livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore. Sul punto, U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – II parte*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2021, p. 62; U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – I parte*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2020, p. 1768; P. FRATI, P. MANCARELLA, F. VIZZINO, R. LA RUSSA, V. FINESCHI, *Profili di responsabilità medica nell'emergenza covid-19: è già tempo per una rivisitazione della legge n. 24/2017*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 2020, p. 1714; B. BONVICINI, A. VIERO, F. DONELLI, M. GABRIELLI, G. CECCHETTO, C. TERRANOVA, G. VIEL, M. MONTISCI, *La sicurezza delle cure in corso di pandemia da covid-19: una nuova sfida per il sistema sanitario nazionale*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2, 2020, p. 1033; G. FACCI, *La medicina delle catastrofi e la responsabilità civile*, in *Responsabilità civile*, 3, 2020, p. 706.

ISSN 2036-7821

generica, pediatrica e farmaceutica, il compito di organizzare l'esplicazione del servizio spetta esclusivamente alle ASL, che tuttavia operano di norma in base a convenzioni con soggetti terzi, le quali sono fonte di nessi organizzativi di secondo grado che legittimano all'erogazione del servizio pubblico. Per ciascun professionista convenzionato vengono individuati, nella convenzione, obiettivi, programmi di attività e livelli di spesa (*budget*) per assistito. Le riforme degli anni 2000, ed in particolare il dl 158/12, hanno introdotto poi diverse tipologie di aggregazioni e reti territoriali di professionisti, che differenziano ancora di più il quadro nei diversi sistemi regionali.
Nell'ambito dei servizi sanitari di prossimità, i professionisti convenzionati operano attraverso forme di coordinamento operativo nell'ambito dell'*organizzazione distrettuale* della ASL. Per l'erogazione delle prestazioni sanitarie di base, la ASL si riparte — secondo un modello già delineato dalla l. n. 833/1978 — in dipartimenti di prevenzione, distretti e presidi ospedalieri, dotati di parziale autonomia gestionale e finanziaria. All'inizio degli anni 2000, quindi, sono i distretti che devono erogare, secondo quanto disciplinato dalla legge regionale, i servizi di assistenza primaria, assicurando la continuità assistenziale e costituendo il nucleo dei servizi di medicina di prossimità[35].
Negli ultimi anni la contrazione dei finanziamenti dei sistemi sanitari ha portato a concentrare le risorse sulle grandi strutture ospedaliere, con un ridimensionamento dello sviluppo della rete distrettuale dei servizi sanitari di base e del ruolo dei MMG e un sovraccarico delle strutture.
Nel 2012 il D.L. n. 158 cerca di affrontare il problema, prevedendo l'organizzazione dei servizi territoriali di assistenza primaria secondo due modalità operative, le "aggregazioni funzionali territoriali" che condividono, in forma strutturata obiettivi e percorsi assistenziali, strumenti di valutazione della qualità assistenziale, linee guida e audit; le forme organizzative multi professionali denominate "unità complesse di cure primarie" (UCCP) che prevedono il coordinamento e l'integrazione dei medici (medici di medicina generale, pediatri di libera scelta), delle altre professionalità convenzionate con il SSN (specialisti del territorio, guardia medica), degli infermieri, delle professionalità ostetriche, tecniche e della riabilitazione, della prevenzione e del sociale.
La riorganizzazione della rete ospedaliera e la riduzione dei posti letto, nonché la riduzione degli accessi presso i pronto soccorso per i casi meno gravi, codici bianchi ed alcuni verdi, in questa prospettiva doveva derivare soprattutto da un potenziamento dei servizi territoriali, con particolare riferimento all'assistenza primaria, alla medicina di prossimità.
Il disegno riformatore del 2012, nell'attuazione da parte delle singole Regioni, sembra ancora un percorso da realizzare compiutamente, come è emerso nell'emergenza Covid19, dove la medicina di prossimità, le sue reti, i compiti, i ruoli e i mezzi dei MMG sono apparsi in tutta la loro preoccupante inadeguatezza.

[35] Cfr. R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013.

ISSN 2036-7821

Come è stato sottolineato, l'emergenza Covid19 ha sottoposto l'ordinamento italiano a tre ordini di criticità: «i ricorrenti conflitti tra il livello nazionale e talune autonomie, specie regionali; la disomogeneità e la diversa tenuta delle organizzazioni e dei servizi sanitari sul territorio; le confusioni nelle indicazioni comportamentali e nella messa in atto di misure per rilevare e/o impedire il contagio»[36]. La seconda criticità involge direttamente i modelli organizzativi realizzati da ciascuna Regione in campo sanitario: «Altra differenza rilevante che è emersa in questa fase emergenziale è quella riguardante la solidità della rete di presidi territoriali non ospedalieri, facenti capo anzitutto ai medici di base: rete che, laddove presente in tutto il territorio e non sguarnita da scelte regionali incentrate sugli ospedali, ha reso possibile – nonostante la larga inattuazione della riforma Balduzzi del 2012 – un supporto prezioso pre o alternativo a quello ospedaliero, consentendo di fronteggiare meglio una situazione straordinaria in virtù della conoscenza ordinaria dei pazienti sia sintomatici che asintomatici»[37].

La pandemia ha comportato la necessità di riorganizzare – con somma urgenza – il sistema sanitario, da una parte (a) con riferimento alla dotazione organica delle strutture ospedaliere, dall'altra (b) relativamente alle prestazioni ed ai servizi erogati, diversi da quelli afferenti alla cura dei pazienti affetti da Covid-19, dall'altra ancora (c) in relazione alle modalità di approvvigionamento di materiale sanitario utile al contrasto della diffusione del coronavirus (a cominciare dai dispositivi di protezione individuale, tra cui mascherine e guanti, di cui lo stesso personale medico si è trovato sprovvisto al raggiungimento del primo picco dell'emergenza) ed alla cura dei malati (soprattutto, le bombole di ossigeno).

Quanto alla dotazione organica sono emerse alcune criticità in parte dovute al mancato aggiornamento del "Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale" approvato nel 2006 dalla Conferenza Stato-Regioni. Per affrontare la situazione (a), il Governo con una normativa emergenziale a carattere d'urgenza ha effettuato una vera e propria "chiamata alle armi", provvedendo a reclutare – soprattutto nelle strutture ospedaliere site nelle regioni più colpite dalla pandemia in particolare nella cd. fase 1 – personale a tempo determinato, volontari e finanche medici specializzandi[38].

---

[36] G.C. De Martin, *Il Servizio sanitario nazionale dopo la pandemia: quale futuro*, in *Amministrazione In Cammino*, 29 maggio 2020.

[37] G.C. De Martin, *Il Servizio sanitario*, op. ult. cit.

[38] A. Zilli, *Il reclutamento emergenziale del personale sanitario, alla ricerca della sanità "che verrà"*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 4, 2020, p. 1801, secondo cui l'emergenza Convid-19 ha consentito, nell'ambito delle modalità di reclutamento del personale sanitario, «di abbattere dei veri e propri taboo, che hanno e ancora potranno rappresentare delle inutili procrastinazioni alla conclusione di percorsi definiti, con obbligo di frequenza dell'intero tirocinio. Consentire ai giovani professionisti sanitari di entrare "un po' prima" e "un po' più facilmente" nel mondo del lavoro potrà, auspicabilmente, attenuare la c.d. fuga dei cervelli, che, nel medio-lungo periodo, mette in serio pericolo la tenuta della sanità italiana».

ISSN 2036-7821

Quanto alla rimodulazione delle prestazioni (b), le Regioni hanno generalmente preferito emanare ordinanze contingibili e urgenti per adottare misure organizzative volte al contenimento ed alla gestione dell'emergenza epidemiologica nella disciplina delle attività sanitarie e assistenziali di tutti i servizi sanitari, sociosanitari e di riabilitazione[39]. In particolare, con l'obiettivo di prevenire e contenere il rischio di contagio, riducendo ogni contatto sociale non strettamente indispensabile, per la maggior parte, le regioni hanno sospeso sull'intero territorio di competenza le attività sanitarie e assistenziali dei servizi sanitari e sociosanitari locali semiresidenziali pubblici e privati (riabilitazione estensiva, centri diurni per anziani e per disabili non autosufficienti, pazienti psichiatrici minori e adulti), i servizi sociali a regime diurno attivati dagli ambiti territoriali sociali, i servizi ambulatoriali e domiciliari di riabilitazione estensiva e di specialistica, fatte salve quelle urgenti e indifferibili. In proposito, le ordinanze adottate hanno imposto ai Direttori Sanitari di segnalare tempestivamente al Distretto Sanitario di residenza del paziente la necessità di non interrompere il progetto riabilitativo per determinati soggetti. È stata assicurata la prosecuzione del trattamento, anche in forma domiciliare, laddove possibile. In quest'ottica, è stato stabilito l'obbligo per le Aziende Sanitarie Locali di rafforzare l'ordinaria organizzazione dei servizi di cure domiciliari, al fine di garantire assistenza e prestazioni sanitarie e sociosanitarie indifferibili a domicilio a soggetti disabili, adulti e anziani non autosufficienti, non in grado di frequentare i servizi sanitari e sociosanitari per effetto delle adottate misure di sospensione degli stessi. Sono stati comunque garantiti i servizi di assistenza domiciliare attivati dagli ambiti territoriali sociali, in particolare a favore dei cittadini indigenti o soli, fermo l'obbligo dell'adozione di ogni idonea misura precauzionale. Gli ambiti territoriali sociali potevano comunque decidere di differire le prestazioni non essenziali, tenuto conto delle esigenze di protezione del personale impegnato e degli utenti più fragili. Come si vede, con le ordinanze in esame è stato effettuato un delicato contemperamento di tutti gli interessi in gioco, ovverosia la tutela della salute pubblica, il diritto individuale alla salute, l'assistenza alle fasce deboli della popolazione e le esigenze di protezione dei lavoratori del comparto sanitario.

Infine, quanto alle modalità di approvvigionamento di materiale sanitario utile al contrasto della diffusione del coronavirus ed alla cura dei malati (c), il Governo ha consentito con il D.L. n. 18/2020 (cd. Decreto Cura Italia, convertito con modificazioni in L. n. 27/2020) la produzione, l'importazione e l'immissione in commercio di mascherine chirurgiche ed altri DPI in deroga alle normali disposizioni.

[39] G. CARULLO, P. PROVENZANO (a cura di), *Le Regioni alla prova della pandemia da COVID-19*, Voll. 1-2, Napoli, 2020.

ISSN 2036-7821

L'approvvigionamento, inoltre, è stato garantito attraverso procedure di appalto rapide e semplificate[40].

2. L'impatto dell'emergenza sanitaria sui livelli essenziali di garanzia dei diritti sociali, con particolare riferimento all'organizzazione dei servizi e delle prestazioni nell'istruzione scolastica.

2.1. La classifica dei diritti sociali e la ricerca di un equilibrio tra diritto alla salute e diritto all'istruzione.

Il diritto all'istruzione[41], in particolar modo declinato attraverso lo svolgimento delle attività didattiche in presenza, ha dovuto subire una forte compressione a causa dell'emergenza epidemiologica in atto[42]. Infatti, tutti gli attori interessati – dal Parlamento (*rectius*, Governo centrale) alle amministrazioni regionali e locali – sono stati chiamati, ciascuno per le proprie competenze e secondo il principio di sussidiarietà e leale collaborazione[43], ad adottare misure di contenimento del

[40] Sul punto, sia consentito rinviare a F. BORRIELLO, *Emergenza Covid-19. Le indicazioni dell'ANAC per lo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica "a geometria variabile" e "a più velocità"*, in "*l'Amministrativista. Il Portale sugli Appalti e i Contratti Pubblici*", Giuffrè, 2020.

[41] La letteratura sul diritto all'istruzione è vastissima. Sia consentito rinviare a M. BENVENUTI, *Art. 34*, in F. CLEMENTI (a cura di), *La Costituzione italiana*, Bologna, 2018, vol. I, p. 226; F. CORTESE, *La costituzione scolastica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2018, p. 45; F. CORTESE, *L'istruzione tra diritto europeo e diritto nazionale*, in E. CHITI (a cura di), *Unità e pluralismo culturale*, Firenze, 2016, p. 151; L. CORRADINI, *La Costituzione nella scuola*, Trento, 2014; F. PIZZOLATO, *La dimensione pedagogica della Costituzione*, in *Iustitia*, 2014, p. 409; A. POGGI, *Art. 34*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, p. 699; S. CASSESE, A. MURA, *sub artt. 33-34 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, p. 201; S. CASSESE, *La scuola: ideali costituenti e norme costituzionali*, in Giur. cost., 1974, p. 3614; U. POTOTSCHNIG, *Istruzione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, p. 98; V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956, p. 275.

[42] F. DI LASCIO, *Il sistema nazionale di istruzione di fronte all'emergenza sanitaria*, in *Federalismi.it*, 4, 2021, p. 90; S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza (COVID-19)*, in *Federalismi.it*, 1, 2020; G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2020; E. CARLONI, *Il diritto all'istruzione al tempo del coronavirus*, in ASTRID Rassegna, n. 6/2020, p. 6; M. TROISI, *Il Sistema Nazionale d'Istruzione di fronte alle restrizioni per la pandemia da COVID-19. Molte ombre e qualche luce (da cui ripartire)*, in *Le Regioni*, 4, 2020, p. 800; P. BILANCIA, *Il grave impatto del Covid-19 sull'esercizio dei diritti sociali*, in G. DE MINICO, M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, 2020, p. 69, in particolare pp. 72-73 sul diritto all'istruzione; F. DI LASCIO, *Diritto all'istruzione e tutela giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 6, 2020, p. 34.

[43] Il principio di sussidiarietà posto dall'art. 118 Cost. impone che, trattandosi di emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali sia operata al livello amministrativo unitario, con attrazione in capo allo Stato anche della competenza legislativa. Come affermato dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 303, in *www.cortecostituzionale.it*, in cui per la prima volta è stata teorizzata la cd. chiamata in sussidiarietà) che l'avocazione della funzione amministrativa si deve accompagnare all'attrazione della competenza legislativa necessaria alla sua disciplina, onde rispettare il principio di legalità dell'azione amministrativa, purché all'intervento legislativo per esigenze unitarie si accompagnino forme di leale collaborazione tra Stato e Regioni nel momento dell'esercizio della funzione amministrativa (sul punto, anche Corte cost., 22 luglio 2010, n. 278, in *ivi*). Sul riparto delle competenze tra Stato e regioni in tema di diritto all'istruzione, M. BENVENUTI, *Un "problema nazionale". Spunti ricostruttivi in tema di "istruzione" e "istruzione e … formazione professionale", tra Stato e*

ISSN 2036-7821

coronavirus nel campo dell'istruzione che hanno spesso portato alla sospensione delle attività didattiche in presenza, operando un difficile e delicato bilanciamento tra diritto alla salute e diritto all'istruzione.

In proposito, come la più recente giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto, «se è innegabile che il diritto alla salute è al vertice dei diritti sociali, perché consente all'individuo di godere delle libertà e degli altri diritti che la Repubblica riconosce, nondimeno il diritto all'istruzione si colloca poco dietro. Esso è il principale strumento con cui lo Stato provvede, ai sensi dell'art. 3, comma 2, a rimuovere, specie nei territori più svantaggiati, gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Attraverso l'istruzione, inoltre, si hanno più ampie prospettive di accesso al lavoro su cui la Repubblica è fondata»[44].

2.2. L'organizzazione della didattica (in presenza e a distanza) come strumento di contemperamento tra salute e istruzione nell'emergenza pandemica.

Invero, più che le disposizioni emanate a livello nazionale[45] o regionale[46] per contrastare l'epidemia da Covid-19 in ambito scolastico, sono le misure adottate a

---

Regioni, a partire dalla giurisprudenza costituzionale, in *Federalismi.it*, 1, 2015, p. 1; S. TROILO, *Il diritto allo studio fra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, 9, 2012.

[44] T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 21 gennaio 2021, n. 120, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[45] La legislazione in questione trova giustificazione nella competenza legislativa attribuita in via esclusiva allo Stato dall'art. 117, comma 2, lett. q), Cost. in materia di "*profilassi internazionale*" (sul punto, T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 9 maggio 2020, n. 841, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Ma la competenza legislativa si rinviene anche nel medesimo art. 117, comma 3, Cost., che attribuisce allo Stato competenza concorrente in materia di tutela della salute e protezione civile, letto in connessione con l'art. 118, comma 1, Cost. Sul tema che ci occupa, il ruolo centrale è assunto dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19, conv. con mod. con l. 22 maggio 2020, n. 35, per come risultante dai successivi interventi modificativi e interpolativi prodotti dal d.l. maggio 2020, n. 33, conv. con mod. con l. 14 luglio 2020, n. 74, dal d.l. 30 luglio 2020, n. 83, conv. con mod. con l. 25 settembre 2020, n. 124, e dal d.l. 7 ottobre 2020, n. 125. L'art. 1 prevede, per quel che in questa sede rileva, che, allo scopo di contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus Covid-19, su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso, possono essere adottate una o più misure che, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso, possono prevedere, tra l'altro, la sospensione dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'art. 2 del d.lgs. 13 aprile 2017, n. 65, e delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado. Il successivo art. 2, comma 1, attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di emanare, con D.P.C.M., tali misure sentiti, come precisato dall'art. 1, comma 5 d.l. n. 83 del 2020, i presidenti delle Regioni interessate nel caso in cui le misure ivi previste riguardino esclusivamente una Regione o alcune Regioni, ovvero il presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale. Con specifico riferimento al sistema scolastico ed all'organizzazione delle attività didattiche, l'art. 1 del D.P.C.M. 3.11.2020 ha individuato alcune misure valide su tutto il territorio nazionale, precisando comunque, all'art. 1, comma 7, lett. s), che l'attività didattica ed educativa per la scuola dell'infanzia, il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia continua a svolgersi in presenza, con uso obbligatorio di dispositivi di protezione delle vie respiratorie salvo che per i bambini di età inferiore ai sei anni e per i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina. Con i successivi artt. 2 e 3 sono state individuate misure più restrittive rispettivamente per le Regioni che, dal punto di vista epidemiologico, si collocavano rispettivamente in uno "scenario di tipo 3" e con un livello di rischio "alto" (cd.

ISSN 2036-7821

livello locale, attraverso lo strumento delle ordinanze contingibili e urgenti[47], che hanno costituito maggiore motivo di contenzioso in sede giurisdizionale. Infatti, ai fini del contenimento della diffusione del coronavirus sul territorio comunale, molti Sindaci hanno disposto – ferme restando le misure statali e regionali di contenimento del rischio già vigenti – lo svolgimento delle attività didattiche delle scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di primo grado, sia pubbliche che private, esclusivamente – ove possibile e con organizzazione integralmente demandata all'autonomia delle istituzioni scolastiche[48] – con modalità a distanza. L'attività didattica in presenza, ossia all'interno dei locali scolastici, è stata da più parti indicata come baluardo sociale, soprattutto per gli studenti più giovani, essenziale per il pieno ed integrale sviluppo psico-fisico, tanto in termini di apprendimento quanto in termini di relazioni interpersonali, aspetti particolarmente sensibili in età scolare e non surrogabili in termini equipollenti dalla didattica da remoto. Pertanto, l'adozione di misure organizzative a favore di una didattica esclusivamente da remoto hanno destato non poche perplessità – talvolta manifestazioni e proteste – anche nell'opinione pubblica.

Regioni arancioni) e per quelle che si collocavano in un "scenario di tipo 4" e con un livello di rischio "alto" (cd. Regioni rosse). Persino in quest'ultima ipotesi rimaneva fermo lo svolgimento in presenza della scuola dell'infanzia, della scuola primaria, dei servizi educativi per l'infanzia e del primo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado (artt. 2 e 3, comma 4, lett. f).

[46] L'art. 3, comma 1, del d.l. n. 19/2020, letto in combinazione con l'art. 1, comma 16, d.l. n. 33 del 2020, consente alle Regioni di adottare misure di efficacia locale "nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale". Ciò è attualmente possibile, in relazione all'andamento della situazione epidemiologica sul territorio, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui si è detto, informando contestualmente il Ministro della Salute. Le misure possono derogare in senso restrittivo rispetto a quelle disposte dal Presidente del Consiglio dei Ministri, oppure, nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d'intesa con il Ministro della Salute, anche ampliative. Il comma 3 dell'art. 3, infine, precisa che "le disposizioni di cui al presente articolo si applicano altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente".

[47] Il fondamento normativo del potere sindacale di ordinanza, in caso di emergenza sanitaria, è da individuare nell'art. 32, comma 3, l. 23 dicembre 1978, n. 833, e nell'art. 50 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. In via generale, il ricorso all'ordinanza contingibile e urgente è stato ritenuto dalla giurisprudenza (tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474, in *www.giustizia-amministrativa.it*) ammissibile unicamente al fine di fronteggiare con immediatezza sia una situazione di natura eccezionale ed imprevedibile, sia una condizione di pericolo imminente al momento dell'adozione dell'ordinanza. Sul punto, A. NEGRELLI, *Il limite dei principi generali al potere di ordinanza di necessità e urgenza nella giurisprudenza italiana*, in *Foro amm. TAR* 2012, 9, p. 3009; A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza: contributo allo studio del potere extra ordinem del governo*, Torino, 2011, p. 25; A. CAPPELLUCCI, *Il potere di ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento extra ordinem*, in *Foro amm. TAR* 2010, 1, p. 321; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2005, p. 641; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Noviss. Dig.*, XII, 1965, p. 90.

[48] Sull'autonomia delle istituzioni scolastiche, F. SAITTA, *L'autonomia statutaria delle istituzioni scolastiche: prospettiva concreta o «utopia imperfetta?»*, in *Federalismi.it.*, 6, 2019, p. 1; M. BOMBARDELLI, M. COSULICH (a cura di), *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, Padova, 2005; A. POGGI, *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie regionali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2-3, 2004, p. 229; C. MARZUOLI, *L'istituto scolastico autonomo*, in C. MARZUOLI (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, 2003, p. 117.

ISSN 2036-7821

Generalmente la parte motiva delle citate ordinanze emergenziali è stata costruita sui seguenti presupposti di fatto: (1) l'andamento del contagio, con un costante aumento dei casi di positività; (2) la fragilità dell'organizzazione sanitaria regionale, come evidenziato a diversi livelli istituzionali, non adeguata a fronteggiare un eccessivo diffondersi dell'epidemia, soprattutto nelle prime fasi dell'emergenza sanitaria; (3) il fatto che i bambini, in quanto molto spesso asintomatici, sono considerati un grande veicolo del virus per come rilevato da autorevoli esponenti della comunità scientifica; (4) i rischi di contagio elevati, nelle prime fasi della pandemia, e tali da richiedere un'allerta alta ed il mantenimento delle misure di contenimento più rigide con riferimento al mondo della scuola, nel pieno rispetto del principio di precauzione[49].
Quanto al fondamento dell'esercizio del potere sindacale di ordinanza, come è stato acutamente osservato dalla dottrina costituzionalistica ed amministrativistica[50],

[49] Sul tema del diritto amministrativo dell'emergenza come espressione del principio di precauzione, V. DI CAPUA, *La regolazione del rischio di emergenza e la regolazione del* «panico del rischio» *nella pandemia Covid-19*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2, 2020, p. 301; R. FERRARA, *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 1, p. 14; S. COGNETTI, *Precauzione nell'applicazione del principio di precauzione*, in G. LEONE (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, p. 387; B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 194; M. RENNA, *Le misure amministrative di "enforcement" del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*, 2016, 1, p. 61; I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in *Giustamm.it*; M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità*, in *Dir. ec.*, 2016, 2, p. 411; C. VIVANI, *Principio di precauzione e conoscenza scientifica*, in *Giur. it.*, 2015, 11, p. 2474; S. SPUNTARELLI, *Normatività del principio di precauzione nel processo decisionale dell'amministrazione e legittimazione procedurale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, 3; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dell'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *AIPDA, Annuario 2005. Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 140; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005.

[50] V. DI CAPUA, *Il potere governativo di annullamento straordinario e il mito della Fenice*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2021, pp. 271-272, secondo cui «la creazione da parte del legislatore nazionale di binari ben definiti entro cui incasellare il potere d'ordinanza regionale e sindacale risponde al duplice scopo di preservare la strategia unitaria di gestione della crisi, che potrebbe risultare compromessa da un esercizio incontrollato dello stesso, e al contempo, di lasciare un margine d'intervento alle autorità territoriali, definito "a monte" nei presupposti e nei contenuti, per risolvere tempestivamente criticità legate ai rispettivi ambiti. Ed è proprio la necessità di assicurare che il Governo mantenga la "regia" dell'operazione complessiva ad integrare la tutela dell'unità giuridica che legittima (e giustifica) l'esercizio del potere governativo di annullamento straordinario avverso un provvedimento suscettibile di pregiudicarla sul piano contenutistico ed effettuale». Anche I. FORGIONE, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra sussidiarietà e autonomia, in Il diritto dell'economia*, 2020, 2, p. 71, cui si rinvia per un'ampia e puntuale disamina delle ordinanze sindacali emanate nel corso dell'emergenza da Covid-19. L'A. ritiene ammissibile, a seguito dell'azione dell'esecutivo, un «intervento integrativo ed attuativo [delle misure nazionali e regionali da parte dell'organo sindacale] [...], in funzione sussidiaria e di leale collaborazione, oltre che [...] uno proprio, di guida e indirizzo della vita cittadina». Ciò in quanto «gli enti locali non hanno unicamente il compito di attuare quanto disposto altrove, quale ultimo anello della catena istituzionale, ma devono essere un interlocutore istituzionale primario, con il compito di adattare, adeguare, informare, bilanciare in base alla realtà fattuale» (p. 89). In termini analoghi, S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2020, p. 169, secondo cui le ordinanze sindacali «possono derogare alle disposizioni di legge vigenti, ma nei limiti e secondo i criteri indicati nel decreto che dichiara lo stato di emergenza e, comunque, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento». Sul punto, anche L. DIOTALLEVI, *Le ordinanze prefettizie sulle c.d. zone rosse: un nuovo capitolo della vicenda dell'art. 2 T.u.l.p.s., applicato alle politiche di "sicurezza urbana"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2020, p. 2560;

ISSN 2036-7821

nell'odierno contesto emergenziale, una volta intervenuti i decreti governativi, non è preclusa l'adozione di ordinanze sindacali, ma il potere di ordinanza non può sovrapporsi ai campi già regolati dalla normazione emergenziale dello Stato, restando libero di intervenire solo in quelli lasciati scoperti – ancorché con il limite del necessario rispetto del bilanciamento tra principi e diritti costituzionali diversi operato in sede centrale – e in presenza di specifiche esigenze locali. In altri termini, nel contesto dell'emergenza derivante dall'epidemia di Covid-19, l'ordinanza contingibile e urgente è adottabile dal Sindaco a fronte di situazioni proprie del territorio comunale, che, per la loro specificità o per la loro improvvisa manifestazione, non sono state considerate in sede di adozione delle misure a carattere nazionale o regionale emesse per arginare la diffusione del virus. Ciò è ancor più vero con riferimento alle modalità attraverso cui viene organizzata l'istruzione scolastica, laddove vi è a monte la decisione, contenuta in vari D.P.C.M. emanati durante l'epidemia, di continuare a consentire lo svolgimento in presenza della scuola dell'infanzia, della scuola primaria, dei servizi educativi per l'infanzia, del primo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado, anche nelle Regioni con il più alto rischio epidemiologico, e laddove vi è una specifica regolamentazione delle modalità organizzative di svolgimento delle lezioni, intesa a minimizzare il rischio di contagi. In questa materia, dunque, i vari diritti sociali coinvolti, quello alla salute, quello all'istruzione, quello allo svolgimento della personalità dei minori e degli adolescenti in un contesto di socialità, sono stati bilanciati e ricomposti a livello nazionale, peraltro con modalità tali da garantire una flessibile risposta ai diversi gradi di emergenza epidemiologica.

Pertanto, considerata la normativa vigente a livello nazionale, il bilanciamento tra i diritti sociali – per quanto di interesse ai fini del presente lavoro, salute e istruzione – «in un contesto di epidemia non può essere demandato all'intervento, per sua natura episodico e frammentario, dei Sindaci, i quali avranno potere di emettere ordinanza contingibile e urgente negli scarsi "spazi liberi" la sciati dalla regolamentazione nazionale e con i limiti già sottolineati»[51].

Purtroppo non sempre il potere di ordinanza è stato correttamente esercitato dai Comuni e dalle Regioni che spesso non hanno rispettato il fondamento normativo e lo standard di accuratezza dell'istruttoria volta all'adozione delle ordinanze. Ed infatti, durante la pandemia, in varie occasioni il giudice amministrativo ha dichiarato illegittime le ordinanze sindacali che hanno imposto lo svolgimento della didattica a distanza[52]. Dunque, come si evince dalla giurisprudenza citata, la doverosa necessità di

---

E. RINALDI, *Sulle ordinanze regionali contingibili e urgenti ai tempi del 'Coronavirus'*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2020, p. 2549; V. DI CAPUA, I. FORGIONE, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di rifiuti "alla prova" dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *AmbienteDiritto.it*, 3, 2020.

[51] T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 21 gennaio 2021, n. 120, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[52] Sul punto, T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 29 gennaio 2021, n. 218, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha annullato l'ordinanza contingibile e urgente emessa dal Sindaco del Comune di Rende in quanto «gli elementi a disposizione del Comune, valutati nel loro insieme, non appaiono idonei da soli a far ritenere che gli istituti

ISSN 2036-7821

tutelare la salute non può risolversi in una tirannia[53] di questo diritto rispetto alle altre libertà e agli altri diritti fondamentali, dovendosi ricordare che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri[54]. La chiave di volta del sistema di garanzia dei diritti sociali costituzionalmente rilevanti consiste, dunque, nella necessità di individuare e far emergere nella motivazione provvedimentale in modo analitico[55] l'interesse di volta in volta prevalente nel caso di specie, sulla base – per quanto di rilievo ai fini del presente lavoro – di dati scientifici contraddistinti per quanto possibile dal maggior grado di certezza tecnica[56], e nel principio di proporzionalità[57]. Del resto, anche il Consiglio di

scolastici presenti nel territorio comunale costituiscano volàno di diffusione epidemica al punto di giustificare il ricorso alla *radicale misura adottata dell'azzeramento di tutte le attività didattiche in presenza*, in deroga alla puntuale e completa disciplina dettata con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e dagli altri atti e provvedimenti assunti *a livello di governo nazionale*» (corsivo mio nella citazione); T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 18 dicembre 2020, n. 2077, in *ivi*, secondo cui è illegittima l'ordinanza sindacale contingibile e urgente con la quale è stata disposta la sospensione delle attività didattiche delle scuole dell'infanzia, delle primarie e delle secondarie di primo grado, sia pubbliche che private, nel caso in cui non siano stati riscontrati focolai di infezione negli istituti scolastici con sede nel territorio del Comune, né un'incidenza del contagio nella popolazione locale, o un incremento dello stesso, maggiore della media nazionale; T.A.R. Calabria, Catanzaro, n. 120/2021, in *ivi*, che ha dichiarato illegittime le ordinanze sindacali con cui era stata sospesa nel Comune di Paola la didattica in presenza, in quanto nei provvedimenti impugnati – tra l'altro – era stato trascurato «il fenomeno, presente soprattutto nel Mezzogiorno d'Italia, del cd. divario digitale» e non era stata verificata «la effettiva possibilità per tutti gli alunni di accedere pienamente a modalità didattiche "a distanza" sostitutive della presenza in aula». In termini identici, T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 18 gennaio 2021, n. 100, in *ivi*.

[53] Di «tirannia dei valori», ovverosia di quel rapporto per cui «il valore superiore ha il diritto e il dovere di sottomettere a sé il valore inferiore, e il valore in quanto tale annienta giustamente il non valore in quanto tale», parla C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* (1960), trad. it., Milano, 2008, p. 60.

[54] Corte cost. n. 85/2013, in *www.cortecostituzionale.it*. Sul punto, P. FORTE, *Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea*, in *L'ircocervo*, 1, 2021, pp. 128-129, secondo cui «le situazioni di emergenza, e certamente quelle gravi al punto da incidere su alcuni diritti o alcune libertà fondamentali, in un ambiente costituzionale come quello italiano che ne contempla di numerosi, sono abbastanza chiaramente orientate a salvaguardare *altri* diritti o *altre* libertà fondamentali; con la conseguenza che con la decisione di emergenza contemporanea non di "togliere" diritti si tratta, ma di curarsene, giacché abbiamo imparato a comprendere che "fondamentale" non significa né "unico", né "assoluto", come le tante necessità di *bilanciamento* ci hanno insegnato». Anche secondo L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2021, p. 44, «l'emergenza non è una condizione giuridica particolare nella quale i diritti possono essere compressi per la salvezza dello Stato, della Nazione, dell'ordinamento. Ciò mi sembra incompatibile con la struttura della Costituzione e con la sua descrizione dell'appartenere e manifestarsi della sovranità. Piuttosto, l'emergenza è funzionale al permanere e garantirsi dei diritti fondamentali nella loro dimensione essenziale – e se non lo è, diviene rottura costituzionale». Sul punto, tra i più recenti contributi pubblicati, anche B. RAGANELLI, *Stato di emergenza e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2020, p. 35; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 1, 2020; C. ACOCELLA, *L'epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, p. 463.

[55] G. IUDICA, *Profili ricostruttivi e differenziali della motivazione «rafforzata» e «analitica»*, in *Foro amm.*, 6, 2020, 1313.

[56] A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *Federalismi.it*, 1, 2020, che si sofferma sul rapporto tra scienza e diritto nella gestione del rischio legato all'emergenza pandemica e collaborazione pubblico-privato nei processi di *risk management*. Sulle valutazioni tecniche poste a fondamento di decisioni discrezionali, sia consentito rinviare a F. BORRIELLO, *Judicial review of administrative decisions based on complex technical evaluations. A comparative study between Italy and the United States*, in *Federalismi.it*, 12, 2021, p. 1.

ISSN 2036-7821

Stato, sia pure con l'interinalità propria della tutela cautelare monocratica, ha avuto modo di osservare che la rilevanza costituzionalmente garantita del diritto alla istruzione e l'importanza del contesto di socialità specialmente per gli alunni più giovani implicano che i provvedimenti di chiusura delle scuole o di sospensione delle attività didattiche in presenza debbano essere motivati con dati scientifici evidenzianti il collegamento tra focolai attivi sul territorio e impatto dell'attività scolastica in presenza[58]. La scarsa cura nello svolgimento dell'istruttoria per la predisposizione delle ordinanze *de quibus* ha peraltro contribuito a realizzare continui cambi di equilibrio tra la prevalenza della salute e dell'istruzione, ingenerando a volte un senso di incertezza nei cittadini e la percezione di una grande perplessità in ordine alla corretta attribuzione delle competenze tra i diversi livelli di governo del territorio.

2.3. Organizzazione dei servizi e fruizione delle prestazioni nell'istruzione. L'autorefezione scolastica alla prova del Covid-19.

L'emergenza sanitaria in atto nel nostro Paese ha imposto non soltanto una rimeditazione complessiva delle modalità di accesso agli istituti scolastici ma anche una diversa organizzazione e fruizione delle relative prestazioni, come il servizio di refezione scolastica[59]. Infatti, nel novero delle misure di contrasto alla diffusione del coronavirus in ambiente scolastico, numerose Amministrazioni[60] hanno negato alle famiglie la possibilità di continuare ad esercitare il diritto di non aderire al servizio di ristorazione collettiva fornito dal Comune a titolo oneroso in favore degli alunni e di optare per la cd. autorefezione, ossia la possibilità di far consumare ai minori cibi di

[57] La letteratura sul principio di proporzionalità è praticamente sterminata. Sia consentito rinviare, tra i più recenti, a D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, relazione al Convegno dal titolo "*Itinerari della Giustizia amministrativa e del suo giudice. Per i 130 anni dall'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato*", svoltosi a Roma in data 20 novembre 2019, presso la sede del Consiglio di Stato, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020; F. BORRIELLO, *Principle of proportionality and the principle of reasonableness*, in *Review of european administrative law*, 2, 2020, p. 155, e alla dottrina ivi dettagliatamente riportata.

[58] Cons. Stato, Sez. III, decreto 11 gennaio 2021, n. 18, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[59] Sulla refezione scolastica come servizio pubblico, S. MIRATE, *La tutela del cittadino utente consumatore; profili pubblicistici*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2020, p. 40, nt. 40, la quale cita «come esempio settoriale in cui un ruolo riservato all'Amministrazione Pubblica che non sia esclusivamente condizionato dalle logiche di mercato può ravvisarsi con riferimento ai servizi di refezione scolastica, ove il passaggio da un'erogazione pubblica del servizio, che contemplava anche forme di partecipazione e di contributo operativo dei genitori e più in generale della collettività degli utenti, a forme di esternalizzazione della gestione a soggetti privati ha finito per ridimensionare le garanzie degli utenti, spesso esclusi dal processo produttivo improntato principalmente a logiche economiche e di mercato»; G. MONTEDORO, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1, 2005, p. 75; S. BACCARINI, *La giurisdizione esclusiva e il nuovo riparto*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2003, p. 365, nt. 39. Sulla refezione scolastica come espressione di esercizio di funzioni di istruzione pubblica, G. MILO, *La potestà amministrativa riservata ai comuni di conformare i beni giuridici che trovano la propria materialità nel territorio comunale*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 6, 2019, p. 531, nt. 44; S. PARLATO, *Metodologia di stima e determinazione dei fabbisogni standard nei Comuni*, in *Lavoro nelle p.a.*, 1, 2013, p. 117.

[60] Tra le autorità competenti all'organizzazione del servizio mensa, oltre al Comune, deve annoverarsi lo stesso Istituto scolastico, che deve dettare misure organizzative riferite anche al servizio mensa.

ISSN 2036-7821

preparazione domestica in ambito scolastico[61]. In proposito, la giurisprudenza ha affrontato la questione della qualificazione della natura giuridica[62] dell'autorefezione individuale, questione che si riflette direttamente sull'assetto organizzativo del servizio, in relazione al regime di tutela azionabile nell'ambito del rapporto tra diritti sociali e libertà fondamentali[63].

Sul punto, la Corte di Cassazione ha affermato l'insussistenza di un diritto soggettivo perfetto e incondizionato all'autorefezione individuale nell'orario della mensa e nei locali scolastici, esprimendo perplessità circa la qualificazione dell'autorefezione quale diritto di libertà avente copertura costituzionale. Infatti, secondo la Suprema Corte, la qualificazione della situazione giuridica soggettiva quale interesse legittimo non è incompatibile con la rilevanza costituzionale dei beni giuridici coinvolti nell'esercizio del pubblico potere; il che si manifesta proprio con riferimento ai diritti sociali, categoria richiamata dalla Cassazione in materia di autorefezione scolastica, per cui si stabilisce che «non di libertà (personale) si tratta, ma di un diritto sociale (all'istruzione), evidentemente condizionato e dipendente dalle scelte organizzative rimesse alle singole istituzioni scolastiche, sulle quali i beneficiari del servizio pubblico possono influire nell'ambito del procedimento amministrativo, in attuazione dei principi di buon andamento dell'amministrazione pubblica, di cui all'art. 97 Cost., e con i consueti strumenti a tutela della legittimità dell'azione amministrativa»[64].

D'altra parte, il Consiglio di Stato ha ritenuto che tale questione «va più modestamente e concretamente contenuta entro profili organizzativi»[65], per cui si rimette all'Amministrazione «la verifica da parte della struttura scolastica della possibilità di assicurare l'autorefezione con modalità tali da assicurare la tutela della salute di tutti gli alunni»[66]. Tali provvedimenti, con cui viene concessa o meno la possibilità per gli alunni di consumare il pasto domestico, implicano la spendita di un potere discrezionale riferito all'organizzazione del servizio scolastico, in particolare del

---

[61] A. IEVOLELLA, *Scuola: sì al panino portato da casa in sala mensa*, in *Diritto & Giustizia*, 4, 2020, p. 10; S. MASINI, *Prescrizioni dietetiche e responsabilità del biologo (nutrizionista)*, in *Cassazione Penale*, 4, 2020, p. 1779, nt. 29; M. KATIA, *Cibo portato da casa e consumato nei locali adibiti a mensa scolastica: la decisione spetta alle Sezioni Unite*, in *Diritto & Giustizia*, 47, 2019, p. 6; A. OLIVA, *Diritto all'autorefezione nei locali scolastici durante l'orario della mensa. Nota a T.A.R. Roma, 13 dicembre 2019, n. 14368, sez. III*, in *Ilfamiliarista.it*, Giuffrè, 2020; A. OLIVA, *Inesistenza di un diritto soggettivo incondizionato a consumare cibo propri a scuola durante l'orario della mensa. Nota a Cassazione civile, 30 luglio 2019, n. 20504, sez. un.*, in *Ilfamiliarista.it*, Giuffrè, 2019.

[62] In ogni caso, vertendosi in materia di situazioni giuridiche soggettive relative alla tutela della persona, sia pure nell'ambito dell'organizzazione di un pubblico servizio, assume rilievo preminente la natura non patrimoniale (per contenuto e funzione) della posizione dedotta in giudizio.

[63] Cass. civ., SS.UU., 30 luglio 2019, n. 20504, in *Giustizia Civile Massimario 2019*; Cass. civ., Sez. I, 11 marzo 2019, n. 6972; Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2021, n. 2851, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. VI, 2 dicembre 2020, n. 7640, in *ivi*; Cons. St., Sez. VI, 5 ottobre 2020, n. 5839, in *ivi*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 13 dicembre 2019, n. 14368, in *ivi*; T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 19 settembre 2019, n. 722, in *Foro amministrativo (II)*, 2019, 9, 1519.

[64] Cass., SS.UU., n. 20504/2019.

[65] Cons. St., Sez. VI, ordinanza n. 538/2020, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[66] *Ibidem*.

ISSN 2036-7821

servizio mensa. Essi sono idonei ad incidere sulla sfera giuridica non soltanto degli alunni ma anche dei relativi genitori, parimenti coinvolti nell'esercizio del potere organizzatorio del servizio scolastico[67]. Secondo il Consiglio di Stato, dunque, si tratta di una posizione di interesse legittimo che, necessariamente, deve trovare il suo assetto all'interno del procedimento amministrativo, con gli ordinari strumenti di tutela ivi predisposti[68]. Del resto, la qualificazione della situazione giuridica soggettiva (autorefezione individuale) quale interesse legittimo non determina alcuna limitazione della tutela giurisdizionale – comunque connotata dalla pienezza e dall'effettività ex art. 1 c.p.a. – ma subordina la realizzazione della pretesa sostanziale fatta valere dagli interessati all'intermediazione del pubblico potere, potendo essere conseguito il bene della vita agognato dai privati sul piano sostanziale soltanto attraverso l'assunzione di una decisione amministrativa che tenga conto e bilanci tutti gli interessi incisi dall'azione provvedimentale.

Sul punto, il Consiglio di Stato[69] ha affermato che l'autorefezione scolastica, quale esplicazione della scelta alimentare tutelata dagli articoli 2 e 32 Cost., deve avere pari dignità rispetto a qualsiasi altra scelta clinica, etica o religiosa, specie in presenza di un rischio per la salute psicologica del minore. In particolare, l'autorefezione non comporta necessariamente una modalità solitaria di consumazione del pasto in tempo di pandemia, dovendosi – per quanto possibile – garantire, da parte dell'Amministrazione scolastica, la consumazione dei pasti degli studenti in un tempo condiviso che favorisca la loro socializzazione. Compete, infatti, all'amministrazione scolastica ed a quella comunale adottare una corretta organizzazione per la gestione dei rischi.

Proprio il rapporto tra diritti sociali e libertà fondamentali, relativamente all'autorefezione scolastica, è stato di recente approfondito dal Consiglio di Stato, secondo cui «i diritti sociali a differenza dei diritti di libertà, traducendosi nella pretesa di una prestazione pubblica, necessitano, a seconda del grado di impatto sugli interessi pubblici potenzialmente antagonisti e in considerazione della scarsità delle risorse economiche e materiali disponibili, di una mediazione amministrativa. Una volta che il potere è stato attribuito, è al corretto esercizio di questo che deve aversi riguardo per fornire piena tutela al titolare dell'interesse sostanziale (e in ciò risiede l'essenza dell'interesse legittimo), senza che possa darsi ultroneo rilievo alla natura "fondamentale" o "sociale" della situazione giuridica»[70]. In tali ipotesi – quando cioè la prestazione pubblica è necessaria per consentire la realizzazione della pretesa sostanziale vantata dal privato, avente ad oggetto beni costituzionalmente garantiti –

[67] Cons. St., Sez. VI, 30 novembre 2020, n. 6926, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[68] Cons. St., Sez. VI, 5 ottobre 2020, n. 5839, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[69] Cons. St., Sez. VI, ordinanza 10 aprile 2020, n. 1884, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. VI, ordinanza 24 gennaio 2020 n. 298, in *ivi*; Cons. St., Sez. VI, ordinanza 20 dicembre 2019, n. 6368, in *ivi*.

[70] Cons. St., Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

l'Amministrazione è chiamata ad operare un equilibrato e ragionevole bilanciamento degli interessi concretamente rilevanti. Innanzitutto, l'Amministrazione dovrà valutare se sia possibile una coesistenza dell'interesse privato con l'interesse pubblico primario perseguito; in subordine, dovrà provvedere all'assunzione di decisioni limitative dell'altrui sfera giuridica soltanto ove rispettose del principio di proporzionalità. Pertanto, la scelta in concreto adottata dovrà essere idonea a conseguire l'obiettivo perseguito, non determinare un eccessivo sacrificio per gli interessi privati attinti – dovendosene salvaguardare il nucleo fondamentale, specie qualora si faccia questione di diritti sociali – e, comunque, necessaria[71]. Con particolare riferimento al servizio mensa, dunque, l'Amministrazione è tenuta, previo contraddittorio infraprocedimentale con i soggetti coinvolti nell'esercizio del pubblico potere e all'esito di un corretto e ragionevole bilanciamento dei contrapposti interessi, rispettoso del principio di proporzionalità, a valutare la possibilità di garantire l'autorefezione scolastica, adottando le opportune misure organizzative.

3. Il post emergenza. Verso un ripensamento dei canoni di efficienza ed efficacia per il superamento delle fratture territoriali ed una maggiore coesione nella riorganizzazione dei servizi e delle prestazioni dei diritti sociali.

Il post emergenza dovrà essere caratterizzato da un ripensamento dei canoni di efficienza ed efficacia per una migliore coesione territoriale nella riorganizzazione dei servizi e delle prestazioni dei diritti sociali.

Con particolare riferimento alla sanità, la regione d'Italia generalmente considerata il motore economico del Paese, la Lombardia, sembrava aver costruito negli anni – forte anche di notevoli disponibilità economiche[72] – una sanità di eccellenza, che tuttavia si è dimostrata non efficiente alla prova della pandemia. Tali inefficienze non sono state generate [soltanto] dalla gravissima emergenza pandemica ma piuttosto sembrano riconducibili ad almeno due fattori connessi al ruolo della sanità privata che in alcuni casi ha una valenza centrale[73]. Il primo fattore consiste nelle modalità di gestione della privatizzazione[74], ovvero nella previsione di un'organizzazione della sanità pubblica

[71] Sul principio di proporzionalità quale canone dell'azione amministrativa e standard di sindacato giurisdizionale specificamente nell'emergenza sanitaria, F. PATRONI GRIFFI, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, 2021, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Come è stato autorevolmente rilevato, con l'espandersi dei poteri pubblici emergenziali, il giudice amministrativo assume un ruolo di tutela dei diritti e degli interessi in gioco, esponendolo alla necessità di effettuare egli stesso quel bilanciamento che non è compiutamente effettuato nella norma, così che l'esame delle decisioni giudiziarie di questo periodo emergenziale «denota similitudine di temi e affinità delle tecniche di sindacato sull'uso dei poteri emergenziali, fondate sui canoni di ragionevolezza e proporzionalità» (pp. 4-5).

[72] La spesa pubblica per la sanità in Lombardia vale 18mld di euro l'anno, ovverosia il 75% del bilancio regionale.

[73] Cfr. P. BRIGUORI, Relazione per la Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2020, Procura Generale, Roma, 13 febbraio 2020, in *www.corteconti.it*, p. 44 ss.

[74] O. MAZZOTTA, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2003, p. 471, il quale evidenzia come la privatizzazione del settore sanitario sia stata costantemente onerata del difficile compito di «mantenere in

ISSN 2036-7821

sempre più… privata[75]; il secondo fattore è quello della riduzione dei servizi sanitari di base.

In particolare, quanto al primo fattore, la pandemia ha evidenziato non tanto la necessità di stringere un più intenso rapporto organizzativo tra pubblico e privato, già fortissimo, ma soprattutto l'opportunità di operare un ripensamento delle caratteristiche di tale rapporto. Se è vero che, come è stato riconosciuto dalla giurisprudenza, anche gli operatori privati devono ritenersi «impegnati, insieme alle strutture pubbliche, a garantire l'essenziale interesse pubblico alla corretta ed appropriata fornitura del primario servizio della salute»[76], allora il privato che operi «nell'ambito della sanità pubblica deve accettare i limiti in cui la stessa è costretta, dovendo comunque e in primo luogo assicurare, pur in presenza di restrizioni finanziarie, beni costituzionali di superiore valore quale i livelli essenziali relativi al diritto alla salute»[77]. È bene precisare che non si intende qui mettere in discussione l'importanza dell'apporto del settore privato nella sanità[78] ma evidenziare come in

---

equilibrio le esigenze pubbliche, connesse alla valorizzazione e protezione del diritto alla salute, con le regole efficientistiche, che devono governare la con- creta gestione del servizio sanitario». Analogamente, F. SAITTA, *L'organizzazione della salute: uno sguardo al (recente) passato per costruire il futuro*, in *Munus*, 2015, p. 366 e ss., ritiene che il regime giuridico del SSN non possa essere ispirato a criteri di totale privatizzazione, essendo troppo rilevante ed essenziale il servizio reso e non potendo subordinarsi a principi totalmente privatistici la funzione di tutela della salute pubblica. Ancora F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2016, p. 549, sottolinea come l'aziendalizzazione delle u.s.l. «abbia comportato problemi ben maggiori di quelli posti da una qualsiasi altra privatizzazione di strutture o soggetti pubblici, tanto da indurre a ritenere che il modello dell'azienda sanitaria sia, in sostanza, un modello atipico non raffrontabile con altre forme di azienda: si tratta, infatti, di un soggetto pubblico che, in forza dell'autonomia imprenditoriale, utilizza gli strumenti privatistici al fine di assicurare la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse primario della collettività». Sul punto, anche M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012; G. PASTORI, *Pubblico e privato nella sanità e nell'assistenza*, in *Sanità pubblica*, 2002, p. 1281.

[75] In Lombardia sono attualmente presenti oltre 200 ospedali pubblici e privati accreditati e 30 Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS), di cui 5 Pubblici e 25 Privati. La maggior parte delle prestazioni sanitarie è erogata in regime di servizio pubblico, mentre oltre il 33% dei posti letto si trova in ospedali privati (tale dato comprende anche i posti letto di riabilitazione). La percentuale di posti letto per acuti negli ospedali privati è il 25%.

[76] Cons. St., Sez. III, 28 ottobre 2020, n. 6569, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[77] Cons. St., Sez. III, 27 dicembre 2019, n. 8879, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[78] In proposito, si consideri la segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 23 marzo 2021 inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri, secondo cui nel settore sanitario, l'apertura alla concorrenza deve essere perseguita come strumento che, incentivando la libera scelta di medici, assistiti e terzo pagante, consente l'allocazione efficiente delle risorse, sia sotto il profilo dell'efficacia delle prestazioni sanitarie che sotto quello del rispetto del vincolo di spesa. Una più intensa integrazione tra pubblico e privato può, nella prospettiva dell'Antitrust, consentire di soddisfare meglio la crescente richiesta di assistenza e di protezione dei cittadini, senza tagli alla spesa sanitaria. Al fine di realizzare tale obiettivo, il Garante propone al Governo di: 1. modificare l'art. 8-ter, comma 3, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, prevedendo che l'accesso dei privati all'esercizio di attività sanitarie non convenzionate con il SSN sia svincolato dalla verifica del fabbisogno regionale di servizi sanitari; 2. modificare gli artt. 8-quater e ss. del d.lgs. 30 dicembre, n. 502, al fine di riformare il sistema di accreditamento al SSN di strutture private eliminando il regime di accreditamento provvisorio; 3. a garanzia di un accesso equo e non discriminatorio degli operatori privati al circuito del SSN, inserire nell'art. 8-quinquies del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 una norma che preveda selezioni periodiche regionali, adeguatamente pubblicizzate, che facciano seguito a verifiche sistematiche degli operatori già convenzionati ed alla conseguente eventuale razionalizzazione della rete in

ISSN 2036-7821

questo ambito così delicato non possano trovare applicazione una completa liberalizzazione[79] e una semplificazione nell'erogazione delle prestazioni sanitarie tali da escludere per lo Stato l'esercizio di un potere di controllo anche molto penetrante in ordine alla qualità dei servizi sanitari offerti dai privati. Pertanto, nel post pandemia si renderà necessario prevedere un più rigoroso modello di accreditamento e convenzionamento degli operatori privati[80], istituendo un sistema di controlli, sia preventivi che successivi all'accreditamento, ben più pregnante di quello attualmente disciplinato dalla legge, con la finalità di verificare non soltanto il possesso dei requisiti normativamente richiesti ma soprattutto il rispetto di standard qualitativi (oltre che quantitativi) adeguati ai livelli essenziali delle prestazioni sanitarie erogate[81]. Bisognerà quindi sviluppare sistemi omogenei di valutazione della qualità, promuovendone un miglioramento continuo.

Quanto al secondo fattore, nel post emergenza sarà necessario in primo luogo riassegnare il giusto peso alle prestazioni sanitarie di base, assicurando i livelli minimi assistenziali in modo uniforme su tutto il territorio nazionale. Appare del tutto irragionevole, infatti, garantire all'utenza punte di eccellenza nelle prestazioni specialistiche, trascurando l'importanza dei servizi e delle prestazioni di base.

---

convenzionamento; 4. incrementare l'informazione disponibile sulle performance delle strutture pubbliche e private, in termini di efficienza gestionale e di qualità del servizio, al fine di orientare la domanda verso le strutture più e efficienti.

[79] U. FANTIGROSSI, *PNRR e riforma dei servizi pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021, 1, ha evidenziato che «la pandemia prodotta dal Covid 19 ha rimesso al centro dell'attenzione il ruolo dello Stato, essendo evidente anche ai più estremi sostenitori del mercato che senza la rete di protezione del pubblico non c'è via di uscita dall'emergenza pandemica e dalla crisi economica che ne è derivata».

