



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Anno 2024
Fascicolo n° 2





AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Direzione

Giuseppe Di Gaspare Bernardo Giorgio Mattarella Aristide Police

Comitato di direzione

Edoardo Ales, Vincenzo Antonelli, Marcello Clarich, Gian Candido De Martin, Silvia De Nitto, Giuseppe Di Gaspare, Pietro Falletta, Giuliano Fonderico, Piero Gambale, Antonio La Spina, Laura Lamberti, Nicola Lupo, Bernardo Giorgio Mattarella, Guido Meloni, Donatella Morana, Aristide Police, Guido Rivosecchi, Aldo Sandulli, Marta Simoncini

Comitato scientifico

Laura Ammannati, Gregorio Arena, Renato Balduzzi, Daniela Bolognino, Maria Agostina Cabiddu, Luca Castelli, Fabio Cintioli, Marcello Clarich, Antonio Cocozza, Marco De Giorgi, Gian Candido De Martin, Melina Decaro, Francesca Di Lascio, Fabiana Di Porto, Giuliano Fonderico, Antonio La Spina, Maria Laura Maddalena, Carlo Marzuoli, Francesco Merloni, Alessandro Pajno, Rosalba Picerno, Cesare Pinelli, Marco Piredda, Salvatore Alberto Romano, Fabio Severo Severi, Paolo Urbani

Coordinatori della redazione

Vincenzo Antonelli, Laura Lamberti

Membri della redazione

Alessandro Maria Baroni, Valerio Bontempi, Martina Cardone, Luca Castelli, Guido D'angelo, Maria Pia d'Antuono, Marco Di Folco, Valentina Marano, Alessandra Mattosco, Maurizio Mensi, Giovanni Piccirilli, Giuseppe Andrea Primerano, Giulio Rivellini, Agostino Sola, Elisabetta Tatì, Simona Terracciano, Michela Tresca, Zuddas Paolo



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Fascicolo n° 2 / Anno 2024

SOMMARIO

1. IL CONTENZIOSO SULLE SANZIONI DELLE AUTORITA' AMMISTRATIVE INDIPENDENTI DEI MERCATI FINANZIARI di Simone Castrovinci Zenna.....4
2. LE CONCESSIONI AUTOSTRADALI IN ITALIA: STATO DELL'ARTE E PROSPETTIVE di Maria Giusti.....33
3. L'UNIVERSITA' LIBERA PRIGIONIERA DELLA CASSAZIONE CRIOGENICA di Aldo Sandulli.....53
4. L'ULTIMA ACCELERAZIONE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA NELLA CONFERENZA DI SERVIZI di Luca Golisano.....63
5. CONTROLLI E SANZIONI NELLE CONCESSIONI AUTOSTRADALI: MODELLI E CRITICITA' di Luca Galli, Leonardo Parona, Scilla Vernile.....89
6. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E "QUESTIONI TECNICHE": I POTERI ISTRUTTORI DELLA CONSULTA DOPO "L'APERTURA ALLA SOCIETÀ CIVILE" di Luana Leo.....124
7. DANNO DA PROVVEDIMENTO FAVOREVOLE POI ANNULLATO: PROFILI PRATICI E SISTEMATICI di Dino Tarquini.....151



Il contenzioso sulle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti dei mercati finanziari

di Simone Castrovinci Zenna*

1 Agosto 2024

Abstract: Lo scritto esamina, in una prospettiva di possibile riforma del sistema, le caratteristiche del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti operanti nel settore finanziario (bancario, assicurativo, mobiliare, con alcuni cenni al settore dei fondi pensione). Attualmente, infatti, il controllo giurisdizionale sulle sanzioni delle Autorità amministrative competenti – pur a fronte di evidenti analogie dei settori in esame – è ripartito tra giudice amministrativo e giudice ordinario, che spesso adottano approcci differenti con riferimento a istituti giuridici trasversali e di particolare importanza.

Il diverso approccio giurisdizionale presenta un'inevitabile incidenza sulla motivazione dei provvedimenti sanzionatori delle Autorità in esame e sul procedimento che conduce alla loro emanazione, nonché, indirettamente, sulla regolamentazione del settore e sui comportamenti dei soggetti che vi operano.

The paper examines, from the perspective of a possible reform, the characteristics of judicial review of the sanctioning measures of independent administrative authorities operating in the financial sector (banking, insurance, securities, with some references to the pension fund sector).

Currently, judicial review of sanctions imposed by the competent administrative authorities – despite evident similarities in the sectors under examination – is divided between administrative courts and ordinary courts, which often adopt different approaches with reference to cross-cutting legal issues having a great relevance. This differing judicial approach inevitably affects the reasoning behind the sanctioning measures of such authorities and the procedure leading to their issuance, as well as indirectly impacting the regulation and the behavior of the entities operating in the financial sector.

Sommario: 1. Introduzione al tema e perimetro d'indagine. – 1.1. Tipi sanzionatori e specifiche

* Avvocato iscritto nell'elenco speciale degli avvocati degli enti pubblici, dottore di ricerca in Diritto e Impresa (Università LUISS Guido Carli). Contributo sottoposto a *double blind peer review*. Le opinioni espresse nel lavoro sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituto di appartenenza, né riflettono le posizioni di quest'ultimo.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

metodologiche. – 2. Il riparto di giurisdizione. – 3. Le differenze in punto di sindacato giurisdizionale: la natura della sanzione. – 3.1 (segue) vizi procedimentali e *bis in idem*. – 4. È necessaria una riforma?

1. Introduzione al tema e perimetro d'indagine

Se la tematica delle sanzioni amministrative costituisce uno dei capitoli tradizionali del diritto amministrativo¹, quella delle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti ne rappresenta, oggi, una sezione assai consistente².

La particolare rilevanza (e problematicità) del fenomeno delle *Authorities* e la consistenza delle sanzioni da queste irrogabili – accresciuta, nel tempo, sia sotto un profilo quantitativo che qualitativo – ha infatti focalizzato, se non addirittura monopolizzato, l'indagine degli studiosi.

Se, tuttavia, gli studi "classici" si sono concentrati sull'identificazione dei tratti propri delle sanzioni amministrative – così da distinguerle, per contrasto, da quelle aventi natura penale – gli studi più recenti e l'evoluzione giurisprudenziale formatasi principalmente sui provvedimenti sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti hanno condotto a un progressivo (ma, si badi, non completo)

¹ La mole degli studi sul tema impone di limitarsi a menzionare soltanto alcune delle principali trattazioni in materia. Muovendo dallo studio che per lungo tempo ha rappresentato una delle più complete opere relative a siffatta tematica (G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, F.lli Bocca, Torino, 1924, *passim.*, che rintraccia le origini del fenomeno nel diritto romano e, successivamente, in quello germanico e, poi, feudale, ove il principe o i signori feudali formulavano ordini con la comminatoria della multa per il caso di inosservanza), possono pertanto menzionarsi: S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 1898, ora in *Scritti minori*, II, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 76 ss.; S. TRENTIN, *Sulla nozione di reato contravvenzionale e contravvenzione amministrativa*, in *Riv. dir. pen. e soc. crim.*, 1910, pp. 3 ss.; A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Stabilimento Tipografico Tocco, Napoli, 1925; F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, pp. 223 ss.; ID., *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959; ID., *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, 1980; M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (studi preliminari)*, Jovene, Napoli, 1981; ID., *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 1983; ID., *Sanzione. IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur. Vol. XXVIII*, Treccani, Roma, 1991.

² L. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionali*, intervento al Convegno "40 anni della legge istitutiva della Consob", Milano, Università Bocconi, 29 e 30 ottobre 2014, reperibile al link: http://www.europeanrights.eu/public/comments/Torchia_Consob-40-anni-Milano-30-10-2014.pdf; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 1196 ss.; M. ALLENA, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti, Rules Research Unit Law and Economics Studies*, Paper No. 2013-15, Università Bocconi; ID., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2014, pp. 1053 ss.; B. RAGANELLI, *Procedimento sanzionatorio Consob e giusto processo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 6/2015, pp. 79 ss..



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

riavvicinamento delle due categorie tipologiche³.

Il frutto di questo percorso, ancora in atto, è la formazione di uno statuto *ad hoc* riferito ad alcune sanzioni amministrative che, sulla base dei parametri identificati dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, vengono (ri)qualificate come para-penali. Per tale via, queste vengono sottoposte a un regime (allo stato) ibrido, che si colloca in un territorio "di confine" tra la più rigorosa disciplina penale e quella – meno garantista – delle sanzioni amministrative. Tale statuto, più in particolare, riguarda sia le garanzie procedurali da rispettare che, sotto il profilo giurisdizionale, il tipo di sindacato richiesto al giudice, che va sotto il nome di *full jurisdiction*: si tratta di un riesame pieno della vicenda da parte di un'autorità indipendente e imparziale che ha cognizione piena dei fatti (anche complessi) e degli interessi in gioco, compensando *ex post* eventuali carenze procedurali o la mancanza di indipendenza dell'autorità amministrativa chiamata a irrogare la sanzione⁴.

³ Le ragioni alla base di questa nuova tendenza vengono ravvisate da F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2020, pp. 1775 ss.; ID., *Ne bis in idem e pluralità di sistemi sanzionatori per lo stesso fatto*, in *Riv. soc.*, N. 1/2023, pp. 189 ss., nella natura assai differente rispetto al passato delle sanzioni amministrative "di nuova generazione", caratterizzate: (i) dal fatto che talvolta l'area coperta dall'illecito amministrativo coincide interamente o in gran parte con quella occupata da un corrispondente reato, dando luogo a un regime di doppio binario sanzionatorio per le fattispecie astratte identiche o assai simili; (ii) dalla circostanza per la quale, in alcuni casi, le autorità amministrative competenti per l'accertamento dell'illecito e poi per l'irrogazione della sanzione vengono dotate almeno di una parte dei poteri istruttori coercitivi normalmente riservati al pubblico ministero, cui si affianca la previsione di apposite figure di reato o di illecito amministrativo a carico di chi non cooperi con l'attività di vigilanza; (iii) dalla loro rilevante incidenza sul patrimonio del soggetto colpito da sanzione, potendo consistere (sia pure non nella lesione della libertà personale) in misure quali la confisca del profitto, del prodotto o dei beni utilizzati per commettere l'illecito, nonché in misure interdittive.

⁴ In termini, M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli stati membri dell'unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 2/2012, pp. 267 ss.; ID., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2012, pp. 569 ss.; A.E. BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, in *Riv. telematica giuridica dell'associazione dei costituzionalisti*, n. 4/2011; G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, n. 1/2000, pp. 25 ss.; F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2015, pp. 507 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2014, pp. 685 ss.; F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amm. - TAR*, n. 4/2013, pp. 1228 ss.; F. GOISIS, *"A de novo review of all factual and legal issues" v. un esame "point by point [...] without having to decline jurisdiction [...] in scrutinising findings of fact or law made by the administrative authorities"*. *La pienezza di giurisdizione come strumento di compensazione ex post nell'esperienza europea e statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2021, p. 3 ss.; ID., *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, n. 1/2021, pp. 29 ss.; ID., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti sono così divenute una sorta di avamposto delle sanzioni amministrative para-penali, che permette di tracciare la frontiera, assai mobile, di una categoria giuridica ancora in fase di definizione, connotata da forti profili di contraddittorietà.

In questa prospettiva, l'argomento che ci si accinge a trattare – in cui convivono profili problematici, assenza di una disciplina unificante e particolare rilevanza socio-economica – sembra dunque costituire un perfetto caso di studio nel contesto di un'analisi sulle riforme amministrative.

L'ampiezza degli studi in materia, di cui si è dato atto, impone, tuttavia, di restringere sensibilmente il campo d'indagine, concentrandolo su quello che ci sembra essere un profilo assai rilevante: il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori.

Ed infatti, la circostanza che la giurisprudenza abbia costituito (e continui a costituire) il formante della categoria in esame, induce a focalizzare l'analisi sul modo con il quale gli organi giurisdizionali preposti al sindacato sulle sanzioni irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti esercitano la loro funzione. Si tratta di una verifica che abbraccia non soltanto la qualifica di una determinata misura sanzionatoria come autenticamente amministrativa o sostanzialmente penale, ma altresì le conseguenze, in punto di scrutinio effettuato dal giudice e conseguente pronuncia giurisdizionale, da essa derivanti.

In questa prospettiva d'indagine, ci si soffermerà allora sulle sanzioni emesse dalle autorità indipendenti del settore finanziario, ovvero, principalmente, Banca d'Italia, CONSOB e IVASS (di seguito, congiuntamente, le "AAI finanziarie"), con alcuni cenni alle sanzioni della COVIP. Tanto, in ragione di una circostanza assai peculiare che fa di queste sanzioni un interessante caso di studio: nonostante la contiguità dei settori oggetto di regolamentazione, il sindacato giurisdizionale è ripartito tra GO e GA.

Così, mentre il giudice ordinario è, ad oggi, munito di giurisdizione con riferimento alle sanzioni emesse dalla Banca d'Italia e dalla CONSOB, quest'ultima spetta al giudice amministrativo per le sanzioni comminate dall'IVASS e dalla COVIP.

Non stupirà, allora – trattandosi di circostanza che si manifesta con una certa frequenza – che, persino quando vengono esaminati i medesimi istituti giuridici, i due plessi giurisdizionali giungano spesso a conclusioni differenti; ciò avviene, per quanto qui

sanzionatoria v. separazione dei poteri, in *Dir. amm.*, n. 1/2018, pp. 1 ss.; ID., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2015, pp. 546 ss.; ID., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2/2014, pp. 337 ss.; ID., *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2009, pp. 1338 ss..



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

d'interesse, sia con riferimento alle modalità di svolgimento del procedimento sanzionatorio, che, indirettamente, alla regolazione a monte, i cui precetti vengono attuati in sede sanzionatoria.

Senonché tali divergenze, come si cercherà di evidenziare ulteriormente, interessano qui settori altamente interconnessi, all'interno dei quali le differenze – nell'approccio regolatorio e/o nell'esercizio dell'attività imprenditoriale di volta in volta d'interesse (bancaria, assicurativa o puramente finanziaria) – rischiano di condurre a criticità inevitabilmente destinate a riverberarsi nei settori limitrofi.

Ci si propone, pertanto, di dare atto dei differenti approcci utilizzati dal giudice ordinario e da quello amministrativo con riferimento (solamente) ad alcuni profili; sulla base di tale materiale si proverà, infine, a svolgere delle considerazioni conclusive in merito all'opportunità di un ripensamento dell'attuale assetto giurisdizionale in materia.

1.1 Tipi sanzionatori e specifiche metodologiche

Nel quadro sopra tratteggiato, un aspetto da tenere in specifica considerazione ai fini della presente analisi riguarda la gamma di sanzioni che possono essere irrogate dalle AAI finanziarie.

Quanto a varietà tipologica, infatti, sussistono tra le Autorità in esame differenze che derivano (anche) dall'estensione delle funzioni ad esse assegnate.

Così, oltre alle sanzioni amministrative pecuniarie (riferite a persone giuridiche e/o fisiche) – aventi una misura naturalmente variabile in relazione alle varie fattispecie sanzionatorie e tra le varie *Authorities* – si registrano altri tipi di misure⁵, quali: l'ordine

⁵ In merito alla natura non sanzionatoria delle misure di *early intervention* (in particolare, in relazione al *removal* di cui all'art. 53-*bis* del TUB), con ogni conseguenza anche in punto di riparto di giurisdizione, si è di recente pronunciato il Consiglio di Stato, sez. VI, 30 giugno 2022, n. 6254 (con nota di G. FIDONE, *Sulla qualificazione del potere di removal della Banca d'Italia, sulla natura del potere esercitato e sul correlato sindacato del Giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato compie un altro passo verso la full jurisdiction*, in *Giur. Comm.*, n. 3/2023, pp. 407 ss.), nonché la giurisprudenza ordinaria (Corte App. Milano, nn. 71 e 382 del 2019). Considerazioni non dissimili sembrano potersi svolgere con riferimento ai poteri di intervento previsti dall'art. 62-*decies* del TUF e dall'art. 188 del CAP (che assegna all'Istituto il potere di emanare "l'ordine di rimozione" degli esponenti aziendali, in luogo del potere di "disporre [...] la rimozione" stabilito dalle menzionate disposizioni del TUB e del TUF).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di porre termine alle violazioni⁶, le sanzioni disciplinari⁷, le sanzioni accessorie⁸, la dichiarazione pubblica⁹.

Alcuni tipi di sanzioni, poi, sono sottoposti a un regime giuridico peculiare: si pensi, ad esempio, alle sanzioni disciplinari (che possono essere emesse dall'IVASS), cui già la L. n. 689/1981 riservava alcune specificità¹⁰, ovvero alle peculiarità di taluni procedimenti sanzionatori in ambito bancario, connotati da un riparto di competenze tra la BCE e la Banca d'Italia¹¹.

Le riflessioni che verranno svolte nel seguito, dunque, si concentreranno sulle sanzioni amministrative pecuniarie; alcune delle considerazioni che ci si accinge a svolgere possono, tuttavia, interessare, quand'anche soltanto in parte, altre tipologie sanzionatorie, così da risultare a queste ultime estensibili.

2. Il riparto di giurisdizione

Si è già avuto modo di evidenziare la compresenza, nella materia in esame, della giurisdizione del giudice ordinario e di quella del giudice amministrativo.

Può adesso osservarsi che tale situazione – lungi dal conseguire da specificità del potere sanzionatorio¹² di volta in volta in rilievo – sembra essere il frutto del sedimentarsi della disciplina di riferimento che, unitamente all'assenza di una effettiva volontà di sistemazione della materia, ha dato vita a una ripartizione che, quantomeno nei fatti, potrebbe dirsi “per Autorità”.

È noto, infatti, che l'attuale assetto è il risultato delle pronunce della Corte Costituzionale nn. 162/2012 e 94/2014 che, dopo una breve parentesi innanzi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, hanno restituito al giudice ordinario la cognizione delle sanzioni irrogate, rispettivamente, dalla CONSOB e dalla

⁶ Si tratta di una misura espressamente qualificata come “sanzione” da TUB (art. 144-*bis*), TUF (art. 194-*quater*; art. 192-*bis* in tema di informazioni sul governo societario e di politica di remunerazione; art. 193 in tema di informazione societaria e doveri dei sindaci, dei revisori legali e delle società di revisione legale) e CAP (311-*ter* e 324-*quater*, rispettivamente, per le violazioni non riguardanti o riguardanti la distribuzione assicurativa), irrogata in alternativa alla sanzione pecuniaria e consistente, come il nome suggerisce, nell'ordine di eliminare le infrazioni accertate, anche indicando le misure da adottare e il termine per l'adempimento.

⁷ Si tratta, in particolare, delle sanzioni previste dagli artt. 324 e 329 del CAP, ovvero (oltre alla sanzione pecuniaria), il richiamo, la censura e la radiazione/cancellazione.

⁸ Si pensi agli artt. 144-*ter* del TUB, 311-*sexies* e 324-*septies* del CAP, 191-*bis* del TUF.

⁹ Artt. 192-*bis*, 193 e 194-*septies* del TUF.

¹⁰ Può menzionarsi la inapplicabilità del termine quinquennale di prescrizione generalmente previsto per le sanzioni amministrative pecuniarie dall'art. 28 della citata legge, ma non applicabile alle sanzioni disciplinari stante quanto stabilito nell'art. 12 del medesimo testo normativo.

¹¹ Sul punto, *cfr.* M. PERASSI, *Sanzioni e procedimento sanzionatorio Banca d'Italia/BCE*, in Riv. soc., n. 1/2023, pp. 174 ss.

¹² L'espressione utilizzata non è casuale, come emergerà con maggiore chiarezza nel prosieguo.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Banca d'Italia¹³.

Le ragioni alla base delle statuizioni della Corte si esauriscono nel rilevare la violazione – da parte del legislatore delegato – delle indicazioni contenute nella legge delega n. 69/2009, che imponeva, nella sistemazione della materia processuale, di tenere conto della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori.

Queste ultime, in particolare, evidenzia la Corte, avevano ritenuto che la competenza giurisdizionale a conoscere delle opposizioni avverso le sanzioni inflitte dalla CONSOB¹⁴ e dalla Banca d'Italia¹⁵ spettava al giudice ordinario, posto che anche tali sanzioni *“debbono essere applicate sulla base della gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva e quindi sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa”*¹⁶.

La permanenza della giurisdizione del giudice ordinario si giustifica pertanto, nell'economia delle pronunce della Corte, in considerazione della rilevata eccedenza delle disposizioni delegate rispetto ai limiti della delega conferita (dunque, per violazione dell'art. 76 Cost.). Le motivazioni alla base del menzionato orientamento giurisprudenziale, non oggetto di valutazione da parte della Consulta, assumono invece rilievo indiretto, avendo l'effetto di ancorare “a sistema” alla giurisdizione ordinaria la cognizione delle sanzioni inflitte dalle predette Autorità.

Differente, invece, la storia delle sanzioni dell'IVASS: poiché la cognizione di queste ultime era da sempre riservata al giudice amministrativo, anche con l'adozione del c.p.a. e del CAP non si sono registrate significative novità giurisprudenziali, non essendo mai stato posto in discussione (neppure in questo caso) il merito della questione, ovvero la spettanza all'uno o all'altro plesso giurisdizionale della cognizione di siffatti provvedimenti.

¹³ Le due pronunce sono state da più parti criticate in dottrina; tra i tanti, si segnalano: M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel «balletto» delle giurisdizioni*, in *Giur. Comm.*, n. 2/2012, pp. 1172 ss., che evidenziano come tra i criteri delega figurava anche quello relativo alla concentrazione delle tutele, il quale implica altresì il superamento dello stato preesistente, anche tenuto conto delle criticità del sistema che vede ripartiti tra due giudici diversi la tutela riferita all'attività di vigilanza e quella riferita all'attività sanzionatoria; G. GRÜNER, *Note minime sul riparto di giurisdizione e sulla tutela giurisdizionale in materia di sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giustamm.it*, n. 2/2014. Per una ricostruzione dei vari “passaggi” della giurisdizione tra i due plessi giurisdizionali, *cfr.* più di recente L. LIPPOLIS, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche delle autorità di vigilanza finanziaria*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Jovene, Napoli, 2021, pp. 299 ss.

¹⁴ Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2004, n. 13703; ID. 11 febbraio 2003, n. 1992; ID. 11 luglio 2001, n. 9383; Cons. Stato, sez. VI, 6 novembre 2007, n. 6474; ID., 19 marzo 2002, n. 4148.

¹⁵ Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2004 n. 13709; ID. 15 luglio 2010, n. 16577.

¹⁶ Così, Corte Costituzionale n. 162/2012.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In merito a tale ultimo aspetto, occorre svolgere due ordini di considerazioni.

In primo luogo, la circostanza che la cognizione (per quanto qui interessa) delle sanzioni dell'IVASS e della COVIP sia riservata al giudice amministrativo non rappresenta affatto un *unicum* nel panorama ordinamentale.

Ed infatti, i giudizi aventi a oggetto le misure sanzionatorie comminate dalle Autorità amministrative indipendenti si svolgono nella quasi totalità dei casi innanzi a quest'ultimo¹⁷. Tanto, va altresì rilevato, con riferimento a sanzioni che non si rivolgono direttamente alle persone fisiche, a differenza (di parte) delle sanzioni delle AAI finanziarie. Il medesimo discorso può, tuttavia, effettuarsi anche con riguardo alla cognizione del giudice ordinario che, come noto, è generalmente chiamato a conoscere dell'opposizione avverso le sanzioni amministrative *ex* L. 689/1981 nonché, menzionando un riferimento più vicino alla questione qui in esame, quelle del Garante della Privacy¹⁸.

In secondo luogo, poi, se è vero che il riparto di giurisdizione sopra tratteggiato comporta delle differenze sotto il profilo processuale – essendo differente il rito che si celebra innanzi alla Corte di Appello rispetto a quello, sia pure abbreviato, del giudice amministrativo – quanto al versante sostanziale non dovrebbero, almeno teoricamente, sussistere marcate differenze.

Ciò in quanto, in materia, il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva (art. 133 c.p.a., comma 1, lett. l)) e cognizione estesa al merito, ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. c) c.p.a., con la conseguenza che lo stesso può “*sostituirsi all'amministrazione*”, stante quanto disposto dall'art. 7, comma 6 c.p.a.¹⁹.

In merito, poi, alla correttezza della devoluzione alla rispettiva giurisdizione, va detto che nessuna delle Supreme Corti nutre dubbi, ciascuna ritenendosi fondatamente munita di potestà giurisdizionale²⁰.

¹⁷ Si pensi, ad esempio, alle sanzioni dell'AGCM, dell'AGCOM, dell'ANAC, dell'ARERA, dell'ART.

¹⁸ *Cfr.* art. 152 del D.Lgs. 196/2003.

¹⁹ Il giudice ordinario, d'altro canto, può caducare la misura sanzionatoria e rideterminarne l'ammontare, *cfr.* art. 145, comma 7-*bis* del TUB; art. 187-*septies*, comma 6-*ter* del TUF; più in generale, con riferimento al giudizio di opposizione alle sanzioni di cui alla L. 689/1981, art. 6, comma 12, del D.Lgs. 150/2011

²⁰ Occorre premettere che gli orientamenti giurisprudenziali sembrano muovere dall'assunto teorico secondo il quale sussiste un interesse legittimo – e, dunque, ricorre la giurisdizione del G.A. – nei casi in cui vi siano spazi di discrezionalità, mentre a fronte dell'attività amministrativa vincolata vi sarebbero necessariamente diritti soggettivi. Si tratta di un'impostazione dogmatica per la verità non pacifica in dottrina e neppure univocamente utilizzata in giurisprudenza, che può farsi risalire alla Scuola fiorentina, sulla scorta dell'impostazione di Enzo Capaccioli (*cfr.* in particolare A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 3 ss., nonché L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, CEDAM, Padova, 1996, pp. 42 ss., ulteriormente sviluppata, tra l'altro, da C. CUDIA, *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto) in Colloquio sull'interesse legittimo – Atti del Convegno in memoria di Umberto Potoschnig* (Milano,



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Così, ad esempio, ad avviso del Consiglio di Stato²¹ nel caso di sanzioni delle Autorità

19 aprile 2013), Jovene, Napoli, 2014; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Giappichelli, Torino, 2006, ad esempio p. 147 ove si sostiene che in assenza di discrezionalità non vi sarebbe funzione, né procedimento come forma necessaria di essa). Senonché, sulla base di un differente approccio teorico, anche nel caso in cui l'assetto degli interessi non sia effettuato secondo una valutazione discrezionale dell'amministrazione, ma a quest'ultima l'ordinamento assegni comunque il compito di intervenire necessariamente per realizzare l'assetto di interessi da esso prefigurato, sussisterebbe comunque un interesse legittimo, posto che il dovere di agire presuppone il potere di farlo (potere cui è connesso il riparto di giurisdizione), mentre il contenuto della decisione è un aspetto che viene in rilievo solo successivamente, a fronte di un potere già assegnato. In questi termini, che evidentemente condurrebbero a una diversa soluzione del problema qui in esame, cfr. E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Scritti scelti*, Jovene, Napoli, 2015, pp. 451-452; M. OCCHIENA, *Situazioni soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 268; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Edizioni ETS, Pisa 2013, p. 128; F. G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Università di Perugia, Facoltà di giurisprudenza, Perugia, 1979, pp. 83 ss.. La lettura di cui alla menzionata giurisprudenza, dunque, è tutt'altro che pacifica, come riconosciuto da un autorevole Maestro del diritto amministrativo (F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, in particolare pp. 432 ss.) secondo il quale, pur essendo sostenibili entrambe le tesi, alla luce delle conseguenze concrete derivanti dalle due impostazioni teoriche è necessario tenere conto dei dati ricavabili dal diritto positivo, con la conseguenza che "ove il criterio di riparto della giurisdizione si consolidi, come sembra che, con moto disordinato, stia avvenendo, sul (la esistenza o meno del) potere in capo all'amministrazione (e non più sulla natura delle situazioni giuridiche del privato), il problema potrebbe essere risolto, riconoscendo che, anche per l'esercizio dell'attività vincolata, l'amministrazione esercita un potere, il potere costitutivo" (p. 439, nota 91). Per le contraddittorie posizioni in giurisprudenza, in particolare (non a caso) tra G.A. e G.O., cfr. G. GRÜNER, *Note minime sul riparto di giurisdizione*, op. cit., p. 399; F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, op. cit., pp. 440-441, che, oltre ad evidenziare i vari orientamenti dei due giudici su alcune materie, richiama l'affermazione della Corte Costituzionale (sentenza 9 aprile 1998, n. 127) per la quale costituisce "un "postulato privo di qualsiasi fondamento" che "al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi e, per converso, all'area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi".

²¹ Così, con riferimento a una sanzione dell'AGCM, Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9575. In merito alla qualificazione come discrezionale del potere sanzionatorio, cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2507, relativo a una sanzione dell'AEEG (oggi ARERA); cfr. altresì Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302; ID., 24 agosto 2011, n. 4799; ID., 20 luglio 2011, n. 4391; ID., 19 aprile 2011, n. 2422. Con riferimento alle sanzioni della CONSOB, la posizione del G.A. al tempo munito di giurisdizione (dunque, prima delle sentenze della Corte Costituzionale) è ben argomentata da TAR Lazio, Roma, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3934, ove, nel giustificare la scelta del Legislatore del 2010 alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale nn. 204/2004, 191/2006, 140/2007 e, 35/2010, evidenzia che "la posizione giuridica dedotta in giudizio dalla ricorrente abbia natura di interesse legittimo e non di diritto soggettivo e che, quindi, la controversia rientrerebbe comunque nella giurisdizione amministrativa generale di legittimità, dovendosi nutrire invece dubbi sulla compatibilità costituzionale della precedente norma attributiva della giurisdizione in materia al giudice ordinario. In proposito, occorre in primo luogo considerare che, sino all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori irrogati dalle Autorità amministrative indipendenti erano attribuite alla giurisdizione amministrativa nella loro totalità, ad eccezione di quelle concernenti la Consob e la Banca d'Italia, devolute alla giurisdizione amministrativa con l'entrata in vigore del d.lgs. 104/2010. Inoltre, il procedimento in esito al quale l'Autorità procedente infligge la sanzione amministrativa pecuniaria è caratterizzato dalla c.d.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

amministrative indipendenti viene in gioco un'ampia discrezionalità sanzionatoria sia in sede determinativa, sia in sede applicativa. La Corte di cassazione, d'altro canto, muovendo dalla (ritenuta) diversità tra attività di regolazione e sanzionatoria, sembra ritenere pienamente corretta l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario, posto che la scelta della sanzione applicabile deve essere effettuata *"in base alla gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva"*, criteri *"che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa"*²². Si tratterebbe,

discrezionalità tecnica, vale a dire che postula l'accertamento di un fatto complesso, id est il compimento dell'illecito, sulla base di parametri tecnici non certi ma opinabili, per cui costituisce senz'altro esercizio autoritativo di un pubblico potere, a fronte del quale come detto sussiste la posizione di interesse legittimo, perché la sanzione è irrogata all'esito dell'accertamento dell'illecito amministrativo e, quindi, dell'esercizio del potere di vigilanza [...]" (in senso analogo, cfr. altresì TAR Lazio, Roma, sez. I, 27 dicembre 2011, n. 10220). Più in generale, vanno in ogni caso segnalate posizioni meno nette, che ricollegano il riparto di giurisdizione alla natura della sanzione, da valutare tenuto conto di aspetti funzionali e strutturali (TAR Firenze, sez. II, 19 giugno 2020, n. 765): nel caso di sanzioni punitive, sussisterebbe la giurisdizione del G.O. in considerazione del loro carattere meramente afflittivo e della circostanza che le stesse si ricollegano al semplice verificarsi in concreto della fattispecie legale, con conseguente esclusione di ogni discrezionalità in ordine alla loro irrogazione, se non quanto alla concreta misura (in termini, TAR Lombardia, Milano, sez. III, 16 marzo 2021, n. 669; TAR, Firenze, sez. II, 11 novembre 2015, n. 1546; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 12 maggio 2008, n. 900; Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1624). Le sanzioni ripristinatorie, invece, risulterebbero *"finalizzate alla realizzazione diretta dell'interesse pubblico di settore lesa dal comportamento illecito, di tal che all'amministrazione irrogante è data, di regola, la scelta, variamente discrezionale, della misura repressiva più idonea a soddisfare quell'interesse, con la conseguenza che, in tal caso, sussistono in capo al privato soltanto posizioni soggettive di interesse legittimo, devolute alla cognizione del giudice amministrativo"* (così la sopra citata sentenza del TAR Firenze n. 765/2020). D'altronde, in relazione alle sanzioni nel settore bancario, si segnala Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2003, n. 2533, che aveva respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione (oltre che, sia pure implicitamente, sull'assunto dell'esistenza di una discrezionalità, sindacabile nell'ambito della giurisdizione di legittimità del G.A., nella determinazione della sanzione) osservando che *"l'applicazione delle sanzioni, come giustamente posto in luce dal T.A.R., appare intimamente connessa all'attività di vigilanza, posto che costituisce null'altro che il momento di effettività di tale attività, volta ad assicurare, nel superiore interesse pubblico, il corretto esercizio delle funzioni bancarie e creditizie da parte dei soggetti preposti"*.

²² Cass., sez. un., 15 aprile 2003, n. 5994; cfr. anche Cass., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383. Nel senso dell'assenza di discrezionalità amministrativa nella potestà sanzionatoria CONSOB, si veda anche Cass., sez. un., 22 luglio 2004, n. 13703; Cass., sez. un., 11 febbraio 2003, n. 1992; Cass., sez. II, 31 luglio 2012, n. 13727, ove si parla di sanzioni che *"debbono applicarsi sulla "base della gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva" e, dunque, in forza di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa"*. Si noti che, in base alla normativa applicabile *ratione temporis*, i criteri per la quantificazione delle sanzioni della CONSOB erano quelli contenuti nella L. 689/1981 (utilizzati anche da altre AAI), poi sostituiti e, oggi, contenuti nell'art. 194-bis del TUF (disposizioni analoghe sono rinvenibili altresì nel CAP, artt. 311-quinquies e 324-sexies, e nel TUB, art. 144-quater). Su tale tematica, in dottrina, cfr. F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1/2013, pp. 79 ss.; con riferimento alle sanzioni dell'AGCM, M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dunque, di attività di commisurazione avente carattere vincolato²³. A ciò si aggiungerebbe la circostanza che il giudizio relativo al potere sanzionatorio della pubblica amministrazione verterebbe sull'atto e non sul rapporto: *"In altri termini oggetto del giudizio non è la legittimità del provvedimento amministrativo visto nell'ottica dei vizi propri della giurisdizione amministrativa di legittimità, quanto piuttosto l'accertamento circa la sussistenza dell'illecito sotto il profilo oggettivo, condotta attiva o omissiva e sotto il profilo soggettivo colpa o dolo. La situazione giuridica soggettiva di chi deduce di essere stato sottoposto a sanzione in casi o in modi non stabiliti dalla legge, infatti, ha comunque consistenza di diritto "perfetto" (Cass. S.U., ord. 4 febbraio 2005, n. 2205)"*²⁴.

Come già anticipato, se è vero che a livello teorico – e prescindendo ogni valutazione in termini di correttezza e coerenza ordinamentale – siffatta differenza potrebbe ridursi a una mera ripartizione nell'organizzazione della giustizia, non determinando pertanto *ex se* alcun impatto in punto di tutela giurisdizionale, a diverse conclusioni deve giungersi ove si guardi alle concrete pronunce giurisprudenziali.

Nel prosieguo si cercherà di porre in luce alcuni di tali aspetti.

3. Le differenze in punto di sindacato giurisdizionale: la natura della sanzione

Un primo profilo da evidenziare riguarda la stessa qualificazione di una determinata

costituzionale n. 204 del 2004, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2005, pp. 330 ss.. D'altronde, nel periodo in cui ha statuito sulle sanzioni amministrative pecuniarie della Banca d'Italia, il giudice amministrativo vi ha ravvisato tratti di discrezionalità, traendone conseguenze, ad esempio, in punto di rilevanza dei c.d. vizi formali (a differenza di quanto affermato dal giudice ordinario, come si evidenzierà nel prosieguo) (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 542). Per una ricostruzione delle tesi, rispettivamente, favorevoli e contrarie a ravvisare tratti di discrezionalità (sull'*an* e/o nel *quantum*) nel potere sanzionatorio della Banca d'Italia, cfr. B. G. MATTARELLA, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/1996, pp. 708-710, che conclude per la possibilità di rinvenire una discrezionalità nella definizione delle regole e dei precetti più che nell'irrogazione delle sanzioni.

²³ Cass., sez. un., 21 maggio 2004, n. 9730.

²⁴ Così, Cass. civ., sez. un., 10 novembre 2022, n. 33248, che aggiunge: *"Questa, d'altronde, è la ragione per la quale si è sempre affermato che l'opposizione all'ordinanza-ingiunzione non configura un'impugnazione dell'atto ma introduce, piuttosto, un ordinario giudizio sul fondamento della pretesa dell'autorità amministrativa, devolvendo al giudice adito la piena cognizione circa la legittimità e la fondatezza del provvedimento sanzionatorio (cfr., ex multis, Cass. sez. 2, 30 giugno 2020, n. 13510). 4.2. Ne consegue che la materia sanzionatoria può essere sottoposta alla giurisdizione del giudice amministrativo, come eccezione alla regola generale, solo in presenza di un'apposita disposizione di legge, costituendo i provvedimenti sanzionatori la reazione a comportamenti del privato assunti come illegittimi, in relazione ai quali non si pone la difficoltà - alla base della previsione di giurisdizione esclusiva - di distinguere gli aspetti concernenti diritti soggettivi da quelli riguardanti interessi legittimi, poiché la situazione giuridica di chi deduce di essere stato sottoposto a sanzione in casi e modi non stabiliti dalla legge, ha consistenza di diritto soggettivo perfetto (Cass. civ. S.U., 2 luglio 2008, n. 18040)"*.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

sanzione come (autenticamente) amministrativa o sostanzialmente penale.

È nota la matrice sovranazionale²⁵ delle impostazioni che analizzano una misura sanzionatoria allo scopo di operarne una eventuale ri-qualificazione in termini quasi-penali, così come i parametri in base ai quali è compiuta siffatta valutazione: l'“etichetta” giuridica impressa dal diritto nazionale, la natura della sanzione e il suo grado di severità.

Mentre il primo criterio ha carattere “formale”, derivando dalla semplice qualificazione normativa, e opera esclusivamente in modo estensivo²⁶, gli altri hanno natura sostanziale e non devono necessariamente ricorrere in modo congiunto, risultando necessaria un'analisi complessiva della sanzione nel caso in cui un esame svolto sulla base dei singoli criteri non consenta di raggiungere una chiara conclusione circa la natura della stessa²⁷.

Volendosi soffermare assai brevemente su tali criteri sostanziali, può mettersi in luce, in merito alla verifica circa la natura della sanzione, che la stessa va desunta dallo scopo punitivo e deterrente, piuttosto che meramente riparatorio, che la sanzione si propone di realizzare, fermo restando che la stessa non deve rivolgersi esclusivamente agli appartenenti a determinati ordini, diversamente assumendo natura disciplinare²⁸. Quanto al grado di severità, si tratta di una verifica che si concentra sulla misura della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata e non sulla gravità della sanzione alla fine inflitta²⁹.

Alla comunanza di parametri (come visto, frutto della medesima matrice

²⁵ Si fa qui riferimento alla nota sentenza della Corte eur. dir. uomo, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands* (cosiddetta sentenza Engel, dalla cui denominazione deriva la designazione dei criteri indicati nel testo come “criteri Engel”), che ha inaugurato una giurisprudenza sostanzialmente consolidata con la successiva sentenza della Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, caso n. 8544/79, *Öztürk v. Germany*.

²⁶ Si tratta di un'operatività che è stata definita fin dalla sentenza Engel come una *one-way autonomy*, potendo condurre all'applicabilità dell'art. 6 CEDU anche ove non ricorrano gli altri requisiti sostanziali (atteso che la misura è comunque qualificata come penale secondo il diritto di appartenenza), ma fermo restando che, nel caso in cui la misura non sia qualificata come penale, ciò non esime dall'effettuare una verifica sulla base degli altri criteri indicati nel testo. In altri termini, come ha affermato la Corte EDU, la qualificazione giuridica formale ai sensi dell'ordinamento nazionale non è sufficiente per negare l'applicabilità delle garanzie del giusto processo ex art. 6 CEDU (in termini, *cfr.* anche la sentenza del 18 ottobre 2011, ric. 53785/09, *Tomasovic c. Croatia*; 9 novembre 1999, ric. n. 35260/97, *Varuzza c. Italia*; 21 marzo 2006, ric. 70074/01, *Valico srl c. Italia*).

²⁷ Corte eur. dir. uomo, 14 gennaio 2014, caso n. 32042/11, *Muslija v. Bosnia Herzegovina*.

²⁸ Oltre alla più volta citata sentenza Engel, *cfr.* Corte eur. dir. uomo, I sez. 8 novembre 2018, *Serazin c. Croazia*.

²⁹ Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, sent. *Grande Stevens e altri contro Italia*, Ric. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, par. 97, che rinvia sul punto a quanto affermato già nella sent. 8 giugno 1976, ric.n. 5100/71, *Engel e a. c. Paesi Bassi*, cit., par. 82, e nella sent. 11 giugno 2009, ric. 5242/04, *Dubus S.A.v. France*, par. 38.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

sovranaazionale) non corrisponde, tuttavia, a livello nazionale, simmetria a livello applicativo.

Così, mentre il giudice amministrativo riconosce, nella quasi totalità dei casi, natura punitiva alle sanzioni delle AAI finanziarie³⁰ e, più in generale, a quelle delle Autorità Amministrative indipendenti³¹, a conseguenze non sempre omogenee giunge il giudice

³⁰ In relazione alla CONSOB, *cfr.* Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, che – pur a fronte del rilevato riparto di giurisdizione – si è pronunciata (non già su una singola sanzione, ma) sul regolamento recante le disposizioni organizzative e procedurali per l'applicazione di sanzioni amministrative da parte della Commissione. Si segnala, peraltro, che anche in merito a tale aspetto i due plessi giurisdizionali dissentono in modo assai marcato: di recente, ad esempio, Cass. civ., Sez. Un., 10 novembre 2022, n. 33248 (che richiama altresì Cass. civ., sez. un., 21 settembre 2021, n. 25476, ID., 21 settembre 2021, n. 25477, ID., n. 24609/2019) secondo la quale in tema di atti amministrativi, anche di natura regolamentare, presupposti all'irrogazione di sanzioni amministrative va affermata l'attribuzione al giudice ordinario della cognizione anche sugli atti amministrativi e regolamentari presupposti; con riferimento alle sanzioni dell'IVASS, *cfr.* Cons. St., Sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2043 (nonché, ID., 28 marzo 2019, n. 2042) che, muovendo da una sanzione irrogata di importo assai modesto rispetto alle caratteristiche economiche del soggetto sanzionato (si trattava di una delle principali imprese di assicurazione operanti a livello nazionale), ha avuto modo di rilevarne la natura quasi-penale, intervenendo altresì sul regolamento che disciplinava il procedimento di applicazione delle sanzioni dell'Istituto. Tanto si afferma muovendo dalla natura della norma che prevede l'infrazione, volta ad assicurare il buon andamento di un mercato rilevante come quello assicurativo, e quindi la tutela di interessi generali della società normalmente presidiati dal diritto penale, nonché dalla natura e particolare severità delle sanzioni applicabili, che possono ledere il credito dei soggetti interessati e produrre conseguenze patrimoniali importanti, come è evidente dati gli importi sanzionatori applicabili (al tempo, sulla scorata dell'art. 310 vigente *ratione temporis*, si trattava di una misura compresa tra 5.000 e 50.000 Euro).

³¹ Il discorso, per il vero, andrebbe sviluppato (più che muovendo dalle autorità amministrative) in relazione alle sanzioni previste per le specifiche fattispecie. In questa sede sembra tuttavia sufficiente fare riferimento alle pronunce che hanno riconosciuto natura quasi penale alle sanzioni emananti da gran parte delle autorità amministrative indipendenti. In relazione alle sanzioni dell'ARERA, *cfr.* Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584; con riferimento all'AGCM, *cfr. ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2023, n. 1159; Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8505 e, da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 1° agosto 2023, n. 12962, che dà per certa la natura (quasi) penale delle sanzioni di tale Autorità; quanto alle sanzioni per pratiche commerciali scorrette, *cfr.* Cons. Stato, sez. VI, 6 dicembre 2021, n. 8155, in relazione più in generale agli illeciti antitrust, *cfr.* lo studio Assonime n. 5/2022 dal titolo *Il ne bis in idem e i procedimenti sanzionatori in materia antitrust: le sentenze bpost e Nordzucker della Corte di giustizia*. Con riferimento all'AGCOM, Corte eur. dir. uomo, 10 dicembre 2020 - Ricorsi n. 68954/13 e 70495/13 - Causa Edizioni del Roma società cooperativa a r.l. e Edizioni del Roma s.r.l. c. Italia, poi richiamata, *inter alia*, da T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III Ter, 29 marzo 2021, n. 3800 (rispetto alla quale pende il giudizio in grado di appello). Si segnala, inoltre, la sentenza Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2022, n. 5254, che, nell'applicare il principio del *ne bis in idem* (nella sua accezione sovranazionale) a una fattispecie caratterizzata dall'intervento sanzionatorio dell'AGCM effettuato successivamente alla sanzione emessa dall'AGCOM, evidentemente presuppone la natura punitiva delle predette misure. In merito all'afflittività dell'annotazione nel casellario giudiziale disposta dall'ANAC, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *Quater*, 3 febbraio 2023, n. 1973; Consiglio di Stato, V, 25 gennaio 2022, n. 491; esclude la natura di para-penale delle sanzioni della COVIP A. VALERIANI, *La tutela del risparmio e della concorrenza nei sistemi di controllo tra regolamentazione e giurisdizione*, intervento nella terza sessione del convegno su "Giurisdizione e Autorità Indipendenti", in G. LEGNINI, P.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

ordinario.

Ed infatti, le Corti d'appello e la Corte di Cassazione, muovendo dal parametro della severità della sanzione, hanno, finora, ritenuto che le sanzioni della Banca d'Italia e della CONSOB – ad eccezione, per quest'ultima, delle sanzioni per c.d. abusi di

MOROSINI (a cura di), *La giurisdizione e le autorità indipendenti. Un dialogo al plurale sulle metamorfosi dei diritti*, Quaderni del CSM, Roma, 2018, pp. 136-137, che argomenta sulla base del modesto importo massimo della sanzione, il quale a sua volta origina "dalla scelta dell'ordinamento nazionale di individuare i destinatari delle sanzioni irrogabili dalla COVIP in persone fisiche, in particolare i componenti degli organi di amministrazione e di controllo dei fondi pensione, invece che nelle forme di previdenza complementare. Sanzioni irrogate direttamente verso i fondi pensione comporterebbero, difatti, una diminuzione delle risorse destinate alle prestazioni pensionistiche, a detrimento degli aderenti e dei beneficiari delle stesse"; in giurisprudenza, la tesi è condivisa da Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2022, n. 3850 sulla scorta delle seguenti motivazioni: "(i) tutte le sanzioni irrogabili dalla COVIP, secondo quanto previsto dall'art. 19 quater del D. L.vo 252/2005, sono punite con una sanzione pecuniaria che nell'importo massimo edittale non può superare i 25.000,00 euro, cioè una pena che non può considerarsi, ex se, impattante sul patrimonio del destinatario, tenuto conto che per definizione si tratta di persona di elevata competenza professionale, (ii) non è prevista l'irrogazione di pene accessorie in senso proprio né la possibilità che la pena sia commutata in detenzione; (iii) il sistema sanzionatorio disciplinato dal D. L.vo 252/2005 sanziona la violazione di precetti individuati da varie norme contenute nel medesimo Decreto, funzionali a garantire una sana e prudente gestione delle forme di previdenza che erogano prestazioni pensionistiche complementari, norme che in tal senso svolgono un ruolo preventivo, rispetto ad eventi pregiudizievoli per i risparmiatori: si tratta, dunque, essenzialmente di illeciti "di mero pericolo", e non "di danno"; (iv) la finalità delle sanzioni in esame non è meramente punitiva, essendo certamente connotate, in misura prevalente, da una finalità deterrente e preventiva. Ad avviso del Collegio gli indicati elementi debbono ritenersi, complessivamente considerati, indicativi della non "gravità" dei fatti e comportamenti sanzionati, considerato, inoltre, che l'irrogazione delle sanzioni in esame non è automaticamente idonea a precludere il conferimento, ai destinatari, di incarichi come esponenti aziendali di banche, di intermediari finanziari, di confidi, di istituti di moneta elettronica, di istituti di pagamento e di sistemi di garanzia dei depositanti, giusta previsioni dell'art. 4 del D.M. 23 novembre 2020 n. 169. Pertanto, pur non potendosi disconoscere che le sanzioni in esame non svolgono una funzione meramente risarcitoria o compensativa, ad avviso del Collegio non possono ritenersi "afflittive", o "penali", nel senso indicato dalla Corte di Strasburgo, a partire dal precedente Engel c/ Paesi Bassi, non essendo la finalità afflittiva o deterrente della sanzione un indice automaticamente indicativo della natura penale di una sanzione: si rileva, a tale riguardo, che nei precedenti della Corte di Strasburgo non si rintracciano affermazioni perentorie che assegnino alla finalità punitiva o deterrente la valenza di elemento ex se indicativo di gravità". D'altronde, con riferimento alle sanzioni della COVIP si segnala una tesi dottrinale che ritiene che, nel giudizio avverso le sanzioni applicate dalla COVIP, potrebbe al più giungersi all'annullamento totale o parziale del provvedimento (oltre, chiaramente, all'eventuale risarcimento dei danni), in considerazione della mancanza, nell'art. 19-quinquies, comma 9, della L. 252/2005, di un riferimento all'art. 134 c.p.a., relativo alla giurisdizione estesa al merito (così, G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, Quaderni di Diritto del Mercato Assicurativo e Finanziario, n. 3/2020, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, pp. 248 ss.. Non sembra potersi condividere questa ricostruzione, stante il tenore testuale delle disposizioni menzionate ove lette congiuntamente all'art. 133, comma 1, lett. l) c.p.a.. In ogni caso, lo stesso Autore ridimensiona siffatta differenza, attribuendovi valenza marginale.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

mercato, oggetto di specifica pronuncia della Corte Europea³² – non avessero natura quasi-penale³³. Si è detto finora in quanto la maggior parte delle pronunce, spesso pedissequamente richiamate dalla giurisprudenza successiva, si riferiscono a una disciplina che stabiliva un importo massimo inferiore a quello attualmente previsto³⁴. Si tratta, è bene precisare, di sanzioni equivalenti a quelle previste dal CAP per le imprese di assicurazione (art. 310) e gli esponenti aziendali (art. 311-*sexies*), della cui natura quasi-penale il giudice amministrativo, tuttavia, non sembra dubitare.

3.1 (segue) i vizi procedurali e *bis in idem*

Al differente approccio circa la natura della sanzione non possono che fare seguito sensibili differenze in punto di disciplina giuridica, specialmente sotto il versante dei

³² Si tratta della sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 4 marzo 2014, ricorso n. 18640/2010 (Grande Stevens e altri c. Italia).

³³ Così, per le sanzioni della Banca d'Italia, *cfr.* Cass., sez. V, 16 novembre 2018, n. 12777; Cass., 28 settembre 2016, n. 19219; Cass. 24 giugno 2016, n. 3656; Cass., 30 luglio 2020, n. 16518; Corte d'Appello di Roma, n. 988 del 08 febbraio 2023; Corte d'Appello di Roma, n. 1276/2018 del 30 gennaio 2018, in proc. R.G. n. 5968/2015. Con riguardo alle sanzioni della CONSOB diverse da quelle indicate nel testo, *cfr.*, da ultimo, Cass., sez. II, 31 luglio 2023, n. 23191, che – a fronte del rilievo di parte ricorrente secondo il quale le sanzioni irrogate dalla CONSOB, indipendentemente dal fatto che esse si riferiscano o meno agli abusi di mercato, abbiano una natura sostanzialmente penale, poiché perseguono fini non risarcitori ma deterrenti e repressivi; presentano una pena edittale molto elevata e un'ampia forbice tra un minimo ed un massimo; non sono obblabili né assicurabili; sono pubblicate allo scopo di affliggere la vita personale e professionale dell'autore della violazione; e in definitiva presentano un carattere sostanzialmente punitivo – sintetizza l'orientamento indicato nel testo nei seguenti termini: *“questa Corte si è già espressa nel senso che non è possibile l'equiparazione delle sanzioni amministrative in oggetto, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle irrogate per manipolazione del mercato ex artt. 187 e ss. TUF, per cui esse non hanno la natura sostanzialmente penale che appartiene a queste ultime, né pongono un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU, agli effetti, in particolare, della violazione del ne bis in idem tra sanzione penale ed amministrativa riguardante i medesimi fatti (cfr. nn. 13433/16, 4114/16, 27837/17, 8855/17 e 3656/16, tutte in rapporto alla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c Italia)”*; *vd.* altresì Cass., sez. II, 18 ottobre 2022, n. 30500; Cass., 9 agosto 2018, n. 20687.

³⁴ Così, ad esempio, le menzionate sentenze (in parte gemelle) nn. 3656 e 19219 del 2016, della Cassazione hanno fatto riferimento al sistema precedente alla riforma del citato articolo 144-ter, per mano del D.Lgs. n. 72/2015. In particolare, la Suprema Corte ha evidenziato la fondamentale differenza fra le sanzioni previste dal previgente articolo 144 TUB (disposizione trasfusa, con notevoli modifiche, nel nuovo articolo 144-ter) e quelle di cui agli articoli 187-*bis* e 187-*ter* TUF, come analizzati dalla Corte EDU nel caso Grande Stevens e altri c. Italia. L'articolo 144 del TUB, ora abrogato e sostituito dal 144-ter, prevedeva, nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione, nonché dei dipendenti degli enti creditizi, una sanzione di importo compreso tra i 2580 Euro e i 129.110 Euro. Diversamente, l'attuale art. 144-ter del TUB prevede una sanzione di importo compreso tra i 5000 e i 5 milioni di Euro, nonché la possibile applicazione della sanzione accessoria dell'interdizione, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a tre anni, dallo svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso intermediari autorizzati o presso fondi pensione.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

vizi del procedimento o del provvedimento sanzionatorio.

Uno dei profili più rilevanti riguarda le conseguenze (eventualmente) invalidanti dei vizi procedurali, ove intese alla stregua del parametro della *full jurisdiction* indicato dalla Corte Europea.

Punto di partenza delle considerazioni che seguono non può che essere la constatazione che, in materia, i poteri del giudice amministrativo e del giudice ordinario sono formalmente analoghi, sia con riferimento al profilo della cognizione (essendo il GA munito, come detto, di giurisdizione esclusiva con cognizione estesa al merito) che a quello delle misure che possono essere disposte. Infatti – a differenza dei consueti limiti che incontra il GO a fronte di atti amministrativi³⁵ – entrambi i giudici hanno la possibilità, in caso di accoglimento del ricorso, di intervenire direttamente sulla sanzione, caducandola in tutto o in parte e, se del caso, rimodulandone il *quantum*³⁶. Tanto, può osservarsi, diversamente da quanto avviene nel caso di statuizione relativa agli atti generali presupposti al provvedimento sanzionatorio (ma impugnati congiuntamente a quest'ultimo), come nel caso di contestazioni avverso i regolamenti che disciplinano il procedimento sanzionatorio, che, cionondimeno, pure il giudice ordinario ritiene rientranti nell'oggetto della propria giurisdizione³⁷.

Pur non potendocisi addentrare nelle specificità che connotano i procedimenti sanzionatori delle singole AAI finanziarie, può in questa sede evidenziarsi che, a differenza del giudice amministrativo, il giudice ordinario sembra mostrare una minore attenzione ai vizi che riguardano il procedimento prodromico all'emanazione della sanzione³⁸.

³⁵ Si fa chiaramente riferimento ai limiti derivanti dall'art. 4 dell'allegato E alla L. 224/1865, in base al quale al giudice ordinario è consentito (non già di annullare, ma solamente di) disapplicare gli atti amministrativi non conformi alla legge.

³⁶ Per una ricostruzione storica della giurisdizione del giudice ordinario (anche) in materia, *cf.* F. MERUSI, *Dal 1865 ... e ritorno al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2016, pp. 687 ss.. Ad oggi, per le materie d'interesse, *cf.* art. 145, comma 7-bis del TUB; art. 187-septies, comma 6-ter del TUF; più in generale, con riferimento al giudizio di opposizione alle sanzioni di cui alla L. 689/1981, art. 6, comma 12, del D.Lgs. 150/2011.

³⁷ In merito a tale profilo, la già menzionata sentenza Cass. n. 33248/2022, richiama (condividendone le statuizioni) alcuni precedenti giurisprudenziali che ebbero a “*escludere che la mancanza di un potere generale di annullamento dell'atto erga omnes, in capo al giudice ordinario, potesse determinare un vulnus sul piano dell'effettività della tutela anche riguardo al due process, pur alla stregua dei principi della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, riguardo all'effettiva natura della sanzione irrogata; dovendo in ogni caso considerarsi la pur eventualmente richiesta caducazione dell'atto regolamentare come funzionale alla richiesta di annullamento della sanzione, che investe unicamente la posizione giuridica di diritto soggettivo del destinatario della sanzione medesima*”.

³⁸ Un approccio non del tutto dissimile da quello utilizzato dal GO con riguardo alle sanzioni delle AAI finanziarie è stato utilizzato dal Consiglio di Stato con riguardo ai profili procedurali del procedimento sanzionatorio di altre autorità amministrative indipendenti, quali l'AGCM (*cf.* Cons.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Così, ad esempio, mentre il primo ha avuto modo di ritenere illegittimo il procedimento sanzionatorio strutturato nei regolamenti dell'IVASS e della CONSOB poiché non era ivi prevista la fase del c.d. contraddittorio rafforzato, consistente in un'interlocuzione tra il soggetto che può subire la misura sanzionatoria e il titolare del potere decisorio³⁹, il giudice ordinario ritiene non necessaria tale fase, alla cui carenza non attribuisce, dunque, effetto caducante⁴⁰.

Stato, sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7566), che: (i) non ha attribuito rilievo invalidante alla disciplina regolamentare dell'AGCM – che non riconosceva il diritto all'audizione o ad interloquire con l'organo procedente, né la possibilità di controdeduzione in ordine alla proposta di decisione, non consentendo l'audizione di un tecnico esterno dinanzi all'organo decisorio, pur in una materia particolarmente tecnica – attesa la possibilità per il GA di verificare i fatti a fondamento del provvedimento, ivi inclusi i profili tecnici (si segnala, peraltro, che sul punto nella pronuncia si fa riferimento al generale sindacato di legittimità del giudice amministrativo); (ii) ha ritenuto di poter ravvisare una differenza tra i procedimenti previsti per la generalità delle autorità amministrative indipendenti e quelli specifici dell'IVASS e della CONSOB (ma le motivazioni sul punto spese andrebbero più adeguatamente ponderate); (iii) in ogni caso, sembra lasciare spazio alla rilevanza dell'omessa audizione dell'impresa con riguardo al diverso vizio del difetto d'istruttoria (in luogo di quello di lesione del contraddittorio infraprocedimentale).

³⁹ Sul punto, come osservato dalla già citata sentenza del Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595 in merito al procedimento sanzionatorio della CONSOB, l'ufficio sanzioni di quest'ultima di certo “*nel formulare la proposta per la Commissione, terrà conto delle medesime deduzioni difensive e di quelle ulteriori che gli siano nel frattempo pervenute. Non è previsto, però, che la proposta dell'Ufficio sanzioni amministrative sia comunicata alle controparti e che su di essa si instauri quindi alcuna forma di contraddittorio sia con l'Ufficio sanzioni prima dell'invio della relazione conclusiva, sia davanti alla Commissione. Dopo l'iniziale ridotta partecipazione, pertanto, il procedimento sanzionatorio prosegue in totale assenza di contraddittorio. La relazione dell'ufficio che svolge l'istruttoria non viene, infatti, inviata all'interessato, in violazione del diritto di piena conoscenza degli atti istruttori, e le controdeduzioni giungono alla Commissione, titolare del potere di decisione finale, solo attraverso la relazione dell'ufficio istruttoria. Manca, quindi, qualunque interlocuzione tra l'ufficio titolare del potere di decisione finale e il soggetto che quella decisione subirà*”. In merito al procedimento dell'IVASS, evidenzia Cons. St., sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2043 che “*il contraddittorio non è garantito appieno, dato che l'interessato non ha possibilità di interloquire sulla relazione conclusiva sottoposta al Servizio sanzioni, nella quale pure possono essere contenute valutazioni, in particolare la definitiva qualificazione giuridica dei fatti contestati, non necessariamente oggetto di confronto durante la fase istruttoria. La previsione regolamentare è quindi illegittima, la norma relativa va annullata, e con essa l'ordinanza emessa sulla sua base*”.

⁴⁰ Così, ad esempio, con riferimento ad una sanzione CONSOB, si è ritenuto irrilevante “*il fatto che nel procedimento di cui anzidetto non sia assicurata la piena conoscenza degli atti istruttori né prevista la comunicazione all'interessato della relazione conclusiva rimessa alla CONSOB dall'Ufficio sanzioni amministrative, posto che (come ritenuto, nella vigenza dell'art.187-septies del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, da Cass. Sez. U, Sentenza n. 20935 del 30/09/2009, Rv. 610516) ai fini del rispetto del principio del contraddittorio è sufficiente che venga effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato, posto che i precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il giusto processo (art. 111 Cost.) riguardano espressamente e solo il giudizio, ossia il procedimento giurisdizionale che si svolge avanti al giudice e non anche il procedimento amministrativo, ancorché finalizzato all'emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi; cosicché l'incompleta equiparazione del procedimento amministrativo a quello giurisdizionale non viola in alcun modo la Costituzione. Del resto la stessa sentenza CEDU Grande*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Siffatto approccio sembra derivare dal diverso modo di intendere il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte Europea: quest'ultima, in realtà, non richiederebbe affatto, tantomeno sotto comminatoria di annullamento, la necessità che sia l'amministrazione, già in fase di applicazione della sanzione, a rispettare tutte le garanzie del *fair trial*, essendo ben possibile che le stesse siano garantite, successivamente, in fase giurisdizionale da un soggetto indipendente, imparziale e munito di *full jurisdiction*.

Il momento processuale assumerebbe, pertanto, ad avviso del GO⁴¹, una funzione compensativa, in quanto, al fine di un allineamento a quanto richiesto dalla Corte Europea, sarebbe sufficiente che l'ordinamento nel suo complesso soddisfi le garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU⁴².

Stevens c./ Italia del 4 marzo 2014 precisa, proprio sulla scorta della pregressa giurisprudenza della stessa Corte, che le carenze di tutela del contraddittorio nel procedimento amministrativo sanzionatorio non consentono di ritenere violato l'art. 6 della CEDU quando il provvedimento sanzionatorio sia impugnabile davanti ad un giudice indipendente ed imparziale, che sia dotato di giurisdizione piena e che conosca dell'opposizione in un procedimento che garantisca il pieno dispiegamento del contraddittorio delle parti (punti 138 e 139)" (Cass., sez. II, 9 gennaio 2019, n. 301).

⁴¹ Ma si tratta di prospettiva nota anche al GA, cfr. la nota successiva.

⁴² Secondo l'espressione della giurisprudenza: "Deve quindi ritenersi che gli Stati possono scegliere se realizzare le garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU già nella fase amministrativa (nel qual caso, nella logica della Convenzione, una fase giurisdizionale non sarebbe nemmeno necessaria) o mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio applicato dall'autorità amministrativa (all'esito di un procedimento non connotato da quelle garanzie) ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva, attuato attraverso un procedimento conforme alle prescrizioni del richiamato art. 6. Nel secondo caso il procedimento amministrativo, pur non offrendo esso stesso le garanzie di cui all'art. 6 della Convenzione, è conforme alle prescrizioni di detta norma proprio perché è destinato a concludersi con un provvedimento suscettibile di un sindacato giurisdizionale pieno, nell'ambito di un giudizio che assicura le garanzie del giusto processo (Cass. Sez. 2, Sentenza n.1205 del 18/01/2017, non massimata; conf. Cass. Sez. 2, Sentenza n.8210 del 22/04/2016, Rv. 639663)" (Cass., sez. II, 9 gennaio 2019, n. 301; più sinteticamente, secondo la già menzionata sentenza della Corte d'Appello di Roma, n. 988/2023, anch'essa espressione del consolidato orientamento qui menzionato, "non si può ritenere violato l'art.6 della Convenzione EDU quando il provvedimento sanzionatorio sia impugnabile davanti ad una giurisdizione indipendente ed imparziale, che sia dotata di giurisdizione piena e che conosca dell'opposizione in un procedimento che garantisca il pieno dispiegamento del contraddittorio delle parti"). Riconosce siffatta impostazione a livello generale, chiarendo la lettura fornitane dal giudice amministrativo, Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596 (per così dire "gemella" rispetto alla già citata sentenza n. 1595/2015, entrambe avendo peraltro conclusivamente statuito l'illegittimità del regolamento sanzionatorio della CONSOB in quanto lo stesso non consentiva lo svolgimento di un contraddittorio sulla proposta dell'Ufficio Sanzioni), secondo il quale "In altre parole, quando le garanzie del giusto processo non siano assicurate in sede procedimentale, esse devono essere necessariamente soddisfatte in sede processuale ove il giudice, per supplire alla carenza di garanzie del contraddittorio, di indipendenza del decisore, di parità delle parti, deve agire come se riesercitasse il potere, senza alcun limite alla piena cognizione dei fatti e degli interessi in gioco. Sarebbe, quindi, errato ritenere che, nel pensiero della Corte EDU, la fase giurisdizionale valga a sanare una fase amministrativa illegittima perché priva delle garanzie del giusto processo. La prospettiva da cui occorre partire è molto differente. Non vi è alcun obbligo di estendere



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Siffatto approccio, unitamente alla lettura già menzionata, che non ravvisa momenti di (autentica) discrezionalità nel fenomeno sanzionatorio, conducono a limitare significativamente il rilievo viziante di eventuali carenze procedurali⁴³. Il ragionamento utilizzato poggia su due ordini di argomentazioni: (i) l'inefficacia dei vizi formali a incidere sul contenuto della sanzione, stante il suo contenuto vincolato, in virtù di quanto disposto dall'art. 21-*octies* della L. 241/1990⁴⁴; (ii) la sopra indicata

le garanzie del giusto processo alla fase amministrativa. La fase amministrativa eventualmente priva delle garanzie del giusto processo giurisdizionale non deve, pertanto, essere considerata ontologicamente illegittima: essa è soltanto inidonea a soddisfare già nella fase amministrativa le garanzie di tutela di cui all'art. 6, par. 1, della CEDU. Nel caso in cui tale estensione dovesse avvenire, allora, nell'ambito del procedimento amministrativo connotato in senso quasi-judicial, l'autorità che applica la sanzione, nonostante la sua natura formalmente amministrativa, verrebbe già considerata un "tribunale indipendente e imparziale" e non vi sarebbe la necessità, ai fini del rispetto dell'art. 6, par. 1, della CEDU, di assicurare al soggetto sanzionato la possibilità di un successivo ricorso giurisdizionale di piena giurisdizione di fronte ad un'autorità giudiziaria indipendente e imparziale. In base all'art. 6, par. 1, della CEDU, quindi, gli Stati possono scegliere: o realizzare le garanzie del giusto processo già nella fase amministrativa - e, in questo caso, un successivo controllo giurisdizionale potrebbe persino (dal punto di vista della CEDU) non essere neppure previsto (cfr. ad esempio la sentenza della Grand Chambre, 22 novembre 1995, caso 19178/91, Brian c. Regno Unito) - , ovvero assicurare il ricorso di piena giurisdizione, consentendo che la sanzione applicata dall'autorità amministrativa sia sottoposta ad un sindacato pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva. La scelta per la seconda opzione non dà evidentemente vita ad una anomala forma di sanatoria processuale di un procedimento oggettivamente illegittimo perché privo di adeguate garanzie. La fase amministrativa pur non connotata dal rispetto delle garanzie del giusto processo è perfettamente legittima, solo che essa postula l'esistenza di una fase processuale in grado di offrire quelle garanzie. In questo senso deve intendersi il principio di continuità tra la fase amministrativa e quella giurisdizionale e la più volte menzionata possibilità di recuperare in sede processuale il rispetto dei principi del contraddittorio, dell'imparzialità e della parità delle parti".

⁴³ Come correttamente rilevato (A. GENOVESE, *Il controllo del giudice sulla regolazione finanziaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, n. 1/2017, p. 55), tale circostanza deriva altresì dalla circostanza che, ad avviso della giurisprudenza del giudice ordinario (Cass., sez. un., 19 aprile 1990 n. 3271; Cass., sez. un., 29 gennaio 1994, n. 890) e in linea con la già richiamata impostazione teorica utilizzata in *subiecta materia*, il giudizio sulle sanzioni, pur formalmente strutturato come impugnazione di un atto, è sostanzialmente un giudizio che ha per oggetto un rapporto giuridico di obbligazione, in quanto l'amministrazione non esercita un potere amministrativo in senso proprio e con effetti costitutivi, ma adempie semplicemente al dovere istituzionale di provvedere alla riscossione di un credito già sorto per effetto della violazione. In merito all'oggetto del giudizio nei procedimenti sanzionatori, cfr. altresì M. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. comm.*, n. 1/2021, pp. 100 ss., che – dopo aver evidenziato le differenze strutturali tra sanzioni aventi ad oggetto fatti semplici (si pensi al superamento dei limiti di velocità) e quelle relative a fattispecie complesse (implicanti concetti giuridici indeterminati e valutazioni opinabili e di regola svolti dalle autorità di regolazione), ritenendo più corretto ricostruire in termini di giudizio sul rapporto i casi di accertamenti di fatti semplici e in termini di giudizio sull'atto le fattispecie più complesse, così da valorizzare l'operato e le valutazioni tecniche delle autorità indipendenti – sottolinea il problema di impostazione che è sullo sfondo della tematica (non sempre affrontato in termini netti dalla giurisprudenza amministrativa), al quale non è agevole dare una soluzione soddisfacente.

⁴⁴ *Ex multis*, Cass. civ., sez. II, 20 gennaio 2022, n. 1741; Cass. civ., sez. I, 30 giugno 2016, n. 13433, secondo la quale "In tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

interpretazione della giurisprudenza convenzionale, sulla cui base si ritiene irrilevante la mancanza di talune fasi procedurali⁴⁵ in considerazione del giudizio sul rapporto che si instaura attraverso l'opposizione all'ordinanza-ingiunzione.

Così, ad esempio, in relazione al punto (i) che precede⁴⁶, si ritiene non abbiano conseguenze invalidanti, neppure in merito alla ridefinizione dell'importo della sanzione, la violazione dei termini procedurali⁴⁷, l'utilizzo della motivazione *per relationem*⁴⁸, l'aver consentito l'accesso soltanto ad alcune parti del fascicolo istruttorio⁴⁹, la mancata audizione personale dell'interessato⁵⁰, eventuali carenze relative alla motivazione⁵¹, l'aver apportato, in fase istruttoria, talune modifiche agli

intermediazione finanziaria, per effetto dell'entrata in vigore dell' art. 21 octies, comma 2, della l. n. 241 del 1990, gli eventuali vizi del procedimento amministrativo previsto dall' art. 195 del d.lgs. n. 58 del 1998, che si svolge innanzi alla Consob, non sono rilevanti, sia in ragione della natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, sia della immodificabilità del suo contenuto"; Cass., sez. un., 30 settembre 2009 n. 20929 che evidenzia che *"La ratio legis deve ravvisarsi nell'intento di sanare, con efficacia retroattiva, tutti gli eventuali vizi procedurali non influenti sul diritto di difesa in relazione a provvedimenti vincolati in tema di intermediazione finanziaria, in cui il bilanciamento, anche costituzionale, dei valori individuali e collettivi destinati a tutela consente al legislatore ordinario interventi che privilegino la tutela del risparmio e della trasparenza e buon andamento dei mercati e delle operazioni finanziarie"*.

⁴⁵ Oltre alla giurisprudenza citata in precedenza, *cf.* Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20395, ad avviso della quale: *"non violano il principio del contraddittorio l'omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative della Consob e la sua mancata personale audizione innanzi alla Commissione, non trovando d'altronde applicazione, in tale fase, i principi del diritto di difesa e del giusto processo, riferibili solo di procedimento giurisdizionale"*.

⁴⁶ Facendo applicazione del principio di cui sarebbe espressione la disposizione citata, la rilevata irrilevanza dei vizi procedurali viene solitamente accompagnata dalla precisazione che i ricorrenti devono evidenziare le ulteriori difese che avrebbero potuto espletare in caso di svolgimento di un'ulteriore fase di contraddittorio innanzi all'organo decidente e, più in generale, devono dedurre una lesione concreta ed effettiva del diritto di difesa specificamente conculcato o compresso nel procedimento (così, *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 28 settembre 2016, n. 19219; Cass., sez. II, 3 dicembre 2013, n. 27038).

⁴⁷ Cass. civ., sez. II, 20 gennaio 2017, n.1591; Cass. civ., sez. II, 2 aprile 2015, n.6778; Cass. civ. sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25142; Corte di Appello di Roma, 19 settembre 2022, n. 5669.

⁴⁸ Cass. civ., sez. II, 3 gennaio 2019, n. 4; Cass. civ., sez. II, 28 settembre 2016, n. 19219.

In generale, il dovere di motivazione è in materia ulteriormente specificato, rispetto all'art. 3 della L. 241/1990, dall'art. 24, comma 2, della L. 262/2005 (legge sulla tutela del risparmio).

⁴⁹ Tanto, fermo restando l'accesso alla documentazione rilevante per la posizione del soggetto sanzionato, *cf.* Corte di Appello di Roma, sez. I, 10 febbraio 2021, n. 1041, che richiama altresì alcune pronunce della Cassazione, presumibilmente nell'intento di fare riferimento alla più generale giurisprudenza relativa ai vizi procedurali.

⁵⁰ Cass. civ., sez. II, 25 novembre 2015, n.24048.

⁵¹ Corte di Appello di Roma, sez. I, 6 maggio 2021, n. 3370, muovendo dalla non necessità di motivare con riferimento a tutte le deduzioni difensive, statuisce: *"anche se la Bdl avesse trascurato qualche deduzione dell'incolpato, non ne deriverebbe alcun vizio del provvedimento, la cui legittimità deve essere valutata in relazione alle incolpazioni, ed ogni doglianza relativa al preteso mancato esame da parte della Bdl delle controdeduzioni formulate nel corso del procedimento sanzionatorio deve ritenersi del tutto irrilevante in sede contenziosa perché superata dall'introduzione del giudizio, in ragione del*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

addebiti come indicati all'atto di avvio del procedimento⁵².

Un'altra conseguenza del diverso approccio dei due giudici in merito alla natura delle sanzioni delle AAI finanziarie riguarda il diritto al *ne bis in idem*, sancito dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (art. 50) e dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 4 del Protocollo 7).

Come noto, tale diritto è volto a tutelare la persona contro le sofferenze e i costi di un secondo procedimento penale, nel caso in cui preesista un provvedimento penale

fatto che costituisce oggetto del procedimento di opposizione la fondatezza della pretesa sanzionatoria. La mera deduzione di insufficienza della motivazione del provvedimento opposto non può portare ad alcuna revoca o riforma del provvedimento sanzionatorio se non accompagnata dalla formulazione di specifici motivi di opposizione attinenti alla mancanza dei presupposti di fatto o diritto per l'applicazione della sanzione (v. Cass., sez. II, 2. 4. 2015 n. 6778)"; Cass., sez. II, 15 febbraio 2022, n. 4923, che riconosce come, in sede di opposizione, il giudice non sia neppure "chiamato a controllare la motivazione dell'ordinanza-ingiunzione, a ma a determinare la sanzione entro i limiti edittali previsti, allo scopo di commisurarla all'effettiva gravità del fatto concreto, desumendola globalmente dai suoi elementi oggettivi e soggettivi [...]". I presupposti di tale ragionamento, è bene precisarlo, sono condivisi anche dal giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2023, n. 1159 che, nel richiamare il precedente della medesima sezione dell'11 gennaio 2023, n. 376, conferma che "nell'ambito dei procedimenti antitrust l'obbligo di esame delle memorie e dei documenti difensivi "non impone un'analitica confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse, essendo sufficiente un iter motivazionale che (come nella fattispecie) renda nella sostanza percepibile la ragione del non adeguamento alle tesi difensive e ne attesti la relativa consapevolezza"), il quale di regola ricorre a siffatta argomentazione proprio in sede di sindacato della motivazione, il quale non risulta di per sé irrilevante, ben potendo condurre, in caso di esito negativo, all'annullamento del provvedimento.