[80] Sull'accreditamento delle strutture private, G. CERESETTI, *Spending review, accreditamento sanitario e proposta di legge n. 4269 del 2011: una riforma possibile?*, in *Foro amm. TAR*, 9, 2012, p. 2987; F. MAINO, *La regolamentazione all'accesso al Servizio sanitario nazionale: autorizzazione, accreditamento ed accordi contrattuali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 5, 2000, p. 912; G. NAIMO, *L'accreditamento e la stipula del contratto in materia di servizi sanitari: quale strada per arrivare dall'uno all'altro?*, in *Federalismi.it*, 16, 2008; A. ONETO, *Dall'accreditamento istituzionale all'accreditamento definitivo?*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 5, 2007, p. 26; ID., *Problemi transitori riguardanti la normativa in materia di autorizzazione ed accreditamento delle strutture sanitarie private*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 7/8, 2003, p. 829.

[81] Sul punto, U. FANTIGROSSI, *op. cit.*, pp. 3-4, secondo cui «trattandosi di prestazioni che soddisfano esigenze primarie ed essenziali, (…) rispetto alle quali la veste del cittadino non è soltanto quella del semplice fruitore-cliente, ma anche e soprattutto del titolare di un diritto civico alla partecipazione. Partecipazione da attuarsi sia nella fase della programmazione del servizio, quindi della conformazione dell'attività alla miglior rispondenza agli interessi generali, sia in quella dei controlli. Su questo fronte non siamo all'anno zero, ma poco ci manca. Se pensiamo, ad esempio, proprio al Servizio sanitario nazionale, appaiono lontani i tempi i cui la legge istitutiva, la n. 833 del 1978, proclamava, all'art. 1, che l'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle Regioni e agli enti locali, garantendo la partecipazione dei cittadini, prevedendo, all'art. 11, che i piani sanitari regionali fossero predisposti previa consultazione degli enti locali, delle università, delle organizzazioni maggiormente rappresentative delle forze sociali e degli operatori della sanità. Da quegli anni ad oggi si è andati nella direzione contraria: il solo verbo è stato quello dell'aziendalizzazione spinta e con la pretesa di eliminare la politica dalla sanità pubblica la si è, di fatto, rafforzata, escludendo totalmente la società civile dalle funzioni di controllo ed indirizzo». Nel post emergenza saranno dunque necessarie «regole nuove che devono avere come obiettivo non la mera legittimità formale ma la sostanziale rispondenza degli assetti organizzativi e delle modalità concrete di erogazione agli interessi della collettività».

ISSN 2036-7821

L'originario art. 117 Cost. attribuiva la materia "assistenza sanitaria ed ospedaliera" alla competenza legislativa concorrente delle Regioni a statuto ordinario. A seguito della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, la materia della salute include anche i profili organizzativi e gestionali della sanità regionale e, quindi, nell'attuale sistema spetta allo Stato determinare i principi fondamentali e alle Regioni fissare la disciplina di dettaglio. Lo Stato deve dunque garantire mediante la cd. clausola di "uniformità" la determinazione dei livelli essenziali di assistenza delle prestazioni[82], di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), ed è titolare del potere sostitutivo ex art. 120, comma 2, Cost. La pandemia da Covid-19 ha messo a nudo la mancanza di uniformità nell'erogazione delle prestazioni assistenziali da parte delle varie Regioni del Paese impegnate a far fronte all'emergenza in atto. Inoltre, come riconosciuto anche nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (d'ora in avanti, PNRR)[83], la crisi pandemica ha evidenziato chiaramente significative disparità territoriali nell'erogazione dei servizi, in particolare in termini di prevenzione e assistenza sul territorio, ed un'inadeguata integrazione tra servizi ospedalieri, servizi territoriali e servizi sociali. E tuttavia si ritiene che uniformità nell'individuazione dei LEA delle prestazioni sanitarie e regionalismo differenziato in materia di sanità[84] non debbano rappresentare un ossimoro ma anzi il regionalismo differenziato può costituire proprio lo strumento per raggiungere l'obiettivo dell'uniformità delle prestazioni in materia sanitaria[85].

Al fine di elidere le fratture territoriali, nel post emergenza sarà necessario individuare standard organizzativi uniformi a livello nazionale, iniziando da una riforma a livello regionale di una vasta gamma di servizi sanitari che spaziano dall'assistenza primaria, ai consultori familiari, all'area della salute mentale, garantendo allo stesso tempo le specificità e le esigenze assistenziali di ogni area del Paese. Per realizzare tale ambizioso obiettivo, quanto alle riforme afferenti all'organizzazione del SSN per implementare il diritto alla salute, il PNRR si propone di: (1) potenziare i servizi assistenziali territoriali in modo da consentire un'effettiva esigibilità dei LEA da parte di tutti gli assistiti, al fine di superare la frammentazione e il divario strutturale tra i diversi sistemi sanitari regionali e puntando ad un SSR più integrato; (2) attuare un nuovo assetto organizzativo ed istituzionale delle reti di prossimità, strutture e telemedicina[86] per l'assistenza sanitaria territoriale e rete nazionale della salute, che

[82] Cons. St., Sez. III, 28 giugno 2021, n. 4900, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[83] PNRR, Missione 6 Salute, p. 222. Sul PNRR, S. STAIANO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *Federalismi.it*, 14, 2021.

[84] R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2019; C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: una differenziazione solidale?*, in *Federalismi*, 7, 2018, p. 318, in particolare pp. 327-328 sul regionalismo differenziato in materia sanitaria.

[85] AA.VV., *Diseguaglianze territoriali insostenibili e doveri perequativi inderogabili*, in *www.aipda.it*, 2021.

[86] F. GORI, P.G. MACRÌ, S. TURCO, E. TURILLAZZI, *Telemedicina: da emergenza a nuova normalità. Riflessioni medico-legali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2021, p. 699, i quali evidenziano l'importanza e lo sviluppo della telemedicina durante la pandemia da Covid-19. Gli Autori rilevano l'assenza nel contesto legislativo europeo di una regolamentazione unitaria dei servizi sanitari erogati mediante la telemedicina e, dunque, l'opportunità di

ISSN 2036-7821

consenta al Paese di conseguire standard qualitativi di cura adeguati e che consideri il SSN come parte di un più ampio sistema di welfare comunitario; (3) definire nuovi standard organizzativi omogenei per l'assistenza territoriale e l'identificazione delle strutture ad essa deputate (secondo un apposito decreto ministeriale da adottarsi entro il 2021); (4) riorganizzare i servizi sanitari offerti sul territorio, rafforzando la capacità del SSN di fornire servizi territoriali e migliorandone la qualità, attraverso la realizzazione delle Case della Comunità, una struttura fisica in cui i servizi sociali e assistenziali rivolti prioritariamente agli anziani e alle persone fragili saranno organizzati a seconda della comunità specifica; (5) riorganizzare la rete degli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS), provvedendo ad una revisione della *governance* attraverso un miglioramento della gestione strategica ed una più efficace definizione delle aree di competenza degli istituti a seconda delle attività[87].

Con riferimento all'istruzione, nel post pandemia dovranno essere ulteriormente valorizzati – e non messi interamente da parte – gli strumenti che hanno consentito il rispetto dei livelli minimi delle prestazioni durante l'emergenza. A titolo esemplificativo, l'erogazione della didattica a distanza non deve essere confinata unicamente a situazioni a carattere emergenziale ma può essere considerata un'opportunità per la fruizione dei servizi legati all'istruzione ed alla formazione in particolari condizioni, comunque utilizzata nel rispetto del principio di ragionevolezza, proporzionalità e sussidiarietà. Se tanto è vero, nel post emergenza sarà innanzitutto necessario superare le problematiche applicative legate all'uso della telematica nell'erogazione delle prestazioni nel campo dell'istruzione, tra cui certamente rientra il divario digitale[88] che si registra in alcune aree del Paese. Sotto tale profilo, è da accogliere con favore la previsione nel PNRR di ingenti investimenti per la digitalizzazione scolastica e sanitaria.

provvedere ad individuare nuovi schemi normativi, necessari per una sanità sempre più caratterizzata da digitalizzazione e dematerializzazione.

[87] F. FERRARA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra Irccs e Aziende sanitarie per la gestione dei servizi ospedalieri*, in *Foro amm. CDS*, 5, 2007, p. 1637.

[88] Tra i più recenti, N. LUPO, *Lo «Stato digitale» il Parlamento e la sfida della digitalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2021, p. 501; P. FALLETTA, *Lo «Stato digitale» la trasparenza amministrativa in rete: le nuove piattaforme digitali per la diffusione di contenuti informativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2021, p. 559.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Health services after COVID-19 emergency: toward a multilevel system?

di Mariaconcetta D'Arienzo

(Professore Associato di Diritto Amministrativo presso Università degli Studi di Napoli "Parthenope")

e Sara Pugliese

(Professore Associato di Diritto dell'Unione europea presso Università degli Studi di Napoli "Parthenope" "Parthenope")

Sommario

1. Introduction; Part I. The Italian public health system put to the test by the Covid-19 emergency: present problems and future perspectives. I.1. Actors and competences in health sector management: an introduction; I.2 Problems concerning competence-sharing in the public health sector; I.3. Supranational dimensions of the right to health: reflections on the promotion of inter-institutional governance and European solidarity - Part II. Administrative multilevel networks after the Covid-19 emergency: from joint procurement procedures to Advanced Purchase Agreements: II.2 Procurement procedures directly managed by the European Commission on behalf of the Member States II.3 Joint Procurement Procedures and Advanced Purchase Agreements during the Covid-19 emergency as a means of speediness, safety, and effectiveness objectives; 3. Conclusions.

Abstract

The paper aims to analyze how the administrative organization has affected the retention of the guarantee levels of social rights (i.e., health, education and local social services) following the impact of coronavirus on the various systems. In particular, the analysis aims to understand how the organizational structures deriving from different balances (public/private; center/periphery; entity of the cost/minimum levels of services; quality "excellence" in the service/quantitative enlargement of the service) have impacted on some section of the population, affecting freedoms in general. The analysis will draw useful information for the post-emergency which must be based on a new interpretation of the principles of efficiency and effectiveness to understand the space of social and territorial cohesion in the reorganization of services and to make this reorganization structurally efficient in relation to rights and freedoms.

ISSN 2036-7821

1. *Introduction.*

In the last decades, both the idea and the management of public services have been the object of a relevant evolution in all the EU Member States, searching for the right balance between the necessity to answer to the citizens' needs offering them high quality and low-cost performances and the exigency to reduce the wastes and over-costs generated by an organization scarcely oriented to a managerial perspective and often permeated by political interest.

Due to its strict interconnection with fundamental rights and with issues related to public order and community well-being, public health is a significant example of the reform process of public services. Particularly in Italy, in the last three decades, several normative interventions have been adopted aimed to increase service effectiveness and efficiency while safeguarding the universal and accessible nature that is the distinctive character of the Italian Public Health Service. After the reform of Title V, Part II of Constitution (Const.), Regions acquired relevant competencies and autonomy in the organization of health services, with the effect of a progressive differentiation (and fragmentation) of the organization and management models, only partially reduced by the Central Government interventions aimed to assure service uniformity and coherence on the whole national territory.

Nevertheless, starting from the 2007 economic crisis, budget austerity and reduction of sovereign debt caused significant cutting in the public health investments and stimulated the involvement of private operators in providing a health service, with costs growing for citizens and weakening of the controls on quality.

The Covid-19 emergency outbreak showed all the limits of the austerity, fragmentation, and the necessity to better define the private operators' role and margin of manoeuvre. At the same time, it put in evidence the necessity of rethinking the role of the European Union (EU) in the health sector, limited until now essentially to complete the Member States' action.

During the sanitary emergency, the EU played a relevant role not only in providing financial funds, but also in assuming a coordination role in the supply of medical devices, medicines, and vaccines. To assure concrete support to the Member States, exhausted by the pressure on the domestic health systems and the economic crisis determined by the prolonged lockdown, it resorted to instruments such as joint procurement, able to overcome the differences between the national administrative systems and procedures to assure effectiveness, equity, accessibility, and continuity in the supply of the goods necessary to face the pandemic.

The present contribution aims to assess, in a multidisciplinary perspective, the concrete effectiveness of service provision multilevel models, taking as a case study the Italian health service. Analyzing the process of decentralization, managerialization, and privatization of the Italian System, the study first highlights the system's strengths and limits and the lacks and critical issues encountered by the

ISSN 2036-7821

Italian Health System in facing the emergency. Secondly, the analysis focuses on the instruments elaborated by the EU to overcome the differentiation and limits of the national health system, verifying the effectiveness of the joint procurement procedures in assuring availability and accessibility to medical goods.

Part I
The Italian public health system put to the test by the Covid-19 emergency: present problems and future perspectives

I.1 Actors and competences in health sector management: an introduction
Public health organization aims to satisfy and protect the individual rights of the public service users. For a long time, it has been the object of an institutional debate concerning the future of the Italian Health Service (SSN) and the reforms which are necessary to its survival.
Recently, it acquired new lifeblood from the reform project of Title V, II Part, Const., aiming to redefine the competence framework between Central Government and the Regions in the sector of 'Health protection' and 'Health Governance' delineated by Constitutional Law n. 3/2001[1] and not fully defined yet.
Indeed, there are several problems concerning the concrete application of Article 32 Const. protecting the right to health as a fundamental individual right and collective interest. These problems come from the overlapping of 'health protection' competence attributed to the Regions by Art. 117, §3, Const., and the competences attributed to the Central Government by Art. 117, § 2, Const.
As a consequence, the centralization at the national level of legislation and execution is a source of conflicts in sectors as, for example, health assistance, the establishment of service essential levels concerning civil, and social rights to be assured on the whole national territory. Conflicts arise also in the sectors where the Central Government limits itself to establish rules and essential criteria which Regions have to respect in the organization of Regional Sanitary Systems (SSR) and the adoption of detailed legislation to assure service uniformity on the whole national territory.
For a long time, the relationship between the Central Government and the Regions has been rather strained due to the difficulty to conciliate expense saving, health

* Mariaconcetta D'Arienzo edited Part I, Sara Pugliese edited Part II. Introduction and Conclusions are the result of common reflections.

[1] On the framework of the competence relationship among Central Government, Regions, and local authorities in the public health sector after Constitutional Law 3/2001, see *La riforma del rapporto Regione-istituzioni locali, Gli strumenti di raccordo alla luce dei nuovi indirizzi costituzionali*, eds. A. PIRAINO - F. TERESI, Soveria Mannelli 2004; *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, eds. L. CHIEFFI - G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino 2004; F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale italiano tra riforme da attuare e riforme da completare*, Torino 2003; C. BOTTARI, *La riforma del Titolo V, parte II della Costituzione*, Rimini 2003; *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenze di sistema*, ed. R. BALDUZZI, Milano 2005.

ISSN 2036-7821

needs, expense autonomy, and responsibilities of each regional authority. Indeed, during that time the constitutional conflicts highlighted serious lacks, deficiencies, and other essential difficulties in the service organization related to its politicized management, which caused the failure of the public model and showed the necessity to introduce the opportune corrections in the system reform.

Anxieties and contradictions in the reform process had repercussions on the health regulation, struggling between the aspiration to assure the universality to the right to health and the exigency to valorize the regional autonomy to the extent to acknowledge to Regions a specific exclusive competence in the sector of sanitary service management, ontologically distinct from the residual legislative power.

In fact, just after the adoption of Law n. 833/1978 establishing the SSN, the legislator's behaviour appeared schizophrenic. Indeed, at first, according to Article 116 Cost., it valorized the local entities' role, especially of the city authorities, entitled to a specific role and several competences in the health service management. Later, city authorities were deprived of these competences by Legislative Decree 502/1992, even if they partially re-obtained them with Legislative Decree n. 229/1999.

On the contrary, concerning the Regions, the claim to an increasing structural and managerial autonomy has always raised several perplexities due to the overlapping of their new powers with the Central Government's exclusive legislative competence in establishing the essential levels of service providing (LEA) ex-article 117, §2, letter m), Cost.

Nevertheless, configuring a new asset, where the national health dimension is no longer necessarily the national, but also the regional one, conflicts with the national health sector vocation, showing the concrete risk that the request expressed by the Regions for further autonomy conditions in the shared legislative competences could lead to the dismantlement of the SSN and its cardinal principles.

In reality, after the 1978 reform, aimed to realize a universal and global national sanitary service, able to assure uniform and free performance to all the people, or at least covered by low prices (ticket), the SSN was accused of offering low-quality services and being excessively bureaucratized, to generate losses and corruption due to unwary management and to be submitted to political interests, to the extent that scholarship solicited a radical change to the service model. So, Legislative Decrees 502/1992[2] and 517/1993 started the process aiming to apply a managerial organization

[2] These Decrees have been anticipated by several reform efforts. See A. ROMANO TASSONE, *L'azienda sanitaria tra tecnocrazia e democrazia*, in *Sanità pubblica* 7 (1997) 387 ff.; *Unità sanitarie e istituzioni*, ed. F. MERUSI , Bologna 1982; N. AICARDI, *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale* I, ed. S. CASSESE Milano 2003, 641 ff.; R. FERRARA, *Organizzazione e principio di aziendalizzazione del servizio sanitario nazionale: spunti problematici, La dirigenza sanitaria. Amministrativisti e lavoristi a confronto*, eds. C. BOTTARI, P- TULLINI Rimini 2004, 53 ff. The 1992/1993 Reform has been elaborated in a moment of economic and political – institutional crisis, that affirmed the idea to realize a radical intervention to subtract health management from the political powers. Finally, the above-mentioned decrees introduced relevant novelties, such as, for example: a) managerialization

ISSN 2036-7821

for the SSN, to allow participation in accredited private operators and the affirmation of the market culture, also considering EU competition regulation. This model was partially revisited by Legislative Decree n. 229/1999[3] (and, recently, by Law Decree n. 158/2012 converted into Law n. 189/2012[4]) which, to correct and integrate the precedent Decree, recuperated the traditional framework in the relationship between institutional actors and private operators, as well as acceleratng the process aimed to apply managerial organization and privatize the structures and activities[5].

The experimentation of (ostensible) new but ineffective solutions continued until today in the attempt to assure a higher level of health protection, challenged by the sanitary austerity and by spending review aimed at waste reduction and sanitary expense rationalization.

If, on the one hand, Regions progressively acquired broad spaces for autonomy, on the other, they had to address the economic crisis that became a health crisis due to the rather strict budgetary burdens that imposed service-providing revision, structure, staff, and fund cutting, as well as increasing ticket costs.

The longterm reform process has been characterized by the proliferation of regulatory interventions aiming to solve the numerous public health problems and to the fight the Covid-19 emergency, strongly conditioned by the coordination difficulty between the governing levels and the application of due cooperation to assure the best service to the community.

The emergency multilevel management generated unhealthy competition and political divisions between powers, affecting the effectiveness of political choice and undermining measures aiming to limit the spread of contagion.

It could be expected that, from an inadequate and ineffective managerial response, due to the unpreparedness and lack of coordination between public bodies, a rethinking of competence-sharing and a thorough reflection on the Constitutional reform could arise.

---

through transformation of the Local Sanitary Unities (USL) and the most relevant hospitals in Local Sanitary Undertakings (ASL) or Hospital Undertakings (AO), with public legal status and great autonomy; b) separation of buyers and providers on the basis of the market model, with the distinction between ASL and AO, their functions (respectively buying/specialistic service providing), their funding sources (the ASLs are funded on the basis of the number of persons living in their territory, while the AO are funded on the basis of the service actually provided); c) regionalization, through the attribution to the Regions of organization power, territorial service funding, and ASL control through the appointment of the Director.

[3] The correctional intervention (the so-called 'Bindi reform') responded to conservative positions, requiring the respect of fundamental SSN principles and public intervention in the health sector; it abandoned market exigencies and favoured public planning and public-private partnership.

[4] "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del paese mediante un più alto livello di tutela della salute".

[5] Nevertheless, the reform anxiety did not give satisfying results, leaving several problems unsolved. On the correctional intervention results, I. CAVICCHI, *Sanità. Un libro bianco per discutere*, Bari 2005; N. AICARDI (nt. 2); *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, ed. F. ROVERSI MONACO, Rimini 2000; G. SANVITI, *Artt. 3 e 3* bis, *d.lgs n. 502/1992 (Commento)*, *Ibidem*, 108 ff.; G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Rimini 2019.

ISSN 2036-7821

I.2 Problems concerning competence sharing in the public health sector.

From 1990 onward, in Italy and the other European countries, the competence transfer from the Central Government to the Regions led to the acknowledgement of organization and management autonomy of health services, as well as the availability (and the use responsibility) of competence, financial and political instruments. Starting from that period, SSN fragmentation in several regional systems generated significant differences between the organization frameworks and services, from the quantitative and qualitative perspective, increasingly evident throughout the country.

Undoubtedly, art. 117, §3 Const., on the same lines as the previous text, confirming the competence shared framework in the sectors of health protection, hygiene, the public health system (before health assistance), remarked the strategic position assigned to the Regions, at the end of the process started by Legislative Decree n. 502/1992, consolidated by Legislative Decree n. 229/1999 and completed by the above-mentioned Law n. 189/2012.

The provision must be read jointly with articles 117, §2, 120, § 2 e 118, §1 Const., taking into account the Constitutional Court interpretation, which, from 2003[6], elevated 'sectors' to the rank of 'values', intercepting national and regional competences, suggesting the adoption of a more flexible system, able to interpret the new multilevel governance exigencies in the perspective of political and institutional supranational and European pressures[7], aiming to protect the right to health and citizen expectations, to which the State and the health policy and organization are of service[8].

Early, the organizational issue progressively lost importance in the political and institutional debate, concentrated on the problem of shared competences ex-art. 117,

[6] Corte cost. 1 October 2003, n. 303.

[7] Cf., Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282. F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di Governance in un sistema policentrico esploso*, in *Le Regioni* XXIX (2001), 1153 ff.; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Sanità pubblica* 12 (2002) 1025 ff. On the reasons for exclusive competence attribution to the Central Government, which could be exercised also in the transversal sectors, see C.E. GALLO, *La potestà legislativa regionale concorrente, i diritti fondamentali ed i limiti alla discrezionalità del legislatore davanti alla Corte costituzionale (nota a Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282)*, in *Foro amm. CDS* 1 (2002) 2791 ff.; V. MOLASCHI, *Livelli essenziali delle prestazioni e LEA sanitari: prime indicazioni della giurisprudenza di merito (commento a TAR Lazio, sez. III, 10 luglio 2002, n. 6252)*, in *Foro amm. TAR* 2 (2003) 181 ff.; G. CREPALDI, *Dai LEA ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano 2006, 49 ff. This interpretation, related to essential service levels, refers to health assistance and could be extended to other sectors, such as the environment and ecosystem protection, with the following attribution to the Regions of organizational and managerial competences.

[8] In line with the constitutional provisions protecting unity in differentiation «la formula "servizio sanitario nazionale" deve essere (necessariamente) decodificata (nel senso che) sono ormai le singole regioni a dover delineare, nel concreto, il contenuto plurale del servizio, e pertanto della rete di prestazioni che, con carattere di effettività ed in regime di sostanziale eguaglianza, debbono essere erogate ai cittadini». See, R. FERRARA (nt. 2) 135.

ISSN 2036-7821

§3 Const., generating multilevel conflicts between the Central Government and between the Regions.

Attribution conflicts between institutional actors, that is Regions and Central Government, charged to assure care, providing uniformity on the whole national territory, and to verify respect of the health expense burden, consist essentially in the establishment of assistance essential levels (LEA)[9] provided by the Regions and yearly monitored by the Ministry of Health regarding the adequacy, timing and compliance with further criteria determining the amount of resources to devolve to the SSN (attracting several public and private interests, coming also from actors stipulating conventions with the SSN). Due to the regional responsibility in managing the service-providing, conflicts between virtuous and less performing Regions also concern budget sharing[10].

With specific reference to the article 117, §2, letter (m, Const., the Constitutional Court recently clarified that the competence sharing in the health protection sector could be relatively 'mobile', and it concretely depends on the legislative choices aiming to favour coordination and cooperation between the Central Governments and Regions formalized within the agreements reached within the Conference, including Central Government and Regions. As a consequence, apart from the formal attribution of the LEA to the Central Government, it is well evident that the establishment of regional LEA needs necessarily involves Regions, with whom the Central Government should have a relationship based on sincere cooperation and due collaboration to assure the effectiveness of the right to health and healthcare[11].

Nevertheless, with this judgment, the Constitutional Court had no intention of slyly altering the organization of competences, which remains a stable point of reference in the Court's decisions, as reaffirmed by the Court in Judgment n. 37/2021 on the constitutional legitimacy of a regional law adopted by the Valle d'Aosta[12]. Through this judgment, the Constitutional Court would stem the potential negative effects of the exaggerated autonomy progressively assumed by some Regions, re-establishing

[9] They consist in a list of essential health services divided into prevention and public health; territorial assistance and hospital assistance *ex* Decree of the President of the Council of Ministries 2017 defined and updated by the Ministry of Health.

[10] Cf. Corte dei conti, sez. contr. riun., *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica*, 2020. G. URBANO, *Equilibrio di bilancio e governance sanitaria*, Bari 2016.

[11] Corte Cost. 21/03/2017, n. 169.

[12] Actually, through this judgment, the Constitutional Court declared the constitutional illegitimacy of Articles 1, 2, 4, § 1-3 of the Law of Valle D'Aosta Region 11/2020, as it was devoted to impeding the immediate and direct application on the regional territory of the national measures of Covid-19 contagion containment. To this aim, the Constitutional Court clarified that the exclusive national competence on the international prophylaxis, ex-article 117, §2, letter q), Const., is in conflict with the 'adattamento della normativa statale alla realtà regionale, che non sia stato preventivamente stabilito dalla legislazione statale; unica competente sia a normare la materia in via legislativa e regolamentare, sia ad allocare la relativa funzione amministrativa, anche in forza, quanto alle autonomie speciali, del perdurante principio del parallelismo' .

ISSN 2036-7821

the equilibrium between roles and powers attributed to the different levels of government in the field of health protection and public health management that have to be protected.
However, significant protests concerned the allocation criteria and the shortfall accumulated by some Regions to the detriment of those with more effective health systems, reclaiming an acceleration of the fiscal federalism process.
Countermeasures adopted by the Government in the 2006 'Health Pact' consisted in the obligation for Regions presenting budget difficulties to sign up to a repayment plan and, in case of its non-accomplishment, the SSR being put under external administration. In most cases, these countermeasures were unable to lead the Regions outside the crisis to establish the financial equilibrium, with negative reflections on the service-provider's organization and quality, generating migration towards Regions with more effective and reliable health systems.
In this situation, the maintenance of the health regional framework inspired by solidarity is at risk because some Regions claim greater autonomy in the perspective of differentiated regionalism.
Nevertheless, this model generates several perplexities due to the implications in terms of national and regional administration and fundamental rights protections and, especially, in terms of the right to health, making multilevel cooperation more difficult and highlighting limits and difficulties in the realization of reforms able to obstacle the pursued objective[13].

I.3 The supranational dimension of the right to health: reflections on the promotion of inter-institutional governance and European solidarity.

While in Italy the debate about the reform of Title V, II Part, Const. goes on, mainly after the pandemic outbreak and developments, significant oscillations persist between the exigencies to centralize and decentralize competences, i.e., between national unity and regional differentiation. More specifically, some Regions have recently exploited the opportunity offered by article 117, §8 Const., to stipulate agreements between Regions with the purpose of optimizing the results from shared bodies exercising joint functions for health protection. This solution is not convincing, as there is the actual risk that stipulating agreements could become a concrete possibility only for some Regions that did not stop demanding more autonomy also during the pandemic.
These perplexities increase if the problem is analyzed in its supranational dimension, where the right to health and its protection acquired great relevance after the covid-

[13] See R. CARIDÀ, *Il processo di differenziazione regionale ex art. 116, terzo comma, della Costituzione: la natura delle funzioni e i vincoli costituzionali*, in *Nuove Autonomie*, XXIX (2020) 159 ff. A. LUCARELLI, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *Dir. pubbl. eur.* Rassegna on-line, 2/2019; L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato tra peculiarità territoriali e coesione nazionale*, in *Astrid Rassegna* n. 11/2018.

ISSN 2036-7821

19 emergency, which highlighted several weaknesses in the Italian SSN, with repercussions on social and health guarantees.

Contemporary changing, and global, society is facing well-known and new problems suggesting the adoption of a different approach to health protection and governance and the identification of tools able to favour common objective accomplishment, also increasing the investments in the sustainability of health systems, such as fundamental values and key elements of economic growth[14].

As is well-known, the discipline of the service organization and quality are traditionally reserved to the single Member States' legislation, strongly defending their competences and decisional autonomy in the planning and management of a health emergency (*ex* art. 168, §7, TFEU). The EU has a shared competence in the "common safety concerns in public health matters, for the aspects defined in this Treaty", and competence to carry out actions to support, coordinate or supplement the actions on the "protection and improvement of human health"[15].

The drastic Member States' position against an EU competence enlargement in the health sector has been strengthened by the competence framework coming from the Lisbon Treaty that has been firmly criticized[16], even if the events following the pandemic outbreak and spread showed the necessity for greater EU involvement based on an integrated approach aimed to realize more efficient cooperation able to assure a coordinated and coherent answer over the whole EU territory. This solution, justified by the need to assure a high level of protection of human health, confirms the suitability of acknowledging the broader EU initiative and intervention spaces, emancipating it from the secondary and residual role to complete, solicit, and sustain the Member States' action, attributing it new responsibilities[17].

This awareness sinks its roots in the 2007 economic and social crisis coming from the

[14] See Corte dei Conti, *La mobilità sanitaria: l'assistenza transfrontaliera*, in *www.corteconti.it*.

[15] See art. 168, §3 TFEU, articles 196 (Civil Protection) and 222 (Solidarity Clause). See Decision No 1082/2013/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on serious cross-border threats to health and repealing Decision No 2119/98/EC.

[16] According to M. L. TUFANO, *Il ruolo della Commissione nella governance europea: quali prospettive?*, in *DUE* XVII (2012) 133, 145 f., it appears «animat(o) più da un'esigenza di certezza del diritto che da un'ottica di efficacia (...) la quale ha finito col generare una serie di incongruenze». See also ID., *Atti di organi e organismi dell'Unione europea, discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale*, in Aa. Vv., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino 2018, 993, 1005 ff.

[17] On the basis of a new paradigm founded on the multiform and polysemy of "Europeanization". See M. ROMANIELLO, *Beyond the Constitutiona 'Bicameral Blueprint': Europeanization and national identities in Belgium*, in *Democracy and Subsdiarity in the EU. National Parliaments, Regions and Civil Society in the Decision-Making Process* eds. M. CARTABIA, N. LUPO, A. SIMONCINI, Bologna 2013, 285 ff.; *Europeanization: New Research Agendas, Basingstoke* eds. P. GRAZIANO, M. VINK, London 2007; C. M. RADAELLI, *Whither Europeanization? Concept stretching and substantive change*, in *European Integration online Papers (EIoP)* (2000) 8. On the Commission role and activity during the sanitary emergency to protect the common interest respecting the limits imposed by the Article 168 TFEU, see. A. RENDA, R. J. CASTRO, *Towards stronger EU governance of health threats after the COVID-19 pandemic*, in *European Journal of Risk* 11 (2020) 1 ff.; A. M. PACCES, M. WEIMER, *From diversity to coordination: A European approach to Covid 19*, in *Amsterdam Law School Research Paper* No. 2020-10, 15 April 2020.

degeneration of economic globalization[18], a phenomenon overcoming the national borders to extend into a world space, whose collateral effects spread without stopping until now, as well as in transborder mobility, that, starting from 2013 mainly in Italy, generated problems in the relationship between the citizens and their "national contact points"[19] and relationship difficulties within the different networks concerning the identification of excellent structures in the different medicine sectors in the EU[20].

Furthermore, the provision of Art. 168, §5 TFEU establishes that "the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure and after consulting the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, may also adopt incentive measures designed to protect and improve human health and in particular to combat the major cross-border health scourges, measures concerning monitoring, early warning of and combating serious cross-border threats to health".

It highlights the strict link between solidarity and the right to health that urges to review the roles and relationship based on the principle of loyal cooperation, regardless of formal competence sharing, overcoming the limits of autonomist management.

The postponement of the launch of the Conference on the European future, launched on 9 May 2021, on the one hand, pushes away the hypothesis of a Treaty revision ex 48 TEU[21], and on the other hand, leads to review the competence framework to bridge the EU structural lacks and to confer different and more incisive action and reaction powers, overcoming strict Treaty limits[22].

Persistent tensions at the national and European levels could be overcome by attributing to the principles the authority that, especially in emergencies, assure effectiveness in their application. The issue is not correctly addressed, and it is the result of methodological mistakes that, concerning health protection, leverage on the

[18] See S. BATTINI, *La globalizzazione del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 56 (2006) 325 ff. M. D'ALBERTI, *La crisi globale e la sorte dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. sc. giur.* (2013) 195 ff.

[19] See Corte dei Conti (nt. 12) "A partire dagli anni Novanta, le disposizioni normative, che hanno modificato il SSN nella governance ma, soprattutto, il sistema di finanziamento assieme ai provvedimenti in materia di federalismo fiscale e alle misure intraprese per la razionalizzazione della spesa pubblica e per la riduzione dei disavanzi regionali in sanità, hanno prodotto un forte ridimensionamento dell'investimento statale". Investment reduction created problems for healthcare budget management and "un significativo sbilanciamento finanziario dell'Italia con posizioni di debito che eccedono quelle di credito".

[20] *Ibidem*. The Court of Auditors underlined the need "di coordinamento normativo e di armonizzazione della disciplina europea sull'assistenza transfrontaliera contenuta nella direttiva 2011/24/UE e nel Regolamento 2004/833".

[21] See. V. DELHOMME, *Emancipating Health from the Internal Market: For a Stronger EU (Legislative) Competence in Public Health*, in *European Journal of Risk Regulation* 11 (2020) 1 ff.

[22] See General Secretariat of the Council, Doc. 6038/20, Council Conclusions on COVID-19, 13 February 2020, point 15, lett. b); Conclusions by the President of the European Council following the video conference with members of the European Council on COVID-19, 17 March 2020.

ISSN 2036-7821

requirement of State unity and inseparability that is usually considered as prevalent on the territorial autonomy but which, on the contrary, should be considered a value to be defended and a fundamental wealth.

Unity and autonomy are not incompatible and contrasting values, but, on the contrary, one presupposes the other, as they are jointly and teleologically oriented to the citizen's health, a value that they pursue together. As a consequence, sovereignty does not belong exclusively to the State and has to be exercised in compliance with fundamental principles and values during the emergency. It implies the necessity to redefine the State and role of political power in the process of health governance concerning both the organization and planning of the health system and the application of the emergency management plan.

In a "fluid" society, dominated by the uncertainty of the risk seriousness threatening the public health, the EU could become a driver of change in a phase of heavy depression where institutional equilibrium is at stake.

In this scenario, where the process of power reallocation and restructuring is realized through the valorization of the inclusion/participation principle by cooperation and coordination[23], focusing on autonomy in a sector characterized by multiple, inter-disciplinary and inter-dependent competences, appear useful and must be shared by several institutional levels.

To overcome the health crisis, flexible, effective, and adequate solutions are necessary, together with adaptability to the territorial needs and exigencies, which implies the adoption of a model of institutional governance conceived as "rules, processes and behaviour that affect the way in which powers are exercised at European level, particularly as regards openness, participation, accountability, effectiveness and coherence[24]".

Solidarity assumed a fundamental weight in the debate at the European level on the relationship between the Member States, suggesting the adoption of an alternative model inspired by the principle of sincere cooperation and founded on the integration of competence at all institutional levels.

In this perspective, it is hoping that EU, Member States and Regions will create a symbiotic community, aimed not only to contrast the impelling and endemic health emergency but also to protect the fundamental values shared by most of the Member States[25].

To overcome the opposition expressed by several Member States, enhanced cooperation could be a useful instrument if used as a measure of differentiated

[23] L. HOOGHE, G. MARKS, *Types of multi-level governance*, in *European integration online papers (EIOP)* (2001) 11; V. DELHOMME (nt. 19) 8 ff.

[24] See COM (2001) 428 final/2, 25.07.2001 p. 8, footnote 1.

[25] See COM (2020) 724 final, 11.11.2020, *Building a European Health Union: Reinforcing the EU's resilience for cross-border health threats*.

ISSN 2036-7821

integration of last resort[26], exploiting the potentiality of this instrument that "offers solutions to common problems with the convenience of using the Union institutional and administrative support" but "…has not eliminated the pursuit of Member States for solutions outside the EU Treaties"[27].

To this end, the European Parliament recommended that "the Commission play an active role in all stages of enhanced cooperation from the proposal through the deliberations to the implementation of enhanced cooperation", affirms that "the unity of EU institutions should be maintained and that enhanced cooperation should not lead to the creation of parallel institutional arrangements, but could allow specific bodies to be established where appropriate within the EU legal framework and without prejudice to the competences and role of the Union institutions and bodies"[28], and especially stresses "the need for the Member States participating in enhanced cooperation to include those regions that have legislative powers in matters that affect them, with a view to respecting the internal division of powers and reinforcing the social legitimacy of such enhanced cooperation"[29].

The exaltation of the value and contribution of existent and new cooperation instruments could constitute an effective remedy to conciliate unity and differentiation and to eliminate territorial disparities, acting as a stimulus to invest in universalistic public health, since they aim to identify organizational models and promote virtuous processes for the spread of the wellness culture[30].

Cooperation and sharing[31] are the basis of the global perspective leading to a role systematization and to competence sharing, able to assure uniform application of fundamental rights and liberties, favouring the elaboration of innovative and more effective models of social development which should be differentiated on the basis of the consistency and effectiveness of multilevel protection[32].

---

[26] European Parliament, *Report on the implementation of the Treaty provisions concerning enhanced cooperation*, (2018/2112(INI)), 28.1.2019, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0038_EN.html.

[27] *Ibidem*, point 19.

[28] *Ibidem*, point 20.

[29] *Ibidem*, point 22.

[30] S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 51 (2001) p. 601 ff. L. TORCHIA, *Sistemi di welfare e federalismo*, in *Quad. Cost.* XXII (2002) 274.

[31] L. VANDELLI, *Riflessioni a dieci anni dalla riforma del Titolo V: quali prospettive per il regionalismo italiano?*, in *Le Regioni* XXXIX (2011).

[32] S. CASSESE, *Concentrazione e dispersione dei poteri pubblici*, in *Studi in onore di Biscaretti di Ruffia* I, Milano 1987, 155; R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*, eds. R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA, Firenze 2016, 3 ff. referring to G. TOSATTI, *Sicurezza pubblica, organizzazione centrale e periferica*, (all. B), in *Amministrare* XLV (2015) 91 ff.; R. CAVALLO PERIN, G. RACCA, *Cooperazione amministrativa europea*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino 2017, p. 191 ff. underline that cooperation on issues of common interest aims to concretize the law and the good administration, that, overcoming strict Treaty limits, realises a "coesione tra il diritto e la realtà sociale" (thus, M. MACCHIA, *La cooperazione amministrativa come "questione di interesse comune,"* in *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, eds. M. P. CHITI, A. NATALINI, Bologna, 2012, 94; B. NASCIMBENE, *Unione europea tra unità e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Attualità e*

The proposal to establish an EU Health Emergency Preparedness and Response Authority (HERA) [33] should be interpreted in this perspective, as well as the scientific and factual data on the sanitary emergency, suggesting the necessity to invest globally to strengthen the ability to forecast on the part of Governments and international Institutions in the health sector. As a consequence, it could be useful to set up an EU *task force*[34] that could steer the Member States' sanitary policies through effective methods and instruments.

Part II
Administrative multilevel networks after the Covid-19 emergency: from joint procurement procedures to Advanced Purchase Agreements.

II.1 *Aggregated Procurement Procedures within the Public Procurement Directives.*
As has been analyzed in Part I, the principal obstacle to the EU acquisition of an effective coordination role in the health sector is the lack and confusion of competences. One of the methods the EU resorted to in the effort to strengthen its role in the health sector is inducing the States to share or centralize the procurement procedures crucial to assure service-providing but which are also very onerous in terms of the costs, time, and human resource to be involved. Join procurements were implicitly admitted by Directive 2004/18/EU[35] and were experienced in the exploitation of some EU-funded projects[36].
Directive 2014/24/EU[37] explicitly regulates them to promote the aggregation of procurement procedures of goods, services, and works as well as to foster the

necessità del pensiero di Santi Romano, eds. R. CAVALLO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. POLICE, A. ROMANO, Napoli 2019, 37.

[33] COM (2020) 724 final, 11.11.2020.

[34] P. DE PAOLI, *Guardare oltre il covid-19: proposte per il rinnovamento del sistema sanitario nazionale*, in *www.giustiziainsieme.it*. Today, the European Centre on European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC) has the function of collecting and analysing data and scientific advice but not to coordinate functions.

[35] Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, recital n. 9 "In view of the diversity of public works contracts, contracting authorities should be able to make provision for contracts for the design and execution of work to be awarded either separately or jointly. It is not the intention of this Directive to prescribe either joint or separate contract awards. The decision to award contracts separately or jointly must be determined by qualitative and economic criteria, which may be defined by national law". See also article 15.

[36] See, for example, the Healthy Ageing - Public Procurement of Innovations (HAPPI) project funded by the EU Commission (DG Enterprise) within the Call "*Supporting Public Procurement of Innovative Solutions: Networking and Financing Procurement*". The project aimed to establish a strategic cooperation among healthcare purchasing authorities of several Member States.

[37] Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.

ISSN 2036-7821

innovation of procurement procedures, also using ICT tools[38]. More specifically, Recital 71 ff., after having clarified that the provisions concerning central purchasing bodies[39] should in no way prevent the current practices of occasional joint procurement[40], underlines that certain features of joint procurement should be clarified because of the important role they may play, not least in connection with innovative projects[41]. Recital 73 makes specific reference to the joint awarding of public contracts by contracting authorities from different Member States[42]. It underlines that new rules on cross-border joint procurement should be established to facilitate cooperation between contracting authorities and enhancing the benefits of

[38] S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in The New Eu Directive and in Some Eu-Funded Projects,* in *Ius Publicum Network Review* 2 (2015) 1 ff.

[39] According to Article 2, §1, n. 14 "'centralised purchasing activities' means activities conducted on a permanent basis, in one of the following forms: (a) the acquisition of supplies and/or services intended for contracting authorities, (b) the award of public contracts or the conclusion of framework agreements for works, supplies or services intended for contracting authorities». According to Article 37, Member States may provide that contracting authorities may acquire supplies and/or services from a central purchasing body offering the centralised purchasing activity. Member States may also provide that contracting authorities may acquire works, supplies and services by using contracts awarded by a central purchasing body (CPB), by using dynamic purchasing systems operated by a central purchasing body or by using a framework agreement concluded by a central purchasing body offering the centralised purchasing activity. Contracting authorities may, without applying the procedures provided for in the Directive, award a public service contract for the provision of centralised purchasing activities to a central purchasing body". In Italy, the CPB is Consip S.p.A., a society owned by the Ministry of Economy.

[40] It refers, for example, to less institutionalised and systematic common purchasing or the established practice of having recourse to service providers that prepare and manage procurement procedures on behalf of and for the a contracting authority under its instructions.

[41] Recital 71 specifies that joint procurement can take many different forms, ranging from coordinated procurement through the preparation of common technical specifications for works, supplies or services that will be procured by a number of contracting authorities, each conducting a separate procurement procedure, to situations where the contracting authorities concerned jointly conduct one procurement procedure either by acting together or by entrusting one contracting authority with the management of the procurement procedure on behalf of all contracting authorities. Where several contracting authorities are jointly conducting a procurement procedure, they should be jointly responsible for fulfilling their obligations under this Directive. However, where only parts of the procurement procedure are jointly conducted by the contracting authorities, joint responsibility should apply only to those parts of the procedure that have been carried out together. Each contracting authority should be solely responsible in respect of procedures or parts of procedures it conducts on its own, such as the awarding of a contract, the conclusion of a framework agreement, the operation of a dynamic purchasing system, the reopening of competition under a framework agreement or the determination of which of the economic operators being party to a framework agreement shall perform a given task. C. BOVIS, *The New Public Procurement Regime: A Different Perspective on the Integration of Public Markets of the European Union*, in *European Public Law* 12 (2006) 73 ff., 78; IDEM, *Public Service Partnerships as Instruments of Public Sector Management in the European Union*, in *Colum. J. Eur. L* 18 (2012) 473 ff., 474 f., 478 ff. On jointly controlled in-house entities, see Judgement of the Court of Justice of 13 November 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA v. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles- Capitale;* 9 June 2009, C- 480/06, *Commission c. Germany.* For an analysis of this case-law, C. BOVIS, *Future Directions in Public Service Partnership in the EU,* in *EBLR* 24 (2013) 1 ff., 31 ff.; R. CARANTA, *The Changes to the Public Contract Directives and the Story They Tell About How EU Law Works*, in *CML Rev*. 52 (2015) 391 ff., 439 ff.

[42] According to Recital 73 "… Directive 2004/18/EC implicitly allowed for cross-border joint public procurement…".

ISSN 2036-7821

the internal market by creating cross-border business opportunities for the supplier and service provider market in terms of economies of scale and risk-benefit sharing.
However, contracting authorities should not make use of the possibilities of cross-border joint procurement to circumvent mandatory public law rules, in conformity with Union law, which applies to them in the Member State where they are located. Such rules might include, for example, provisions on transparency and access to documents or specific requirements for the traceability of sensitive supplies. On these premises, while Article 38 disciplines 'Occasional joint procurement'[43], Article 39 concerns 'Procurement involving contracting authorities from the different Member States'. The Article impedes a Member State from prohibiting its contracting authorities from using centralized purchasing activities offered by central purchasing bodies (CPBs) located in another Member State. The provision of centralized purchasing activities by a CPB located in another Member State is conducted following the national provisions of the Member State where the central purchasing body is located[44]. According to paragraph 4,
"several contracting authorities from different Member States may jointly award a public contract, conclude a framework agreement or operate a dynamic purchasing system[45]".

[43]According to Article 38 "Two or more contracting authorities may agree to perform certain specific procurements jointly. Where the conduct of a procurement procedure in its entirety is carried out jointly in the name and on behalf of all the contracting authorities concerned, they shall be jointly responsible for fulfilling their obligations pursuant to this Directive. This applies also in cases where one contracting authority manages the procedure, acting on its own behalf and on the behalf of the other contracting authorities concerned. Where the conduct of a procurement procedure is not in its entirety carried out in the name and on behalf of the contracting authorities concerned, they shall be jointly responsible only for those parts carried out jointly. Each contracting authority shall have sole responsibility for fulfilling its obligations pursuant to this Directive in respect of the parts it conducts in its own name and on its own behalf".

[44] The national provisions of the Member State where the central purchasing body is located also apply to the following: (a) the award of a contract under a dynamic purchasing system; (b) the conduct of a reopening of competition under a framework agreement; (c) the determination pursuant to points (a) or (b) of Article 33(4) of which of the economic operators, party to the framework agreement, perform a given task.

[45] According to Article 33, a framework agreement means an agreement between one or more contracting authorities and one or more economic operators, the purpose of which is to establish the terms governing contracts to be awarded during a given period, in particular with regard to price and, where appropriate, the quantity envisaged. The term of a framework agreement shall not exceed four years, save in exceptional cases duly justified, in particular by the subject of the framework agreement. According to Article 34, the dynamic purchasing system will operate as a completely electronic process and will be open throughout the period of validity of the purchasing system to any economic operator that satisfies the selection criteria. It may be divided into categories of products, works or services that are objectively defined on the basis of characteristics of the procurement to be undertaken under the category concerned. Such characteristics may include reference to the maximum allowable size of the subsequent specific contracts or to a specific geographic area in which subsequent specific contracts will be performed. Contracting authorities follow the rules of the restricted procedure. Unless the necessary elements have been regulated by an international agreement concluded between the Member States concerned, the participating contracting authorities conclude an agreement that determines: (a) the responsibilities of the parties and the relevant applicable national provisions; (b) the internal organisation of the

ISSN 2036-7821

Through this mechanism, a significant change in the procurement organizational models is pursued, based on the aggregation of the award procedures and managed by CPBs. Aggregation allows sharing of professional skills (legal, economic, technical, engineering) and favours the smarter use of innovative contractual instruments, such as framework agreements and dynamic purchase systems[46]. Furthermore, contracting authorities from different Member States could establish joint entities entitled to carry out the award procedure[47].

Cross-border joint procurements could represent a useful tool to reduce the competition between CPBs of different Member States, with divergent legal frameworks, in the procurement of essential goods and services. It could strengthen the professional competences of civil servants managing the procurement procedures and combat phenomena such as corruption and conflict of interests[48].

As health is a sector of limited cross-border dimensions "provided within a particular context that varies widely amongst Member States, due to different cultural traditions"[49], the regulation established by Directive 2014/24 provides for several exceptions to this sector[50]. As a consequence, excepting the EU-funded projects, joint procurement procedures between States' contracting authorities have been scarcely used in the health sector.

Even if in the "Guidance on using the public procurement framework in the emergency related to the COVID-19 crisis"[51], the Commission encouraged public buyers to procure jointly, applying the Directive 2014/24 rules, Member States preferred to act unilaterally, in a sort of "healthcare sovereignism".

II.2 Procurement procedures directly managed by the European Commission on the behalf of Member States.

In some specific cases, the European Commission directly manages joint procurement on behalf of Member States. These procedures were specifically employed in the health sector after the 2009 A/H1N1 pandemic (swine flu) when the Council of European Union invited the European Commission to set up

procurement procedure, including the management of the procedure, the distribution of the works, supplies or services to be procured, and the conclusion of contracts.

[46] S. PONZIO (nt. 38) 11.

[47] The Directive explicitly refers to the European grouping of territorial cooperation (EGTC). As is well-known, EGTC was created in the context of cohesion and territorial cooperation as an instrument to promote and facilitate cooperation, mainly about territorial authorities. See Regulation (EU) No 1302/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 amending Regulation (EC) No 1082/2006 on a European grouping of territorial cooperation (EGTC) as regards the clarification, simplification and improvement of the establishment and functioning of such groupings.

[48] S. PONZIO (nt. 38) 28 ff.

[49] Cf. Recital 114 Directive 2014/24.

[50] Article 74 ff. and Annex XIV related to "Social and other specific services". R. CARANTA (nt. 39) 426 ff.

[51] COM (2020/C 108 I/01), 1.4.2020, p. 3.

ISSN 2036-7821

"a mechanism for joint procurement of vaccines and antiviral medication which allows the Member States, on a voluntary basis, common acquisition of these products or common approaches to contract negotiations with the industry, clearly addressing issues such as liability, availability and price of medicinal products as well as confidentiality"[52].

From this perspective, Regulation No 966/2012 on the Financial Rules Applicable to the General Budget of the Union, Article 104, established that "where a public contract or framework contract is necessary for the implementation of a joint action between an institution and one or more contracting authorities from Member States, the procurement procedure may be carried out jointly by the institution and the contracting authorities, in certain situations, which are to be specified in the delegated acts adopted pursuant to [the] Regulation. Joint procurement may be conducted with European Free Trade Area (EFTA) States[53], and Union candidate countries, if this possibility has been specifically provided for in a bilateral or multilateral treaty".

Decision No 1082/2013/EU on serious cross-border threats to health, article 5, establishes that "the institutions of the Union and any Member States which so desire may engage in a joint procurement procedure conducted pursuant to the third subparagraph of Article 104(1) of Regulation (EU, Euratom) No 966/2012 …, with a view to the advance purchase of medical countermeasures for serious cross-border threats to health"[54].

According to Article 5, §3 "the joint procurement procedure…shall be preceded by a Joint Procurement Agreement between the Parties determining the practical arrangements governing that procedure, and the decision-making process with regard to the choice of the procedure, the assessment of the tenders and the award of the contract".

To apply this disposal, in 2014, the Commission adopted the "Decision on approval of the Joint Procurement Agreement to procure medical countermeasures"[55] (JPA). In

[52] 3032nd Council meeting General Affairs Brussels, Conclusions, 13 September 2010, doc. 12655/2010, 28.07.2010 "Lessons to be learned from the A/H1N1 pandemic"; 3053rd Employment, Social Policy Health and Consumer Affairs Council Meeting, Council conclusions *Innovative approaches for chronic diseases in public health and healthcare systems*, 7 December 2010. See also European Parliament resolution of 8 March 2011 on reducing health inequalities in the EU (2010/2089(INI)).

[53] EFTA States are Island, Norway, Liechtenstein, and Switzerland.

[54] According to paragraph 2, "The joint procurement procedure referred to in paragraph 1 shall comply with the following conditions: (a) participation in the joint procurement procedure is open to all Member States until the launch of the procedure; (b) the rights and obligations of Member States not participating in the joint procurement are respected, in particular those relating to the protection and improvement of human health; (c) the joint procurement does not affect the internal market, does not constitute discrimination or a restriction of trade or does not cause distortion of competition; (d) the joint procurement does not have any direct financial impact on the budget of Member States not participating in the joint procurement».

[55] Commission Decision C(2014) 2258 final of 10.4.2014.

ISSN 2036-7821

the document "Considerations on the legal basis and the legal nature of the Joint Procurement"[56], the Commission clarifies that "from the point of view of the Union law, the joint procurement agreement is intended to implement a provision of a legislative act, namely, Article 5 of Decision 1082/2013/EU. As it is concluded between the Commission and the participating states, it is considered by the Commission as a budgetary implementing measure of Decision 1082/2013/EU. Its unusual character is explained by the fact that it is a measure adopted in common by the Commission and the participating states. In line with the provision of Article 168 paragraph 5, the Commission will implement the decisions taken by the Member States and coordinate the joint procurement procedure. The Joint Procurement Agreement is concluded pursuant to the Financial Regulation and Decision 1082/2013/EU, and falls entirely within the subject matter of the Treaties. These acts provide explicitly that they are governed by Union law (including principles common to the Member States), and any disputes are subject to exclusive jurisdiction of the Court of Justice. It is not an international treaty, in the meaning of the Vienna Convention on the Law of Treaties".

Today the JPA is specifically disciplined by Regulation 2018/1046 on the financial rules applicable to the general budget of the Union and repealing Regulation No 966/2012. Article 165, §2 of Regulation 2018/1046 specifies that "Where the share pertaining to or managed by the contracting authority of a Member State in the total estimated value of the contract is equal to or above 50 %, or in other duly justified cases, the Union institution may decide that the procedural rules applicable to the contracting authority of a Member State shall apply to the joint procurement, provided that those rules may be considered as equivalent to those of the Union institution. The Union institution and the contracting authority from a Member State, an EFTA State or a Union candidate country concerned by the joint procurement shall agree in particular upon the detailed practical arrangements for the evaluation of the requests for participation or of the tenders, the award of the contract, the law applicable to the contract and the competent court for hearing disputes".

As a consequence, the JPA could be considered as a 'partnership agreement', a 'contract' aimeing to establish the practical arrangements of joint procedures between the Commission and participating Member States. In the relationship between the Member States, the JPA remembers – in a 'quasi-federal perspective – the 'framework agreements' stipulated in Italy between States and Regions and between Regions[57].

Concerning the JPA discipline, according to Article 1, §5, JPA is without prejudice to the right of the Contracting Parties to carry out procurement procedures outside this Agreement, even where such procedures involve the procurement of medical

[56] EUROPEAN COMMISSION, *Considerations on the legal basis and the legal nature of the Joint Procurement*, 10 April 2014, p. 1 ss., https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/preparedness_response/docs/jpa_legal_nature_en.pdf

[57] See *supra*, Part I, paragraph 3.

ISSN 2036-7821

countermeasures which form the subject of a joint procurement procedure or a framework contract or involve economic operators or contractors who are tendering for or have signed, a framework contract under a joint procurement procedure under this Agreement.

Regarding operative issues, Article 13 establishes that a procurement procedure can start if at least five Contracting Parties, including the Commission, participate. The rule aims to ensure smaller Member States an launch a procedure even if the major States are not interested in purchasing medicines and vaccines.

JPA management is attributed to the *Joint Procurement Agreement Steering Committee* (JPASC) [58], composed of one representative of the Commission and one representative of each Contracting Party. Management of single procedures and the elaboration of technical specifications and general allocation criteria are attributed to the *Specific Procurement Procedure Steering Committees* (SPPSC o *Steering Committees*)[59], composed of one representative of Member States participating in the procedure[60].

The Commission is charged with the conduct of the joint procurement procedures, including the award of the framework or direct contracts, and the management of the framework contracts, including the signature of any amendment of a non-substantial nature[61], as well as with the adoption of the award decision, after approval by the Specific Procurement Procedure Steering Committee[62]. After the award decision is adopted, the participating Contracting Parties sign the contract[63], previously approved by the SPPSC. Framework contracts establish the general supply conditions, while specific contracts, concluded between individual participating Contracting Parties and the JPA contractors that are parties to these framework contracts[64], establish the details[65]. According to Article 17,

"the frequency with which available amounts of medical countermeasures are allocated between participating Contracting Parties ('the generally applicable allocation criteria') shall be submitted to the SPPSC for approval[66]. The Contracting Parties shall receive the total quantity of the medical countermeasures that they have reserved or ordered, but the rate of delivery shall depend on the production capacity of the contractor and on the generally applicable allocation criteria".

[58] Art. 5, §1.

[59] Art. 5, §2.

[60] IDEM, *Explanatory Note on The Joint Procurement Mechanism*, December 2015, p. 1 ff., https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/preparedness_response/docs/jpa_explanatory_en.pdf; see also *Flowchart on the implementation of the Joint Procurement Agreement by the different Steering Committees*, https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/preparedness_response/docs/jpa_flowchart_implementation_en.pdf.

[61] Art. 4, §2, lett. (a.

[62] Art. 21, §1.

[63] Art. 22.

[64] Articles 27 ff.

[65] Art. 4, §2.

[66] Article 7 establishes Steering Committees' procedures and voting rules.

ISSN 2036-7821

Concerning dispute settlement between Contracting Parties, the JPASC is responsible for steering the process necessary to address any lack of compliance with JPA by a Contracting Party and the amicable settlement of disagreements between two or more Contracting Parties. According to Article 40, in the event of a failure to comply by any Contracting Party with JPA, the Contracting Parties will strive to promptly and jointly determine together in the JPASC the means to redress the situation as soon as possible. In the event of a disagreement between two or more Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement, the Contracting Parties will use their best endeavours to settle the matter directly. Should this not be possible, any of the Contracting Parties in disagreement may refer the matter to the JPASC, where the Contracting Parties do their utmost to resolve the matter through mediation. If these processes do not remedy the lack of compliance or settle the disagreement, the matter may be referred to the Court of Justice. According to Article 41, any failure to comply with this Agreement, or disagreement about the interpretation or application of this Agreement between the Contracting Parties, i.e., being unresolved within the JPASC, may be brought before the Court of Justice:
(a) by the Contracting Parties concerned, pursuant to Article 272 of the Treaty, where the unresolved matter is outstanding between the Commission and one or more Member States;
(b) by any Contracting Parties concerned that are Member States of the Union, against any other Contracting Parties concerned that are Member States of the Union, pursuant to Article 273 of the Treaty, where the unresolved matter is outstanding between two or more Member States.
The Court of Justice has exclusive jurisdiction to decide upon any failure to comply with this Agreement or disagreement with regard to the interpretation or application of JPA. With regard to the dispute between Contracting Parties and third parties, article 42, §2 "The law applicable to framework or direct contracts pursuant to this Agreement and the competent court for the hearing of disputes under these contracts shall be determined in these contracts".
If the applicable law should be the domestic law of a Contracting Party, any remedy offered by the domestic system can be resorted to. Nevertheless, according to article 4, § 3-4
"the Contracting Parties authorise the Commission to act as their sole representative in instituting or defending any legal proceedings brought by a contractor under a framework contract, except for any legal proceedings brought against a Contracting Party under a specific contract based on a framework contract…The Contracting Parties hereby authorise the Commission to act as their sole representative in bringing any legal proceedings against a contractor under a framework contract, except for any legal proceedings under a specific contract based on a framework contract".

ISSN 2036-7821

II.3 Joint Procurement Procedures and Advanced Purchase Agreements during the Covid-19 emergency as a means of speediness, safety, and effectiveness objectives.

During the emergency Covid-19, the JPA showed all its potentialities as well as its limits. Since February 2020, on the JPA basis, the Commission published six tenders and framework contracts have already been signed for individual protection devices; ventilators; laboratory equipment; medicines used in intensive care units, and redeliver, the only medicine with a conditional marketing authorization in the EU for the treatment of Covid-19 patients needing oxygen supply. A tender has been opened for rapid antigen tests. In April 2020, the European Economic Area (EEA) States[67] and six potential candidate countries[68] signed the JPA, bringing the total number of the signatories to 37.

Based on the 'EU vaccine strategy'[69], the Commission has also stipulated the Advanced Purchase Agreements (APA) with individual vaccine producers on behalf of Member States. These agreements are partially different from those signed until now within the JPA because, in return for the right to buy a specified number of vaccine doses in a given timeframe and at a given price, the Commission has financed, through the Emergency Support Instrument[70], a part of the upfront costs faced by vaccines producers. This funding has been considered as a down-payment on the vaccines that have been purchased by the Member States. This approach decreased risks for companies while speeding up and increasing manufacturing. While the JPA attributes to the Commission a role of mere coordination, within the APA framework the Commission invests EU funds in the procedure, even if these funds are used not to purchase vaccine doses but to support and accelerate their invention and experimentation. On 18 June 2020, Commission adopted the Decision approving the agreement with the Member States on procuring Covid-19 vaccines on

[67] The countries that signed the EEA agreement with EC in 1994 are Island, Norway, Liechtenstein.

[68] Liechtenstein, Albania, Montenegro, North Macedonia, Serbia and Bosnia and Herzegovina, Kosovo.

[69] COM (2020) 245 final, 17.06.2020, *EU Strategy for COVID-19 vaccines*.

[70] See Council Regulation (EU) 2016/369 of 15 March 2016 on the provision of emergency support within the Union and Council Regulation (EU) 2020/521 of 14 April 2020 activating the emergency support under Regulation (EU) 2016/369, and amending its provisions taking into account the COVID-19 outbreak, Article 4, §5 «Emergency support under this Regulation may be granted in any of the following forms: (a) joint procurement with Member States as referred to in Article 165(2) of Regulation (EU, Euratom) 2018/1046 whereby Member States may acquire, rent or lease fully the capacities jointly procured; (b) procurement by the Commission on behalf of Member States based on an agreement between the Commission and Member States; (c) procurement by the Commission, as wholesaler, by buying, stocking and reselling or donating supplies and services, including rentals, to Member States or partner organisations selected by the Commission. In the event of a procurement procedure as referred to in point (b) of paragraph 5, the ensuing contracts shall be concluded by either of the following: (a) the Commission, whereby the services or goods are to be rendered or delivered to Member States or to partner organisations selected by the Commission; (b) the participant Member States whereby they are to directly acquire, rent or lease the capacities procured for them by the Commission».

ISSN 2036-7821

behalf of the Member States and related procedures[71]. According to the Decision, the Participating Member States, and not the Commission, shall acquire vaccine doses from the manufacturers based on the APAs unless otherwise agreed[72]. All relevant vaccination policies shall therefore remain matters for the Participating Member States. In case a Participating Member State does not agree with the conclusion of an APA containing an obligation to acquire vaccine doses or its terms, it has the right to opt out by explicit notification to the Commission[73]. Once concluded, the terms of the APA shall be legally binding on the Participating Member States, except for those who have exercised their right to opt out[74]. By signing the Agreement, the Participating Member States confirm their participation in the procedure and agree not to launch their own procedures for advance purchase of that vaccine with the same manufacturers (exclusivity clause)[75].

To date, four safe and effective vaccines against COVID-19 have been authorized for use in the EU following positive scientific recommendations by the European Medicines Agency: BioNTech-Pfizer (21 December 2020), Moderna (6 January 2021), Astrezeneca (29 January 2021), and Johnson and Johnson (11 March 2021)[76]. Two other contracts have been concluded that allow the purchase of a vaccine once proven safe and effective: Sanofi-GSK, CureVac[77]. Exploratory talks have been concluded with Novavax and Valneva.

The vaccination campaign started at the end of December 2020 and it is in progress. Contracts published online have a common structure. They establish similar disposals as it concerns procedures, supply and payment conditions, Parties' obligations, and the 'Vaccine Order Form', a template that States have to use for the elaboration of 'specific' contracts. The respect of obligation established by APA (in particular quantities and timing) shall be governed by the law of Belgium and disputes have to be submitted to the courts located in Brussels, Belgium. Problems concerning vaccine transfer, delivery on national territory, and distribution are submitted to the national law. Member States assume the engagement to indemnify the Contractor for any damages, liability, and external legal costs determined by claims arising in connection with the use and deployment of Covid-19 vaccines.

Through instruments such as joint procurements and APA, the Commission tries to assume the role of 'central purchasing bodies', offering States its expertise and

[71] C (2020) 4192 final, 18.6.2020.
[72] Decision (2020) 4192 Annex, Art. 2.
[73] Art. 4.
[74] Art. 5.
[75] Art. 7.
[76] The texts of signed contracts are available at the link: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health_it#documents.
[77] APA with Curevac, signed on 17 November 2020, is available on line at the link: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/curevac_-_redacted_advance_purchase_agreement_0.pdf

ISSN 2036-7821

competences to strengthen their contractual power against suppliers, to assure transparency, procedural speediness, and effectiveness and to avoid competition in supplying between the Member States and their local entities[78].

Considering that the sanitary emergency is generating recurrent production stoppage, restrictions in people and good movements, and, consequently, shorter and more diversified supply chains, JPA and APAs could represent fundamental instruments aimed to assure solidarity and sureness, continuity, and fair distribution of medical goods between States. Since the JPA also involves ESA and potential candidate countries, it could represent a useful cooperation tool besides the EU borders, in a macro-regional dimension.

In the "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Serious Cross-Border Threats to Health and Repealing Decision No 1082/2013/EU"[79] joint procurements are the object of a deep reform inspired by the APA experience.

Firstly, the Commission and any Member States may engage in a joint procurement procedure conducted pursuant to Article 165(2) of Regulation 2018/1046 of the European Parliament and of the Council "with a view to the advance purchase of medical countermeasures for serious cross-border threats to health". So, advance purchase and risk-sharing between Commission, Member States, and producers become the rule.

Secondly, the exclusivity clause is specifically expressed and generalized[80]. Furthermore, the joint procurement procedure shall allow participation to all Member States, EFTA States, and Union candidate countries[81]. If approved, these reforms would confirm the Commission leadership in medical goods supplying at a macro-regional dimension, with relevant effects in terms of strengthening of contractual power against medical good manufactures, procedure effectiveness and speediness, fighting resource wastes, corruptions, and conflicts of interests.

Reforms of JPA and APA are becoming increasingly urgent in the light of the disputes that have arisen, after the beginning of the vaccine campaign, between the European Commission and vaccine producers as it concerns the timing of supply and delivery of the vaccine doses.

On 26 April 2021, the European Commission launched legal action against AstraZeneca over an alleged breach of contract concerning the delivery of its

---

[78] G. SDANGANELLI, *Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica*, in *DPCE on line* 4 (2020) 2323 ff., 2341; E. MCEVOY, D. FERRI, *The Role of Joint Procurement (JPA) during the COVID-19 Pandemic: Assessing its Usefulness and Discussing its Potential to Support a European Health Union*, in *European Journal of Risk Regulation* 11 (2020) 1 ff., 5 ff.

[79] COM (2020) 727 final, 11.11.2020, Art. 12.

[80] See art. 12, §2, lett. c) "Member States, EFTA States and Union candidate countries participating in a joint procurement shall procure the medical countermeasure in question through that procedure and not through other channels, and shall not run parallel negotiation processes for that product".

[81] See art. 12, §2, lett. a).

ISSN 2036-7821

coronavirus vaccine. According to the European Commission, AstraZeneca had committed to supplying 180 million doses to the EU in the second quarter of this year but faced multiple delays to shipments[82]. On 18 June 2021, the Brussels competent court, although criticizing AstraZeneca for a serious breach of its contract with the EU after repeated shortfalls, refused to impose a new schedule demanded by the European Commission that would have required the company to deliver 120 million doses by the end of June or pay fines of €10 per dose per day. Instead, the judge ruled that AstraZeneca must deliver only 80.2 million doses by a deadline of Sept. 27. The court is due to hold hearings in September on a second case brought by the Commission seeking judgment on whether AstraZeneca failed in its duty to deliver on the supply contract[83].

The ongoing dispute between the European Commission and AstraZeneca shows that national courts may not be the best solution to the problem concerning the vaccine supply during the pandemic. Indeed, the perspective of only verifying if there was a contract breach could undermine the real purpose that EU and national Institutions should pursue, namely not obtaining damage compensation but receiving timely sure and effective vaccine doses to be administered speedily to their citizens. In this perspective, it could be useful to include in the APA the obligation to try to solve the disputes arising among European Commission, States, and vaccine producers through Alternative Dispute Resolution mechanisms, which, de-conflicting the situation, could help to find a solution able to speed vaccine delivery and distribution, helping the EU countries to rapidly gain the herd immunity necessary to effectively and safely restart socio-economic activities.

3. Conclusions.

In a globalized world, conceiving the issues concerning the provision of public services as a 'domestic jurisdiction' and interpreting them in the classical framework of competence conflicts between Central Government and territorial authorities appears highly reductive.

The Covid-19 emergency underlined the necessity to frame in a multilevel perspective the allocation of responsibilities concerning decision-making, health service organization and management, and procedures. If the Member States have to assure the uniformity of fundamental rights protection, and Regions could better respond to specific territorial exigencies, giving the EU an important coordination role in combatting cross-border health scourges and health threats could assure a more effective and rapid reaction, balance of contrasting Member State interests,

[82] See the Statement released by AstraZeneca on 26 April 2021 available at the link https://www.astrazeneca.com/media-centre/statements/2021/statement-on-eu-legal-action.html.

[83] See F. GUARASCIO, A. SMOUT, *EU loses bid for speedier AstraZeneca vaccine deliveries*, in *Reuters*, 18 June 2021. See also H. KUCHLER, M. PEEL, *EU fails in legal bid to speed up AstraZeneca vaccine supply*, in *Financial Times*, 18 June 2021.

ISSN 2036-7821

greater contractual power with medical goods providers, and the application of a spirit of solidarity in the sharing and allocation of resources necessary to overcome the emergency. In this perspective, joint procurement procedures are only an example of procedures that could be better realized if shared between the Member States or coordinated (and funded) at the EU level.

However, increasing EU competences could fail to reach the expected results if it is not matched with a deep reform of the SSN/SSR system aimed to establish not only the limits of the Central Government and Region competences but also the minimum protection standards of the right to health, that has to be assured on the whole national territory and that has to be considered undeniable also in the event of sanitary emergencies.

The next generation programme, REACT EU and the EU4 Health programme could represent a great opportunity to experiment with methods of 'good multilevel governance' in the public health sector, offering significant financial resources both to the Central Government and to the Regions earmarked to pre-defined expense typologies.

It is hoping that the Italian Central Government and Regions will be able to adequately exploit this opportunity, becoming a model also for EU candidates and potential candidates.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La prova indiziaria nella decisione amministrativa. Spunti di riflessione a margine della sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1354 del 15 febbraio 2021.

di Andrea Marco Colarusso

(Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa. La fattispecie processuale e la sentenza del Consiglio di Stato; - 2. L'applicazione della prova indiziaria ai fini della quantificazione del risarcimento del danno; - 3. La rilevanza applicativa della prova critico-indiziaria in ambito amministrativo. Profili problematici; - 3.1 Indeterminatezza normativa e inferenza probatoria; - 3.2 I requisiti dell'indizio e le guide-lines dell'inferenza indiziaria; - 3.3 La selezione "discrezionale" dei dati indizianti; - 3.4 Gli standard probatori di verità dell'ipotesi ricostruttiva del fatto; - 4. L'indizio amministrativo 'isolato': la possibile minus-valutazione del requisito della concordanza nel processo amministrativo; - 5. Considerazioni conclusive: lo statuto dell'indizio amministrativo.

Abstract

The paper, taking the cue from the decision no. 1354/2021 of the Italian Supreme Administrative Court, analyzes the main issues involving circumstancial evidences in the administrative decisions. As a result, the author defines legal requirements, standards of proof and logical criteria of explanation concerning the circumstancial inference, trying also to assess its autonomous status in adminstrative law.

ISSN 2036-7821

1. Premessa. La fattispecie processuale e la sentenza del Consiglio di Stato.

La sentenza del Consiglio di Stato n. 1354/2021 costituisce l'occasione per sviluppare alcune riflessioni in ordine all'operatività dei meccanismi di prova, e segnatamente di prova indiziaria, nella decisione amministrativa e, dopo averne esaminato i tratti ontologici e le *guide lines* logico-argomentative che devono ausiliare l'interprete nel percorso inferenziale di prova critica, per provare ad esaminarne i riflessi applicativi ai fini della quantificazione del ristoro dei danni provocati dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa[1].

A tale scopo, devono brevemente tratteggiarsi gli elementi fattuali e le risultanze processuali della controversia che costituisce lo spunto concreto per affrontare i profili di specialità e di problematicità dei meccanismi di accertamento del fatto nel giudizio amministrativo.

Con ricorso innanzi al Tribunale Amministrativo per il Lazio, sez. III-*bis*, il professor D.P., ricercatore confermato presso l'Università degli Studi di Reggio Calabria, chiedeva il risarcimento dei danni all'esito della sospensione e revoca del proprio trasferimento all'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", disposte con atti amministrativi ritualmente impugnati in distinti giudizi e annullati in via definitiva con sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 30 gennaio 2002, n. 537.

Il T.A.R., con sentenza n. 48 del 03/01/2014, riconosceva la sussistenza di un danno ingiusto per il ritardo di 6 anni e 5 mesi nel trasferimento del ricorrente, che era avvenuto solo in data 01/06/2002, in esecuzione delle statuizioni della citata sentenza del Consiglio di Stato n. 537/2002, a fronte del definitivo accertamento della spettanza di una pretesa al trasferimento maturata a far data dall'1/01/1996, inferendo la colpa dell'Amministrazione dall'indice presuntivo di una violazione grave, commessa in quadro di circostanze di fatto e normative tali da evidenziare la negligenza dell'organo amministrativo.

Con riguardo alle plurime voci di danno oggetto della domanda del professor D.P., il Collegio riteneva meritevole di accoglimento la richiesta relativa al risarcimento del danno patrimoniale per le spese di trasporto, vitto e alloggio affrontate dal periodo 1° gennaio 1996 – 1° giugno 2002, ritenendo che l'analitica documentazione prodotta delle spese di trasporto, nonché di vitto e alloggio, in relazione al periodo marzo 2001 – marzo 2002 fosse sufficiente a pervenire ad una quantificazione rapportata all'intero lasso temporale di riferimento contemplato nella domanda.

Avverso detta decisione interponeva appello l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", articolato su plurime censure e, segnatamente, per quanto in questa sede

[1] Gli spunti di riflessione sviluppati in questa sede costituiscono il portato di una più ampia e articolata analisi dei profili di specialità e di problematicità dell'applicazione della prova indiziaria nell'esercizio del potere amministrativo e giurisdizionale, che si possono rinvenire in G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa. Teoria e prassi dell'inferenza probatoria nell'esercizio della funzione amministrativa e del potere giurisdizionale*, ESI, Napoli, 2021.

ISSN 2036-7821

d'interesse, evidenziando che la dimostrazione del danno non era stata accompagnata da una adeguata produzione documentale e che quindi assumeva una caratterizzazione meramente presuntiva.

Il Supremo Consesso, condividendo le argomentazioni del giudice di prime cure in ordine alla sussistenza di un danno provocato dal ritardo nell'attività provvedimentale collegato ad una prova rigorosa della spettanza del bene della vita al trasferimento, riteneva che *"la prova in ordine alla quantificazione del danno sofferto può essere raggiunta anche mediante presunzioni, atteso che per la configurazione di una presunzione giuridicamente valida non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessarietà assoluta ed esclusiva, sulla scorta della regola dell'inferenza necessaria, ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'id quod plerumque accidit in virtù della regola dell'inferenza probabilistica, sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici (cfr., in tal senso e tra le molte, Cons. Stato, Sez. IV, 5 febbraio 2018 n. 701)"*.

Nel caso di specie, l'autorità giurisdizionale, all'esito della cognizione di un dato ricavabile dal precedente giudicato amministrativo che, a sua volta, aveva inferito in via diretta la prova del fatto dannoso dagli elementi documentali dei provvedimenti amministrativi che avevano illegittimamente ritardato il trasferimento del ricorrente, di cui è stata ritenuta certa la spettanza ai sensi della normativa di riferimento, giungeva a sussumere la fattispecie concreta entro le maglie normative degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano da ritardo ascrivibile alla pubblica amministrazione.

Conseguentemente, ai fini della ricostruzione del rapporto di causalità tra il fatto illecito e l'evento dannoso, nonché ai fini della quantificazione del danno, il Collegio statuiva che dalla documentazione versata in atti, relativa alle spese di trasporto, nonché di vitto alloggio per il periodo marzo 2001 – marzo 2002, potesse inferirsi in via critico-indiziaria la riconducibilità causale dell'oneroso pendolarismo, non ad una libera scelta del professore, bensì al tardivo trasferimento, rinvenendo, inoltre, dalla documentazione medesima, sebbene riferita ad un periodo limitato, un elemento certo per computare del danno relativo all'intero periodo oggetto della domanda giudiziale.

Orbene, ciò posto, la decisione lambisce plurimi profili dogmatici ed elementi problematici della prova indiziaria, e segnatamente:

1) l'utilizzo della prova indiziaria, non ai fini dell'accertamento del verificarsi del fatto illecito dannoso, bensì *"in ordine alla quantificazione del danno sofferto"* (si veda, al riguardo, *infra*, il par. 2);

ISSN 2036-7821

3) l'individuazione e la definizione dei requisiti dell'indizio e delle linee guida logico-argomentative dell'inferenza indiziaria in ambito amministrativo, laddove ha statuito che "*il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici*" (si vedano, al riguardo, *infra*, i parr. 3.1 e 3.2);
2) i profili problematici originanti dall'accertamento, selezione e valorizzazione dei dati indiziari dai quali inferire l'esistenza del fatto ignoto, laddove si è fatto riferimento all'"*apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti*" (si veda, al riguardo, *infra*, il par. 3.3);
3) gli *standard* di verità dell'ipotesi ricostruttiva ai fini della plausibilità dell'inferenza probabilistica, laddove si è affermato che "*non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessarietà assoluta ed esclusiva, sulla scorta della regola dell'inferenza necessaria, ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'id quod plerumque accidit in virtù della regola dell'inferenza probabilistica*" (si veda, al riguardo, *infra*, il par. 3.4);
4) l'operatività del requisito della concordanza e congruenza dell'indizio nel giudizio amministrativo, caratterizzato da una prevalenza delle prove documentali, come è avvenuto e la possibile rilevanza applicativa di un 'indizio amministrativo isolato' (si veda, al riguardo, *infra*, il par. 4);

2. L'applicazione della prova indiziaria ai fini della quantificazione del risarcimento del danno.
Deve osservarsi, che, come meglio si dirà in seguito, la prova indiziaria discende dalla valorizzazione di un fatto certo, anche documentalmente acquisito, mediante un procedimento inferenziale probabilistico che consente di accertare un fatto incerto con l'utilizzo di connessioni causali abduttive.
Nel caso di specie, il giudice ha ritenuto raggiunta la prova del fatto illecito enunciato, ovvero il comportamento sanzionato come illegittimo della P.A., dall'ingiustificato ritardo nell'attribuzione al ricorrente del bene della vita (il trasferimento) a cui aspirava.
Il Tribunale per raggiungere la prova del danno sofferto dal ricorrente nell'intero ammontare riconosciuto in sentenza, corrispondente, cioè, a tutto il periodo in cui l'istante è stato costretto al pendolarismo tra Roma e Reggio Calabria, ha fatto ricorso ad un sillogismo di prova indiziaria, così confermando ancora una volta la possibilità di utilizzare questa categoria nella decisione amministrativa.
Per la precisione, la sentenza ha sviluppato il seguente schema logico: se a causa del fatto X (ritardo della P.A.) è derivato il danno Y (sopportazione delle spese) per il periodo Z e se la causa X ha operato per il periodo (ulteriore) Z/1 è verosimile (per

ISSN 2036-7821

l'id quod pleruumque accidit) che un danno omogeneo ad Y si sia prodotto anche per il periodo ulteriore Z/1.
Dal fatto certo (*probans)* (X ha prodotto Y per il periodo Z), quindi, il giudice amministrativo ha inferito l'incerto (*probandum*), cioè il danno per il periodo per cui mancava documentazione.
Successivamente la sentenza in commento ha affermato, assumendolo come principio generale, che la prova dell'ammontare del danno può essere raggiunta anche per presunzioni.
Orbene, detta statuizione non è esente da profili problematici.
Ed, invero, e la carenza totale di prova diretta o storica sulla quantificazione di un danno, già accertato nell'*an* in via diretta o critico-indiziaria, non può essere colmata in via presuntiva, ma può essere ovviata unicamente dal giudice mediante il ricorso al giudizio di equità, come dettano gli artt. 2056 e 1226 c.c., per la ragione che se il *factum probandum* (entità del danno) è del tutto sfornito di prova e se manca qualsiasi elemento di fatto certo (danno prodotto per il periodo Z che, invece, esisteva nel caso oggetto del giudizio) da cui possa – e debba necessariamente - prendere le mosse il sillogismo inferenziale, non è possibile sviluppare la concatenazione logica che conduce al raggiungimento della conclusione di prova (*factum probandum)*, stante la mancanza del primo anello (*factum probatum*).
Quanto innanzi detto offre l'occasione per approfondire la differenza tra l'argomentazione rigorosamente logica – e, quindi, falsificabile - attraverso la quale il Giudice, per il tramite delle massime di esperienza, perviene al risultato di prova che fonda la decisione finale e il giudizio di equità, che pure deve essere supportato da un congrua motivazione e che, per il danno da illecito il cui ammontare non sia provato o per il quale la prova sia estremamente difficile, rappresenta l'unica via per giungere alla decisione positiva per il danneggiato
La prova del fatto e del nesso di causalità giuridica e materiale, come detto, è stata rinvenuta nelle risultanze del giudicato amministrativo che ha accertato l'attitudine dannosa dell'attività provvedimentale della P.A., siccome riscontrabile dagli elementi documentali dei provvedimenti adottati che, stante l'accertata spettanza del trasferimento, hanno prodotto un illegittimo ritardo e un danno, non ad un mero interesse ad una corretta e sollecita definizione del procedimento amministrativo, bensì ad una situazione giuridica sostanziale di tipo pretensivo ingiustamente lesa.
Con riguardo alla quantificazione del danno, il Collegio, dopo aver testualmente riconosciuto "*che la prova in ordine alla quantificazione del danno sofferto può essere raggiunta anche mediante presunzioni*" e avendo riportato le affermazioni di principio in ordine alla natura degli indizi e all'inferenza da cui ricavare il fatto ignoto che sopra si sono esaminate, è giunto ad applicare siffatto strumento probatorio, non già all'accertamento del fatto dannoso, bensì alla prova in ordine alla "*quantificazione del danno*", ovvero del suo ammontare.

ISSN 2036-7821

A dimostrazione del fatto che la prova indiziaria difficilmente possa attingere alla determinazione del *quantum* del danno derivante dall'illecito, che l'art. 2056 consegna alla possibilità di un giudizio di equità nel caso in cui la prova sia impossibile o sommamente difficoltosa, è opportuno rimarcare le profonde differenze che intercorrono proprio tra equità e la logica dell'inferenza probatoria, la prima non definita dalla legge, al contrario della prova presuntivo-indiziaria, definita in ambito civilistico nell'art. 2727 c.c. e soggetta alle regole del procedimento logico-argomentativo.

Ed invero quando si tratta di decidere su una attribuzione patrimoniale corrispondente al danno da illecito, occorre distinguere il momento della prova sull'esistenza del danno, quella, cioè, consistente nell'accertamento dell'*an debeatur*, che può raggiunto anche a seguito dell'inferenza logica che muove dagli indizi, con le avvertenze che sotto si riporteranno, dal successivo momento della liquidazione del danno, e cioè dalla sua quantificazione o stima o monetizzazione, che consiste in un'operazione di calcolo dell'equivalente monetario che il danneggiato ha diritto di conseguire.

In ordine alla quantificazione dell'entità del danno, invece, laddove si ritenga difficilmente raggiungibile la prova nel suo preciso ammontare, viene in rilievo una diversa valutazione di tipo equitativo, che fa richiamo alla soggettività del decisore, disciplinata dall'art. 1226 e dell'art. 2056 c.c. che ad esso vi fa richiamo, e che si ritiene pacificamente applicabile nel giudizio amministrativo[2].

Ora, se attraverso l'inferenza indiziaria, con le avvertenza di cui si dirà, potrebbe essere dimostrata anche la sussistenza di un fatto dannoso nella sua realtà ontologica, a prescindere dalla stima della sua entità monetaria, tale procedimento pare più problematico per la prova del *quantum* spettante come equivalente monetario.

Ciò in quanto dagli indizi – integrati da fatti certi partendo dai quali, attraverso le massime di esperienza, si perviene all'accertamento del fatto da provare, con un rapporto, quindi, che si instaura da "fatto a fatto" – pare difficile giungere alla stima del danno, che non può essere qualificato alla stregua di *factum probandum*, trattandosi, piuttosto che di un fatto, di una mera operazione mentale di stima o quantificazione del fatto/pregiudizio accertato.

[2] Consiglio di Stato sez. V, 13/03/2017, n.1139, secondo cui *"L'esercizio del potere discrezionale del giudice di liquidare il danno in via equitativa, ai sensi degli artt. 1226 e 2056 cod. civ., espressione del più generale potere di cui all'art. 115 c.p.c., dà luogo non già ad un giudizio di equità, ma ad un giudizio di diritto caratterizzato dalla cosiddetta equità giudiziale correttiva od integrativa, il quale pertanto presuppone che sia provata l'esistenza di danni risarcibili e risulti obiettivamente impossibile o particolarmente difficile, per la parte interessata, provare il danno nel suo preciso ammontare; non è invece possibile surrogare, in tal modo, il mancato accertamento della prova della responsabilità del debitore o la mancata individuazione della prova del danno nella sua esistenza"*. Si veda anche F.G. SCOCA, *Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, a cura di F.G. SCOCA, Giappichelli, Torino, 1997,

ISSN 2036-7821

L'inferenza probatoria consiste in un procedimento vincolato che appartiene alla stretta legalità, mentre l'equità è una entità diversa, che non appartiene al campo della prova ed esula della stretta legalità, ma serve proprio a temperare il rigore della legge solo quando il giudice è autorizzato dalla legge a farvi ricorso. In tal senso essa legittimamente fa ingresso nel mondo del diritto, quando il giudicante è chiamato o a valutare il comportamento delle parti, oppure ad equilibrare o contemperare gli interessi sostanziali in gioco.
Pertanto, mentre l'art. 2727 pone una norma oggettiva, di carattere generale ed astratto, l'applicazione dell'equità prevede un giudizio avente due caratteristiche fondamentali, quali la singolarità del caso da decidere del caso (la c.d. 'giustizia del caso singolo') e l'ingresso nella decisione della soggettività del giudice, il quale applica una regola che, a differenza del giudizio secondo diritto, non preesiste al giudizio ma che il legislatore autorizza ad applicare[3].
Pertanto, la differenza tra la valutazione equitativa a fini liquidatori e l'inferenza (logica) probatoria che presiede alla valutazione degli indizi si rinviene in una dimostrazione del rapporto logico tra i fatti esaminati (indizi) e la conclusione di prova (*factum probandum*) che, invece, è estraneo alla liquidazione equitativa del danno, che pure deve basarsi su fatti concreti che il giudice è tenuto ad enunciare e valutare, non potendo ridursi il giudizio di equità in un giudizio a senso o a sensazione - e quindi – arbitrario.
Tuttavia, l'obbligo di motivare in maniera congrua l'esercizio del potere discrezionale di far ricorso alla liquidazione del danno in via equitativa (ove ne ricorrano i presupposti) pare essere cosa diversa dalla enunciazione del percorso logico rigoroso attraverso i quale si giunge a dimostrare il fatto ignoto partendo dagli indizi.
Appare dunque difficoltosa la caratterizzazione della traduzione del danno nell'equivalente monetario come fatto da provare, inteso come accadimento *in rerum natura* che interviene a modificare la realtà e di cui valorizzare le connessioni causali.

3. La rilevanza applicativa della prova critico-indiziaria in ambito amministrativo. Profili problematici.

3.1 Indeterminatezza normativa e inferenza probatoria.

[3] Per uno studio più approfondito del giudizio di equità si rinvia – oltre che ai numerosi studi particolari e ai manuali generali sul processo civile – a V. FROSINI, *Equità (Nozione di Equità)*, in *Enc. del Dir.*, Vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966; E. GRASSO, *Equità (giudizio di)*, in *Dig. Discipline priv. Sez. Civ.*, vol. VII, Torino, 1991; V. VARANO, *Equità (giudizio di)*, in *Enc. Giur.*, Vol. XII, Treccani, Roma, 1989; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, *in Enc. Giur.*, vol. XVIII, Treccani, Roma 1990; A. CERINO CANOVA, *Principio di legalità e giudizio di equità*, in *Foro It.*, 1984, V, 30; M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2001, 1, 31; V. DENTI, *Contributo allo studio del giudizio di equità nel processo civile*, in *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali dell'Università di Pavia*, vol. XXVI, Garzanti, Pavia, 1944; E. FAZZALARI, *Voce Sentenza Civile*, in *Enc. del Dir.*, vol. XLI, parr. 7 e 12, Milano, 1989.

ISSN 2036-7821

La decisione da cui si trae lo spunto per il presente commento costituisce, dunque, una plastica rappresentazione del pervasivo utilizzo dell'indizio nella decisione amministrativa, che integra un elemento di accertamento probatorio del fatto secondo metodi argomentativi probabilistici di sussunzione del caso concreto sotto una norma caratterizzata da un ampio ed elastico margine applicativo quale è quella che definisce gli elementi costitutivi del risarcimento del danno originante dall'attività della P.A.

Si manifesta, dunque, la pregnante necessità di una partita considerazione dogmatica dell'indizio e di una indagine dei suoi aspetti problematici [4].

Orbene, diversamente da quanto accade in ambito civilistico e penalistico, anche in ragione della particolare configurazione del sistema processuale in senso dispositivo con il correttivo acquisitivo[5], l'accertamento del fatto nel processo amministrativo si realizza in modo peculiare, rimanendo esso influenzato, non solo dal fisiologico nucleo di indeterminatezza della disciplina dell'azione dei pubblici poteri, ma anche dalla valenza probatoria preminente di atti e documenti, dai quali si finisce per ritenere quali fatti accertati quelle che sono mere valutazioni su giudizi e accadimenti, anche sulla base di una crescente applicazione di procedure inferenziali basate su parametri argomentativi critico-indiziari.

Il punto di partenza è la constatazione che la disciplina dell'azione e dei connessi profili di responsabilità dei pubblici poteri è per sua natura caratterizzata da un fisiologico, e a volte difficilmente perimetrabile, carattere elastico delle norme e da un frequente ricorso a concetti indeterminati, il cui contenuto di senso non è immediatamente predeterminabile nella sua corrispondenza al reale, a fronte del quale si staglia un'area di dubbio plausibile che richiama l'inferenza critico-indiziaria[6].

---

[4] G.D. ROMAGNOSI, *Instituzioni di diritto amministrativo,* tomo I, Milano, 1814, a cura di E. ROTELLI, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 18 e ss., più di due secoli fa, riteneva essenziale individuare la nozione di indizio in ambito amministrativo, al fine di distinguerlo dalla presunzione e dal sospetto, ma anche dall'ammennicolo o dal segno, che diviene semplice indizio quando la connessione col fatto principale è solo più o meno probabile (abduzione), e ancora dalla *"congettura"*, che *"non si deve confondere nè col senso della certezza o della presunzione, nè coi dati o mezzi coi quali s'induce l'uno o l'altro senso, ma piuttosto considerar si deve come un processo inquisizionale della mente, onde dedurre la cognizione di un fatto ricercato"*.

[5] Per un approfondimento sull'evoluzione del sistema processuale amministrativo nell'ordinamento italiano si rinvia a R. CARANTA, *Il nuovo processo amministrativo – commentario sistematica,* Bologna, 2011; B. SASSANI, R. VILLATA, *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo,* Torino 2012; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo (Annotato con dottrina, giurisprudenza e formule),* Roma, 2012; M.A. SANDULLI, *Il nuovo processo amministrativo,* Milano, 2013; G. MORBIDELLI, *Codice della giustizia amministrativa,* Milano 2014; F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa,* Torino, 2017; G. P. CIRILLO (a cura di), *Diritto processuale amministrativo,* Milano, 2017; F. CARINGELLA, *Manuale del processo amministrativo,* Roma, 2017; R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato,* Milano, 2017; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa,* Torino, 2019; G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo,* Milano, 2019.

[6] S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità,* Giappichelli, Torino, 2014, p. 242, prende in esame le teorie (tra le quali anche quella di W. JELLINEK) sulla fisiologica indeterminatezza della fattispecie disciplinante il potere pubblico.

ISSN 2036-7821

L'indeterminatezza normativa comporta, così, il capovolgimento del tradizionale processo sillogistico-sussuntivo di marca giuspositivistica, innescando una circolarità del processo ermeneutico attraverso una reciproca e continua implicazione di fatto e norma, al fine di pervenire alla decisione applicativa[7].

Il rifiuto di un positivismo "ingenuo"[8] che teorizza una pervasiva e analitica legislazione per enumerazione delle ipotesi applicative della norma, lascia spazio ai concetti di ragionevolezza, plausibilità e possibilità della ricostruzione ipotetica del fatto sussumibile, che, a loro volta, conducono ad una visione della sussunzione quale processo deliberativo in cui *quaestio facti* e *quaestio iuris* interagiscono circolarmente nella ri-costruzione argomentativa della verità fattuale cui segue il momento ascrittivo di valore giuridico[9].

Si tratta essenzialmente di una "*giuridificazione del mondo reale*" ove "*il fatto sconfina nel diritto*", nel caso in cui non sia agevole ritagliare nel tessuto connettivo della realtà, da ricostruire processualmente mediante un procedimento discorsivo, un simulacro della fattispecie astratta che ne ritragga compiutamente le note, ed in cui la situazione di fatto prende la mano al decidente, costringendolo a riconoscere ad essa una forza normativa[10].

Questo processo circolare di completamento del precetto involge la cognizione e selezione di dati empirici tutti non univocamente conducenti alla fattispecie astratta[11] e catalizza l'applicazione di *standard* di prova critico-argomentativa nell'accertamento del fatto ritenuto sussumibile e suscettibile, dunque, di conferire senso concreto alla fattispecie normativa ampia[12].

---

[7] Cfr. B. PARADISI, voce *Diritto, par. 14 – Il problema dell'interpretazione*, in *Enciclopedia del Novecento*, Treccani, Roma, 1977; M. TARUFFO, *La giustificazione dei fatti fondati su standards*, Giappichelli, Torino, 1989; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Giuffrè, Milano, 1993; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, CEDAM, Padova, 1995; G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Hoepli, Milano, 2017.

[8] P. FERRUA, F.M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 311; VOGLIOTTI M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, Cap. II e III.

[9] M. VOGLIOTTI, *ibidem*.

[10] Cfr. E. PARESCE, voce "*Interpretazione (filosofia)*, vol. XXII, in *Enc. del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1972.

[11] A conferma della natura probabilistica del processo ermeneutico di accertamento dei fatti da sussumere e che concorrono a determinare la fattispecie aperta, ci si può richiamare alle riflessioni di Walter Jellinek che, già agli inizi del secolo XX, evidenziava che l'interprete *"ancor prima di conoscere l'esatta determinazione del concetto sa che vi sono delle situazioni di fatto che rientrano con sicurezza in esso ed altre situazioni di fatto che, con sicurezza, non vi rientrano affatto. È così che sorgono le sfere della certezza positiva e negativa e quelle del dubbio possibile"*. Cfr. W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung, Zweckmässigkeits-erwägung*, Tubinga, 1913, esaminato da D. DEPRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, CEDAM, Padova, 1995, pp. 52 e ss.

[12] Allo stesso modo, Jerzy Wroblewski sostiene che vi siano situazioni in cui l'ambiguità e l'indeterminatezza non rendano immediata la corrispondenza tra fatto e norma e, non essendo possibile per l'organo che applica il diritto affermare che il caso è indecidibile, *"il fatto è compreso nella zona di penombra, allora si è incerti se includerlo all'interno della sfera regolata dalla norma o escluderlo, alla stregua di quelle situazioni considerate chiaramente al di fuori della norma (ossia non soltanto esterna al nucleo, ma anche alla zona di penombra)"*. J. WROBLEWSKI, *Una base*

ISSN 2036-7821

La verità processuale, nella sua tendenziale (e non totale) corrispondenza della verità fattuale con la fattispecie astratta, non sembra potersi affidare alla certezza ed univocità diretta del dato empirico, ma, piuttosto, ad un procedimento discorsivo[13], articolato attraverso assunzioni probabilistiche e massime di esperienza, svincolate dalle pretese scientistiche e positivistiche, che identificano plurime connessioni causali secondo l'*id quod plerumque accidit* e ritagliano nel tessuto frastagliato degli accadimenti concreti gli elementi della fattispecie astratta.

Tutto ciò richiede la valorizzazione, non solo a fini qualificatori, ma anche ai fini probatori per l'accertamento del fatto sussumibile, di circostanze congruentemente indizianti, per la loro utilizzazione in ambito procedimentale e processuale.

Tale attività ha un carattere non meramente ricognitivo del reale, ma parzialmente euristico nella selezione di eventi di incerto rilievo giuridico, ricostruendoli mediante procedimenti critici-inferenziali che valorizzano gli elementi fattuali giuridicamente rilevanti nel perimetro applicativo della norma.

Il decisore, invero, nel valorizzare circostanze concrete, le sottopone ad un filtro interpretativo, che origina dalla precomprensione della *quaestio iuris* e dalla comprensione giudiziale della *quaestio facti*, ricostruendo un rapporto tra dato concreto e fattispecie astratta adeguato alla risoluzione della controversia (o all'adozione della decisione).

La prova critico-indiziaria viene ad esistenza con l'attestazione di un'entità nota, anche immateriale, idonea a suscitare un legame logico dimostrativo con un'entità ignota e in grado di corrispondere alla fattispecie astratta.

Del resto, si intende per prova, secondo la definizione benthamiana, *"un fatto supposto vero, che si considera atto a servire qual motivo di credibilità sopra l'esistenza, o la non esistenza, di un altro fatto"*[14].

Si è detto, sul punto, che *"nel giudizio giurisdizionale gli elementi che consentono di identificare e di qualificare la situazione concreta oggetto di controversia, ai fini della decisione, sono rinvenibili attraverso specifiche modalità operative ascrivibili al procedimento probatorio e alle forme di ragionamento che lo contraddistinguono"*[15].

L'oggetto della prova, in altre parole, *"non è costituito da eventi concreti, colti nella loro realtà immediata, ma da proposizioni aventi ad oggetto i fatti (proposizioni descrittive, in cui*

---

semantica per l'interpretazione giuridica, in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. SCARPELLI, Edizioni di Comunità, Milano, 1976; nonché H.L.A. HART, *Il concetto di diritto,* Torino, 1965, pp. 148 e ss.

[13] Cfr. A. TARSKI, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica,* trad. it. di A. MEOTTI, Milano, 1969; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, cit.*, esaminati da B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico,* Milano, 1996, pp. 91 e ss.

[14] J. BENTHAM, *Teoria delle prove giudiziarie*, trad. it. di B. V. ZAMBELLI, Bruxelles, 1842, p. 21, in A. MELCHIONDA, voce *Prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. del Diritto*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 650.

[15] Cfr. B. PASTORE, *op. cit.*, p. 125

ISSN 2036-7821

il fatto rappresenta il soggetto logico, al quale viene attribuito un predicato di esistenza o un predicato descrittivo generico)"[16].

Si ravvisa, pertanto, un profondo vincolo di dipendenza tra indeterminatezza della fattispecie astratta, costruita mediante il ricorso a concetti di difficile perimetrazione empirica, con conseguente difficoltà di delineare nitidamente il senso concreto del contenuto regolativo e il metodo probatorio di ricostruzione del fatto, che si allontana sempre più dall'univocità dell'inferenza diretta e richiama il carattere probabilistico dell'inferenza probatoria, non come mera descrizione del reale, ma come inscrizione dei multiformi dati dell'esperienza in un contesto complessivo di senso, in cui la verità si rivela solo nella coerenza argomentativa di un discorso basato sulle generalizzazioni mediante massime di esperienza.

In tali evenienze, ove è molto ampio lo spazio per l'argomentazione critica che, attraverso le massime d'esperienza o le analoghe regole probabilistiche[17], ricostruisce il reale, vengono in rilievo plurimi dati aventi singolarmente un carattere di significatività, informati alla plausibilità e non ad una certezza scientificamente fondata.

L'indizio, pertanto, si manifesta sovente in una cornice decisionale in cui si registra una forte tensione veritativa tra una multiforme realtà fattuale, quasi mai univocamente ritraibile entro le ampie maglie del disposto normativo, e una norma che richiede un processo argomentativo di concretizzazione mediante integrazione valutativa.

La descritta contaminazione coinvolge nella medesima misura l'amministrazione e il giudice, siccome titolari di un analogo potere ermeneutico quanto all'accertamento e alla qualificazione giuridica del fatto e alla sussunzione di esso sotto la norma attributiva del potere, che presentano svariati profili di fisiologica indeterminatezza, correlati ad una accresciuta esigenza di elasticità delle fattispecie volte ad adattarsi all'imprevedibilità e alla complessità del reale, che ne scalfiscono la immediata riscontrabilità empirica[18].

L'autorità giurisdizionale opera, infatti, sul fatto mediato dalle acquisizioni delle risultanze del procedimento condotto dalla P.A. ed entrambi si trovano innanzi

---

[16] Cfr. G. VERDE, voce *Prova (teoria gen. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. del Diritto*, vol. XXXVII, Milano, 1988, par. 3.

[17] G. UBERTIS, *I fondamenti normativi della metodologia, il linguaggio processuale ("fonte di prova", "elemento di prova", "mezzo di prova", "criterio", "risultato", "indizio", "sospetto", cit.*, p. 50.

[18] S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 128, secondo cui il procedimento di sussunzione, nelle fattispecie in cui all'indeterminatezza della norma si aggiunge l'incertezza intrinseca del fatto da accertare, *"coinvolge parallelamente tanto l'attività amministrativa quanto l'attività giurisdizionale, essendo entrambe volte manifestare una volontà di natura politico-amministrativa sulla gerarchia degli interessi che emergono dalla fattispecie, bensì a predisporre una corretta e completa conoscenza delle premesse fattuali, al fine di interpretare, di eseguire, di applicare a ragion veduta norme e principi ad elevato contenuto di astrattezza nella concretezza della realtà fattuale"*, soggiungendosi che in entrambe le fasi, amministrativa e giurisdizionale, si svolge la medesima operazione interpretativa, sebbene realizzata da poteri diversi orientati al perseguimento di obiettivi non coincidenti.

ISSN 2036-7821

all'arduo compito di condurre la norma nella realtà empirica, mediante un'integrazione valutativa.
Tali caratteri peculiari della decisione amministrativa richiamano l'interprete, in primo luogo, a tenere presente la differenza concettuale tra l'accertamento del fatto (delle premesse di fatto del potere amministrativo), condotto secondo il metodo probatorio, e la qualificazione e sussunzione dello stesso sotto la norma [19].

3.2 I requisiti dell'indizio e le guide-lines dell'inferenza indiziaria.
Se non può disconoscersi, dunque, che gli indizi possano essere potenzialmente, e anche autonomamente, in grado di supportare una decisione di sussunzione della fattispecie concreta sotto l'ampio perimetro applicativo della norma indeterminata, si ritiene che, al fine di garantire la correttezza e verificabilità della decisione, sia essenziale il rispetto dello statuto epistemologico della prova indiziaria.
Non può omettersi di considerare, infatti, la necessità che il metodo probatorio indiziario sia condotto secondo criteri (*standard*) di giudizio legali e logici che costituiscono strumenti per il controllo della validità e della verificabilità dell'atto decisorio e, in sostanza, canoni di cui deve darsi conto nella motivazione, di fondatezza dello stesso[20].
L'indizio è un evento noto che esprime la presenza di un evento che altrimenti resterebbe ignoto, rappresentando uno strumento di conoscenza in cui un fatto (*recte:* un quadro fattuale) spiega una valenza significante del *thema probandum*[21].
Deve evidenziarsi, però, che l'indizio deve ritenersi distinto dal 'segno', più propriamente individuabile quando la connessione col fatto principale è solo più o meno probabile[22].
In primo luogo, parallelamente alla definizione interpretativa dei confini della fattispecie, è necessaria una particolare attenzione alla valorizzazione di tutti gli elementi ontologici della prova indiziaria, che impone una considerazione, prima, della capacità dimostrativa (la gravità) e dell'inequivocità (la precisione) dei singoli

[19] Già Massimo Severo Giannini aveva osservato che *"neanche si deve confondere l'accertamento del fatto con la discrezionalità mediante categorie. (…) Però, altra cosa è che si debba accertare l'esistenza concreta di un fatto, di per sé stessa (ciò per vedere che l'autorità non ha errato in fatto), altro per vedere la sussumibilità sotto la legge", soggiungendo che "quanto poi alla differenza fra il margine discrezionale e quello dell'accertamento del fatto, basti ricordare che il primo si esprime in un atto di volontà, il secondo è il semplice momento dell'operazione di applicazione della legge"*[19]. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi,* Milano, 1939, p. 157.
[20] Sulla distinzione tra limiti e linee guida del libero convincimento si vedano G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2018, pp. 208 e ss.; O. DOMINIONI, *Il corpo del diritto delle prove. Disposizioni generali,* in AA.VV., *Procedura penale,* Torino, 2015, pp. 279-281.
[21] R. GAVAGNIN, *La valutazione della prova nel dibattimento: in particolare il processo indiziario,* in *Quaderni del C.S.M.,* 1997, numero 98, pp. 195 e ss.; E. FASSONE, *Dalla certezza all'ipotesi preferibile: un metodo per la valutazione*, Quaderni del C.S.M., n. 98, 1997; FERRUA P., GRIFANTINI F.M., ILLUMINATI G., ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007.
[22] G. ROMAGNOSI, citato *supra* a pag. 7.

ISSN 2036-7821

indizi e, conseguentemente, una valutazione sintetica della concordanza dell'intero quadro indiziante che dia il senso della presenza concreta degli elementi costitutivi della fattispecie astratta.
La gravità, dunque, è collegata alla congruità e alla conferenza all'oggetto del decidere amministrativo o del giudizio e, in sostanza, al grado di capacità dimostrativa dell'ipotesi di ricostruzione del fatto.
Il requisito della precisione, complementare a quello di gravità, origina dalla constatazione che la premessa fattuale dell'inferenza sia costituita da un fatto quanto più possibile non generico, inequivoco e, dunque, non suscettibile di diversa interpretazione.
Ciò che rileva è il fatto in sé, e ciò richiede, anche nell'attività istruttoria amministrativa, un'attenzione particolare alla redazione dei documenti che riportano gli accertamenti svolti (verbali, referti, atti di accertamento, perizie, verificazioni, relazioni etc.), tenendo ben distinta la descrizione fattuale/oggettiva del fatto o circostanza costituente indizio, dalle opinioni di chi conduce l'accertamento, stante l'inevitabile corruzione nella descrizione del fatto dovuta alla soggettiva percezione, sempre frutto di implicita attività di interpretazione dei fenomeni.
Il grado di precisione sembra dunque direttamente proporzionale all'assenza di collegamenti fattuali alternativi ragionevolmente ipotizzabili rispetto al fatto indiziante, in quanto una selezione di infinite/numerose e diverse connessioni causali abduttive contrastanti tra loro non potrebbe che risultare arbitraria[23].
In ultima istanza, quale requisito cumulativo del complessivo ragionamento probatorio critico-indiziario, deve richiamarsi quello della concordanza dei dati fattuali indizianti che, come è stato rilevato, *"non è un requisito dell'indizio, che è sufficiente che sia grave e preciso, ma è un requisito degli indizi, nel senso che tutti gli indizi presenti abbiano ciascuno una valenza probatoria che si armonizza con quella degli altri nell'accertamento del thema probandum"*[24].
Esso, dunque, non può incrementare la valenza probatoria di ciascuno dei dati indizianti, ma al più integra una regola di valutazione e un canone metodologico che, presupponendo la convergenza verso un unico risultato di una pluralità di elementi, sopravviene nel necessario passaggio finale della considerazione sintetica del quadro complessivo del processo inferenziale.
Deve ritenersi, infatti, che una totale prevalenza del dato quantitativo, con l'assoluta affermazione del brocardo *"quae singula non probant, simul unita probant"*, induce a stravolgere il senso dell'inferenza indiziaria, che deve constare sempre di due distinti momenti, quello della valutazione autonoma delle singole circostanze, e quello del conseguente collegamento logico e cronologico tra gli elementi che compongono la

[23] R. GAVAGNIN, *op. cit.*, p. 208.
[24] Cass. Pen., sez. I, 16/07/1992, n. 8045.