⁵² Sia inteso, entro determinati limiti, posto che, come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza: "In tema di sanzioni amministrative, sussiste la violazione del precetto posto dalla L. n. 689 del 1981, art. 14 - per il quale deve sussistere la necessaria correlazione tra fatto contestato e fatto assunto a base della sanzione irrogata - tutte le volte in cui la sanzione venga irrogata per una fattispecie, individuata nei suoi elementi costitutivi e nelle circostanze rilevanti delineate dalla norma, che sia diversa da quella attribuita al trasgressore in sede di contestazione, posto che solo in tali casi viene leso il diritto di difesa del trasgressore medesimo)" (Cass., sez. I, 2 maggio 2006, n. 10145). Da qui il principio in base al quale " il principio, enunciato dalle Sezioni Unite di questa Corte nella sentenza n. 20935/2009 (successivamente seguita dalle sentenze n. 27038/2013, n. 24048/15, n. 8210/2016, n. 8046/2019 e altre), che la doglianza relativa alla violazione del diritto al contraddittorio nell'ambito del procedimento amministrativo sanzionatorio svoltosi dinanzi alla CONSOB ed alla Banca d'Italia presuppone la deduzione di una lesione concreta ed effettiva del diritto di difesa specificamente conculcato o compresso non può ritenersi operante quando la lesione del diritto al contraddittorio derivi dalla mancata identità tra fatto contestato e fatto sanzionato, ossia, in ultima analisi, dalla violazione della regola legale della "previa contestazione degli addebiti agli interessati" (art. 187 septies, comma 1 e art. 195, comma 1, del T.U.F.)" (Cass., sez. II, 11 febbraio 2022 , n. 4521; nonché Cass., sez. II, 28 luglio 2017, n. 18883). Con riferimento alla giurisprudenza del giudice amministrativo – a fronte di una più risalente tendenza a consentire l'indicazione nell'atto conclusivo dell'istruttoria di elementi nuovi rispetto a quelli oggetto di comunicazione di avvio (Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652) – si è più di recente affermata l'illegittimità del mutamento della qualificazione giuridica dei fatti contestati, a maggior ragione tenuto conto, nel caso concreto delle "conseguenze di notevole rilievo sul piano della sanzione, che è stata fissata in misura quasi dieci volte superiore al massimo indicato come applicabile nella contestazione originaria" (Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2042).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

definitivo relativo al medesimo fatto materiale⁵³.

Ove, dunque, soltanto uno o nessuno dei due procedimenti (e, conseguentemente, dei provvedimenti che ne costituiscono l'esito) abbia natura penale, non potrà operare il divieto di *bis in idem*.

È allora immediatamente percepibile la centralità della qualificazione delle sanzioni delle AAI finanziarie ai fini in esame, che va considerata tenendo altresì conto della circostanza che, in considerazione dei particolari interessi protetti, nell'ambito della disciplina dei mercati finanziari si riscontrano molto spesso plurime reazioni amministrative in relazione ad un'unica condotta.

Ed infatti, mentre il giudice ordinario ha finora escluso la possibilità di invocare il diritto al *ne bis in idem* nel caso di intervento sanzionatorio della Banca d'Italia⁵⁴ e della CONSOB⁵⁵, di frequente⁵⁶ argomentando proprio sulla base della natura non penale di quasi tutte le sanzioni emanate da tali autorità.

Nel caso di sanzioni emanate da autorità amministrative indipendenti e rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo, invece, la diversa considerazione della

⁵³ In termini, Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149; quanto alla nozione di medesimo fatto, da intendersi come insieme di circostanze concrete derivanti da eventi che sono, in sostanza, gli stessi, in quanto coinvolgono lo stesso autore e sono indissociabilmente legati tra loro nel tempo e nello spazio, cfr. sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 10 febbraio 2009, Sergey Zolotoukhine c. Russia e del 20 maggio 2014, Pirttimaki c. Finlandia; quanto alla necessaria identità, e non semplice analogia, dei fatti presi in considerazione, si rinvia, anche per gli ulteriori riferimenti ivi contenuti, alle conclusioni dall'Avvocato Generale della Corte di Giustizia del 30 marzo 2023 nell'ambito della causa C-27/22. In dottrina hanno trattato specificamente la tematica del *bis in idem* con riguardo alle sanzioni amministrative rilevanti ai fini della CEDU, *ex multis*, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e pluralità di sistemi sanzionatori per lo stesso fatto*, in Riv. soc., n. 1/2023, pp. 189 ss.; ID., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in Dir. pen. Cont. – Riv. trim., 2014, 219 ss.; G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? («Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in Riv. soc., n. 5/2014, pp. 953 ss.; E. BASILE, *Il "doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in Giur. comm, n. 1/2019, 129 ss.; E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in Federalismi.it, n. 17/2018, pp. 1 ss..

⁵⁴ Cass., sez. II, 24 agosto 2021, n. 23333; Corte d'Appello di Roma, sez. I civ., 18 gennaio 2021, n. 323; Corte d'Appello di Roma, sez. I civ., 22 aprile 2022, n. 2686.

⁵⁵ Cass., sez. II, 31 luglio 2023, n. 23191; Cassazione sez. II, 26 settembre 2019, n. 24081; Cass., sez. II, 5 aprile 2017, n. 8855.

⁵⁶ Un diverso ordine di argomentazioni è presente in Cass., sez. II, 30 giugno 2020, n. 13150, ove si fa riferimento "all'insegnamento di questa Corte a tenor del quale, in tema di vigilanza sull'attività di intermediazione finanziaria, il principio del "ne bis in idem" non opera qualora vengano in rilievo più condotte illecite ricomprese in diverse norme sanzionatorie - è il caso di specie - applicate dalla "Banca d'Italia" e dalla "Consob" secondo le rispettive competenze (cfr. Cass. 6.8.2019, n. 21017)" e si condividono le statuizioni del giudice di appello che aveva evidenziato come nel caso di specie si trattava di illeciti nei quali il fatto tipico considerato dalla norma e l'interesse protetto dai due plessi normativi non risultavano coincidenti.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

natura di siffatte misure ha imposto l'esame nel merito delle censure circa la violazione del *bis in idem* e, in talune occasioni, ha condotto all'annullamento della misura emessa a fronte di una preesistenza sanzione amministrativa⁵⁷.

4. È necessaria una riforma?

Nelle pagine precedenti si è cercato di dare evidenza all'approccio assai differente che contraddistingue il sindacato dei due giudici muniti di giurisdizione avverso le sanzioni delle AAI finanziarie⁵⁸, menzionandone alcune ricadute significative⁵⁹.

Molto altro potrebbe porsi in luce, a partire dalle differenze tra il rito applicabile al giudizio di opposizione alle ordinanze-ingiunzione e quello, pur abbreviato, che si celebra innanzi al giudice amministrativo.

Sembra, tuttavia, preferibile concentrarsi sulla opportunità di una modifica dell'attuale assetto, ove si ritengano sussistere non trascurabili criticità: non ogni differenza, infatti, richiede un intervento risolutore, quand'anche la stessa sia (come nel caso di specie) criticabile per carenza di un fondamento razionale⁶⁰.

Ebbene, il dubbio sembra doversi sciogliere positivamente.

Ed infatti, i settori qui in esame, salve le specificità derivanti dalle caratteristiche

⁵⁷ Così, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 27 giugno 2022, n. 5254 ha ritenuto sussistente una violazione del divieto di *ne bis in idem* in un caso di sanzione per pratica commerciale scorretta emessa dall'AGCM all'esito di un procedimento avviato a seguito di una sanzione emessa dall'AGCOM alcuni disservizi subiti dagli utenti dell'impresa (a causa della condotta tenuta dai *partner* in *outsourcing* di quest'ultima). Tanto, si osserva, sul presupposto (per la verità, implicito nella menzionata sentenza) della natura quasi penale delle sanzioni in questione e dell'identità sia del fatto sanzionato che del fine in concreto perseguito nei provvedimenti delle due autorità (ravvisato nella tutela degli utenti-consumatori).

⁵⁸ La riflessione potrebbe, naturalmente, essere estesa anche ai provvedimenti sanzionatori delle altre Autorità amministrative indipendenti. L'oggetto del presente lavoro e la circostanza che le sanzioni delle AAI finanziarie sono, in parte, sottoposte a specifiche regole (solo in parte comuni anche all'AGCM), anche in punto di gravità della sanzione e di quantificazione, non applicandosi integralmente la L. 689/1981, impongono in questa sede di limitare l'approfondimento ai provvedimenti di queste ultime.

⁵⁹ Segnala, invece, il comune atteggiamento di deferenza che, al di là dei proclami di principio, connota in concreto le decisioni sia del giudice amministrativo che di quello ordinario, relegando il controllo giudiziale nei ristretti spazi della verifica della manifesta illogicità o ingiustizia dell'atto e dell'incoerenza esterna della valutazione: L. LIPPOLIS, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche*, op. cit., pp. 305-308 e – con più specifico riferimento al giudizio sui provvedimenti sanzionatori, nell'ambito del quale difficilmente si rimette in discussione il rapporto ispettivo mediante il ricorso alla consulenza tecnica – pp. 323-324.

⁶⁰ Sembra davvero difficile conciliare, da un punto di vista logico prima ancora che giuridico, la permanenza di una doppia giurisdizione rispetto alle sanzioni delle AAI finanziarie. Tanto, in particolare, ove si consideri che i due giudici, al fine di giustificare la propria giurisdizione, muovono da affermazioni diametralmente opposte, specie in punto di sussistenza della discrezionalità, pur a fronte di plessi normativi pressoché sovrapponibili (specialmente per quanto riguarda i settori bancario e assicurativo). Il profilo è segnalato anche da G. GRÜNER, *Note minime sul riparto di giurisdizione*, op. cit..



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

tecniche che contraddistinguono ciascuno di essi, sono soggetti a una disciplina fortemente omogenea e ciò per un motivo assai rilevante: si tratta di settori altamente interconnessi, in quanto riconducibili alla più attuale lettura del valore costituzionale della tutela del risparmio⁶¹.

⁶¹ Tra i numerosi Autori che si sono occupati della portata della tutela apprestata dalla Costituzione al risparmio ci si limita a richiamare: V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, I, 1962, pp. 348 ss.; L. LENTI, *Risparmio*, in *Novissimo Dig. It.*, Torino, 1969, pp. 153 ss.; F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1980, pp. 153 ss.; A. GENTILI, *Il risparmio e il credito*, in M. GENGHINI, A. GENTILI, M. TAMPONI (a cura di), *Impresa, proprietà e credito*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1989; G. M. SALERNO, *Art. 47*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 1990, pp. 318 ss.; G. VISENTINI, *Credito e risparmio*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1991, pp. 1 ss.. Sul punto, cfr. anche M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Giuffrè, Milano, 1972; M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977; F. CAPRIGLIONE, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 22 ss.. Più di recente, si sono occupati del tema, *inter alia*, C. PAGLIARIN, *Le radici costituzionali della tutela del risparmio*, in *Banca Impresa Società*, n. 1/2021, pp. 29 ss.; S. ALVARO, D. VALIANTE, *La tutela costituzionale del risparmio alla luce del diritto europeo*, in *Banca Impresa Società*, n. 1/2021, pp. 3 ss.; M. ATRIPALDI, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano. Dinamiche attuative dell'art. 47, Il comma, Cost.*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012. In una prospettiva comparatistica, cfr. G. F. FERONI (a cura di), *Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito. Un'analisi comparata*, Giappichelli, Torino, 2011; F. SCUTO, *La tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica. Spunti per un rilancio della dimensione oggettiva e sociale dell'art. 47 Cost.*, in *Federalismi.it*, n. 5/2019, pp. 169 ss.. In particolare, oltre alla costituzione italiana, una previsione a tutela del risparmio è contenuta, ad esempio, nella Carta costituzionale portoghese e in quella irlandese, mentre in altri paesi (Spagna, Germania) la tutela del risparmio risulterebbe, implicitamente, da altre disposizioni costituzionali. Come osservato in dottrina, d'altronde, a livello extraeuropeo il risparmio è menzionato in costituzioni di Stati autoritari quali la Repubblica popolare cinese, fino alla riforma del 2004, la Repubblica bolivariana del Venezuela e la Repubblica di Cuba (F. ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, Napoli, 2010, pp. 1469 ss.). Diversamente, a livello europeo i Trattati non prendono direttamente in considerazione il risparmio o la sua 'tutela', che viene in ogni caso apprestata secondo differenti percorsi e meccanismi.

Ad oggi, ferma restando la possibilità di mantenere, ai soli dell'identificazione di un determinato fenomeno, anche una definizione di risparmio sotto un profilo strettamente economico, come quota del reddito delle persone, imprese o istituzioni che non viene spesa nel periodo in cui il reddito è percepito, per essere accumulata e spesa in un momento futuro (e, dunque, quale sacrificio del consumo presente in vista di un maggiore consumo futuro), sembra che a livello giuridico la riforma del Titolo V della Costituzione e il percorso di integrazione europea abbiano fornito nuova linfa alla più risalente nozione giuridica del risparmio. In quest'ottica, muovendo dal tenore testuale dell'art. 47 Cost., che estende la tutela del risparmio a "tutte le sue forme", si ritiene condivisibilmente che tale previsione fosse riferita ad una qualificazione del risparmio in senso 'oggettivo', tale da prescindere dalla forma giuridica assunta dal risparmio e dalla tipologia di sistema finanziario nel quale esso prende forma attraverso l'accumulo o l'investimento. In altri termini, l'art. 47 ricomprenderebbe tanto il risparmio nel momento della sua accumulazione, quanto quello in fase di investimento finanziario e la finalità dell'inserimento in Costituzione di tale norma programmatica deriverebbe dalla qualificazione del risparmio come 'interesse di natura pubblicistica' prima ancora che di natura privatistica, degno, oltre che di misure



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Il forte legame tra i settori finanziario, mobiliare, bancario e assicurativo è manifestato dal(l'assai intricato) riparto di competenza tra le autorità coinvolte, sia a livello nazionale che sovranazionale, nell'ambito del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF)⁶².

A livello nazionale, poi, si registra un *unicum*, dato dal particolare assetto istituzionale che lega la Banca d'Italia e l'IVASS, aventi una *governance* sostanzialmente riconducibile a unità proprio allo scopo assicurare, sul versante della vigilanza, una simmetria con ciò che si registra nel mercato, ormai caratterizzato da sempre più strette connessioni tra banche e assicurazioni nonché, più in generale, tra gli attori del sistema finanziario⁶³.

Per quanto qui d'interesse, ciò che preme evidenziare è che il momento sanzionatorio non può essere concepito come del tutto avulso da quello della regolazione, rappresentandone uno dei più rilevanti strumenti di *enforcement*⁶⁴. Le regole fissate

incentivanti la sua formazione, anche di una particolare salvaguardia (cfr. F. ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?* In AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, Napoli, 2010; A. ZITO, *Contraddizioni concettuali ed anomalie sistemiche del mercato finanziario: considerazioni minime sulla centralità della tutela del risparmiatore*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 1/2008, pp. 77 ss.).

⁶² Si tratta di un sistema plurilivello di autorità microprudenziali e macroprudenziali inteso ad assicurare una vigilanza finanziaria coerente e uniforme all'interno dell'UE, del quale fanno dunque parte il Comitato europeo per il rischio sistemico, le tre autorità europee di vigilanza (l'Autorità bancaria europea - EBA, l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati - ESMA, l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali - EIOPA) e dalle autorità di vigilanza nazionali.

⁶³ Secondo quanto indicato nell'art. 13 del D.L. n. 95/2012, convertito con modifiche nella L. n. 135/2012, la riforma istituzionale aveva l'obiettivo di realizzare "la piena integrazione dell'attività di vigilanza nel settore assicurativo, anche attraverso un più stretto collegamento con la vigilanza bancaria" e, dunque, mettere in atto lo stretto collegamento tra la funzione di supervisione sul settore assicurativo e quella svolta dalla Banca d'Italia sulle banche e su altri operatori del mercato finanziario, così da accrescere sia l'efficacia della complessiva funzione di supervisione prudenziale.

⁶⁴ La forte connessione tra regolazione e intervento sanzionatorio è ampiamente riconosciuta in dottrina. Sul punto, cfr. M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *Giustamm.it*, n. 10/2013, che osserva come "Secondo questa impostazione, la sanzione irrogata dalle AI è strumentale ad un intervento pubblico in economia basato sul principio della sussidiarietà dello Stato rispetto al mercato, con il quale è tuttavia compatibile la previsione da parte del settore pubblico di modelli di condotta posti a tutela di soggetti e interessi deboli o poco protetti e, appunto, di apparati sanzionatori finalizzati a rendere tali precetti effettivamente vincolanti [...]. Concepito in termini strumentali alla regolazione, il potere di irrogare le sanzioni costituisce l'elemento di chiusura dell'intervento delle singole AI nel settore di competenza: un intervento che pertanto tende ad assumere quel carattere della compiutezza tipico degli ordinamenti giuridici sezionali. A sostegno di questa tesi si rileva che l'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle AI costituisce una sorta di incidente all'interno di un'attività più complessa di vigilanza che si svolge senza soluzione di continuità [...]; la sanzione, in altri termini, è complementare agli altri strumenti di controllo e vigilanza sul settore di riferimento e concorre ad esercitare un'azione deterrente nei confronti dei comportamenti



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dalle autorità preposte alla vigilanza dei settori finanziari – peraltro spesso connotate da concetti giuridici indeterminati – vengono infatti attuate nel momento sanzionatorio, che ne garantisce, anche in funzione preventiva, effettività.

Deve allora osservarsi come le differenze che si registrano a livello interpretativo, che ben potrebbero riguardare precetti afferenti (non già al procedimento di irrogazione della sanzione, bensì) al comportamento dei soggetti sottoposti a regolazione, possono finire per legittimare, in alcuni settori, condotte viceversa escluse nei mercati limitrofi. Senonché, come detto, in tal modo si corre il rischio che la tanto desiderata “vicinanza” regolamentare (e, in alcuni casi, istituzionale) tra i mercati mobiliare, bancario, assicurativo e della previdenza complementare⁶⁵, risulti frustrata, rendendo superflue le varie forme di cooperazione e coordinamento in essere tra le Autorità e precludendo altresì la visione d’insieme prescritta a livello europeo. D’altronde, le interpretazioni rese dai giudici chiamati a decidere sulle sanzioni “a valle” non potranno che proiettarsi verso “a monte”, ove rendano necessarie modifiche nell’approccio di vigilanza o nella regolamentazione di settore. A ciò si aggiungano le evidenti ricadute che comportamenti tenuti in uno dei mercati d’interesse possono avere anche con riguardo agli altri, attesa la più volte segnalata interconnessione tra banche, assicurazioni, intermediari finanziari e fondi pensione.

Può, allora, provarsi a trarre le conclusioni del ragionamento sopra svolto.

contrari ai principi della regolazione (ad es.: sana e prudente gestione, trasparenza e di correttezza nei rapporti tra privati, concorrenza, etc.) [...]”; R. TITOMANLIO, *La potestà sanzionatoria delle Autorità Amministrative Indipendenti nel quadro dei pubblici poteri*, in *www.giustamm.it*, n. 9/2006; W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 21 ss.; B. G. MATTARELLA, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, *op. cit.*, pp. 679 ss.. D’altronde, la forte incidenza sul comportamento dei vigilati di talune modalità di definizione del procedimento sanzionato è immediatamente percepibile: si pensi, ad esempio, alla misura dell’ordine di porre termine alle violazioni, espressamente qualificata come misura sanzionatoria alternativa a quella pecuniaria, ovvero alla possibilità di concludere il procedimento tramite impegni, contemplata per la CONSOB nell’attuale versione dell’art. 20 del Disegno di Legge A.S. n. 674 (*Interventi a sostegno della competitività dei capitali*), sulla scorta della disciplina in materia di impegni già prevista per l’AGCM dall’articolo 14-ter della L. n. 287/1990 (in merito ai rischi di possibile rilievo regolatorio degli impegni di cui alla disciplina da ultimo citata, *cfr.* F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. comm.*, n. 1/2008, pt. I, pp. 109 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, n. 4/2007, pp. 703 ss., che suggerisce di seguire “un criterio di pertinenza, anzi di stretta pertinenza, per evitare che attraverso gli impegni si dia luogo ad una funzione regolatoria”).

⁶⁵ In merito all’integrazione tra mercati creditizio, assicurativo e mobiliare sul modello della vigilanza e sulla collaborazione tra le Autorità interessate, *cfr.* M. CLARICH, E. L. CAMILLI, *L’evoluzione del controllo dei rischi finanziari: le competenze della Banca d’Italia e della Consob*, in *Banca Impresa Società*, 1/2009; S. AMOROSINO, *Coordinamento e collaborazione delle funzioni di vigilanza nello scenario della crisi dei mercati finanziari*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n. 1/2009, pp. 21 ss..



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

L'individuazione di un unico giudice munito di giurisdizione in ordine ai provvedimenti sanzionatori delle AAI finanziarie sembra di certo la soluzione preferibile⁶⁶, ferma restando la necessità di non ridurre l'intensità del sindacato giurisdizionale.

Tale soluzione, naturalmente, può essere diversamente configurata e attuata. Così, ad esempio, può procedersi a riproporre a livello normativo l'opzione già prescelta in sede di emanazione del c.p.a. e assegnare al giudice amministrativo la cognizione delle sanzioni emesse dalla Banca d'Italia e dalla CONSOB⁶⁷, oppure affidare la giurisdizione avverso le sanzioni dell'IVASS e della COVIP al giudice ordinario, che ha maturato una rilevante esperienza con riguardo al contenzioso in materia finanziaria. Al risultato di un riordino della materia potrebbe altresì giungersi, sia pure attraverso una via più "travagliata", rimettendo alla Corte Costituzionale la questione relativa alla legittimità della differenziazione attualmente esistente. Si tratta, peraltro, di una soluzione in alcune occasioni suggerita tanto dal G.O. quanto dal G.A., sia pure, evidentemente, impostando in modo diametralmente opposto l'ipotetica questione di costituzionalità⁶⁸.

⁶⁶ Soluzione, d'altronde, già da tempo da più parte segnalata, *cfr.*, *ex multis*, M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob*, *op. cit.*, p. 1175, F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività*, *op. cit.*, par. 8, in particolare pp. 144-146.

⁶⁷ Come già evidenziato, secondo la dottrina maggioritaria si tratta della soluzione preferibile da un punto di vista giuridico (*cfr.*, *ex multis*, la dottrina di cui alla nota che precede, cui può aggiungersi anche G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza*, *op. cit.*, che svolge una serrata critica agli orientamenti del giudice ordinario relativi, in particolare, ai vizi procedurali e riconosce che in materia sanzionatoria si faccia esercizio di discrezionalità; in particolare, *vd.* pp. 239-245 e 74-93; si ritiene, pertanto, che l'Autore propenda per l'assegnazione al G.A. della giurisdizione in materia di sanzioni delle AAI finanziarie; G. GRÜNER, *Note minime sul riparto di giurisdizione*, *op. cit.*, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti dottrinali; M. FRATINI, G. GASPARRI, A. GIALLONCO, *La giurisdizione sulle sanzioni della Consob*, in M. FRATINI (a cura di) *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 463 ss.; G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2011, pp. 677 ss.). In questo caso, chiaramente, nel caso di delega legislativa andrà evidenziata la possibilità di innovare l'assetto preesistente, così da rispettare quanto statuito dalle già menzionate pronunce della Corte Costituzionale nn. 162/2012 e 94/2014.

⁶⁸ Così, secondo la già menzionata sentenza TAR Lazio, Roma, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3934 (ma in termini anche TAR Lazio, Roma, sez. I, 27 dicembre 2011, n. 10220), riferita a una sanzione della CONSOB, "*Il Collegio, anzi, ritiene che, a differenza di quanto prospettato dall'amministrazione resistente, la posizione giuridica dedotta in giudizio dalla ricorrente abbia natura di interesse legittimo e non di diritto soggettivo e che, quindi, la controversia rientrerebbe comunque nella giurisdizione amministrativa generale di legittimità, dovendosi nutrire invece dubbi sulla compatibilità costituzionale della precedente norma attributiva della giurisdizione in materia al giudice ordinario*". La Suprema Corte di Cassazione (Cass. civ., Sez. Un., 10 novembre 2022, n. 33248), invece, sempre a fronte di una sanzione della CONSOB (la controversia riguardava alcuni profili del regolamento sanzionatorio, ma le considerazioni di seguito riportate sono riferite in generale alla materia sanzionatoria), ha concluso ritenendo che "*Una questione di costituzionalità sotto questo profilo, pertanto, potrebbe porsi al più in*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Potrebbe, d'altronde, valutarsi un più coerente e opportuno intervento sull'assetto istituzionale, completando il percorso di integrazione tra le AAI finanziarie già avviato per la Banca d'Italia e l'IVASS⁶⁹ (rispetto alle quali la conclusione del percorso di avvicinamento sembra evidentemente necessaria) e così, indirettamente, perseguendo altresì (ci si auspica) il risultato di concentrare le controversie in materia sanzionatoria davanti al medesimo giudice.

Ciò che in ogni caso pare, dunque, necessario è il superamento delle diversificazioni che si registrano, pur a fronte di problematiche del tutto sovrapponibili, negli orientamenti delle due giurisdizioni, forse talora acuite dalla percepita lontananza, rispetto alla propria cognizione, delle pronunce rese da un diverso giudice.

Un intervento sul punto sembra ormai imprescindibile: non soltanto, infatti, la frequenza delle pronunce in merito all'applicazione alle sanzioni amministrative delle garanzie convenzionali⁷⁰, ma anche i sempre più frequenti margini di sovrapposizione degli interventi delle autorità settoriali (testimoniato dalle numerose pronunce nazionali ed europee sul punto) stanno sollecitando una complessiva riflessione in materia.

Se a quanto precede si aggiungono la particolare velocità che contraddistingue i settori finanziari, interessati sempre più frequentemente da fenomeni fortemente innovativi⁷¹,

senso inverso, sulla legittimità dell'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle suddette controversie", in quanto "[...] la materia sanzionatoria può essere sottoposta alla giurisdizione del giudice amministrativo, come eccezione alla regola generale, solo in presenza di un'apposita disposizione di legge, costituendo i provvedimenti sanzionatori la reazione a comportamenti del privato assunti come illegittimi, in relazione ai quali non si pone la difficoltà - alla base della previsione di giurisdizione esclusiva - di distinguere gli aspetti concernenti diritti soggettivi da quelli riguardanti interessi legittimi, poiché la situazione giuridica di chi deduce di essere stato sottoposto a sanzione in casi e modi non stabiliti dalla legge, ha consistenza di diritto soggettivo perfetto (Cass. civ. S.U., 2 luglio 2008, n. 18040)".

⁶⁹ Sul punto, anche per riferimenti comparatistici, cfr. C. ARMBRÜSTER, *La vigilanza su banche e assicurazioni: è meglio avere un'autorità o due?*, in M. PROSPERETTI, A. COLAVOLPE (a cura di), *Banche, assicurazioni e gestori del risparmio*, Ipsoa, Padova, 2009, pp. 135 ss..

⁷⁰ Si pensi, da ultimo, alla rimessione alla Corte di Giustizia della questione relativa alla compatibilità con l'art. 102 TFUE del termine decadenziale previsto dall'art. 14 della L. 689/1981 per l'avvio (anche) del procedimento istruttorio per abuso di posizione dominante (TAR Lazio, Roma, sez. I, 1° agosto 2023, n. 12962), nell'ambito della quale si fa riferimento anche all'art. 6 CEDU e all'art. 41 della Carta di Nizza, ormai imprescindibili riferimenti in materia. In particolare, nell'ordinanza siffatti parametri assumono rilievo per porre in luce come l'art. 14 sopra menzionato, nell'applicazione fattane dalla giurisprudenza, risulta ancora più stringente rispetto al dovere di immediata contestazione previsto a livello sovranazionale, "determinando una vera e propria presunzione assoluta di lesione del diritto di difesa dell'impresa, collegata allo spirare del termine decadenziale. Difatti, nel diritto vivente non è mai stata reputata necessaria la prova dell'effettivo pregiudizio patito dal tardivo avvio del procedimento istruttorio" (cfr. par. 57 della citata ordinanza).

⁷¹ Più in generale, sulle 'sfide' imposte dalle nuove tecnologie in ambito finanziario, cfr. G. ALPA, *Fintech: un laboratorio per giuristi*, in *Contratto e Impr.*, n. 2/2019, pp. 377 ss.. Sul punto sembra



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

e il loro sempre crescente avvicinamento, la necessità di una riforma in materia diviene, allora, non più differibile.

necessario segnalare, ad esempio, l'introduzione di *regulatory sandbox* per i settori bancario, assicurativo e finanziario a opera dell'art. 36, commi 2-*bis* ss. del D.L. 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 giugno 2019, n. 58, in attuazione del quale è stato emanato il Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 30 aprile 2021, n. 100 (sul quale, *cfr.* il parere del Consiglio di Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, 29 gennaio 2021, n. 109; quanto alla disciplina dei procedimenti per l'emanazione dei provvedimenti individuali da parte delle varie Autorità, *vd.*, per la CONSOB, la Deliberazione 27 ottobre 2021, n. 22054, per la Banca d'Italia, il Provvedimento 3 novembre 2021 e, per l'IVASS, il Regolamento 3 novembre 2021, n. 49), tematica sulla quale si sta concentrando l'interesse della dottrina, *cfr.* G. LO SAPIO, *Il regolatore alle prese con le tecnologie emergenti. La regulatory sandbox tra principi dell'attività amministrativa e rischio di illusione normativa*, in *Federalismi.it*, n. 30/2022, pp. 88 ss.; A. MERLINO, M. BOLDINI, *Regulatory sandbox e nuove prospettive ordinamentali*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2021; *cfr.* anche M. T. PARACAMPO, *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, in *Rivista di Diritto Bancario*, n. 2/2019, pp. 219 ss.; W. G. RINGE, C. RUOF, *Regulating Fintech in the EU: the Case for a Guided Sandbox*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 11/2020, pp. 604 ss.; D. A. ZETSCHKE ET AL., *Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation*, in *Journal of Corporate & Financial Law*, 31, 2017, pp. 69 ss.; N. MACCABIANI, *An empirical approach to the rule of law: the case of regulatory sandboxes*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, pp. 741 ss.).



Le concessioni autostradali in Italia: stato dell'arte e prospettive

di Maria Giusti*

1 Agosto 2024

Abstract: Il contributo esamina lo stato dell'arte e le prospettive in materia di concessioni autostradali in Italia. Queste ultime hanno tradizionalmente rappresentato gli strumenti fondamentali per la costruzione, gestione e manutenzione delle reti italiane di trasporto su gomma, e la loro analisi permette di intercettare molteplici questioni di interesse con riguardo alle politiche imprenditoriali, di regolazione e di finanza pubblica del paese. Il lavoro evidenzia le fasi più importanti nell'evoluzione del regime normativo, ricostruisce i tratti essenziali del sistema attuale e conclude concentrandosi sulle criticità e le prospettive evolutive.

This paper investigates the current state and future prospects of highway concessions in Italy. Historically, these concessions have served as the primary mechanism for constructing, managing, and maintaining Italy's transportation networks, and their analysis offers insights into critical issues related to Italy's entrepreneurial, regulatory, and public finance policies. The study delineates the most significant stages in the evolution of the regulatory regime, outlines the key characteristics of the existing system, and concludes by addressing the critical challenges and prospective changes.

Sommario: 1. Introduzione. - 2. L'evoluzione del sistema. - 3. La disciplina attuale. - 4. Criticità e prospettive di riforma.

1. Introduzione

In assenza di una disciplina armonizzata a livello europeo, gli Stati membri hanno sperimentato vari regimi giuridici per la costruzione e gestione delle autostrade⁷². Tutt'oggi ne coesistono molteplici nel territorio dell'Unione Europea (UE).

* Assegnista di ricerca presso l'Università Luiss Guido Carli di Roma. Contributo sottoposto a double blind peer review.

⁷² Difatti, «il settore autostradale è solo lambito dall'ordinamento europeo che non si è mai proposto di armonizzarne il regime giuridico» così, L. SALTARI e A. TONETTI, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, in L. Saltari e A. Tonetti (a cura di), *Il regime giuridico delle*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In alcuni paesi, lo Stato procede direttamente alla costruzione (oggi più che altro manutenzione e potenziamento) e gestione delle autostrade. In questi casi, i costi sono tendenzialmente a carico dell'erario e l'accesso alle reti è libero (con l'inconveniente di far venire meno il legame tra tributi pagati e uso dei servizi)⁷³. In altri ordinamenti, lo Stato si rivolge al mercato, ricorrendo all'istituto della concessione⁷⁴: la costruzione e gestione delle tratte è affidata a un soggetto esterno⁷⁵ che, a tutela della concorrenza, va individuato con procedure di evidenza pubblica⁷⁶. Il concessionario si fa carico dei costi sottesi allo svolgimento dell'attività a fronte del diritto di remunerarsi con *le entrate che ne derivano, rappresentate in via principale dai pedaggi a carico degli automobilisti*. In questo modo, i costi tendono a ricadere sui soli utenti⁷⁷, e il

autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere, Giuffrè, Milano, 2017, p. 14. Per l'influenza del diritto dell'UE sull'intervento nazionale in materia di infrastrutture, S. SCREPANTI, *L'intervento pubblico per il sostegno, la promozione e il rilancio degli investimenti in infrastrutture e opere pubbliche*, in F. Bassanini, G. Napolitano, e L. Torchia (a cura di), *Lo Stato promotore: come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 63 ss.

⁷³ «La soluzione dell'accesso gratuito ignora che le autostrade non sono un "pasto gratis": qualsiasi sistema di finanziamento, dal ricorso alla tassazione generale ai pedaggi, alla fine ricade sui cittadini, con effetti distributivi molto diversi ma tanto più iniqui quanto più ci si allontani dal pieno rispetto dello *user pay principle*» (Rapporto OXERA, *La regolazione delle autostrade: caso italiano e confronto internazionale*, 2019, p. 9).

⁷⁴ In Italia, la prima definizione legislativa di concessione risale alla l. 11 febbraio 1994, n. 109, in recepimento di quella della direttiva 89/440/CEE; oggi la nozione è definita dall'art. 2, comma 1, lett. c) dell'allegato I.1. del codice dei contratti, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Sull'istituto, tra gli altri: M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli, 1981 e B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, Padova, 2008.

⁷⁵ Così delineata, la concessione autostradale risulta un ibrido tra quella di lavori e quella di servizi: il suo oggetto non collima pienamente né con l'una né con l'altra, consistendo tanto nell'affidamento di lavori per la costruzione di opere quanto nella successiva gestione del servizio di trasporto. Tra gli altri, L. SALTARI, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, 4, pp. 1127-1149, p. 1129.

⁷⁶ Cfr. la direttiva 2014/23/UE, che stabilisce che nel rinnovo delle concessioni scadute e nell'attribuzione di quelle nuove vadano osservate modalità che garantiscano la concorrenza. Si tratta di una regola che è stata a lungo assente nel diritto dell'UE, intervenuto invece in modo minuzioso rispetto alle gare per l'assegnazione dei contratti di appalto. La Corte di giustizia aveva comunque ricavato dai principi ispiratori del diritto europeo alcune norme che hanno assicurato, sia pure ad un livello minimo, trasparenza e non discriminazione anche nelle procedure di affidamento delle concessioni (F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 57 e 58).

⁷⁷ Il finanziamento tramite pedaggio non ha solo il merito di far pagare il servizio direttamente a chi lo utilizza. Garantisce anche che l'utente riceva un beneficio dall'uso dell'infrastruttura superiore al prezzo,



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

rendimento della concessione dipende dalle previsioni sui volumi di traffico: se sovrastimato si incorre in una perdita, altrimenti si ottiene un guadagno⁷⁸. Al termine della concessione, l'infrastruttura dovrebbe tornare senza oneri nella disponibilità dello Stato, che ne rimane sempre proprietario. Il ricorso alla gestione indiretta è quindi funzionale a che l'approntamento delle autostrade sia realizzato senza l'esborso di denaro pubblico e beneficiando di competenze tecnico-industriali private.

In sintesi, la responsabilità pubblica di fornitura del servizio autostradale non ne implica necessariamente la pubblica realizzazione: lo Stato può costruire e gestire le autostrade in via diretta o tramite un terzo. Quest'ultimo va però sottoposto a un'azione pubblica di direzione, controllo e regolamentazione, che è indispensabile nei servizi autostradali. Rispetto a questi, infatti, «la concorrenza si può esplicitare prevalentemente nella fase di ottenimento delle nuove concessioni o del rinnovo di quelle esistenti»⁷⁹. Nella fase di svolgimento del rapporto, invece, il concessionario è in una situazione di sostanziale monopolio, gestendo un servizio dalla domanda rigida perché difficilmente sostituibile con servizi alternativi⁸⁰. È quindi imprescindibile limitare la discrezionalità dell'operatore nella determinazione delle condizioni relative all'offerta delle reti di sua competenza, in particolare rispetto all'entità delle tariffe di pedaggio e al loro adeguamento nel corso del tempo, evitando che abusi del suo potere

visto che altrimenti sceglierebbe di non avvalersene (G.M. GROS-PIETRO, *Autostrade: meglio pubbliche o private?*, in *L'industria*, 2006, 3). Un ulteriore vantaggio del pedaggio, rispetto a un incremento dell'imposta sui carburanti, è che «il provento dei pedaggi può essere legato al finanziamento delle autostrade grazie al vincolo contrattuale della concessione. Il pedaggio può quindi essere visto come un'imposta di scopo che pone il gettito al riparto da pressioni politiche per destinarlo ad altri scopi» (G. RAGAZZI, *I signori delle Autostrade*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 17).

⁷⁸ Difatti, la remunerazione non è garantita dall'amministrazione ma è soggetta all'aleatorietà del mercato di riferimento: il concessionario (a differenza dell'appaltatore) è titolare del rischio operativo dato dall'incertezza di un ritorno economico.

⁷⁹ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO (AGCM), segnalazione del 4 luglio 2008, nota n. 2, p. 2.

⁸⁰ La situazione di monopolio è di ordine naturale, data cioè dalle caratteristiche oggettive dell'attività, che ne rendono conveniente lo svolgimento da parte di un singolo soggetto in quanto presuppongo la disponibilità di infrastrutture che sarebbe estremamente oneroso duplicare. Questa circostanza dipende sia da ragioni fisiche e ambientali, come le difficoltà del territorio a sopportare nuovi consumi di spazio e risorse, che da ragioni economiche; difatti, l'esistenza di elevati costi fissi e di rendimenti di scala crescenti nell'attività di costruzione e gestione delle reti comporta che i costi complessivi per l'industria sono minimizzati quando l'attività è integrata in un'unica impresa. Il monopolio è inoltre di ordine legale, ovvero dato dal fatto che lo Stato riserva ad un unico operatore il diritto-dovere di realizzare e gestire una parte della rete, escludendo dall'attività gli altri soggetti in potenza interessati.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di mercato⁸¹. Altrettanto importante è limitare la durata del rapporto al tempo necessario perché il concessionario recuperi gli investimenti e ottenga un ritorno sul capitale, evitando di precludere troppo a lungo l'accesso al mercato di nuovi operatori e compromettere così ricambi di gestione⁸².

La diversità di modelli possibili, sia rispetto alla gestione che ai sistemi di finanziamento, si riscontra anche all'interno di un unico ordinamento. Nella realtà, infatti, «si dà spesso luogo a situazioni miste in cui coesistono più regimi o loro ibridazioni»⁸³. È il caso dell'Italia, dove le autostrade, che si estendono per circa 6.942 km, non sono soggette a un regime unitario. Lo Stato gestisce tramite l'ANAS⁸⁴ circa il 13% delle tratte, situate principalmente in aree inidonee a garantire adeguati ritorni economici, o in ragione dei volumi di traffico o delle condizioni di reddito di riferimento⁸⁵. Il restante 87% della rete è affidato a concessionari, sia pubblici che privati. Due grandi operatori coprono gran parte del mercato: 2.870 km sono in concessione alla società Autostrade per l'Italia (ASPI), fino a poco tempo fa riconducibile al gruppo privato Atlantia e oggi controllata da un veicolo di investimento che ha come maggiore azionista una società a controllo maggioritario pubblico, Cassa depositi e prestiti (CDP); 1.394 km sono gestiti dal gruppo privato

⁸¹ Per un approfondimento sulla regolazione del settore, G. COCO e M. PONTI, *Riflessioni per una riforma della regolazione nel settore autostradale*, in C. De Vincenti e A. Vigneri (a cura di) *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Il Mulino, Bologna, 2006 e P. V. RAMETTA, *Le reti autostradali a pedaggio intrappolate tra fallimenti del mercato, politica economica e regolazione*, in A. Biancardi (a cura di), *L'eccezione e la regola: tariffe, contratti e infrastrutture*, Il Mulino, Bologna, 2010.