ISSN 2036-7821

ricostruzione del quadro fattuale che, solo cumulativamente, concorrono a delineare il fatto ignoto sussumibile.
È opportuno, dunque, mantenere ferma la natura analitica della valutazione del singolo indizio, per poi procedere alla valutazione globale del quadro fattuale, che rappresenta, come meglio si vedrà in seguito, lo strumento per l'elaborazione di un *test* di fondatezza della decisione che origina dalla congruenza interna ed esterna dell'argomentazione probatoria.

3.3 La selezione "discrezionale" dei dati indizianti.
Pare anche necessario evitare che, in ragione della discrezionalità che tendenzialmente caratterizza l'istruttoria amministrativa, anche in sede processuale, l'indeterminatezza normativa produca l'effetto distorsivo di attenuare l'applicazione degli *standard* probatori, intesi quali collettori di criteri logici di accertamento del fatto, al solo fine di garantire ad una fattispecie astratta, formulata in maniera troppo ampia, un ambito di applicazione concreta che altrimenti non sarebbe declinabile[25].
In altri termini, la certezza e univocità dell'elemento fattuale indiziante non dovrebbero subire, anche in ambito amministrativistico, alcuna compressione dovuta alla necessità, comunque, di giungere ad una decisione applicativa, qualunque essa sia.
Nella prospettiva della considerazione analitica del singolo indizio, non può, dunque, disconoscersi la certezza del fatto generatore dell'inferenza critica e la sua necessaria acquisizione mediante l'osservazione e l'acquisizione di una prova diretta.
Da ciò deriva l'assoluta problematicità della valorizzazione di elementi incerti o equivoci a fini inferenziali e, quindi, dell'utilizzo degli indizi c.d. mediati o a catena (la c.d. *praesumptio de praesumpto*), integrata da inferenze critiche basate su circostanze di fatto a loro volta acquisite in via indiziaria[26].
Il raggiungimento della prova indiziaria, quindi, non può essere il portato di un processo arbitrario, che importa una selezione di elementi fattuali strumentalmente

[25] Sul punto si vedano anche le riflessioni di M. MAGGIOLINO, *Standard probatori: alcuni spunti di riflessione per e da il diritto della concorrenza, cit.*, pp. 73 e ss.

[26] In giurisprudenza, Cass. Pen., sez. I, 06/11/2013, n. 4434, è frequente l'affermazione della inutilizzabilità dell'indizio mediato, riconoscendosi che "*in tema di prova indiziaria, il giudice, che ben può partire da un fatto noto per risalire ad uno ignoto, non può, in alcun caso, porre quest'ultimo come fonte di un'ulteriore presunzione sulla base della quale motivare una pronuncia di condanna, in quanto la doppia presunzione contrasta con la regola della certezza dell'indizio, la quale è espressione del requisito della precisione, normativamente previsto dall'art. 192, comma secondo, cod. proc. pen.*". In dottrina, V. GIANTURCO, *La prova indiziaria*, Milano, 1968, p. 145, ha tentato di ammettere la *praesumptio de praesumpto*, evidenziandosi che lo spiegarsi di un siffatto ragionamento argomentativo richiederebbe "*una necessaria cautela e quindi che gli indizi mediati siano sempre considerati con particolare oculatezza e prudenza quasi che questo non sia un principio generale proprio della valutazione di ogni prova*". Si è specificato, anche che, stante la assoluta minore gravità e capacità dimostrativa dell'indice probatorio degli indizi mediati, dovrà assumersi, nella difficile valutazione critica degli stessi, un più precipuo rilievo il loro necessario cumulo e concorso, al fine di un reciproco controllo e completamento. Sul punto, S. BATTAGLIO, *Indizio e prova indiziaria nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.

ISSN 2036-7821

valorizzati per garantire effettività alla norma, ma deve procedere su precisi binari dogmatici che, seppur non costringono il libero convincimento del decisore entro schemi predeterminati, lo indirizzano al fine di rendere razionale e intersoggettivamente verificabile la decisione.

La fisiologica contaminazione tra fatto e diritto, come detto, non deve diventare totale sovrapposizione, portando i già descritti meccanismi della 'sussunzione alla rovescia' o 'invertita' sino agli eccessi dell'arbitrio interpretativo, catalizzato dai riflessi patologici di una normazione oscura e indecifrabile, che ridurrebbe il principio di legalità alla mera applicazione di mutevoli e liquide forme procedurali[27].

Questa notazione è utile a garantire, pur nella consapevolezza di una circolare interrelazione, una tendenziale separatezza tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, che evita un inammissibile creazionismo giudiziario volto alla selezione e creazione di 'fatti artificiali' al solo fine di garantire una effettiva *vis* applicativa alla normazione indeterminata.[28]

In altre parole, al timore che le difficoltà probatorie del caso concreto possano condurre all'ineffettività, e all'inapplicabilità, della norma altamente indeterminata, non può conseguire una rinuncia alla completa valutazione della realtà empirica, iper-valorizzando elementi indiziari discrezionalmente prescelti al fine di dare un senso plausibile alla ricostruzione del fatto.

Orbene, se dunque è vero che la distinzione tra questione di fatto e di diritto appare sempre più complessa in sede di applicazione della norma che disciplina l'attività della P.A.[29], deve osservarsi che la constatazione di una contaminazione tra caso concreto e previsione astratta non può consentire di pervenire ad una artificiosa ricostruzione di una verità procedimentale o processuale che sia distonica rispetto alla realtà fattuale, anche laddove essa possa essere influenzata dal principio di non aggravamento procedimentale o sulla limitatezza delle risorse idonee ad una lettura del fatto più approssimata alla realtà.

Con ciò dovendosi impedire che l'autorità crei e determini essa stessa arbitrariamente un fatto, costruendo una realtà fittizia unicamente per adattarla al dato normativo[30], in quanto la cittadinanza e la piena dignità sistematica della prova

---

[27] B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico,* Milano, 1996

[28] Per una critica al creazionismo giuridico, M. LUCIANI, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica,* in *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo,* a cura di F. FRANCARIO e M.A. SANDULLI, Napoli, 2019, soprattutto da 57 in poi

[29] Cfr. M. LUCIANI, *op. cit.*, pp. 27 e ss.

[30] Può condividersi l'assunto secondo cui *"sia l'interpretazione (intesa come comprensione del significato della norma) sia l'applicazione (intesa come processo attraverso cui dalla norma astratta si passa al caso concreto) si fondono nell'atto decisionale, che è, nel contempo, dominato dalle irrefrenabili esigenze del fatto, sia pure entro i vincoli di disposizioni, che vogliono contenerlo nel letto di Procuste della fattispecie astratta"*, specificando che quando si parla di fatti giuridicamente rilevanti si fa riferimento *"a quei i fatti o a quella costellazione di fatti che riproduce quella parte della norma, che si suole chiamare fattispecie e che, in realtà, per la sua origine e collocazione, fatto non è, né è mai stato"*. Cfr. E. PARESCE, voce "*Interpretazione (filosofia)*, in Enc. del Diritto, vol. XXII, 1972.

ISSN 2036-7821

indiziaria, non è assoluta ed incontrollata, ma deve essere circoscritta, se non da limiti, quantomeno da linee guida argomentative cogenti per l'autorità decidente[31].
La completezza degli accertamenti fattuali e la valorizzazione dei procedimenti logico-linguistici di determinazione della verità degli enunciati e di affermazione dei collegamenti causali integrano, pertanto, elementi fondativi della correttezza della decisione giurisdizionale[32].

3.4 Gli standard probatori di verità dell'ipotesi ricostruttiva del fatto.
Nella disciplina della prova indiziaria è stato inevitabile per il legislatore statuire che gli indizi debbano essere necessariamente gravi e precisi, ma intendere cosa sia la gravità e la precisione è "*affare del giudice*"[33], e l'applicazione concreta ed il rispetto di detti requisiti avviene, come ovvio, solo attraverso l'argomentazione ricostruttiva e concordante dei segni del presente, in quanto indicativi di un dato passato e giuridicamente rilevante.
Per tali ragioni, la capacità dimostrativa dell'inferenza critica basata sulle massime di esperienza è legata all'interazione di plurimi criteri di valutazione ed elaborazione del discorso probatorio.
La definizione del grado di accettabilità dell'ipotesi ricostruttiva del fatto basata sull'inferenza indiziaria rappresenta l'aspetto più problematico, in quanto esso non sembra potersi univocamente ricavarsi da definizioni linguistiche o dall'individuazione di un dato percentuale o numerico di verità mediante generalizzazioni scientistiche.
Esso involge il problema della corretta applicazione degli *standard* probatori, che fungono da linee guida applicative e da collettori dei criteri medesimi, rappresentando il livello di conoscenza minimo raggiungibile per riconoscere come vero un enunciato di prova indiziaria.
Il richiamo sempre più frequente agli *standard* coniati dalla dottrina anglosassone del *beyond any reasonable doubt*, della *preponderance of the evidence* o della *clear and convicting evidence* (il margine applicativo è suscettibile di adattarsi a differenti contesti normativi) è espressione dell'esigenza di procedimentalizzare la sequenza cognitivo-argomentativa del ragionamento indiziario.
L'applicazione dello *standard* del *beyond any reasonable doubt* impone uno sforzo cognitivo maggiore nella verifica della plausibilità dell'ipotesi accusatoria-ricostruttiva, particolarmente adeguato nei contesti penalistici caratterizzati da una

[31] In campo penale, si veda A. SAMMARCO, *Sui requisiti della prova indiziaria nella nuova disciplina processuale penale*, in *Gius. Pen.*, 1991.
[32] Come sottolinea P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, Firenze, 1914, p. 25 *"Nella gran maggioranza dei casi la bontà della sentenza sta in diretta relazione col grado di accuratezza posto dal giudice nell'indagare esattamente il rapporto di fatto"*.
[33] G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino 1995.

ISSN 2036-7821

rilevante funzione general-preventiva e dalla sussidiarietà della sanzione, cercando di minimizzare il rischio di errore soprattutto a carico del soggetto incolpato.

Detto *standard*, infatti, impone di valutare come processualmente vera la ricostruzione fattuale soltanto quando sia accettabile al di là di ogni ragionevole dubbio, impegnando il decisore a confutare tutte le ipotesi alternative, che siano plausibili in relazione al panorama probatorio assunto[34].

Al contrario, la *preponderance of evidence*, diffusa nelle contese tra diritti di stampo civilistico, si limita a premiare la tesi che rispecchi un'evidenza percentualmente e probabilisticamente preponderante rispetto alla contrapposta tesi, accontentandosi di raggiungere un livello quantitativamente minore di verità[35].

Gli *standard* probatori, infatti, non rappresentano dei meri indicatori di verità, ma di criteri logici di prova, che a loro volta identificano le condizioni argomentative in virtù delle quali il decisore afferma che un enunciato fattuale/probatorio possa essere accettato come vero.

In altre parole, gli *standard* stabiliscono il livello epistemologico di conoscenza minima il cui raggiungimento è necessario per riconoscere come vero un determinato enunciato probatorio.

A tale riguardo, al fine di non trasformare la soglia di accettabilità dell'ipotesi ricostruttiva in un'oscura e vuota petizione di principio affidata al tralatizio richiamo a formule di stile, deve evidenziarsi che il raggiungimento di una soglia di accettabilità dell'ipotesi ricostruttiva può essere attestato solo dalla corretta applicazione dei criteri logico-argomentativi nella conduzione del ragionamento di prova.

In primo luogo, deve rifuggirsi il pericolo della tendenza quantitativista che induce a *"legare cento conigli per formare un leone"* [36], iper-valorizzando il dato della concordanza a scapito di una completa cognizione di altri e diversi elementi indiziari che potrebbero condurre ad una ricostruzione alternativa.

Da ciò discende la centralità della congruenza narrativa, nella sua accezione interna, espressa dalla non contraddittorietà intrinseca dell'argomentazione, ma anche esterna, nella considerazione della corrispondenza empirica tra la narrazione e le molteplici sfaccettature accertate nel mondo del reale, inscritte entro l'ipotesi formulata dal decidente.

---

[34] Cons. Stato, sez. III, 20/02/2019, n. 1182; e, per un approfondimento nel diritto penale, R. POLIDORI, *Prova indiziaria e giudizio di colpevolezza «oltre ogni ragionevole dubbio»*, in *Dir. Penale e Processo*, 5/2014, pp. 572 e ss.; P. FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in L. FILIPPI (a cura di), *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, Milano 2007, p. 145; G. CANZIO, *L'"oltre il ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 306.

[35] Si vedano MAGGIOLINO M., *Standard probatori: alcuni spunti di riflessione per e da il diritto della concorrenza*, in *Giur. comm.*, 1, 2013, 73 e ss.; . CANZIO, *Fatto prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Criminalia*, 2009, Pisa, 2010, pp. 305 e ss.

[36] F. BELLAVISTA, *Voce "Indizi"*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971

ISSN 2036-7821

Non basta, dunque, che la ricostruzione congruente di elementi prescelti e selezionati dia un senso accettabile alla storia e coerente al suo interno, ma è necessaria una valutazione della coerenza esterna, intesa come accordo della ricostruzione con una globale considerazione della realtà percepita dall'organo decidente, nonché della fondatezza dell'inferenza, che si realizza mediante la consonanza tra l'enunciato probatorio e il patrimonio di conoscenze e credenze rilevanti in materia[37].

La verità del fatto si rivela, in tali evenienze, solo nella coerenza argomentativa di un discorso probatorio basato su generalizzazioni empiriche probabilistiche, in cui si manifesta una scissione tra la verità empirica e quella plausibile o probabile, accertata in base alle prove.

Nell'ottica della descritta concezione combinatoria degli *standard* (che non ne privilegia alcuno in modo esclusivo, ma ne valorizza l'interazione ai fini del processo di accertamento della verità), la congruenza, interna, in quanto riferita alla singola informazione, ed esterna, integrata dall'accordo complessivo dei vari contenuti informativi, si compendia, si specifica e si interseca ulteriori criteri, quali l'affidabilità, la fondatezza, la coerenza logica, la coerenza inferenziale, che insieme possono consentire una ricostruzione possibile dello statuto dell'indizio in ambito amministrativistico.

Solo il rispetto di siffatte regole e l'interazione combinata e bilanciata di questi criteri[38], che non segue schemi legislativamente predeterminati, ma elaborati dall'interprete in sede decisoria, conducono alla *"organizzazione in un insieme significativo di tutto ciò che è il risultato della valutazione dei mezzi di prova disponibili"*, riguardando *"un complesso di vicende che si intrecciano le une con le altre trovando conferma probatoria"*[39].

La ricostruzione congruente, dunque, consente di considerare, in maniera tendenzialmente univoca, i dati probatori e gli indizi in modo coerente[40].

Si giunge, così, ad escludere la prospettabilità di ogni altra ragionevole soluzione, ma non anche, ovviamente, ad eliminare la più astratta e remota delle possibilità fattuali secondo cui, in contrasto con ogni verosimiglianza ed in conseguenza di un ipotetico

---

[37] M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, pp. 295-297; id, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 481 e ss., 545 e ss

[38] Opportuno sembra il richiamo alle teorizzazioni dello studioso tedesco Carl Gustav Hempel, espresse nella formula "p(HK)=r", laddove la probabilità induttiva (p) dell'ipotesi (h) è proporzionale al grado di informazione coerente (k) introdotta nel processo. Sul punto, E. FASSONE, *op. cit.*, pp. 36-38; C.G. HEMPEL, *Filosofia delle scienze naturali*, Bologna, 1980.

[39] Sul punto, si veda B. PASTORE, *op. cit.*, pp. 216 e ss.

[40] Ciò avviene con l'interazione dei due percorsi aletico/cognitivi della *inference to the best explanation* (c.d. I.B.E.) che impone di preferire la ricostruzione che spieghi meglio le evidenze probatorie disponibili, e della conferma dell'ipotesi sulla base di un'inferenza deduttiva derivante da una conoscenza epistemica contenuta in una premessa che sia in grado di spiegare i fatti, al di là di ogni ragionevole dubbio (c.d. B.A.R.D.). Sul punto, si vedano G. CANZIO, L. LUPARIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Roma, 2017, cap. I; M. MAGGIOLINO, *op. cit.*, pp. 78 e ss.

ISSN 2036-7821

e inusitato combinarsi di imprevisti e imprevedibili fattori, la realtà delle cose possa essere diversa da quella ricostruita in base agli indizi disponibili.
Se è vero che l'applicazione di uno *standard* probatorio critico indiziario valorizza non l'inferenza necessaria ma una ricostruzione argomentativa probabilistica al fine di pervenire al (libero) convincimento del decisore, non è però possibile trasformare la plausibilità del fatto (costruita e non 'data' all'interprete nella corrispondenza preconfezionata alla fattispecie astratta)[41], in un soggettivismo arbitrario in cui i fatti sono un mero artificio o del processo decisionale[42].
Questa eterogenesi dei fini[43] sarebbe il preludio concettuale ad una patologia nell'applicazione dello strumento probatorio indiziario, con un significativo sbilanciamento del naturale equilibrio tra il dato analitico dei singoli dati indizianti e quello sintetico del complessivo quadro fattuale.

4. L'indizio amministrativo 'isolato': la possibile minus-valutazione del requisito della concordanza nel processo amministrativo.

4.1. A corollario di quanto detto, deve soggiungersi che la decisione amministrativa, sia sostanziale sia processuale, sembra possa fondarsi anche su un solo indizio plausibile e/o rivelatore, che si potrebbe denominare 'isolato', anche al fine di distinguerlo dall'indizio c.d. unico o necessario, avente una forza dimostrativa autonoma, senza richiedere necessariamente la concordanza.
Tale asserzione si giustifica in quanto la doverosità in senso oggettivo - che si manifesta come declinazione del principio di legalità e buon andamento e quale immagine del dovere-potere funzionale della pubblica amministrazione di soddisfare i pubblici interessi[44] mediante una espressa determinazione provvedimentale - non

[41] Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, *cit.*; A. TARSKI, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, *cit.*, analizzati da B. PASTORE, *op. cit.*, pp. 91-107.

[42] Secondo le tesi del movimento realista *fact-sceptic* di J. FRANK, *Law and the modern mind*, New York, 1949, esaminate da R. POSNER, in *The jurisprudence of skepticism*, 1988, regole e fatti non sono dati, ma vengono totalmente costruiti nel processo di decisione come frutto di un'esperienza meramente emotiva del decisore. Si veda, ancora, B. PASTORE, *op. cit.*, p. 108.

[43] V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti*, *cit.*, p. 364; F. CINTIOLI, *ibidem*.

[44] Sul punto, si vedano, S. ROMANO, *Doveri, Obblighi* in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano 2005; A. CIOFFI, *Conclusione del procedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016.
Per un ulteriore approfondimento si rinvia a F. GOGGIAMANI, *La doverosità nella pubblica amministrazione*, Torino, 2005, ove si evidenzia che l'evoluzione storica del potere discrezionale da una connotazione di arbitrarietà verso un tratto di doverosità strumentale-finale si manifesta tanto nel momento applicativo, quanto nel momento del sindacato giurisdizionale, caratterizzato, in ragione di ciò, da margini valutativi sempre più ampi. Del resto, la piena conciliabilità tra potere doveroso e manifestazioni discrezionali, si rinviene anche nell'attestazione per cui, a livello di teoria generale del diritto, la doverosità non emerge unicamente come portato di un vincolo normativo, ma anche dalla finalizzazione del potere al perseguimento di un interesse alieno dal soggetto agente (e, nel caso del diritto amministrativo, dei pregnanti interessi pubblici).

tollera in alcun modo un *non liquet*, a differenza del processo penale, ove il carattere di sussidiarietà della sanzione[45] determina che il mancato raggiungimento di un adeguato supporto probatorio impone una decisione assolutoria, in coerenza con il principio di non colpevolezza[46].
È stato osservato che *"il dovere di provvedere preesiste ed è insito nell'amministrazione, per una sua capacità, manifestazione inestinguibile di una sua data posizione istituzionale, ed è quella attribuita dall'ordinamento per la definizione degli interessi pubblici. In questo quadro, il dovere di provvedere è indefettibile, oggettivo, funzionale"*[47].
Ed allora, non sembra potersi negare che siffatta declinazione del dovere funzionale di amministrazione e della sua cogente finalizzazione al perseguimento dei pubblici interessi possa avere una concreta incidenza nel momento dell'accertamento probatorio del fatto sussumibile sotto la norma indeterminata e sulla conseguente operatività dell'indizio nel diritto amministrativo.

4.2. In via ulteriore, in ambito processuale, si ravvisa un ulteriore profilo di specificità rinvenientesi nel delicato rapporto e nel difficile bilanciamento tra il peso inferenziale del ragionamento critico-indiziario e la valenza direttamente rappresentativa della prova documentale precostituita, il cui contenuto condiziona il potere giudiziale di accesso al fatto da parte del giudice[48].
Il documento, avente valore rappresentativo di un fatto, infatti, manifesta un deciso elemento orientativo del convincimento del decisore nell'inferenza critico-indiziaria verso il *factum probandum*, che conduce ad una minus-valutazione della necessaria ricerca di riscontri esterni per la realizzazione della concordanza e della congruenza dei rimanenti indizi, ove sussistenti.
È stato rilevato, infatti, che *"nel giudizio amministrativo non solo il documento è il mezzo di prova tipico – se non esclusivo, nella prassi – ma la più parte dei documenti sono forniti dall'amministrazione pubblica"*, specificandosi che *"un ruolo particolarmente significativo*

[45] Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale-Parte Generale,* Bologna, 2019; M. ROMANO, *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992.
[46] Sul punto, deve evidenziarsi che la Corte di Cassazione, in materia di presunzioni semplici, ove opera un diverso standard probatorio per attestare il livello di verità dell'ipotesi ricostruttiva, ha affermato che *"in materia di presunzioni semplici non è escluso che l'accertamento trovi fondamento anche su un unico elemento presuntivo. Nella prova civile infatti, ed anche ai fini degli accertamenti tributari, non è necessario che gli elementi assunti a fonte di presunzione siano plurimi, benché gli artt. 2729, co. 1, c.c.38, co. 3 e 39, co. 4 del d.P.R. n. 600 del 1973, 54 del d.P.R. n. 633 del 1972 si esprimano al plurale, potendosi il convincimento del giudice fondare anche su un elemento unico, preciso e grave, la valutazione della cui rilevanza peraltro, nell'ambito del processo logico applicato in concreto, non è sindacabile in sede di legittimità ove sorretta da motivazione adeguata e logicamente non contraddittoria (cfr. Cass., sent. n. 656/2014; sent. 17574/2009)"* (Cass. Civ., ord. 25/01/2019, n. 2155).
[47] S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico,* Milano, 1983, pp. 109-110.
[48] L.R. PERFETTI, *Disponibilità, onere e valutazione della prova,* in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa,* Milano, 2015, p. 695; si veda anche L.R. PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo,* in *Riv. Dir. Proc.*, 1/2015.

ISSN 2036-7821

è svolto dal provvedimento impugnato; il provvedimento impugnato e gli atti del procedimento amministrativo relativo sono per definizione indispensabili al giudizio".

La rappresentazione documentale finisce per costituire in via privilegiata la realtà amministrativa, rischiando di contrapporsi o sostituirsi alla realtà fattuale, sulla base di una non chiara o univoca applicazione di prove critiche o logiche e, dunque, secondo procedure inferenziali non sempre corrette[49].

Il descritto valore del dato documentale si pone, dunque, esattamente al confine tra la necessità decisoria - con una tendenza alla ricostruzione di una verità empirica, prediligendo la ricerca e la selezione di dati fattuali 'pubblicamente documentati' - e la fisiologica e insuperabile difficoltà di accesso al fatto nella sua dimensione fenomenica e non mediata dal documento.

Certo, il giudizio non si ferma, ormai, alla legittimità dell'atto, che non svolge più una funzione di schermo rispetto al rapporto sottostante, ma la ricerca del corretto svolgersi del rapporto pubblicistico e dell'equilibrio degli interessi coinvolti finisce comunque per essere influenzata dal contenuto documentale, di modo che il decisore non sentirà la necessità di accertare direttamente le circostanze fattuali, ma accetterà una visione della realtà per come viene offerta nel documento o nell'atto, indipendentemente da chi abbia formato gli stessi e dal suo modello interpretativo della realtà.

Tutto questo, talvolta, è indice di una pigrizia e di una renitenza all'espletamento di un'istruttoria attraverso cui il fatto entra realmente nel procedimento o nel processo, nelle sue plurime declinazioni e sfumature di complessità empirica.

In realtà, e a ben vedere, spesso la prova documentale nemmeno rappresenta un mezzo diretto per ricostruire il fatto, salvo che non sia costituita proprio da un verbale di accertamento di situazioni fattuali concrete (ad esempio, in caso di abusi edilizi), ma può rappresentare esso stesso un "indizio" in senso proprio, e cioè una chiave di interpretazione del fatto attraverso un processo critico inferenziale di tipo abduttivo.

In tal senso anche il contenuto documentale non si potrebbe sottrarre ai requisiti individuati, quanto meno, della gravità e precisione, senza i quali la sua valenza probatoria verrebbe meno.

Con ciò dovendosi riconoscere che, anche nell'attuale sistema processuale ove è accresciuto il potere istruttorio del giudice, il documento rappresenta il *medium* tipico attraverso il quale il giudice accede e ricostruisce il fatto, rappresentando esso stesso, come è avvenuto nel caso di specie, un 'indizio amministrativo isolato'

[49] L.R. PERFETTI, *Disponibilità, onere e valutazione della prova,* in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa,* Milano, 2015, p. 695.

ISSN 2036-7821

4.3. Pertanto, l'equilibrata compresenza dei requisiti che, come evidenziato, devono fondare sinteticamente e non atomisticamente l'argomentazione probatoria, delinea le modalità operative attraverso cui si perviene alla formazione del risultato probatorio, non impedisce la possibilità che un indizio 'isolato' possa condurre a rilevare l'esistenza di un vizio della funzione amministrativa, giacché esso sussiste anche in ipotesi di mero sospetto, non essendo necessaria una prova certa, come in ambito penale e civile.
Anzi, potrebbe dirsi che il sintomo costituisce esso stesso elemento sufficiente a delineare il vizio amministrativo, con l'effetto che non sarebbe necessario ricorrere al ragionamento abduttivo.
Proprio per questo è opportuno, però, mantenere ferma quantomeno la valutazione analitica di sussistenza dei requisiti di gravità e precisione del singolo indizio, all'esito di una completa cognizione dei dati fattuali, rifuggendo artificiose selezioni di elementi empirici strumentalmente ri-costruiti e ordinati, al fine di fondare una decisione applicativa della norma.
Si potrebbe, così, prescindere dalla compresenza dei tre requisiti come tendenzialmente necessaria nell'inferenza indiziaria, dovendosi ritenere che l'esito decisorio raggiunto in assenza di uno di essi (in particolare, la concordanza) non possa però considerarsi accettabile in assenza di uno sforzo argomentativo supplementare in sede di motivazione.

5. Considerazioni conclusive: lo statuto dell'indizio amministrativo.
Dalle esposte considerazioni emerge che il perseguimento della giustizia del caso concreto, propria delle statuizioni decisorie anche dalla giurisprudenza amministrativa, evidenzia tutta la problematicità di pervenire ad una congruenza narrativa deprivata di un certo 'creazionismo' giudiziario e quindi di arbitrio, ove sembra essere più rilevante l'assenza di incongruenza di un quadro fattuale strumentalmente ricostruito, rispetto all'accertamento della congruenza, posta in discussione dai possibili profili di discrasia nel quadro indiziario, con una sorta di inversione probatoria.
È necessario, dunque, che il metodo probatorio rispetti (e dia conto in motivazione del rispetto di) criteri di giudizio logico-argomentativi logici che, pur non sconfessando la tradizione continentale del libero convincimento, costituiscono degli utili strumenti per la procedimentalizzazione e l'attestazione della validità e della verificabilità dell'atto decisorio, di cui deve darsi conto nella motivazione dello stesso.
In primo luogo, stante l'impossibilità di costringere entro un mero dato numerico percentuale il concetto di preferibilità dell'ipotesi ricostruttiva, non può disconoscersi che il concetto di plausibilità possa essere unicamente realizzato nella dialettica processuale, mediante l'applicazione di *standard* probatori che fungono da linee

ISSN 2036-7821

guida applicative e da collettori di criteri logico-argomentativi, indicanti il livello di conoscenza minimo raggiungibile per riconoscere come vero un enunciato.
Detto livello di conoscenza non può essere racchiuso in una enunciazione numerica o in vuote formule di stile, ma deve passare attraverso il rigoroso rispetto di criteri logici di elaborazione del discorso probatorio.
Nell'ottica di una concezione combinatoria di *standard* logico-argomentativi, che non ne privilegia alcuno in modo esclusivo, ma ne valorizza l'interazione ai fini del processo di accertamento della verità, emerge che l'indizio rilevante, in sede di processo probatorio a supporto di una decisione amministrativa, dovrebbe, in definitiva, rispondere ai seguenti requisiti e criteri:

i. gravità e precisione (imprescindibili);
ii. concordanza, laddove vi siano plurimi indizi (e sempre che siano gravi e precisi);
iii. affidabilità, soprattutto in caso di indizio 'isolato' (intesa come grado di credibilità razionale della fonte e del processo generativo della conoscenza);
iv. fondatezza, soprattutto in caso di indizio 'isolato' (intesa come nesso semantico e sintattico tra l'enunciato fattuale e il patrimonio di conoscenze e credenze di cui è in possesso il decisore);
v. congruenza, interna ed esterna (della narrazione nel contesto complessivo);
vi. coerenza logica (intesa come non contraddittorietà logica degli enunciati della narrazione);
vii. coerenza inferenziale (intesa come l'accordo tra le plurime inferenze, e tra le correlate massime esperienziali, con cui il decisore collega gli eventi diversi al fine di giungere al risultato di prova).

Naturalmente, la sussistenza dei citati requisiti e il rispetto degli esposti criteri consentono di escludere la prospettabilità di ogni altra ragionevole soluzione, ma non anche di eliminare la più astratta e remota possibilità che, in contrasto con ogni verosimiglianza ed in conseguenza di un ipotetico e inusitato combinarsi di imprevisti e imprevedibili fattori, la realtà delle cose possa essere diversa da quella ricostruita in base agli indizi disponibili.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

"L'insostenibile proroga delle concessioni del demanio marittimo tra tutela della concorrenza ed esigenze di ripartenza".

di Guido Sorrentino

(Dottore in Giurisprudenza)

Sommario

1. Premesse sistematiche. Il quadro normativo (nazionale ed europeo) dall'abrogazione del "diritto di insistenza" alle asistematiche proroghe ultradecennali. 2. Le ultime proroghe anticomunitarie. Alcune note di diritto europeo e comparato. – 3. Le più recenti acquisizioni giurisprudenziali nel sempre più confuso quadro ordinamentale. Brevi citazioni di diritto regionale. – 4. Il controverso destino dei provvedimenti adottati in violazione delle norme europee. – 5. La necessaria ricerca di un equilibrio tra disegni di legge dimenticati e prospettive di riforma. La possibilità transitoria della "rinegoziazione". – 6. Riflessioni conclusive. L'(ultima) occasione del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

Abstract

The paper deals with the uneasy legal discipline of the maritime domain state concessions, after the last formal notice of the European commission to the Italian Republic, keeping in consideration the actual European Union and national legal framework (both legislative and judiciary). The work, in particular deals with the last extension of those concessions and its incompatibility with the European competition and market rules. The paper analyzes the last judiciary decision of Italian administrative courts and of the Council of State that, as criminal judges and the Constitutional Court, all reject to apply the Italian law that contrasts with the European law. Then, even by a comparative study of other European Union member States law, the work tries to give a contribution to a new and not more postponable bill on concession that the Italian Republic has to approve in order to get the national recovery plan approved by the European commission. The work tries to also find some temporary solutions for those concessionaries who have suffered from the pandemic. In addition, the paper also deals with the controversial fate of those administrative acts adopted on that of such a national law declared incompatible with the European Union law, trying to find an answer on this complex theme, not at the same way dealt by doctrine and by the judiciary.

ISSN 2036-7821

1. Premesse sistematiche. Il quadro normativo (nazionale ed europeo) dall'abrogazione del "diritto di insistenza" alle asistematiche proroghe ultradecennali.

«La Commissione europea ritiene che la Repubblica italiana non abbia ottemperato agli obblighi imposti dall'articolo 12 della direttiva sui servizi e dall'articolo 49 T.F.U.E.».

Così si conclude – in maniera lapidaria – la comunicazione della Commissione al Governo italiano del 3 dicembre 2020, che assegna(va) al nostro paese, onde evitare l'avvio (ormai inevitabile) di una procedura di infrazione, sessanta giorni per la presentazione di controdeduzioni in ordine alle reiterate proroghe delle concessioni demaniali marittime[1] adottate dall'Italia negli ultimi anni.

Caratterizzate da una disciplina[2] sempre più incerta e asistematica, tali concessioni sono da tempo al centro di un articolato e complesso dibattito, sfociato negli interventi normativi posti (ancora una volta) sotto la lente d'ingrandimento della Commissione.

Nel prosieguo del presente lavoro, dopo una breve ricostruzione del regime giuridico delle concessioni del demanio marittimo con finalità turistico-ricreative ed alcuni esempi di diritto comparato, alla luce degli indirizzi giustiziali europei e nazionali (sia del Giudice amministrativo che di quello penale, nonché del Giudice delle leggi) e del dibattito sviluppatosi in ordine alla patologia dei provvedimenti adottati in attuazione di norme anticomunitarie, si proveranno a tracciare le linee di

[1] Il tema dei beni pubblici (e di quelli del demanio marittimo) e del regime ad essi applicabile è stato oggetto di plurimi contributi tra cui, *ex multis*, A.M. SANDULLI, (voce) *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, 1959, V, pag. 227 ss.; B. MURRONI, *Demanio marittimo*, Bologna, 1980; L. BENVENUTI, *La frontiera marina*, Padova, 1988; M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili sostanziali*, Milano, 1990; C. ANGELONE, G. SILINGARDI, *Il demanio marittimo. Rassegna sistematica di giurisprudenza*, Milano, 1999; AA. VV., *La gestione del demanio marittimo. Dallo Stato, alle Regioni, ai Comuni*, Milano, 2002; M. OLIVI, *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Dir. Mar.*, II, 2004, pag. 365 ss.; F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, PAG. 789 ss.; G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di LochNess*, in *Giustamm.it*, 10, 2015.

[2] La disciplina delle concessioni del demanio marittimo si rinviene nel Codice della navigazione (regio decreto 30 marzo 1942, n. 327) più volte novellato. La stessa locuzione "concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative" compare per la prima volta nel più recente decreto-legge 4 dicembre 1993, n. 400 (conv. in legge 4 dicembre 1993, n. 494 e recante «disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime») ai sensi del cui art. 1: «*La concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione*». Il tema è stato oggetto di plurimi contributi dottrinali: tra i più recenti e meritevoli si segnalano M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, 2011, C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 25, 2016, A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica proconcorrenziale e principi di diritto interno in tema di concessione di beni pubblici*, Napoli, 2017, F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime asistematiche proroghe anticomunitarie*, in *Riv. giur. edilizia*, 4, 2020, pag. 261 ss.

ISSN 2036-7821

una possibile ed ormai non più rinviabile riforma del settore, soffermandosi sulle prospettive future che, nel dialogo con le istituzioni europee, impongono un necessario (e realizzabile) bilanciamento tra le esigenze di tutela della concorrenza e quelle di ripartenza del settore dopo l'emergenza sanitaria.

Preliminarmente, una breve ricostruzione del quadro normativo.

Una prima disciplina delle concessioni del demanio marittimo si rinviene negli artt. 36 e 37 del citato Codice della navigazione, disciplinanti la concessione per l'occupazione e l'uso temporaneo di aree demaniali o di mare territoriale e le relative modalità di scelta del concessionario: in tale contesto si rinveniva il c.d. "diritto di insistenza"[3] (al secondo comma dell'art. 37) ossia una immotivata posizione di preferenza riconosciuta in capo al concessionario uscente.

Col tempo, a valle del lungo dibattito dottrinario e giurisprudenziale in ordine alla compatibilità del "diritto di insistenza" con l'ordinamento europeo, ed alla luce di procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea, si è pervenuti all'abrogazione del secondo periodo del secondo comma dell'art. 37 del Codice della navigazione, contestualmente disponendo una "prima"[4] proroga al dichiarato scopo di tutelare il legittimo affidamento del concessionario uscente.

Successivamente, falliti i tentativi di riforma del settore[5], venne disposta una ulteriore proroga (la "seconda")[6] oggetto di rinvii pregiudiziali decisi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

In particolare, ha fortemente inciso nel dibattito la nota decisione dei Giudici di Lussemburgo del 14 luglio 2016[7] che ha ravvisato il contrasto della normativa nazionale con l'art. 12 della direttiva sui servizi nel mercato interno 2006/123, nella parte in cui prevede(va) la proroga automatica delle concessioni marittime, lacuali e fluviali in essere, in assenza di qualsivoglia procedimento selettivo[8]: insomma,

[3] Era previsto: «*È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze*". Tale disposizione è stata abrogata ad opera dell'art. 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194 (conv. in legge 26 febbraio 2010, n. 25).

[4] L'art. 1, comma 18, del decreto Milleproroghe del 2009 (decreto-legge n. 194) ha per primo disposto la proroga delle concessioni demaniali marittime sino al 2015.

[5] Ci si riferisce, in particolare, alla delega non esercitata dal Governo di cui all'art. 11 della legge 15 dicembre 2011, n. 217.

[6] Con l'art. 34-*duodecies*, comma 1 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, la precedente proroga è slittata al 2020.

[7] Nelle cause riunite C-458/14, Promoimpresa s.r.l. e C-67/15, Mario Melis e altri, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 3, pag. 903 ss., con nota di L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga* ex lege, *ibidem*, pag. 912 ss. Sulla medesima decisione della Corte di giustizia cfr. A. SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016; L CAIANIELLO, *Concessioni demaniali marittime fino al 2035: alcune precisazioni in ordine alle proroghe dei titoli*, in *Foro amm.*, 2018.

[8] La Corte ha ritenuto contrastante con il diritto europeo l'art. 1 del decreto-legge n. 194/2013, nella parte in cui stabilisce che «*nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto* […] *nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza*

ISSN 2036-7821

secondo la Corte, una proroga *ex lege* delle concessioni è da ritenersi equivalente ad un rinnovo automatico espressamente vietato dall'art. 12 della sopra emarginata direttiva.
Successivamente, la Corte ha confermato detti principi, evidenziando come le disposizioni del capo III della direttiva sui servizi si applicano anche ad una fattispecie i cui elementi rilevanti si collocano all'interno di un solo Stato membro, così sterilizzando ogni suggestiva interpretazione in ordine all'applicabilità della stessa alle sole concessioni di rilevanza transfrontaliera[9].
Senonché, il Legislatore ha persistito nel disporre illegittime proroghe, anche ultradecennali.

2. Le ultime proroghe anticomunitarie. Alcune note di diritto europeo e comparato.
Nonostante le citate e pacifiche acquisizioni della Corte di giustizia, largamente condivise dal Giudice nazionale[10], con singolari motivazioni, è stata disposta una "terza" proroga – ultradecennale – delle concessioni in essere: ed infatti, al dichiarato fine di tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese dai danni causati dai cambiamenti climatici, la legge di bilancio n. 145 del 30 dicembre 2018 ha prorogato le concessioni per altri quindici anni[11].
Non pago dell'effetto (distorsivo) ottenuto, il Governo, con il decreto n. 34 del 19 maggio 2020[12] – con evidenti fini elusivi di eventuali disapplicazioni (sostanziali o

di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino al 31 dicembre 2020».

[9] Corte Giustizia UE, 30 gennaio 2018, causa C-360/15 *Visser*, in *www.eur-lex.europa.eu*, su rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte suprema e dal Consiglio di Stato dei Paesi Bassi.

[10] Cfr. *infra* par. 3 per le più recenti acquisizioni giurisprudenziali del foro interno. Basti per ora segnalare che, successivamente all'abrogazione del "diritto di insistenza", si è rafforzata la posizione per cui l'Amministrazione che intenda a procedere ad una nuova concessione del bene demaniale marittimo deve indire una procedura ad evidenza pubblica dando prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda ad un più rilevante interesse pubblico (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2017, n. 1763; Id., 10 luglio 2017, n. 3377; Id., 11 giugno 2018, n. 3600). Tutte le decisioni citate dei TT.AA.RR. e del Consiglio di Stato sono reperibili sul sito della Giustizia Amministrativa www.giustizia-amministrativa.it nella sezione "Decisioni e pareri".

[11] Il comma 683 dell'unico art. 1 della legge di bilancio 30 dicembre 2018, n. 145, prevede: «*Al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del d.-l. 30 dicembre 2009 n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del d.p.r. 15 febbraio 1952 n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 02 del d.-l. 5 ottobre 1993 n. 400, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494, hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677 rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale*».

[12] Convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

ISSN 2036-7821

giustiziali) delle precedenti proroghe – all'art. 182, comma 2, non solo ha confermato l'estensione di durata già disposta[13], ma ha inibito alle Amministrazioni concedenti ogni attività nei confronti degli attuali concessionari per la rimozione di opere non amovibili, nonché di avviare nuove procedure ad evidenza pubblica[14].

Alla luce di ciò, la Commissione europea ha ritenuto incompatibile una siffatta "proroga automatica" con l'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea[15] e soprattutto con quanto stabilito dall'art. 12 della direttiva 2006/123/[16] nonché, sul piano giustiziale, con quanto statuito dalla Corte di giustizia nelle sentenze precedentemente emarginate.

A detta della Commissione, il quadro giuridico venutosi a delineare nuoce gravemente la certezza del diritto in danno degli operatori economici italiani, ivi inclusi gli attuali concessionari, dal momento che le concessioni prorogate restano impugnabili ed annullabili.

In definitiva, secondo i Commissari, l'affidamento di siffatte concessioni richiede una procedura di selezione aperta, pubblica e basata su criteri non discriminatori, trasparenti e oggettivi, in modo che chiunque sia messo in grado di competere per l'accesso a tali risorse limitate, promuovendo innovazione e concorrenza leale, evitando la creazione di monopoli e rendite di posizione.

Le ragioni della Commissione sono state di recente ribadite anche in sede di parlamentare, essendo stata la questione oggetto di interrogazione cui il Commissario europeo per il mercato interno e i servizi, nel ribadire le violazioni dell'Italia alle statuizioni della Corte di Lussemburgo ed al diritto europeo, ha evidenziato come le attuali norme nazionali "compromettono la certezza del diritto per i servizi turistici balneari e scoraggiano gli investimenti, la modernizzazione e la concorrenza in un settore fondamentale per l'economia italiana già colpito dalla pandemia di coronavirus, causando al contempo una perdita di reddito potenzialmente significativa per le autorità italiane"[17].

---

[13] Questa volta la proroga è stata più facilmente giustificata dall'emergenza epidemiologica da Covid-19 e dalla «*esigenza di assicurare la certezza dei rapporti giuridici e la parità di trattamento tra gli operatori*».

[14] Il quadro è completato dall'art. 100 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104 (conv. in legge 13 ottobre 2020, n. 126) che ha esteso il regime di proroga alle concessioni lacuali e fluviali e per la realizzazione di strutture di diporto (comma 1) e rideterminato le modalità di calcolo del canone concessorio annuo, finanche prevedendo la possibilità di rateizzare gli importi non corrisposti con sospensione dei procedimenti giudiziari od amministrativi di decadenza dalla concessione per morosità (comma 10).

[15] Ai sensi del quale «*le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro*».

[16] Che dispone: «*Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*».

[17] Cfr. la risposta della Commissione europea del 4 febbraio 2021 all'interrogazione parlamentare a risposta scritta P-006688/2020, consultabile sul sito del Parlamento europeo.

ISSN 2036-7821

Ad oggi, elasso il termine assegnato, la lettera della Commissione resta inevasa.
Tanto espone l'Italia alla concreta possibilità di essere prossimamente deferita alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 158 TFUE, con dirette conseguenze sul piano economico.
Alcune brevi riflessioni di diritto comparato[18] permettono di comprendere la singolarità del quadro normativo italiano rispetto ad altri Stati membri costieri.
La Spagna ha dato corso alla direttiva sui servizi modificando, in senso pro-concorrenziale e di tutela dell'ambiente, la risalente *ley de Costas* del 1988[19] e stabilendo un regime di proroga "straordinaria e selettiva" delle concessioni in essere: in particolare, nell'ordinamento spagnolo, l'estensione delle concessioni è soggetta ad un rapporto preliminare che indichi gli effetti dell'occupazione sull'ambiente ed espliciti le condizioni per garantire la protezione del demanio pubblico marittimo e terrestre: ciò che la nuova legge spagnola vuole garantire è la certezza dei rapporti nella gestione delle coste, in particolare tutelando i diritti dei proprietari di abitazioni e suoli non aventi impatto negativo sull'ambiente costiero, attraverso l'innovativa determinazione del concetto di "*dominio público marítimo-terrestre*"[20] e la contestuale ridefinizione delle regole di demarcazione e concessione.
Con la nuova legge la Spagna ha elevato a settantacinque anni il termine massimo di durata delle concessioni, oltre alla previsione della loro trasmissibilità *mortis causa* (con obbligo per gli eredi di comunicare la loro volontà di succedere entro quattro anni) ed *inter vivos* (subordinata alla preventiva autorizzazione dell'amministrazione): deve chiarirsi, però che in Spagna le "concessioni" si riferiscono a quei beni immobili sorti in zone riacquisite al demanio marittimo[21], mentre le attività turistico-ricreative insistenti sulle spiagge (che sono ritenute "libere"), con l'utilizzo di infrastrutture mobili, sono soggette ad autorizzazione di durata massima di quattro anni.
Tanto rende evidentemente compatibile la legge spagnola con le regole europee.

[18] Per un maggiore approfondimento comparato possono richiamarsi gli scritti di C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, cit., e di G.C. FERONI, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi.it*, 4, 2020.

[19] Con *ley* n. 2 del 29 maggio 2013 *de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988*.

[20] Difatti la nuova legge spagnola stabilisce che nella fissazione del limite interno della zona marittimo-terrestre, vale a dire il luogo in cui siano giunte le onde delle maggiori tempeste conosciute, si tengano presenti criteri tecnici da stabilire in via regolamentare; sono inoltre esclusi dal demanio pubblico i terreni inondati artificialmente (salvo quelli che già erano demaniali prima dell'inondazione), a meno che non siano navigabili. Sulla disciplina del demanio marittimo spagnolo cfr. J.L. MEILAN GIL, *Régimen jurìdico del dominio pùblico marìtimo-terrestre en la Ley de Costas*, in *Jornadas sobre la Ley de Costas*, Bilbao, 1990, M. ZAMBUNINO PULITO, *Manual de derecho administrativo marìtimo*, Cadiz, 2008.

[21] La proroga, dunque, si atteggia piuttosto come forma di indennizzo per la sottrazione immobiliare che i privati hanno subito ed ha quindi la finalità di garantire la certezza del diritto, a fronte dell'incertezza che ha sempre regnato nel governo urbanistico delle coste spagnole.

ISSN 2036-7821

Anche l'ordinamento francese – da sempre assunto a modello – è caratterizzato da una durata breve dei titoli concessori e ribadisce (all'art. L2124-4 del *Code général de la propriété des personnes publiques*[22]) che l'accesso alle spiagge ed il loro utilizzo devono essere liberi e gratuiti, con la conseguenza che le concessioni devono preservare la libera circolazione ed uso del litorale.
In proposito, è significativo che il rinnovo delle concessioni in Francia è subordinato allo svolgimento di un'*enquête publique* condotta dal Prefetto cui spetta informare la collettività ed i comuni interessati titolari di un diritto di prelazione rispetto ai privati: se il diritto di prelazione non è fatto valere, l'attribuzione della concessione è subordinata ad una procedura comparativa[23].
La durata della concessione in Francia non può eccedere i dodici anni e la sub-concessione non può avere durata maggiore di quella principale: trattasi di un periodo relativamente breve rispetto alla media europea, di conseguenza pienamente compatibile con l'ordinamento comunitario[24].
Del tutto peculiare è invece la disciplina dell'ordinamento croato dove la concessione[25] – che ha natura espressamente commerciale e può includere anche la costruzione di edifici[26] – non può avere durata superiore a vent'anni: una proroga, in Croazia, è ammessa – su approvazione del Governo nazionale – solo se giustificata da nuovi investimenti o cause di forza maggiore.
Altro interessante aspetto del modello croato è la distinzione tra concessione volta allo sfruttamento economico del demanio marittimo – da rilasciarsi all'esito di procedura ad evidenza pubblica – e concessione per uso speciale non soggetta all'obbligo di gara perché avente ad oggetto attività di natura sociale, culturale o sportiva da rendere nei confronti della collettività. L'assenza di rilevanza economica per tale ultimo tipo di concessioni ne giustifica la compatibilità con il diritto europeo che impone l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica.
Non mancano poi modelli non dissimili da quello italiano.

[22] Adottato con *Ordonnance* n. 460 del 21 aprile 2006, che ha abrogato il vecchio *Code du domaine de l'Etat*. Sul tema cfr. C. MAUGUÉ, *La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupation privative des plages*, in *Act. jur. droit adm.*, 27, 2006, pag. 1496 ss.; J. MORAND-DEVILLER, *Les concessions de plages naturelles*, *ibidem*, 6, 2002, pag. 481 ss.

[23] Ai sensi della *loi* n. 93-112 del 1993 (c.d. *Loi Sapin*).

[24] Per una comparazione tra l'ordinamento italiano e quello francese cfr. E.A. IMPARATO, *La tutela della costa. Ordinamenti giuridici in Italia e Francia*, Napoli, 2006.

[25] Disciplinata dal *Maritime Domain and Seaport Act* del 2002.

[26] La legge croata prevede che le costruzioni realizzate dal concessionario debbano essere rimosse alla scadenza del rapporto concessorio, se non permanenti e se è ragionevolmente possibile rimuoverle senza infliggere danni al demanio marittimo: in assenza di tali condizioni, le opere sono acquisite al demanio su cui insistono.

ISSN 2036-7821

In Portogallo – dove il demanio marittimo è ricondotto nel più ampio *domìnio pùblico hìdrico*[27] – si riscontra ad esempio un'ampia discrezionalità in capo alle amministrazioni aggiudicatrici in relazione alla durata della concessione dal momento che, pur essendo ribaditi i principi della concorsualità e dell'evidenza pubblica, è previsto che la durata dell'autorizzazione venga fissata caso per caso tenendo conto degli investimenti e della loro valenza ambientale ed economica.
Addirittura, è previsto nell'ordinamento lusitano che, laddove il titolare dimostri l'impossibilità di recuperare il valore degli investimenti sostenuti, può chiedere all'autorità concedente una proroga fino ad un massimo di settantacinque anni od in alternativa il rimborso delle spese addizionali.
Insomma, nel sistema portoghese è previsto un vero e proprio "diritto di insistenza" dal momento che il concessionario uscente, entro un anno dalla scadenza del titolo, può manifestare la propria volontà di proseguire nel rapporto, venendo così preferito rispetto agli altri concorrenti: trattasi di norma che suscita non pochi dubbi circa la compatibilità con i principi europei, non essendo dissimile da quella italiana abrogata a seguito della prima procedura di infrazione e che, come tale, rende il paese iberico il primo candidato alla messa in mora da parte della Commissione.

3. Le più recenti acquisizioni giurisprudenziali nel sempre più confuso quadro ordinamentale. Brevi citazioni di diritto regionale.
Alla luce del sopra rassegnato quadro normativo, si è andato rafforzando l'orientamento giurisprudenziale per cui grava sulle Amministrazioni concedenti l'obbligo di attivare procedure ad evidenza pubblica, atteso che – come autorevolmente osservato – la mancanza di competizione introduce una barriera all'ingresso al mercato, lesiva dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, concorrenza e libertà di stabilimento[28].
Sul punto, l'orientamento delle magistrature di ogni ordine e grado è pressoché univoco.
Di recente, il Consiglio di Stato ha ribadito che il mancato ricorso a procedure di selezione aperta, pubblica e trasparente determina un ostacolo all'ingresso di nuovi operatori economici nel mercato di riferimento: «*la spiaggia*» – si è detto – «*è un bene pubblico demaniale e perciò inalienabile e impossibilitato a formare oggetto di diritti a favore di terzi, sicché proprio la limitatezza nel numero e nell'estensione, oltre che la natura prettamente economica della gestione (fonte di indiscussi guadagni), giustifica il ricorso a procedure comparative per l'assegnazione*»[29].

[27] La disciplina in Portogallo è dettata dalla *Lei da Água* n. 58 del 2005 che individua diversi livelli di competenza, con preminenza riconosciuta all'*Instituto da Água*, ente nazionale che funge da garante delle politiche idriche.
[28] In tali sensi si era già da tempo espressa Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2013, n. 5.
[29] Cons. Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1416.

ISSN 2036-7821

Sul medesimo crinale si pongono sempre più di frequente le decisioni del Giudice Amministrativo di prime cure tese in larga parte a dichiarare la legittimità di provvedimenti limitativi nel tempo della durata delle concessioni (più raramente l'illegittimità dei provvedimenti di proroga[30]).
Si è poi statuita la legittimità di quei provvedimenti concessori che ne stabiliscono un'efficacia temporale limitata nel tempo (così non applicando la proroga ultradecennale), rilevando come detta limitazione non può ritenersi in contrasto con l'art. 1, comma 682, della legge n. 145/2018, essendo quest'ultima di per sé in contrasto col diritto europeo[31].
Allo stesso tempo sono stati ritenuti legittimi provvedimenti di diniego della proroga[32].
Tali assunti sono stati ancora più di recente ribaditi da Palazzo Spada[33].
Inoltre, non può tacersi la non trascurabile "discesa in campo" in sede giustiziale e stragiudiziale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato[34].

---

[30] Secondo T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 14 gennaio 2021, n. 82, è illegittimo il provvedimento con cui viene disposta la proroga di una concessione demaniale marittima per contrasto della legge (in questo caso legge della Regione Siciliana n. 15/2005) con la normativa europea, nonché in quel caso, con le norme del Codice della navigazione.

[31] Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 29 gennaio 2021, n. 265. Sul medesimo crinale, T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 3 febbraio 2021, n. 40, ha statuito: «*se il giudice nazionale accerta che le concessioni oggetto di proroga automatica* ex lege *hanno a oggetto una risorsa naturale "scarsa" e che vi è un interesse transfrontaliero verso di esse, allora si deve concludere per il contrasto della disciplina che prevede tale proroga senza procedura selettiva con le succitate disposizioni e principi eurounitari; ne deriva che l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale deve essere disapplicata in ossequio alla pronuncia della Corte di Giustizia del 2016, con conseguente illegittimità degli atti di proroga delle concessioni demaniali in assenza di gara*».