⁸² Per questo è ragionevole stabilire una lunga durata per le concessioni che prevedono nuovi lavori e ingenti investimenti, e non anche per quelle relative alla gestione e manutenzione di autostrade costruite da tempo. Sul tema, A. BOITANI e M. PONTI, *Infrastrutture e politica dei trasporti*, in *Il Mulino*, 2006, 1.

⁸³ L. SALTARI, *Un quadro di insieme e spunti per il rilancio del settore in Italia*, in L. Saltari e A. Tonetti (a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade*, p. 301. Per i modelli di gestione e finanziamento concretamente adottati nei diversi paesi, cfr. le tavole n. 1 e n. 2 riportate in F. TUCCI, *La gestione delle autostrade: un confronto europeo*, in *Osservatorio sui conti pubblici italiani*, 2020, pp. 4 e 5.

⁸⁴ Società per azioni il cui capitale è stato detenuto dal Ministero dell'economia e delle finanze (MEF) fino al 2018, anno in cui è passata sotto il controllo del gruppo ferrovie dello Stato, conservando però sotto diversi aspetti natura pubblicistica. Per la storia dell'ANAS e un suo inquadramento giuridico, A. SALVATO, *L'Anas tra privatizzazione sostanziale e gestione pubblica delle autostrade*, in *Munus*, 2019, 1, pp. 111 ss.

⁸⁵ Lo Stato tende infatti a sostituirsi al mercato quando è improbabile attivare concessioni in equilibrio.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Gavio, cui sono riconducibili diversi concessionari. I restanti 1.600 km in concessione sono gestiti da società controllate da enti pubblici locali e da alcuni operatori minori⁸⁶. Ferma la pluralità di modelli adottati, la differenza di estensione tra la rete gestita in modo diretto e quella affidata a terzi testimonia una decisa preferenza dell'Italia per il modello concessorio. Le concessioni rappresentano quindi uno strumento fondamentale per assicurare la mobilità di merci e persone sulle autostrade italiane, e la loro analisi permette di intercettare molteplici questioni che attengono alle politiche economiche, regolatorie e di finanza pubblica del paese. Il presente contributo si concentra sullo stato dell'arte e sulle prospettive in materia. È organizzato in tre paragrafi: il primo riguarda l'evoluzione del relativo regime normativo; il secondo si concentra brevemente sui tratti essenziali del sistema attuale; il terzo conclude focalizzandosi sulle criticità e le prospettive di riforma.

2. L'evoluzione del sistema

La concessione ha rappresentato fin dalle origini l'istituto su cui poggia il comparto autostradale e la sua centralità è rimasta costante. Le relative modalità di applicazione hanno registrato però "rilevanti fratture"⁸⁷ nel corso del tempo, determinate dall'evoluzione dei modi di intervento dello Stato nell'economia, che anche nel settore delle autostrade ha assunto i diversi ruoli di finanziatore, imprenditore e regolatore⁸⁸. È possibile individuare alcune fasi principali nell'evoluzione storica del sistema. L'Italia è il primo paese europeo in cui sono costruite strade riservate alle automobili, per questo chiamate autostrade⁸⁹. Risalgono agli anni Venti del XX secolo e sono il

⁸⁶ Per questi dati, pp. 24 e 25 della relazione della Commissione di studio per l'individuazione di modalità di aggiornamento e di revisione del sistema delle concessioni autostradali, nominata dal Ministero delle infrastrutture e delle mobilità sostenibili (MIMS) a gennaio 2022 e presieduta dal prof. B.G. Mattarella.

⁸⁷ L. SALTARI e A. TONETTI, *Origine e trasformazioni*, p. 13, da cui sono riprese molte delle informazioni sull'evoluzioni del sistema e cui si rimanda per una ricostruzione approfondita delle diverse fasi.

⁸⁸ Sullo Stato finanziatore, D. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Franco Angeli, Milano, 1971; sullo Stato imprenditore, S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2021; sullo Stato regolatore, A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo Stato regolatore. Verso una nuova forma di stato: caratteristiche, inconvenienti e vantaggi delle inarrestabili "authorities"*, Il Mulino, Bologna, 2000.

⁸⁹ A riguardo non vi è però unanimità: secondo diverse fonti il primato spetterebbe alla Avus, autostrada realizzata a Berlino nel 1921. Sull'autostrada come bene: M. RAGOZZINO, *Strade ed autostrade*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, 1993; L. ORUSA, *Strade e autostrade*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino 1999; S. AMOROSINO, *I beni autostradali*, in AA.VV. *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario 2003 dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

frutto di iniziative di imprenditori privati⁹⁰, che le realizzano in applicazione del modello concessorio, mutuato dal settore ferroviario⁹¹. L'istituto della concessione appare infatti vantaggioso per entrambe le parti: lo Stato soddisfa l'esigenza di predisporre infrastrutture di trasporto usando capitali e competenze esterni, e il privato acquisisce una prospettiva di guadagno dalla riscossione dei pedaggi, nonché la possibilità di gestire un'attività economica servendosi dello Stato. Alla qualificazione delle autostrade come opere di pubblica utilità consegue infatti il conferimento di alcuni poteri pubblicistici in capo al concessionario (per esempio, può acquistare tramite espropriazione la disponibilità del suolo su cui realizzare l'opera). Gli sono inoltre riconosciute garanzie finanziarie per accedere più facilmente al credito e al risparmio⁹².

Nel corso degli anni Trenta, data la contrazione del settore automobilistico, le previsioni dei volumi di traffico si rivelano ottimistiche e i concessionari non riescono a remunerare gli investimenti effettuati⁹³. Con un certo ritardo rispetto ai tempi della vicenda delle concessioni ferroviarie, anche nel settore autostradale lo Stato reagisce all'esperienza fallimentare delle concessionarie private⁹⁴. Interviene prima al salvataggio dei concessionari e poi alla loro sostituzione con organi pubblici; si assiste, infatti, alla nazionalizzazione del comparto con il conferimento della gestione delle reti all'Azienda autonoma statale della strada (AASS), poi sostituita dall'Azienda nazionale autonoma delle strade statali (ANAS)⁹⁵.

⁹⁰ La prima, ultimata nel 1925 e che collega Milano ai laghi lombardi, è costruita su iniziativa dell'ingegnere Piero Pluricelli. Seguono la Milano-Bergamo nel 1927, la Milano-Torino nel 1932, la Napoli-Pompei nel 1929 e la Firenze-Lucca-Viareggio nel 1933. Costituisce un caso a parte l'Autocamionale Genova-Serravalle Scrivia, costruita e gestita direttamente dallo Stato, ma comunque sottoposta a pedaggio (L. SALTARI e A. TONETTI, *Origini e trasformazioni*, p. 24).

⁹¹ Il ricorso alle concessioni nel settore ferroviario risale infatti alla seconda metà del XIX secolo.

⁹² Per un approfondimento su questa prima fase della storia delle concessioni autostradali, L. BORTOLOTTI, *Origini e primordi della rete autostradale in Italia, 1923-1933*, in *Storia urbana*, 59, 1992.

⁹³ L'evoluzione del traffico sulle prime autostrade è inferiore alle aspettative sia in ragione dei progressivi miglioramenti apportati alla viabilità ordinaria che degli effetti della grande crisi. Il quadro già precario del traffico autostradale si aggrava nel 1935, quanto è limitato il commercio della benzina in ragione delle sanzioni che sopraggiungono a seguito all'aggressione dell'Etiopia. Tra gli altri, G. LIVINI (a cura di) *1924-1935: Le autostrade della prima generazione*, Autostrade Serravalle-Milano-Ponte Chiasso, Milano, 1984.

⁹⁴ Anche nel settore ferroviario, il modello privatistico si rivela infatti fallimentare, circostanza che porta lo Stato a riscattare le concessioni e assumere l'esercizio diretto delle linee (l. 22 aprile 1905, n. 137 e l. 15 luglio del 1906, n. 383).

⁹⁵ **Decreto del 27 giugno 1946.**



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Su spinta del boom economico e dell'avvio del fenomeno della motorizzazione di massa, cui contribuisce anche l'immissione nel mercato della Fiat 600, nel corso degli anni Sessanta e Settanta viene costruita la parte preponderante delle autostrade⁹⁶. Il quadro normativo è delineato dalle leggi "Romita" del 1955⁹⁷ e "Zaccagnini" del 1961⁹⁸.

La prima, pur prevedendo che lo Stato possa procedere in modo diretto alla costruzione e gestione delle reti⁹⁹, conferma la centralità del modello concessorio, con una novità: le concessioni vanno affidate preferibilmente a enti di diritto pubblico o società da essi costituite¹⁰⁰. Difatti, la seconda generazione di autostrade è costruita soprattutto da società a partecipazione pubblica, che in quanto strumenti operativi dello Stato contribuiscono all'infrastrutturazione del paese. L'operatore più importante è la Società Autostrade concessioni e costruzioni, costituita nel 1950 dall'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI). Gli viene affidata la realizzazione dell'Autostrada del Sole, che contribuisce all'unificazione del paese migliorandone in modo significativo i collegamenti infrastrutturali tra nord e sud¹⁰¹.

Per incentivare le costruzioni, la legge Romita prevede contributi statali a favore dei concessionari¹⁰²; allo stesso tempo, impone una parziale devoluzione all'erario delle loro entrate nell'eventualità di un aumento dei volumi di traffico superiore al previsto¹⁰³. In questo modo, lo Stato partecipa al rischio contribuendo a parte dei costi di costruzione, che ha però la prospettiva di recuperare qualora il traffico cresca più di quanto preventivato.

La successiva legge Zaccagnini è ispirata all'assunzione di un ruolo più centrale dello

⁹⁶ L. SALTARI e A. TONETTI, *Origini e trasformazioni*, p. 30.

⁹⁷ L. 21 maggio 1955, n. 463.

⁹⁸ L. 24 luglio 1961, n. 729.

⁹⁹ Art. 1 della l. 463/1955. Tra i casi di costruzione e gestione diretta vi è l'autostrada Salerno-Reggio Calabria (A. IOZZI, *La riforma della regolamentazione del settore autostradale*, in *Economia Pubblica*, 2002, 4, pp. 71-93., p. 73).

¹⁰⁰ Art. 3, quarto comma, della l. 463/1955.

¹⁰¹ Convenzione del 4 aprile del 1956, la cui durata è prolungata fino al 2003 (art. 4 della l. 28 marzo 1968, n. 385) e poi ancora fino al 2018 (art. 13, comma 2, della l. 12 agosto 1982, n. 531). In materia, E. MENDUNI, *L'Autostrada del sole*, Il Mulino, Bologna, 1999.

¹⁰² Ai sensi dell'art. 3, primo comma, della l. 463/1955, non possono essere superiori al 40% dei costi considerati ammissibili di ciascuna tratta. Nei fatti, sono erogati nella misura del 20-30% (G. RAGAZZI, *Politiche per la regolamentazione*, in *Economia Pubblica*, 2004, pp. 6-33).

¹⁰³ Art. 3, terzo comma, della l. 463/1955.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Stato¹⁰⁴ e accentua il conio pubblicistico del comparto¹⁰⁵. Valorizza il ruolo della società controllata dall'IRI¹⁰⁶ e, pur prevedendo che la costruzione e l'esercizio delle reti possano concedersi "ad enti pubblici o privati"¹⁰⁷, nei fatti conferma la preferenza per l'attribuzione a controllate da enti locali attraverso contributi e misure fiscali¹⁰⁸. La nuova legge porta inoltre «a una progressiva deresponsabilizzazione delle concessionarie rispetto ai risultati finanziari della loro gestione»¹⁰⁹. Per esempio, prevede la garanzia sussidiaria dello Stato fino al 50% del costo di ogni opera per i debiti contratti dalle società a prevalente capitale pubblico¹¹⁰.

Successivamente sono previste ulteriori misure a sostegno dei concessionari pubblici: incapaci di far fronte agli aumenti dei costi dovuti alla crisi energetica, essi si trovano in una difficile situazione economica¹¹¹. Sono stabilite nuove tariffe e il prolungamento dei periodi concessori¹¹², ed è istituito il Fondo centrale di garanzia per le autostrade¹¹³, che si sostituisce agli operatori nei pagamenti di quote interessi e capitali agli istituti di credito con cui si siano indebitati¹¹⁴. Anche per effetto della sopraggiunta crisi

¹⁰⁴ G. RAGAZZI, *Politiche per la regolamentazione*, p. 13.

¹⁰⁵ C. ACOCELLA, *Ancora sulla tensione tra pubblico e privato: il caso della realizzazione e gestione delle opere infrastrutturali nel comparto autostradale*, in *Federalismi*, 2018, 3, p. 12.

¹⁰⁶ Artt. 16-20 della l. 729/1961. Difatti, la legge Zaccagnini rende Autostrade una concessionaria "di rete": le affida le tratte realizzate dall'ANAS e in cambio le chiede di costruire l'Adriatica (A14), la Napoli-Canosa (A16) e la Caserta-Salerno (A30). Le si consente così di compensare la gestione dei segmenti più ricchi e di quelli in perdita tramite l'applicazione di sussidi incrociati. Cfr. M. D'ANTONI, *Privatizzazione e monopolio. Il caso della Società Autostrade*, in R. Artoni, *Storia dell'IRI. Crisi e privatizzazione*, pp. 388-449.

¹⁰⁷ Art. 2, primo comma, della l. 729/1961.

¹⁰⁸ C. ACOCELLA, *Ancora sulla tensione tra pubblico e privato*, p. 12. Tant'è che a fine 1976, la rete a pedaggio risulterà gestita per più della metà della sua estensione dalla controllata dell'IRI, per il 41,5% da concessionarie a prevalente capitale pubblico locale, numerose e mediamente piccole, e solo per il 6,5% da concessionarie private.

¹⁰⁹ G. RAGAZZI, *Politiche per la regolamentazione*, p. 13.

¹¹⁰ Art. 3, ultimo comma, della l. 729/1961.

¹¹¹ C. ACOCELLA, *Ancora sulla tensione tra pubblico e privato*, p. 13. Il discorso riguarda i concessionari pubblici non appartenenti al gruppo IRI, le cui gestioni si rivelarono invece più efficienti ed oculate.

¹¹² L. n. 20 aprile del 1971, n. 287.

¹¹³ Istituito dall'art. 6 della l. 28 marzo 1968, n. 382, e poi soppresso dall'art. 1, comma 1025, della l. 27 dicembre 2006, n. 296.

¹¹⁴ I concessionari devono rimborsare il Fondo nella misura in cui sono disponibili risorse derivanti dalla gestione, e solo a partire dal 1983 è previsto il pagamento di interessi sugli importi da restituire. Molti operatori si rifiutano di realizzare i pagamenti in ragione del mancato adeguamento delle tariffe, e il tema diventa parte del contenzioso affrontato in occasione dei rinnovi delle concessioni alla fine degli anni Novanta. Cfr. G. RAGAZZI, *I signori delle Autostrade*, pp. 32 e 33, e la nota n. 54 di questo contributo.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

petrolifera, gli interventi non risollevano il mercato. Considerata l'onerosità generale del settore, nel 1975 è disposto un blocco alle nuove costruzioni¹¹⁵. A partire da questo momento, la realizzazione di nuove autostrade è in sostanza interrotta¹¹⁶; i limitati casi di ampliamento della rete sono disposti da leggi speciali, connesse alla gestione di eventi straordinari come i Mondiali di calcio¹¹⁷.

Negli anni Novanta, data l'esigenza di contenere il debito pubblico e di drenare nuove risorse, anche ai fini dell'ingresso nell'Eurozona, si avvia la stagione delle privatizzazioni¹¹⁸. I casi di gestione pubblica diretta tramite l'ANAS restano fermi, mentre in quelli di affidamento a terzi, a concessionari pubblici si sostituiscono soggetti privati. La natura dell'attività è rivista: la costruzione e gestione delle reti non sono più finalizzate all'equilibrio economico-finanziario; ormai imprenditori a pieno titolo, i concessionari possono lucrare, e all'obbligo di restituire allo Stato gli eventuali extra-profitti ottenuti dalla riscossione dei pedaggi si sostituisce quello di versargli un canone come contropartita per gli affidamenti¹¹⁹.

L'assetto di mercato che si delinea al termine del processo di smobilizzo delle partecipazioni pubbliche si caratterizza per la presenza di due grandi operatori: ASPI e Gavio. La prima conquista la parte preponderante della rete tra il 1999 e il 2002, acquisendo in blocco le concessioni a capo della società dell'IRI¹²⁰, che non vengono

¹¹⁵ Art. 18-*bis* del d.l. 13 agosto 1975, n. 376, convertito con modificazioni dalla l. 16 ottobre 1975, n. 492.

¹¹⁶ Di conseguenza, la rete autostradale italiana, che agli inizi degli anni Settanta risulta tra le più moderne e avanzate d'Europa, nel tempo perde terreno nel confronto internazionale. Secondo dati Eurostat, dal 1970 ai primi anni 2000, la rete autostradale spagnola aumenta di 31 volte rispetto alla dotazione iniziale, quella francese di 7 volte, e quella tedesca di poco più di 2 volte. In Italia, invece, tra il 1970 e gli anni attuali la crescita della rete è di circa una volta e mezza rispetto alla dotazione iniziale (BANCA D'ITALIA, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, in *Workshops and Conferences series*, 2011, 7, p. 134).

¹¹⁷ M. LUPI, *Il sistema autostradale in concessione e regolamentazione del sistema tariffario*, Audizione del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti alla Camera dei deputati del 22 gennaio 2014, p. 4.

¹¹⁸ Art. 10, commi 3-8, della l. 24 dicembre 1993 n. 537. Come notato, la scelta di procedere alla privatizzazione è peraltro coerente con la circostanza che la gestione delle autostrade risulta adesso alla portata di operatori di mercato. La rete è ormai definita e il traffico non solo può sostenerne i costi di esercizio e il recupero degli investimenti, ma anche finanziarne l'ulteriore sviluppo. Cfr. G.M. GROSPIETRO, *Autostrade: meglio pubbliche o private?*

¹¹⁹ Art. 10, comma 3, della l. 537/1993.

¹²⁰ La privatizzazione della società Autostrade avviene a fine 1999. Il 30% del capitale è ceduto alla società Schemaventotto, disposta a pagare una maggiorazione del 5% del prezzo, mentre le altre azioni sono collocate sul mercato con un'offerta pubblica di vendita presso piccoli risparmiatori e investitori istituzionali. La definizione dell'assetto proprietario si completa nel 2002, quando Schemaventotto, attraverso la controllata Newco28, lancia un'offerta pubblica di acquisto volontaria totalitaria,



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

frazionate in più tratte¹²¹. La crescita di Gavio è invece il frutto di un processo graduale, dato dalla progressiva acquisizione di molteplici tratte prima di competenza di numerosi concessionari pubblici controllati da enti locali.

Le premesse di molte delle criticità del settore che emergeranno negli anni successivi e di cui oggi ancora si discute si costituiscono in questo momento¹²². La debolezza dell'assetto scaturito dalla privatizzazione dipende innanzitutto dalla mancata predisposizione di un quadro regolatorio adeguato. A differenza di quanto avvenuto nei settori dell'energia e delle telecomunicazioni, nel comparto dei trasporti al venire meno dello Stato imprenditore non si accompagna un rapido sviluppo di uno Stato regolatore¹²³. Anziché a un soggetto terzo, indipendente e dotato di competenze tecniche-specialistiche, il sistema regolatorio è rimesso al Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE, oggi CIPESS)¹²⁴, peraltro in un contesto di

giungendo a un controllo superiore all'80% del capitale della società. All'operazione di acquisto segue una ristrutturazione del gruppo, per cui Newco28 incorpora Autostrade e ne acquisisce la denominazione. Successivamente, l'intera attività di Autostrade è conferita alla neocostituita ASPI, controllata dal gruppo Atlantia.

¹²¹ Questa circostanza è oggetto di critiche anche perché lesiva di forme di concorrenza comparata: compromette la possibilità di operare dei confronti tra costi e *best practice* dei diversi operatori che gestiscono tratte similari. Sul tema, L. BENFRATELLO, A. IOZZI e P. VALBONESI, *Autostrade*, in *Rivista di Politica Economica*, 2006 e A. PEZZOLI, *Gare e servizi pubblici: quali problemi per la concorrenza?*, in *Le virtù della concorrenza*.

¹²² Tra i tanti, C. ACOCELLA, *Ancora sulla tensione tra pubblico e privato*, p. 14. Per un approfondimento sulla privatizzazione di Autostrade e sui relativi problemi, M. D'ANTONI, *Privatizzazione e monopolio*; M. MUCCHETTI, *L'ultimo decennio, revisione di una liquidazione sommaria*, in F. Amatori (a cura di), *Storia dell'Iri. Crisi e privatizzazione 1990-2002*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 591 ss.; L. SALTARI e A. TONETTI, *Origini e trasformazioni*, p. 50 ss. Più in generale, sulla privatizzazione delle autostrade in Europa, D. ALBALATE, *The privatisation and Nationalisation of European Roads. Success and failure in Public-Private partnership*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014.

¹²³ Come notato da S. CASSESE, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Economia pubblica*, 1996, n. 5, pp. 5-14, («Le privatizzazioni sono formalmente legate alla istituzione di autorità di settore, perché non si vuole che i monopoli pubblici divengano monopoli privati, con conseguenti danni per i consumatori», p. 11). Per un quadro di insieme sulle autorità amministrative indipendenti, tra i molti: M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia giuridica*, IV, Roma, Treccani, 1995; F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019.

¹²⁴ Art. 11, comma 1, della l. 23 dicembre 1992, n. 498. Ai sensi del meccanismo di adeguamento tariffario introdotto dalla delibera CIPE n. 319/1996, il concessionario si fa in sostanza carico dei rischi, inclusi quelli legati al materializzarsi di un volume di traffico diverso dal previsto, e fruisce degli eventuali benefici connessi alla sua *performance* gestionale. Il CIPE adotta infatti un sistema ispirato



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

incerta attribuzione delle competenze, destinato a generare controversie in sede di ridefinizione quinquennale delle tariffe. L'esigenza di un corpo autorevole e qualificato ad assicurare credibilità e stabilità alle politiche di regolazione è soddisfatta solo molti anni dopo, quando si conclude la "tormentata vicenda" dell'istituzione dell'Autorità di regolazione indipendente nel settore dei trasporti (ART)¹²⁵.

Ulteriori problematiche dipendono dalla mancanza di una visione politica di lungo termine; difatti, le privatizzazioni sono dominate dall'obiettivo quasi esclusivo di "fare cassa", mentre è attribuito un peso limitato all'esigenza di accrescere l'efficienza produttiva del sistema¹²⁶.

Per incrementare il prezzo di cessione delle sue partecipazioni, lo Stato garantisce ai privati prospettive di elevata redditività. Subito prima del lancio delle privatizzazioni «o addirittura, per adempiere a impegni non scritti, dopo che esse si erano realizzate»¹²⁷, sono prorogati, in mancanza di procedure di evidenza pubblica, tanto

alla c.d. regolazione incentivante, ideata per evitare le distorsioni della modalità tradizionale di regolazione di monopolisti privati, la c.d. regolazione da rendimento. La regolazione da rendimento fissa le tariffe per garantire in ogni periodo la copertura dei costi più un'adeguata remunerazione del capitale sulla base di un tasso di rendimento prefissato, e consente di chiedere revisioni ogni volta che ci siano scostamenti tra costi e ricavi. In questo modo, l'impresa non è incentivata a ridurre le proprie spese, il cui aumento si traduce sistematicamente in un aumento dei prezzi praticati. Nella regolamentazione incentivante (anche detta "price cap"), nel corso del periodo regolatorio le tariffe evolvono invece sulla base di formule meccaniche, che tengono conto anche del grado di produttività attesa dell'impresa, la quale beneficia di eventuali incrementi della propria efficienza. Per un approfondimento, tra gli altri: M. D'ANTONI, *Privatizzazione e monopolio*, M. CARASSITI e D. LANZI, *Regolamentazione "price cap" e problemi di efficienza*, in *L'industria*, 2000, pp. 289-326, e G. RAGAZZI, *Politiche per la regolamentazione*.

¹²⁵ Art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214. Su questa vicenda, A. TONETTI, *L'autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 6, pp. 589-604. Evidenza come l'ART nasce in un contesto di forti resistenze: quelle della politica che non vuole rinunciare a importanti prerogative in ambiti connessi alla politica economica, industriale e sociale; quelle della burocrazia ministeriale che non intende perdere la propria influenza sull'elaborazione e sull'applicazione delle decisioni; quelle degli operatori, che da una politica accondiscendente e un'amministrazione debole sanno di poter trarre maggiori benefici; quelle, infine, di una parte della accademia, contraria a un'ulteriore proliferazione di autorità indipendenti.

¹²⁶ Tra i tanti, M. Sebastiani, che evidenzia come si sia trattato di un obiettivo «sacrosanto ma "sbilenco" allorché le operazioni hanno avuto per oggetto settori "strategici" per il paese» (M. SEBASTIANI, *Le concessioni autostradali*, in Società italiana di politica dei trasporti, *Le concessioni di infrastrutture nel settore dei trasporti. Fra fallimenti dello Stato e fallimenti del mercato*, Rapporto 2019, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2020, p. 48). Si veda anche G. RAGAZZI, *Politiche per la regolamentazione*, p. 17, e IBIDEM *I signori delle autostrade*, pp. 95 ss.

¹²⁷ M. SEBASTIANI, *Le concessioni autostradali*, p. 50. Cfr. l'art. 10 della l. 5 marzo 2001, n. 57.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

l'affidamento alla Società Autostrade che i rapporti con gli altri operatori¹²⁸. Oltre che con l'allungamento della durata delle concessioni, lo Stato offre ai privati la prospettiva di una remunerazione significativa attraverso le modalità scelte per l'adeguamento tariffario – idonee a permettere un aumento progressivo dei pedaggi¹²⁹. È per questo che secondo alcuni studi la cessione di Autostrade, più che la privatizzazione di una società, avrebbe rappresentato la vendita del flusso futuro di un'imposta, integrata dai pedaggi. Lo Stato avrebbe cioè anticipato nel prezzo di vendita di Autostrade i profitti futuri della società, ottenuti aumentando i costi degli utenti¹³⁰.

Un nuovo momento di cambiamento si ha nei primi anni 2000, quando il Governo si propone di realizzare una riforma incisiva per rispondere all'avvertita esigenza di tutelare maggiormente l'interesse pubblico¹³¹. Un decreto-legge del 2006 impone

¹²⁸ Nel caso di Autostrade, la proroga è disposta dalla convenzione del 1997 adottata tra ANAS e la Società, all'epoca ancora di proprietà dell'IRI, per una durata di venti anni (dal 2018 al 2038). Le altre concessioni sono estese in media di un periodo di 17,5 anni (V. VECCHI, *A regulatory disaster or a lack of skills?*, in *Public Management Review*, 2020, pp. 1147-1170, p. 1150). Questa scelta è giustificata dall'esigenza di permettere ai concessionari di finanziare nuovi investimenti e di risolvere il contenzioso progressivo con l'ANAS, relativo alle richieste di indennizzo per i mancati introiti dovuti al blocco delle tariffe disposto per contenere l'inflazione. Difatti, per superare i rilievi sulle proroghe avanzati dalla Corte dei conti, dall'AGCM e dalla Commissione Europea, viene adottato il d.m. lavori pubblici del 20 ottobre 1998 (c.d. direttiva Costa Ciampi), ai sensi del quale è possibile prorogare le concessioni, la cui scadenza non dovrebbe essere modificata, per risolvere contenziosi progressi. Per i rilievi avverso le proroghe dei diversi organi di controllo, cfr. CORTE DEI CONTI, deliberazione 18 dicembre 2019, n. 18/2019/G.

¹²⁹ In particolare, in aderenza alla delibera CIPE del 1996, la convenzione stipulata nel 1997 tra ANAS e Autostrade predispone un assetto particolarmente favorevole per il concessionario, non imponendogli riduzioni dei pedaggi a fronte di aumenti del traffico e prevedendo sviluppi di traffico modesti. Difatti, nel periodo 1997-1999 il traffico sulla rete gestita da Autostrade cresce del 7,5% anziché del 3,5% previsto, mentre tra il 1997 e il 2005 si registra una crescita del 24,6% invece che del 12,6% (M. D'ANTONI, *Privatizzazione e monopolio*). Anche per le convenzioni delle altre concessionarie «le stime di traffico dei piani economico-finanziari risultarono caratterizzate da previsioni di crescita modesta o nulla, e, quindi, sempre inferiori al traffico» (CORTE DEI CONTI, deliberazione 18 dicembre 2019, p. 70).

¹³⁰ Tra gli altri, G. RAGAZZI, *I signori delle autostrade*, pp. 100 e 101, *IBIDEM*, *Autostrade: meglio pubbliche o private?*, in *L'industria*, 2006, 3, p. 50s ss. e M. D'ANTONI, *Privatizzazione e monopolio*, p. 420.

¹³¹ Emblematico, a riguardo, l'annuncio dell'allora ministro delle infrastrutture, Antonio Di Pietro, che parlando delle concessionarie afferma: "la cuccagna è finita". Per le diverse denunce circa i limiti del sistema di allora, si vedano: la relazione finale dell'indagine conoscitiva sullo stato e sulle prospettive di sviluppo del settore autostradale della Camera dei deputati dell'11 gennaio 2006, la segnalazione trasmessa al Parlamento dall'Agcm e dall'Avlp il 28 marzo 2006 e le ulteriori segnalazioni dell'Avlp



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

modifiche ai contratti di concessione in essere tramite l'introduzione del modello di "Convenzione Unica", da stipulare tra il concedente (allora l'ANAS) e ogni concessionario allo scadere dei piani economico-finanziari o comunque entro un anno dall'entrata in vigore del decreto; ciò a pena dell'estinzione dei rapporti e di un'assunzione da parte dell'ANAS delle relative attività fino alla loro messa in gara¹³². Tra gli obiettivi delle nuove regole, consentire un adeguamento delle tariffe solo a fronte della realizzazione degli investimenti concordati, nonché introdurre nuovi obblighi in capo ai concessionari e rafforzare i poteri pubblici di ispezione e sanzione. La portata della riforma è ridimensionata sia dalla legge di conversione del decreto¹³³ che da una serie di passaggi successivi¹³⁴. Difatti, sotto la pressione dei concessionari, che denunciano la violazione del principio *pacta sunt servanda* alla base del legittimo affidamento degli operatori economici, e nelle maglie di due procedure di infrazione¹³⁵, le nuove regole vengono progressivamente riviste¹³⁶. La riforma è definitivamente "annientata"¹³⁷ nel giugno 2008, quando sono approvati *ex lege* tutti gli schemi di convenzione già sottoscritti dall'ANAS con le concessionarie – «pur in assenza della conoscenza del loro numero e degli elementi utili a valutare i rischi e le condizioni gravanti sulla parte pubblica per la loro convalida»¹³⁸. Sono così aggirati l'*iter* istruttorio previsto e, quindi, il vaglio di diversi organi pubblici di principio

al Parlamento e al Governo dell'8 giugno 2006 e del 19 ottobre 2006. Per una loro analisi, L. SALTARI e A. TONETTI, *Origine e trasformazioni*, p. 63.

¹³² Art. 2, comma 82 ss., del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262.

¹³³ L. 24 novembre 2006, n. 286.

¹³⁴ Tra questi, la l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007).

¹³⁵ L'intervento della Commissione dipende anche dal fatto che con la riforma del 2006 il Governo italiano pone "ostacoli ingiustificati" alla fusione di Autostrade nella società spagnola Abertis, parte di un gruppo attivo nel settore delle costruzioni. Difatti, la rivisitazione del sistema delle concessioni dipende anche dalla volontà di impedire questa operazione, su cui sono pertanto calibrate alcune delle nuove regole, come quella relativa alla limitazione all'esercizio dei diritti di voto dei soci attivi nel settore delle costruzioni. Sul tema, A. MARI, *La trasformazione societaria di Autostrade S.p.A.*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2007, 1, p. 77 ss., L. SALTARI e A. TONETTI, *Origini e trasformazioni*, pp. 66. ss. e C. SCARPA, *Lo strano caso di Autostrade-Abertis. Una Love story dal finale aperto*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, 1.

¹³⁶ Anche la regolazione economica di settore viene attenuata. Molte delle norme della l. 286/2006 erano state recepite nella delibera CIPE 1/2007, che prevedeva per tutti i concessionari un nuovo meccanismo di remunerazione tariffaria basato sul *Regulatory asset Base (Rab)*. Di fronte al rischio che quest'ultima venga considerata lesiva dei diritti acquisiti in base alle concessioni in essere, il CIPE adotta la nuova delibera 39/2007, che permette ai concessionari di scegliere tra l'adozione del sistema *Rab* e il mantenimento di quello del *price cap*. Cfr. G. RAGAZZI, *I signori delle autostrade*.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 8.

¹³⁸ CORTE DEI CONTI, deliberazione 18 dicembre 2019, p. 37.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

chiamati ad esprimersi¹³⁹, posticipando a un futuro indefinito la riforma del settore. Oltretutto, a dispetto della volontà di uniformare i rapporti, lo stratificarsi di diversi interventi normativi comporta la coesistenza di sei regimi tariffari generali e di tre regimi specifici¹⁴⁰, dando luogo a una certa opacità regolamentare e a difficoltà interpretative tanto per l'amministrazione che per gli operatori.

Un nuovo capitolo si apre il 14 agosto 2018: a seguito del crollo del ponte Morandi di Genova, il tema delle concessioni autostradali entra con prepotenza nel dibattito pubblico, portando con sé una marcata diffidenza verso i concessionari privati¹⁴¹. Ne segue l'adozione a stretto giro di diverse misure, espressione tanto di un'azione di sistema capace di incidere sulla fisionomia del quadro regolatorio generale che di interventi mirati nei confronti di ASPI, la società concessionaria della tratta interessata dal crollo, oggetto di una ristrutturazione proprietaria¹⁴². L'intervento più significativo è l'estensione delle competenze della già citata ART¹⁴³, chiamata a definire i criteri dei sistemi tariffari non più solo per le nuove concessioni ma anche per quelle esistenti. *Si mira, così, ad assicurare maggior omogeneità e adeguatezza dell'assetto regolatorio*¹⁴⁴. Successivamente, ulteriori interventi incidono sul quadro di riferimento. Nel 2024 è istituita una nuova società per la gestione delle autostrade

¹³⁹ Cfr. art. 8*duodecies*, comma 2, del d.l. 8 aprile 2008, n. 59, come modificato dalla l. di conversione 6 giugno 2008, n. 101. Alcune convenzioni superano il vaglio del NARS e del CIPE senza però completare l'*iter* istruttorio, comprensivo del passaggio alle Camere, del decreto del Ministro delle infrastrutture di concerto con il MEF e della registrazione da parte della Corte dei Conti. Diversamente, la convenzione stipulata nel 2007 tra ANAS e ASPI si ferma al NARS, che esprime parere negativo. Cfr. L. SALTARI e A. TONETTI, *Origini e trasformazioni*, p. 68.

¹⁴⁰ Per una loro analisi, M. LUPI, *Il sistema autostradale*, pp. 52 ss.

¹⁴¹ In materia, G. DEZIO, *Aspetti critici e possibili prospettive del sistema autostradale italiano, in Amministrazione in cammino*, 2020.

¹⁴² Atlantia è chiamata a vendere le sue azioni in ASPI alla Holding Reti Autostradali, veicolo di investimento partecipato da CDP e dai due fondi internazionali Blackstone e Macquarie. Per una lettura critica della vicenda, C. SCARPA, *Si chiude il cerchio su Autostrade: dallo Stato al mercato – e ritorno*, in *Mercato concorrenza regole*, 2021, 3, pp. 533-550.

¹⁴³ Art. 16 del d.l. 28 settembre 2018, n. 109 (c.d. decreto-legge Genova), convertito dalla l. 16 novembre 2018, n. 130. In materia, F. SPANICCIATI, *Il "decreto Genova" quale estremizzazione della deroga emergenziale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 1.

¹⁴⁴ Tra le altre novità: l'istituzione dell'Agenda Nazionale per la sicurezza delle ferrovie delle infrastrutture stradali e autostradali (art. 12 del d.l. Genova); la previsione che l'ANAS, in caso di revoca di una concessione a pedaggio, può subentrare nella gestione della tratta fino al completamento della gara per il nuovo affidamento (art. 35 del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162); e la definizione della nullità della clausola – riportata in alcuni degli schemi di Convenzione Unica adottati ex l. n. 296/2006 e s.m.i – che garantisce al concessionario un indennizzo in caso di estinzione anticipata della concessione, quale ne sia la ragione (art. 35 del d.l. 162/2019).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

statali in regime di concessione mediante affidamenti *in house*: Autostrade dello Stato, controllata dal MEF e soggetta a controllo analogo da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – MIT¹⁴⁵. La novità, motivata anche dalla volontà di dare impulso ad investimenti produttivi significativi, suggerisce un'evoluzione verso una maggior presenza pubblica nel comparto, rendendo importante monitorare gli sviluppi futuri del regime giuridico delle autostrade.

3. La disciplina attuale

Le concessioni autostradali sono disciplinate da molteplici fonti. Alcune hanno carattere generale e condizionano la materia in modo trasversale; è il caso del Codice dell'ambiente, del Testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità e del Codice dei contratti pubblici. Quest'ultimo incide sulla pianificazione e programmazione delle infrastrutture per lo sviluppo del paese, nonché sui modi di affidamento delle concessioni e sulla disciplina del relativo rapporto. In recepimento del diritto europeo, esso prevede che, fatta salva la possibilità di affidamenti *in house*, i concessionari sono individuati tramite procedure di evidenza pubblica¹⁴⁶; stabilisce inoltre i principi della titolarità di un rischio operativo in capo al concessionario¹⁴⁷, del divieto di proroga del rapporto¹⁴⁸ e della sua durata massima¹⁴⁹. Oltre che da normative di portata generale, le concessioni autostradali sono disciplinate da disposizioni *ad hoc*, contenute in interventi stratificati e disorganici, di cui è difficile ricostruire la complessiva coerenza¹⁵⁰.

I singoli rapporti sono regolati da atti convenzionali che, nonostante il tentativo di omogeneizzazione del 2006, presentano proprie peculiarità e specificità. Sono oggetto di revisioni periodiche, tanto ordinarie che straordinarie. Le prime incidono soprattutto sui profili economico-finanziari, rivisti ogni cinque anni per dare conto di condizioni

¹⁴⁵ Autostrade dello Stato è istituita dal dpcm 9 aprile 2024, ai sensi dell'art. 2, comma 2-*sexies*, del d.l. 10 settembre 2021, n. 121. Alla neoistituita società sono trasferite le funzioni e le attività relative alle autostrade statali a pedaggio attribuite all'ANAS, chiamata ora a concentrarsi sulla gestione di quelle non a pedaggio. È inoltre previsto che Autostrade dello Stato possa stipulare apposite convenzioni con società direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai fini dell'assistenza tecnica, operativa e gestionale, nonché costituire società di gestione di autostrade statali ovvero acquisire partecipazioni nelle medesime società.

¹⁴⁶ Per un approfondimento, COMMISSIONE MATTARELLA, *Relazione*, Allegato 4, pp. 105 ss.

¹⁴⁷ Art. 177, comma 1.

¹⁴⁸ Art. 178, comma 5.

¹⁴⁹ Art. 178, comma 1.

¹⁵⁰ M. MACCHIA, *Le concessioni autostradali: criticità e prospettive alla luce del quadro di regolazione europea*, in *Federalismi.it*, 2020, 9, pp. 49-75, p. 56.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

macroeconomiche sopravvenute, nuove esigenze di investimento e variazioni dei parametri di regolazione. Sono invece esempi di aggiornamenti straordinari i c.d. atti aggiuntivi, che definiscono revisioni più o meno estese degli accordi e concorrono a stratificare le regole stimolando ulteriormente il contenzioso¹⁵¹.

Le convenzioni regolano diritti e obblighi delle parti, i poteri di vigilanza e controllo del concedente, le modalità di aggiornamento degli accordi e di variazione delle tariffe di pedaggio, nonché le condizioni di revoca, decadenza e risoluzione del rapporto¹⁵². Sono atti contrattuali, cui si applicano le norme civilistiche. Si trovano, però, in una situazione di dipendenza rispetto al provvedimento unilaterale dell'amministrazione che, correlato alla decisione di procedere alla gestione indiretta, assegna la concessione all'operatore selezionato.

Il riconoscimento nelle concessioni di un atto sia provvedimento che contrattuale¹⁵³ dovrebbe permettere di lasciare il rapporto nella disponibilità dell'amministrazione, affinché possa valutarne in ogni momento la rispondenza all'interesse generale e se del caso interromperlo¹⁵⁴. D'altronde, nei rapporti in esame la relazione è solo apparentemente duale: oltre al concedente e al concessionario, vi è una terza parte, rappresentata dagli automobilisti, e per esteso dall'intera collettività, la quale è interessata ad avere un sistema dei trasporti adeguato¹⁵⁵. Tuttavia, l'intento di subordinare la continuazione del rapporto alla permanenza di un interesse pubblico è stato compromesso dalla presenza di clausole di eccessivo favore per il concessionario. Per esempio, quella secondo cui in ogni ipotesi di cessazione anticipata per motivi di

¹⁵¹ COMMISSIONE MATTARELLA, *Relazione*, pp. 63 e 64.

¹⁵² Per il contenuto delle regole, *ibidem*, Allegato 4, pp. 107 ss.

¹⁵³ Per le qualificazioni in materia di concessioni elaborate da dottrina e giurisprudenza, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*. Fino agli anni Ottanta dell'Ottocento prevalsero quelle contrattuali-civilistiche ideate dalla giurisprudenza, che vennero poi superate dalle qualificazioni unilaterali-pubblicistiche elaborate dalla dottrina nel solco dell'ideologia dello Stato amministrativo forte. Queste ultime subirono larghe smentite nel secondo decennio del Novecento, quando la Corte di Cassazione ribadì che la concessione era atto amministrativo unilaterale ma inventò un contratto di diritto privato da aggiungere al provvedimento, ritornando così in parte all'antica vocazione civilistica. Quanto alle ragioni della scelta fra qualificazioni privatistiche e pubblicistiche, le prime sono state fondate soprattutto su motivazioni economiche, ovvero assicurare che l'amministrazione si sottoponesse alle regole dell'equilibrio contrattuale e non trattasse autoritativamente con determinati privati, espressione di forze economicamente dominanti o di una collaborazione insostituibile per lo sviluppo del paese. Le qualificazioni pubblicistiche, viceversa, si sono fondate essenzialmente su premesse di tipo ideologico: la rappresentazione dello Stato forte, che agisce imperativamente.

¹⁵⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2016.

¹⁵⁵ COMMISSIONE MATTARELLA, *Relazione*, p. 36.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

pubblico interesse – e quindi indipendentemente dal fatto che la causa sia imputabile al concedente o al concessionario – il primo deve versare al secondo un indennizzo. Mentre il concessionario è un soggetto unitario, il concedente è solo formalmente un organo singolo: il MIT, che nel 2012 è succeduto all'ANAS (superando così la commistione insita nel riconoscimento al medesimo soggetto tanto del ruolo di concedente che di concessionario della rete gestita dallo Stato)¹⁵⁶. Difatti, la volontà della parte pubblica, tanto al momento di approvazione della convenzione che in quello del suo aggiornamento, si perfeziona solo al termine di procedimenti cui prendono parte diversi soggetti, modificando e integrando aspetti della relazione (tra questi, oltre al MIMS, vi sono il MEF, il Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPESS), il Nucleo di consulenza per l'Attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità (NARS), la Corte dei conti, le Commissioni parlamentari e l'ART)¹⁵⁷. Questa corralità si rinviene anche nella fase di esecuzione del rapporto, in cui molteplici attori esercitano funzioni regolatorie, di vigilanza, controllo e sanzione, dando talvolta luogo a disfunzionali sovrapposizioni di competenze¹⁵⁸. L'elemento che più incide sulla redditività della concessione, la regolazione economica, oggi non è più incardinata nel CIPE ma è rimessa all'ART; quest'ultima è chiamata, infatti, a stabilire i criteri per la fissazione delle tariffe, dei pedaggi e dei canoni, poi applicati dal MIMS ai fini della loro determinazione nei casi concreti¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Cfr. l'art. 36 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, che attribuiva le funzioni di concedente alla istituenda Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali, nonché l'art. 11, comma 5, del d.l. 29 dicembre 2011, n. 216, che ne prevedeva un trasferimento al Ministero in caso di mancata adozione dello statuto dell'Agenzia entro settembre 2012, circostanza verificatesi.

¹⁵⁷ L. SALTARI, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, pp. 1133 e 1135.

¹⁵⁸ Cfr. S. ZUNARELLI e L. DI GIROLAMO, *Il settore autostradale*, in F. Bassan (a cura di), *La regolazione di trasporti in Italia*, Giappichelli, Torino, 2015. A p. 168 denunciano «tutta la peculiarità del quadro regolatorio delle autostrade, che si qualifica per il suo essere multilivello anche per effetto dell'attività dei numerosi regolatori pubblici esistenti, ciascuno dotato di una serie di specifiche competenze di tipo normativo, provvedimento-amministrativo, di controllo, sanzionatorio, para-giurisdizionale, molto spesso prive di un ben delimitato perimetro d'azione a causa, soprattutto, della formulazione dei testi legislativi, non di rado di carattere assai confuso».

¹⁵⁹ L'ART è inoltre chiamata a: garantire condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle reti; definire il contenuto minimo dei diritti che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori delle infrastrutture; determinare i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici; definire gli schemi di concessione dei bandi di gara e gli ambiti ottimali di gestione delle tratte. Per un'analisi dettagliata, *ibidem*.



4. Criticità e prospettive di riforma

Come è stato osservato, le concessioni autostradali non si sono guadagnate finora un posto fra le migliori pagine della nostra storia; la loro situazione attuale è il risultato di fallimenti dello Stato di varia natura, in parte comuni a tutto il settore delle infrastrutture¹⁶⁰.

I principali limiti della governance del settore includono la tendenza a prorogare i rapporti, spesso con lo scopo di consentire la realizzazione di nuovi investimenti a fronte della possibilità di spalmarne i costi su più anni. Tale tendenza ha comportato una lesione dei principi di concorrenza, che ha dato luogo a un teso confronto con l'Europa, e un mantenimento forzoso dello *status quo*, accentuando così le inefficienze già presenti¹⁶¹. Inoltre, si consideri l'insoddisfacente bilanciamento dei diversi interessi in gioco, e più precisamente l'inadeguata tutela di quelli pubblici. Ne sono espressione la presenza di clausole convenzionali di eccessivo favore per i concessionari¹⁶², la mancata assunzione da parte di questi di un effettivo rischio operativo (ridimensionato dai meccanismi di determinazione delle tariffe), come i controversi temi dell'eccessiva redditività delle concessioni¹⁶³ e del sottodimensionamento degli investimenti¹⁶⁴. In alcune occasioni, lo Stato ha cercato di far fronte a questi problemi adottando soluzioni contingenti, talvolta basate su approcci dirigistici che minano gli incentivi degli imprenditori a contrarre – come è accaduto, ad esempio, quando nel 2006 ha modificato per legge gli atti convenzionali.

¹⁶⁰ L. SALTARI e M. SEBASTIANI, *Le concessioni autostradali*, in *Le concessioni di infrastrutture nel settore dei trasporti*, p. 243.

¹⁶¹ CORTE DEI CONTI, deliberazione 18 dicembre 2019, pp. 17 e 119. La Commissione Mattarella ha presentato diverse proposte per superare questa tendenza, come l'inserimento di clausole che scoraggino la gestione oltre la scadenza. Ad esempio, tutti i ricavi conseguiti dopo la scadenza potrebbero essere vincolati fino alla quantificazione dell'indennizzo da subentro al momento del trasferimento dell'autostrada al nuovo operatore (*Relazione*, p. 54 e 55).

¹⁶² *Ibidem*, p. 51 ss.

¹⁶³ Tra i molti, P. SESTITO, *Indagine conoscitiva*, p. 2, che evidenzia la sussistenza di tariffe costantemente in crescita rispetto all'inflazione.

¹⁶⁴ Cfr. G. RAGAZZI, *I signori delle autostrade*, p. 75, che evidenzia come i lavori completati nel 2001-2005 sono stati pari solo al 18% di quanto previsto dalle convenzioni adottate nel 1997-1999. La mancata esecuzione delle opere programmate non va però imputata ai soli concessionari: vanno considerate «le patologie del sistema amministrativo che rallentano le attività produttive, quando esse richiedono autorizzazioni, permessi, nulla osta, oppure rendono problematico e instabile l'affidamento dei lavori...», L. SALTARI, *Un quadro di insieme e spunti per il rilancio del settore in Italia*, p. 322). Per questo, con riguardo alla definizione di clausole che assicurino la realizzazione degli investimenti nei tempi, la Commissione Mattarella ha evidenziato l'esigenza di distinguere se la mancata realizzazione sia o meno imputabile al concessionario (*Relazione*, p. 52).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Un momento di svolta, da salutare con favore, si è avuto con l'istituzione dell'ART, e poi con l'ampliamento delle sue competenze: il quadro regolatorio definito nel 2019, che sarà pienamente attuato nel corso degli anni, dovrebbe contribuire a un miglioramento del sistema.

È indubbio che le cause di molti dei deficit vadano ricercate nella fase delle privatizzazioni, ma questo non implica che la soluzione ai problemi attuali consista in uno "stravolgimento" del sistema tramite il ricorso a gestioni dirette. L'argomento non è tanto quello (pur decisivo, in quanto fattuale e oggettivo) delle ristrettezze del bilancio pubblico, che rendono difficile addossare all'erario il complesso degli enormi investimenti necessari alla manutenzione, al potenziamento e alla gestione delle reti. Il vero tema è che lo slogan "più Stato e meno mercato" che ha animato parte del dibattito politico-mediatico seguito al crollo del ponte Morandi, e che sembra aver influenzato gli ultimi interventi normativi¹⁶⁵, è frutto di rappresentazioni ideologiche che rischiano di distorcere le questioni rilevanti. Nessun modello è buono di per sé, come dimostra peraltro la varietà di soluzioni adottate in Europa¹⁶⁶, e il suo successo o insuccesso dipende dal contesto in cui concretamente è innestato.

In Italia, le privatizzazioni nel comparto autostradale – al contrario di quanto avvenuto in altri settori – non hanno condotto a risultati soddisfacenti, ma i profili problematici non si annidano nella gestione privata di per sé. Nel caso in esame, sono mancati due elementi fondamentali per una riuscita efficace dell'operazione. Da un lato, si è privatizzato con l'obiettivo immediato di "fare cassa", senza rivolgere lo sguardo politico al futuro. Tale miopia ha comportato la mancanza, tra gli altri, di un efficace assetto regolatorio, imprescindibile quando il pubblico arretra da mercati in condizioni di monopolio naturale. Dall'altro lato – e in maniera connessa – le contemporanee assenza di un efficace controllo pubblico e presenza di meccanismi di rinnovo automatico delle concessioni hanno comportato il venire meno di un'adeguata spinta competitiva. Sostanzialmente, sono mancati sia un ruolo forte dello Stato come controllore nel monopolio naturale, sia l'incentivo concorrenziale che solitamente accompagna un'apertura al mercato. Da rilevare, inoltre, che fu proprio al momento delle privatizzazioni che si decise di non rendere ostensibili le convenzioni, non consentendone la pubblicazione sul sito ministeriale¹⁶⁷. Per quanto giustificata dall'esigenza di non rendere di pubblico dominio dati connessi a strategie commerciali,

¹⁶⁵ Cfr. la nota n. 71, relativa alla costituzione di Autostrade dello Stato.

¹⁶⁶ Come notato da F. TUCCI, *La gestione delle autostrade*, p. 3, «L'ampia varietà di modelli di gestione riscontrabili nei vari paesi europei riflette, in qualche misura, il fatto che nessuna analisi è riuscita a dimostrare che esista un modello chiaramente superiore agli altri».

¹⁶⁷ Le convenzioni sono state pubblicate e rese accessibili a partire da febbraio 2018.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

questa strategia ha prodotto nel tempo un'"area grigia"¹⁶⁸ nei rapporti concessori, compromettendo un controllo diffuso e analisi dettagliate.

Un privato che assume l'onere di costruire e gestire un'infrastruttura lo fa in ragione di una prospettiva di profitto e mira a massimizzare il rendimento del proprio investimento. Spetta allo Stato costruire un'architettura istituzionale idonea a fornire agli operatori la possibilità di un adeguato guadagno in presenza di meccanismi di deterrenza a comportamenti opportunistici, suscettibili di danneggiare l'interesse pubblico – in particolar modo in mercati intrinsecamente monopolistici. Lo Stato deve essere in grado di "governare" tanto la fase di negoziazione del rapporto che quella della sua esecuzione, sottoponendola a controlli costanti e stringenti. Prima ancora dell'inerzia dei concessionari nell'assolvimento dei propri obblighi, preoccupa la debolezza del settore pubblico nell'esercizio dell'attività di controllo, che rischia di essere propedeutica alla prima.

Occorre affrontare i problemi del sistema di vigilanza, superando la presenza di atti convenzionali estremamente eterogenei tra loro¹⁶⁹, nonché rafforzando le capacità tecnico-amministrative del MIMS¹⁷⁰ ed elaborando una migliore definizione delle competenze dei molteplici organi pubblici a vario titolo coinvolti. Altrettanto importante è "aprire" il mercato; se la concorrenza non può essere assicurata durante lo svolgimento dei rapporti, è imprescindibile che lo sia al momento della loro scadenza, al fine di conformare il settore alle regole europee e tutelare i diritti degli utenti. Più in generale, servono visioni di lungo periodo, nonché la capacità di monitorare costantemente l'efficacia delle scelte fatte e quella di adottare i correttivi che dovessero risultare necessari.

La triade che conduce a uno sviluppo virtuoso è composta da un buono Stato, un buon mercato e una buona società civile. La "bontà" dello Stato è però prerequisito per quella delle imprese, da questo regolate e controllate, e della società civile, che lo Stato è chiamato ad istruire. In presenza dei presupposti indicati, e quindi di un "buono" Stato, la gestione indiretta può generare benefici per tutti i soggetti coinvolti, rappresentando un mezzo strategico di cooperazione tra pubblica amministrazione e privati per la messa a disposizione di servizi alla collettività.

¹⁶⁸ CORTE DEI CONTI, deliberazione 18 dicembre 2019, p. 23.

¹⁶⁹ Cfr. COMMISSIONE MATTARELLA, *Relazione*, pp. 63 ss., che ritiene che l'introduzione di una nuova standardizzazione delle convenzioni assicurerebbe una maggiore capacità di vigilanza sull'attuazione dei contratti, oltre che una limitazione della discrezionalità nella loro redazione e dei rischi di contenzioso futuro.

¹⁷⁰ Come riconosciuto dallo stesso Ministero, i problemi dipenderebbero anche dalla scarsità del personale dedicato (CORTE DEI CONTI, deliberazione 18 dicembre 2019, p. 18).



L'università libera prigioniera della Cassazione criogenica* **Perché la tesi della natura di ente pubblico non economico è ormai superata**

di Aldo Sandulli

3 Agosto 2024

Abstract: La sentenza n. 5075 della Corte di cassazione, Sez. Tributaria, del 26 febbraio 2024, ha stabilito che le università non statali o libere devono essere classificate come enti pubblici non economici. Questo contributo analizza tale pronuncia, evidenziando come essa si discosti dal contesto evolutivo del sistema educativo e giuridico contemporaneo. La sentenza sembra trascurare le significative trasformazioni che hanno interessato il sistema universitario nazionale negli ultimi trent'anni, rendendo oltremodo complessa l'individuazione di una risposta adeguata alla questione della natura giuridica delle università non statali o libere. Un problema che è ulteriormente aggravato dalla mancanza di un aggiornamento normativo organico che rifletta le nuove realtà istituzionali e gestionali delle università non statali.

Judgment No. 5075 of the Court of Cassation, Tax Section, of 26 February 2024, established that non-state or free universities must be classified as non-economic public entities. This contribution analyses this ruling, highlighting how it departs from the evolutionary context of the modern educational and legal system. The ruling seems to overlook the significant transformations that have affected the national university system over the last thirty years, making it extremely complex to find an adequate answer to the question of the legal nature of non-state or free universities. A problem that is further aggravated by the lack of an organic regulatory update reflecting the new institutional and management realities of non-state universities.

Sommario: 1. Una pronuncia fuori dallo spazio-tempo. - 2. Una sentenza con quattro argomenti e due errori. - 3. Sulla presunta natura di ente pubblico non economico dell'università libera. - 4. L'università non statale e la competizione culturale. - 5. I rischi delle geometrie variabili prive di punti di riferimento.

* Rielaborazione della relazione tenuta al seminario su Università non statali di comunità tra pubblico e privato. Dibattito intorno a una sentenza della Cassazione, organizzato dalla CRUI (Roma, Piazza Rondanini 48, 3 luglio 2024). Articolo sottoposto a *double blind peer review*.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

1. Una pronuncia fuori dallo spazio-tempo

La sentenza della Corte di cassazione, Sez. tributaria, 26 febbraio 2024, n. 5075, ha sostenuto, in seno a una questione concernente la detassabilità di contributi del personale tecnico amministrativo, la natura giuridica di enti pubblici non economici delle università non statali o libere¹⁷¹.

In questo scritto ci si intende fermare sulla questione del regime giuridico delle università non statali, prescindendo dalla specifica questione tributaristica e lavoristica della detassazione¹⁷².

Con la sentenza in oggetto, la Cassazione pare collocarsi fuori dallo spazio-tempo, sostanzialmente bypassando le trasformazioni prodotte nell'ultimo trentennio sul sistema universitario nazionale¹⁷³, prime fra tutte quelle derivanti dal diritto dell'Unione europea.

Le università non statali o libere hanno, oggi, natura prevalentemente privatistica, semmai con colorazioni cangianti in alcune aree, secondo la nota tesi funzionale e cangiante, a geometrie variabili, del Consiglio di Stato¹⁷⁴. Se fossero enti pubblici, esse dovrebbero godere di una pluralità di benefici che invece l'ordinamento giuridico nega loro, come si è tentato di dimostrare in altra sede¹⁷⁵. La natura pubblica di tali università rischia così di tradursi in un letto di Procuste: esse sarebbero vincolate a una quantità consistente di lacci burocratici, senza comunque poter aspirare ai benefici

¹⁷¹ Sulla denominazione di università libera, si v. M. RAMAJOLI, *Sulla natura giuridica delle università libere*, in A. MARRA (a cura di), *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 111 ss.

¹⁷² Si rinvia, per un'analisi più approfondita sul caso concreto, a M. PERSIANI, *A difesa della libertà delle università libere*, in corso di pubblicazione.

¹⁷³ Sul sistema universitario la letteratura è vastissima, per cui ci si limita qui alle pubblicazioni degli anni Duemila. Lo spartiacque normativo è costituito dalla legge n. 240/2010. Prima di essa, v., tra gli altri, W. GASPARRI, *Università degli Studi*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2000, pp. 617 ss.; R. FINOCCHI GHERSI, *Le università*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II: *Diritto amministrativo speciale* (II ed.), Milano, Giuffrè, 2003, pp. 1349 ss.; F. MERLONI, *Università*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 6103 ss.; M. DUGATO, G. PIPERATA, *Università degli studi: I) Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, Roma, Treccani, 2007, pp. 1 ss.; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive e proposte*, Torino, Giappichelli, 2009; A. GRAZIOSI, *L'università per tutti. Riforme e crisi del sistema universitario italiano*, Bologna, il Mulino, 2010. Successivamente a tale legge v., tra gli altri, G. PIPERATA (a cura di), *L'università e la sua organizzazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; A. SANDULLI, *Il cantiere giuridico dell'università*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 635 ss.; C. BARBATI, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Torino, Giappichelli, 2019; A. MARRA, *Università e ricerca scientifica*, in *Enc. dir., I tematici*, vol. III, *Funzioni amministrative*, a cura di B.G. MATTARELLA & M. RAMAJOLI, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 1235 ss.

¹⁷⁴ Cons. Stato, sez. VI, 28 luglio 2016, n. 3403. Sulle geometrie variabili, v. anche, in precedenza, la sentenza sul CINECA: Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660.

¹⁷⁵ Sia consentito rinviare ad A. SANDULLI, *La natura giuridica dell'università libera e il discrimen rispetto alle università statali*, in *Lo Stato*, 2022, pp. 269 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

correlati alla pubblicità. Mentre invece esse dovrebbero essere lasciate libere di ricercare la propria dimensione in forza del carattere che è loro costituzionalmente proprio: l'autonomia funzionale e organizzativa, carattere naturale e costituzionale di tali atenei, non dipendendo l'estensione o la limitazione dell'autonomia, come per le università statali, dalla grazia ricevuta dal legislatore in virtù dell'ultimo comma dell'art. 33 Cost.¹⁷⁶.

2. Una sentenza con quattro argomenti e due errori

La sentenza n. 5075/2024 della Sezione tributaria, si è detto, propende per la natura di ente pubblico non economico delle università libere.

Quali sono gli argomenti che la sentenza spende per dimostrare tale natura?

In primis, sarebbero rinvenibili alcuni indicatori relativi alla natura pubblica dell'ente: le finalità perseguite, i controlli subiti, i finanziamenti pubblici ricevuti.

In secondo luogo, il rapporto di lavoro dei dipendenti dell'università libera sarebbe devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In terzo luogo, vi è un passaggio poco chiaro, dal quale si potrebbe intendere che le università libere rientrino nella nozione di pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001.

Infine, le università non statali non svolgerebbero attività economica rivolta al mercato e diretta alla produzione di utili.

La prima e l'ultima ragione non reggono più al trascorrere del tempo, mentre la seconda e la terza sono errori di diritto. Tanto più gravi in quanto la Suprema Corte opera in funzione nomofilattica.

È opportuno avviare l'analisi da questi ultimi.

La sentenza della Cassazione sostiene che «I rapporti di lavoro dei loro dipendenti [n.d.r.: delle università libere] devono essere conosciuti dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva» (pag. 5). A sostegno di questa affermazione si richiama una sentenza delle Sezioni unite della Cassazione di quasi trent'anni fa¹⁷⁷.

Ora, come è noto, dopo la riforma del 1993, il regime di pubblico impiego (che interessa alcune specifiche categorie di dipendenti pubblici: magistrati, prefetti,

¹⁷⁶ Sull'autonomia universitaria, si v., tra gli altri, S. CASSESE, *L'autonomia delle università nel rinnovamento delle istituzioni*, in *Foro it.*, 1993, V, pp. 82 ss.; F. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, Giuffrè, 1990; S. CASSESE, *L'Università e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, pp. 755 ss.; F. MERLONI, *Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle università e degli enti di ricerca non strumentale*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 581 ss.; A. SANDULLI, *Autonomia "negata" e autonomia "abusata" nelle università*, in *Munus*, 2017, n. 3, V ss.

¹⁷⁷ Cass., sez. un., 5 marzo 1996, n. 1733.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

ambasciatori, militari e forze di sicurezza, vigili del fuoco, ecc.), implicante la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, è rimasto soltanto per i professori universitari, a prescindere dal fatto che essi lavorino per università statali o non statali. Ciò dipende, però, dalla garanzia della libertà di insegnamento di cui all'art. 33, primo comma, della Costituzione. Quindi, è dovuto allo status di professore universitario e al regime giuridico che la Carta costituzionale ha disegnato per esso, ribadito dalla legge n. 240/2010.

Le controversie del personale tecnico-amministrativo delle università, invece, siano esse statali e non statali, a partire dal 1993 sono decise dal giudice ordinario, dal giudice del lavoro più precisamente. Per le università statali, perché si tratta di rapporto di lavoro privatizzato, di cui al d.lgs. n. 165/2001; per le università libere o non statali perché il datore è un soggetto privato che eroga un servizio pubblico a carattere sociale. La Cassazione ha operato, pertanto, in modo superficiale: la massima del 1996 è stata riportata pedissequamente, senza ragionare sul fatto che la fattispecie concerneva una situazione di fatto precedente alla riforma del 1993 e, quindi, relativa a un regime giuridico non più esistente da oltre trent'anni¹⁷⁸.

Ancora più grave è l'errore in cui pare incorrere la Cassazione in un passaggio criptico della sentenza (pag. 4). Qui la Corte sembra sostenere che le università non statali rientrino nella nozione di pubblica amministrazione per elencazione di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001.

Se fosse così (ma il passaggio non è chiarissimo), si tratterebbe un evidente abbaglio, perché è vero che l'art. 1 del 165 fa riferimento, in senso ampio, alle «istituzioni universitarie», ma la Cassazione non ha tenuto conto che la legge n. 196 del 2009, istitutiva dell'elenco ISTAT, ha, da un lato, richiamato espressamente il 165/2001, dando luogo a un rapporto di *genus a species*, e, dall'altro, precisato meglio quali siano gli enti di istruzione terziaria contemplati dal decreto n. 165. Secondo la legge n. 196, infatti, essi sono «università e istituti di istruzione universitaria pubblici», con ciò restringendo in modo consistente il campo soggettivo. Ne deriva che ciò che oggi non è nell'elenco ISTAT non rientra nella nozione di pubblica amministrazione per elencazione. E nessuna università non statale è contenuta nell'elenco. Non ci sono più neppure l'Università di Bolzano, quella della Valle d'Aosta ed Enna Kore, che sarebbero gli atenei non statali con i maggiori indicatori pubblicistici.

Questo cenno ad alcuni specifici atenei non statali è opportuno, perché il legislatore e il giudice sono usi mettere tutte le università non statali in un unico calderone, ma, in realtà, esse non costituiscono una categoria omogenea. La nozione di università non

¹⁷⁸ La cosa che colpisce di più è che la Corte ha riportato questa errata tesi, ma poi non l'ha utilizzata sul piano argomentativo, seguendo invece altro tipo di percorso motivazionale.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

statale nasce per sottrazione rispetto alle altre categorie di università. Esse sono qualcosa di diverso dalle università statali, da un lato, e dalle università telematiche¹⁷⁹, dall'altro. Ma ciascuna università libera ha caratteristiche proprie: sul piano dell'origine storica, su quello dell'ente fondatore alle spalle, sul modo di radicarsi con il territorio e con la società, ecc. Sono, quindi, più un arcipelago frammentato che una nozione omogenea¹⁸⁰.

3. Sulla presunta natura di ente pubblico non economico dell'università libera

Si passi, a questo punto, all'argomento principale, relativo alla natura di ente pubblico non economico. Gli indici della pubblicità sarebbero, per la Cassazione, le finalità perseguite, i controlli subiti, i finanziamenti pubblici ricevuti.

Innanzitutto, va ricordato che i riferimenti normativi ai quali si affida la Cassazione sono assai risalenti: il t.u. n. 1592/1933 e la legge n. 243/1991. Le università non statali scontano anche la pigrizia del legislatore a prendere in mano la situazione e predisporre un organico Codice delle leggi dell'università che sia adeguato ai tempi correnti, come è stato fatto per l'ambiente, per i contratti pubblici, per le espropriazioni, ecc.

La posizione della Sezione tributaria non è affatto isolata, perché i precedenti sono molti (pur con talune pronunce in controtendenza). Si segnala, tra le tante, la sentenza della Cass., sez. lavoro, 29 novembre 2022, n. 35122, secondo cui va «escluso che la Libera Università sia un ente privato. Costituisce orientamento risalente e mai contraddetto di questa S.C. quello per cui le Libere Università, essendo regolate dall'ordinamento dell'istruzione superiore (R.d. 31 agosto 1933, n. 1592, art. 1, co. 2, n. 2) ed essendo caratterizzate da scopi, struttura organizzativa e poteri amministrativi del tutto analoghi a quelli delle università statali, hanno natura di ente pubblico non economico (in questo senso Cass., S.U., 11 marzo 2004, n. 5054, quanto all'Università Luiss; Cass., S.U. 29 ottobre 1974, n. 3253, e successive conformi, quanto all'Università Bocconi; Cass., S.U., 16 febbraio 1977, n. 691, quanto all'Università Cattolica). La costanza di tale orientamento consente di rinviare alle motivazioni di cui alle citate pronunce, con particolare riferimento a Cass., S.U., 5054/2004 ove si reperisce la precisazione per cui esso va confermato anche in ragione della successiva disciplina di cui al d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, ed alle leggi 9 maggio 1989, n. 168,

¹⁷⁹ Sulla natura giuridica delle università telematiche v., tra gli altri, A. Ridolfi, *L'università pubblica e l'università privata*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, Jovene, 2014, pp. 491 ss.; F. SCIARRETTA, *Le Università telematiche tra dimensione costituzionale, diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, il Mulino, 2015.

¹⁸⁰ Sia consentito rinviare ad A. SANDULLI, *L'arcipelago delle università non statali*, in *Munus*, 2015, pp. 609 ss.; Id., *La natura giuridica dell'università libera e il discrimen rispetto alle università statali*, in *Lo Stato*, pp. 269 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

7 agosto 1990, n. 245, e 19 novembre 1990, n. 341».

La tesi della Cassazione è suscettibile di critica.

Certo, vi sono sintomi che fanno pensare a elementi di pubblicità degli enti. Il riconoscimento delle università è opera dello Stato e, in particolare, avviene con decreto ministeriale. È lo Stato, dunque, che decide l'ampiezza e i caratteri della nozione di *universitas* (ma è lo Stato stesso che adesso ha allargato questa nozione a enti privati che operano a fini di lucro, gli atenei telematici) e che istituisce le università e le autorizza a rilasciare titoli di studio aventi valore legale. Allo stesso modo, lo Stato potrebbe decidere di sopprimere un ateneo non statale: ad esempio, qualora l'ANVUR valutasse negativamente la didattica e la ricerca. Ma ciò potrebbe essere determinato più dal profilo funzionale (il fatto che tali università rilasciano titoli di studio aventi valore legale) che da quello relativo al regime giuridico degli atenei¹⁸¹.

Già nel 1994, esattamente trent'anni fa, Leonardo Ferrara, in un bel saggio¹⁸², aveva sostenuto come già allora non fosse più possibile ricostruire la nozione di *universitas* sulla base di una sorta di riserva costituzionale di ente pubblico, come era avvenuto nella parte centrale del Novecento.

E quest'idea esce profondamente rafforzata dall'influenza del diritto europeo, che, come sappiamo, ha un approccio soggettivo neutrale, mentre guarda molto più attentamente al profilo oggettivo, al tipo di funzione perseguita.

Non a caso, una tra le aree su cui si è esercitata la giurisprudenza per le università non statali è stata quella dei contratti pubblici e, in particolare, sulla loro possibile qualifica di organismo di diritto pubblico.

Talune decisioni hanno qualificato le università non statali legalmente riconosciute quali organismi di diritto pubblico (la sentenza del Consiglio di Stato del 2012 sull'Università Cattolica del Sacro Cuore per l'acquisto di ambulanze¹⁸³; quella del 2015 sul CINECA e l'affidamento dei servizi informatici¹⁸⁴), imponendo le procedure di evidenza pubblica di derivazione comunitaria per la scelta del contraente. Per tale filone giurisprudenziale, esse rientrerebbero, pertanto, nella nozione di

¹⁸¹ Per un'acuta ricostruzione della disciplina v., in particolare, F. GIGLIONI, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, in G. PIPERATA (a cura di), *L'università e la sua organizzazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 37 ss. Sul piano più generale v. anche C. BARBATI, *La natura e il regime giuridico delle università e degli enti pubblici di ricerca*, in G. Catalano (a cura di), *L'inquadramento fiscale delle università e degli enti di ricerca. Vincoli e opportunità*, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 15 ss.

¹⁸² L. FERRARA, *Le università "libere": enti pubblici di dubbia costituzionalità o enti privati autorizzati?*, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 276 ss.

¹⁸³ Cons. Stato, sez. III, 30 ottobre 2012, n. 5522.

¹⁸⁴ Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

“amministrazione aggiudicatrice”, assoggettata al rispetto del Codice dei contratti pubblici.

In senso contrario, pur in presenza di taluni sintomi pubblicistici, si sono schierate alcune pronunce che hanno evidenziato come gli stessi non siano sufficienti, di per sé, per una qualificazione pubblicistica di tali soggetti, dovendosi invece «tendere a garantire ed assecondare le aspirazioni delle figure soggettive, sorte nell'ambito dell'autonomia privata, di vedersi riconosciuta l'originaria natura, nel rispetto della volontà espressa dai soci fondatori», «essendo tale esigenza imposta dal principio pluralistico che ispira nel suo complesso la Costituzione garantendo le iniziative private anche in ambiti di interesse pubblico».

In relazione a questo orientamento, il *leading case* non ha prodotto sentenza, ma il fondamentale parere del Consiglio di Stato sulla LUMSA¹⁸⁵, secondo cui l'università non statale può procedere alla stipula di contratti di lavori, servizi e forniture senza necessità del previo esperimento di procedure di evidenza pubblica. Questo sul presupposto della sua natura di ente di diritto privato e non di ente pubblico non economico. In particolare, ad avviso del Consiglio di Stato, la LUMSA non può essere considerata un organismo di diritto pubblico, difettando del requisito dell'influenza pubblica dominante. Il contributo finanziario pubblico che l'ente riceve è infatti di minima entità; è presente nel Consiglio di amministrazione, formato da undici membri, un solo componente pubblico e nessun componente pubblico è presente nell'organo di vigilanza; infine, l'ente non è soggetto al controllo statale della gestione, poiché la vigilanza ministeriale e gli altri poteri previsti dalla legge speciale costituiscono un potere di vigilanza estrinseca e formale e non integrano quel controllo intrinseco e sostanziale sulla gestione che è richiesto ai fini della sussistenza di questa particolare modalità di manifestazione del requisito della dominanza pubblica.

Questo indirizzo è molto interessante, perché compie un'indagine molto approfondita sugli indicatori del singolo ateneo, per cui propende per un regime giuridico tessuto in modo sartoriale sull'ente di volta in volta monitorato.

In relazione ad altre aree, l'indirizzo prevalente, al momento, è invece quello contemplato dalla nota sentenza del Consiglio di Stato del 2016¹⁸⁶, secondo cui la qualificazione di ente pubblico non può essere fissa e immutabile, ma va identificata, di volta in volta, sulla base di criteri dinamici e funzionali. Si stabilisce, quindi, il carattere cangiante della nozione di ente pubblico, per cui «Si ammette senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri

¹⁸⁵ Cons. Stato, Ad. Comm. spec., 26 ottobre 2018, n. 2427.

¹⁸⁶ Cons. Stato, sez. VI, 28 luglio 2016, n. 3403.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

istituti regimi normativi di natura privatistica». In sostanza, sulla scorta del diritto dell'Unione europea, la natura pubblica o privata di un ente va valutata non per sempre, ma in relazione alla singola funzione, alla singola materia. E, d'altra parte, questo indirizzo è perfettamente in linea proprio con l'idea europea della indistinzione e neutralità della natura soggettiva, perché, ai sensi della disciplina europea, non bisogna guardare alla natura del soggetto, ma alla natura dell'attività da esso svolta e, quindi, sulla base del profilo oggettivo.

4. L'università non statale e la competizione culturale

Circa l'ultimo punto, quello per cui le università non statali non svolgerebbero attività economica rivolta al mercato e diretta alla produzione di utili, ci si limita a poche considerazioni assertive.

Si precisa, innanzitutto, che non ci si basa, sul piano argomentativo, sul parere del Consiglio di Stato del 2019¹⁸⁷, il quale, come è noto, si è espresso nel senso che la disciplina vigente non osti all'acquisizione della forma di società di capitali da parte delle università non statali (in realtà, il quesito riguardava più l'esigenza di università telematiche ispirate al fine di lucro), pur auspicandosi l'intervento del legislatore al fine di adattare la disciplina universitaria all'ingresso di tale forma giuridica. Questo parere è rimasto pressoché isolato: se concretamente applicato, esso avrebbe l'effetto di trasformare il sistema universitario in un vero e proprio mercato, con le università telematiche che potrebbero spingere per una concorrenza che sarebbe probabilmente al ribasso¹⁸⁸.

Pare non plausibile neppure la congettura, che pure è stata affacciata, della natura di ente pubblico economico e, quindi, di impresa pubblica, perché le università libere perseguono, in modo del tutto naturale e vocazionale, finalità di carattere sociale, in quanto parte essenziale del sistema di istruzione terziaria disegnato dalla Costituzione¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Cons. Stato, sez. consultiva atti normativi, 14 maggio 2019, n. 1413.

Su tale controverso parere del Consiglio di Stato v., tra gli altri, F. AULETTA, *L'Università come "esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili": lezioni americane su online e for-profit legal education*, in *Corr. giur.*, 2019, pp. 1527 ss.; M. COPPOLA, *Libere Università e forma societaria: un connubio possibile*, in *Riv. Corte conti*, 2020, pp. 288 ss.; M. LAVATELLI, *L'università e il ricorso alle forme privatistiche*, in A. MARRA (a cura di), *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, cit., pp. 133 ss.; C. MARI, *I nuovi lineamenti organizzativi delle università non statali*, in *Nomos*, 2021, n. 1, pp.1 ss.; A. SANDULLI, *L'università da sistema a mercato*, in *Munus*, 2021, pp. 289 ss.