[32] Secondo T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 15 gennaio 2021, n. 616, è legittimo un provvedimento di diniego dell'istanza di proroga ventennale di una concessione demaniale marittima, non solo perché contrastante con quanto disposto dall'art. 12 della Direttiva servizi, ma anche perché confliggente con quanto disposto nel Lazio, rispettivamente dall'art. 53-*bis*, comma 3, della legge regionale n. 17 del 6 agosto 2007 – ai sensi del quale «*i comuni sono tenuti ad attivare procedure di evidenza pubblica ai fini del rilascio di nuove concessioni, nonché nei casi di affidamento ad altri soggetti delle attività oggetto di concessione*» – e dall'art. 47 della medesima legge (come modificato dalla l.r. n. 8/2018) ai sensi del quale «*la durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistiche e ricreative è stabilita in conformità alla normativa statale vigente in materia*».

[33] In sede di ottemperanza, Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2021, n. 2002, richiamando altri precedenti del Collegio giudicante, ha statuito che «*l'ente competente al rilascio della concessione demaniale marittima ad uso turistico ricreativo, in ragione della normativa disciplinante il settore, non può procedere in via diretta al rilascio stesso ma solo all'esito di una selezione tra gli aspiranti concessionari se non previa selezione*»

[34] Sulle funzioni dell'Autorità, per tutti cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006. Osserva l'A.: «Le ragioni costituzionali dell'antitrust risiedono nella necessità di evitare le distorsioni monopolistiche e di garantire tendenzialmente la correttezza dell'attività economica, senza abusi di posizioni dominanti, senza accaparramenti ingiustificati, al fine pur sempre di realizzare una utilità sociale intesa (anche, ma non solamente) come punto di confluenza tra produttori e consumatori. La sua funzione, quindi, si esaurisce esclusivamente sul piano economico e non coinvolge, se non indirettamente, la solidarietà e i diritti inviolabili dell'uomo. La libertà economica e la concorrenza, anche sul piano strettamente economico, sono non un fine ma un mezzo, una regola, per realizzare l'utilità sociale, l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione economica e sociale del Paese e il pieno sviluppo della persona (artt. 3, comma 2, e 41, comma 2, cost.)».

ISSN 2036-7821

In virtù dei poteri che le sono accordati dalla propria legge istitutiva[35], infatti, l'Autorità c.d. Antitrust ha dapprima diffidato gli enti territoriali a non prorogare le concessioni nonché, da ultimo, ha inviato una segnalazione[36] alle Camere ed al Governo ove evidenzia come «la contigua giurisprudenza, europea e nazionale, in materie di concessioni demaniali marittime ha costantemente ribadito la necessità di assegnare le concessioni all'esito di selezioni trasparenti e non discriminatorie e per una durata limitata e proporzionata agli investimenti» al contempo invitando il Legislatore a ponderare gli effetti di «chiusura del mercato» che la proroga ha generato[37].

Sempre in virtù dei poteri che le sono attribuiti[38], l'AGCM[39] è successivamente insorta in sede giustiziale avverso provvedimenti ritenuti distorsivi della concorrenza: in uno dei primi ricorsi decisi, l'Autorità, stimolata dalla segnalazione di un privato cittadino, ha ottenuto l'annullamento di una determina dirigenziale che disponeva la proroga di tutte le concessioni demaniali in essere sul territorio comunale fino al 2033[40].

---

[35] Ci si riferisce ai «poteri conoscitivi e consultivi» dell'Autorità disciplinati dal Titolo III della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

[36] Ai sensi dell'art. 21 della legge istitutiva, l'Autorità può segnalare al Governo e al Parlamento «*situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi*».

[37] La lettera (n. AS1721), pubblicata sul bollettino dell'Autorità, è consultabile sul sito www.agcm.it.

[38] Ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, l'AGCM «*se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato*» può emettere un parere motivato cui, in mancanza di conformazione da parte dell'Amministrazione, può seguire un ricorso giurisdizionale nei successivi trenta giorni.

[39] Prima della proposizione dei ricorsi giurisdizionali, diversi Comuni italiani sono stati destinatari di diffide da parte dell'Autorità che, nell'esercizio dei suoi poteri di *advocacy*, ha segnalato la necessità di affidare le concessioni mediante procedure selettive e competitive: secondo l'Autorità «la concessione di proroghe in favore dei precedenti concessionari, infatti, rinvia ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica. Quindi, eventuali proroghe degli affidamenti non dovrebbero comunque eccedere le reali esigenze delle amministrazioni, per consentire quanto prima l'allocazione efficiente delle risorse pubbliche mediante procedure competitive. Né una proroga di siffatta durata può essere considerata in alcun modo necessaria e proporzionata alle specifiche esigenze che l'amministrazione eventualmente rinviene nell'attuale situazione di emergenza sanitaria» (cfr. parere AGCM AS1714 del 9 dicembre 2020, e gli ulteriori pareri ivi richiamati, sempre in www.agcm.it).

[40] T.A.R. Toscana, Sez. II, 8 marzo 2021, n. 363, su ricorso proposto dall'AGCM, ha statuito: «*L'amministrazione che intenda procedere a una nuova concessione del bene demaniale marittimo con finalità turistico-ricreativa, in aderenza ai principi eurounitari della libera di circolazione dei servizi, della par* condicio, *dell'imparzialità e della trasparenza, ai sensi del novellato art. 37 cod. nav., è tenuta ad indire una procedura selettiva e a dare prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda a un più rilevante interesse pubblico, anche sotto il profilo economico. A fronte dell'intervenuta cessazione del rapporto concessorio, come sopra già evidenziato, il titolare del titolo concessorio in questione può vantare un mero interesse di fatto a che l'amministrazione proceda ad una nuova concessione in suo favore e non già una situazione qualificata in qualità di concessionario uscente, con conseguente inconfigurabilità di alcun obbligo di proroga ex lege o da parte dell'amministrazione. Ne deriva che l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale non può che essere esclusa in ossequio alla pronuncia del 2016 del giudice eurounitario, come già stabilito dal Consiglio di Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, con riferimento, sia alle proroghe disposte dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 e dall'art. 34-*duodecies*, d.l. 179/2012, e, a decorrere dal 1° gennaio 2013,*

ISSN 2036-7821

Per completezza, vanno anche segnalate alcune pronunce (seppur del tutto isolate) che hanno dichiarato l'illegittimità di provvedimenti di diniego della proroga[41].
Non si è invece dubitato che sulle istanze di proroga sussista un obbligo di provvedere[42].
Ugualmente contraria all'applicazione della proroga si è mostrato il Giudice penale.
La Cassazione penale ha infatti avuto modo di osservare come una stabilizzazione degli effetti della proroga si pone in aperto contrasto con i principi proconcorrenziali europei, finanche riconoscendo il reato di abusiva occupazione di spazio demaniale (previsto dagli artt. 54 e 1161 del Codice della navigazione) e sollecitando la disapplicazione della normativa contrastante[43].
In breve, secondo la Corte «*ai fini della integrazione della fattispecie di occupazione del demanio marittimo, sono soggette a disapplicazione le disposizioni normative che prevedono proroghe automatiche di concessioni demaniali marittime, in quanto violano l'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza*»[44].
Sul medesimo crinale si è posto anche il Giudice delle Leggi che ha avuto modo a più riprese[45] di dichiarare l'illegittimità costituzionale di normative regionali che

---

dall'art. 1, comma 547, l. 24 dicembre 2012, n. 228, sia alla proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere fino al 2033, disposta dall'articolo unico, comma 683, l. 30 dicembre 2018, n. 145».

[41] Ci si riferisce ad alcune isolate decisioni promananti dal medesimo Collegio giudicante, nello specifico T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 27 novembre 2020, n. 1321 – per cui è nullo un provvedimento di annullamento della proroga precedentemente disposta che abbia come unico motivo la violazione del diritto europeo – e Id.., 15 gennaio 2021, n. 72, secondo cui la legge n. 45/2018 «*rappresenta l'unica normativa che possa applicarsi nella specie, attesa la prevalenza della legge nazionale sulla direttiva Bolkestein, che non è* self-executing *e, pertanto, non è suscettibile di diretta ed immediata applicazione per difetto dei presupposti, necessitando di apposita normativa nazionale attuativa e di riordino del settore e traducendosi in tal modo la c.d. disapplicazione in evidente mera violazione delle legge (disapplicazione in senso assoluto)*» con conseguente riconoscimento del diritto dell'istante/ricorrente a conseguire la proroga della concessione sino al 2033.

[42] Con due sentenze gemelle, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 23 febbraio 2021, nn. 1217 e 1218, ha statuito – su due ricorsi avverso il silenzio, all'uopo nominando anche un Commissario *ad acta* – che nel provvedere sulle istanze di proroga delle concessioni marittime «*l'Amministrazione dovrà considerare la compatibilità dell'art. 1, comma 682 e comma 683, della Legge Bilancio 2019, 30 dicembre 2018, n. 145 con il diritto dell'Unione Europea, in particolare alla luce dei principi fissati dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 14 luglio 2016, C-458/14*» con la conseguenza che, secondo il Collegio, «*il potere in capo all'Amministrazione non è rigorosamente vincolato, non potendo il Comune limitarsi a "prendere atto" della nuova scadenza legislativa*» e che «*alla luce dei principi fissati dalla Corte di Giustizia nella predetta sentenza, l'Amministrazione dovrà valutare se la concessione in questione presenti un interesse transfrontaliero certo, tenuto conto in particolare della situazione geografica del bene e del valore economico di tale concessione, nel qual caso la proroga automatica è incompatibile col diritto dell'Unione Europea*».

[43] Da ultimo Cass. penale, Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 29105, in *De Jure*, ha statuito che va disapplicata una normativa recante una proroga automatica delle concessioni balneari «*in quanto la stessa, stabilizzando gli effetti della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime* […] *contrasta con l'art. 12. par. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 (c.d. direttiva Bolkestein) e, comunque, con l'art. 49 TFUE*» (nello stesso senso cfr. Ead., 6 marzo 2019, n. 25993, Ead., 14 maggio 2018, n. 21281, tutte in *DeJure*).

[44] Cass. penale, Sez. III, 12 luglio 2019, n. 25993, in *De Jure.*

[45] Cfr. Corte costituzionale, 12 maggio 2010, n. 180 (Pres. Amirante, Red. Finocchiaro), in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 3, pag. 699 ss. che – nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l.r. Emilia-Romagna n. 8 del 23

ISSN 2036-7821

disponevano la proroga delle concessioni su domanda dell'interessato: è stata così dichiarata l'illegittimità di una legge regionale[46] che subordinava il rilascio di una nuova concessione al pagamento di un indennizzo in favore del concessionario uscente da parte del nuovo aggiudicatario (cui veniva richiesto di impegnarsi con atto unilaterale d'obbligo a pena di esclusione dalla procedura ed evidenza pubblica)[47].

Da ultimo, poi, la Consulta ha sanzionato una legge regionale[48] che, nelle more dell'approvazione di piani urbanistici comunali per le spiagge, consentiva il rilascio od il rinnovo di «*concessioni demaniali pluriennali di natura stagionale*», espressione quest'ultima che avrebbe consentito finanche concessioni di durata del tutto indeterminata: secondo la Corte tale ipotesi finisce per essere inevitabilmente sottratta alle procedure ad evidenza pubblica e consente *de facto* la mera prosecuzione dei rapporti concessori in essere con una proroga sostanzialmente automatica[49].

Insomma, anche la sregolata e distorsiva attività legislativa e provvedimentale delle Regioni contribuisce a rendere il quadro ordinamentale ancora più incerto.

L'Assemblea regionale siciliana, ad esempio, ha adottato una legge (la n. 24 del 14 dicembre 2019) con cui ha recepito (laddove ce ne fosse bisogno) la proroga disposta dal Legislatore nazionale, all'uopo anche disciplinando le modalità di rilascio delle proroghe.

---

luglio 2008 – ha evidenziato come l'automatismo della proroga determina una disparità di trattamento tra gli operatori economici, dal momento che coloro che prima non gestivano il demanio sono impossibilitati dal prendere il posto del vecchio concessionario, se non nel caso in cui questo non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti; Ead., 11 gennaio 2017, n. 40 (Pres. Grossi, Red. Zanon), in *Giur. cost*., 2017, 1, pag. 358 ss. che – dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comm8, seconda parte e comma 9, della l.r. Puglia n. 17 del 10 aprile 2015 – ha evidenziato come il mancato ricorso a procedure aperte e trasparenti determina un ostacolo all'imgresso nel mercato di nuovi operatori economici, invadendo la competenza statale in materia di tutela della concorrenza; sulla base dei medesimi principi cfr. Ead., 16 gennaio 2019, n. 1 (Pres. Lattanzi, Red. Morelli), in *Giur. cost*., 2019, 1, pag. 1 ss. che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1, 2, 3, e dell'art. 4, comma 1, della l.r. Liguria n. 26 del 10 novembre 2017.

[46] Ci si riferisce a quanto disposto dall'art. 54, commi 2, 3, 4, 5 della "singolare" legge regionale del Veneto 4 novembre 2002, n. 33 (Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo).

[47] Cfr. Corte costituzionale, 23 ottobre 2020, n. 222 (Pres. Morelli, Est. Barbera), in *Federalismi.it*, che ha ribadito che nella competenza esclusiva statale in materia di concorrenza «*le pur concorrenti competenze regionali trovano un limite insuperabile*», ed evidenziato che «*l'enunciata finalità di tutelare l'affidamento e la certezza del diritto degli operatori locali non vale ad escludere il* vulnus *arrecato dalla disposizione in esame alla competenza esclusiva dello Stato, in materia di tutela della concorrenza, poiché spetta unicamente allo Stato di disciplinare in modo uniforme le modalità e i limiti della tutela dell'affidamento dei titolari delle concessioni già in essere nelle procedure di selezione per il rilascio di nuove concessioni*».

[48] Art. 1 della legge regionale Calabria 25 novembre 2019, n. 46.

[49] Corte costituzionale, 29 gennaio 2021, n. 10 (Pres. Red. Coraggio), in *www.cortecostituzionale.it*, ha statuito: «*La previsione della possibile durata pluriennale delle concessioni comporta la possibilità del rilascio (o del rinnovo) di tali concessioni per periodi del tutto indeterminati in favore di un unico titolare, che risulterebbe così ingiustificatamente privilegiato rispetto a ogni altro possibile interessato in violazione – anche in questo caso – dei principi di tutela della concorrenza*».

ISSN 2036-7821

Altre Amministrazioni regionali sono invece ricorse a strumenti di "diritto morbido": *inter alia*, la Regione Basilicata, con delibera di Giunta regionale[50] ha stabilito che "*l'asseveramento dell'estensione della durata delle concessioni potrà essere formalizzato con l'adozione di un provvedimento di natura ricognitiva/dichiarativa mediante acquisizione/accertamento/espletamento*" delle formalità indicate; la Regione Campania, invece si è limitata all'adozione di una mera circolare[51] indirizzata ai Comuni con cui afferma che la proroga «*deve*» essere applicata a tutte le concessioni vigenti alla data del 1° gennaio 2019; la Regione Abruzzo ha inteso invece affidarsi ad una determina dirigenziale[52] con cui ha fornito "*indicazione operativa*" per l'attuazione della proroga disposta a livello nazionale all'uopo anche predisponendo "*una traccia del provvedimento di asseveramento dell'allungamento della concessione*"; anche la Sardegna, a seguito di una delibera giuntale di indirizzo, ha adottato una determinazione dirigenziale che conferma la proroga, anche in questo caso predisponendo apposita modulistica da utilizzare per i relativi procedimenti ricognitivi[53].

Del tutto peculiare è invece la situazione registratasi in Liguria, ove si intrecciano profili di opportunità politica e giustiziali: "pesa", infatti, una nota[54] del Procuratore della Repubblica di Genova, indirizzata agli uffici del Comune capoluogo, della Città metropolitana e della Regione, ove i magistrati liguri, nel chiedere di conoscere quali procedure l'Amministrazione intenda adottare, richiamano la «giurisprudenza ormai univoca» per cui, secondo la Procura, può ormai considerarsi diffusa «l'effettiva conoscenza dell'obbligo a carico dei Comuni gestori in merito alla necessità di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con la sovra ordinata normativa europea».

Ne è derivato nella regione costiera un quadro confuso e timoroso: alcuni Comuni hanno dapprima disposto la proroga, salvo poi revocare i provvedimenti pochi giorni dopo[55], mentre il locale Tribunale Amministrativo ha preferito abbinare al merito le istanze cautelari sui ricorsi dei concessionari avverso i dinieghi di proroga, fissando le relative udienze alla fine dell'anno in corso.

Altre Regioni hanno preferite invece non atti ed attivarsi per una soluzione nazionale: in tal senso, il Consiglio regionale del Lazio ha di recente approvato una mozione a larga maggioranza che impegna la Giunta ad attivarsi presso la Conferenza Stato-Regioni e nelle altre sedi istituzionali perché il Governo emani uno o più atti per l'applicazione uniforme della proroga.

[50] N. 155 del 25 febbraio 2019.
[51] Prot. n. 237558 dell'11 aprile 2019.
[52] N. DPH002/004 del 22 gennaio 2019.
[53] N. 3114 del 29 ottobre 2020.
[54] Del 2 marzo 2020, consultabile in www.mondobalneare.com.
[55] Caso curioso è quello del Comune di Rapallo che con Delibera di Giunta n. 282 del 31 dicembre 2020 ha revocato la precedente Delibera (n. 259 del 17 dicembre 2020) con cui aveva disposto la proroga sino al 2033 delle concessioni demaniali marittime, salvo disporre una inusuale "proroga tecnica" sino al prossimo anno.

ISSN 2036-7821

E proprio la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha chiesto al Governo, con un apposito ordine del giorno[56], l'adozione di uno o più atti che chiariscano la piena vigenza del regime di proroga e la portata applicativa della disciplina delle concessioni demaniali.

4. Il controverso destino dei provvedimenti adottati in violazione delle norme europee

Il delineato quadro ordinamentale rende sempre più attuale la problematica della patologia di quegli atti adottati in applicazione di norme di rango primario disapplicabili che, in materia di concessioni demaniali marittime, non mancano.

Su tale tema si impongono pertanto alcune brevi riflessioni a carattere dottrinale.

È ormai acquisito che la disapplicazione (*recte* la non applicazione) di siffatte norme "anticomunitarie" costituisce per il Giudice un potere-dovere operante anche d'ufficio[57] per assicurare la piena applicazione delle norme europee, che si pongono in una posizione di rango superiore rispetto a quelle di singoli Stati membri.

Ne consegue che da una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia scaturisce l'obbligo per il giudice nazionale di conformarsi, con l'effetto, in caso contrario, di esporre lo Stato di cui quel magistrato è organo ad una procedura di infrazione[58].

Tanto sta avvenendo in materia di concessioni, come emerge dal copioso *case-law* sopra citato.

D'altronde, è ormai principio consolidato quello per cui la disapplicazione della norma nazionale confliggente con il diritto europeo – specie se accertato dalla Corte di giustizia – costituisce un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e quindi anche per i suoi funzionari, qualora chiamati ad applicare una norma contrastante[59].

Dunque, al dirigente (o al funzionario apicale comunque denominato) si impone l'obbligo di non applicare una norma nazionale (o regionale), salvo la possibilità di trarre dall'ordinamento europeo una norma con efficacia diretta idonea a disciplinare la fattispecie concreta[60].

Il destino patologico di tali provvedimenti è controverso in dottrina e in giurisprudenza.

In sede giustiziale, è ormai invalsa la tesi per cui il provvedimento amministrativo adottato in applicazione di una norma contrastante con il diritto dell'Unione sia da considerare annullabile per violazione di legge piuttosto che nullo per difetto assoluto di attribuzione di potere in capo all'Amministrazione: conseguenza di tale

[56] Ordine del giorno in materia di concessioni demaniali del 23 marzo 2020, consultabile sul sito della Conferenza.

[57] Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1219.

[58] Così Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2019, n. 2890.

[59] Cfr. Corte Giustizia UE, 22 giugno 1989, C-103/88, *ead.*, 24 maggio 2012, C-97/11.

[60] Così Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2018, n. 1342, secondo cui è errato «*limitare alla sola autorità giudiziaria il potere di disapplicazione di norme interne in contrasto con il diritto euro-unitario*».

ISSN 2036-7821

orientamento è che la violazione del diritto europeo comporta l'onere di impugnare il provvedimento ritenuto contrastante entro il termine decadenziale di sessanta giorni, pena l'inoppugnabilità[61] degli stessi ed il consolidamento dei relativi effetti.
La tesi dell'annullabilità, come spiegata invece dalla dottrina, muove da una concezione separata dell'ordinamento europeo e quello nazionale, con la conseguenza che, concependo la norma europea come integrativa dell'ordinamento italiano, il regime del provvedimento amministrativo non cambia a seconda che il parametro normativo sia di fonte nazionale od europea, così configurandosi una violazione di legge, come tale comportante l'annullabilità[62].
Altri hanno ravvisato una ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo emanato in applicazione di norma interna contraria al diritto europeo[63].
In mezzo tra le due tesi vi è chi, pur ritenendo in via generale i provvedimenti annullabili, ha configurato la nullità «*nella sola ipotesi in cui il provvedimento amministrativo sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario*»[64].

---

[61] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874.

[62] A sostegno di tale tesi militano anche i principi europei (art. 263 TFUE) che stabiliscono un regime di annullabilità per gli atti emananti dagli organi dell'Unione europea in contrasto con le norme dei Trattati. In dottrina, a sostegno della tesi dell'annullabilità, si sono espressi G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, Milano, 1997; ID., *Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Milano, 2004; ID., *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pag. 505 ss.; ID., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2017; E. FERRARI, *Cittadinanza italiana e cittadinanza europea tra disapplicazione e cause di invalidità e non applicazione del principio di specialità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, pag. 1075 ss.; M. CAFAGNO, *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva CEE immediatamente applicabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, pag. 550 ss.

[63] Secondo Cons. Stato, Sez. IV, 30 marzo 2005, n. 579, «*l'esistenza della norma costituisce il presupposto necessario ed ineliminabile dell'atto amministrativo che pretende di farne applicazione* [...] *se la norma che l'Amministrazione pretende di applicare non esiste o per qualunque motivo non produce effetti all'interno dell'ordinamento nel quale è destinata ad operare la pronuncia giurisdizionale, il giudice non può che accertare l'inesistenza del necessario parametro per la valutazione della legalità dell'azione amministrativa e, siccome non esiste attività amministrativa* legibus soluta, *egli non può dare atto che della radicale nullità dell'atto medesimo*». Un'isolata e risalente decisione (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34) ha addirittura ritenuto inesistente un provvedimento adottato sulla base di una norma nazionale in contrasto col diritto europeo (la sentenza è annotata da L. TORCHIA, *Il giudice disapplica e il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro it.*, 1990, pag. 203 ss.).

[64] Così Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35. Di tale tesi "mediana" parla B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto amministrativo applicato*, Milano, 2005. Si segnalano le condivisibili conclusioni – a favore della tesi della nullità – di F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali*, cit., pag. 287 ss.: «La soluzione, preferibilmente, dovrebbe essere diversa. Occorrerebbe distinguere tra l'ipotesi in cui il contrasto con l'ordinamento comunitario risulti conclamato ed accertato (seppur riferito a fattispecie similari o a normative sopravvenute, come sopra già rappresentato) e quella per la quale manchi uno scrutinio in tal senso. Solo in quest'ultimo caso potrebbe ritenersi necessario un rimedio impugna- torio, mentre nella prima ipotesi la sanzione di nullità (che gode di un arco temporale di impugnazione più ampio e della rilevabilità di ufficio sembra più pertinente. Anche perché, laddove si è accertata la non compatibilità della norma interna con il diritto eurounitario (con disapplicazione della stessa) mancherebbe il presupposto legittimante

ISSN 2036-7821

A medesime conclusioni in ordine alla disapplicazione può pervenirsi anche in relazione a provvedimenti di indirizzo o a carattere regolamentare in contrasto con il diritto europeo: si pensi alla vasta gamma di delibere giuntali, circolari, determine *et similia* sopra citate che, ugualmente facendo applicazione di una normativa nazionale anticomunitaria, vanno disapplicate[65].

5. La necessaria ricerca di un equilibrio tra disegni di legge dimenticati e prospettive di riforma. La possibilità transitoria della "rinegoziazione".

Il quadro ordinamentale – si è visto – è quanto mai confuso.

La soluzione d'uscita è ben più semplice di quanto possa pensarsi: non è più rinviabile una riforma statale organica del settore delle concessioni demaniali, rispettosa del diritto europeo e contemperante le esigenze di tutela della concorrenza con quelle di ripartenza del settore economico.

Se ne proveranno a tracciare le linee di indirizzo.

Non si dubita, in primo luogo, che debba essere una legge nazionale, trattandosi di materia – la tutela della concorrenza – di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, come costantemente ribadito dalla Consulta[66].

Non possono più essere tollerate, infatti, anche se meramente recepenti leggi statali, norme regionali incidenti sul funzionamento del mercato delle concessioni: invero, l'attività legislativa delle Regioni dovrebbe limitarsi agli ambiti di stretta competenza concorrente (art. 117, secondo comma, Cost.) che, in *subiecta materia*, possono al

---

l'adozione dell'atto e l'esercizio della funzione amministrativa, con una assoluta carenza di potere (da cui consegue la massima sanzione dell'atto). Non può equipararsi tale fattispecie a quella per la quale l'atto amministrativo si presenti *contra legem*, quindi annullabile, perché, in ragione dell'accertata incompatibilità e della doverosa disapplicazione della norma nazionale, verrebbe a mancare proprio il substrato normativo su cui si basa l'adottanda determinazione. La tesi è in grado anche di contemperare le posizioni dei destinatari e beneficiari del provvedimento rimuovendo. Gli stessi, infatti, in caso di mancato scrutinio dell'antigiuridicità della norma interna (intesa come contrasto alla normativa comunitaria) risulterebbero inconsapevolmente danneggiati da un accertamento postumo dell'inefficacia dell'atto (peraltro in assenza di impugnazione); diversamente, laddove detto contrasto risulti già accertato la loro pretesa di tutela svilisce non potendo non essere consapevoli dell'avvenuto rilascio di un provvedimento viziato *radiciter*».

[65] Ad esempio, in tema di appalti, di "disapplicazione" si è parlato in riferimento a quelle linee guida dell'ANAC evidenziando che, laddove assumono un valore «*sostanzialmente normativo*» come tali «*vanno disapplicate*» (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*T*, 17 giugno 2019, n. 7836).

[66] Con una recente decisione (11 febbraio 2021, n. 16, Pres. Coraggio, Red. Zanon) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge regionale della Sicilia 19 luglio 2019, n. 13, nella parte in cui (art. 13) ha disposto la proroga per un triennio dei contratti di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale. Secondo la Corte una siffatta disposizione «*viola l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., in quanto non contemplando l'indizione di regolari gare d'appalto per la concessione di servizi di trasporto pubblico locale, si pone in contrasto con la disciplina statale vigente nella materia della "tutela della concorrenza"*» con la conseguenza che «*non è consentito al legislatore regionale stabilire il rinnovo o la proroga automatica alla scadenza di concessioni di servizio di trasporto pubblico, in contrasto con i principi di temporaneità delle concessioni stesse e di apertura del mercato alla concorrenza. Le proroghe dettano infatti vincoli all'entrata e incidono sullo svolgersi della concorrenza nel settore del trasporto pubblico locale, determinando una potenziale disparità di trattamento tra operatori economici. Se disposte dal legislatore regionale, esse invadono perciò la competenza esclusiva del legislatore statale*».

ISSN 2036-7821

massimo interessare il «governo del territorio» da intendersi come stretta competenza nella pianificazione urbanistico-edilizia delle zone costiere.
Tanto chiarito, qualche anno fa già fu approvata da un ramo del Parlamento una legge-delega al Governo[67] per la riforma del settore, anche salutata con favore dalle associazioni di categoria.
Detta proposta, nel rispetto del diritto europeo, prevedeva che l'affidamento delle concessioni marittime avvenisse nel rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza e pubblicità; il disegno di legge delegava inoltre il Governo a stabilire «adeguati limiti minimi e massimi» entro il quale le Regioni potessero fissare la durata delle concessioni «in modo da assicurarne un uso rispondente all'interesse pubblico, mentre nulla diceva in ordine a possibili proroghe automatiche.
Ciò nonostante, il Governo ed il Parlamento, anziché proseguire nell'*iter* legislativo (o ripartire dal testo già precedentemente approvato), hanno preferito disporre delle asistematiche ed insostenibili proroghe, delineando un modello assolutamente *sui generis* nel quadro eurounitario, non assimilabile a nessuno degli altri Stati membri.
Ed infatti, agli inizi del presente lavoro si sono analizzati alcuni sistemi giuridici esemplificativi di una maggiore coerenza con le regole europee: si è ad esempio evidenziato come la nuova legge spagnola si presenti pienamente conforme alle regole comunitarie distinguendo le concessioni degli immobili nel demanio marittimo da quelle ad uso turistico-ricreativo soggette ad una limitatissima durata; allo stesso tempo, l'ordinamento francese, da sempre assunto a modello virtuoso in ambito europeo, riconosce prevalenza indiscussa all'interesse pubblico anche prevedendo il diritto di prelazione per gli enti locali; ugualmente si è potuta apprezzare la legge croata che, prevedendo ipotesi-limite di proroga e la possibilità di concessioni senza gara per solo uso sociale, sportivo o culturale, si è dimostrata pienamente coerente con i principi europei.
Alla luce del quadro nazionale ed europeo descritto, si ritiene che una nuova legge sulle concessioni del demanio marittimo debba avere irrinunciabili caratteristiche:
- dovrà valorizzare al massimo i principi dell'evidenza pubblica[68], derogandovi solo in ipotesi tassative (es. concessioni ad uso sociale), possibilmente preferendo una

[67] Ci si riferisce al «Disegno di legge recante delega al Governo per la revisione e il riordino della normativa relativa alle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali ad uso turistico-ricreativo» approvato dal Consiglio dei Ministri il 27 gennaio 2017, e dalla Camera dei Deputati il 26 ottobre 2017 ed infruttuosamente trasmesso al Senato della Repubblica, dove il testo è naufragato con la scadenza naturale della Legislatura.

[68] Non si dubita che i principi della concorsualità e dell'evidenza pubblica trovino applicazione anche per le concessioni di beni pubblici. Tanto è evincibili da una interpretazione sistematica delle norme di settore: su tutti, l'art. 16 del d. lgs. 26 marzo 2010, n. 59 prescrive una selezione tra i candidati nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori sia limitato per la scarsità delle risorse naturali. Sul medesimo crinale si pongono le più risalenti disposizioni della legge generale di contabilità dello Stato e della legge breve sul procedimento amministrativo. A conferma di ciò, in sede giustiziale, si è detto: «*Anche nel caso in cui si tratti di una concessione di un bene pubblico (demaniale) e non già di una concessione di servizi, sussiste la necessità di applicare i principi di matrice europea di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità nelle procedure di assegnazione; invero, l'indifferenza comunitaria al*

ISSN 2036-7821

competenza statale (es. delle Prefetture, come in Francia) e non locale[69], all'uopo anche estendendo alle gare *de quibus* le regole del Codice dei contratti pubblici[70];

- dovranno evidentemente escludersi meccanismi di proroga automatica o tacita delle concessioni, salva la possibilità di prevedere, al verificarsi di condizioni rigide e predeterminate (ed eventualmente anche su autorizzazione di un ente superiore, come in Croazia), estensioni di durata strettamente limitate nel tempo;
- la riforma dovrà necessariamente rivedere i criteri di determinazione dei canoni concessori, in senso proporzionale tenuto anche all'investimento del concessionario, come previsto dalla medesima legge di bilancio del 2018 che, oltre a disporre la proroga, ha stabilito di adottare entro 120 giorni dall'entrata in vigore un Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che provveda, *inter alia*, alla ricognizione degli investimenti effettuati e dei canoni attualmente applicati, nonché alla revisione ed all'aggiornamento degli stessi canoni demaniali;
- infine, dovrà necessariamente prevedersi una disciplina transitoria per le concessioni di prossima scadenza o comunque per contenere gli effetti negativi della pandemia.

In relazione all'ultimo punto, ciò che è certo è che le conseguenze negative dell'emergenza sanitaria in corso non possono essere mitigate attraverso ingiustificate proroghe ultradecennali.

Nella transizione tra la vecchia e la nuova disciplina, nel contemperamento delle esigenze di ripartenza degli operatori economici del settore, possono infatti soggiungere istituti di carattere generale o farsi applicazione in via analogica di normative di altri settori: ci si riferisce, in particolare, alla possibilità di "rinegoziare" i singoli contratti di concessione, con «l'operazione attraverso la quale le parti si adoperano per ricomporre il sinallagma contrattuale, alla luce di uno o più eventi

---

nomen *della fattispecie, e quindi alla sua riqualificazione interna in termini pubblicistici o privatistici, fa sì che la sottoposizione ai principi di evidenza trovi il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione*» (*ex multis*, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 15 luglio 2017, n. 235).

[69] Per una disamina accurata delle competenze istituzionali in materia cfr. M. ARSÌ, *I beni pubblici*, in S. CASSESE (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, 2003, pagg. 1265 ss.

[70] Le concessioni di beni sono ad oggi espressamente escluse dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50) il cui art. 164, comma 2, stabilisce: «*in ogni caso, le disposizioni della presente Parte non si applicano i provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici*». Sulla distinzione tra concessione di beni e concessioni di servizi, in relazione a quelle del demanio marittimo, cfr. F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali*, cit., pag. 272 ss.

ISSN 2036-7821

che, in modo imprevisto e indipendente dalla loro volontà, abbiano causato l'alterazione»[71].

Ed infatti, ciò che la rinegoziazione mira a mitigare è una sopravvenienza[72], un evento sopravvenuto rispetto alla conclusione del contratto che, al momento della sua stipula, non poteva essere previsto e, come tale, travalica la normale *alea* del negozio.

Tale peculiare ipotesi di squilibrio sopravvenuto del sinallagma contrattuale è disciplinata dall'art. 1467 del Codice civile, ai sensi del quale la parte di un accordo, se la propria prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili, può domandare la risoluzione del contratto: in tal caso, per la controparte è possibile offrire di modificare equamente le condizioni pattuite, per evitare la risoluzione.

Dunque, la riduzione ad equità del contratto (*recte* la rinegoziazione) costituisce il mezzo attraverso cui governare le sopravvenienze e sterilizzarne gli effetti negativi.

L'evento che dà luogo alla sopravvenienza deve essere – ai sensi dell'art. 1467 – straordinario e imprevedibile e può avere varia natura: anche un provvedimento amministrativo che impedisce l'esecuzione della prestazione può essere ricondotto tra le sopravvenienze.

Certamente eventi straordinari ed imprevedibili sono una pandemia[73] ed i conseguenti provvedimenti inibitori di determinate attività: di tanto si è dimostrato più volte conscio il Legislatore emergenziale che ha introdotto significative disposizioni volte ad esonerare da responsabilità il debitore costretto al rispetto delle misure di contenimento.

Nell'ambito della contrattualistica pubblica, la possibilità di "rinegoziare" le condizioni dei contratti in corso di esecuzione è riconosciuta solo in presenza di condizioni predeterminate.

Proprio in materia di concessioni (di lavori e di servizi), l'art. 175 del Codice dei contratti pubblici prevede plurime possibilità di modifica dei contratti[74].

---

[71] Così B. MANFREDONIA, *I contratti* con *la Pubblica Amministrazione. Interessi, funzioni, interpretazione*, Napoli, 2020, pag. 165 ss. Nella prospettiva dell'Autrice, a seguito delle modificazioni dell'assetto originario degli interessi, viene a verificarsi «una scissione diacronica fra l'atto negoziale e l'attuazione concreta degli interessi» per cui l'equilibrio inizialmente raggiunto dalle parti, nell'evenienza venga messo in discussione da un'esecuzione differita, continuata o periodica, va rivisto in un momento successivo.

[72] Per una ricostruzione storico-civilistica del fenomeno v. P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, VII, Torino, 2012, pag. 440 ss.

[73] Ad esempio, Cass. civile, Sez. III, 10 luglio 2018, n. 18047, in *DeJure*, ha ritenuto evento oggettivamente straordinario ed imprevedibile lo scoppio di una epidemia tropicale che non aveva consentito al ricorrente di beneficiare della controprestazione di un contratto di vendita di un pacchetto di viaggio tutto compreso.

[74] Ai sensi della norma in commento, le concessioni in corso d'esecuzione possono essere modificate senza ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione: se le modifiche sono state espressamente previste nei documenti di gara, in clausole chiare, precise e inequivocabili che ne fissino la portata e le condizioni; in caso di lavori supplementari che si rendono necessari in corso di esecuzione; ove ricorrano circostanze che la stazione appaltante non poteva prevedere al momento dell'aggiudicazione secondo l'ordinaria diligenza, e la modifica

ISSN 2036-7821

Trattasi di ipotesi strettamente vincolate che, in caso contrario, in luogo della "rinegoziazione", comporterebbero l'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione: in tal senso, anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione[75] ha ribadito che, in presenza di circostanze straordinarie non prevedibili secondo l'ordinaria diligenza al momento dell'aggiudicazione, la stazione appaltante può modificare le convenzioni concluse con il concessionario, in presenza dei presupposti tassativamente indicati dall'art. 175, la cui valutazione della sussistenza è rimessa alla esclusiva discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice.

La norma dettata in tema di concessioni replica sostanzialmente quanto già previsto dall'art. 106 del Codice dei contratti con la differenza che ivi è espressamente prevista la possibilità di una proroga degli appalti in corso di esecuzione, limitata nel tempo e se prevista nei documenti di gara; ugualmente, è ammessa la proroga per il periodo strettamente necessario alla conclusione delle procedure di individuazione del nuovo contraente (c.d. proroga tecnica).

Per un quadro complessivo, si osservi poi come lo stesso Legislatore emergenziale[76], relativamente ai rapporti di concessione di beni in settori di mercato diversi da quello che ci occupa ha dettato, in luogo di improponibili proroghe ultradecennali, una disciplina maggiormente coerente e sostenibile, prevedendo l'espressa possibilità di rinegoziazione e limitata proroga solo per i rapporti di prossima scadenza, al fine di contenere gli effetti negativi della pandemia[77].

Anche relativamente ai beni immobili del demanio culturale sono dettate ben più coerenti disposizioni in ordine alla durata ed al rinnovo delle concessioni[78].

---

non alteri la natura generale della concessione. In ogni caso, non deve trattarsi di modifiche sostanziali ai sensi del comma 7 (es. la modifica non può introdurre condizioni che, se originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di altri candidati.

[75] Con delibera n. 388 del 12 aprile 2017, in www.anticorruzione.it.

[76] Il medesimo Legislatore che ha disposto le proroghe delle concessioni marittime di cui si discute.

[77] L'art. 216, comma secondo, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. Decreto Rilancio), in tema di impianti sportivi, ha previsto che, in ragione della sospensione delle attività sportive disposta nel periodo emergenziale, le parti di un rapporto di concessione comunque denominato, su richiesta del concessionario, possono concordare «*la revisione dei rapporti in scadenza entro il 31 luglio 2023*» rideterminando le condizioni di equilibrio economico-finanziario determinate in sede di aggiudicazione, «anche attraverso la proroga della durata del rapporto». Nella relazione illustrativa del decreto, la norma è giustificata dalla circostanza che gli operatori economici del settore sportivo, a fronte di una chiusura imposta per *factum principis*, dovranno comunque affrontare spese di riqualificazione e messa in sicurezza degli impianti: deve evidenziarsi che una simile norma non trova applicazione per quelle concessioni in scadenza oltre il 31 luglio 2023, per le quali «può ragionevolmente presumersi che diseconomie determinate dalla emergenza COVID-19 potranno essere nel tempo "assorbite" attraverso piani di recupero e di efficientamento adottati dal gestore, senza necessità di un intervento eteronomo sul rapporto».

[78] L'art. 7 del Decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo 6 ottobre 2015, prevede una durata delle concessioni del demanio culturale non superiore a dieci anni con la possibilità di una motivata proroga in particolari ipotesi connesse ad ipotesi di ripristino o restauro dei beni, per una durata totale della concessione non superiore ai diciannove anni, scaduti i quali è vietata ogni forma di rinnovo automatico o tacito.

ISSN 2036-7821

Insomma, i rassegnati esempi dimostrano come soluzioni maggiormente rispondenti alle regole europee e rispettose dei principi proconcorrenziali possono trovarsi sia in via emergenziale sia applicando, attraverso una interpretazione sistematica ed assiologica, norme già esistenti: a simili soluzioni stanno pervenendo, infatti, alcune Amministrazioni concedenti che, in luogo di applicare la proroga ultradecennale, hanno preferito estendere le concessioni in essere per il periodo strettamente corrispondente a quello emergenziale[79].

6. Riflessioni conclusive. L'(ultima) occasione del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

Nel titolo del presente lavoro si è voluta definire "insostenibile" la proroga ultradecennale delle concessioni demaniali marittime: si è scelto tale aggettivo dal momento che trattasi di scelta legislativa evidentemente "anacronistica" e "asistematica", totalmente avulsa dal quadro ordinamentale di segno costantemente contrario; lo dimostrano le plurime decisioni giustiziali citate, l'azione intrapresa dall'Autorità di regolazione del mercato di riferimento, nonché, da ultimo, la messa in mora della Commissione europea.

Insomma, una proroga ultradecennale, giustificata da vaghi e imprecisi riferimenti ai presunti effetti negativi della pandemia o dei cambiamenti climatici, non può trovare cittadinanza in un ordinamento ormai improntato alla tutela della concorrenza ed al principio dello sviluppo sostenibile, che impone anche di preservare le aree costiere[80] da concessionari poco affidabili o mossi da progetti non rispondenti all'interesse pubblico sul piano ambientale.

La Commissione europea ha da tempo evidenziato come la crisi pandemica abbia messo duramente alla prova il quadro di concorrenza all'interno dell'Unione, ribadendo come vada evitato che strumenti di flessibilità temporanea causino una frammentazione del mercato unico[81].

In questo spirito si muove la legislazione europea di disciplina del Piano di ripresa.

Non è noto ad oggi se il Governo italiano abbia riscontrato o meno la messa in mora della Commissione europea: in assenza, alcune vaghe indicazioni delle intenzioni del Legislatore possono reperirsi nelle bozze disponibili del Piano nazionale di ripresa e resilienza che, a seguito del repentino cambio dello scenario politico, come noto, è in fase di riscrittura.

[79] Si pensi al sopra descritto caso del Comune di Rapallo.

[80] In tal senso – si segnala – l'obiettivo 14.5 dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile, impone(va) entro il 2020 di preservare almeno il 10% delle aree costiere e marine, in conformità al diritto nazionale e internazionale e basandosi sulle informazioni scientifiche disponibili.

[81] Cfr. la comunicazione della Commissione europea al Parlamento e al Consiglio del 27 maggio 2020 dal titolo "Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione", in www.eur-lex.europa.eu.

ISSN 2036-7821

L'ultima versione approvata[82], in maniera lapidaria, si limita(va) a dire che «si introdurrà una riforma delle concessioni statali che garantirà maggiore trasparenza e un corretto equilibrio fra l'interesse pubblico e privato, nonché il costante miglioramento del servizio degli utenti».
Trattasi di petizione del tutto generica e che si spera la nuova versione del Piano meglio dettagli.
Non può infatti trascurarsi che il regolamento UE 2021/241[83], all'art. 18, nel disciplinare i contenuti dei piani nazionali per la ripresa e la resilienza (che devono essere oggetto di approvazione da parte della Commissione), stabilisce al comma 4, lett. b) che il documento deve contenere «*una spiegazione del modo in cui il piano per la ripresa e la resilienza contribuisce ad affrontare in modo efficace tutte o un sottoinsieme significativo delle sfida, individuate nelle pertinenti raccomandazioni specifiche per paese* […] *o in altri documenti pertinenti adottati ufficialmente dalla Commissione nell'ambito del semestre europeo*».
Di conseguenza, condizione indispensabile per l'approvazione del PNRR è il rispetto delle raccomandazioni rivolte agli Stati membri nel corso degli anni: per l'Italia: ne discende che, al pari di quella della giustizia civile e della pubblica amministrazione, la riforma delle concessioni demaniali non è più rinviabile.
Tuttavia, mentre altre riforme trovano nell'attuale bozza del PNRR un'ampia descrizione di come le stesse vogliano realizzarsi, relativamente alle concessioni il documento (per ora) nulla dice nel dettaglio se non la lapidaria enunciazione di principio che si è riportata sopra.
Rebus sic stantibus è dunque più che ragionevole dubitare che il documento possa trovare l'approvazione delle istituzioni europee, ancora in attesa delle controdeduzioni alla messa in mora.
Ciò nonostante, il PNRR resta probabilmente l'unica occasione che l'Italia ha per evitare una ormai più che certa (e sarebbe l'ennesima) procedura di infrazione ed una più che probabile condanna da parte della Corte di Giustizia.
Di una possibile riforma si è cercato di tracciare le linee fondamentali con l'auspicio che così si riesca a prevenire le plurime criticità, prendendo atto dei più recenti arresti giurisprudenziali (e non cercando di eluderli), dettando, in luogo di confusionarie e asistematiche proroghe ultradecennali, una disciplina puntuale e rigorosa che garantisca certezze per gli operatori economici ed il corretto funzionamento del mercato di riferimento.

[82] Dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 12 gennaio 2021, in www.governo.it.
[83] Trattasi del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, in www.eur-lex.europa.eu.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Abuso di posizione dominante e diritto della proprietà intellettuale. Il caso Huawey.

di Linda Giovanna Vacchiano

(Avvocato comunale di Nocera Inferiore)

Sommario

1. Premessa; 2. Disciplina normativa; 3. L'intreccio complesso della posizione dominante e del diritto di proprietà intellettuale. Il caso Huawei; 4. Conclusioni.

Abstract

This contribution focuses on those market operators who operate in a dominant position and is aimed at understanding their rationale and limits, especially in the reconciliation between regulatory discipline and phenomenal reality.

In the context of the rules for the protection of competition, a dominant position means a condition of significant market power arising in the hands of a company, compared to the others on the market. From an economic point of view, the dominant position is identified with the so-called market power, or the ability of a firm to raise prices above competitive levels in a lasting and profitable way. Not for this reason, however, are dominant positions to be considered illegitimate in themselves. Our legal system recognizes and protects these legal figures present on the market, by virtue of a reconciliation with the other interests that are at stake in the legal system and that come into contact with it

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Tale contributo pone l'attenzione su quegli operatori del mercato che operano in posizione dominante ed è finalizzato a comprenderne la *ratio* e limiti, soprattutto nel contemperamento tra disciplina normativa e realtà fenomenica.

Nell'ambito della disciplina a tutela della concorrenza, per posizione dominante[1] si intende una condizione di significativo potere di mercato configurantesi in capo ad una impresa, rispetto alle altre presenti sul mercato[2]. Dal punto di vista economico, la posizione dominante si identifica con il c.d. potere di mercato, ovvero la capacità di una impresa di aumentare i prezzi al di sopra dei livelli competitivi in maniera durevole e profittevole. Non per tale ragione, per , le posizioni dominanti sono da considerarsi di per sé illegittime. Il nostro ordinamento riconosce e tutela tali figure giuridiche presenti sul mercato, in virtù di un contemperamento con gli altri interessi che sono in gioco nell'ordinamento giuridico e che con esso vengono in contatto. A garanzia dei differenti gradi di tutela, dunque, l'ordinamento si connota per una disciplina specifica che impone alla impresa c.d. dominante di non compromettere lo svolgimento di una effettiva concorrenza sul mercato in cui opera, evitando con i propri comportamenti di rafforzare ulteriormente (ed ingiustificatamente) la sua posizione sul mercato e di agire al fine di compromettere la creazione ed il mantenimento di una situazione di effettiva concorrenza sul mercato. Una impresa che si trovi in posizione dominante deve, ad esempio, evitare di adottare comportamenti discriminatori tra i potenziali clienti; stipulare accordi di esclusiva (sia con clienti che con fornitori); condizionare la concessione di sconti all'esclusiva o al raggiungimento di determinati volumi di acquisto; proporre sconti selettivi, mirati agli attuali clienti dei concorrenti o a nuovi clienti; praticare i c.d. prezzi predatori (ovvero prezzi di vendita sottocosto giustificati dalla volontà di escludere dal mercato i concorrenti più deboli, che essendo privi di risorse finanziarie non siano in grado di sostenere il ritmo incalzante di una vera e propria guerra dei prezzi); privare un acquirente di un prodotto che sia indispensabile per competere sul mercato; condizionare, infine, le vendite di beni e servizi ad acquisti simultanei.

2. Disciplina normativa.

[1] Una definizione giuridica di posizione dominante nel mercato si deve alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE che nella sentenza United Brands Company del 1978 qualifica tale situazione giuridica soggettiva come una "*posizione di potenza economica, grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, e ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori*". A tal proposito, v. anche Hoffmann La Roche CdG 13 febbraio 1979, C85/76; United Brands CdG 14 febbraio 1978, C27/76.

[2] V., in proposito, Buzzone G., Capozzi S., Visione economica e giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'abuso di posizione dominante, in Assonime, 9/2017; Paolanti D., Abuso di posizione dominante, in www.studiocataldi.it; Milano L., L'abuso di posizione dominante nel mercato europeo, in www.diritto.it.

ISSN 2036-7821

La posizione dominante trova regolamentazione nell'ordinamento interno all'art. 3 della L .n. 287/1990 che ammette la esistenza sul mercato di posizioni dominanti, purché entro limiti ragionevoli dalla legge stessa imposti che evitino situazioni di abuso.[3] Disciplina, questa, di chiara ispirazione europea. E' il Trattato sul funzionamento della UE che impone, infatti, un divieto di abuso delle posizioni dominanti sul mercato all'art. 102 (ex art. 82 TUE), ammettendone, a contrario, la loro esistenza.

Dall'analisi comparativa della disciplina normativa in materia, è dato evidenziare una indifferenza dell'ordinamento per la dimensione assoluta dell'impresa, del quantum del fatturato o del volume dell'attività, al fine di inquadrarla nel novero delle c.d. posizioni dominanti. La posizione dominante, infatti, non pu essere in alcun modo "assolutizzata": una impresa pu essere dominante solo con riferimento ad alcuni aspetti della sua attività.[4] Del resto, la finalità ultima della disciplina di contenimento della posizione dominante è proprio quella di tutelare la concorrenza nel mercato ed, indirettamente, la libertà di scelta dei consumatori in virtù di una corretta ed efficiente allocazione delle risorse.

Le condotte abusive, così individuate dalla disciplina di settore e descritte nella loro tassatività, si riverberano in due differenti situazioni di abuso: abusi di sfruttamento ed abusi di esclusione. Per abusi di sfruttamento si intendono quelle condotte della impresa dominante configurabili nello sfruttamento iniquo del potere di mercato di cui la stessa gode, e che prescindono dall'impatto che tale condotta pu avere sull'assetto concorrenziale del mercato, per il raggiungimento di un personale

[3] Secondo la norma di cui all'art. 3 "*E' vietato l'abuso da parte di uno o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato: a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi*".

[4] Interessante, sul punto, anche quanto sostiene la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE del 2016 in merito: "*l'art. 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che il titolare di un brevetto essenziale ai fini dell'applicazione di una norma tecnica stabilita da un organismo di normalizzazione, che si sia irrevocabilmente impegnato nei confronti di tale organismo a concedere a terzi una licenza a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, dette "FRAND" ("fair, reasonable and non discriminatory"), non avuta della sua posizione dominante ai sensi di tale articolo quando esperisce un'azione per contraffazione volta alla cessazione del pregiudizio arrecato al suo brevetto o al richiamo dei prodotti per la fabbricazione dei quali sia stato utilizzato tale brevetto, laddove: prima di esperire la suddetta azione, da un lato, abbia avvertito il presunto contraffattore della contraffazione addebitatagli, indicando il suddetto brevetto e specificando il modo in cui esso è stato contraffatto, e , dall'altro, dopo che il presunto contraffattore ha confermato la sua volontà di stipulare un contratto di licenza a condizioni FRAND, abbia trasmesso a tale contraffattore una proposta di licenza concreta e scritta alle suddette condizioni, specificando, in particolare, il corrispettivo e le sue modalità di calcolo, e il suddetto contraffattore, continuando a sfruttare il brevetto di cui trattasi, non dia seguito a tale proposta con diligenza, conformemente agli usi commerciali riconosciuti in materia e in buona fede, circostanza che deve essere determinata sulla base di elementi obiettivi ed implica in particolare l'assenza di ogni tattica dilatoria*" (Corte Giust. UE, sez. V, 16.07.2015, n. 170).

ISSN 2036-7821

vantaggio. Per abusi di esclusione, invece, si intendono quelle condotte tenute dall'impresa dominante al fine di impedire e/o escludere ad altri concorrenti di accedere al mercato, rendendo, di fatto, impraticabile una concorrenza effettiva.
Per individuare tali condotte, e conseguentemente sanzionarle, l'ordinamento ha previsto un processo composto di vari step, ognuno dei quali fondamentale per addivenire ad una risoluzione delle questioni controverse che si configurino in relazione al funzionamento del mercato. A fronte della individuazione del c.d. mercato rilevante, inteso come ambito merceologico e geografico in cui le imprese si trovino ad esercitare la propria attività in concorrenza, si quantifica la fetta di mercato detenuta dalla impresa (c.d. potere di mercato). Più alta è la quota di mercato rispetto ai concorrenti, maggiori sono le probabilità che ci si trovi di fronte ad una posizione di dominanza, e maggiori sono - dunque - le probabilità di incorrere in situazioni di abuso.[5] Una volta individuata una posizione dominante, si procede all'accertamento della sussistenza di situazioni di abuso della stessa. Si procede ad identificare quelle condotte della impresa che abbiano garantito la realizzazione di profitti ingiustificatamente elevati, ovvero di condotte che abbiano - anche di fatto - estromesso i concorrenti dal mercato rilevante.
A tutela della posizione dei soggetti lesi da tali condotte, l'ordinamento prescrive lo strumento della segnalazione, che pu essere attivato da qualunque soggetto che vanti un interesse diretto all'avvio del procedimento, ovvero d'ufficio, entrambi prodromici all'avvio da parte dell'AGCM di un procedimento, articolato in varie fasi: fase preistruttoria, di raccolta e valutazione sommaria dei fatti; fase istruttoria, di acquisizione di elementi probatori; fase decisoria, di adozione del provvedimento finale (sanzionatorio o di archiviazione). Attraverso tutte queste fasi, l'autorità competente, una volta avuta contezza e conoscenza approfondita della situazione di fatto, ed avanzata una prima ipotesi accusatoria nei confronti dell'impresa interessata, previa garanzia e tutela del diritto di difesa di tutti i soggetti coinvolti mediante legittimo contraddittorio, cristallizza la ipotesi di addebito nella comunicazione delle risultanze istruttorie. A fronte di una fase dibattimentale finale, in cui le parti possono esporre oralmente le ragioni delle proprie posizioni, il Collegio dell'Autorità provvede alla definizione del procedimento: pu decidere per

[5] Se la impresa detiene una quota di mercato superiore al 50% sussiste una presunzione di probabilità di dominanza, salvo casi eccezionali; se la quota di mercato è quantificabile nel 40% dell'intero, si è di fronte alla soglia di attenzione prevista dalla prassi; se la quota oscilla tra il 25-50% si presume la possibilità di una posizione dominante, ma non sussistono prove di per sé sufficienti a dimostrarne la sussistenza; al di sotto del 25% si addiviene ad una presunzione di insussistenza di posizione dominante; sotto la quota del 10% c'è, invece, assenza di dominanza. Elementi da tenere in considerazione nell'analisi suindicata, che fanno propendere per la sussistenza di una posizione dominante o meno sono, inoltre, individuabili nelle quote di mercato detenute dai concorrenti; nella disponibilità di tecnologie superiori, economie di scala o di scopo; nella elevata integrazione verticale (di produzione e distribuzione); nella reputazione ed immagine; nella individuazione delle barriere all'entrata di natura amministrativa o di altra natura.