¹⁸⁸ Si v., sul punto, tra gli altri, F. ELEFANTE, *University Business in Italy. Tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi*, in *Munus*, 2015, pp. 159 ss.

¹⁸⁹ M. PERSIANI, *A difesa della libertà delle università libere*, cit.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Ma a una conclusione opposta rispetto a quella della Cassazione si può comunque giungere attraverso altre strade.

Innanzitutto, non vi è alcun dubbio che le università non statali svolgano attività competitiva, poiché competono sia con le statali sia tra loro per attrarre studenti, aumentare le iscrizioni, implementare la qualità e l'internazionalizzazione degli iscritti. Ma la competizione tra tali soggetti avviene sul piano culturale, per la qualità del loro indirizzo e per l'impronta culturale e, talvolta, anche educativa che essi si impegnano a disseminare.

Va anche sottolineato che le tasse di iscrizione, come è noto, costituiscono la principale entrata per gli atenei non statali, a fronte di un finanziamento pubblico in larga parte irrisorio. La finalità sociale dell'ente non esclude affatto la competizione culturale tra atenei: competere in seno a un sistema misto a carattere sociale è cosa ben diversa rispetto alla concorrenza tra operatori economici in un mercato libero o regolato.

Inoltre, il fatto che non vengano ripartiti utili tra i soci, non significa affatto che tali atenei non possano produrre utili, da reinvestire nelle attività core per l'ente.

Argomento ancora più tranchant è il seguente. Se la natura delle università non statali fosse pubblica, la preoccupazione del pareggio di bilancio o della produzione di utili non sarebbe questione di vita o di morte per le università non statali, perché comunque non potrebbero fallire. Uno tra i principali indicatori della pubblicità di un ente, infatti, è la sua necessità nell'ordinamento giuridico e, quindi, il fatto che quell'ente non possa essere soggetto alle procedure concorsuali ed esecutive. Se invece è suscettibile di fallimento, significa che l'ente è privato (semmai, come detto in avvio, con qualche colorazione cangiante in relazione ad alcune specifiche aree).

Si conclude sottolineando come la spinta competitiva tra atenei paia acuirsi anche sul versante della ricerca scientifica e dei relativi finanziamenti, con la crescente estensione della nozione di organismo di ricerca e diffusione della conoscenza, la quale, sulla base del diritto UE, investe anche i soggetti privati¹⁹⁰.

5. I rischi delle geometrie variabili prive di punti di riferimento

Si è visto in precedenza che l'orientamento che attualmente gode di maggiore apprezzamento presso il giudice amministrativo è quello delle geometrie variabili e della natura funzionale cangiante delle università libere, che ha il *leading case* nella citata sentenza del Consiglio di Stato del 2016 (la n. 3403).

Quest'ultima ricostruzione ha indubbi punti di forza: risponde bene alla logica sostanzialistica del diritto dell'Unione europea; consente di partire dalla funzione e poi

¹⁹⁰ Importante, al proposito, è la sentenza della Corte di giustizia UE, Quarta sezione, 13 ottobre 2022, C.164/21 e C-318/21.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di calarla sul soggetto; non fornisce una soluzione rigida e stereotipata, ma richiede un adattamento di carattere oggettivo.

Anche da parte delle università libere vi sono ragioni che depongono in favore di tale indirizzo. Prima fra tutte la logica opportunistica di poter trarre vantaggio dal trovarsi nella terra di mezzo e vantare la natura pubblica o quella privata, a seconda delle circostanze.

Quest'ultimo atteggiamento, peraltro, non ha premiato molto nel corso degli ultimi decenni, perché il decisore pubblico (in particolare, l'autorità amministrativa), in caso di incertezza interpretativa, tende a preferire, anche per non correre il rischio di essere sottoposto al giudizio della Corte dei conti, la soluzione più restrittiva, che opta per la natura pubblica quando vi è da sottoporre l'università libera a un vincolo pubblicistico e per quella privata quando invece vi sarebbe da far accedere la medesima università a un beneficio.

La debole certezza del diritto, in effetti, è il punto di debolezza della tesi delle geometrie variabili, perché si può essere tutto e il contrario di tutto a seconda della sensibilità dell'interprete.

Certo, non si può tornare verso le interpretazioni assolutiste, tipo quella della sentenza della Cassazione esaminata in questo scritto, per cui l'università libera deve essere intesa, per sempre, quale ente pubblico non economico.

Ne deriva che la soluzione più equilibrata pare essere quella seguita dal parere LUMSA del 2018, innanzi citato, per cui deve essere compiuta un'analisi molto in dettaglio che parte dalla funzione e si cala sul soggetto (secondo la tesi della natura cangiante, quindi), ma poi conosce anche una seconda fase, che va ad esaminare le caratteristiche proprie di ciascun soggetto, per valutare se vi sia in concreto influenza pubblica dominante (quale sia la quantità di finanziamenti pubblici; quale sia l'assetto di governance dell'ente fondatore e dell'ateneo; se vi siano modalità di controllo e vigilanza pubblici sull'ateneo, ecc.).

È soltanto in questo modo, valorizzando la concezione di arcipelago delle università libere e mixando le interpretazioni oggettive con quelle soggettive, che si può tentare di fornire una risposta scientificamente adeguata al tema della natura giuridica dell'università non statale o libera.

E si potrà giungere alla conclusione anticipata in avvio, per cui l'università libera è un ente con finalità sociali ma con approccio manageriale, più privato che pubblico, seppur, in relazione a talune funzioni e al rinvenimento di requisiti soggettivi, sottoponibile a regole pubblicistiche.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

L'ultima accelerazione dell'azione amministrativa nella conferenza di servizi

di Luca Golisano*

23 Settembre 2024

Abstract: La conferenza di servizi, uno dei principali istituti di semplificazione amministrativa, dovrebbe consentire un'accelerazione dell'azione amministrativa, senza però sacrificare le esigenze di un'adeguata istruttoria degli interessi coinvolti e di un pieno confronto tra le diverse amministrazioni. La sua disciplina è stata sensibilmente riformulata in questi ultimi anni al fine sempre di una maggiore speditezza dell'azione amministrativa e nell'ottica anche di garantire la tempestiva attuazione degli investimenti previsti nel Pnrr. Rispetto alle diverse innovazioni di questi anni, questo scritto intende soffermarsi su tre specifiche disposizioni. In primo luogo, l'art. 13, d.l. n. 76/2020, poi più volte modificato nel corso degli anni, che ha introdotto la cosiddetta conferenza accelerata o straordinaria, la quale si caratterizza per una riduzione dei relativi termini procedurali. In secondo luogo, l'art. 21-decies, l. n. 241/1990, introdotto sempre dal d.l. n. 76/2020, che prevede un procedimento semplificato per la riadozione di provvedimenti in materia ambientale qualora siano stati annullati per vizi inerenti ad atti adottati nell'ambito dei relativi procedimenti. In terzo e ultimo luogo, l'art. 2, comma 8-bis, l. n. 241/1990, introdotto anch'esso dal d.l. n. 76/2020, che dispone l'inefficacia degli atti tardivi anche quando adottati dalle amministrazioni in sede di conferenza di servizi. L'analisi di tali norme consentirà sia di esaminare come viene oggi promossa la semplificazione amministrativa, sia di immaginare la possibile evoluzione della disciplina dettata per la conferenza di servizi.

The Services Conference represents a pivotal institution in advancing administrative simplification policies. Its primary objective is to reduce the time required for administrative procedures while ensuring collaboration between administrations, as well as safeguarding the interests involved. In recent years, the Services Conference has undergone significant reforms aimed at speeding up even more procedures and ensuring the timely implementation of investments under the National Recovery and Resilience Plan. This paper examines three main innovations that have notably impacted the Services Conference. First, the so-called accelerated or extraordinary Services Conference, which features reduced deadlines for its conclusion. Second, the streamlined re-adoption procedure for environmental measures that have been annulled due to procedural irregularities. Third, the recent provision declaring that delayed acts by administrative bodies are rendered ineffective, even within the Services Conference. An examination of these innovations provides insights into current efforts to promote administrative simplification and suggests potential future developments for the regulation of the Services Conference

* Assegnista di ricerca presso l'Università Luiss Guido Carli di Roma. Contributo sottoposto a blind peer review.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Sommario: 1. Rilevanza e natura della conferenza di servizi. – 2. L'introduzione e la riformulazione della conferenza di servizi accelerata. – 2.1 La formulazione originaria della conferenza accelerata. – 2.2. Le successive novelle all'art. 13, d.l. n. 76/2020. – 3. L'introduzione nella l. n. 241/1990 dell'art. 21-*decies* sulla riedizione del potere amministrativo. – 4. L'inefficacia, *ex art. 2, co. 8-bis*, l. n. 241/1990, delle determinazioni tardive nella conferenza di servizi. – 5. Scenari presenti e futuri nella conferenza di servizi.

1. Rilevanza e natura della conferenza di servizi.

La conferenza dei servizi costituisce uno dei più rilevanti istituti di semplificazione amministrativa.

Come noto, la conferenza consente di concentrare in un unico procedimento le valutazioni che diverse amministrazioni devono svolgere in merito alla possibile incidenza di un'iniziativa su una pluralità di interessi pubblici, i quali sono soggetti al contestuale bilanciamento da parte di tutti gli enti coinvolti¹⁹¹.

L'istituto, dunque, mira a rafforzare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa e, a rigore, interessa direttamente il *modus operandi* delle amministrazioni a differenza di altri istituti di semplificazione amministrativa, quali ad esempio il silenzio-assenso, le autocertificazioni e la Segnalazione certificata di

¹⁹¹ A tale conclusione circa la *ratio* della conferenza di servizi giunge una dottrina pressoché unanime e spesso ciascun autore finisce per porre l'accento sui medesimi profili. Ad esempio, L. BISOFFI, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *federalismi.it*, fasc. 1, 2019, p. 5, intravede dietro la disciplina della conferenza la necessità di contemperare in concreto una pluralità di interessi non bilanciabili a monte dal legislatore. In termini simili, L. TORCHIA, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 7, 1997, p. 676, parla della "concentrazione delle diverse operazioni in un unico esame contestuale", e S. AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche: una sentenza "passatista" del Consiglio di Stato disattesa dal T.A.R. Salerno*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 4, 2021, p. 451, individua la funzione della conferenza di servizi proprio nel "costituire la sede di rappresentazione, prima, e di composizione, poi [...] degli interessi pubblici [...] - e privati". Diversamente, G. GARDINI, *La conferenza di servizi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 5, 2005, pp. 484 ss., evidenzia principalmente la natura acceleratoria della conferenza in vista di una riduzione del termine di conclusione dei procedimenti. In aggiunta, per R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, XIV ed., Neldiritto, Molfetta, 2020, p. 903, la conferenza di servizi sarebbe un modello di codecisione, riconducibile a politiche di semplificazione e accelerazione dei processi decisionali, "che consente di superare il frazionamento delle competenze amministrative". Simili riflessioni si rinvencono anche nella giurisprudenza amministrativa, ad esempio secondo il Consiglio di Stato in Cons. St., sez. IV, 31 ottobre 2022, n. 9429, e in Id., sez. VII, 21 agosto 2023, n. 7845, la conferenza "in quanto modulo di semplificazione procedimentale, rappresenta un luogo di sintesi degli interessi che si confrontano nel procedimento; la complessità del procedimento, dovuto alla presenza di interessi concorrenti, primari e secondari, pubblici e privati, suggerisce il ricorso al modulo procedimentale".



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Giuseppe - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

inizio attività (Scia)¹⁹².

Detti istituti, invero, più che introdurre soluzioni procedurali e organizzative volte ad efficientare l'azione amministrativa, sembrano rispondere al diverso obiettivo di impedire che eventuali ritardi o inerzie delle amministrazioni possano precludere l'avvio delle iniziative economiche private. In altri termini, tali istituti non intervengono sulle cause dell'inefficienza dell'azione amministrativa ma, più semplicemente, rimuovono il problema stesso dell'amministrazione, consentendo l'avvio delle attività private anche in assenza di un espresso controllo della medesima¹⁹³.

La conferenza di servizi, viceversa, avendo ad oggetto il coordinamento delle attività di più amministrazioni¹⁹⁴, dovrebbe consentire il superamento di tutti quegli inutili aggravii procedurali e duplicazioni senza però escludere, almeno in linea teorica, la necessità di una valutazione e di una piena istruttoria da parte delle stesse amministrazioni¹⁹⁵.

¹⁹² Si potrebbe obiettare che la Scia è espressione di una politica di liberalizzazione e non di semplificazione, come di recente ricordato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 45 del 13 marzo 2019. In realtà, la natura semplificatrice o liberalizzatrice della Scia è tutt'ora oggetto di dibattito in dottrina e per una ricapitolazione delle diverse posizioni sul punto sia consentito rinviare a L. GOLISANO, *La Scia edilizia, ovvero del controllo soltanto eventuale a tutela dell'interesse pubblico*, in *amministrativ@mente*, fasc. 4, 2023, pp. 11 ss., ove si tenta di sostenere la natura ibrida della Scia in quanto equidistante dalle politiche di semplificazione e liberalizzazione propriamente dette.

¹⁹³ A titolo esemplificativo, con riferimento rispettivamente alla Scia e al silenzio-assenso endoprocedimentale di cui all'art. 17-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, B. G. MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 12, 2010, p. 1328, e A. POLICE, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in A. RALLO e A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 33, parlano di misure volte ad aggirare, anziché risolvere, il problema dell'inefficienza amministrativa.

¹⁹⁴ Non a caso, in alcune delle classificazioni delle misure di semplificazione amministrativa proposte dalla dottrina la conferenza di servizi è qualificata, in contrapposizione ad altre misure a vantaggio di cittadini e imprese, come una semplificazione "a favore delle amministrazioni" in quanto volta a ridurre gli oneri incombenti sulle medesime. Pressoché in tali termini si vedano S. AUGUSTO, *Spinte europee e incertezze statali nella semplificazione amministrativa: il difficile equilibrio tra celerità e garanzia*, in *Dpce online*, fasc. 2, 2021, p. 2099, e F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc. 1, 2020, p. 5.

¹⁹⁵ Al riguardo, M. BOMBARDELLI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 12, 2016, p. 2793, richiamando le precedenti riflessioni di M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 1, 1989, pp. 5 ss., individua nella valorizzazione della fase istruttoria uno dei perni della disciplina della conferenza dei servizi. Invero, secondo l'autore, la conferenza dovrebbe favorire la capacità delle amministrazioni di contemperare in sede procedimentale i diversi interessi pubblici e privati di volta in volta coinvolti dall'azione amministrativa.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

L'importanza dell'istituto è dimostrata anche dalle numerose modifiche che progressivamente sono state apportate alla sua disciplina generale contenuta nella l. 7 agosto 1990, n. 241; si pensi, ad esempio, alle innovazioni apposte dapprima nel 2005 e poi tra il 2009 e il 2010¹⁹⁶. La più rilevante delle riformulazioni della normativa sulla conferenza di servizi è però quella disposta con la riforma Madia, ovverosia con il d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127, adottato in attuazione dell'art. 2 della legge quadro "in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", l. 7 agosto 2015, n. 124¹⁹⁷.

La riforma Madia ha condotto a una integrale riscrittura della disciplina in materia (dall'art. 14 all'art. 14-*quinquies*, l. n. 241/1990) al chiaro fine di accelerare i tempi di conclusione della conferenza di servizi. A tale finalità sono difatti riconducibili la qualificazione della modalità asincrona e in forma semplificata quale ordinaria modalità di svolgimento della conferenza decisoria¹⁹⁸ e lo snellimento delle relative

¹⁹⁶ Il riferimento è qui alle modifiche della l. n. 241/1990 disposte nel 2005 con la l. 11 febbraio 2005, n. 15, e in seguito dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 e dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con mod. dalla l. 30 luglio 2010, n. 122. Volendo richiamare almeno alcune delle diverse novità introdotte da tali normative, si può ricordare il passaggio nel 2005 dal criterio della "maggioranza" a quello della "prevalenza" nella valutazione dei pareri ai fini dell'adozione della determinazione conclusiva della conferenza ovvero, nel 2010, l'attribuzione alla conferenza istruttoria di una natura meramente facoltativa e, al contempo, l'estensione delle ipotesi in cui è possibile, ma non necessario, indire una conferenza decisoria.

¹⁹⁷ Per un puntuale esame delle innovazioni apportate alla disciplina della conferenza di servizi dalla legge Madia si rinvia, tra i tanti, a M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, pp. 2795 ss.; E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *federalismi.it*, fasc. 16, 2016, pp. 12 ss.; S. PEDRABISSI, *La nuova conferenza di servizi*, in *Amministrare*, fasc. 3, 2018, pp. 497 ss. Si suggerisce anche l'attenta ricostruzione di Caporale in F. CAPORALE, *Semplificare la complessità: il coordinamento amministrativo a trent'anni dalla legge sul procedimento*, in *Diritto pubblico*, 2021, fasc. 2, pp. 456 ss., e in F. CAPORALE, *I rapporti tra amministrazioni tra semplificazione e complessità*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B. G. MATTARELLA e M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 152 ss., il quale evidenzia come la riforma Madia, nell'intervenire sulla disciplina della conferenza di servizi, abbia condotto a un rafforzamento del ruolo dell'amministrazione procedente e, al contempo, a un ridimensionamento del regime di eccezione dettato a tutela degli interessi sensibili.

¹⁹⁸ Trattasi della modalità di svolgimento della conferenza fondata sulla semplice corrispondenza telematica tra le diverse amministrazioni senza la necessità di un incontro dei rispettivi rappresentanti in apposite riunioni. Nel dettaglio, in forza dell'art. 14-*bis*, co. 1, l. n. 241/1990, "la conferenza decisoria di cui all'articolo 14, comma 2, si svolge in forma semplificata e in modalità asincrona, salvo i casi di cui ai commi 6 e 7". È invece previsto lo svolgimento in modalità sincrona della conferenza se è necessario garantire un "esame contestuale degli interessi coinvolti" (così il co. 6) ovvero qualora si accerti una "particolare complessità della determinazione da assumere" (così il co. 7). Ad ogni modo, va evidenziato come in letteratura non manca chi ha espresso delle perplessità sulla individuazione della modalità asincrona quale ordinaria modalità di svolgimento della conferenza. In particolare, si contesta che tale modalità contraddirebbe la *ratio* stessa della conferenza di servizi che risiederebbe appunto nel garantire un contestuale esame e confronto tra le diverse amministrazioni. Sul punto si rinvia, tra i tanti, a L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel d.lgs. 30 giugno 2016 n. 127*, in *Rivista giuridica*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

riunioni mediante l'obbligo di nominare un "rappresentante unico"¹⁹⁹ per tutti gli enti operanti allo stesso livello di governo²⁰⁰.

In concomitanza con la presentazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr), la normativa in materia è stata nuovamente modificata in forza delle innovazioni apportate dal c.d. decreto Semplificazioni, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con mod. dalla l. 11 settembre 2020, n. 120. Il decreto, pur non intervenendo direttamente sulla disciplina generale della conferenza di servizi, ossia sugli artt. 14 e ss., l. n. 241/1990, ha introdotto alcune peculiari novità tutte riconducibili alla volontà di accelerare i tempi dell'azione amministrativa, riducendo così i termini di conclusione del procedimento in sede di conferenza.

Il riferimento è, nel dettaglio, al nuovo istituto della conferenza accelerata, alla previsione dell'inefficacia degli atti tardivi una volta scaduto il termine per l'espressione della posizione delle amministrazioni partecipanti alla conferenza e all'introduzione di un procedimento semplificato per la riedizione del potere amministrativo a seguito di una sentenza di annullamento.

Il presente contributo intende soffermarsi su tali novità per verificarne eventuali profili problematici ed esaminare altresì se vi siano dei margini residui per un'ulteriore semplificazione delle procedure da svolgersi in sede di conferenza. Inoltre, per ragioni di uniformità e al fine di garantire un esame per quanto possibile approfondito delle novelle normative, si segnala che non si esamineranno le pur rilevanti innovazioni apportate in questi anni anche alla disciplina settoriale delle singole conferenze di servizi. Si pensi, giusto per fare un esempio, alla riformulazione disposta dall'art. 38 del nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36²⁰¹, della conferenza

dell'urbanistica, fasc. 1, 2016, pp. 12 ss., e a V. FALCO, *La Piattaforma Digitale Nazionale Dati e la conferenza di servizi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 1, 2023, p. 16.

¹⁹⁹ In forza dell'art. 14-ter, co. 4 e 5, l. n. 241/1990, è previsto un rappresentante unico per le amministrazioni statali, "ove alla conferenza partecipino anche amministrazioni non statali", e per ciascun ente locale e regionale invitato a partecipare alla conferenza di servizi.

²⁰⁰ Tra le diverse innovazioni della riforma Madia si può però citare anche la riformulazione dell'art. 14-quinquies, l. n. 241/1990, che attribuisce alle amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili la facoltà di contestare le determinazioni conclusive delle conferenze di servizi proponendo opposizione innanzi al Presidente del Consiglio dei ministri. Quest'ultimo, nel caso di opposizione, indice una o più riunioni per favorire il raggiungimento di una soluzione condivisa e, se questa non viene raggiunta, dirime definitivamente la questione e, quindi, facendo salva la determinazione conclusiva della conferenza, modificandola parzialmente o, viceversa, impedendo che questa acquisisca efficacia.

²⁰¹ Peraltro, come riportato nella stessa relazione illustrativa allo schema del codice predisposta dal Consiglio di Stato, la *ratio* dell'art. 38, d.lgs. n. 36/2023, risiede nell'accelerare la disciplina di tale conferenza di servizi prendendo a riferimento anche il modello transitorio dettato proprio dall'art. 13, d.l. n. 76/2020, per la conferenza accelerata, nonché quello recato dall'art. 44 del decreto Semplificazioni-bis, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. con mod. dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, per la



di servizi ai fini della localizzazione e approvazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica delle opere pubbliche.

2. L'introduzione e la riformulazione della conferenza di servizi accelerata.

La prima delle novelle qui esaminate risiede nell'introduzione della c.d. conferenza di servizi "accelerata" o "straordinaria"²⁰² a cura dell'art. 13, d.l. n. 76/2020, la cui disciplina è stata poi sensibilmente modificata dall'art. 14 dal decreto Pnrr-ter²⁰³, d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, conv. con mod. dalla l. 21 aprile 2023, n. 41 e, da ultimo, dall'art. 12 del decreto Pnrr-quater, d.l. 2 marzo 2024, n. 19, conv. con mod. dalla l. 29 aprile 2024, n. 56.

Il decreto Semplificazioni, pur non intervenendo sulla l. n. 241/1990, ha introdotto in via transitoria una nuova modalità di svolgimento della conferenza decisoria in modalità asincrona e semplificata, *ex art. 14-bis*, l. n. 241/1990, che, inizialmente, poteva essere indetta sino al 31 dicembre 2021. Trattasi appunto della conferenza accelerata che, come immaginabile, si caratterizza per una riduzione dei termini endoprocedimentali e di conclusione della medesima. Lo schema delineato nel decreto Semplificazioni per tale peculiare conferenza di servizi presenta diverse caratteristiche, alcune delle quali sono state mantenute anche in seguito dai decreti Pnrr.

2.1 La formulazione originaria della conferenza accelerata.

In primo luogo, nella formulazione originaria dettata dal d.l. n. 76/2020, la conferenza accelerata ha natura facoltativa in quanto è rimessa all'amministrazione procedente la

semplificazione delle procedure aventi ad oggetto gli investimenti finanziati dal Pnrr e dal Piano nazionale complementare (Pnc). Per un esame della disciplina di cui all'art. 38, d.lgs. n. 36/2023, si rinvia, tra i tanti, a S. AMOROSINO, *La localizzazione delle opere pubbliche e di interesse pubblico nel Codice dei contratti*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 2, 2024, pp. 155 ss.; A. CANCRINI, *La programmazione e la progettazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 3, 2023, pp. 319-320; F. LANATÀ, *Articolo 38 Localizzazione e approvazione del progetto delle opere*, in U. REALFONZO e R. BERLOCO (a cura di), *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici. Tomo I. I principi e le relative procedure di affidamento*, Grafill, Palermo, 2023, pp. 186 ss.

²⁰² Così, ad esempio, viene definita la conferenza nel dossier "*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale Edizione provvisoria D.L. 76/2020 – A.C. 2648*", vol. I, p. 240, predisposto dai Servizi Studi della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica e consultabile al seguente sito https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/D20076a_vol_I.Pdf.

²⁰³ Per un'analisi della disciplina dettata dall'art. 13, d.l. n. 76/2020, prima però della sua riformulazione a cura del d.l. n. 13/2023, si rinvia a L. GIAMPIETRO, *Opposte tensioni tra procedure di coinvolgimento del pubblico ed istituti del silenzio-assenso "orizzontale" e "verticale"*, in *Ambiente e sviluppo*, fasc. 10, 2021, pp. 721-722; S. SCREPANTI, *Le politiche infrastrutturali*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2021, pp. 53-54; P. MASCARO, *La conferenza di servizi tra semplificazione amministrativa e partecipazione procedimentale*, in *questa rivista*, 2021, pp. 6-7.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

decisione di procedere o meno alla sua indizione. In secondo luogo, senza tracciare alcuna distinzione tra interessi sensibili e non, si richiede a tutte le amministrazioni partecipanti alla conferenza di rilasciare la determinazione di propria competenza entro un termine di sessanta giorni²⁰⁴ ed espressamente qualificato come perentorio²⁰⁵.

In terzo luogo, viene dettata una disciplina *ad hoc* per la conclusione della conferenza quando l'amministrazione precedente non riceve soltanto: a) assensi – anche solo impliciti – non condizionati; b) assensi con condizioni che possono essere recepite senza modificare la decisione oggetto della conferenza; c) dissensi non superabili²⁰⁶. In tale ipotesi, difatti, l'art. 13, co. 1, lett. b) d.l. n. 76/2020, richiede all'amministrazione precedente di convocare entro trenta giorni una riunione telematica²⁰⁷ per poi provvedere “senza ritardo alla stesura della determinazione motivata conclusiva della conferenza”²⁰⁸. Vi è, quindi, un'accelerazione e indiretta digitalizzazione dell'azione amministrativa in quanto l'art. 14-*bis*, co. 6 e 7, l. n. 241/1990, si limita a prevedere la convocazione di una riunione della conferenza simultanea entro il più lungo termine di quarantacinque giorni e, implicitamente, da svolgersi alla presenza fisica di tutti i rappresentanti unici delle amministrazioni. Inoltre, con una formulazione analoga a quella dettata dall'art. 14-*ter*, l. n. 241/1990, per la conferenza simultanea, l'art. 13, co. 1, lett. b), d.l. n. 76/2020, equiparava, e tutt'ora equipara, a un assenso senza condizioni la condotta delle amministrazioni che non abbiano partecipato alla riunione, non abbiano preso posizione o, in ogni caso, non

²⁰⁴ La fissazione del medesimo termine di sessanta giorni per tutte le amministrazioni coinvolte si esponeva però a delle perplessità soprattutto se posta in raffronto con la disciplina dei termini per la conferenza semplificata fissata dall'art. 14-*bis*, co. 2, lett. c), l. n. 241/1990. Invero, tale norma prevede un termine di novanta giorni per le amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili, più precisamente per quelle “preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, o alla tutela della salute dei cittadini”, e un termine di quarantacinque giorni per tutte le altre amministrazioni. Di conseguenza, nella sua formulazione originaria, l'art. 13, d.l. n. 76/2020, comportava il dimezzamento dei termini endoprocedimentali a carico delle amministrazioni competenti per la tutela degli interessi sensibili e, contraddittoriamente, allungava di quindici giorni il termine entro il quale le amministrazioni preposte alla tutela degli altri interessi dovevano far pervenire la loro determinazione.

²⁰⁵ Del resto, anche l'art. 14-*bis*, co. 2, lett. c), l. n. 241/1990, qualifica come perentorio il termine entro il quale le amministrazioni devono comunicare le proprie determinazioni.

²⁰⁶ Invero, in tali fattispecie, l'art. 13, co. 1, lett. b), d.l. n. 76/2020, fa espressamente salvo il meccanismo di accelerazione procedimentale previsto dall'art. 14-*bis*, co. 5, l. n. 241/1990, il quale richiede all'amministrazione precedente di adottare entro cinque giorni lavorativi la determinazione motivata di conclusione, positiva o negativa, della conferenza.

²⁰⁷ Tale termine di trenta giorni decorre dalla scadenza del termine assegnato alle amministrazioni per esprimere le proprie determinazioni.

²⁰⁸ Viene inoltre specificato che le amministrazioni preposte alla cura degli interessi sensibili possono presentare opposizione, *ex art. 14-quinquies*, l. n. 241/1990, alla determinazione motivata di conclusione della conferenza.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

abbiano espresso un dissenso motivato e pertinente con l'oggetto della conferenza²⁰⁹. L'art. 13, d.l. n. 76/2020, co. 2, prevede poi un'accelerazione dei termini per le conferenze dei servizi da svolgersi nell'ambito delle attività di progettazione delle pubbliche amministrazioni. Nello specifico, qualora vada riconvocata la conferenza di servizi sul successivo livello di progettazione, è disposto il dimezzamento di tutti i termini e ogni ulteriore atto di autorizzazione o parere necessario per la successiva fase esecutiva va rilasciato entro sessanta giorni che decorrono dalla data della relativa richiesta. Tale ulteriore e peculiare accelerazione della conferenza rispetto all'attività di progettazione è riconducibile a una preoccupazione del legislatore di portata più ampia e attinente ai tempi di messa a terra degli investimenti pubblici, ivi compresi ovviamente quelli del Pnrr. Invero, in questi ultimi anni il legislatore è intervenuto più volte per accelerare i tempi della fase di progettazione in ragione dei ritardi registrati rispetto alla sua conclusione e, più in generale, rispetto alla realizzazione delle opere pubbliche²¹⁰.

²⁰⁹ Peraltro, una formulazione simile a quella contenuta all'art. 14-ter, l. n. 241/1990, e all'art. 13, d.l. n. 76/2020, si rinviene anche all'art. 14-bis, l. n. 241/1990, che, come già ricordato, qualifica sempre come perentorio il termine entro il quale le amministrazioni devono far pervenire le proprie determinazioni. Nello specifico, a differenza delle altre due norme, l'art. 14-bis, ai co. 3 e 4, pur richiedendo una determinazione congruamente motivata, non equipara espressamente ad un assenso senza condizioni anche l'ipotesi in cui venga comunicato un "dissenso riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza".

²¹⁰ Per una recente analisi dei tempi di realizzazione degli investimenti pubblici da parte dei Comuni, ove peraltro si pone l'accento proprio sui lunghi tempi richiesti per la conclusione della sola fase di progettazione, si rinvia a CORTE DEI CONTI. SEZIONE DELLE AUTONOMIE, *Relazione sulla gestione finanziaria degli enti locali. Comuni, Province e Città metropolitane. Esercizi 2020-2022*, deliberazione n. 12/SEZAUT/2023/FRG, 2023, pp. 63 ss., consultabile dal sito <https://www.corteconti.it/Download?id=2c18f5ba-7644-43f5-b984-11dcb0e8cf3f>. Similmente, con specifico riferimento ai tempi per la realizzazione degli interventi a contrasto del dissesto idrogeologico tra il 2000 e il 2019, si veda la relazione della CORTE DEI CONTI, SEZ. CENTRALE DI CONTROLLO SULLA GESTIONE DELLE AMMINISTRAZIONI DELLO STATO, *Gli interventi delle amministrazioni dello Stato per la mitigazione del rischio idrogeologico*, deliberazione n. 17/2021/G del 18 ottobre 2021, p. 29, consultabile dal sito www.corteconti.it/Download?id=3e79ebcb-8a12-46ff-beda-d2745772d1f5, la quale riporta che in media detti interventi di contrasto al dissesto idrogeologico vengono ultimati in quasi cinque anni, circa 4,8²¹⁰. Tali lungaggini, per di più, dipendono proprio dalla durata della preliminare fase di progettazione degli interventi, la quale si conclude in media dopo più di due anni, circa 2,3. Da ultimo, per un'analisi delle cause dei ritardi delle amministrazioni rispetto alla realizzazione degli investimenti pubblici si rinvia a IRPET (a cura di), *Gli investimenti pubblici locali degli enti locali: dagli anni del rigore ai tentativi di rilancio*, in AA. VV., *Analisi degli investimenti pubblici. Dati, indagini dirette ai Responsabili Unici del Procedimento e casi di studio*, CPT Temi, 2021, pp. 168 ss.; G. F. GORI, P. LATTARULO e N. C. SALERNO, *L'efficienza temporale nella realizzazione delle opere pubbliche in Italia*, in *Ufficio parlamentare di bilancio. Note di lavoro*, fasc. 2, 2022, pp. 19 ss.; R. GALLIA, *La spesa per infrastrutture degli Enti locali: l'efficacia della programmazione condizionata dalle semplificazioni procedurali*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, fasc. 2, 2019, pp. 379 ss., i quali in modo analogo evidenziano che la fase di progettazione consuma da sola circa metà dei tempi complessivamente necessari per la realizzazione delle opere



2.2. Le successive novelle all'art. 13, d.l. n. 76/2020.

Come già anticipato, il modello di conferenza accelerata introdotto dal decreto Semplificazioni è stato sensibilmente modificato dapprima dall'art. 14, d.l. n. 13/2023, che ne ha prorogato la scadenza sino alla data del 30 giugno 2024²¹¹ e in seguito anche dall'art. 12, d.l. n. 19/2024.

Procedendo con ordine, l'art. 14, d.l. n. 13/2023, da una parte, ha mantenuto – senza introdurre adattamenti di sorta – le riduzioni dei termini disposte per l'attività di progettazione e per la convocazione della riunione telematica da parte dell'amministrazione precedente ai fini dell'assunzione della determinazione motivata di conclusione della conferenza²¹². Dall'altra parte, è però intervenuto sulla natura dell'indizione della conferenza accelerata e sulla riduzione dei termini entro i quali le amministrazioni partecipanti devono far pervenire le proprie posizioni.

Innanzitutto, è stata invertita la natura della conferenza da facoltativa a obbligatoria. Invero, oggi il legislatore impone all'amministrazione procedente di ricorrere alla conferenza accelerata ogniqualvolta vada indetta una conferenza decisoria da svolgersi in forma semplificata e in modalità asincrona. Dunque, anche al costo di un'istruttoria incompleta, la legge esige l'accelerazione dei termini, non lasciando in capo all'amministrazione procedente alcun margine di discrezionalità circa l'individuazione della più opportuna modalità di conduzione della conferenza.

In aggiunta, è stata superata la precedente previsione che richiedeva a tutte le amministrazioni, senza alcuna differenza tra queste, di comunicare le proprie determinazioni entro il termine di sessanta giorni. In conformità con la "primarietà" degli interessi sensibili è stata reintrodotta una differenziazione tra le amministrazioni preposte alla tutela di detti interessi e tutte le altre, sebbene in entrambi casi i termini risultino ulteriormente ridotti²¹³. Più precisamente, le amministrazioni competenti alla cura degli interessi sensibili sono chiamate ad esprimere la propria posizione entro un termine di quarantacinque giorni, pari quindi alla metà di quello di novanta giorni fissato in via generale dall'art. 14-*bis*, co. 2, lett. c), l. n. 241/1990. Tutte le altre amministrazioni devono invece esprimersi entro un termine di trenta giorni, comunque

pubbliche e, difatti, si conclude in termini maggiori di quelli richiesti per lo svolgimento delle procedure di gare e della materiale esecuzione delle opere.

²¹¹ In realtà, il termine era già stato prorogato sino al 30 giugno 2023 dall'art. 51, co. 1, lett. g), del decreto Semplificazioni-*bis*.

²¹² Detto in altri termini, non sono state apposte modifiche al primo co., lett. b) e al secondo co. dell'art. 13, d.l. n. 76/2020.

²¹³ In ogni caso, l'art. 13, co. 1, lett. a), d.l. n. 76/2020, fa però "salvi i maggiori termini previsti dalle disposizioni del diritto dell'Unione europea".



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

inferiore a quello di quarantacinque giorni previsto dalla l. n. 241/1990.

Diverse, infine, sono state le modifiche apportate dal decreto Pnrr-*quater*, le quali dimostrano la centralità oramai attribuita dal legislatore all'istituto della conferenza accelerata che, nonostante la portata transitoria, sembra costituire una delle principali soluzioni individuate per semplificare l'azione delle amministrazioni.

In primo luogo, l'art. 12, co. 6, d.l. n. 19/2024, ha ulteriormente esteso i termini di applicazione della disciplina transitoria della conferenza acceleratoria, estendendoli sino al 31 dicembre 2024. Dato però il periodico aggiornamento dei termini di applicabilità di tale istituto, è ragionevole attendersi che gli stessi verranno nuovamente estesi da successivi provvedimenti normativi, perlomeno sino alla data di scadenza per l'attuazione del Pnrr che, peraltro, potrebbe a sua volta essere oggetto di proroga.

In secondo luogo, il decreto Pnrr-*quater* ha disposto un'ulteriore riduzione dei termini per la conclusione della conferenza, abbreviando in particolare il termine entro il quale l'amministrazione procedente deve convocare la riunione per svolgimento in modalità sincrona della conferenza qualora non abbia ricevuto soltanto determinazioni di assenso o dissenso. Invero, in forza sempre dell'art. 12, co. 6, d.l. n. 19/2024²¹⁴, l'amministrazione è ora chiamata a convocare la riunione telematica entro il più breve termine di quindici giorni. Un termine così circoscritto suscita però qualche perplessità sull'effettiva possibilità per le amministrazioni e, eventualmente, per il proponente privato di prepararsi adeguatamente a una riunione in cui a rigore si dovrebbe giungere a un compromesso e a un confronto tra posizioni contrapposte.

In terzo luogo, al fine di agevolare la positiva conclusione della conferenza il decreto Pnrr-*quater*, così come modificato dalla legge di conversione²¹⁵, ha rafforzato l'obbligo di motivazione gravante sulle amministrazioni dissenzienti in sede di conferenza, impedendo loro di esprimere un dissenso che non sia quantomeno condizionato. Ciò, più precisamente, è avvenuto introducendo all'interno dell'art. 13, d.l. n. 76/2020, la medesima previsione recata dal già menzionato art. 38, co. 11, d.lgs. n. 36/2023, per la conferenza da indire ai fini della localizzazione e approvazione delle opere pubbliche. Nello specifico, si introduce per le amministrazioni dissenzienti un obbligo di motivazione più pregnante di quello richiesto loro in via generale dalla l. n. 241/1990 e si specifica il contenuto delle prescrizioni che devono in ogni caso dettare al fine ottenere il loro assenso. Invero, queste, ivi comprese quelle preposte alla tutela

²¹⁴ Si precisa che l'art. 12, co. 6, d.l. n. 19/2024, è intervenuto modificando la formulazione di cui all'art. 13, co. 1, lett. a) e b), d.l. n. 76/2020.