ISSN 2036-7821

l'archiviazione dello stesso, quando le risultanze non riescano a dimostrare la infrazione, ovvero quando il comportamento non configuri una ipotesi di infrazione; pu invece diffidare l'impresa ad adeguare il proprio comportamento sul mercato, prima di comminare alla stessa sanzioni pecuniarie in caso di diniego (sia esso espresso o tacito). A garanzia e maggior tutela della posizione delle imprese dominanti sul mercato,[6] inoltre, l'ordinamento introduce uno strumento particolare, quale è quello degli impegni (art. 14 ter), finalizzati alla rimozione della condotta lesiva, che dovranno essere valutati dall'Autorità e, se accolti, evitano all'impresa la comminatoria di una sanzione. Altro strumento, che è visto con favore dall'Autorità per i vantaggi in termini di tempo e di gestione del riassetto dell'equilibrio di mercato che lo stesso garantisce, è quello dei c.d. programmi di clemenza, in virtù dei quali è l'impresa interessata ad autodenunciare la propria posizione anticoncorrenizale, fornendo all'Autorità tutti gli elementi probatori necessari per individuare l'illecito. La impresa autodenunciante beneficerà, dunque, di una piena immunità dalla sanzione (vantaggio spettante solo alla prima impresa che si autodenunci, in caso di cartello), ovvero uno sconto significativo della stessa (in relazione alla importanza ed alla rilevanza degli elementi probatori forniti ed in ragione della gravità della condotta).

3. L'intreccio complesso della posizione dominante e del diritto di proprietà. Intellettuale. Il caso Huawei.

La questione affrontata dalla sentenza in commento concerne la individuazione di un qualche collegamento tra la posizione dominante e la titolarità di un diritto di proprietà intellettuale, con i suoi limiti e le sue esclusive.[7]

In dottrina, sul punto, si sono consolidati due opposti orientamenti. Da un lato, alcuni sostengono che non sussisterebbe un vero e proprio contrasto tra la tutela della concorrenza ed il diritto di proprietà intellettuale, ma piuttosto un contrasto apparente. Gli effetti restrittivi del breve periodo, insiti nelle esclusive e nei limiti propri del diritto di proprietà intellettuale, sarebbero infatti controbilanciati dagli effetti procompetitivi di lungo periodo, derivanti dall'operare del meccanismo che incentiva la creazione e la circolazione di beni protetti da tali esclusive.[8] Le esclusive,

[6] Mediante lo strumento degli impegni, si evita alle imprese un ingente danno all'immagine ed alla reputazione, che di fatto, incidono in modo prepotente sulla posizione delle stesse nel mercato.

[7] V. a tal proposito anche Bovino C., Brevetti e norme tecniche, azione inibitoria e abuso dominante, in Osservatori - Il Quotidiano giuridico; Del Corno G., Farmaci originali e biosimilari: proprietà industriale e diritto antitrust; G. Ghidini - G. Cavani - P. F. Piserà, Abuso di diritto del brevetto e abuso di posizione dominante: il caso Pfizer, in Rivista italiana di Antitrust, fasc. n. 3/2014.

[8] v. In proposito Lemhan M., La teoria dei property rights e la protezione della proprietà intellettuale e commerciale: una analisi giuridica ed economica, in Rivista di diritto industriale, 1984; Guglielmetti G., L'invenzione di software. Brevetto e diritto d'autore, Giuffré, Milano, 1996; Sarti D., Diritti esclusivi e circolazione dei beni, Giuffré, Milano, 1996; Frignani A. - Waelbroeck M., Disciplina della concorrenza nella CE, Utet, Torino, 1996.

ISSN 2036-7821

dunque, vengono definite come "*isole di monopolio in un mare di concorrenza*". L'opposto orientamento, invece, ritiene piuttosto che le esclusive siano da qualificarsi come "*isole di concorrenza che galleggiano in un mare di monopolio*". La disciplina propria del diritto di proprietà intellettuale, ed in particolare quella dedicata ai brevetti, evidenzia una situazione necessaria ed intrinseca di restrizione della concorrenza in merito alle invenzioni oggetto di tali situazioni giuridiche soggettive che, di fatto, rende evidente la interazione tra le due situazioni giuridiche.

Pur restando fermo il principio cardine secondo cui la titolarità di un diritto di proprietà intellettuale di per sé solo non configura una ipotesi di abuso di posizione dominante, la giurisprudenza si è a lungo interrogata sulla connessione e relazione che lega tali situazioni giuridiche soggettive, apparentemente rette parallele incapaci di intersecarsi.[9]

E' da premettere, sul punto, che il "monopolio" che viene a crearsi con riferimento ad una data invenzione, inoltre, è da considerarsi circoscritto alla creazione intellettuale propriamente detta, ma non esclude che esistano sul mercato altri beni sostituibili oggetto di quello di tutela intellettuale. Ci sono solo alcuni casi in cui il diritto di proprietà intellettuale conferisce una posizione dominante al suo titolare e, dunque, c'è il rischio di un abuso di posizione dominante. E' quanto accade con riferimento ai diritti di brevetto per invenzione. L'innovazione brevettata, in alcuni casi, è sufficientemente rivoluzionaria da comportare la formazione di una esclusiva forte (v., mercato delle invenzioni tecnologiche), che determina una identità tra prodotto e mercato. Proprio per la sua natura, la restrizione concorrenziale si estende anche alle c.d. innovazioni dipendenti, che comunque interessano un importante processo tecnico di considerevole rilevanza economica. Per addivenire a scovare una qualche intersezione tra i due valori giuridicamente tutelati (quello della concorrenza e quello della proprietà intellettuale), è necessaria un'analisi della situazione concreta che tenga conto di vari fattori: in primo luogo, si procede ad incasellare la condotta nelle ipotesi di abuso vietato; in secondo luogo, è necessario valutare se si possa configurare una ipotesi di liceità della condotta, desumibile dalla circostanza che il contegno costituisca una modalità di esercizio conforme agli interessi protetti dal diritto di proprietà intellettuale riconosciuto dalla legge; in sintesi, quindi, è necessario verificare la sussistenza di ulteriori fattori (casi eccezionali) che possano far rovesciare la presunzione di liceità della condotta da cui origina il ragionamento deduttivo.

[9] v. a tal proposito sentenza della Corte di Giustizia del 29 febbraio 1968, causa 24/67, Parke, Davis & Co. c. Probel, in Raccolta, 1968; Corte d'Appello di Milano 12 luglio 1996, CEIT s.r.l. c. Ciuffo Gatto s.r.l. e Novamont s.p.a., c.d. caso "Ciuffo Gatto II"; conclusioni dell'Avvocato generale Mischo, sentenza Corte di Giustizia del 5 ottobre 1988, in causa n. 238/87, AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd., in Rivista di diritto industriale, 1988, c.d. caso "Volvo"; sentenza della Corte del 29 aprile 2004, IMS Health (causa C-418/01, comunicato stampa n° 32/04).

ISSN 2036-7821

Uno dei casi innovativi che ha segnato una svolta nel sistema delle relazioni tra il diritto di proprietà intellettuale ed il diritto della concorrenza, enunciando i principi cardine per l'interpretazione del rapporto tra questi due valori, è il caso Huawei.[10]
La Corte di Giustizia si è occupata, con una sentenza da definirsi storica, della questione circa la legittimità dell'azione inibitoria esperita da parte del titolare di un brevetto c.d. essenziale, nei confronti di un contraffattore. La questione posta all'attenzione della Corte di Giustizia, riguardava la legittimità della definizione come contraria all'art. 102 TFUE (e, quindi, abusiva), della condotta di aver attivato l'azione di contraffazione al solo scopo di bloccare lo sfruttamento non autorizzato di un brevetto, sebbene il titolare dello stesso si fosse impegnato a concederne la licenza a terzi, in cambio della qualifica di brevetto essenziale.
Il caso concreto vede coinvolti, da un lato, Huawei Techologies[11], e dall'altro, ZTE[12], due società mondiali che operano nel settore delle telecomunicazioni.
Nel marzo del 2009, Huawei Technologies (Huawei), registrava presso lo Stato della Repubblica federale della Germania, un brevetto riguardante la "procedura e impianto per la creazione di un segnale d sincronizzazione in un sistema di comunicazione"[13] qualificato come essenziale (c.d. BEN) dall'ETSI - European Telecommunication Standards Institute[14], in quanto ritenuto necessario allo sviluppo della tecnica LTE (Long Term Evolution), in cambio dell'impegno di Huawei di concedere tale brevetto in licenza a terzi a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie (c.d. FRAND "*fair, reasonable and nondiscriminatory*").
Dalle indagini effettuate dagli organi competenti, era emerso tuttavia che dal novembre 2010 al marzo 2011 la società ZTE aveva commercializzato in Germania prodotti basati sul brevetto in questione registrato da Huawei, senza alcuna autorizzazione da parte del titolare, né versamento di alcun corrispettivo,

[10] Corte Giustizia UE, sez. V, 16.07.2015 causa n. C170/13 Huawei Technologies Co. Ltd / ZTE Corp., ZTE Deutschland
GmbH.

[11] Sulla questione v., anche le riflessioni di Arezzo E., *Is dominance the missing piece of the Huawei puzzle?*, in *Orizzonti del diritto commerciale.*

[12] V. a tal proposito anche Osti C., Il caso Huawei: ancora sul diritto della concorrenza come clausola generale del diritto civile, in Orizzonti del diritto commerciale, fasc. n. 1/2017; Travierso M., Esperibilità dell'azione inibitoria connessa all'abuso di posizione dominante in caso di contraffazione di brevetti essenziali; in www.medialaws.eu; Roveta S., Caso Huawei, come cambia il rapporto tra brevetti e concorrenza; Corte Giust. UE, Comunicato n. 88/2015, L'azione inibitoria proposta nei confronti di un presunto contraffattore dal titolare di un brevetto essenziale per l'applicazione di una norma tecnica e che si trovi in posizione dominante pu , a certe condizioni, costituire un abuso di posizione dominante; Carpagnano M., L'azione inibitoria proposta dal titolare di un brevetto essenziale pu costituire un abuso di posizione dominante, in www.osservatorioantitrust.eu; Libertini M., Brevi riflessioni sulla sentenza Huawei: verso una regolazione delle licenze FRAND di "Standard Essential Patents", in Orizzonti di diritto commerciale; Muselli A., La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Huawei: is this the end of the story?

[13] Brevetto registrato al n. EP 2 090 050 B 1.

[14] L'ETSI è un organismo competente nella determinazione delle norme tecniche per il settore delle comunicazioni che individua i c.d. brevetti essenziali, indispensabili per lo sviluppo delle tecnologie di settore

ISSN 2036-7821

unicamente mediante un contratto di licenza a condizioni FRAND relativo all'utilizzo del brevetto, mai formalizzato in una vera e propria proposta, nè ad un eventuale accordo tra le parti. Per tale motivo, Huawei ha esperito nel 2011 azione di contraffazione dinanzi all'autorità competente tedesca, al fine di bloccare la condotta illecita posta in essere da ZTE, richiedendo espressamente la cessazione della condotta di contraffazione, il richiamo dei prodotti, la presentazione dei dati contabili ed il risarcimento dei danni subiti. Il giudice investito della questione ha incardinato la propria decisione sulla risoluzione della preliminare questione circa la corretta interpretazione della qualificazione dell'azione di contraffazione come abusiva della posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE, ed a tal fine, ha sollevato la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Già nel caso Orange Book, la Corte suprema tedesca si era pronunciata in materia nel senso di ritenere sussistente l'abuso di posizione dominante a fronte della proposizione di un'azione di contraffazione da parte del titolare del brevetto solo in presenza di alcune stringenti condizioni. L'utilizzatore avrebbe dovuto, infatti, dimostrare di essere un "winlling licensee", ovvero avrebbe dovuto presentare un'offerta incondizionata al titolare del brevetto essenziale per la conclusione di un contratto di licenza, e se già stava attuando il brevetto, avrebbe dovuto adempiere in anticipo alle obbligazioni derivanti dal futuro e potenziale accordo di licenza, versando le royalties sul conto di garanzia.

Diverso l'approccio adottato dalla giurisprudenza europea con riferimento ai casi Samsung e Motorola dell'aprile 2014, in cui la Commissione europea ha espresso posizione favorevole al potenziale contraffattore. Secondo tale approccio, affinché la richiesta di inibitoria del titolare del brevetto essenziale venga considerata come condotta abusiva sarebbe sufficiente che il c.d. willing licensee si sia impegnato a negoziare una licenza a condizioni FRAND entro un periodo di 12 mesi e che abbia dimostrato la sua disponibilità ad accettare, qualora non si addivenisse ad un accordo di licenza, la definizione delle condizioni FRAND ad opera di una terza parte, mediante il deferimento della controversia ad arbitri od al giudice.

La pronuncia Hawei, invece, è la concreta e lampante estrinsecazione del brocardo latino "*in medio stat virtus*".[15] Posta la qualificazione della clausola FRAND come una vera e propria offerta al pubblico, immediatamente vincolante per il proponente e tale da dar luogo ad un vincolo contrattuale già attuale, ad oggetto determinabile, all'atto dell'adesione dell'aspirante licenziatario, la Corte di Giustizia UE premette

[15] v., anche, Libertini M., Brevi riflessioni sulla sentenza Huawei: verso una regolazione delle licenze FRAND, in *Orizzonti del diritto commerciale;* Osti C., *Il caso Huawei: ancora sul diritto della concorrenza come clausola generale del diritto civile*, in *Orizzonti del diritto commerciale;* Meli V., *The CJEU Judgment in the Huawei/ZTE Case. Getting Around the Problem of FRAND Commitments and Competition Law*, in *Orizzonti del diritto commerciale;* Ghidini G., Trabucco G., *Il calcolo dei diritti di licenza in regime FRAND: tre criteri proconcorrenziali di ragionevolezza*, in *Orizzonti del diritto commerciale.*

ISSN 2036-7821

una considerazione fondamentale per la risoluzione della questione. Secondo i giudici comunitari, infatti, i titolari dei diritti di proprietà intellettuale si vedono riconosciuti dall'ordinamento giuridico tutti gli strumenti necessari a tutela del loro diritto, contro qualsivoglia sfruttamento indebito da parte di terzi non autorizzati. Con riferimento a tale condizione, tuttavia, ove si tratti di un titolare di posizione dominante, risulta necessario un ulteriore passaggio valutativo, che è quello di verificare che le azioni poste a tutela della posizione giuridica soggettiva e riconosciute al titolare del diritto di proprietà intellettuale non siano utilizzate in modo abusivo.

Si distinguono, dunque, due ipotesi, a seconda che l'azione inibitoria sia volta ad ottenere il richiamo dei prodotti, ovvero alla presentazione dei dati contabili e del risarcimento del danno. Nel primo caso, il titolare del brevetto non adotta un comportamento abusivo della posizione dominante mediante l'esperimento dell'azione per contraffazione, finalizzata all'evidente scopo di far cessare il pregiudizio arrecatogli ed al richiamo dei prodotti per la fabbricazione dei quali è stato utilizzato il brevetto; e ci a condizione che, prima di esperire l'azione, abbia avvertito il presunto contraffattore della condotta addebitatagli (consentendo allo stesso di individuare il brevetto) e specificando le condotte lesive; abbia trasmetto al presunto contraffattore, a seguito della volontà espressa dallo stesso di stipulare contratto di licenza a condizioni FRAND, una proposta di licenza concreta e scritta alle suddette condizioni, indicando il corrispettivo e le modalità di calcolo; il presunto contraffattore non abbia dato seguito alla proposta con la diligenza e buona fede, conformemente agli usi commerciali riconosciuti, ma piuttosto abbia continuato ad utilizzare il brevetto senza alcuna legittimazione. Il contraffattore, in questa circostanza, non potrà eccepire l'abuso di posizione dominante, a meno che sottoponga al titolare del brevetto, entro un termine breve e per iscritto, una controproposta concreta rispondente alle condizioni FRAND, il che legittimerebbe, di fatto, il suo comportamento[16].

Nella ipotesi, prima censurata, in cui l'azione di contraffazione è finalizzata, invece, ad ottenere la presentazione dei dati contabili ovvero il risarcimento del danno, la Corte di Giustizia UE ritiene che, anche in tal caso, il divieto di abuso di posizione dominante non possa impedire al titolare del brevetto essenziale, impegnatosi dinanzi all'organismo di normazione a concedere a terzi il brevetto in licenza a condizioni FRAND, di esperire un'azione di contraffazione a tutela della propria posizione giuridica soggettiva, contro il presunto contraffattore, e ci in quanto tali atti non hanno conseguenze dirette sull'immissione o sul mantenimento nel mercato di prodotti conformi alla norma tecnica fabbricati da parte dei concorrenti. Nel caso

[16] v., sul punto, Meli V., *Standard, standardizzazione e applicazione dell'art. 102 Tfue ai conflitti su licenze relative a diritti di proprietà intellettuale*, in *Orizzonti del diritto commerciale.*

ISSN 2036-7821

di specie, Huawei legittimamente dunque ha esperito azione inibitoria nei confronti di ZTE che, di fatto, commercializzava una tecnologia senza autorizzazione preventiva del titolare.

4. Conclusioni.

La pronuncia della Corte di Giustizia UE appare chiara in quanto all'intento di tutelare la posizione del titolare di brevetto, nei limiti in cui tale tutela non leda palesemente ed irrimediabilmente la concorrenza nel mercato.

Tuttavia, la Corte di Giustizia UE in proposito rimane cauta, affermando che è ben possibile che l'esercizio dell'azione di contraffazione configuri, di per sé sola, una ipotesi di abuso di posizione dominante se si è in presenza di una serie di elementi. Sul presupposto che si tratti di un brevetto essenziale (ritenuto tale dall'ETSI in cambio dell'impegno irrevocabile del titolare di concederlo in licenza a condizioni FRAND a terzi), proprio tali elementi possono far muovere il sospetto della sussistenza di abuso di posizione dominante, anche se non sono di per sé soli sufficienti a dichiararne la esistenza. Per qualificare tale comportamento come violativo dell'art. 102 TFUE, è necessario che il titolare del brevetto essenziale abbia preliminarmente informato il presunto contraffattore, anche quando questi abbia già sfruttato il brevetto, del sospetto di contraffazione, della esistenza del BEN e del modo in cui sia stato violato. In assenza di tali comportamenti, appare evidente una presunzione di abuso. Ove, poi, il contraffattore abbia espresso la intenzione di stipulare un contratto di licenza a condizioni FRAND, è il titolare del brevetto che, a questo punto, ha l'onere di formulare una proposta, nel rispetto dell'impegno assunto nei confronti dell'ETSI. Fino al momento dell'accettazione della proposta, il contraffattore non pu - ovviamente - agire per l'accertamento dell'abusività della condotta tenuta dal titolare del BEN e, nel caso in cui sfrutti il brevetto prima della stipulazione di un contratto di licenza, ha anche l'obbligo di costituire idonea garanzia a favore del titolare del brevetto per l'accantonamento delle royalties che debbano essere versate.[17]

[17] In merito alla questione Huawei la Corte di Giustizia UE ha espresso, inoltre, le sue considerazioni nel comunicato stampa n. 88/2015. Nello specifico la stessa ha affermato che il titolare del brevetto, che si sia in precedenza impegnato a concedere a terzi una licenza a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, deve - prima di agire con l'azione inibitoria - trasmettere al presunto contraffattore una proposta di licenza. E ci trova fondamento nella volontà del diritto dell'UE di garantire l'esercizio dei diritti esclusivi collegati ad un diritto di proprietà intellettuale, preservando al contempo il libero gioco della concorrenza. L'esercizio dei diritti esclusivi è vero che fa parte delle prerogative del titolare, con la conseguenza che tale esercizio, quand'anche provenga da un'impresa in posizione dominante, non pu costituire di per sé abuso; tuttavia, in circostanze eccezionali, l'esercizio del diritto esclusivo pu dar luogo ad un potenziale abuso di posizione dominante. Inoltre, nel caso di specie incidono peculiarità tali da ulteriormente condizionare la qualificazione della condotta del titolare del brevetto come abusiva o meno della posizione dominante. In particolare, Huawei è titolare di un BEN, ovvero di un brevetto essenziale ai fini dell'applicazione di una norma tecnica, ovvero un brevetto il cui sfruttamento è indispensabile per ogni concorrente che intenda fabbricare prodotti conformi alla norma tecnica cui esso è

ISSN 2036-7821

Da quanto sopra appare evidente, quindi, che il presunto contraffattore risulta comunque "sanzionato" per la sua condotta, a prescindere dalla sussistenza ex post di ipotesi configurabili quale abuso di posizione dominante da parte del titolare del brevetto che, ove non provveda all'adempimento dei comportamenti sopra menzionati e dettagliatamente individuati dalla Corte di Giustizia UE, si presume che si stia comportando in violazione del disposto di cui all'art. 102 TFUE. A prescindere dalle reciproche tutele riconosciute nella interpretazione normativa che ne da la Corte di Giustizia UE, ne deriva una tutela rafforzata del diritto di proprietà intellettuale che, di fatto, acquista un altro rimedio a difesa dello stesso[18].

collegato. Inoltre, il brevetto oggetto di contestazione è stato qualificato essenziale in virtù dell'impegno assunto da Huawei all'organo di normalizzazione la irrevocabile disponibilità ad accordare a terzi licenze a condizioni FRAND.

[18] v., in proposito, per ulteriori approfondimenti il contributo di Muscolo G., *The Huawei Case. Patents and Competition reconciled?*, in *Orizzonti del diritto commerciale;* Denozza F., *The future of antitrust: concern for the real interests at stake, or etiquette for oligopolists?*, in *Orizzonti del diritto commerciale;* Arezzo M., Giurisprudenza Commerciale 2019 , pag. 926 , fasc. 5, *Brevetti essenziali, dominanza e abuso nel settore delle information & communication technologies.*

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La tutela del terzo di buona fede nell'ipotesi di confisca a seguito di lottizzazione abusiva.

di Alessandra Buonasera

(Dottoressa in Giurisprudenza - Università degli Studi di Messina)

Sommario

Parte I - L'evoluzione dell'istituto della confisca urbanistica. – 1. La lottizzazione abusiva, quadro normativo e conseguenze prescritte dall'ordinamento: la confisca urbanistica. – 2. La problematica natura giuridica della confisca urbanistica: la configurazione nazionale dell'istituto. – 3. La progressiva definizione della fisionomia dell'istituto e l'evoluzione della giurisprudenza: Strasburgo parla a Roma. – 4. Il primo inquadramento teleologico della confisca urbanistica nell'impostazione del T.U. Edilizia.
Parte II - Il dialogo interordinamentale e le prospettive di tutela del terzo. – 1. Il dispiegarsi della confisca urbanistica nella realtà fenomenica: i soggetti terzi ed il richiamo delle garanzie CEDU. – 2. La configurazione della posizione dei terzi e la funzione ripristinatoria delle ipotesi di confisca nella tradizione della Corte costituzionale. – 3. Le soluzioni di tutela offerte al privato nel quadro del diritto "vivente" ante Varvara. – 4. Il revirement Varvara e la risposta del Giudice delle leggi. – 5. Il caso G.I.E.M. contro Italia e la visione della Corte EDU. – 6. Le proiezioni nell'ordinamento nazionale della novella ermeneusi di Strasburgo: la (carente) responsabilità degli enti. – 7. Confisca urbanistica e terzo estraneo al procedimento: le prospettive di tutela. – 8. Le soluzioni applicative, il principio di proporzionalità e l'incidente di esecuzione a garanzia del terzo. – 9. L'ultimo approdo della Suprema Corte: confisca urbanistica, prescrizione del reato e valutazione della proporzionalità nel giudizio di rinvi. – 10. Conclusioni

Abstract

The protean nature of the confiscation has always placed the interpreter in front of great dilemmas in order not only to his qualification, now administrative, now criminal, now concerning category of security measures, but also, and above all, in relation to the subjects with whom it interfaces, in the ongoing dialogue with the procedural or substantial administrative system.
In this conversation that emerges from factual reality, not always and not fairly, the requests of subjects absorbed by the empirical substance of the security measures are listened to: third parties.
Here, the two-way substance of their dialogue brings with it questions aimed at answering problems relating to the particular case of the confiscation following illegal subdivision.
One wonders, who is the third? When is it possible to qualify his good faith?

ISSN 2036-7821

Prefazione.

La natura proteiforme della confisca, con particolare attenzione al Nostro ordinamento, ha da sempre posto l'interprete di fronte a gordiani dilemmi in ordine non solo alla sua qualificazione, ora amministrativa, ora penale, ora afferente alla più sfuggente categoria delle misure di sicurezza, ma anche, e soprattutto, in relazione ai soggetti con cui la stessa si interfaccia, nel continuo dialogo con l'ordinamento propriamente processuale o sostanzialmente amministrativo.

In questa incessante conversazione che emerge dalla realtà fattuale, non sempre e non sufficientemente, vengono ascoltate le istanze di soggetti assorbiti dalla ineluttabilmente empirica sostanza dei provvedimenti ablatori: i terzi.

L'eco dell'appello all'ascolto proveniente dalle norme assiologicamente votate ad egida dei diritti fondamentali, promana sempre più spesso dalle Corti sovrane: la Corte costituzionale e la Corte dei Diritti dell'Uomo.

Ecco, che la sostanza biunivoca del loro dialogo porta con sé interrogativi volti a dar risposta anche a problematiche afferenti al particolare caso dell'ipotesi di confisca a seguito di lottizzazione abusiva.

Ci si chiede, chi è il terzo? Quando è possibile qualificarne la buona fede?

Il cammino verso una risposta porta all'intima consapevolezza di una necessaria plurima considerazione di molte e più soluzioni, con un'unica solida certezza: in mente il faro di un ponderato equilibro dei diritti fondamentali della persona umana.

Parte I - L'evoluzione dell'istituto della confisca urbanistica

1. La lottizzazione abusiva, quadro normativo e conseguenze prescritte dall'ordinamento: la confisca urbanistica.

Un puntuale inquadramento della materia concernente la confisca urbanistica non può prescindere da una necessaria considerazione dei profili più salienti costituenti il suo logico presupposto: il reato di lottizzazione abusiva.

Se è pur vero che l'attuale realtà normativa, inverandosi nella concretezza fenomenica del caso concreto, deve oculatamente tener conto delle istanze promananti dalle Corti d'oltralpe, ed in attenta misura, dei richiami della Corte europea dei diritti dell'uomo, una consapevole ed armonica lettura della disciplina nazionale alla luce del dettato CEDU, non può non aver principio da una non superflua conoscenza dei profili caratterizzanti proprio il diritto interno, nostra prima risposta.

Il reato di lottizzazione abusiva, di cui all'art. 30 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380[1], (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia), si

[1] D.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, art. 30: "*Lottizzazione abusiva*. 1. Si ha lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni

ISSN 2036-7821

qualifica come reato a consumazione alternativa potendosi declinare nelle diverse forme di:

- lottizzazione abusiva "materiale", nel caso di contrasto con le prescrizioni determinate dalla legge o dagli strumenti urbanistici mediante la realizzazione di opere volte alla trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni;
- lottizzazione abusiva "negoziale", qualora sussista il difetto di autorizzazione, pur non essendo stata ancora avviata la trasformazione materiale delle aree cui la condotta è inequivocabilmente preordinata[2].

Nonostante l'iniziale configurazione quale "contravvenzione di natura esclusivamente dolosa" "per la cui sussistenza è necessario che l'evento sia previsto e voluto dal reo, quale conseguenza della propria condotta cosciente e volontaria diretta a limitare e a condizionare, con ostacoli di fatto o di diritto, la riserva pubblica di programmazione territoriale"[3], oggi si qualifica, con piena approvazione delle stesse Sezioni Unite[4], come contravvenzione ai sensi dell'art. 42, comma 4 c.p.[5] non sottraendosi alla possibilità di commissione colposa sia nella sua forma "materiale" che in quella "negoziale"[6].

Nell'uno e nell'altro caso il bene giuridico cui la norma è presidio è non solo l'ordinata programmazione urbanistica ed il corretto utilizzo del territorio, ma anche l'effettivo controllo della pianificazione dello stesso da parte dell'autorità preposta: il Comune.

Infatti, come sostenuto dal Consiglio di Stato, "integra un'ipotesi di lottizzazione abusiva qualsiasi tipo di costruzione di opere in concreto idonee a stravolgere l'assetto del territorio preesistente, a realizzare un nuovo insediamento abitativo e, quindi, in ultima analisi, a determinare *un concreto ostacolo alla futura attività di programmazione*[7]".

Il *vulnus* al bene giuridico tutelato non si realizza solo in riferimento alla mancanza di autorizzazione, ma in special modo in raffronto agli strumenti urbanistici ed alle leggi regionali e statali[8]; ciò, in quanto la volontà del legislatore risulta essere

---

degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione; nonché' quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio".

[2] Codice dell'edilizia. Annotato con giurisprudenza, provvedimenti amministrativi e riferimenti bibliografici. Di R. GAROFOLI E V. DE GIOIA, Giuffrè Editore, Milano, 2006, Vol. I, p. 510.

[3] Cass. SSUU. 3.2.1990, ric. Cancilleri.

[4] Cass. SSUU. 28.11.2001, Salvini.

[5] "*Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa*" art. 42, comma 4, c.p.

[6] *Ex multis* CASS. PEN., III SEZ., 5 marzo 2008, n.9982.

[7] Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 2018, n. 3416.

[8] Cass. Pen. Sez. Un. 8 febbraio 2002, n.5115.

ISSN 2036-7821

preordinata alla tutela della concreta conformazione del territorio quale frutto della programmazione territoriale da parte della pubblica potestà.
Tale nocumento si configura sia quando manchi l'autorizzazione, sia quando tale provvedimento autorizzatorio risulti in contrasto con gli strumenti urbanistici, essendo vigente l'obbligo di effettivo controllo di conformità delle singole opere e della intera programmazione lottizzatoria con le prescrizioni urbanistiche e di pianificazione vigenti[9].
La lottizzazione abusiva supera, infatti, la semplice fattispecie inverante il reato di abusivismo edilizio, arrecando un pregiudizio che determina una più grave compromissione della programmazione edificatoria territoriale[10]. Se nel caso dell'abusivismo edilizio, a difettare è la sola concessione o la difformità delle opere in relazione alla stessa, prendendo in esame la lottizzazione abusiva, manca totalmente qualsivoglia presupposto giuridico alla base dell'intervento o della preordinazione dello stesso.
La differenza citata si coglie in un diverso trattamento sanzionatorio che genera la pena più severa[11] prevista dalla legislazione urbanistica: la confisca.

2.La problematica natura giuridica della confisca urbanistica: la configurazione nazionale dell'istituto.
La confisca urbanistica, di cui all'art. 44 comma 2 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380[12], già art. 19, comma 2, della l. 28 febbraio 1985, n. 47, è oggetto di tradizionale qualificazione da parte del Giudice nazionale quale sanzione amministrativa obbligatoria.
Tale conformazione emerge dal travagliato raffronto con la previsione dettata dall'art. 240 c.p., normante la classica ipotesi di confisca.
Le differenze più salienti possono in tal senso cogliersi in ordine ai soggetti destinatari dei beni oggetto di confisca: il Comune nel caso della confisca urbanistica, lo Stato nella differente confisca ex art. 240.
Punti di *discrimen* si leggono nel carattere obbligatorio della prima, in raffronto a quello facoltativo della seconda di cui all'art 240 comma 1 c.p., nonché riguardo l'ipotesi obbligatoria normata dal n.2 dello stesso art. 240 c.p., che disegna una res

[9] Codice dell'edilizia. Annotato con giurisprudenza, provvedimenti amministrativi e riferimenti bibliografici. Di R. GAROFOLI E V. DE GIOIA, Giuffrè Editore, Milano, 2006, Vol. I, p. 511.
[10] In tal senso v. Cons. di Stato, 1994, II, 565, sub. N.3.
[11] In dottrina, conformemente, v. E. BURZI, in Giurisprudenza Italiana, Dicembre 2008, p.2818.
[12] D.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, art. 44 comma 2:" *Sanzioni penali*. 2. La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del Comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari".

ISSN 2036-7821

illecita con delle caratteristiche intrinseche di pericolosità, mancanti nel terreno abusivamente lottizzato, la cui antigiuridicità è data dalla sua specifica destinazione.
Punctum saliens della confisca urbanistica è inoltre la possibilità di revoca della stessa nel caso in cui venga adottato, in sanatoria dell'illecito, un piano di risanamento urbanistico dell'area interessata dalla lottizzazione abusiva[13].
L'obbligatorietà del provvedimento di confisca permane, nella relativa statuizione, per il Giudice che accerti la lottizzazione abusiva indipendentemente dalla pronunzia di una sentenza di condanna, tranne che per l'ipotesi di assoluzione per cui "il fatto non sussiste"[14].
In tale prospettiva, rimane fuori, dunque, dall'applicazione della misura la configurazione dell'elemento soggettivo del reato.
Diversamente, si considerano inclusi nell'ambito di declinazione della confisca urbanistica i casi di proscioglimento per prescrizione[15] o amnistia[16], nonché la pronunzia della sentenza di patteggiamento.
Per quest'ultima, non opererebbe infatti l'esclusione di cui all'art. 445 c.p.p., stante la differente natura ontologica della confisca urbanistica rispetto a quella delineata dall'art. 240 c.p., correlato alla confisca quale misura di sicurezza.
Se nella confisca urbanistica non è la circolazione in sé del bene ad essere antigiuridica ma la sua specifica destinazione, non altrettanto è possibile affermare per i beni destinatari del provvedimento di confisca ex art. 240 c.p.[17]
Se per l'applicazione della confisca ex. art.240 c.p. la condanna è condizione necessaria, non può dirsi lo stesso per la confisca urbanistica.
Essa, in tale ottica, si qualifica in tanto quanto esista il sottostante reato di lottizzazione abusiva, il quale a sua volta, non potrebbe mai configurarsi senza una imprescindibile ponderazione dell'elemento soggettivo, sia esso declinato nella forma del dolo oppure in quella della colpa.
La confisca, così come delineata nel quadro del d.p.r. n. 380/2001, dovrebbe residuare come estremo baluardo di un sistema che disegna come ultima istanza l'intervento dell'autorità giudiziaria nelle ipotesi di lottizzazione abusiva.
In particolare, proprio l'articolo 30 del d.p.r. citato prescrive:
- al comma 7, che il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, nel caso in cui accerti l'effettuazione di lottizzazione a scopo edificatorio, senza la prescritta autorizzazione, con ordinanza da notificare ai proprietari ed agli altri

[13] In tal senso v.: A. COMETTO, *"Confisca urbanistica nei confronti della persona giuridica rimasta estranea al processo"*, in *"Diritto Penale"* a cura di F. Brugaletta, in *"Diritto.it"* dell'8.07.2019; A. PECCIOLI, Confisca e ordine di demolizione, in M. PELLISSERO, Reati contro l'ambiente ed il territorio, Giappichelli, Torino, 2019, p.660.
[14] Tra gli altri: Cass. Pen, III SEZIONE, 5 marzo 2008, n. 9982.
[15] Cfr. Cass. Sez. III, 12 novembre 1990, Licastro, in Mass. Cass. Pen., 1990, 186011.
[16] Cfr. Cass. SEz. III, 4 aprile 1995, MARRAO, in Mass. Cass. Pen., 1995, 203084.
[17] V. in tal senso E. BURZI, Ult. Op. Cit, 2819.

ISSN 2036-7821

soggetti indicati, ne ordini la sospensione con l'immediata interruzione delle opere ed il divieto di atti di alienazione fra vivi, con trascrizione del provvedimento stesso nei registri immobiliari;

- al comma 8, che trascorsi 90 giorni, le aree lottizzate siano acquisite a patrimonio disponibile del Comune e le opere demolite.

Dall'art. 31 comma 8 è inoltre previsto che, in caso di inerzia, il competente organo regionale nei successivi 30 giorni adotti i provvedimenti necessari dandone contestuale comunicazione all'autorità giudiziaria per l'esercizio dell'azione penale.

Quanto descritto, tuttavia, non incontra purtroppo la necessaria cooperazione della P.A., responsabile di pesanti ritardi e frequenti mancanze connesse anche alle pronunzie sospensive emesse dai T.A.R. in ordine all'esecutività delle ordinanze comunali che sospendono i lavori[18].

La confisca urbanistica viene disegnata come un *provvedimento posto a chiusura di un complessivo sistema sanzionatorio*[19] e ritenuta una sanzione amministrativa applicata dal Giudice penale, come condiviso tradizionalmente dalla stessa Corte Suprema[20].

In tale sistema, i poteri amministrativo e giudiziario non sembrano mai collidere in quanto, disposta la confisca, i beni destinatari di tale provvedimento divengono proprietà del Comune, indipendentemente dalla verifica della sussistenza o meno dell'ipotesi delineata in via principale dall'art. 30 comma 8, pur restando nelle piene attribuzioni dell'autorità amministrativa la preordinazione degli interventi riguardanti il governo del territorio.

A ben vedere, gli aspetti appena evidenziati accennano però solo ad alcuni dei profili caratterizzanti la problematica natura giuridica della confisca urbanistica, e l'istituto in esame, nella sua intima essenza, non può di certo cogliersi astraendosi dalla sua multiforme genesi, incontro di travagliate visioni evolutive.

3.La progressiva definizione della fisionomia della confisca urbanistica e l'evoluzione della giurisprudenza: Strasburgo parla a Roma.

La risposta al *nomen* "confisca urbanistica" è stata per molto tempo inverata più che dalla voce del legislatore, attraverso l'art. 44 del d.p.r. 380/2001, da quella della giurisprudenza, ineluttabilmente matrice di un "diritto vivente" che fa della suddetta confisca sostanzialmente una sanzione amministrativa applicata dal Giudice penale[21].

[18] V. in tal senso A. SCARCELLA, *"La confisca urbanistica dopo la sentenza della Corte EDU del 28 giugno 2018 nel caso GIEM ed altri c. Italia"*, in "Procedure amministrative e giurisdizione penale nella tutela dell'ambiente e del territorio" cod: P18076, 27-28 settembre 2018, Relazione elaborata per la sessione pomeridiana del 27.09.2018 della Scuola Superiore Della Magistratura.

[19] A. SCARCELLA, Ult. Op. Cit.

[20] Cass. Sez. III, 20.12.1995, n. 12471, ric. Besana ed altri.

[21] V. in tal senso: G. TUCCI, "Confisca urbanistica e circolazione dei beni dopo la sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell'Uomo", in rivista di diritto privato, 1/2009, p. 15.

ISSN 2036-7821

Da tale configurazione conseguono tutti quegli interrogativi cui i Giudici hanno prospetticamente dato risposta, ascoltando le istanze promananti dalle mancate tutele dei terzi e della circolazione dei beni con riguardo al mercato immobiliare.
Ogni speculazione teorica sul tema trae utilità dai logici fondamenti della suggestiva ordinanza del 9 aprile 2008 della prima sezione penale della Corte d'Appello di Bari, con cui la stessa non ha ritenuto manifestatamente infondata la questione di legittimità costituzionale promanante dall'art. 44, comma 2, del d.p.r. 380/2001, già art. 19, comma 2, della legge 47/1985, nella parte in cui tale norma impone al Giudice penale, che accerti la lottizzazione abusiva, di disporre la confisca delle opere abusivamente costruite e dei relativi terreni, ciò indipendentemente da un giudizio di responsabilità in cui vengano valutati gli elementi soggettivi riferibili anche a persone estranee ai fatti. Ciò in asserito contrasto con gli artt. 3, 25 comma 2 e 27 della Costituzione.
Il background di una simile lettura vedeva tale interpretazione sorgere solo dopo in 1990.
Nel febbraio dello stesso anno, infatti, la Cassazione a Sezioni Unite[22] qualificava ancora la confisca urbanistica come sanzione penale applicabile unicamente nei confronti del reo, in accordo all'art. 240 c.p., e lasciava fuori dall'ambito della fattispecie il terzo estraneo al reato.
Da lì in poi, si è visto affermarsi progressivamente proprio l'opposto orientamento[23] portato nel 2008 all'attenzione della Corte costituzionale, con una confisca inquadrata all'interno della cornice delle sanzioni amministrative e con una operatività sostanzialmente "reale", cieca scure delle prerogative di chiunque non fosse stato assolto con formula pienamente liberatoria.
A questa situazione di pericolosa incertezza in termini di garanzie, inizia a far eco la decisione di ricevibilità (emessa nell'agosto 2007) della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo della *Causa Sud Fondi ed altre c. Italia*[24], la quale indurrà ad una necessaria rimeditazione ermeneutica la nostra giurisprudenza nazionale.
Ecco che la Corte di Cassazione, nell'ottobre 2008, pur confermando la propria posizione riguardo la qualificazione della confisca urbanistica quale sanzione amministrativa, mostra una breccia nella sua granitica interpretazione pregressa, leggendola quale misura inscindibilmente agganciata ad una riscoperta considerazione dei "necessari requisiti soggettivi di coscienza e volontà dell'agente, e caratterizzata quanto meno dall'elemento psicologico della colpa[25]".

[22] Cass. Pen. Sez. Un., 3 Febbraio 1990, N.2720, C. In Giur. It. 1991, Ii, 229, Con Nota Di Annunziata.
[23] V. Tra Le Più Recenti V. Cass. Pen. Iii Sez, 11 Giugno 2008, N.37274, E Di Cass. Pen, Iii Sez., 26 giugno 2008, n.37472.
[24] Deuxième section, décision sur la recevaibilité de la requete n. 75909/01 présesentée par "SUD FONDI srl" et autres contre l'Italie, 30 agosto 2007.
[25] Cass. Pen., Iii Sez., 24 ottobre 2008, n. 42741 (c.d. *caso Silvioli*).

ISSN 2036-7821

Una vittoria di Pirro quella concessa dalla Suprema Corte, figlia della lettura della confisca urbanistica sotto la lente degli art. 2 e 3 della l. 24 novembre 1981, n.689 in tema di modifiche al sistema penale.
Sarà solo nel gennaio 2009 che verrà resa nota alle parti la decisione di Strasburgo riguardo la *Causa Sud Fondi e altre c. Italia*: la Corte Europea dei diritti dell'Uomo condanna lo Stato italiano.
Strasburgo, nel suo pronunciamento nato dalla vicenda degli eco-mostri di "Punta Perrotti" ravvisa nell'ipotesi di confisca irrogata ex art. 44, comma 2, del d.p.r. 380/2001, una sanzione di natura sostanzialmente afflittiva che non tende al ripristino della situazione ex ante, ma piuttosto ad evitare una possibile reiterazione della violazione sottostante[26]. Tale conformazione, al di fuori delle garanzie prescritte dalla piena configurazione della responsabilità penale, costituisce una violazione dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).
La fattispecie concreta, infatti, concerneva un caso di confisca urbanistica disposta nei confronti di soggetti assolti, a seguito di una complessa e prolungata vicenda giudiziaria, per errore inevitabile sul precetto penale, ex art. 5 c.p. come integrato dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale.
La censura mossa dalla Corte prende in considerazione anche l'art. 1 comma 1 della stessa Convenzione, tutelante il diritto di proprietà sproporzionatamente compresso dalla confisca esaminata.
L'Italia torna sconfitta da Strasburgo, con una condanna alle spese, al risarcimento dei danni patrimoniali e con una (inusuale per l'esperienza CEDU) condanna alla refusione dei danni non patrimoniali a favore dei ricorrenti, persone fisiche e persone giuridiche, per i considerevoli pregiudizi agli affari delle società coinvolte[27].
La voce di Strasburgo non può, a questo punto, rimanere inascoltata all'interno dell'ordinamento nazionale, specialmente a memoria delle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007 che avevano ormai acclarato il ruolo di prim'ordine interpretato dalle norme CEDU garantite dagli articoli 10 e 117 della Carta Costituzionale e rappresentanti parametro interposto nel giudizio di costituzionalità al cospetto del Giudice delle Leggi nel caso di impossibilità di interpretazione conforme da parte del Giudice comune della norma attenzionata per asserita violazione dei principi CEDU.

[26] Testualmente: "*La Cour estime que la confiscation litilieuse se rattachait à une "infraction pénale" fondèe sur des dispositions juridiques gènèrales. (…) la sanction prévue (…) ne tend pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais vise pour l'essentiel à punir pour empecher la réitération de manquements aux condictions fissée par la loi.*" Deuxième section, décision sur la recevabilité de la requete n. 75909/01 - Sud Fondi srl ed altri c. Italia, http://www.echr.coe.int.
[27] V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre c. Italia*, par. 153 ed in tal senso G.Tucci, ult. Op. cit.

ISSN 2036-7821

La Cassazione risponde con la sentenza n.21188 dell'aprile 2009[28], la prima di una serie di pronunzie sensibili al mutato orientamento in ordine alla visione della confisca urbanistica[29].
In tale sentenza la Suprema Corte, prendendo coscienza del richiamo di Strasburgo e non contravvenendo a quanto precedentemente affermato nel *caso Silvioli*[30], sostiene che "per disporre la confisca prevista dal d.p.r. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2 (…) il soggetto proprietario della res non deve essere necessariamente "condannato", in quanto detta sanzione ben può essere disposta allorquando sia comunque stata accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (oggettivo e soggettivo) anche se per una causa diversa, qual è, ad esempio, l'intervenuto ricorso della prescrizione, non si pervenga alla condanna del suo autore ed alla inflizione della pena".
È nelle more delle affermazioni della Corte di Strasburgo e di quelle della Cassazione, che giunge la risposta della Corte costituzionale all'incidente di legittimità sollevato dai Giudici di Bari: la questione viene ritenuta inammissibile, nella sentenza n. 239 del luglio 2009, per difetto di rilevanza.
I tempi non sono ancora maturi e difficile e colmo di dubbi risulta un coerente inquadramento sistematico del vero nodo gordiano della querelle riportata: la funzione dell'istituto in esame.

4. Il primo inquadramento teleologico della confisca urbanistica nell'impostazione del T.U. Edilizia.

Una corretta ricostruzione teorica dell'istituto della confisca urbanistica non può non trovare il suo incipit in un'attenta disamina del dato testuale composto dal legislatore.
La lettera della norma di cui all'art. 44 del T.U. Edilizia riproduce puntualmente quanto riportato in precedenza dall'art. 19, comma 2, della l. 28 febbraio 1985, n. 47 e prescrive, sotto la rubrica "Sanzioni penali", che "La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del Comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari".
Ciò che immediatamente emerge da una pronta lettura del testo è nettamente la singolarità e l'assolutezza con cui si prescrive l'applicazione della misura ablatoria da parte del giudice penale che accerti la lottizzazione abusiva.

[28] Cass. Pen., Sez. III, 30 aprile 2009, n. 21188.
[29] Cass. Pen., sez. III, 13 luglio 2009, n. 39078; Cass. Pen., sez. III, 9 luglio 2009, n. 36844; Cass. Pen., sez. III, 25 marzo 2009, n. 20243.
[30] Cass. Pen., III SEZ., 24 ottobre 2008, n. 42741 (c.d. *caso Silvioli*).

ISSN 2036-7821

Doverosa, *sine dubio*, nell'ottica della chiara interpretazione della norma in esame, applicando la logica dell'art.12 delle preleggi, risulta essere la ricostruzione dell'intenzione del legislatore nella configurazione della confisca oggetto della nostra attenzione.

I lavori parlamentari che hanno portato il legislatore delegato alla composizione del testo in esame, disegnano un potere particolarmente intrusivo in mano al giudice penale, figlio di una non semplice composizione degli interessi in gioco al momento della nascita della norma. Se è vero, infatti, che in ossequio al principio di sussidiarietà la configurazione penale di un illecito deve rimanere l'ultima ratio del legislatore garante delle libertà costituzionali, la qualifica della confisca urbanistica quale sanzione amministrativa reale sembrerebbe a distanza di sette lustri ancora attuale[31].

Al momento della genesi dell'allora art.19 della l.47/85, l'alternarsi degli emendamenti nel momento della stesura legislativa fece "saltare" la menzione della "sentenza di condanna" nella definitiva confezione della legge[32].

Vero è che il Governo, successivamente delegato a comporre una armonizzazione ed un coordinamento delle leggi in materia di edilizia mediante la compilazione di un

---

[31] V. in tal senso A. SCARCELLA, Ult. Op. Cit. p.11.

[32] Il testo dell'art.17 del disegno di legge n.833 non veniva prevista alcuna sanzione comminabile da parte del giudice Penale. Esso era così formulato: *"Lottizzazione. Si ha lottizzazione abusiva dei terreni a scopo edilizio quando vengano abusivamente iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni stessi… Nel caso in cui il Sindaco accerti l'effettuazione di lottizzazione a scopo edificatorio senza la prescritta autorizzazione, con ordinanza da notificare ai soggetti di cui al terzo comma dell'art. 6 ne dispone la sospensione. Il provvedimento comporta l'immediata interruzione delle opere in corso ed il divieto di disporre dei suoli e delle opere stesse con atti tra vivi e deve essere trascritto a tal fine nei registri immobiliari. Nei successivi novanta giorni il Sindaco, salvo quanto disposto nel successivo comma, dispone con ordinanza da notificare ai soggetti di cui al terzo comma dell'art. 6, l'acquisizione delle aree lottizzate al patrimonio disponibile del Comune. In caso di inerzia del Sindaco si applicano le disposizioni di cui all'ultimo comma dell'art. 6 ...»*. Aperta la discussione sull'art. 17, venivano presentati alcuni emendamenti tra i quali uno (il n. 17.3), così formulato: *«Art. 17-bis: Con la sentenza di condanna il giudice dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati. Tali terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio in disponibile del Comune nel cui territorio è intervenuta la lottizzazione abusiva»*. Dopo la presentazione degli emendamenti la seduta della Camera veniva sospesa per consentire alla IX Commissione una "riformulazione" del contenuto dell'art. 17, cosa che il rappresentante del Governo aveva richiesto di effettuare per "conciliare" l'originario testo con gli emendamenti. Alla ripresa della seduta, il primo firmatario dell'emendamento 17.3, chiesta la parola per rendere la dichiarazione di voto, così si esprimeva: *«Questa mia dichiarazione di voto sarà sintetica, poiché sostanzialmente l'emendamento interamente sostitutivo, elaborato dalla Commissione in modo sofferto, recepisce non solo la sostanza, ma la generalità delle osservazioni che noi abbiamo formulato in merito all'art. 17 si tratta di consentire interventi più efficaci di lotta contro la speculazione fondiaria e contro le lottizzazioni abusive… Ebbene, l'aver accettato che il Giudice* ***con la sentenza di condanna****, qualora vi siano lottizzazioni abusive, debba confiscare i suoli soggetti a lottizzazione abusiva, è fatto di grandissima rilevanza»*. L'art. 17-bis, rielaborato dalla Commissione che aveva accolto tale emendamento, finiva, però, per essere votato in un testo nel quale era "saltata" l'espressione «sentenza di condanna». L'art. 17-bis, diverrà art. 18 nel testo approvato alla Camera e art. 19 nel testo definitivo approvato dai due rami del Parlamento.

V. in tal senso: B. MANFREDONIA," La *confisca quale sanzione c.d. amministrativa e la tutela del terzo estraneo al reato: profili di illegittimità costituzionale?*" DANNO E RESPONSABILITÀ N. 10/2008, ANNO XIII – OTTOBRE 2008, 1030 e ss.

ISSN 2036-7821

testo unico, non ha colto l'occasione per allineare il quadro sistematico normativo con una chiara determinazione della norma attenzionata, facendo semplicemente confluire quanto scritto all'interno dell'art. 19 nel testo dell'art. 44 T.U. Edilizia e rubricandolo sotto l'insegna (peraltro, non vincolante) "sanzioni penali".
In tal senso, le riflessioni di ordine letterale e sistematico portate avanti dalla giurisprudenza e dalla dottrina hanno da sempre avanzato tesi ora volte ad affermare la natura giuridica della confisca urbanistica quale misura di sicurezza penale patrimoniale obbligatoria, ora quale sanzione amministrativa consegnata al giudice penale in funzione di supplenza.
La configurazione che protende verso la natura penale del provvedimento ablatorio parte dalla considerazione secondo la quale il giudice penale che sia chiamato ad applicare tale misura, al ricorrere degli estremi inveranti il reato di lottizzazione abusiva, lo faccia anzitutto sulla base di un potere autonomo rispetto a quello detenuto dalla P.A., in quanto il territorio comunale risulta presidiato dalla tutela della normativa penale urbanistica[33].
A differenza di quanto avvenga per le misure amministrative "ripristinatorie dell'interesse leso", quali la demolizione o la riduzione in pristino, "preordinate a ripristinare una situazione di legalità materiale, restaurando direttamente un bene o un interesse leso ed eliminando le conseguenze materiali della lesione[34]", la confisca urbanistica non sarebbe preordinata alla modifica della realtà dello stato dei luoghi, quanto piuttosto all'ablazione del diritto di proprietà insistente sugli stessi, così come, la previsione delle misure amministrative reali, sarebbe sempre accompagnata dalla necessità di una sentenza di condanna, non richiesta invece dalla lettera della norma di cui all'art. 44 T.U. Edilizia.
L'art. 31 commi 8 e 9 del d.p.r. 380 del 2001 configura l'ipotesi di confisca con l'esercizio dell'azione penale, a seguito del verificarsi dell'inerzia della P.A., in via del tutto eccezionale e con una differente formulazione rispetto a quella contenuta all'interno dell'art. 44.
Se per l'art. 31 la funzione di supplenza del giudice penale viene disegnata nel caso in cui manchi l'ottemperanza dell'ordine di demolire il manufatto abusivo (e può essere evitata, parimenti, ottemperando allo stesso), per l'art. 44 lo stesso giudice non è affatto chiamato a misurarsi con l'azione della P.A. ma deve agire in forza di un potere asseritamente autonomo al solo riscontro degli elementi caratterizzanti il reato sottostante.