²¹⁵ Nel dettaglio, l'art. 12, co. 6, d.l. n. 19/2024, così come modificato dall'art. 1, l. n. 56/2024, ha introdotto la lett. b-*bis*), nell'art. 13, co. 1, d.l. n. 76/2020.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

degli interessi sensibili²¹⁶, anche qualora siano contrarie all'approvazione del progetto per come presentato, sono comunque tenute a indicare delle prescrizioni "che rendano possibile l'assenso", le quali: a) vanno apposte quantificando altresì i costi conseguenti all'adozione delle stesse e di eventuali misure mitigatrici); b) non possono essere tante e tali da risultare eccessivamente gravose o comunque da impedire un effettivo adeguamento del progetto dato che, come precisa il legislatore, le prescrizioni vanno apposte "conformemente ai principi di proporzionalità, efficacia e sostenibilità finanziaria dell'intervento risultante dal progetto originariamente presentato".

Dunque, come è stato già affermato per la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 36/2023, tutte le amministrazioni sembrerebbero soggette a un dovere di "costruttività" che preclude la facoltà di esprimersi semplicemente in favore dell'opzione zero, ossia per la mancata approvazione dell'opera²¹⁷. Tale onere è sicuramente espressione delle nuove tendenze evolutive del nostro ordinamento. Basti pensare alla codificazione dei principi di buona fede e leale collaborazione tra privati e amministrazioni²¹⁸, all'estensione dei meccanismi di semplificazione e accelerazione amministrativa – specie del silenzio-assenso orizzontale – anche agli interessi sensibili ovvero alla sempre maggiore valorizzazione del fattore tempo²¹⁹.

Alle medesime tendenze può ascriversi anche la nota sentenza della Corte costituzionale che ha escluso l'esistenza di diritti tiranni²²⁰ ed è spesso richiamata dalla giurisprudenza amministrativa proprio per censurare la condotta delle amministrazioni preposte a tutela di interessi sensibili che, con la propria inerzia o con l'apposizione di prescrizioni sproporzionate, ostacolano l'avvio delle iniziative economiche²²¹.

²¹⁶ Più precisamente, tanto l'art. 13, co. 1, lett. b-bis), d.l. n. 76/2020 quanto l'art. 38, co. 11, d.lgs. n. 36/2023, specificano che tali prescrizioni devono essere apposte, "senza deroghe, [d]a tutte le amministrazioni comunque partecipanti alla conferenza di servizi, comprese quelle competenti in materia urbanistica, paesaggistica, archeologica e di tutela del patrimonio culturale".

²¹⁷ S. AMOROSINO, *op. cit.*, 159.

²¹⁸ Il riferimento è qui all'introduzione a cura dell'art. 12, d.l. n. 76/2020, del co. 2-bis all'interno dell'art. 1, l. n. 241/1990, ai sensi del quale: "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede".

²¹⁹ Sull'estensione del silenzio-assenso orizzontale anche agli interessi sensibili e sulla valorizzazione del fattore tempo nell'ambito delle politiche di semplificazione si rinvia *infra* ai paragrafi 4. e 5. del presente scritto.

²²⁰ Il riferimento è alla sentenza del Giudice delle leggi n. 85 del 9 maggio 2013 sul noto caso Ilva e nella quale, con riferimento al diritto fondamentale alla salute, *ex art. 32, Cost.*, dal quale discende poi il diritto a un ambiente salubre, è stato affermato 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. [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette".

²²¹ Ad esempio, la pronuncia della Corte costituzionale è stata recentemente richiamata dal Consiglio di Stato nelle sentenze del Cons. st, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167 e del Cons. St., sez. IV, 2 ottobre



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Tuttavia, lo scopo di abbattere la tirannide non dovrebbe essere quello di sostituirla con una nuova. E, cionondimeno, è evidente nel disegno normativo degli ultimi anni il tentativo di demolire il muro in precedenza costruito a difesa degli interessi sensibili per rafforzare, viceversa, i margini di esercizio delle iniziative economiche nonostante queste, come dispone il novellato art. 41 Cost.²²², non possono svolgersi in contrasto con l'ambiente.

Non a caso, alcuni autori hanno sollevato alcune perplessità sulla effettiva compatibilità con l'art. 9, Cost., dell'art. 38, comma 11, d.lgs. n. 36/2023²²³, mentre altri hanno comunque riconosciuto la facoltà per le amministrazioni a tutela degli interessi sensibili di esprimere un dissenso incondizionato²²⁴. Ciò, in particolare, è stato sostenuto valorizzando il richiamo operato dall'art. 38, d.lgs. n. 36/2023, alla l. n. 241/1990 e, quindi, anche all'art. 14-*quinquies* che consente alle amministrazioni dissenzienti in sede di conferenza di presentare al Presidente del Consiglio dei ministri la propria all'opposizione alla conclusione della conferenza. Tale soluzione, ad avviso di chi scrive, ben può essere riproposta anche per la conferenza accelerata²²⁵, sebbene questa non abbia circondato il nuovo obbligo di "costruttività" con le medesime garanzie previste dal Codice appalti²²⁶.

2023, n. 8610. Nella prima pronuncia i Giudici di Palazzo Spada, riscontrando anche una violazione del principio di proporzionalità e delle esigenze di promuovere lo sviluppo sostenibile, hanno censurato poiché eccessivamente gravose delle prescrizioni di tutela indiretta a protezione di un sistema di croci votive e viarie. Nella seconda è stato invece esteso il meccanismo del silenzio-assenso orizzontale anche a fronte dell'inerzia serbata dalle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili e partecipanti a una conferenza di servizi. Per un commento della sentenza n. 8167/2022 si veda C. VIVANI, *Ambiente, clima e patrimonio culturale: un approccio giurisprudenziale innovativo*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 3, 2023, pp. 352 ss., e C. CONTESSA, *Rapporto fra tutela dei beni culturali, dell'ambiente e della produzione*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 12, 2022, pp. 2586 ss. Per un'analisi della pronuncia n. 8610/2023, che in ogni caso sarà esaminata anche *infra*, si veda R. LEONARDI, *L'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere della soprintendenza nel procedimento autorizzatorio paesaggistico come atto codicisorio di un procedimento pluristrutturato*, in *Giustizia insieme*, 2023, pp. 12-13, il quale, pur riconoscendo la piena aderenza delle conclusioni della sentenza all'attuale dettato normativo, mantiene delle perplessità sulla stessa scelta del legislatore di estendere il silenzio-assenso orizzontale anche agli interessi sensibili.

²²² Il riferimento, come evidente, è alla riformulazione dell'art. 41, co. 2, Cost., a cura dell'art. 2, co. 1, lett. a), l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, il quale ha specificato che l'iniziativa economica, sia essa pubblica o privata, non può arrecare danni anche all'ambiente e alla salute.

²²³ Cfr. F. LANATA, *op. cit.*, p. 194.

²²⁴ Cfr. P. L. PORTALURI, *Note sulla localizzazione e approvazione delle opere pubbliche nello schema di codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023.

²²⁵ Del resto, come si è già ricordato *supra*, l'art. 13, co. 1, lett. b), d.l. n. 76/2020, prevede espressamente la possibilità di presentare opposizioni ai sensi e secondo le modalità di cui all'art. 14-*quinquies*, l. n. 241/1990.

²²⁶ Nello specifico, l'art. 13, d.l. n. 76/2020, a differenza dell'art. 38, d.lgs. n. 36/2023, non specifica anche: a) l'obbligo nel progetto da approvare di contenere anche l'alternativa progettuale per il consumo di suolo zero; b) che il dissenso costruttivo va comunque espresso "tenuto conto delle circostanze del



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In quarto e ultimo luogo, il decreto Pnrr-*quater* è intervenuto sull'ambito di applicazione della conferenza di servizi accelerata allo scopo di generalizzare il ricorso a tale istituto. Nello specifico, l'art. 12, comma 7, d.l. n. 19/2024, prevede che le disposizioni sulla conferenza accelerata di cui all'art. 13, d.l. n. 76/2020, si applicano, "se più favorevoli". anche alle conferenze di servizi asincrone previste: a) dal decreto Semplificazioni-*bis*, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. con mod. dalla l. 29 luglio 2021, n. 108; b) dal decreto Pnrr-*ter*, d.l. n. 13/2023; c) da tutte le altre norme volte "a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi" del Pnrr e del Piano nazionale complementare (Pnc). La *ratio* della disposizione è, come ovvio, quella di estendere l'applicazione della conferenza accelerata ogni qualvolta contenga misure acceleratorie più incisive o termini più ristretti rispetto a quelli previsti in altre normative. Può però essere interessante soffermarsi sui destinatari e sul contenuto del *favor* del legislatore quando legifera in materia di semplificazione amministrativa.

Da una parte, è chiaro che le misure di semplificazione, ivi compreso l'istituto della conferenza accelerata, sono dettate a vantaggio dei proponenti, di norma privati, dei progetti da approvare, i quali sono gli unici che beneficiano della riduzione dei termini dell'azione amministrativa e dei meccanismi sostitutivi dell'inerzia o del dissenso non adeguatamente motivato delle amministrazioni. D'altronde, la formulazione dell'art. 13, d.l. n. 76/2020, non agevola certo le amministrazioni, le quali devono svolgere una valutazione e una motivazione più approfondita di quella richiesta via in generale dalla l. n. 241/1990 e che va poi conclusa in termini sensibilmente più brevi di quelli contemplati in quest'ultima. Similmente, neppure beneficiano della disciplina della conferenza accelerata gli eventuali portatori di interessi pubblici o privati coinvolti dal progetto oggetto della conferenza, le cui posizioni rischiano di non essere adeguatamente ponderate dalle amministrazioni dati i circoscritti tempi a loro disposizione.

Dall'altra parte, è parimenti evidente che il *favor* del legislatore sia per un'amministrazione celere e non necessariamente per una in grado di garantire il miglior temperamento degli interessi sui quali interviene. L'accelerazione dei termini e all'applicazione del un silenzio-assenso orizzontale in caso di dissensi non adeguatamente strutturati portano difatti a declinare il principio del buon andamento dell'azione amministrativa nei soli termini di una sua speditezza, anche a discapito di un'adeguata istruttoria.

caso concreto", sicché, come prospettato anche da F. LANATÀ, *op. cit.*, p. 194., tale inciso potrebbe consentire alle amministrazioni di sottrarsi in casi particolari all'obbligo di costruttività gravante sulle medesime.



3. L'introduzione nella l. n. 241/1990 dell'art. 21-*decies* sulla riedizione del potere amministrativo.

Proseguendo l'analisi delle novità recate dal decreto Semplificazioni, l'attenzione va spostata sull'introduzione dell'art. 21-*decies*, l. n. 241/1990²²⁷, che disciplina un procedimento semplificato per la riedizione degli atti amministrativi in conseguenza del loro annullamento da parte del giudice amministrativo²²⁸.

Più precisamente, la norma introduce un nuovo procedimento avviabile qualora un provvedimento di autorizzazione ambientale o di valutazione di impatto ambientale (Via) sia stato annullato con sentenza passata in giudicato per vizi inerenti a uno o più atti interni dei relativi procedimenti²²⁹. In tal caso il proponente del progetto, se questo non necessita di modifiche, può richiedere all'amministrazione procedente la riadozione degli atti annullati secondo un procedimento semplificato.

Nello specifico, entro quindici dal ricevimento dell'istanza del proponente, l'amministrazione procedente la trasmette a sua volta alla o alle amministrazioni che hanno adottato gli atti viziati cosicché li riadottino entro un termine di trenta giorni²³⁰. In seguito, una volta ricevuti gli atti ovvero, comunque, una volta decorso inutilmente tale termine di trenta giorni, l'amministrazione procedente provvede direttamente – entro un ulteriore termine di trenta giorni – ad adottare il provvedimento finale di Via o di autorizzazione²³¹.

²²⁷ La norma è stata introdotta nella legge generale sul procedimento amministrativo dall'art. 12, co. 1, lett. i-*bis*, d.l. n. 76/2020.

²²⁸ Per una sintesi del contenuto della disposizione si veda anche F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *federalismi.it*, fasc. 36, 2020, pp. 44 ss.; M. CONDORELLI, *La semplificazione del procedimento amministrativo e delle procedure di evidenza pubblica: un volano per il rilancio dell'economia?*, in B. BOSCHETTI e E. VENDRAMINI (a cura di), *FuturAP. Rapporto sul Futuro l'innovazione dell'Amministrazione Pubblica – 2022*, EDUCatt, Milano, 2022, pp. 63-64; G. S. FODERÀ e T. NOTO, *Il «trasferimento» a terzi dell'autorizzazione finalizzata alla realizzazione e al mantenimento di un impianto di smaltimento rifiuti (art 208 d.lg. n. 152 del 2006)*, in *Il Foro amministrativo*, fasc. 2, 2021, p. 357; M. MACCHIA, *Le misure generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 6, 2020, p. 730; A. MILONE, *Valutazione di impatto ambientale (VIA) e Valutazione ambientale strategica (VAS)*, in E. BLASIZZA (a cura di), *Ambiente 2022. Manuale Normo-tecnico*, Wolters Kluwer, Milano, 2022, p. 251.

²²⁹ La norma, presumibilmente, dovrebbe fare riferimento soltanto alle sentenze di annullamento di atti sfavorevoli di diniego. Invero, tale procedimento semplificato prende avvio su istanza del privato interessato e, inoltre, come osservato da F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 44, si dovrebbe concludere con l'adozione di un provvedimento favorevole allo stesso istante, ovvero sia quello di autorizzazione ambientale o di Via.

²³⁰ Nello specifico tali amministrazioni, in forza dell'art. 21-*decies*, co. 1, l. n. 241/1990, devono provvedere "alle integrazioni necessarie per superare i rilievi indicati dalla sentenza" di annullamento.

²³¹ Come evidenziato anche da *Ivi*, p. 46, l'eventuale inerzia dell'amministrazione o delle amministrazioni che hanno adottato i provvedimenti annullati in sede giurisdizionale sembra soggetta a



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Per di più, ai fini dell'adozione degli atti finali, l'art. 21-*decies*, l. n. 241/1990, rinvia all'applicazione²³² degli artt. 14-*quater* e 14-*quinquies*, l. n. 241/1990, sulla conferenza di servizi e dell'art. 25, co. 2 e 2-*bis*, del testo unico ambientale, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, sulla consultazione nell'ambito del procedimento di Via²³³.

La *ratio legis*, come evidente, risiede nell'accelerazione dell'azione amministrativa evitando in fase di riedizione del potere la duplicazione di attività inutili in quanto già svolte in precedenza e non censurate dal giudice amministrativo²³⁴. L'art. 21-*decies*, l. n. 241/1990, mostra poi più che un'affinità²³⁵ con la riformulazione – disposta sempre dal decreto Semplificazioni – dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990²³⁶. Quest'ultima norma, in parziale recepimento dell'orientamento giurisprudenziale sull'*one shot* temperato, disciplina difatti la riedizione del potere amministrativo a seguito della sentenza di annullamento di un provvedimento adottato all'esito del contraddittorio instauratosi per mezzo del preavviso di diniego²³⁷.

Vero è, ad ogni modo, che la soluzione adottata dall'art. 21-*decies*, l. n. 241/1990, rischia di pregiudicare l'eventuale partecipazione dei soggetti interessati nel nuovo procedimento, dato che non è previsto alcun specifico momento di dialogo o contraddittorio procedimentale in sede di riesercizio del potere amministrativo. Al più, come si è già detto, il legislatore rinvia, qualora si renda necessario, alla disciplina

un silenzio-devolutivo, anziché di assenso, posto che l'inosservanza del termine comporta comunque l'adozione dei provvedimenti da parte dell'amministrazione procedente.

²³² Più precisamente, l'art. 21-*decies*, l. n. 241/1990, fa riferimento alla "attuazione, ove necessario," di tali disposizioni.

²³³ Peraltro, sempre *Ivi*, p. 45, ipotizzano anche la possibilità di un riferimento implicito dell'art. 21-*decies*, l. n. 241/1990, all'art. 26, d.lgs. n. 152/2006, sulla "integrazione del provvedimento di VIA negli atti autorizzatori".

²³⁴ In termini analoghi, anche il TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 21 luglio 2022, n. 2354, ha evidenziato che la *ratio* della norma risiede nel "salvare le acquisizioni procedurali non colpite dai dicta giudiziali, al fine di favorire una sollecita risposta all'istanza del privato". Similmente, inoltre, M. CONDORELLI, *op. cit.*, p. 64, individua lo scopo della norma nell'"evitare che grandi progetti possano essere paralizzati troppo a lungo".

²³⁵ Tale affinità tra gli artt. 10-*bis* e 21-*decies*, l. n. 241/1990, è stata di recente adombrata anche dal TAR Lazio, Roma, sez. I-*bis*, 11 dicembre 2023, n. 18736.

²³⁶ Il riferimento è, nel dettaglio, all'art. 12, co. 1, lett. e), d.l. n. 76/2020.

²³⁷ Per quanto concerne la riformulazione del preavviso di rigetto, non potendo qui approfondire anche le novità apportate al riguardo, ci si limita a suggerire la lettura, tra i tanti, di M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto procedimento*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 3, 2022, pp. 595 ss.; N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il diritto dell'economia*, fasc. 3, 2022, pp. 12 ss.; A. ZITO, *La scelta discrezionale della p.a. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo sul suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 1, 2023, pp. 40 ss. Quanto invece alla giurisprudenza, un commento della disposizione si rinviene nella pronuncia del Cons. St., sez. II, 4 agosto 2022, n. 6829, che però non ha potuto *ratione temporis* dare applicazione all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

degli istituti della consultazione e della stessa conferenza di servizi. Non a caso, il giudice amministrativo ha già avuto occasione di censurare l'applicazione della disposizione e la riedizione degli atti a seguito della relativa procedura semplificata quando preclusiva di un possibile dialogo con le amministrazioni²³⁸.

In aggiunta, la formulazione della norma, che cita espressamente il d.lgs. n. 152/2006 e si apre facendo riferimento soltanto all'autorizzazione ambientale e alla Via, indurrebbe a ritenerla applicabile soltanto nel settore ambientale. A questo riguardo, alcune sentenze già interessatesi all'ambito di applicazione della norma hanno escluso che la stessa possa essere attuata al di fuori del procedimento di autorizzazione o di Via preso in considerazione dall'art. 21-*decies*, l. n. 241/1990²³⁹.

La peculiare collocazione della disposizione induce però a interrogarsi sui margini per una sua possibile valenza generalizzata.

Invero, tale disposizione viene introdotta non mediante una modifica del testo unico in materia ambientale²⁴⁰, ma introducendo un articolo all'interno del capo *IV-bis* della l. n. 241/1990, con inevitabili riflessi di portata generale per l'intero diritto amministrativo. Sul punto è sufficiente ricordare il precipitato dell'art. 29, l. n. 241/1990, e, in particolare, quanto previsto dai co. 1 e 2-*ter*.

Il primo co. precisa che proprio il capo *IV-bis* sull'efficacia, sull'invalidità e sull'autotutela rispetto al provvedimento amministrativo è l'unico capo della l. n. 241/1990 ad applicarsi, senza differenziazioni di sorta, a "tutte le amministrazioni pubbliche"²⁴¹. In aggiunta, il successivo co. 2-*ter* precisa che le disposizioni della l. n. 241/1990 sulla conferenza di servizi attengono ai c.d. "Lep", ovverosia ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire sull'intero territorio nazionale, *ex art.* 117, co. 3, lett. m), Cost. Dunque, il nuovo procedimento

²³⁸ Si veda, in particolare, la sentenza del TAR Sicilia, Catania, sez. II, 21 giugno 2023, n. 1928, ove il giudice amministrativo, oltre a censurare l'adozione del provvedimento autorizzatorio prima ancora del passaggio in giudicato della precedente sentenza di annullamento, ha accertato come l'applicazione della disposizione avesse neutralizzato la possibilità di "interloquire con le amministrazioni competenti già in fase endoprocedimentale".

²³⁹ Il riferimento è qui alla sentenza del TAR Puglia, Bari, sez. I, 15 febbraio 2023, n. 302, poi confermata in appello da Cons. St., sez. VII, 10 agosto 2023, n. 7729, e alla sentenza del TAR Puglia, Bari, sez. I, 17 marzo 2023, n. 504.

²⁴⁰ Non manca però chi si limita a leggere tale scelta del legislatore come il mero risultato di una cattiva tecnica legislativa. In tali termini, ad esempio, si esprime S. BOCCHINI, *La partecipazione del proponente alla predecisione di impatto ambientale*, in *amministrativ@mente*, fasc. 2, 2022, p. 263, che evidenzia come la norma, a rigore, doveva essere introdotta intervenendo sul d.lgs. n. 152/2006 e non sulla l. n. 241/1990.

²⁴¹ Invero, l'art. 29, co. 1, l. n. 241/1990, si apre chiarendo che le disposizioni della stessa legge, fatta eccezione per alcune specifiche norme, "si applicano alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali" e, per quanto concerne l'esercizio delle funzioni amministrative, anche alle società a totale o prevalente capitale pubblico.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di cui all'art. 21-*decies*, l. n. 241/1990, avendo una chiara funzione semplificatoria ed interessando anche l'attività delle amministrazioni da coordinare in sede di conferenza, può pacificamente essere ricondotto tra i Lep anche se non è ricompreso tra le norme sulla conferenza di servizi o tra quelle del terzo capo della l. n. 241/1990 sulla semplificazione amministrativa.

Peraltro, come è stato osservato anche da parte della giurisprudenza amministrativa, l'art. 21-*decies*, l. n. 241/1990, è ascrivibile al perseguimento di quei principi generali dell'azione amministrativa di cui all'art. 1, co. 1, l. n. 241/1990, che postulano il superamento di ogni inutile aggravio procedimentale²⁴². In particolare, la conservazione degli atti endoprocedimentali non viziati è conforme ai principi di effettività ed efficienza della pubblica amministrazione e, similmente, la riedizione in via semplificata soltanto degli atti caducati risponde al principio di economicità dell'azione amministrativa²⁴³.

In conclusione, dato che l'art. 21-*decies* è applicabile a tutte le amministrazioni, rappresenta un Lep ed è riconducibile ai principi generali dell'azione amministrativa, non si comprende perché la norma non possa trovare un'applicazione generalizzata, potendosi al più arrestare a fronte di una normativa di settore che detti un procedimento diverso a tutela di specifici interessi.

4. L'inefficacia, ex art. 2, co. 8-bis, l. n. 241/1990, delle determinazioni tardive nella conferenza di servizi.

La disciplina della conferenza di servizi è stata interessata anche dall'introduzione dell'art. 2, co. 8-*bis*, l. n. 241/1990, sull'inefficacia degli atti tardivi²⁴⁴. Pur facendo salva la possibilità dell'annullamento d'ufficio sugli effetti prodottisi per effetto dell'inerzia amministrativa, la norma dispone l'inefficacia delle determinazioni adottate una volta scaduti i seguenti termini: a) quello soggetto al silenzio-assenso provvedimento, ex art. 20, l. n. 241/1990²⁴⁵; b) quello soggetto al silenzio-assenso

²⁴² La finalità semplificatoria e di contrasto ad inutili aggravii procedimentali è valorizzata da TAR Campania, Napoli, sez. III, 26 maggio 2021, n. 3496, e da TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 13 novembre 2020, n. 2366.

²⁴³ Si veda TAR Campania, n. 3496/2021, che riconduce la *ratio* della norma al brocardo "Utile per inutile non vitiatur".

²⁴⁴ L'introduzione è avvenuta grazie all'art. 12, co. 1, lett. a), d.l. n. 76/2020.

²⁴⁵ Sul punto si veda, *ex multis*, M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8-bis della l. n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso: primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in *Ambienteditto.it*, fasc. 1, 2021, pp. 6 ss.; G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove autonomie*, fasc. 1, 2021, pp. 13 ss.; S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e "sorte" dell'atto tardivo*, in *Il diritto dell'economia*, fasc. 3, 2020, pp. 343 ss. Sempre sui riflessi sul silenzio-assenso derivanti dall'introduzione della previsione sull'inefficacia degli atti tardivi sia consentito rinviare anche a L.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

tra amministrazioni, *ex art. 17-bis*²⁴⁶; c) quello per l'esercizio dei poteri inibitori e repressivi delle Scia entro il primo termine di sessanta giorni, e solo di trenta in materia edilizia, che decorre dalla data della loro presentazione²⁴⁷; d) quelli entro i quali le amministrazioni, incluse quelle preposte alla tutela di interessi sensibili, devono far pervenire le proprie determinazioni in sede di conferenza di servizi a prescindere dal fatto che questa si svolga in modalità semplificata o sincrona²⁴⁸.

La dottrina si è presto interessata alla disposizione, specie rispetto alla sua applicazione al silenzio-assenso provvedimento, dividendosi però sulla natura da attribuire all'atto tardivo e propendendo chi per la nullità dell'atto e chi per la sua sola inefficacia²⁴⁹.

In letteratura vi è invece un consenso unanime sul fatto che la previsione dell'inefficacia degli atti tardivi si traduce nell'affermare ovvero, in ogni caso, nel ribadire la natura perentoria, anziché ordinatoria, dei termini per provvedere sottoposti agli istituti di semplificazione menzionati dallo stesso art. 2, co. 8-*bis*, l. n. 241/1990²⁵⁰. Di conseguenza, si può dire che l'amministrazione vede consumarsi il proprio potere

GOLISANO, *L'inefficacia degli atti tardivi e i presupposti per la formazione del silenzio-assenso in materia edilizia*, in *federalismi.it*, fasc. 4, 2023, pp. 41 ss.

²⁴⁶ Per approfondimenti sulla rilevanza dell'art. 2, co. 8-*bis*, l. n. 241/1990, ai fini dell'applicazione del silenzio-assenso tra amministrazioni si veda, *ex multis*, S. AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche*, cit., pp. 450 ss., e C. CONTESSA, *Valutazioni paesaggistiche e silenzio-assenso c.d. "orizzontale"*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 12, 2023, pp. 2566-2567.

²⁴⁷ Per quanto concerne invece il rapporto tra l'art. 2, co. 8-*bis*, l. n. 241/1990, e la disciplina sulla Scia si rinvia a M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 3, 2020, pp. 177 ss.; F. CAMPOLO, *Oltre il dogmatismo: la nuova dimensione dell'inefficacia pubblicistica*, in *Nuove autonomie*, fasc. 3, 2022, pp. 934 ss.; A. GIURICKOVIC DATO, *La "sburocratizzazione" per i cittadini*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B. G. MATTARELLA e M. RAMAJOLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 186 ss.

²⁴⁸ Nello specifico, l'art. 2, co. 8-*bis*, l. n. 241/1990, fa riferimento all'art. 14-*bis*, co. 2, lett. c), per quanto concerne la conferenza semplificata e "all'ultima riunione di cui all'articolo 14-*ter*, comma 7" con riferimento invece alla conferenza che si svolge in modalità sincrona.

²⁴⁹ Ad esempio, propendono per la nullità dell'atto S. VERNILE, *op. cit.*, p. 371; M. MACCHIA, *op. cit.*, p. 173; F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 37; M. CALABRÒ, *op. cit.*, p. 12. Sostengono invece la tesi dell'inefficacia, quale categoria autonoma e distinta da quella della nullità, A. TORTORA, *Il provvedimento inefficace: problemi e prospettive l'inefficacia e la consumazione del potere*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti Pubblici*, contabilitapubblica.it, 2022, p. 12; F. G. RUSSO, *Il provvedimento inefficace, rectius inutile nell'ambito del comma 8-*bis* dell'articolo 2 della Legge n. 241/1990*, in *Ratioiuris*, 2021, p. 9; F. ARMENANTE, *La sanzionabilità del ritardo dell'azione amministrativa nei recenti approdi normativi e giurisprudenziali*, in *amministrativ@mente*, fasc. 3, 2021, p. 459; F. CAMPOLO, *op. cit.*, pp. 928 ss.

²⁵⁰ La perentorietà dei termini è, ad esempio, riconosciuta da E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XXIII ed., a cura di F. FRACCHIA, Giuffrè, Milano, 2021, p. 373; M. A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il processo*, fasc. 1, 2022, p. 22; M. CALABRÒ, *op. cit.*, p. 4; F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 36; A. TORTORA, *op. cit.*; F. CAMPOLO, *op. cit.*, p. 931; A. GIURICKOVIC DATO, *op. cit.*, p. 202.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di provvedere se non lo esercita entro il termine fissato dalla legge²⁵¹. La norma, pertanto, intende garantire la celere conclusione dei procedimenti, impedendo che i ritardi delle amministrazioni possano frenare l'avvio delle attività economiche soggette al controllo pubblico.

Come già anticipato, la previsione dell'inefficacia degli atti tardivi interessa anche la disciplina della conferenza dei servizi e, difatti, anche i termini per la comunicazione delle determinazioni in sede di conferenza devono considerarsi perentori²⁵², financo se violati dalle amministrazioni competenti per la tutela degli interessi sensibili.

La disciplina di cui all'art. 2, co. 8-*bis*, l. n. 241/1990, parrebbe poi estendibile anche alla conferenza accelerata, *ex art.* 13, d.l. n. 76/2020, ma non al procedimento semplificato di cui all'art. 21-*decies*, l. n. 241/1990. I pareri tardivi resi nella conferenza accelerata possono ritenersi inefficaci in quanto l'art. 13, d.l. n. 76/2020, richiama le stesse disposizioni prese in considerazione anche dall'art. 2, co. 8-*bis*, l. n. 241/1990. E, d'altronde, la conferenza accelerata non si sovrappone, ma si integra all'interno della disciplina generale dettata dagli artt. 14-*bis* e ss. della l. n. 241/1990. L'art. 21-*decies*, l. n. 241/1990, viceversa, prevede una fattispecie di silenzio devolutivo a fronte dell'inerzia dell'amministrazione, delineando così un rimedio ontologicamente diverso dal silenzio-assenso disciplinato dagli artt. 14-*bis* e 14-*ter*, l. n. 241/1990, che sono richiamati dall'art. 2, co. 8-*bis*²⁵³.

Tanto chiarito, l'introduzione dell'art. 2, co. 8-*bis*, l. n. 241/1999, sembra rafforzare la natura di silenzio-assenso, anziché di silenzio devolutivo, del rimedio approntato dagli artt. 14-*bis* e 14-*ter*, l. n. 241/1990, rispetto all'inosservanza del termine assegnato alle amministrazioni partecipanti alla conferenza²⁵⁴. Al riguardo, si è già ricordato che tali norme ricollegano l'inerzia o l'espressione di un parere non pertinente o non adeguatamente motivato a un assenso senza condizioni, con una chiara finalità di semplificazione e, soprattutto, di accelerazione procedimentale. Di conseguenza, già prima della riforma del 2020 la l. n. 241/1990 imponeva la positiva e rapida conclusione della conferenza di servizi dato che l'amministrazione procedente era tenuta a considerare il progetto oggetto della conferenza conforme all'interesse cui è preposta l'amministrazione rimasta inerte.

Di per sé la previsione dell'inefficacia degli atti tardivi non dovrebbe avere alcuna

²⁵¹ Pressoché in tali termini si veda, *ex multis*, E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 373, ove si parla di "una sorta di "spegnimento" del potere di provvedere".

²⁵² Cfr. S. AUGUSTO, *op. cit.*, p. 2102.

²⁵³ In termini non dissimili si esprimono anche F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 46.

²⁵⁴ La medesima osservazione si rinviene anche in G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, III ed., Milano, Giuffrè, 2020, p. 242.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

portata innovativa sulla disciplina della conferenza di servizi, non introducendo alcun nuovo rimedio per arginare l'inerzia amministrativa. Appare quindi ragionevole che il legislatore, più che innovare il procedimento, abbia voluto ribadire l'effettiva formazione del silenzio-assenso e dissuadere le amministrazioni e la giurisprudenza amministrativa dall'attribuire al silenzio una valenza soltanto devolutiva²⁵⁵. Detto in altri termini, la legge riafferma l'obbligo dell'amministrazione procedente di considerare come acquisito il consenso delle amministrazioni rimaste inerti, invece di ammettere il ricevimento di determinazioni anche tardive ai fini di una valutazione sulla compatibilità del progetto con gli interessi pubblici coinvolti²⁵⁶.

È, tuttavia, nota la resistenza della giurisprudenza e di parte della dottrina a riconoscere in fase endoprocedimentale la formazione del silenzio-assenso anche a fronte dell'inerzia delle amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili. Tant'è che sovente il giudice amministrativo e la dottrina, nell'ambito della conferenza dei servizi e del silenzio-assenso tra amministrazioni, *ex art. 17-bis*, l. n. 241/1990²⁵⁷, ammettono soltanto la formazione di un silenzio devolutivo, richiedendo comunque una valutazione da parte dell'amministrazione competente per la conclusione del

²⁵⁵ Del resto, con specifico riferimento al silenzio-assenso provvedimentoale, *ex art. 20*, l. n. 241/1990, diversi autori rinviengono nell'art. 2, co. 8-*bis*, l. n. 241/1990, soltanto la volontà del legislatore di ribadire la formazione del silenzio-assenso a fronte del mero decorso del termine per provvedere, ponendo così fine all'orientamento di senso contrario portato avanti dalla giurisprudenza amministrativa che, diversamente, in presenza di domande illegittime ammette l'adozione di provvedimenti tardivi, negando così il prodursi degli effetti del silenzio-assenso. In tal senso si veda, *ex multis*, M. CALABRÒ, *op. cit.*, p. 20; M. A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 17; G. CORSO, *op. cit.*, p. 11.

²⁵⁶ In termini non dissimili anche il Cons. St., n. 8610/2023, ha recentemente osservato che l'art. 2, co. 8-*bis*, l. n. 241/1990, è "espressione della volontà politico-legislativa di superare le discussioni, registratesi nel previgente quadro normativo, in ordine al vizio che affliggeva il provvedimento tardivo [...] [e] che l'organo che si pronuncia tardivamente ha perso il potere di decidere: dunque il suo atto, adottato in carenza di potere relativamente ad uno specifico progetto, è privo di effetti nell'ordinamento amministrativo".

²⁵⁷ Per quanto concerne invece il coordinamento tra questi due istituti, si ricorda che il silenzio-assenso di cui all'art. 17-*bis*, l. n. 241/1990, trova applicazione quando è necessario coordinare soltanto due amministrazioni, mentre va indetta una conferenza di servizi se vanno coordinate tre o più amministrazioni. In tal senso si veda Cons. St., sez. comm. spec., parere, 13 luglio 2016, n. 1640, e, quanto alla letteratura in materia, P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica, esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc. 2, 2022, p. 92, e C. FORMICA, *Deregulation amministrativa e tutela del territorio: l'ambito di applicazione del silenzio-assenso "orizzontale" in materia paesaggistica*, in *Iura & Legal Systems*, fasc. 2, 2021, p. 9. Per di più, sempre il parere del Cons. St. n. 1640/2016, poi richiamato anche dalla successiva sentenza del Cons. St., n. 8610/2023, prospetta anche una soluzione alternativa per la quale il silenzio-assenso orizzontale, *ex art. 17-bis*, l. n. 241/1990, troverebbe sempre applicazione a prescindere dal numero di amministrazioni coinvolte, dovendosi indire una conferenza di servizi soltanto qualora tali amministrazioni abbiano espresso nei termini un parere negativo.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

procedimento²⁵⁸.

Vi sono, in particolare, due argomentazioni che sono sovente richiamate avverso l'estensione anche agli interessi sensibili del silenzio-assenso endoprocedimentale o "orizzontale", ovvero sia di quello formatosi in sede di conferenza di servizi e nei rapporti tra sole due amministrazioni, *ex art. 17-bis*, l. n. 241/1990. Da un lato, si sottolinea il rischio di una parziale contraddizione con la disciplina del silenzio-assenso provvedimentale posto che l'art. 20, co. 4, l. n. 241/1990, esclude espressamente la sua formazione in presenza di interessi sensibili. Dall'altro, si evidenzia l'opportunità di una lettura della disciplina del silenzio-assenso conforme ai consolidati approdi della giurisprudenza costituzionale che, soprattutto in passato, ha ribadito la necessità di una decisione espressa in presenza di valutazioni latamente discrezionali e aventi ad oggetto la cura degli interessi sensibili²⁵⁹.

Dato il quadro così sintetizzato non sorprende che ancora oggi una parte della giurisprudenza tenda a circoscrivere l'effettiva portata della previsione dell'inefficacia degli atti tardivi. In particolare, si contrappongono due diversi orientamenti.

Da una parte, vi è una giurisprudenza che, valorizzando il chiaro tenore della normativa in materia, riconosce la piena formazione del silenzio-assenso anche in sede di conferenza di servizi e in presenza di interessi sensibili, privando così i pareri tardivi di qualsiasi effetto e rilevanza²⁶⁰. All'interno di tale filone giurisprudenziale va

²⁵⁸ Quanto alla giurisprudenza, con specifico riferimento alla conferenza dei servizi si veda, tra i tanti, Cons. St., sez. IV, 21 marzo 2023, n. 2836; Id., 29 marzo 2021, n. 2640; Id., 2 marzo 2020, n. 1486. In dottrina, sempre rispetto alla conferenza dei servizi si veda invece F. SCALIA, *Prospettive e profili problematici della nuova conferenza di servizi*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc. 6, 2016, p. 649; P. CARPENTIERI, *op. cit.*, p. 97; G. MARI, *op. cit.*, p. 241; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, 2017, pp. 699 ss.; G. SCIULLO, "Interessi differenziati" e procedimento amministrativo, in *Giustamm.it*, fasc. 5, 2016; G. MARI, "Primarietà" degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.aa. e nella conferenza di servizi, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc. 5, 2017, p. 321. Per quanto concerne invece l'applicazione agli interessi sensibili del silenzio-assenso di cui all'art. 17-bis, l. n. 241/1990, si veda anche C. FORMICA, *op. cit.*, p. 19, e A. BERTI SUMAN, *Il nuovo silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni (art. 17-bis legge n. 241/1990)*, in *Foro amministrativo*, fasc. 6, 2016, p. 1677.

²⁵⁹ Si vedano, tra le tante, le sentenze della Corte cost., 1° luglio 1992, n. 307; Id., 27 aprile 1993, n. 194; Id., 28 giugno 2004, n. 196; Id., luglio 2014, n. 409; Id., 22 luglio 2021, n. 160, quest'ultima pronuncia, tuttavia, ammette la formazione del silenzio-assenso tra amministrazioni in presenza di interessi paesaggistici. Per un esame della giurisprudenza costituzionale si suggerisce, tra i tanti, la lettura di L. SALVEMINI, *LA P.A. tra silenzio e discrezionalità nella tutela degli interessi ambientali. La discrezionalità amministrativa: un parametro per valutare la legittimità del silenzio assenso?*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, fasc. 2, pp. 750 ss., e di G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi*, *cit.*, pp. 234 ss.

²⁶⁰ Cfr., *ex multis*, TAR Campania, Salerno, sez. II, 20 giugno 2022, n. 1732; Id., 4 novembre 2022, n. 2946; Cons. St., sez. IV, 3 luglio 2023, n. 6446; Id., sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255. Alle medesime conclusioni giungono anche TAR Campania, Salerno, sez. II, 27 dicembre 2023, n. 3068, e Id., 21 marzo



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

soprattutto sottolineata la pronuncia del Cons. St., sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610, spesso citata nelle sentenze più recenti²⁶¹, e che offre un'ampia disamina delle molteplici ragioni a favore dell'applicazione del silenzio-assenso, ponendo l'accento anche sull'entrata in vigore dell'art. 2, comma 8-*bis*, l. n. 241/1990²⁶².