[33] Cass. Pe. Sez. III, 1° ottobre 2008, n. 37274. In tal senso V. anche: S. Vinciguerra, *"Appunti sulla lottizzazione abusiva e confisca"* nota a CASS. PEN., 7 luglio 2004, n.38730, in Giur. It., 2005, p.1913, secondo il quale sarebbe scorretto ipotizzare che la legge abbia designato il Giudice penale quale "supplente" della P.A., determinando una confusione dei ruoli ed una surroga dello stesso nei compiti della P.A. che si sottragga ai propri doveri.
[34] C.E. PALIERO, A. TRAVI, voce Sanzioni amministrative, in Enc. dir., Milano, 1989, vol. XLI, 355.

ISSN 2036-7821

Riflessioni in tal senso sono, inoltre, sorrette dalla diversa menzione letterale impiegata dal legislatore per le due misure in esame: "acquisizione gratuita al patrimonio disponibile del Comune" per la prima misura, "confisca" per la seconda, facendo trapelare, forse, un riferimento alle altrettanto diverse norme di cui all'art.240 c.p. e all'art. 15 della l. 10/77[35].
Indice dell'autonomia della confisca urbanistica di cui all'art. 44, risulterebbe essere inoltre il diverso perimetro della fattispecie di lottizzazione abusiva prevista dall'art.30 comma 7 T.U. Edilizia, che disegna un illecito amministrativo con un campo più ristretto rispetto all'omologo reato.

[35] Legge 28 gennaio 1977, n. 10. *Norme per la edificabilità dei suoli. (GU n.27 del 29-1-1977)*, ART.15 "Sanzioni amministrative. Il mancato versamento del contributo nei termini di cui al precedente articolo 11 comporta: a) la corresponsione degli interessi legali di mora se il versamento avviene nei successivi trenta giorni; b) la corresponsione di una penale pari al doppio degli interessi legali qualora il versamento avvenga negli ulteriori trenta giorni; c) l'aumento di un terzo del contributo dovuto, quando il ritardo si protragga oltre il termine di cui alla precedente lettera b). La vigilanza sulle costruzioni è esercitata dal sindaco ai sensi dell'articolo 32 della legge 17 agosto 1942, n. 1150. Le opere eseguite in totale difformità o in assenza della concessione debbono essere demolite, a cura e spese del proprietario, entro il termine fissato dal sindaco con ordinanza. In mancanza, le predette opere sono gratuitamente acquisite, con l'area su cui insistono, al patrimonio indisponibile del Comune che le utilizza a fini pubblici, compresi quelli di edilizia residenziale pubblica. L'acquisizione si effettua con ordinanza motivata del sindaco. L'ordinanza è vidimata e resa esecutiva dal pretore nella cui giurisdizione ricade il Comune interessato e costituisce titolo per la trascrizione nei registri immobiliari e per la immissione in possesso. Contro l'ordinanza del sindaco può essere presentato ricorso al tribunale amministrativo regionale competente per territorio. Gli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione sono nulli ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione. Qualora l'opera eseguita in totale difformità o in assenza della concessione contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali ovvero non possa essere utilizzata per fini pubblici, viene demolita a spese del suo costruttore. In caso di annullamento della concessione, qualora non sia possibile la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la riduzione in pristino, il sindaco applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'ufficio tecnico erariale. La valutazione dell'ufficio tecnico è notificata alla parte dal Comune e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa. I contributi, le sanzioni e le spese di cui alla presente legge vengono riscossi con l'ingiunzione prevista dall'articolo 2 del regio decreto 14 aprile 1910, n. 639, che è emessa dal sindaco del Comune interessato. Le opere realizzate in parziale difformità dalla concessione debbono essere demolite a spese del concessionario. Nel caso in cui le opere difformi non possono essere rimosse senza pregiudizio della parte conforme, il sindaco applica una sanzione pari al doppio del valore della parte dell'opera realizzata in difformità dalla concessione. Non si precede alla demolizione ovvero all'applicazione della sanzione di cui al comma precedente nel caso di realizzazione di varianti, purché' esse non siano in contrasto con gli strumenti urbanistici vigenti e non modifichino la sagoma, le superfici utili e la destinazione d'uso delle costruzioni per le quali è stata rilasciata la concessione. Le varianti dovranno comunque essere approvate prima del rilascio del certificato di abitabilità. Le opere eseguite da terzi, in totale difformità dalla concessione o in assenza di essa, su suoli di proprietà dello Stato e di enti territoriali, sono gratuitamente acquisite, rispettivamente, al demanio dello Stato e al patrimonio indisponibile degli enti stessi (salvo il potere di ordinarne la demolizione, da effettuarsi a cura e spese del costruttore entro sessanta giorni, qualora l'opera contrasti con rilevanti interessi urbanistici ed ambientali. In caso di mancata esecuzione dell'ordine, alla demolizione provvede il Comune, con recupero delle spese ai sensi del regio decreto 14 aprile 1910, n. 639. Qualora le opere siano solo parzialmente difformi dalla concessione si applica il disposto dell'undicesimo comma del presente articolo. La sanzione ivi prevista è comminata dallo Stato o dagli altri enti territoriali interessati. È vietato a tutte le aziende erogatrici di servizi pubblici di somministrare le loro forniture per l'esecuzione di opere prive di concessione".

ISSN 2036-7821

Indizio di denuncia di una possibile configurazione quale sanzione penale sarebbe, non da ultimo, il dato letterale che, secondo l'orientamento in parola, ravvisa nella rubrica "sanzioni penali" un dato significativo, insieme alla scelta di unire gli art. 19 e 20 della legge 47 del 1985 nell'unico art. 44 del d.p.r. esaminato, sopprimendo la rubrica del solo art. 19 allora nominata "confisca dei terreni"[36].
Lo studio della filologia ci insegna che se da un documento è possibile trarre diverse interpretazioni, esso sarà scrigno di altrettante diverse verità.
La visione che fa della confisca urbanistica una sanzione di diritto amministrativo, pur ponendosi in contrasto con la precedente, non sconta il prezzo della visione "panpenalistica[37]" dell'ordinamento statuale quale soluzione a problemi cui è possibile dare risposte concilianti, senza forzare le maglie della legislazione penale, *spes contra spem*[38].
Innanzitutto, la precipua funzione teleologica della confisca urbanistica si declina nella traslazione della *res* ablata nel patrimonio del Comune, a differenza di quanto avvenga, invece, per la confisca di natura propriamente penale per cui il bene entra, sempre, a far parte del patrimonio dello Stato.
Tale proiezione soggettiva, ora verso l'autorità locale, ora verso quella centrale, non è priva di significato in quanto si fa portatrice di un interesse che manifesta a sua volta un potere: presupposto della confisca urbanistica è, infatti, il reato di lottizzazione abusiva espressivo di un *vulnus* alla potestà regolamentatrice del territorio affidata al Comune.
A conferma di tale tesi, emerge il rapporto biunivoco inverato dalla possibilità di revoca della confisca stessa: al ricorrere dei presupposti che attivano il potere violato, mediante l'adozione di un piano di recupero urbanistico dell'area lottizzata abusivamente, l'azione dell'autorità amministrativa inibisce il dispiegarsi del provvedimento adottato dall'autorità giudiziaria, in quanto incompatibile ed emesso in funzione di "supplenza"[39].
È pur vero, però, che tale configurazione rappresenta un vero e proprio *unicum* all'interno della materia dell'edilizia e dell'urbanistica, in quanto a nessuno degli

[36] V. in tal senso Corte D'appello Di Bari, I Sez. Pen., 9 aprile 2008 – Pres. Messina – rel. Mattencini – Cons. Pavese – V. M. e altri con commento di B. MANFREDONIA, con commento di B. MANFREDONIA, Ult. Op. cit.
[37] V. in tal senso G. TUCCI, *"Confisca urbanistica e tutela del mercato tra la Costituzione italiana e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo"*, in Giurisprudenza Italiana, Diritto Civile – Confisca "urbanistica", Marzo 2009, p. 615.
[38] Cfr. Cass. Pen., Sez. Iii, 17 Novembre 2008, N.42741, Pres. Lupo, Rel. Lomabardi; Sez. Iii, 4 Ottobre 2004, N.38728, Lazzara, Rv 229608; Sez. Iii, 22 Settembre 2004, N.37086, Perniciaro, Rv 230032; Sez. Iii, 16 Maggio 1999, N.777, Iacoangeli, Rv 214058 Ed Altre.
[39] Cfr. Sez. Iii N. 200201966, Venuti Ed Altri, Rv 220852; Sez. Iii N. 200012999, Lanza Ed Altri, Rv 218003, Sez. Iii N. 200441757, Pignatiello Ed Altri, Rv 220852.

ISSN 2036-7821

altri "illeciti amministrativi" corrisponde una misura ablatoria della proprietà assoluta come la confisca[40].

Se è chiaro che componente preponderante della sanzione amministrativa è il "ripristino" dell'ordine violato, ciò risulta essere perfettamente in linea con quanto prescritto dall'art. 31 c. 9 T.U. Edilizia in ordine alla necessaria "demolizione" del manufatto abusivo costruito in sfregio alla altrettanto necessaria autorizzazione amministrativa.

A tal riguardo, le Sezioni Unite[41] hanno chiarito che la confisca irrogata dal giudice penale, quale misura ablatoria, non possa mai essere disposta in ordine ad opere realizzate in assenza della prescritta concessione, stante a tal uopo la diversa misura amministrativa della demolizione, attribuita alla competenza della pubblica amministrazione.

A conferma di ciò, basti prendere in esame la diversa (ma parallela) fattispecie dell'acquisizione gratuita dell'area incisa da abusivismo edilizio. Essa, a ben vedere, non è conseguente all'illecito in sé considerato, ma discende dalla mancata ottemperanza dell'ordine di demolizione dell'opera indicata e pertanto, non può (come ha chiarito la Corte costituzionale[42]) colpire il proprietario del bene se estraneo all'esecuzione dell'opera abusiva e se non abbia la materiale disponibilità., ferma l'esecuzione della demolizione da parte del Comune.

In tale campo, dunque, il potere del giudice penale -è ribadito- trova posto se e, solo se, vi sia una norma speciale che lo prescriva, e tale norma è l'art. 44 T.U. Edilizia, che si configura (parallelamente all'ordine di demolizione di cui all'art. 31 comma 9) come sanzione amministrativa accessoria applicata dal giudice penale in "supplenza" rispetto alla previsione di cui agli art. 30 commi 7 e 8, configuranti l'acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio disponibile del Comune[43].

L'argomentazione portata avanti da chi propende per la natura penale della confisca urbanistica la fa riconnettere al generale istituto della confisca ex art. 240 c.p.[44].

---

[40] V. in tal senso, A. SCARCELLA, "Lottizzazione abusiva, confisca e buona fede dei proprietari estranei al reato: revirement della Cassazione?", commento a Cassazione Penale, sez. III, 17 novembre 2008, Pres. Lupo, Rel. Lombardi, Urbanistica e appalti 3/2009, p. 373.

[41] Cass. SSUU., 30 aprile 1983, n. 7846.

[42] Corte Cost., 15 luglio 1991, n.345.

[43] V. in tal senso S. SCARCELLA, Ult. Op. cit., p. 376.

[44] Art. 240 c.p. recita che "Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto. È sempre ordinata la confisca:

1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato;

1-bis) dei beni e degli strumenti informatici o telematici che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione dei reati di cui agli articoli 615 ter, 615 quater, 615 quinquies, 617 bis, 617 ter, 617 quater, 617 quinquies, 617 sexies, 635 bis, 635 ter, 635 quater, 635 quinquies, 640 ter e 640 quinquies nonché dei beni che ne costituiscono il profitto o il prodotto ovvero di somme di denaro, beni o altre utilità di cui il colpevole ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto, se non è possibile eseguire la confisca del profitto o del prodotto diretti;

ISSN 2036-7821

Vero è che la lettera della norma di cui all'art. 44 prescrive la possibilità di applicazione della sanzione in esame anche con sentenza assolutoria o di improcedibilità, fatta eccezione per la insussistenza del fatto[45], ma altrettanto vera risulta essere l'applicabilità della stessa nel caso di patteggiamento[46], esclusa per la confisca ex art. 240 c.p.

La tesi di maggior spessore in ordine alla diversa natura ontologica della confisca ex art. 240, rispetto a quella ex art. 44 T. U. Edilizia, ne sottolinea la fisiologica differenza dell'oggetto: il terreno inciso dalla lottizzazione abusiva non presenta i tipici caratteri di intrinseca pericolosità che si ravvisano nelle ipotesi contemplate dall'art. 240 c.p.; la sua illiceità deriva da una specifica destinazione dello stesso che è antigiuridica[47].

Rispetto alla confisca facoltativa ex art 240 c.p. comma 1, incidente le cose utilizzate per commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto, essa è obbligatoria a prescindere dalla presenza o meno della condanna.

In raffronto alla confisca obbligatoria ex art. 240 c.p. comma 2, n.2, pur essendo entrambe operanti in assenza di condanna, l'ipotesi ex art. 44 T. U. Edilizia non riguarda una res intrinsecamente criminosa la cui fabbricazione, detenzione, alienazione, l'uso o il porto costituiscono reato. Il terreno abusivamente lottizzato è tale, come già ribadito, in quanto è la sua destinazione ad essere antigiuridica e nessuna autorizzazione amministrativa può rimuovere tale condizione. Sarà, a tal uopo, necessario un diverso provvedimento di rango superiore: un piano di risanamento urbanistico.

Anche la disciplina del sequestro preventivo ex art. 321[48] è letta come applicabile alla confisca in tanto quanto derivante dall'applicazione dell'art. 240, ma tale assunto non sembrerebbe trovare giustificazione ermeneutica.

---

2) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna.

Le disposizioni della prima parte e dei numeri 1 e 1-bis del capoverso precedente non si applicano se la cosa o il bene o lo strumento informatico o telematico appartiene a persona estranea al reato. La disposizione del numero 1-bis del capoverso precedente si applica anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale.

La disposizione del numero 2 non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa.

[45] Giurisprudenza costante: Cass. Sez. Iii, 5 marzo 2008, n.9982, in Ced Aass. 238984; cass. Sez. III, 23 settembre 200, n. 41757, in Ced Cass. 230313; Cass. Sez. Iii 24 febbraio 1999, n. 777, in ced. Cass. 214058, in riv. Pen. 1999, 543;

[46] cfr. Cass. Sez. Iii, 7 luglio 2004, n. 37086, in ced. Cass. 230031; cass. Sez. Iii, 7 luglio 2004, n. 38728, in ced. Cass. 229609.

[47] V. in tal senso A. SCARCELLA, Ult, op. cit., p.374.

[48] L'art. 321 c.p.p. prescrive che: "1. Quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato. Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari. 2. Il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca. 2-bis. Nel corso del procedimento penale relativo a delitti previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale il giudice dispone il sequestro dei beni di cui è consentita la confisca. 3. Il sequestro è immediatamente revocato a richiesta

ISSN 2036-7821

L'ipotesi contemplata dall'art. 321 comma 2 c.p.p. si riferisce alla confisca in quanto tale e dunque anche alla confisca urbanistica e ciò per ragioni di ordine storico e teleologico.
Innanzitutto, il codice di rito disegna il sequestro come una misura legata da un nesso di strumentalità necessaria alla confisca, come è possibile evincere dalla lettera della norma: "Il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca".
Inoltre, nonostante la differente natura giuridica della confisca urbanistica rispetto a quella propriamente penale, esse sono accomunate dalla medesima finalità cautelare: l'una protegge la pubblica potestà di programmazione del territorio, l'altra sottrae alla pericolosa disponibilità del reo le cose pertinenti al reato.
Ecco che il sequestro preventivo ex art. 321 comma 2 c.p.p. mira a soddisfare le esigenze cautelari di entrambe le ipotesi di confisca: urbanistica e codicistica[49].
Non da ultimi risultano tuttora interessanti, al fine della qualificazione in senso amministrativistico della confisca urbanistica, i caratteri enucleati dalla Corte di Cassazione in una sua nota pronunzia[50] in merito alle conseguenze applicative dell'istituto: la prima è quella di prospettare la perdita della proprietà sui beni oggetto di lottizzazione, la seconda è quella di evitare che la sanzione non venga applicata a causa del disinteresse degli amministratori locali, la terza è quella di non permettere che gli stessi amministratori siano sottoposti a pressioni in relazione ad eventuali possibili sanatorie e la quarta è quella di permettere che il Comune utilizzi le aree acquisite senza i condizionamenti di coloro che su quei beni conserverebbero altrimenti interessi diretti[51].

---

del pubblico ministero o dell'interessato quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dal comma 1. Nel corso delle indagini preliminari provvede il pubblico ministero con decreto motivato, che è notificato a coloro che hanno diritto di proporre impugnazione. Se vi è richiesta di revoca dell'interessato, il pubblico ministero, quando ritiene che essa vada anche in parte respinta, la trasmette al giudice, cui presenta richieste specifiche nonché gli elementi sui quali fonda le sue valutazioni. La richiesta è trasmessa non oltre il giorno successivo a quello del deposito nella segreteria. 3-bis. Nel corso delle indagini preliminari, quando non è possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del giudice, il sequestro è disposto con decreto motivato dal pubblico ministero. Negli stessi casi, prima dell'intervento del pubblico ministero, al sequestro procedono ufficiali di polizia giudiziaria, i quali, nelle quarantotto ore successive, trasmettono il verbale al pubblico ministero del luogo in cui il sequestro è stato eseguito. Questi, se non dispone la restituzione delle cose sequestrate, richiede al giudice la convalida e l'emissione del decreto previsto dal comma 1 entro quarantotto ore dal sequestro, se disposto dallo stesso pubblico ministero, o dalla ricezione del verbale, se il sequestro è stato eseguito di iniziativa dalla polizia giudiziaria. 3-ter. Il sequestro perde efficacia se non sono osservati i termini previsti dal comma 3-bis ovvero se il giudice non emette l'ordinanza di convalida entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta. Copia dell'ordinanza è immediatamente notificata alla persona alla quale le cose sono state sequestrate".

[49] V. in tal senso: A. SCARCELLA, Ult. Op. Cit., p. 377.

[50] Cass. Sez. III Pec. 12 aprile 2007, N. 21125.

[51] Da Cass., sez. III, Pen. in Sent. n. 21125 del 12 aprile 2007, secondo cui "Sulla base di queste premesse la Corte ritiene che la confisca in esame costituisca un provvedimento ablativo radicale, nelle forme e nelle conseguenze. Tale caratteristica, lo si ripete, è perfettamente in linea con il giudizio del legislatore circa l'estrema

ISSN 2036-7821

PARTE II - Il dialogo interordinamentale e le prospettive di tutela del terzo

1. Il dispiegarsi della confisca urbanistica nella realtà fenomenica: i soggetti terzi ed il richiamo delle garanzie CEDU.

Il vero benchmark di ogni qualificazione giuridica è razionalmente determinato dal dinamico dispiegarsi di tale inquadramento nella concreta realtà in cui l'istituto è fisiologicamente operante.

Per la confisca urbanistica, ogni etichetta si misura necessariamente con due categorie di soggetti: i terzi estranei al reato incisi dalla misura e le parti del processo assolte con formula diversa da quella dell'insussistenza del fatto.

La sensibilità verso le istanze dell'una e dell'altra categoria è figlia di una evoluzione ermeneutica non indifferente al fattore cronologico ed a quello di influenza inter-ordinamentale.

Innanzitutto, la confisca urbanistica disegnata dal T.U. Edilizia si qualifica come una sanzione *sui generis* in quanto dispiegante una efficacia assolutamente reale.

Nasce come indifferente alle istanze dei terzi proprietari estranei al reato incisi dalla misura ablatoria, indipendentemente dal fatto che essi abbiano avuto o meno la possibilità di conferire circa la propria posizione in giudizio: al solo ricorrere degli estremi inveranti il reato di lottizzazione abusiva, il giudice penale, nella lettura prospettata, dichiara la confisca delle aree e dei manufatti illegalmente lottizzati e ne decreta la immediata traslazione della proprietà ai Comuni, lasciando i terzi nella posizione di poter ricorrere unicamente al rimedio risarcitorio in sede civile, da azionare contro chi si sia macchiato dell'illecito[52].

Tale conformazione, assoluta e indiscriminata, è stata ed è origine di quelle visioni dottrinali e giurisprudenziali che hanno dipinto, come noto, la confisca urbanistica con i toni della sanzione penale.

In particolare, proprio la mancanza di rilievo di qualsivoglia giudizio di responsabilità nei confronti dei soggetti terzi estranei al reato di lottizzazione abusiva

---

gravità delle condotte di lottizzazione in relazione al bene protetto, e si spiega anche con le correlate finalità che la confisca viene così ad acquisire. Il fatto che, senza discrezionalità alcuna, la proprietà dei terreni e dei beni lottizzati venga trasferita dai privati al patrimonio del Comune assomma in sé, a ben vedere, numerose conseguenze di grande interesse. La prima è quella di prospettare ai privati un rischio elevatissimo: la perdita della proprietà sui beni oggetto di lottizzazione, e quindi dovrebbe costituire un forte elemento di deterrenza. La seconda è quella di evitare che la sanzione possa essere in concreto non applicata e/o non eseguita a causa di incuria o boicottaggio da parte degli amministratori locali. La terza è quella di evitare che questi ultimi siano sottoposti alle pressioni dei destinatari della confisca affinché' vengano assunti, ancorché' ex post, provvedimenti in sanatoria, con il pericolo di forzature e distorsioni delle politiche di gestione del territorio e, se si vuole, evitandosi in tal modo anche i rischi di attentati alla lealtà e correttezza dell'azione amministrativa. La quarta conseguenza, non meno importante è l'attribuzione al Comune della libertà di utilizzare l'area e gli eventuali manufatti senza subire i condizionamenti di coloro che su quei beni altrimenti conserverebbero aspettative e interessi diretti".

[52] V. in tal senso Cass. Pen., 7 Luglio 2004, N.38728, In Dir. Giust. 2004, P.45.

ISSN 2036-7821

ha determinato la questione di asserito contrasto dell'art. 44 T.U. Edilizia con gli art. 3, 25 comma 2 e 27 della Costituzione[53].

Un sistema che possa definirsi garantista delle libertà costituzionali e dei diritti fondamentali riconosciuti e tutelati considera imprescindibile la distinzione delle conseguenze di una condotta criminosa da quelle di chi abbia agito in buona fede non partecipando alla condotta stessa e osservando tutte le regole che il mercato impone.

Tale tensione era stata più volte allentata dalla Suprema Corte, specialmente in ordine alla possibile violazione, ora dell'art. 27 Cost., in merito alla personalità della responsabilità penale, alla luce della lettura della confisca urbanistica quale sanzione amministrativa, ora dell'art. 42 Cost., "in quanto stante la funzione sociale della proprietà privata nel contrasto tra l'interesse collettivo alla corretta pianificazione territoriale e quello del privato è ragionevole la prevalenza del primo[54]".

Ma i venti che hanno segnato il cambiamento della lettura in ordine alla posizione dei terzi, rimangono indubbiamente quelli provenienti da Strasburgo.

È proprio al richiamo dei Giudici d'oltralpe[55] che la giurisprudenza interna, chiamata a rispondere della qualificazione in chiave penale dell'istituto sotto la lente CEDU dell'art. 7, deve ricostruire l'unità sistematica non negando la propria posizione in ordine alla confisca urbanistica quale sanzione amministrativa.

È in tale passaggio che inizia ad invertire la propria tendenza[56] rispetto alla posizione dei soggetti terzi, rispetto al principio di proporzionalità e, prima ancora, rispetto a quello di legalità.

Accertata la lottizzazione abusiva, è possibile individuare cinque categorie di soggetti[57] in relazione ad essa:

- l'imputato condannato;
- l'imputato prosciolto per prescrizione del reato o altra causa di estinzione;
- l'imputato prosciolto per difetto dell'elemento psicologico;
- il terzo rispetto al processo di cui non sia necessario accertare la buona fede;
- il terzo di buona fede.

La Corte di Cassazione, a partire dal *caso Silvioli*, ha avuto modo di chiarire la non applicabilità della confisca urbanistica "ai soggetti estranei alla commissione del reato e dei quali sia stata accertata la buona fede" riferendosi, dunque, non solo ai terzi di buona fede ma anche agli imputati assolti per difetto dell'elemento

[53] Il riferimento è all'ordinanza della Corte d'Appello di Bari, Sez. I Pen., 9 aprile 2008 – Rimessione alla Corte Costituzionale.

[54] Cass. pen. III Sez., 27 gennaio 2005, N.10037.

[55] Il riferimento è alla decisione interlocutoria SEZ. II, 30 AGOSTO 2007, *Caso Sud Fondi Srl E Altri C. Italia*, Ricorso N. 75909, Confermata Dalla Sentenza CEDU, SEZ. II, 20 GENNAIO 2009.

[56] Il riferimento è alla sentenza della Cass. Pen., Sez. Iii, 17 Novembre 2008, N. 42741.

[57] Una puntuale ricostruzione è offerta in tal senso da: C. ANGELILLIS, "*Lottizzazione abusiva: la confisca nei confronti del terzo alla resa dei conti*", in Cass. Pen. N.06/2009, P. 2569.

ISSN 2036-7821

psicologico, nel solco di quella giurisprudenza di legittimità[58] che, invertendo l'onere della prova, ha chiesto a coloro i quali fossero rimasti fuori dal processo, che non vogliano subire la confisca della *res*, di provare il proprio affidamento incolpevole.
Per ciò che concerne la posizione dell'imputato prosciolto, la Corte distingue tra il soggetto di cui sia stata accertata la buona fede e quello di cui si sia accertata la responsabilità, ma per il quale non si sia giunti ad una condanna per l'operare di una causa estintiva della fattispecie di reato, quale la prescrizione.
Orbene, la Suprema Corte ha ritenuto in tale ipotesi che la confisca urbanistica, in quanto sanzione amministrativa e non propriamente penale, sia comunque applicabile sia nei confronti degli imputati condannati, che nei confronti di quelli prosciolti per estinzione del reato, ma anche nei confronti dei terzi di cui non si sia accertata la buona fede.
Tale configurazione dell'operare dell'istituto osservato è pienamente nel solco della sua definizione in senso amministrativistico e non nega il principio personalistico, ma lo conferma in accordo alla formulazione degli art. 2 e 3 della l. 689 del 1981[59].
In particolare, non occorre ricorrere alla qualificazione penale della confisca urbanistica per affermarne la necessaria interessenza personalistica.
Esistono, infatti, due tipi di sanzione amministrativa:
- quella in senso stretto, che al ricorrere della responsabilità nella violazione della norma, punisce l'autore dell'illecito;

[58] Corte Costituzionale, 10 gennaio 1997, n.1, secondo la quale «È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 27, comma 1, Cost., l'art. 301, comma 1, d.p.r. 23 gennaio 1973 n. 43 (Approvazione del t.u. delle disposizioni legislative in materia doganale), come modificato dall'art. 11 l. 30 dicembre 1991, n. 413, nella parte in cui non consente alle persone estranee al reato di provare di avere acquistato la proprietà delle cose ignorando senza colpa l'illecita immissione di esse sul mercato, in quanto - posto che dalla giurisprudenza costituzionale emerge il generale principio secondo cui deve escludersi, in ossequio al canone della personalità della responsabilità penale, che la misura della confisca obbligatoria possa investire la cosa appartenete al terzo estraneo al reato di contrabbando, quando questi dimostri di esserne divenuto proprietario senza violare alcun obbligo di diligenza, e quindi in buona fede - se gli interessi dello Stato connessi all'esercizio della potestà tributaria possono ricevere un àmbito di tutela privilegiata anche nei confronti del terzo sul piano processuale, sicché può risultare non irragionevole una deroga al vigente principio secondo il quale la buona fede è generalmente presunta in materia di acquisti di beni mobili -, tuttavia la posizione del terzo, che abbia compiuto il suo acquisto in buona fede e senza che esistessero elementi idonei a far sorgere sospetti circa la provenienza (illecita) del bene, deve ritenersi protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole, il quale comporta necessariamente - risultando, altrimenti, violato il canone della personalità della responsabilità penale - che il terzo sia abilitato a dimostrare la propria buona fede nell'acquisto».

[59] L. 24 novembre 1981, n. 689 Modifiche al sistema penale. (GU n.329 del 30-11-1981 - Suppl. Ordinario) Art.2 (Capacità di intendere e di volere) "Non può essere assoggettato a sanzione amministrativa chi, al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i diciotto anni o non aveva, in base ai criteri indicati nel codice penale, la capacità di intendere e di volere, salvo che lo stato di incapacità non derivi da sua colpa o sia stato da lui preordinato. Fuori dei casi previsti dall'ultima parte del precedente comma, della violazione risponde chi era tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto." Art.3 (Elemento soggettivo) "Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa."

ISSN 2036-7821

- quella che è stata definita come "*misura di sicurezza amministrativa*[60]" e che è legata al ripristino "*di una situazione di legalità materiale, restaurando direttamente un bene o l'interesse leso e eliminando le conseguenze materiali della lesione*[61]".

Tali diverse tipologie di sanzioni seguono una differente funzione al pari di quanto è possibile ravvisare in ambito penale per la confisca della res intrinsecamente illecita e quella inverante una sanzione di natura afflittiva.

La definizione della confisca urbanistica quale sanzione amministrativa non ne nega dunque la natura e, pur essendo stata definita dalla giurisprudenza tradizionale quale sanzione amministrativa reale, resta coerente al principio personalistico seppur in maniera differente rispetto a quello di "responsabilità propria[62]", perfettamente in linea con quanto affermato dalla Cassazione in ordine "all'esistenza di una condotta che risponda ai necessari requisiti soggettivi di coscienza e volontà dell'agente, e caratterizzata quanto meno dall'elemento psicologico della colpa[63]".

Strasburgo richiama l'Italia, oltre che per la violazione dell'art.7, anche riguardo il mancato rispetto dell'art.1 comma 1 della CEDU, asserendo che la disciplina della confisca urbanistica, promanante dal caso sottoposto al suo sindacato, riveli un istituto non garante della tutela della proprietà in quanto sproporzionatamente opprimente la stessa.

Il principio di proporzionalità nelle misure ablatorie patrimoniali trova tutela all'interno del nostro ordinamento, prima che nelle norme CEDU, nel dettato della Carta Costituzionale ed in particolare nell'art. 43.

La Corte di Cassazione chiarisce la differenza fra l'espropriazione per pubblico interesse, che presuppone un necessario indennizzo, e la confisca urbanistica operata nei confronti dei soggetti terzi, avente una differente configurazione.

In particolare le due fattispecie hanno una diversa natura ontologica.

Nell'espropriazione per pubblica utilità, la P.A. sceglie sulla base di valutazioni autonome un bene la cui sottrazione al privato, non solo risulta suffragata dal soddisfacimento di un interesse pubblico alla realizzazione di un'opera che costituisce un valore aggiunto per la comunità, ma trova proprio in tale valore aggiunto la giustificazione economica nella corresponsione dell'indennizzo al proprietario privato del suo bene, stante alla base di tale meccanismo il necessario sinallagma dell'onerosità degli scambi all'interno del nostro ordinamento, giustificante ogni spostamento patrimoniale e che trova il suo alter ego nell'istituto generale civilistico dell'ingiustificato arricchimento ex art. 2041.

Al contrario, nel caso della confisca urbanistica, lo spostamento della res oggetto di ablazione è giustificato dalla violazione di una norma e tende al rispristino del bene

[60] C. ANGELILLIS, Ult. Op. cit., p. 2570.
[61] C.E PALIERO, A. TRAVI, voce Sanzioni amministrative, cit., 355.
[62] In tal senso, C. ANGELILLIS, Ult. Op. cit., p. 2571.
[63] Cass. pen., III Sez., 24 ottobre 2008, n. 42741 (c.d. *caso Silvioli*).

ISSN 2036-7821

giuridico violato: la riserva pubblica di programmazione territoriale in mano alla potestà dell'ente locale.
Ecco perché il terzo di buona fede ha visto inquadrare la propria posizione più che nella figura dell'indennizzo in quella del risarcimento.
A chi muova l'obiezione[64] circa la mancanza di coerenza sistematica fra la tutela offerta al terzo nel caso dell'ordine di demolizione a fronte dell'abusivismo edilizio (dove terzo incolpevole sia il proprietario, e autore dell'illecito sia il conduttore del bene) e quella offerta nel caso di confisca urbanistica, a fronte del più grave reato di lottizzazione abusiva, si oppone una errata ricostruzione sistematica.
Vero è che il proprietario del bene deve subire la demolizione dello stesso a fronte dell'abusivismo perpetrato dal conduttore, ferma la sua non ottemperanza all'ordine di demolizione, ma comunque non subirà l'ablazione della sua proprietà.
In questo caso la demolizione ha una funzione sia ripristinatoria che punitiva se accompagnata dall'acquisizione gratuita ma se, e solo se, vi sia coincidenza fra l'autore dell'illecito ed il proprietario della res[65].
Nel caso della confisca urbanistica, ferma la più grave offensività del reato sottostante (la lottizzazione abusiva), la conseguenza risulta essere non meno grave, in quanto la confisca riguarda la res rappresentante il *vulnus* ma se, e solo se, vengano ravvisati nella condotta dell'autore i caratteri di coscienza e volontà connaturati alla sanzione amministrativa; come nel caso dell'abusivismo edilizio, la funzione punitiva si accompagna a quella ripristinatoria dell'interesse leso a fronte della sussistenza dell'elemento personalistico.

2.La configurazione della posizione dei terzi e la funzione ripristinatoria delle ipotesi di confisca nella tradizione della Corte costituzionale.

L'evoluzione sin qui tratteggiata, vede l'istituto della confisca urbanistica nascere sotto gli astri delle sanzioni amministrative di tipo reale e crescere gradualmente, anche sotto la spinta della diversa lettura d'oltralpe in senso penalistico, fino ad aprirsi alle istanze dei soggetti terzi originariamente incisi dalla misura ablatoria, ma privi di una tutela pregnante.
La visione di una possibile interpretazione costituzionalmente orientata in accordo alla qualificazione della confisca urbanistica quale sanzione amministrativa trova conferma nella sua declinazione in chiave ripristinatoria.

[64] In tal senso C. ANGELILLIS, Ult. Op. cit., p.2576.
[65] In tal senso Corte Cost. 15 luglio 1991, n.345, che, con riferimento all'art. 7 della l. n. 47 del 1985 ha chiarito che "la funzione ripristinatoria dell'interesse pubblico violato dall'abuso sia pur ristretta alla sola possibilità della demolizione, rimane affidata al potere-dovere degli organi comunali di darvi esecuzione d'ufficio. E ciò senza che a tal fine necessiti la preventiva acquisizione dell'area che, se di proprietà del terzo estraneo all'abuso, deve rimanere nella titolarità di questi, anche dopo eseguita d'ufficio la demolizione".

ISSN 2036-7821

In particolare, la Corte si è sempre occupata della lettura costituzionalmente coerente della generale misura della confisca rispetto alla posizione dei terzi di buona fede, seppur con esiti non sempre concilianti la loro piena tutela.
In due sentenze del 1961 e del 1964[66], il Giudice delle leggi ha ammesso la compatibilità della confisca operante nei confronti dei terzi estranei con una funzione ripristinatoria e riparatoria ed una natura propriamente amministrativa e non penale, ferma comunque la possibilità di una confisca operante nei confronti del terzo incolpevole anche in campo penalistico "per le cose nelle quali sia insita una illiceità oggettiva in senso assoluto" "che devono essere confiscate presso chiunque le detenga a qualsiasi titolo"[67].
Il problema relazionale dell'operare della confisca nei confronti dei soggetti terzi, non viene purtroppo chiaramente mai risolto in maniera univoca da parte del legislatore che notoriamente in funzione di sanzioni fisiologicamente differenti, come la confisca penale ex art. 240 c.p. e la confisca amministrativa ex art. 213 del codice della strada[68] adotta simili formule terminologiche.
In entrambe le ipotesi i soggetti di buona fede saranno incisi dalla misura ablatoria: in un caso per l'intrinseca illiceità della res, nell'altro se il veicolo non sia oggettivamente idoneo alla circolazione o per l'alterazione delle caratteristiche tecniche del mezzo o ancora, per l'impossibilità di regolarizzare il documento di circolazione non valido[69].
Ecco che la confisca, penale o amministrativa, risulta sempre preordinata ad impedire l'ulteriore prosecuzione dell'illecito, in linea con la sua funzione preventiva.
Ma il vero banco di prova, come è possibile comprendere dalla digressione sin qui condotta, è sempre costituito dalla comprensione di una caratteristica su tutte: la confisca urbanistica è vocata davvero ad una funzione ripristinatoria?

[66] V. A. ANGELILLIS, Ult. Op. cit., p. 2577, che propone una lettura delle sentenze a cui ci si riferisce, la n. 46 del 1964 e la n. 29 del 1961 secondo cui ha natura amministrativa la confisca che "incide obiettivamente sui beni ovunque e presso chiunque si trovino".

[67] Corte Cost. Sent. N. 229 del 17 luglio 1974 e n. 1 del 10 gennaio 1997.

[68] Dlgs. 30 aprile 1992 n. 2
85, Codice della strada, Art. 213 (Misura cautelare del sequestro e sanzione accessoria della confisca amministrativa) 1. Nell'ipotesi in cui il presente codice prevede la sanzione accessoria della confisca amministrativa, l'organo di polizia che accerta la violazione provvede al sequestro del veicolo o delle altre cose oggetto della violazione facendone menzione nel verbale di contestazione della violazione. (…) 4. È sempre disposta la confisca del veicolo in tutti i casi in cui questo sia stato adoperato per commettere un reato, diverso da quelli previsti nel presente codice, sia che il reato sia stato commesso da un conducente maggiorenne, sia che sia stato commesso da un conducente minorenne. (…) 9. La sanzione stabilita nel comma 1 non si applica se il veicolo appartiene a persone estranee alla violazione amministrativa (…).

[69] C. Cost. n. 371 del 27 ottobre 1994; n. 349 del 21 novembre 1997; n.435 del 23 dicembre 1997, come evidenzia C. ANGELILLIS, Ult. Op. cit. p. 2578.

ISSN 2036-7821

In ordine alla qualificazione di una res come illecita, al di là di ogni tutela accordabile ai terzi in caso di confisca, bisogna confrontare innanzitutto le caratteristiche del bene stesso, con quelle che normalmente esso dovrebbe presentare.
Tale confronto si deve operare nel momento in cui si rilevi l'illecito e non riguardo ad una possibile modifica, intrinseca o estrinseca, delle caratteristiche della res in un momento differente rispetto al rilievo.
Inoltre, questa valutazione deve essere condotta in relazione alla normativa vigente, nel senso che non rilevano possibili modifiche normative future[70].
Le considerazioni appena esposte ci fanno comprendere come la destinazione del terreno inciso da lottizzazione abusiva sia antigiuridica tanto da averne reso irreversibile la condizione e ineludibile l'ablazione della proprietà.
La funzione ripristinatoria della confisca urbanistica si determina come la sola in grado di riparare il *vulnus* determinato dal reato di lottizzazione abusiva al corretto assetto del territorio.
Non basterebbe una autorizzazione amministrativa per superare una lottizzazione abusiva, in quanto la stessa è atta ad eliminare un ostacolo alla normale fruizione di un diritto soggettivo.
Differentemente un piano di risanamento urbanistico, incidendo sul regime di circolazione del bene, sarebbe l'unico strumento in grado di variare le condizioni di liceità dello stesso.
Stante, infine, la specifica destinazione criminosa del terreno, non occasionale e non redimibile, l'unica logica soluzione disegna una confisca che acquista la sola funzione che la renda utilmente operante: quella ripristinatoria.
Come sosteneva Celso *scire leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem.*
L'impostazione descritta, in realtà, non viene tradita a distanza di 50 anni dalla Corte costituzionale nella sentenza del 24 luglio 2009 n. 239, in merito all'inammissibilità della questione di legittimità proposta dalla Corte d'appello di Bari, con l'ordinanza del 9 aprile 2008, riguardo la violazione degli art. 3, 25 secondo comma e 27 primo comma della Costituzione da parte dell'art. 44 comma secondo del d.p.r. n.380/2001.
Il giudice a quo, prendendo in esame le considerazioni avanzate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel ricorso n. 75909/01, Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia, asserisce l'incostituzionalità dell'articolo dedicato alla confisca urbanistica "nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti".
I giudici della Consulta, pur respingendo la questione, concentrano la loro analisi su quei punti dell'ordinanza di rimessione che non permettono di giungere all'esegesi del conflitto sollevato.

[70] V. in tal senso C. ANGELILLIS, Ult. Op. Cit., p. 2582.

ISSN 2036-7821

In particolare, pur declinando l'ipotesi interpretativa opposta dall'Avvocatura dello Stato in merito all'inammissibilità della questione per mancata menzione dell'art. 117 Cost. (unico ponte a dire della stessa per giungere alla riflessione sul problema proposto) respingono quanto sostenuto dall'autorità rimettente sulla base di plurime considerazioni di ordine prevalentemente formale.
Innanzitutto, avallando preliminarmente l'ammissibilità della disamina in relazione ai soli articoli addotti, rilevano il mancato accertamento del reato presupposto di lottizzazione abusiva sottolineando l'omissione di una completa descrizione della fattispecie, senza la quale "la confisca non potrebbe, in ogni caso, essere disposta[71]".
Secondariamente, rilevano l'infruttuoso accostamento delle persone estranee ai fatti e degli imputati di cui non sia stata accertata la penale responsabilità, rammentando a tal proposito la differenza intercorrente tra gli stessi chiarita sin dalla sentenza n. 85 del 2008, in cui la Corte aveva avuto modo di affermare l'ammissibilità di pronunzie di proscioglimento che "pur non applicando una pena, comportano, in diverse forme e gradazioni, un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o comunque l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo".
La menzione non celata è quella riguardante la prescrizione.
Inoltre, la Corte d'appello di Bari, pur mantenendo quale parametro fondamentale la pronunzia CEDU del 30 agosto 2007, non avrebbe argomentato sufficientemente le possibili analogie presenti con il caso attenzionato soprattutto in relazione all'attribuita natura di "pena" della confisca in esame.
Da ultimo, la Consulta sottolinea la mancanza di qualsivoglia tentativo di adeguamento ermeneutico volto al superamento dell'aporia rilevata.
La Corte costituzionale rimanda, dunque, in tale emblematica occasione il proprio intervento[72] non pronunciandosi sostanzialmente sul merito del contrasto proposto ma non negando, allo stesso tempo, la visione da sempre affermata.

3. Le soluzioni di tutela offerte al privato nel quadro del diritto "vivente" ante Varvara.
Eccetto i casi di condanna dell'imputato per lottizzazione abusiva o di assoluzione con formula piena dello stesso, il problema di tutela di coloro i quali siano assolti per prescrizione, piuttosto che "perché il fatto non costituisce reato", si affianca a quello riguardante il terzo estraneo.
Nella prospettiva proposta dalla giurisprudenza, il gap fattuale, emergente dalla ablazione del bene oggetto di confisca nei confronti di tali soggetti, si giustifica nella

[71] Corte Costituzionale, Sentenza n. 239/2009.
[72] Per una ricostruzione sistematica del contenuto della sentenza n. 239/2009 della Corte Cost. V. A. SCARCELLA – A. BUZZEGOLI, *"La tutela penale del territorio e del paesaggio. Condono edilizio ed ambientale"*, in "Fatto e diritto", Giuffrè, 2009, p. 235-239.

ISSN 2036-7821

natura non penale ma amministrativa della misura comminata, con evidenti tensioni in termini di compatibilità costituzionale[73].

In particolare, per il terzo estraneo al processo emerge l'onere, prima che la confisca urbanistica diventi definitiva a favore del Comune, della richiesta di sequestro preventivo ex art. 321 comma 3°[74], secondo il quale lo stesso terzo, ponendosi quale proprietario legittimo del bene inciso dal provvedimento cautelare, può richiederne la revoca.

È bene sottolineare il concetto di onere gravante in tale fase sul terzo: qualsivoglia azione, spettante in forza di una responsabilità contrattuale o extracontrattuale esperibile nei confronti dei responsabili, passa necessariamente per l'evitare il concorso nel fatto colposo del creditore, infatti "il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza" secondo il disposto del 2° comma dell'art. 1227, richiamato in tema di risarcimento del danno dall'art. 2056.

L'eventuale inerzia nella richiesta di revoca del sequestro, può ben qualificarsi come mancanza di diligenza del terzo proprietario del bene nei confronti del soggetto responsabile del risarcimento.

In tale contesto giurisprudenziale e normativo, posta la preclusione di ogni possibilità per il terzo di far valere la propria estraneità al reato, anche in sede di incidente di esecuzione, quella della tutela risarcitoria rimane, non solo per l'imputato assolto con formula non piena, l'unica impervia strada da percorrere.

---

[73] Per una completa ricostruzione in tal senso V. G. TUCCI, Ult. Op. Cit., p. 625-628;

[74] Art. 321 c.p.p.: "*1.* Quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato. Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari. *2.* Il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca. *2-bis.* Nel corso del procedimento penale relativo a delitti previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale il giudice dispone il sequestro dei beni di cui è consentita la confisca. *3.* Il sequestro è immediatamente revocato a richiesta del pubblico ministero o dell'interessato quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dal comma 1. Nel corso delle indagini preliminari provvede il pubblico ministero con decreto motivato, che è notificato a coloro che hanno diritto di proporre impugnazione. Se vi è richiesta di revoca dell'interessato, il pubblico ministero, quando ritiene che essa vada anche in parte respinta, la trasmette al giudice, cui presenta richieste specifiche nonché gli elementi sui quali fonda le sue valutazioni. La richiesta è trasmessa non oltre il giorno successivo a quello del deposito nella segreteria. *3-bis.* Nel corso delle indagini preliminari, quando non è possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del giudice, il sequestro è disposto con decreto motivato dal pubblico ministero. Negli stessi casi, prima dell'intervento del pubblico ministero, al sequestro procedono ufficiali di polizia giudiziaria, i quali, nelle quarantotto ore successive, trasmettono il verbale al pubblico ministero del luogo in cui il sequestro è stato eseguito. Questi, se non dispone la restituzione delle cose sequestrate, richiede al giudice la convalida e l'emissione del decreto previsto dal comma 1 entro quarantotto ore dal sequestro, se disposto dallo stesso pubblico ministero, o dalla ricezione del verbale, se il sequestro è stato eseguito di iniziativa dalla polizia giudiziaria. *3-ter.* Il sequestro perde efficacia se non sono osservati i termini previsti dal comma 3-bis ovvero se il giudice non emette l'ordinanza di convalida entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta. Copia dell'ordinanza è immediatamente notificata alla persona alla quale le cose sono state sequestrate".

ISSN 2036-7821

Il giudice penale che rilevi la lottizzazione abusiva, pronunciando la confisca a favore del Comune, non incide formalmente sulla legittimità dell'eventuale autorizzazione amministrativa rilasciata dallo stesso, ma rileva unicamente il fatto materiale come coincidente con la fattispecie astratta descrittiva del reato, prescindendo dunque da qualsivoglia giudizio sull'atto della P.A.[75]

Appare evidente dunque, che il principio di affidamento del soggetto privato rimanga fortemente disatteso, così come la stessa clausola generale di buona fede permeante ogni rapporto o contatto sociale anche coinvolgente il Pubblico Potere[76].

A fronte dell'applicazione della confisca urbanistica, il costruttore imputato potrà avvalersi della possibilità di richiedere il risarcimento da danno contrattuale[77] in forza del "contatto sociale[78]" nato con il procedimento amministrativo, ma non altrettanto potrà fare il terzo estraneo che abbia subito l'ablazione irrevocabile: egli potrà ambire alla tutela risarcitoria per inadempimento solo nei confronti del costruttore.

Tale situazione appare immediatamente problematica e ciò per due ordini di ragioni: la società che si occupa del progetto edificatorio è concretamente spesso a tal uopo costituita e con un capitale limitato; il costruttore, se assolto, dovrà rispondere per un inadempimento civile in assenza di una sentenza che prescriva la condanna penale.

Si potrebbe allora ipotizzare una ulteriore soluzione di tutela nell'evizione.

Nel caso di cosa confiscata ex art. 240 c.p. l'evizione totale a tutela del terzo acquirente sarebbe ammissibile[79]: il venditore dovrebbe garantire il prezzo pagato e le spese sostenute al netto della diminuzione di valore subita dalla res per l'usura apportata dal compratore; a norma dell'art. 1483 "se il compratore subisce l'evizione totale della cosa per effetto di diritti che un terzo ha fatti valere su di essa, il venditore è tenuto a risarcirlo del danno a norma dell'articolo 1479" e quindi con rivalutazione ed interessi; qualora sussista la colpa o il dolo del venditore, egli dovrà corrispondere quanto dovuto quale integrale risarcimento del danno.

Tale impostazione riguardante la confisca penale, si basa sulla preesistenza di un difetto genetico presente nell'accordo traslativo intercorrente fra venditore e acquirente.

Il diritto certo del terzo esistente al momento della conclusione del contratto ed incompatibile con quello traslato all'acquirente determina il possibile concreto operare della garanzia di evizione[80].

---

[75] In tal senso v. Cass. Pen. Sez. Un., 28 novembre 2001, in Giur. It., 2003, 1908 e ss. e Cass. Pen., 8 febbraio 2002, n.5115, in Foro Amm. Cds, 2002, 631.

[76] V. B. MANFREDONIA, ult. Op. cit., p. 1042.

[77] V. Consiglio di Stato, 2 settembre 2005, n. 4461.

[78] G. TUCCI, ult. Op. cit., p. 626.

[79] V. F. Caringella, in *Contratti. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Giuffrè Editore, 2008, p. 601.

[80] V. Cass. Sez. III, 10 marzo 2006, n.5243.

ISSN 2036-7821

Nel caso della confisca urbanistica, però, al momento dell'accordo traslativo sussistevano una serie di atti amministrativi formalmente legittimi cui la rilevazione del reato di lottizzazione abusiva risulta essere logicamente postergata.
Da tale anomalia non è esente neppure il caso delle cause di prelazione e dei diritti reali insistenti su un bene oggetto di confisca urbanistica.
È palese a tal punto la presenza di una disarmonia sistematica che deve trovare in una accurata composizione ermeneutica il proprio equilibrio.

4.Il revirement Varvara e la risposta del Giudice delle leggi.

L'incrinatura sistematica descritta persiste ancora nell'impostazione della Corte di Cassazione[81] solo alternamente[82] memore di quanto affermato nel *caso Silvioli*[83]: se è vero infatti che la confisca urbanistica non può incidere i soggetti terzi estranei alla commissione del reato di lottizzazione abusiva, vero è anche che l'acquirente, secondo la Suprema Corte, può aderire al medesimo disegno criminoso anche attraverso la violazione, cosciente o per trascuratezza, "di specifici doveri di informazione e conoscenza che costituiscono diretta esplicazione dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione", richiamando sul punto la Sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale.
La Cassazione, a tal uopo, afferma che "la condotta dell'acquirente non configura un evento imprevisto o imprevedibile per il venditore", in quanto costituisce "un determinante contributo causale alla concreta attuazione del disegno criminoso di quegli[84]".
Il risultato è una importante dilatazione del contributo causale apportato dal terzo acquirente nella condotta criminosa, che spinge ad includere il momento dell'acquisto del bene a fronte della chiara e difforme lettera della prescrizione normativa di cui all'art. 30, comma 1, del d.p.r. n. 380/2001, riportante il perfezionamento del reato di lottizzazione abusiva nel differente momento della trasformazione "predisposta attraverso il frazionamento e la vendita".
Il rischio è quello di "pesantissimi ed inesistenti doveri di informazione e di conoscenza rispetto a fatti posti in essere anche in tempi remoti e risultanti per lungo tempo assolutamente legittimi prima dell'intervento a posteriori del giudice penale[85]".

[81] V. in tal senso Cass. Pen. III Sez., 29 aprile 2009, n. 17865, con nota di A. Romanelli, Diritto Penale, in Giur. It. Marzo 2010, p. 659.
[82] In accordo a quanto affermato da Cass. Pen. III Sez., 24 ottobre 2008, n.42741 (*caso Silvioli*) V. Cass, Sez. III, 9 luglio 2009 - 22 settembre 2009, n. 36844 e Cass. Sez. III, 13 luglio 2009 – 8 ottobre 2009, n. 39078).
[83] V. Cass. Pen. III Sez., 24 ottobre 2008, n.42741.
[84] V. Cass. Sez. Un., 27 marzo 1992, n. 4708.
[85] G. TUCCI, "Confisca urbanistica e circolazione dei beni dopo la sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell'Uomo", in Rivista di Diritto Privato, 1/2009, p. 15.

ISSN 2036-7821

Il quadro delineato vede, a questo punto, l'impostazione nazionale riguardante l'istituto della confisca urbanistica prestare il fianco a forti critiche in merito a due macro categorie di soggetti: i terzi estranei di buona fede e gli imputati prosciolti con formula diversa da quella dell'insussistenza del fatto.

Per i terzi estranei di buona fede il lento adeguamento interpretativo porta ad una soluzione esegetica tendenzialmente conforme a quella sostenuta dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Emblematica in tal senso è la pronunzia[86] dei giudici di piazza Cavour riguardo l'irrilevanza della questione di costituzionalità dell'art. 44, comma secondo, del d.p.r. 380/2001, in relazione agli art. 27, 42, e 117, comma 1, della Costituzione con riferimento all'art. 7 della CEDU quale fonte interposta.

La Corte di Cassazione, richiamando la sentenza n. 239/2009 della Corte costituzionale, dimostra la possibile messa in opera di una interpretazione adeguatrice affermando la centralità dell'accertamento dell'elemento psicologico, quantomeno della colpa, in ordine alla posizione dei soggetti incisi dalla confisca.

È pur vero, però, che il parametro della colpa prende ancora in considerazione aspetti ("evanescenti" per i motivi anzidetti) quali la negligenza o il difetto di vigilanza.

Imprescindibile è tuttavia la verifica della sussistenza e della rilevazione degli elementi soggettivi ed oggettivi del reato di lottizzazione abusiva, anche in assenza di condanna.

A tal proposito, Strasburgo torna a porre il capestro alla visione delle Corti italiane nel noto *caso Varvara*[87], proprio prendendo in esame la posizione del soggetto assolto per prescrizione.

La Suprema Corte aveva avuto occasione di affermare[88] che la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite poteva essere pronunziata, anche in assenza di condanna, in costanza di una causa estintiva del reato, quale la prescrizione, ma non se essa fosse maturata prima che il Pubblico Ministero avesse esercitato l'azione penale.

In tal caso, e solo in tal caso[89], la prescrizione guadagnava lo spessore necessario a qualificare l'impossibilità per il giudice penale di pronunziare la confisca urbanistica, determinandone l'astensione dalla valutazione degli elementi probatori raccolti dal P.M. o l'acquisizione di tali elementi nell'esercizio dei poteri di integrazione ex. art. 422 c.p.p.

[86] Cass. Pen. Sez. III, 8 ottobre 2009, n. 39078.

[87] Corte E.D.U., Sez. II, 29 ottobre 2013, Pres. Jočienė, Varvara c. Italia.

[88] Cass. Pen. III Sez., 16 febbraio 2011, n.5857.

[89] V. in tal senso: A. SCARCELLA, "Lottizzazione abusiva: niente confisca se il reato è prescritto", Urbanistica e Appalti 7/2011, in Giurisprudenza Penale, p. 859-870.

ISSN 2036-7821

Tale impostazione risulta pienamente in linea[90] con quanto affermato dai giudici di Strasburgo nella sentenza *Paraponiaris*[91] in merito alla violazione dell'art. 6 della CEDU per inosservanza del diritto al contraddittorio dell'imputato che, in sede di udienza preliminare, era stato inciso da una confisca per equivalente pur essendo stato prosciolto per intervenuta prescrizione.

La stessa Cassazione[92] ha avuto modo di affermare, riguardo gli accertamenti compiuti dal giudice che pronunci sentenza di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione, "come un ruolo determinante sia altresì rivestito dalle modalità con le quali una tale verifica sia posta in essere, giacché solo un accertamento che sia condotto sulla base di tutte le risultanze dibattimentali disponibili e nel contraddittorio con l'imputato nella pienezza dei suoi diritti difensivi può consentire, a un tempo, di rispettare il dato letterale dell'art. 44 cit. (che, come detto, ad un "accertamento" del fatto si riferisce) e di "superare" il dato, potenzialmente preclusivo di una piena esplicazione di detti poteri, rappresentato dalla intervenuta estinzione del reato".

Come ricordato in Dottrina[93], tale esempio è stato ricondotto ad una volontà della giurisprudenza di legittimità di dare ascolto alle istanze provenienti da Strasburgo ed emerse nel *caso Paraponiaris*[94].

La sentenza *Varvara* si inserisce in tale panorama con una icastica asserzione: la dichiarazione di prescrizione preclude la confisca[95].

Nel caso in questione il ricorrente aveva subìto, a seguito di una complessa vicenda giudiziaria protrattasi per decenni, la misura della confisca urbanistica e ciò nonostante la sentenza di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione emessa nei suoi confronti[96].

---

[90] V. in tal senso: A. GALLUCCIO, *"La confisca "urbanistica" ritorna alla Corte Costituzionale", Nota a Tribunale di Teramo, ord. 17 gennaio 2014, Giud. Tetto,* in Diritto Penale Contemporaneo, Gennaio 2014, p. 10.

[91] Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sentenza *Paraponiaris c. Grecia*, n. 42132/06, § 33, 25 settembre 2008.

[92] Cass. Pen., sez. III, 4 febbraio 2013, n. 17066.

[93] V. in tal senso: A. GALLUCCIO, ult. Op. cit., p. 10.

[94] G. SANTACROCE, Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2013, pp. 141 ss. «la Corte di Cassazione, nel corso del 2013, ha sì riaffermato il principio secondo cui l'estinzione del reato non preclude la confisca, ma ha fortemente avvertito l'esigenza di porre tale affermazione in relazione alla necessità che l'esercizio del diritto al contraddittorio sia garantito pienamente nella sua massima portata […] secondo la corte, ai fini della confisca, ancorché obbligatoria, è vietato al giudice, in assenza di una sentenza di condanna, procedere d'ufficio ovvero all'esito di un modulo procedimentale a contraddittorio limitato. Tali principi, del resto, costituiscono applicazione concreta di quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nel caso Paraponiaris c. Grecia […] La Corte [EDU] ha, insomma, affermato il principio che, per applicare una "sanzione" è sempre necessaria un'udienza pubblica cui l'imputato possa partecipare con pienezza dei suoi diritti di difesa, laddove, invece, l'udienza preliminare non solo non è pubblica, ma è caratterizzata da varie limitazioni di questi diritti».

[95] V. in tal senso: F. GALLUZZO, "Lottizzazione abusiva: la declaratoria della prescrizione preclude l'irrogazione della confisca", in Diritto penale e processo, Speciale CEDU, p.57.

[96] V. C. Conti, Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo, Osservatorio Giustizia sovranazionale, in Diritto penale e processo, 2/2014, p. 246-247.

ISSN 2036-7821

La Corte EDU, adita a seguito dell'esaurimento dei rimedi interni, condannava l'Italia per violazione degli art. 7 e 1 prot. 1 della Convenzione, ritenendo assorbita, invece, la questione riguardante la violazione dell'art. 6 della stessa.
In particolare, Strasburgo legge (nel solco delle sue precedenti pronunzie[97]) la confisca urbanistica irrogata in danno al soggetto assolto per prescrizione del reato come una "guilty/pena" inverante una sanzione di natura penale, la cui applicazione risulta inammissibile se non a seguito di una sentenza di condanna.
La Corte assevera segnatamente che "non si può neppure concepire un sistema in cui una persona dichiarata innocente o, comunque, senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza subisca una pena": *nulla culpa sine iudicio*.
L'applicazione della confisca nel caso in cui il reato risulti estinto contrasta, per la Corte, con il principio di legalità tutelato dall'art.7 della Convenzione e con le sue logiche deduzioni: il principio della prevedibilità del comando legislativo ed il divieto di interpretazione in *malam partem*[98].
Ecco riemergere l'atavica questione della natura giuridica della confisca urbanistica: *per la Corte EDU è innegabilmente penale, irrogata da un giudice penale, all'esito di un processo penale*[99].
Con la sentenza n. 49 del 2015 la Corte costituzionale risponde alla questione sollevata, con due separate ordinanze, dalla Cassazione[100] e dal Tribunale di Teramo[101] in merito all'asserita incostituzionalità dell'art. 44, comma secondo, del d.p.r. n.380 del 2001, come interpretato dalla Corte EDU nella Sentenza *Varvara*, per la violazione degli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117 comma 1 della Costituzione, nel senso che la confisca urbanistica non possa essere applicata, in caso di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, anche qualora la responsabilità penale sia accertata in tutti i suoi elementi, con conseguente prevalenza del diritto di proprietà nel bilanciamento da operarsi con la tutela del paesaggio, dell'ambiente, della salute e della vita quali valori fondamentali tutelati dalla Costituzione (v. Corte Cost. n. 264 del 2012).
Il giudice *a quo* postula una possibile applicazione della dottrina dei controlimiti.
La Consulta, dichiarando la questione inammissibile, offre una visione in senso sostanziale della nozione di "condanna" nominata dalla Corte di Strasburgo nel suo pronunciamento.

---

[97] A partire dal *caso Engel e altri c. Paesi Bassi,* Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, in Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, 1977, Serie A, 36.

[98] Per una ricostruzione in tal senso si V. D. RUSSO, "Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015", in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2015, p.3.

[99] V. F. GALLUZZO, ult. Op. cit., p. 62.

[100] Cass. Pen, Sez. III, ord. 20 maggio 2014, n. 20636.

[101] Tribunale di Teramo, ord. 17 gennaio 2014, Giud. Tetto.

ISSN 2036-7821

Posto che gli Stati godono, all'interno del sistema convenzionale presidiato dalla Corte EDU, di una discrezionale autonomia nella qualificazione degli istituti giuridici, quale la confisca urbanistica come sanzione amministrativa nell'ordinamento nazionale, ciò sarebbe in perfetta armonia con il rispetto del principio di sussidiarietà in materia penale che permette al legislatore di "configurare gli strumenti più efficaci[102]" per la repressione degli illeciti.
I giudici rimettenti avrebbero dovuto operare una lettura della sentenza europea volta ad escludere i dubbi di incompatibilità costituzionale in quanto "nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità. Quest'ultimo, anzi, è doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica [103]".
Strasburgo chiederebbe, dunque, che sia emesso un provvedimento di confisca solo all'esito di un procedimento che accerti la piena responsabilità dell'imputato, al di là della nozione tecnica di "condanna" ed infatti "69. L'accostamento dell'articolo 5 § 1 a) agli articoli 6 § 2 e 7 § 1 mostra che ai fini della Convenzione non si può avere «condanna» senza che sia legalmente accertato un illecito – penale o, eventualmente, disciplinare (Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, […]), così come non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità personale. […]"[104].
La Consulta afferma che "non è escluso che il proscioglimento per prescrizione possa accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato[105]".
Amplissimo è quindi l'*obiter dictum* della Corte Costituzionale, che più che una sentenza di inammissibilità, sembra aver suggerito quanto avrebbe fatto in una pronunzia interpretativa di rigetto[106].
I dubbi sull'intrinseca compatibilità sistematica riguardo la lettura proposta, tuttavia, permangono in quanto non si comprende come una sentenza di proscioglimento possa accertare la responsabilità penale in *malam partem* di un imputato il cui reato risulti estinto.
Ogni potere del giudice penale dovrebbe ritenersi perento ed esaurito se non in forza dell'art. 129, comma secondo[107], c.p.p. al solo fine di emettere un pronunciamento in *bonam partem*.

---

[102] C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49, punto 6.1 del "considerando in diritto".
[103] C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49, punto 6.2 del "considerando in diritto".
[104] Corte eur. dir. uomo, Varvara c. Italia, 29 ottobre 2013 §69.
[105] C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49, punto 5 del "considerando in diritto".
[106] V. in tal senso G. Civello, "La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?", in ARCHIVIO PENALE 2015, n. 1, p.10.
[107] Art. 129 c.p.p. "1. In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza. 2.

ISSN 2036-7821

L'aporia è evidente: la Corte pone sul medesimo piano logico il giudizio di condanna oltre ogni ragionevole dubbio ed il pronunciamento inverante una sentenza di non luogo a procedere per estinzione del reato, umana sintesi di un istituto la cui *ratio* è quella di non protrarre il processo al quale l'imputato è sottoposto ad una sempiterna prosecuzione.
La tensione che è possibile logicamente inferire è quella riguardante l'art. 27 comma 2 della Costituzione, prima ancora che quella implicante gli artt. 6 e 7 della Convenzione europea.
Al cospetto di tali numi, le ipotesi analogiche derivanti dall'applicazione di istituti perscrutanti il merito del giudizio, al di là della prescrizione, divengono estremamente lontane[108]: nell'art. 578 c.p.p.[109] la possibilità per il giudice d'appello o di Cassazione di decidere "ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili" si scontra con l'impossibilità di sospendere il passaggio in giudicato e "l'esecuzione delle disposizioni penali del provvedimento impugnato" tra le quali la confisca, a norma dell'art. 573, comma 2 c.p.p.[110]; neanche nel caso in cui "il giudice pronunc(i) sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile" di cui al secondo comma dell'art. 530 c.p.p., impugnata dal Pubblico Ministero in appello e sopraggiunta dall'estinzione del reato, è permessa l'applicazione della confisca una volta confermata l'assoluzione per infondatezza dell'appello.
Solo e soltanto la rinuncia alla prescrizione da parte dell'imputato, nel pieno delle attribuzioni riconosciutegli dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza 275 del 1990 in accordo al suo inviolabile diritto di difesa, permetterebbe il dispiegarsi dei poteri di indagine del giudice al di là della prescrizione stessa.
Ma la prefata facoltà prescritta dall'art. 157 comma 7 c.p. nulla ha a che vedere con una sentenza di condanna: "*Aliud 'fraus' est, aliud 'poena': fraus enim sine poena esse*

Quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta".

[108] V. in tal senso G. PIERRO, "Confisca per lottizzazione abusiva e sentenza di non doversi procedere per prescrizione del reato in attesa della pronuncia della Grande Camera", Opinioni Giustizia sovranazionale, in Diritto penale e processo 3/2016, p. 397 e ss.

[109] Art. 578 c.p.p.: "1. Quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, il giudice di appello e la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per amnistia o per prescrizione, decidono sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili".

[110] Art. 573 c.p.p.: "1. L'impugnazione per i soli interessi civili è proposta, trattata e decisa con le forme ordinarie del processo penale. 2. L'impugnazione per i soli interessi civili non sospende l'esecuzione delle disposizioni penali del provvedimento impugnato".

ISSN 2036-7821

potest, poena sine fraude esse non potest[111]", condizione necessaria per punire è il rispetto del principio di legalità penale[112].

5. Il caso G.I.E.M. contro Italia e la visione della Corte EDU.

Il proscenio animato dalla Corte EDU si svela agli occhi dell'interprete nel pronunciamento della Grande Camera del 28 giugno 2018, conferente il *caso G.I.E.M. s.r.l. ed altri c. Italia*.

Strasburgo risponde agli interrogativi sorti in seguito al dialogo intercorso con la Corte Costituzionale nella nota sentenza n.49 del 2015 emessa in risposta a quanto preconizzato riguardo il *caso Varvara c. Italia*.

I giudici EDU, in un'ampia e compiuta decisione[113], affrontano innanzitutto il tema della compatibilità con l'art. 7 della Convenzione, e dunque con il principio di legalità ivi tutelato, di una pronuncia di proscioglimento che al contempo coesista con la misura ablatoria della confisca urbanistica.

A tal proposito, la Corte EDU sottolinea la sussistenza di un possibile equilibrio ermeneutico con il valore tutelato dall'art. 7 prefato, sia nella sua posizione "statica" di prescrizione penale legislativa posta a presidio dell'illecito, che in quella "dinamico-giuspositivistica" della prevedibilità della sanzione applicabile all'infrazione concreta, di una pronuncia – pur di proscioglimento - che accerti la piena responsabilità del soggetto inciso dalla confisca, da una parte, avuto riguardo agli elementi soggettivi che lo qualifichino, e dall'altra, in relazione a quelli materiali connessi alla fattispecie di reato.

L'art. 7 della Convenzione "non è stato violato per quanto riguarda il sig. Gironda[114]", persona fisica prosciolta per prescrizione ed incisa dalla confisca urbanistica.

Proprio a tal riguardo, le Corti italiane, avendo già reagito in maniera costruttiva ai richiami provenienti da Strasburgo, avevano ravvisato la necessità di un legame psicologico fra autore del reato e *vulnus* nonché, ciò posto, l'inapplicabilità della confisca urbanistica al terzo di buona fede.

---

[111] ULPIANO, 131, LIBRO III, Sopra la Legge Giulia e Papia, in DIGESTORUM LIB. L TIT. XVI.

[112] In dottrina V. conformemente in tal senso: I. SCORDAMAGLIA, "La confisca con o senza condanna: tra incertezze del legislatore, prostrazione del penalista e disorientamento del giudice comune", Lezioni, in Studium Iuris 6/2016 p.731 e ss.; e A. M. MAUGERI, "La giurisprudenza della Corte EDU nei confronti della confisca in materia di lottizzazione abusiva", in Leggi penali tra regole e prassi p.23-28, Sequestro e confisca, G. Giappichelli Editore, 2017, Torino.

[113] Per un chiaro commento V.: A. CANNONE, "La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare *GIEM s.r.l. e altri c. Italia* del 28 giugno 2018: brevi osservazioni", in Studi sull'integrazione europea, XIV / 2019, p. 155-160; V. anche: F. CAPPELLETTI, "La Grande Camera della Corte EDU deposita l'attesa sentenza in tema di confisca obbligatoria per lottizzazione abusiva. In breve, gli approdi raggiunti", in Giurisprudenza Penale Web, 2018 / 6.

[114] V. Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, paragrafo 262.

ISSN 2036-7821

Soccorrerebbe, a tal uopo[115], il novello disposto dell'art. 578-bis c.p.p., introdotto con il D.lgs. 1° marzo 2018, n.21, secondo il quale "Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240 bis del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322 ter del codice penale, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato".

Tuttavia la Corte EDU, nel pronunciamento in esame, rileva una violazione dell'art. 1 prot. 1, tutelante il diritto di proprietà, per l'assenza di un "ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito[116]" in quanto prese in considerazione ipotesi di soluzione alternative meno restrittive, quali "la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione[117]", esse non troverebbero spazio nell'applicazione "automatica" della misura ablatoria.

Tale configurazione della confisca obbligatoria non tiene conto della gradazione soggettiva dell'apporto causale nel reato sotteso, della differenza fra aree edificate e non, della possibile ed auspicabile scelta dello strumento più adatto da parte del giudice, nonché dei requisiti procedurali volti alla tutela del contraddittorio come mezzo di realizzazione di uguaglianza e parità processuale in merito alla posizione delle società ricorrenti.

Proprio le società ricorrenti, non avendo preso parte al processo ed avendo ciononostante subìto la confisca, avrebbero visto violato il principio secondo il quale una persona, fisica o giuridica, non può essere punita per un atto relativo alla responsabilità di altri, determinando l'incompatibilità con l'art. 7 CEDU.

Violato risulterebbe, altresì, il principio della presunzione di innocenza (in relazione al sig. Gironda) così come prescritto dall'art. 6, comma 2, della Convenzione: non sarebbe tollerabile la cassazione con declaratoria di prescrizione, operata da parte del giudice di legittimità, della sentenza di appello deliberante l'assoluzione nel merito e la contestuale irrogazione della confisca, senza giudizio di rinvio.

A tal proposito. la normativa nazionale non offre la possibilità alla Suprema Corte di cassare la sentenza di merito con rinvio, una volta rilevata la prescrizione, al solo fine di condurre un nuovo giudizio di colpevolezza.

L'unica opzione praticabile nel nostro ordinamento, come auspicato in Dottrina[118], riguarda la possibile prosecuzione del giudizio ai soli fini dell'azione civile

[115] V. in senso conforme: A. SCARCELLA, "La confisca urbanistica dopo la sentenza della Corte EDU del 28 giugno 2018 nel caso GIEM ed altri c. Italia", "Procedure amministrative e giurisdizione penale nella tutela dell'ambiente e del territorio" cod: P18076, 27-28 settembre 2018, Relazione elaborata per la sessione pomeridiana del 27.09.2018 della SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, p. 26.

[116] V. Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, paragrafo 292.

[117] V. Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, paragrafo 299.

[118] V. A. SCARCELLA, ult. Op. cit.

ISSN 2036-7821

risarcitoria ex art. 622 c.p.p.[119] ma tale applicazione dovrebbe conseguire ad un intervento del legislatore.

6.Le proiezioni nell'ordinamento nazionale della novella ermeneusi di Strasburgo: la (carente) responsabilità degli enti.

L'abbrivio infuso dalla Grand Chambre all'opera di composizione ermeneutica resasi necessaria all'indomani della sentenza *Varvara*, fa trasparire una comprensione da parte dei giudici di Strasburgo della necessità per lo Stato Italiano, a fronte di un brevissimo termine prescrizionale, di incidere effettivamente gli autori perpetranti gli abusi edilizi, infliggenti profonde ferite in un territorio, come quello della nostra Nazione, per cui la salvaguardia del paesaggio è in continuo pericolo[120].

Importante ed interessante spunto di riflessione, la Corte EDU, lo offre riguardo la posizione degli enti, persone giuridiche, coinvolti nella vicenda lottizzatoria.

Posto che all'interno dell'ordinamento italiano vigeva il principio *societas delinquere non potest*, è stata rilevata la violazione dell'art. 7 della Convenzione avuto riguardo alla comminazione, da parte dei giudici nazionali, della confisca urbanistica alle società ricorrenti per delle condotte operate da terzi: i loro legali rappresentanti.

La CEDU non distinguerebbe, a differenza della normativa italiana, le persone fisiche dalle persone giuridiche in ordine al rispetto del principio di legalità.

Non soccorre, a tal uopo, il D.lgs. n. 231 del 2001 sulla responsabilità degli enti, posto che i reati urbanistici non sono, allo stato dell'arte, contemplati quali reati presupposto per la configurazione della loro imputabilità[121].

Tale tensione si somma a quella derivante dalla mancanza di qualsivoglia forma di contraddittorio in merito all'applicazione della confisca urbanistica incidente la proprietà degli enti in questione e richiedente le garanzie procedurali di cui è presidio l'art. 1 protocollo 1 della Convezione.

Non essendo le società parti all'interno del procedimento penale, non sarà per loro possibile esercitare la propria difesa nel rispetto del principio della parità delle armi.

A ciò si aggiunga il rilievo dell'automatica applicazione della sanzione della confisca al di là di ogni graduazione soggettiva o proporzionale alla necessaria tutela emergente dalla situazione fattuale, anche implicante eventuali misure alternative meno compromettenti la proprietà individuale.

---

[119] Art. 622 c.p.p.: "1. Fermi gli effetti penali della sentenza, la corte di cassazione, se ne annulla solamente le disposizioni o i capi che riguardano l'azione civile ovvero se accoglie il ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato, rinvia quando occorre al giudice civile competente per valore in grado di appello, anche se l'annullamento ha per oggetto una sentenza inappellabile".

[120] V. in tal senso: A. QUATTROCCHI, "Lottizzazione abusiva e confisca urbanistica: la discussa compatibilità convenzionale davanti alla Grande Camera della Corte EDU", Giustizia Sovranazionale – Diritto penale, in Diritto penale e processo, 2018 / 11, p. 1505 e ss.

[121] Per una attenta disamina riguardante l'istituto della responsabilità degli enti ex D.lgs. 231/2001 V.: G. DE VERO, "La responsabilità penale delle persone giuridiche", Giuffrè Editore, Milano, 2008.

ISSN 2036-7821

Forti sono, dunque, i dubbi riguardanti la lettura proposta da Strasburgo, specialmente in merito alla posizione delle persone giuridiche, sistematicamente coinvolte nei progetti edificatori implicanti la lottizzazione abusiva.
Nel caso in cui non si ritenesse strumentale e fittizio il trasferimento della proprietà alla società costruttrice da parte del rappresentante legale della stessa, sprovvisti di tutela rimarrebbero gli altissimi valori della tutela del territorio e del paesaggio e per loro tramite del diritto alla salute della persona umana.
Una luce potrebbe provenire non più dall'ennesimo tentativo di ortopedia ermeneutica che ha visto il nostro giudice diacronicamente disinnescare le frizioni con Strasburgo, ma dall'auspicabile intervento del legislatore volto finalmente a superare la *gravosa vicarìa*[122] della giurisprudenza, specialmente in merito all'ampliamento del catalogo dei reati oggetto del D.lgs. 231 del 2001, includendovi – finalmente - la lottizzazione abusiva.

7. Confisca urbanistica e terzo estraneo al procedimento: le prospettive di tutela.
Allorché la Corte EDU sostenga la violazione dell'art. 7 della Convenzione, in ordine al superamento del divieto di responsabilità per fatto altrui per le persone giuridiche che non siano parti in causa, lo fa asserendo (ancora una volta) la natura di sanzione penale della confisca urbanistica, e ciò, in meditata applicazione degli *Engel criteria*[123]: il collegamento diretto fra confisca e reato; la rubrica "sanzioni penali" dell'art. 44 d.p.r. 380/2001; l'incisività e l'obbligatorietà della misura, nonché la sua finalità prevalentemente punitiva e svincolata dalla gravità della violazione portano alla prefata tassonomia l'istituto della confisca urbanistica.
In via preliminare occorre distinguere, dunque, quali differenze insistano fra i soggetti terzi estranei al reato ed i soggetti terzi estranei al procedimento.
Se il soggetto terzo estraneo al reato è il soggetto di buona fede che, a partire da quanto preconizzato dalla sentenza *Sud Fondi c. Italia*, non può essere inciso dalla misura ablatoria in esame, *a contrario*, il soggetto terzo estraneo al procedimento sarà invece identificabile concretamente nella figura della società materialmente coinvolta nella lottizzazione abusiva e schermo delle azioni delittuose compiute da chi ne abbia la legale rappresentanza.
Nella prassi applicativa la nozione di "estraneità" viene letta in maniera molto rigorosa: *extraneus* al reato è solo colui il quale, non solo sia in buona fede, ma il cui diritto non presenti alcun collegamento con l'altrui condotta delittuosa, neppure a titolo di colpa[124].

[122] V. A. QUATTROCCHI, ult. Op. cit. p. 1515.
[123] V. *caso Engel e altri c. Paesi Bassi,* Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, in Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, 1977, Serie A, 36.
[124] V. in tal senso: G. BARONE "Confisca urbanistica e terzi estranei al procedimento prospettive di tutela", in Arch. nuova proc. Pen., 2 / 2019, p. 122 – 127.

ISSN 2036-7821

La posizione dei terzi di buona fede appare, dunque, particolarmente gravosa in quanto impone oneri probatori di discolpa comparabili a quelli richiesti al concorrente nel reato o alla società materialmente lottizzatrice proprietaria dei beni confiscati: secondo certa dottrina[125], dovrebbe, a tal riguardo, applicarsi il concetto di buona fede civilistico ex. art. 1147 c.c. a favore del soggetto estraneo al reato, con la sola eccezione della colpa grave.
Il soggetto terzo estraneo al procedimento, restando fuori dalla previsione normativa di cui all'art. 24 e ss. del D. lgs. 231/2001, non potrà rispondere personalmente nel processo penale, ma una soluzione potrebbe ravvisarsi nella "mediata" citazione del suo legale rappresentante in giudizio, sia iure proprio che in ragione del suo ufficio[126].
Tale esegesi, tuttavia, collide con quanto prescritto, a proposito di conflitto di interessi, nel dettato di cui all'art. 39 del D. lgs. 231/2001, la cui *ratio* mira a superare l'ineliminabile endiadi fra le linee difensive rispettivamente dell'ente e del suo legale rappresentante[127].
La soluzione più confacente appare, ancora, quella dell'ampliamento del novero dei reati presupposto della responsabilità amministrativa da reato ex. art. 24 e ss. del D. lgs. 231/2001, e ciò alla luce di una piena partecipazione dell'ente al procedimento sin dal momento della sua instaurazione, in accordo ad una altrettanto piena tutela del suo diritto di difesa e dell'effettiva perseguibilità dell'illecito commesso nel suo interesse[128].

8.Le soluzioni applicative, il principio di proporzionalità e l'incidente di esecuzione a garanzia del terzo.

Posizione sulle possibili soluzioni applicative circa quanto asserito dalla Corte di Strasburgo nel *caso GIEM*, la prende la Corte di Cassazione a partire dalla sentenza n. 8350/2019[129].
I giudici della Suprema Corte, constatando preliminarmente l'assenza all'interno del sistema normativo italiano di una prescrizione che configuri, come per i reati presupposto citati dal D. lgs. 231/2001, una responsabilità amministrativa da reato per gli enti, superano quanto affermato dalla Corte EDU in merito alla mancata partecipazione della persona giuridica al processo deliberante la confisca urbanistica

[125] V. V. MAIELLO, "Confisca Cedu e diritto dell'Unione tra questioni risolte e altre ancora aperte", in Dir. Pen. Cont., 11 luglio 2012, p. 12 – 13.
[126] V. M. BIGNAMI, "Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna" in Quest. Giust., 10 luglio 2018.
[127] Art. 39 D. lgs. 231/2001: "1. L'ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo (…)".
[128] V. G. BARONE, ult. Op. cit., p.125.
[129] CORTE DI CASSAZIONE PENALE, Sez. 3^ 26/02/2019, Sentenza n.8350.

ISSN 2036-7821

nei suoi confronti[130], sostenendo che tale *empasse* possa essere valicato con l'ausilio di strumenti quali l'estensiva applicazione di norme interne come l'art. 197 c.p.[131] e l'art. 89 c.p.p.[132], riguardanti l'istituto dell'obbligazione civile delle persone giuridiche per il pagamento delle multe e delle ammende, disponendo dunque la citazione in giudizio dell'ente.
La persona giuridica rimasta estranea al processo "può (*non "deve"*) far valere le sue ragioni innanzi al giudice dell'esecuzione" superando ogni violazione in ordine ai diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti.
In ordine, invece, al rispetto del principio di proporzionalità nell'applicazione della confisca urbanistica, la Suprema Corte dà un "insoddisfacente"[133] seguito alla recente pronuncia della Corte EDU.
Quello della proporzionalità è un parametro che risulta essere presente in ogni livello di tutela normativa con presenza diacronica.
In particolare esso è stato la *Grundwert* del processo di integrazione europea sin dalla costituzione della Comunità Economica, istituzione vocata all'espansione del liberalismo economico europeo negli scambi di merci, servizi e persone.
Ogni obiettivo perseguito dal potere della pubblica autorità è necessariamente costretto al dialogo con i corollari dello stesso principio di proporzionalità: *necessità* ed *idoneità* dei mezzi impiegati, anche e soprattutto, nella limitazione dei diritti fondamentali e delle libertà individuali in forza di altrettanto importanti numi.
Di ciò è memore l'art. 5 del TUE così introdotto dal Trattato di Maastricht ed arricchito del principio di sussidiarietà dal Trattato di Amsterdam nel contesto istituzionale dell'Unione europea.
La Carta di Nizza, all'art. 52, proclama: "Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e

[130] V. A. COMETTO, "Confisca urbanistica nei confronti della persona giuridica rimasta estranea al processo", in Diritto Penale, 8 luglio 2019.
[131] Art. 197 c.p.: "Gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato, le regioni, le province ed i comuni, qualora sia pronunciata condanna per reato contro chi ne abbia la rappresentanza, o l'amministrazione, o sia con essi in rapporto di dipendenza, e si tratti di reato che costituisca violazione degli obblighi inerenti alla qualità rivestita dal colpevole, ovvero sia commesso nell'interesse della persona giuridica, sono obbligati al pagamento, in caso di insolvibilità del condannato, di una somma pari all'ammontare della multa o dell'ammenda inflitta. Se tale obbligazione non può essere adempiuta, si applicano al condannato le disposizioni dell'articolo 136".
[132] Art. 89 c.p.p.:" 1. La persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria è citata per l'udienza preliminare o per il giudizio a richiesta del pubblico ministero o dell'imputato. 2. Si osservano in quanto applicabili le disposizioni relative alla citazione e alla costituzione del responsabile civile. Non si applica la disposizione dell'articolo 87 comma 3".
[133] V. F.P. GARZONE, "La proporzionalità della confisca urbanistica: la Cassazione "vanifica" il contenuto della pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", in Giurisprudenza commentata, 21 giugno 2019.

ISSN 2036-7821

rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nel sistema convenzionale presidiato, pone come parametro fondamentale il rispetto del principio di proporzionalità sia nel bilanciamento dei valori tutelati dalla Convenzione, che quale faro di ogni connessa limitazione posta dagli Stati membri nel loro diritto interno.

Di tale panorama giuspositivistico, la Suprema Corte di Cassazione sembra tenere solo in parte conto nel suo pronunciamento di cui alla sentenza n. 8350/2019.

Segnatamente, in merito al mancato rispetto del principio di proporzionalità nell'applicazione della confisca urbanistica, nega l'asserito "automatismo" della stessa citando, a conferma di ciò il disposto dell'art. 30 del d.p.r. n. 380/01.

Tale articolo prescrive la misura della confisca come *ultima ratio*, stante la presenza della necessità per il dirigente della amministrazione comunale di emettere ordinanza, da notificare ai proprietari, volta alla sospensione dell'attività, una volta accertata la lottizzazione. Inoltre, trascorsi 90 giorni senza revoca di tale sospensione, le aree sarebbero acquisite al patrimonio del Comune con conseguente demolizione delle opere su di esse insistenti.

Il sistema descritto viene visto come alternativo rispetto alla confisca urbanistica, che apparirebbe a tal punto affatto "automatica".

La P.A. potrebbe inoltre, sino al passaggio in giudicato della sentenza, conformare la propria volontà in ordine alla programmazione territoriale con lo stato dei luoghi, rinunciando all'acquisizione dell'area[134].

La Cassazione, in merito alla violazione sempre del principio di proporzionalità, ribadisce che la misura ablatoria riguardi "i terreni abusivamente lottizzati e le aree abusivamente costruite", dando in realtà una lettura tautologica di quanto già operato in giurisprudenza[135] ed affermato dal testo dello stesso art. 44 del d.p.r. in esame.

Non sembra, ciò posto, che i giudici di piazza Cavour abbiano dato una lettura effettivamente equilibrata del summenzionato principio di proporzionalità.

La Cassazione torna a parlare di compatibilità fra l'art. 7 CEDU e l'applicazione della confisca urbanistica agli enti nella sentenza n. 17399 del 23 aprile 2019[136].

Gli ermellini sono chiari: l'incidente di esecuzione garantisce la tutela effettiva della persona giuridica estranea al processo penale.

---

[134] V. Sez. 3, n. 23154 del 18/5/2006, Scalici, Rv. 234476. Conf. Sez. 3, n. 15404 del 21/1/2016, Bagliani e altri, Rv. 266811, in motivazione; Sez. 3, n. 43591 del 18/2/2015, Di Stefano e altri, Rv. 265153; Sez. 3, n. 4373 del 13/12/2013 (dep.2014), Franco e altro, Rv. 258921.

[135] Cfr., ex pluribus, Cass. pen., sez. III, 5 aprile 2018, n. 15126 (ud. 24 ottobre 2017), S. ed altri, in Riv. pen. 5/18; Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2013, n. 38001 (ud. 16 maggio 2013), Recchia e altri; Cass. pen., sez. III, 2 ottobre 2008, n. 37472 (ud. 26 giugno 2008), Belloi e altri.

[136] Cass., Sez. III, sent. 20 marzo 2019 (dep. 23 aprile 2019), n. 17399, Pres. Lapalorcia, Est. Corbetta, con nota di S. FELICIONI, in Diritto Penale Contemporaneo, 25 giugno 2019.

ISSN 2036-7821

La vicenda nasce da una condanna per lottizzazione abusiva dell'amministratore unico di una società costruttrice che aveva edificato un complesso ricreativo in provincia di Catania.
La Corte d'appello del luogo aveva disposto la confisca dell'area e delle opere abusive di proprietà di una persona giuridica terza, Unicredit leasing S.p.A.
La Cassazione chiamata, annullando la sentenza senza rinvio, dichiarava l'intervenuta prescrizione del reato e manteneva la confisca.
Unicredit leasing S.p.A. si rivolgeva alla Corte d'appello di Catania, in funzione di giudice dell'esecuzione ex. art. 676 c.p.p., in qualità di terzo proprietario del terreno inciso dalla misura ablatoria.
Tale terreno era stato acquistato da Unicredit prima della concessione in leasing all'impresa edile e prima, dunque, dell'avvio dei lavori.
Il Giudice di Catania rigettava con ordinanza l'istanza ed il ricorrente si rivolgeva alla Cassazione per violazione dell'art. 7 CEDU essendo la Unicredit S.p.A. rimasta estranea al processo.
La Suprema Corte rigetta il ricorso: premettendo la fisiologica assenza nel sistema giuridico italiano dell'ente all'interno del processo instaurato nel caso di lottizzazione abusiva, stante la consistenza del D. lgs. 231/2001, afferma che la società rimasta estranea "non è sfornita di strumenti di tutela, perché […] può rivolgersi al giudice dell'esecuzione, così instaurando un "procedimento" penale per far valere le proprie ragioni, in fatto e in diritto".
La sentenza che decide la confisca nei confronti dell'ente pretermesso non può produrre effetti senza che il giudice dell'esecuzione attivi il "potere-dovere di accertare in modo autonomo la sussistenza del reato e l'estraneità ad esso della persona giuridica" e, a tal uopo, "può attivare i più ampi poteri istruttori, nei limiti, ovviamente, delle questioni dedotte".
Il giudice dell'esecuzione "può assumere i necessari mezzi di prova, ai sensi dell'art. 666, comma 5, c.p.p., ivi compresa l'esame di testimoni e il conferimento di perizia, come si desume dall'art. 185 disp. att. cod. proc. pen., così assicurando il diritto alla prova e il rispetto del principio del contraddittorio" e ciò, in forza del disposto di cui all'art. 676, comma 1, c.p.p.[137], al fine di disporre l'applicazione della confisca.
Anche nel caso in cui intervenga il sequestro preventivo di cui all'art. 321, comma secondo, c.p.p. la tutela della persona giuridica verrebbe assicurata, e ciò in forza delle impugnazioni cautelari ad essa accessibili "essendo persona alla quale le cose sono state sequestrate".

[137] Art. 676 c.p.p.: "Il giudice dell'esecuzione è competente a decidere in ordine all'estinzione del reato dopo la condanna, all'estinzione della pena quando la stessa non consegue alla liberazione condizionale o all'affidamento in prova al servizio sociale, in ordine alle pene accessorie, alla confisca o alla restituzione delle cose sequestrate. In questi casi il giudice dell'esecuzione procede a norma dell'articolo 667 comma 4".

ISSN 2036-7821

Prima che la sentenza di primo grado passi in giudicato, la Cassazione afferma che "il terzo estraneo, sia esso persona fisica o persona giuridica, proprietario del bene oggetto di un provvedimento ablativo, ha comunque la possibilità di tutelare le proprie ragioni già nel giudizio cognizione.
In accordo al principio di diritto espresso dalla Sezioni Unite Muscari del 2017[138] la Suprema Corte afferma che "in tema di misure cautelari reali, il terzo rimasto estraneo al processo, formalmente proprietario del bene già in sequestro, di cui sia stata disposta con sentenza la confisca, può chiedere al giudice della cognizione, prima che la pronuncia sia divenuta irrevocabile, la restituzione del bene e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame" ex art. 322 bis c.p.p.
Questa interpretazione ha ottenuto il previo avallo della Corte Costituzionale nella sentenza n. 253 del 6 dicembre 2017.
Gli ermellini concludono affermando che "la mancata previsione della partecipazione al giudizio dei terzi interessati" non sarebbe contraria all'art. 7 CEDU, "potendo gli stessi esercitare rimedi cautelari nel corso del procedimento penale ed incidente di esecuzione avverso la statuizione definitiva della misura reale".
Ciò che, a tal punto, ci si chiede è se la tutela difensiva della persona giuridica debba essere realmente e strutturalmente affidata ad un giudizio meramente eventuale, quale quello cautelare o incidentale, quale quello dell'incidente esecutivo.
Bisogna riflettere su quella che è una caratteristica mancante all'istituto dell'incidente di esecuzione: esso non è un mezzo di impugnazione straordinario.
Da ciò, discende che sarebbe impossibile operare una nuova valutazione o un nuovo giudizio sui fatti di cui al precedente esame cognitivo cristallizzato nel giudicato e posto inevitabilmente a monte di ogni ricostruzione probatoria, anche, a carico dell'ente pretermesso, con dubbi di compatibilità con l'art. 111 della Costituzione, prima che con qualsivoglia principio CEDU[139].
Un incidente di esecuzione volto all'autonomo accertamento della responsabilità dell'ente pretermesso potrebbe cozzare con il divieto di *ne bis in idem*, stante la cognizione limitata del cui giudice.

[138] Cass., SSUU, sent. 20 luglio 2017 (dep. 19 ottobre 2017), n. 48126, Pres. Canzio, Rel. Fumo, Ric. Muscari, in Diritto penale contemporaneo, fasc. 11/2017, p. 238 ss., con nota di VERZELETTI, "Appello ex art. 322-bis c.p.p. per il terzo proprietario del bene confiscato con sentenza non definitiva: una garanzia incomprimibile", in cui la Cassazione afferma che «il terzo, prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile, può chiedere al giudice della cognizione la restituzione del bene sequestrato e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame. Qualora sia stata erroneamente proposta opposizione mediante incidente di esecuzione, questa va qualificata come appello e trasmessa al tribunale del riesame» (v. il § 11 del Considerato in diritto).

[139] V. conformemente: S. FELICIONI, "Confisca urbanistica nei confronti degli enti dopo la sentenza G.I.E.M. c. Italia: per la Cassazione l'incidente di esecuzione garantisce l'effettiva tutela della persona giuridica rimasta estranea al processo penale", in Diritto Penale Contemporaneo, 25 giugno 2019; SPAGNOLO, "Sequestro, confisca e diritti dei terzi: c'è un giudice a Berlino?", in Proc. pen. e giust., n. 2/2018, p. 285.

ISSN 2036-7821

Come suggerito in Dottrina[140], una soluzione potrebbe ricavarsi dall'obbligatoria (e non facoltativa) citazione del terzo estraneo titolare di diritti reali sul "bene confiscando" a partire dal giudizio di prime cure, essendo simile la soluzione adottata dal legislatore con il D. lgs. 14/2019 introduttivo del nuovo primo comma 1-quinquies dell'art. 104 delle disp. att. c.p.p. che impone: "nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo", applicabile nei casi particolari riguardanti i beni di cui allo stesso articolo[141].

9. L'ultimo approdo della Suprema Corte: confisca urbanistica, prescrizione del reato e valutazione della proporzionalità nel giudizio di rinvio.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza del 30 gennaio 2020 n. 13539 (dep. 30.04.2020), enunciano i seguenti principi di diritto:

"- la confisca di cui all'art. 44 del d.p.r. n. 380 del 2001 può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato, purché la sussistenza della lottizzazione abusiva sia stata già accertata, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il pieno contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta

[140] V. S. FELICIONI, ult. Op. cit.

[141] Art. 104 disp. Att. C.p.p.:" 1. Nel caso in cui il sequestro preventivo abbia per oggetto aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, esclusi quelli destinati ad affluire nel Fondo unico giustizia, di cui all'articolo 61, comma 23, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, l'autorità giudiziaria nomina un amministratore giudiziario scelto nell'Albo di cui all'articolo 35 del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni. Con decreto motivato dell'autorità giudiziaria la custodia dei beni suddetti può tuttavia essere affidata a soggetti diversi da quelli indicati al periodo precedente. *1-bis*. Il giudice che dispone il sequestro nomina un amministratore giudiziario ai fini della gestione. Si applicano le norme di cui al libro I, titolo III, del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni. *1-ter*. I compiti del giudice delegato alla procedura sono svolti nel corso di tutto il procedimento dal giudice che ha emesso il decreto di sequestro ovvero, nel caso di provvedimento emesso da organo collegiale, dal giudice delegato nominato ai sensi e per gli effetti dell'articolo 35, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni.*1-quater*. Le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati nonché quelle in materia di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro previste dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, si applicano ai casi di sequestro e confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240 bis del codice penale o dalle altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice. In tali casi l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata coadiuva l'autorità giudiziaria nell'amministrazione e nella custodia dei beni sequestrati, fino al provvedimento di confisca emesso dalla corte di appello e, successivamente a tale provvedimento, amministra i beni medesimi secondo le modalità previste dal citato codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno.*1-quinquies*. Nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo.*1-sexies*. Le disposizioni dei commi 1-quater e 1-quinquies si applicano anche nel caso indicato dall'articolo 578 bis del codice.

ISSN 2036-7821

intervenuta detta causa, il giudizio non può, in applicazione dell'art. 129, comma 1, c.p.p. proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento;
- in caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, il Giudice d'Appello e la Corte di cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-bis cod. proc. pen., a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca di cui all'art. 44 del d.p.r. n. 380 del 2001."
La vicenda ha origine dalla conferma in appello, da parte della Corte di Messina, di una sentenza di condanna emessa nei confronti del legale rappresentante di una società costruttrice, da parte del Tribunale di primo grado di Barcellona Pozzo di Gotto, per la condotta implicante la lottizzazione abusiva di un'area edificata, in applicazione dell'art. 44 del d.p.r. 380/2001.
L'imputato ricorreva per Cassazione e la Terza Sezione penale della stessa Corte rimetteva la questione alle Sezioni Unite in ordine alla seguente questione[142]: "Se, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, sia consentito l'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia[143]".
La Corte sottolinea, innanzitutto, che "la possibilità di individuare all'interno della sentenza statuizioni che restino "immuni" rispetto all'effetto caducante esercitato dalla prescrizione stessa, non può che essere il frutto di disposizioni normative che, espressamente o implicitamente, consentano una tale operazione" e ricordando l'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto ad una lettura rispettosa dei principi del contraddittorio e del giusto processo in senso convenzionalmente orientato nel dialogo fra Corti, ravvisa nel disposto di cui all'art.578-bis del c.p.p. l'odisseo stratagemma che supera l'effetto preclusivo della prescrizione legittimando l'esame del giudice di rinvio sulla sola confisca.
Per la Corte tale potere, tuttavia, non può essere riconosciuto al giudice di primo grado qualora la sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato non abbia permesso l'accertamento dello stesso, in quanto mai potrebbe proseguire il giudizio solo ai fini delle statuizioni relative alla confisca, ostando in tal senso il disposto dell'obbligo di immediata declaratoria di una causa estintiva del reato di cui all'art. 129 c.p.p.

[142] V. per un compiuto commento dell'ordinanza: A. GALLUCCIO, "Ancora sulla confisca urbanistica: le Sezioni Unite chiamate a decidere sulla possibilità di rinviare al giudice del merito le valutazioni in ordine alla proporzionalità della misura, nonostante la prescrizione del reato", in Sistema Penale, 18 Novembre 2019.
[143] Cass., Sez. III, ord. 15 maggio 2019 (dep. 2 ottobre 2019), n. 40380, Pres. Lapalorcia, Rel. Rosi, Ric. Perroni.

ISSN 2036-7821

Alcune pronunce[144] si erano esposte in senso contrario a quanto suddetto sostenendo che "l'unico limite a che il processo penale possa progredire relativamente ad un'azione di accertamento finalizzata alla sola decisione sulla confisca urbanistica sarebbe rappresentato dall'estinzione maturata prima dell'esercizio dell'azione penale".

Le Sezioni unite ribadiscono, a tal proposito, "la valenza, rispondente a principi di ordine costituzionale, dell'obbligo di immediata declaratoria della causa di estinzione del reato posto dall'art. 129, comma 1, cod. proc. pen., unicamente derogabile, *in melius*".

Nessun *vulnus* conseguirebbe alla negata prosecuzione dell'accertamento in sede penale, infatti la Cassazione ribadisce: "la natura della confisca lottizzatoria, costantemente qualificata da questa Corte come sanzione amministrativa, sia pure irrogata dal giudice penale, alla stessa stregua dell'ordine di demolizione di cui all'art. 31, comma 9, d.p.r. n. 380 del 2001 […] (*porta*) a far escludere che l'impossibilità di operare in sede penale la confisca, perché non sia stato possibile accertare il fatto, impedisca all'amministrazione di adottare i provvedimenti sanzionatori previsti dall'art. 30 d.p.r. n. 380 del 2001, come infatti già affermato da questa Corte[145]" non sussistendo, in proposito, alcuna pregiudiziale penale.

Queste le argomentazioni svolte nell'iter logico-argomentativo della Suprema Corte espressasi nel suo più ampio consesso.

Assodata quella che è la conferma della posizione assunta nei suoi precedenti giurisprudenziali, dalla stessa Cassazione, in ordine alla compatibilità, convenzionale e costituzionale, di una pronuncia non implicante una sentenza di condanna formale, ma dichiarante la confisca di un'area lottizzata abusivamente a fronte della declaratoria di prescrizione del reato-presupposto, la Corte mostra un approdo argomentativo "*debole*" in merito all'applicabilità dell'art. 578-bis all'istituto della confisca urbanistica[146].

L'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite aveva enucleato, a tal proposito, le seguenti principali questioni:

1. La lettera dell'art. 578-bis si riferisce alle ipotesi di confisca "nei casi particolari" ex art. 240-bis c.p. e per i delitti contro la P.A. ex art. 322-ter c.p. Accedendo ad una lettura inclusiva della confisca urbanistica dovrebbe ritenersi violato l'art. 76 Cost. per eccesso di delega sulla c.d. "riserva di codice";

[144] V. n. 2292 del 25/10/2019, dep. 22/01/2020, Romano, non mass., nonché Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, Rv. 272791; Sez. 3, n. 43630 del 25/06/2018, Tammaro, Rv. 274196; Sez. 3, n. 31282, del 27/3/2019, Grieco, Rv. 277167; Sez. 3, n. 35313 del 19/05/2016, Imolese, Rv. 267534.

[145] Sez. 3, n. 5857 del 06/10/2010, dep. 2011, Grova, Rv. 249517.

[146] Per una completa ricostruzione a riguardo V.: A. BASSI, "Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le Sezioni Unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia", Nota a Cass., Sez. un., sent. 30 gennaio 2020 (dep. 30 aprile 2020), n. 13539, Pres. Carcano, Est. Andreazza, ric. Perroni, in Sistema PENALE, 5 /2020, p. 285-301.

ISSN 2036-7821

2. Non si ravviserebbe nessun'altra disposizione processuale che legittimi in capo alla Cassazione tale potere.
3. L'assenza di un "obbligo di esercizio dell'azione penale", implicante l'annullamento con rinvio, postulato in forza del principio di proporzionalità nel caso *GIEM* c. Italia.

Al fine di superare l'*empasse* sorto da tali questioni, gli ermellini "forzano" il dato normativo.

L'art. 578-bis, come modificato dalla legge n. 3 del 2019, prescrive:" Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240 bis del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322 ter del codice penale, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato".

In pacifica applicazione del criterio interpretativo letterale, la formulazione "altre disposizioni di legge" dovrebbe ritenersi riferita alle ipotesi di "confisca in casi particolari" e non, come affermato dalle Sezioni Unite, a qualsivoglia ipotesi di confisca.

Condiviso il meritevole fine della lettura offerta dalla Cassazione, nel solco di ogni precedente costruttivamente orientato, non sarebbe tuttavia possibile ravvisare nel dato letterale della norma quanto non vi sarebbe scritto.

Nulla di conciliante emerge dai Lavori Preparatori del D.lgs. n. 21 del 2018: la previsione è stata confezionata contestualmente alla trasposizione nell'art. 240-bis c.p. della previsione della "confisca nei casi particolari" (c.d. allargata o di sproporzione) di cui al comma 4-septies dell'art. 12-sexies d. l. n. 306 del 1992 (convertito con l. n. 356 del 1992).

L'applicazione dell'art. 578-bis c.p.p. sarebbe riservata alle ipotesi di confisca "nei casi particolari" previste dai Testi Unici sul contrabbando e sugli stupefacenti.

Fa propendere per questa lettura l'art 6 d.lgs. n. 21 del 2018, rubricato "Modifiche in materia di confisca in casi particolari", con cui il legislatore ha:

- trasfuso la "particolare" confisca di cui all'art. 12-sexies d. l. n. 306 del 1992 nell'art. 240-bis;
- previsto l'art. 578-bis c.p.p.;
- introdotto, in materia di contrabbando, il comma 5-bis nell'art. 301 d.p.r. n. 43/1973;
- incluso l'art. 85-bis nel d.p.r. n. 309/1990, in tema di stupefacenti.

Con ciò si è determinata l'estensione dell'applicabilità dell'art. 240-bis a tali "casi particolari".

Tutto deporrebbe nel senso di una lettura dell'art. 578-bis c.p.p. dedicato alla "confisca allargata" o per sproporzione, istituto eterogeno rispetto a quello della

ISSN 2036-7821

confisca urbanistica, in quanto mirato su beni la cui provenienza risulta essere non giustificata e "sproporzionata" rispetto alla lecita capacità reddituale dell'inciso.
La Corte avrebbe, forse, potuto seguire una strada diversa: la valorizzazione degli approdi giurisprudenziali recepiti a partire dal *caso GIEM* [147] attraverso il solo inquadramento logico e sistematico della decisione del giudice di rinvio, sulla proporzionalità della confisca, come inevitabilmente conseguente all'ammissibilità della stessa misura ablatoria a fronte del maturato decorso della prescrizione.
Come sostenuto autorevolmente in Dottrina[148] *le Sezioni Unite avrebbero potuto valutare l'opportunità di investire il Giudice delle Leggi della questione di legittimità costituzionale dell'art. 578-bis c.p.p., per violazione degli artt. 3, 42 (anche in relazione all'art. 1 del Prot. n. 1 CEDU) e 117, comma primo, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, secondo l'interpretazione fornitane appunto dalla Corte Europea nel caso G.I.E.M.), nella parte in cui non contempla la confisca lottizzatoria.*
Pressoché implicito è, inoltre, quanto suggerito dal Supremo consesso in ordine proprio alla "proporzionalità" della misura ablatoria.
Si riconosce da un lato, che il giudizio di legittimità sia strutturalmente inidoneo alla valutazione circa la proporzionalità della confisca, dall'altro, che il giudizio di rinvio sia ammesso a fronte del *fumus* in ordine al mancato rispetto proprio della proporzionalità.
A fronte della rilevata violazione del principio di proporzionalità la Corte di Cassazione si trova: o a dover decidere sulla base degli elementi accertati, purché ritenuti sufficienti, sulla rimodulazione dell'entità del compendio inciso, oppure a dover annullare con rinvio, al fine di permettere un equilibrato contemperamento della riduzione.
L'ultimo snodo argomentativo della Cassazione riguarda la possibilità per il giudice di primo grado, intervenuta la prescrizione, di proseguire l'istruttoria dibattimentale per accertare il reato-presupposto ai fini dell'inflizione della sola confisca.
Ciò, per la Corte, è inammissibile in quanto osta con quanto prescritto dall'art. 129 c.p.p.: il momento della prescrizione fungerà da limite invalicabile per la rilevazione degli elementi soggettivi ed oggettivi del reato e – dunque- per l'irrogazione della confisca.
Interessante conseguenza di quanto affermato è determinata dal fatto che, qualora la prescrizione maturi nel corso del giudizio, non di primo grado, ma d'appello o di legittimità e manchi l'accertamento di quegli elementi soggettivi e oggettivi che delineano l'effettiva responsabilità dell'imputato in ordine alla commissione del reato, nessuna misura ablatoria potrà essere inflitta.

[147] Cass., Sez. 3, n. 14743 del 20/02/2019, Amodio, Rv. 275392; Sez. 3, n. 47280 del 12/09/2019, Cancelli, Rv. 277363; Sez. 3, n. 49795 del 26/09/2019, Demuru più altri.
[148] V. A. BASSI, ult. Op. cit. p. 296.

ISSN 2036-7821

L'evoluzione giurisprudenziale deve ontologicamente essere vigile risposta alle progressive istanze di tutela dei diritti fondamentali, inverandosi quale sintesi accorta delle differenti visioni offerte dalle Carte Costituzionali.
Resasi indipendente da ogni preconcetto nazionalistico, essa deve seguire, quale unico faro della propria azione, l'innegabile giusnaturalismo del fondamentale diritto alla centralità dell'uomo all'interno di qualsiasi sistema normativo e sociale, resistendo alle sollecitazioni di chi, in nome delle contingenze fattuali, agisce operando nella realtà empirica come Crono che divora i suoi figli, genetiche proiezioni della sua persona.
Interpretazioni che negano la loro stessa essenza, in uno slancio involutivo che non comprende quanto fondamentale sia l'affermazione di una visione sempre più garantista dei diritti costituzionalmente garantiti, sono dunque figlie del tempo.

ISSN 2036-7821