Dall'altra parte, vi è una giurisprudenza che invece continua, seppur implicitamente, ad attribuire al silenzio una natura soltanto devolutiva. Nello specifico, tale orientamento sostiene che gli atti tardivi, sebbene inefficaci, possono e devono comunque "essere presi in considerazione anzitutto come fatti storici e le considerazioni giuridiche in essi eventualmente contenute potranno fornire spunto per una autonoma valutazione discrezionale – anche in termini di pura "mimesi" – da parte

2022, n. 772, che, al più, attribuiscono all'atto tardivo la natura "di atto meramente propulsivo ed endoprocedimentale" ai fini di un intervento in autotutela dell'amministrazione procedente, *ex art.* 14-*quater*, co. 2, l. n. 241/1990.

²⁶¹ Alla sentenza, con riferimento talvolta all'applicazione dell'art. 17-*bis*, l. n. 241/1990, e talvolta alle conferenze di servizi, hanno aderito TAR Campania, Napoli, sez. IV, 8 aprile 2024, n. 2571; TAR Veneto, Venezia, sez. II, 8 maggio 2024, n. 933; Cons. St., sez. IV, 29 dicembre 2023, n. 11341; Id., sez. VII, 2 febbraio 2024, n. 1093; Id., 30 gennaio 2024, n. 942; TAR Puglia, Bari, sez. II, 22 aprile 2024, n. 500; Id., 9 aprile 2024, n. 458; TAR Campania, Salerno, sez. II, 8 aprile 2024, n. 782; TAR Veneto, Venezia, sez. II, 1° marzo 2024, n. 387; TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 2 novembre 2023, n. 882; TAR Puglia, Bari, sez. II, 11 dicembre 2023, n. 1429; Id., 21 novembre 2023, n. 1349. La pronuncia del Consiglio di Stato è stata poi richiamata incidentalmente, senza però essere un'espressa presa di posizione sulla bontà o meno delle sue conclusioni, anche da TAR Sicilia, Catania, sez. II, 10 maggio 2024, nn. 1754 e 1759; Id., 3 maggio 2024, nn. 1620, 1621 e 1627; Id., 16 aprile 2024, n. 1434; Id., 10 aprile 2024, n. 1350; TAR Lazio, Roma, sez. V-*ter*, 15 novembre 2023, n. 17102; Id., sez. IV-*ter*, 23 ottobre 2023, n. 15667; TAR Campania, Napoli, sez. VI, 29 dicembre 2023, n. 7538; Id., sez. IV, 8 novembre 2023, n. 6151.

²⁶² Più precisamente, nella sentenza il Consiglio di Stato ha riconosciuto la formazione di un silenzio-assenso, anziché devolutivo, nel caso dell'inerzia serbata dalla Soprintendenza tanto rispetto al modello di cui all'art. 17-*bis*, l. n. 241/1990, quanto nell'ambito di una conferenza di servizi. A tal fine, sono svariate le argomentazioni dei Giudici di Palazzo Spada, tra le quali si segnalano: a) il chiaro tenore testuale della normativa in materia, dalla quale il giudice amministrativo non è legittimato a discostarsi, potendo al più sollevare questione di legittimità costituzionale; b) la natura codecisoria del parere vincolante della Soprintendenza da rendere nell'ambito di un procedimento pluristrutturato e che, pertanto, è sottratto alla regola del silenzio-devolutivo previsto invece nell'ambito di pareri resi nella precedente fase istruttoria; c) le finalità di semplificazione sottese agli artt. 14-*bis* e 17-*bis*, l. n. 241/1990, che pacificamente si applicano anche alle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili, le quali sono del resto soggette al principio di buon andamento di cui è espressione anche l'istituto del silenzio-assenso; d) l'introduzione dell'art. 2, comma 8-*bis*, l. n. 241/1990, il quale è chiaro nello stabilire che le «determinazioni tardive sono irrilevanti in quanto prive di effetti nei confronti dell'autorità competente, e non soltanto prive di carattere vincolante»; e) il richiamo alla giurisprudenza costituzionale che impone il bilanciamento di una pluralità di interessi e diritti, nessuno dei quali è da ritenersi tiranno, e dalla quale non emergerebbe un univoco e inderogabile divieto di estensione del silenzio-assenso anche agli interessi sensibili (il riferimento è alle pronunce della Corte cost. n. 85/2013 e n. 160/2021).



dell'Autorità procedente”²⁶³.

5. Scenari presenti e futuri nella conferenza di servizi.

Le novità introdotte in questi anni dai decreti Semplificazioni, Pnrr-ter e Pnrr-quater si pongono in linea di continuità con le politiche promosse in passato e le cui principali caratteristiche sono state già ampiamente esaminate in letteratura.

Innanzitutto, si assiste a un'ulteriore “degradazione” degli interessi sensibili, i quali continuano a retrocedere di fronte alle esigenze di semplificazione e accelerazione dell'azione amministrativa²⁶⁴.

Nella conferenza accelerata le amministrazioni poste a tutela di detti interessi sono, infatti, tenute ad esprimere la propria posizione entro un termine dimezzato rispetto a quanto previsto dall'art. 14-bis, l. n. 241/1990, e comunque perentorio come precisato dall'art. 2, co. 8-bis, l. n. 241/1990, che ha disposto l'inefficacia di eventuali atti tardivi. Per di più, tali amministrazioni sono chiamate, al pari di tutte le altre, ad esprimere un parere costruttivo, vedendosi così circoscrivere la facoltà di manifestare il proprio dissenso all'autorizzazione di un progetto di per sé incompatibile con l'interesse cui sono preposte.

In aggiunta, l'introduzione della conferenza accelerata e del procedimento semplificato di cui all'art. 21-decies, l. n. 241/1990, è funzionale, come detto, a un'ulteriore riduzione dei termini procedurali. Pertanto, come in passato, il legislatore sembra porre l'accento solo sull'accelerazione dell'azione amministrativa, anziché rafforzare la conferenza quale strumento di coordinamento di più amministrazioni per garantire – anche in tempi più brevi - il miglior bilanciamento degli interessi oggetto di valutazione.

Il fine perseguito è quindi quello di giungere quanto prima a una decisione

²⁶³ Così TAR Puglia, Bari, sez. II, 1° agosto 2022, n. 1128, oggetto di un breve commento in C. PREVETE, *Inefficacia degli atti tardivi*, in *Ambiente e sviluppo*, fasc. 10, 2022. In termini analoghi si vedano anche TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 7 agosto 2023, n. 1122; TAR Campania, Napoli, sez. III, 22 novembre 2023, n. 6427; TAR Puglia, Bari, sez. II, 13 febbraio 2023, n. 293. Si segnala, ad ogni modo, che la sentenza del TAR Puglia, n. 1128/2022, è stata confermata dal Cons. St., n. 11341/2023, che però non ne ha condiviso l'impianto motivazionale.

²⁶⁴ Tale degradazione, con riferimento alla disciplina non solo della conferenza di servizi, ma soprattutto dell'art. 17-bis, l. n. 241/1990, è stata evidenziata da molti, ivi compresi R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 310; F. APERIO BELLA, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni (il nuovo art. 17-bis della l. n. 241 del 1990)*, in A. RALLO e A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 260; E. SCOTTI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 571; M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, fasc. 7, p. 768.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

amministrativa, qualunque essa sia²⁶⁵. Anzi, tenuto conto che la perentorietà dei termini endoprocedimentali è affiancata da un meccanismo di silenzio-assenso e da un obbligo di “costruttività” gravante su tutte le amministrazioni dissenzienti, si può dire che la *ratio legis* risiede nel ridurre i termini necessari ai fini della positiva valutazione dell’attività oggetto della conferenza, anche al costo di eventuali lesioni degli interessi pubblici e privati coinvolti²⁶⁶.

Ad ogni modo, la presente stagione di semplificazione presenta almeno due elementi di differenziazione rispetto alla precedente riforma Madia.

In primo luogo, l’accelerazione dei termini è imposta direttamente dalla legge, a prescindere dalla volontà stessa dell’amministrazione procedente che, viceversa, aveva visto valorizzare il proprio ruolo decisionale con la precedente riforma del 2016²⁶⁷. In tal senso, è sufficiente ricordare che l’indizione della conferenza accelerata è obbligatoria e non facoltativa per l’amministrazione procedente e che il procedimento semplificato per la riedizione degli atti annullati in sede giurisdizionale prende avvio su iniziativa non di quest’ultima, ma del privato interessato.

In secondo luogo, è oggetto di un’ulteriore valorizzazione il “fattore tempo”, e cioè l’interesse alla celere conclusione dei procedimenti, che già costituiva l’elemento cardine delle semplificazioni amministrative²⁶⁸. Tale fattore assume oggi anche una valenza pubblicistica, in quanto legata all’esigenza di rispettare le stringenti tempistiche di attuazione del Pnrr, e non più soltanto una privatistica, ovverosia funzionale alla sola riduzione dei controlli burocratici che frenano l’attività d’impresa. La tardiva conclusione dei procedimenti, d’altronde, non comporta più soltanto un rallentamento dell’iniziativa imprenditoriale, ma può condurre altresì a un inadempimento da parte dell’Italia degli impegni assunti in sede europea rispetto alle scadenze entro le quali “mettere a terra” le risorse garantite dal *Next Generation Eu*. In tale ottica, difatti, possono essere lette sia le modifiche qui esaminate alla disciplina della conferenza dei servizi, sia le ulteriori novelle di questi anni. Basti pensare, solo

²⁶⁵ In termini più generali, già V. FALCO, *op. cit.*, p. 16, ha avuto occasione di osservare un ribaltamento nei rapporti tra gli istituti di coordinamento e di semplificazione amministrativa in quanto “mentre in origine i meccanismi di coordinamento servivano a semplificare il procedimento, oggi si è insinuata la convinzione che si debbano semplificare i meccanismi di coordinamento, per rendere più rapida ed efficace l’azione amministrativa”.

²⁶⁶ Tale impostazione del legislatore è ben sintetizzata in F. CAPORALE, *Semplificare la complessità*, *cit.*, p. 477, ove si può leggere che: “la disciplina del procedimento viene letta a garanzia del destinatario del provvedimento e non della collettività nel suo complesso; l’obiettivo è la soddisfazione dell’interesse del destinatario e non il bilanciamento di quell’interesse con quello della collettività”.

²⁶⁷ Cfr. F. CAPORALE, *I rapporti tra amministrazioni tra semplificazione e complessità*, *cit.*, pp. 152 ss.

²⁶⁸ Sul punto, si rinvia alle riflessioni di A. SANDULLI, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, fasc. 10, pp. 990 ss., che così si esprime già rispetto alla prima stagione delle semplificazioni amministrative avviata durante gli anni Novanta.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

per fare alcuni esempi, alla declinazione nel nuovo codice appalti del principio del risultato come l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici con la "massima tempestività"²⁶⁹ ovvero alla circoscrizione dei margini per la tutela cautelare nel caso di impugnazione di provvedimenti relativi a interventi finanziati dal Pnrr.²⁷⁰

Individuato così il quadro di riferimento delle ultime riforme della disciplina della conferenza di servizi, è possibile concludere questo breve scritto immaginando la possibile evoluzione degli istituti recentemente introdotti.

Innanzitutto, si potrebbe generalizzare, senza cioè porre limiti temporali, la facoltà dell'amministrazione precedente di ricorrere alla conferenza di servizi accelerata di cui all'art. 13, d.l. n. 76/2020, previa però adeguata motivazione che giustifichi la peculiare accelerazione dei termini per il perseguimento di un determinato interesse. Tale generalizzazione, probabilmente, potrà essere disposta soltanto nei prossimi anni in quanto è ragionevole aspettarsi che la conferenza accelerata nella sua attuale declinazione di istituto di obbligatoria attivazione sarà prorogata sino alla data di scadenza per l'attuazione del Pnrr.

Ad ogni modo, è necessario sin da ora un intervento legislativo che precisi quale sia il possibile contenuto dei pareri espressi dalle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili in sede di conferenza accelerata. Nello specifico, il legislatore dovrebbe chiarire come possono coordinarsi l'art. 13, comma 1, lett. b-bis), d.l. n. 76/2020, e l'art. 14-quinquies, l. n. 241/1990. Invero, come si è già esposto, la prima norma impone, "senza deroghe", a tutte le amministrazioni dissenzienti di indicare le prescrizioni necessarie per il loro assenso, mentre la seconda consente alle amministrazioni che curano gli interessi sensibili di opporsi alla positiva conclusione della conferenza "a condizione che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso". In altri termini, va chiarito se tali amministrazioni possano, ove necessario, esprimere un dissenso incondizionato all'approvazione dei progetti da valutare in sede di conferenza accelerata. Per di più, nel caso in cui si riconosca in capo alle amministrazioni preposte a tutela di interessi sensibili un obbligo inderogabile di esprimere un dissenso costruttivo, occorre chiedersi quale sia la sanzione conseguente alla violazione del suddetto obbligo. Sul punto, il legislatore non dice nulla, ma se si

²⁶⁹ Così l'art. 1, co. 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Per un esame della portata del nuovo principio del risultato si veda R. CHIEPPA, *Il valore dei principi generali*, in R. CHIEPPA, M. SANTISE, H. SIMONETTI e R. TUCCILLO (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Questioni attuali sul D.lgs. n. 36/2023*, La tribuna-Il foro italiano, Piacenza, 2023, pp. 7 ss.

²⁷⁰ Il riferimento è all'art. 12-bis, d.l. 16 giugno 2022, n. 68, conv. con mod. dalla l. 5 agosto 2022, n. 108, che ai fini della concessione della misura cautelare richiede al giudice amministrativo di motivare anche rispetto alla compatibilità di tale misura con l'interesse pubblico alla tempestiva realizzazione del Pnrr.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

esclude la possibilità per le amministrazioni di esprimere un dissenso pieno, allora ci si dovrebbe porre anche il problema di comprendere se tale dissenso va ricondotto a un meccanismo di silenzio-devolutivo, se non addirittura di assenso.

Quanto, invece, al procedimento semplificato di cui all'art. 21-*decies*, l. n. 241/1990, andrebbe precisato il suo ambito di applicazione, specificando in particolare se l'istituto ha o meno una portata generale in considerazione anche del suo ancoraggio ai principi generali dell'azione amministrativa, quali quelli di economicità ed efficienza. Del resto, è quantomeno ambigua la collocazione all'interno della l. n. 241/1990 di una norma che fa però specifico riferimento all'autorizzazione ambientale e alla Via di cui al d.lgs. n. 152/2006.

Rispetto poi all'inefficacia degli atti tardivi, sarebbe necessario un intervento del legislatore o, almeno, della Corte costituzionale per chiarire in via definitiva se in fase endoprocedimentale, e quindi anche nell'ambito della conferenza di servizi, gli interessi sensibili siano o meno soggetti alla regola del silenzio-assenso. L'estensione di tale rimedio anche agli interessi sensibili da parte del legislatore si scontra difatti con un orientamento giurisprudenziale che da anni riconosce la formazione soltanto del silenzio devolutivo, creando conseguentemente gravi incertezze per le imprese e le stesse amministrazioni chiamate ad applicare la normativa. Cionondimeno, non si può escludere che la pronuncia della sezione IV del Consiglio di Stato n. 8610/2023 possa dare avvio a un nuovo filone giurisprudenziale che ammetta, come previsto dalla l. n. 241/1990, la soggezione anche degli interessi sensibili alla regola del silenzio-assenso²⁷¹. D'altronde, già l'anno precedente, il Consiglio di Stato con un'altra importante pronuncia, la n. 5746 dell'8 luglio 2022 della sezione VI, è riuscito a mettere in discussione un precedente orientamento che escludeva la formazione del silenzio-assenso provvedimento a fronte di domande illegittime²⁷².

²⁷¹ Vero è che ancora si registrano in giurisprudenza delle resistenze a recepire le argomentazioni esposte in tale pronuncia le cui conclusioni, ad esempio, sono state richiamate ma non condivise dalle più recenti sentenze del Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2024, n. 3211, e Id., 29 aprile 2024, n. 3895.

²⁷² Già solo per dare un'idea dell'impatto di tale sentenza è sufficiente ricordare che le sue conclusioni, pur provenendo da una sezione semplice del Consiglio di Stato, sono state già richiamate in meno di due anni già in una cinquantina di sentenze. Tra queste cfr., *ex multis*, Cons.St., sez. IV, 26 aprile 2024, n. 3813; Id., sez. VI, 13 marzo 2024, n. 2459; Id., 29 gennaio 2024, nn. 864 e 863; Cons. Stato, sez. IV, 29 dicembre 2023, n. 11337; Id., 27 dicembre 2023, n. 11217; Cons. Stato, sez. VI, 7 dicembre 2023, n. 10606; Id. 30 novembre 2023, n. 10383; Id., sez. IV, 4 settembre 2023, n. 8156; Id., 4 agosto 2023, n. 7534; Cons. Stato, 9 giugno 2023, n. 5664; TAR Lazio, Roma, sez. IV-*bis*, 30 aprile 2024, n. 8622; Id., 26 aprile 2024, n. 8342; Id., sez. IV-*ter*, 26 aprile 2024, n. 8282; 22 aprile, n. 7993; Id., Latina, sez. II, 12 marzo 2024, n. 206; TAR Campania, Napoli, sez. VI, 29 febbraio 2024, n. 1388; TAR Campania, Salerno, sez. II, 8 maggio 2024, n. 1000; Id., 30 aprile 2024, n. 950; TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 29 aprile 2024, n. 694; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 18 gennaio 2024, n. 64; TAR Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 17 ottobre 2023, n. 319; TAR Lazio, Latina, sez. I, 21 luglio 2023, n. 602; TAR Trentino-Alto Adige, Trento, sez. un., 12 giugno 2023, n. 94; TAR Campania, Salerno, sez. II, 2 maggio 2023,



Controlli e sanzioni nelle concessioni autostradali: modelli e criticità

di Luca Galli, Leonardo Parona, Scilla Vernile*

7 Ottobre 2024

Abstract: Il contributo è dedicato alla ricostruzione e all'analisi dell'articolato regime dei poteri di controllo e sanzionatori esercitati sull'attività dei concessionari delle concessioni autostradali. Nello specifico, in primo luogo, nel conteso della pluralità di soggetti tra cui si distribuiscono le funzioni in questione, si riconosce particolare rilievo al ruolo dell'autorità concedente e ai poteri di controllo dalla stessa esercitati in forza vuoi della legge vuoi della convenzione di concessione, offrendo un'analisi della giurisprudenza che si è formata in relazione alle principali criticità del complesso sistema di vigilanza delineato. In secondo luogo, il contributo si sofferma sui possibili esiti dell'esercizio del potere di controllo, analizzando il sistema di sanzioni e penali che risulta dalla legge e dalle clausole delle convenzioni di concessione, per concludere con un cenno alla eventualità della conseguenza più grave, ossia la risoluzione della concessione per grave inadempimento del concessionario.

This paper is dedicated to the reconstruction and analysis of the articulated regime of control and sanctioning powers exercised over the activities of highway concessionaires. Firstly, in the context of the plurality of subjects among which the functions in question are distributed, particular importance is given to the role of the contracting authority and to the control powers that the latter exercises by virtue of both the law and the concession contract, offering an analysis of the case law that has been formed in relation to the main critical aspects of the outlined complex system of supervision. Secondly, the contribution dwells on the possible outcomes of the exercise of the power of control, analyzing the system of sanctions and penalties resulting from the law and from the clauses of the contract, concluding with a mention of the more serious consequence of the termination of the concession due to serious breach of its rules by the concessionaire."

n. 1018; Id., sez. II, 27 marzo 2023, n. 710; Id., 20 marzo 2023, n. 644; Cons. St., sez. VI, 16 dicembre 2022, n. 11034; Id., 6 dicembre 2022, n. 10691. Ad ogni modo, si può incidentalmente osservare che tale pronuncia riconosce la formazione del silenzio-assenso in presenza tanto di domande illegittime quanto di domande incomplete; tuttavia, il prodursi degli effetti provvedimentali anche a fronte di una incompletezza della domanda è ancora oggi oggetto di contestazione in seno alla giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato. Nello specifico, vi è un recente orientamento che esclude il silenzio-assenso – in particolare, perché inesistente e non solo illegittimo – in quanto l'incompletezza della domanda escluderebbe la possibilità stessa di un'istruttoria da parte dell'amministrazione (cfr. Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2023, n. 11203; Id., 16 agosto 2023, n. 7774).

* Il presente contributo è frutto della riflessione congiunta degli Autori; tuttavia, a Leonardo Parona si devono attribuire i paragrafi 1 e 2, a Luca Galli i paragrafi 3, 3.1, 3.2 e 3.3, a Scilla Vernile i paragrafi 4, 4.1, 4.2, e 4.3. Il paragrafo 5, invece, è da attribuirsi a tutti gli Autori congiuntamente. Contributo sottoposto a *blind peer review*.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La pluralità dei controlli sull'attività dei concessionari: soggetti e funzioni. – 3. I controlli del concedente nella fase esecutiva. – 3.1. I poteri di controllo riconosciuti *ex lege*. – 3.2. I poteri di controllo nelle convenzioni di concessione. – 3.3. I controlli nella giurisprudenza – 4. Il potere sanzionatorio del concedente e le violazioni rilevanti. – 4.1. Le penali contrattuali. – 4.2. L'irrogazione della sanzione: presupposti (in particolare l'elemento soggettivo), procedimento sanzionatorio e proporzionalità della misura. – 4.3. La risoluzione della concessione per grave inadempimento. Cenni. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Tra i numerosi profili d'interesse del regime giuridico delle concessioni autostradali, i controlli e l'esercizio dei poteri sanzionatori ad essi connessi presentano indubbiamente significative criticità; alla ricostruzione e all'analisi di questi ultimi è dedicato il presente contributo.

Il tema sarà considerato alla luce del più ampio contesto dei poteri di vigilanza, monitoraggio e controllo che complessivamente insistono sull'attività dei concessionari, rispetto alla quale diverse norme di legge distribuiscono le funzioni in questione tra una pluralità di soggetti. I presupposti e gli interessi perseguiti da questi ultimi, come s'illustrerà nel paragrafo seguente, differiscono solo in parte fra loro, residuando taluni ambiti di sovrapposizione, i quali impongono forme e strumenti di coordinamento adeguati.

In tale contesto assume un'evidente preminenza il ruolo dell'autorità concedente, le cui funzioni e poteri, come si vedrà nel terzo paragrafo, risultano dall'intrecciarsi tra loro – e a tratti dal duplicarsi – delle norme di legge e delle clausole contenute nelle convenzioni di concessione.

La tenuta applicativa dello – stratificato – quadro normativo e dei meccanismi di controllo da quest'ultimo delineati è messa alla prova dall'effettività dell'apparato sanzionatorio e dei possibili esiti che l'esercizio dei poteri di controllo e vigilanza può comportare; profilo che sarà oggetto di analisi nel quarto paragrafo. In particolare, ci si soffermerà sul sistema di sanzioni e penali delineato dalla legge e dalle convenzioni e sulla risoluzione della concessione per grave inadempimento del concessionario, restando escluse dalla presente analisi le altre ipotesi di cessazione del rapporto, pure previste dalla legge e dalle convenzioni, ma non collegate a inadempimenti ascrivibili al concessionario.

2. La pluralità dei controlli sull'attività dei concessionari: soggetti e funzioni.

Il tema dei controlli pubblici insistenti sull'attività dei concessionari autostradali non può essere affrontato – pena la parzialità dell'indagine – esclusivamente nell'ottica dei



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

singoli rapporti concessori, nell'ambito dei quali l'autorità concedente (il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – MIT) vigila sull'operato del privato concessionario. Tale prospettiva è indubbiamente centrale, ma il rapporto concessorio va collocato nel più ampio contesto dei poteri di vigilanza, monitoraggio e controllo che nel nostro ordinamento investono complessivamente l'attività dei concessionari autostradali. Rispetto a tali poteri occorre infatti osservare sin d'ora che numerose norme di legge, stratificatesi nel tempo e rispondenti a disegni regolatori in parte eterogenei, ripartiscono le funzioni di controllo tra una pluralità di soggetti ulteriori rispetto al MIT.

Prima di analizzare partitamente – seppur in modo sintetico – tali controlli, pare opportuno ricordare quali siano i soggetti ulteriori appena menzionati. Si tratta, in particolare, dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART), dell'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali (ANSFISA), dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM).

Rimandando l'analisi del ruolo – pur sempre centrale – del MIT al paragrafo seguente, si possono qui prendere le mosse dalle funzioni di controllo attribuite all'ART nel settore autostradale; ciò, tuttavia, non prima di aver svolto una breve premessa²⁷³. Il ruolo assegnato in quest'ambito a tale Autorità è stato infatti, in un primo momento, marginale, giacché era previsto ch'essa si occupasse soltanto dei rapporti concessori instaurati successivamente alla sua istituzione. La situazione è mutata solo in virtù di quanto previsto dal d.l. 28 dicembre 2018, n. 109, che ne ha esteso le competenze a tutte le concessioni autostradali.

Premesso ciò, occorre ricordare come l'ART sia competente, ai sensi dell'art. 37, comma 2, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, a garantire “secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie [...] alle reti autostradali [...] in relazione alla mobilità dei passeggeri e delle merci”. Le competenze ad essa assegnate²⁷⁴ concernono dunque, prima ancora

²⁷³ Per un'analisi delle funzioni di regolazione dell'ART nel settore del trasporto autostradale si veda A. TONETTI, *Il settore autostradale*, in L. TORCHIA (a cura di), *L'autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, paper Astrid, Roma, 2013, pp. 30 ss., nonché Id., *Il decreto “cresci Italia”. L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, pp. 579 ss.

²⁷⁴ Recentemente tali competenze sono state definite – in modo del tutto condivisibile – a “geometria variabile”, avendo riguardo al mutare dell'ampiezza e dell'incisività delle medesime a seconda del settore dei trasporti rispetto al quale essa eserciti le proprie funzioni. Come noto, infatti, con l'art. 37 d.l. n. 201/2011 all'ART è stata assegnata una generale funzione di regolazione in relazione all'intero ambito dei trasporti. Così G. Pisanti, *Le competenze a «geometria variabile» dell'Autorità dei trasporti*, in *Dir. amm.*, 2022, pp. 249 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

che i controlli sui profili tariffari nell'esercizio della concessione autostradale, la definizione della dimensione minima e massima della gestione oggetto di concessione; aspetto quest'ultimo che incide principalmente sulla fase di affidamento della medesima. È in particolare in relazione a questo profilo – che esula dall'oggetto della presente analisi – che l'Autorità svolge un ruolo cruciale “nell’interazione tra politica e amministrazione”²⁷⁵.

Venendo alle funzioni di controllo e vigilanza, queste ultime sono complessivamente volte a verificare la corretta applicazione dei “criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori”²⁷⁶. Esercitando tale competenza con specifico riferimento al settore autostradale, l'ART ha approvato la delibera n. 16/2019, che ha avviato un ampio procedimento di revisione del sistema tariffario, cui sono seguite numerose delibere di approvazione dei singoli sistemi tariffari di pedaggio²⁷⁷.

I poteri esercitabili dall'ART nell'ambito delle funzioni di controllo sono modellati in parte su quelli previsti dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, in parte su quelli vigenti in materia *antitrust*²⁷⁸. Essi consistono, in primo luogo, nella potestà di richiedere ai concessionari informazioni e l'esibizione di documenti. In secondo luogo, l'ART può condurre ispezioni presso le sedi dei soggetti vigilati, laddove ritenga che la regolazione di settore sia stata elusa o violata²⁷⁹. In terzo luogo, allorché i controlli abbiano rivelato una violazione, l'Autorità può ingiungere la cessazione delle condotte

²⁷⁵ L. SALTARI e A. TONETTI, *Concessioni autostradali*, in M.A. SANDULLI e R. De NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, 2019, 163 ss. (spec. p. 178). In argomento si veda anche S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura del mercato*, in *Dir. amm.*, 2020, 764 ss.

²⁷⁶ Art. 37, comma 2, lett. b), d.l. n. 201/2011.

²⁷⁷ È stato criticamente osservato che, in questo modo, si è *ex post* introdotta una modifica unilaterale in corso di esecuzione delle concessioni, in potenziale contrasto con il diritto eurounitario. Per questo rilievo si vedano C. AMALFITANO e M. CONDINANZI, *Concessioni autostradali e vincoli europei*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2018, 955 ss.; F. SPANICCIATI, *Il «decreto Genova» quale estremizzazione della deroga emergenziale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2019, 63 ss.; G. PISANTI, *Le competenze a «geometria variabile» dell'Autorità dei trasporti*, cit., 249 ss. La vigilanza sul sistema tariffario è costante, come testimonia l'avvio, con delibera ART n. 29/2024, di un'indagine conoscitiva finalizzata alla valutazione di eventuali ipotesi di revisione del sistema tariffario di pedaggio.

²⁷⁸ Art. 37, comma 3, d.l. n. 201/2011. l

²⁷⁹ Le violazioni possono consistere nell'inosservanza dei criteri stabiliti per la formazione e l'aggiornamento delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, dei diritti e dei prezzi; nell'inosservanza dei criteri per la separazione contabile e per la disaggregazione dei costi e dei ricavi riguardanti le attività di servizio pubblico; nella violazione della disciplina relativa all'accesso alle reti e alle infrastrutture; nella violazione di eventuali condizioni ulteriori imposte dall'Autorità stessa.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

contrastanti con il quadro normativo e imporre adeguate misure ripristinatorie, potendo inoltre intervenire in via cautelare laddove vi sia il rischio di un danno grave e irreparabile per la tutela della concorrenza e degli interessi degli utenti. A tale potestà si aggiunge, infine, quella sanzionatoria, essendo previsto che a fronte di tali violazioni l'ART possa comminare sanzioni di importo variabile (fino al 10% del fatturato dell'impresa).

Particolarmente rilevanti, sebbene più circoscritte dal punto di vista oggettivo, sono poi le funzioni attribuite in questo settore all'ANSFISA. L'Agenzia, istituita presso il MIT a decorrere dal 1° gennaio 2019²⁸⁰, ha infatti il compito di vigilare – avvalendosi di specifiche competenze tecnico-operative – sulla sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali, aspetto cruciale nell'ambito della fase di esecuzione dei rapporti concessori. Più precisamente, la legge assegna all'Agenzia “l'attività ispettiva finalizzata alla verifica della corretta organizzazione dei processi di manutenzione da parte dei gestori”²⁸¹, prevedendo che quest'ultima possa, laddove necessario, ingiungere ai gestori di “mettere in atto le necessarie misure di controllo del rischio in quanto responsabili dell'utilizzo sicuro delle infrastrutture”.

Rimangono da ultimo da prendere in considerazione le funzioni di ANAC e AGCM, due autorità aventi, come noto, competenza generale e non, invece, settoriale – diversamente dai soggetti appena considerati.

Quanto all'AGCM, preme qui ricordare che il MIT ha facoltà di segnalare all'AGCM eventuali violazioni della legge 10 ottobre 1990, n. 287 da parte dei concessionari. Tale evenienza, peraltro, dev'essere considerata alla luce del fatto che l'eccessiva ampiezza e durata delle concessioni esistenti, nonché il ricorso non sempre giustificato a proroghe e rinnovi automatici, ha comportato un inevitabile irrigidimento degli assetti di mercato esistenti a vantaggio degli attuali concessionari. Poiché al consolidamento di tale assetto ha contribuito, direttamente o indirettamente, anche l'indirizzo politico seguito nei decenni dal Ministero, l'operatività – o quantomeno l'effettiva utilità – di tale potere di segnalazione pare, all'atto pratico, ridotta.

Quanto alle funzioni dell'ANAC, rilevano in questo frangente quelle previste dall'art. 222, comma 3 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (“Codice dei contratti pubblici”) in relazione alla vigilanza sulla sussistenza e sul mantenimento delle condizioni di economicità dell'esecuzione della concessione. I poteri assegnati all'ANAC sono, anche in questo caso, volti a tutelare *in primis* esigenze connesse alla finanza pubblica, ossia a verificare che dall'esecuzione della concessione non derivino pregiudizi per quest'ultima. L'Autorità può infatti segnalare al Governo e al Parlamento “fenomeni

²⁸⁰ Art. 12, comma 4, d.l. n. 109/2018, convertito in legge 16 novembre 2018, n. 130.

²⁸¹ Tale aspetto, come si vedrà in seguito, è oggetto di controlli anche da parte del MIT.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore”.

Nell'ambito della verifica concernente l'economicità dell'esecuzione della concessione, potrebbero acquisire rilievo le linee guida con le quali l'Autorità è solita determinare – e aggiornare periodicamente – i costi standard dei lavori e i prezzi di riferimento; profilo, quest'ultimo, che ha assunto particolare urgenza nell'ultimo biennio. Nondimeno, occorre rilevare che l'ANAC non ha sinora proceduto in tal senso in relazione al settore autostradale²⁸² e ciò, del resto, pare giustificato in ragione del fatto che, com'è stato opportunamente osservato²⁸³, potrebbe dubitarsi ch'essa disponga effettivamente di tale potere in questa materia, attesa la presenza di un'autorità di regolazione specifica – l'ART – per il settore *de qua*.

L'analisi svolta conferma quanto anticipato all'inizio del presente paragrafo, ossia che i controlli pubblici complessivamente insistenti sull'attività dei concessionari provengono da una molteplicità di soggetti; quanto sin qui osservato consente, peraltro, di svolgere alcune brevi considerazioni critiche in merito all'assetto vigente. Gli interessi perseguiti dai soggetti controllanti sono eterogenei, ma non per questo confliggenti; non si vede infatti ragione alcuna, quantomeno in astratto, per considerare tra loro in contrasto interessi quali il rispetto degli impegni contrattuali, la sicurezza delle infrastrutture autostradali, l'osservanza dei criteri di determinazione delle tariffe e la tutela della concorrenza in un settore strategico quale quello in esame. Tali interessi, anzi, paiono tra loro complementari e convergenti.

All'atto pratico, tuttavia, proprio tale convergenza può comportare alcune disfunzionalità di sistema; ciò in particolare allorché tra i diversi controlli sussistano sovrapposizioni. A questo proposito si potrebbe ritenere – invero ingenuamente – che, laddove la medesima attività venga controllata da più soggetti, il rischio che violazioni, inadempienze e condotte elusive passino inosservate possa risultare significativamente ridotto. La realtà mostra, invece, che il risultato di tale sommatoria, in termini di efficacia ed efficienza dei controlli – nonché dell'apparato sanzionatorio – può non essere positivo²⁸⁴.

²⁸² Ad eccezione della delibera 23 marzo 2018, n. 318 (Linee guida n. 9, recanti *Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*).

²⁸³ L. SALTARI e A. TONETTI, *Concessioni autostradali*, cit., p. 171.

²⁸⁴ L. SALTARI e A. TONETTI, *Concessioni autostradali*, cit., pp. 194-195 sottolineano l'esigenza di coordinare i poteri di controllo, mettendo in guardia dal rischio che si generino “inefficienti sovrapposizioni”. Sul punto, si veda anche G. MOCAVINI, *La revoca e la decadenza delle concessioni autostradali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, p. 195 ss. (spec. p. 200).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Sul piano del diritto positivo il legislatore ha affrontato tale profilo solo in modo marginale; talora attribuendo al MIT la facoltà di svolgere segnalazioni, talaltra prevedendo, ad esempio allorché è stata istituita l'ART, che restassero "ferme tutte le altre competenze [...] delle amministrazioni pubbliche, statali e regionali"²⁸⁵. Non pare che norme di questo tipo affrontino – né tanto meno risolvano – il coordinamento delle funzioni di controllo; esse, piuttosto, lasciano alle amministrazioni pubbliche l'arduo compito di trovare il modo di coordinarsi. Il fatto che queste ultime possano – *rectius* debbano – tra loro interagire e coordinarsi, ricorrendo ai molteplici istituti che l'ordinamento mette a loro disposizione, è del tutto evidente e fisiologico. Si tratta, però, di una sfida nell'ottica dell'efficacia complessiva del sistema dei controlli, alla quale, forse, il legislatore potrebbe contribuire maggiormente tramite una razionalizzazione delle competenze.

3. I controlli del concedente nella fase esecutiva

Passando agli strumenti esercitabili dal concedente (MIT) nella fase di esecuzione della concessione, utile punto di partenza è rappresentato dalla definizione di controllo già formulata dalla dottrina amministrativistica²⁸⁶, ben adatta anche a descrivere questo profilo dei rapporti tra Ministero e gestore del servizio autostradale.

Sicché, il controllo è stato inquadrato come quell'"agire umano necessariamente secondario e accessorio, in quanto volto a rivedere o riesaminare o riscontrare un'attività di carattere primario o principale"²⁸⁷, solitamente caratterizzato da un'alterità tra controllante e controllato. Elementi centrali dell'esercizio di tale funzione sarebbero, dunque: *i*) l'esame della "condotta"²⁸⁸ del controllato in base a uno specifico "canone"; *ii*) un giudizio, positivo o negativo a seconda della conformità o meno della condotta al canone; *iii*) e infine l'eventuale adozione di una "misura" che

²⁸⁵ Art. 37, comma 4, d.l. n. 201/2011.

²⁸⁶ Il riferimento è agli studi in tema di controlli amministrativi, che vedono la propria origine nell'opera di U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, Milano, 1914.

²⁸⁷ In questo senso, G. BERTI e L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 298, le cui parole sono state riprese anche da A. CROSETTI, *Controllo amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, p. 67.

²⁸⁸ Come si richiamerà nelle pagine successive, la condotta oggetto di controllo può corrispondere sia a singoli atti – secondo l'ottica dei più tradizionali controlli di legittimità o di merito su azioni specifiche, generalmente consistenti nell'esercizio di un potere o nel compimento di un negozio giuridico – sia all'attività complessiva del soggetto controllato, spesso in un'ottica di controllo di gestione, ossia di verifica sull'efficiente ed efficace perseguimento degli obiettivi affidati allo stesso. Per una ricostruzione delle possibili classificazioni dei controlli, *ex pluribus*, G. BERTI e N. MARZONA, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento III, Milano, 1999, pp. 457 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

abbia nell'esito del controllo il suo antecedente logico²⁸⁹. Alla luce di ciò, appare evidente come lo scopo di un'attività di controllo, quando svolta da una pubblica amministrazione (e rivolta ad un altro apparato "amministrativo"²⁹⁰), sia quello di assicurare che l'azione del soggetto controllato risulti corretta dal punto di vista formale o sostanziale e, in concreto, si dimostri conforme al pubblico interesse, garantendo così il coordinamento e l'armonia dei vari enti coinvolti nella cura del benessere collettivo²⁹¹.

Al MIT, dunque, spetta il compito di riscontrare la corretta realizzazione, manutenzione e gestione delle infrastrutture autostradali da parte dei concessionari, lungo tutta la durata della concessione, ravvisando nelle disposizioni di legge, ma anche in quelle della convenzione, il canone di valutazione delle condotte e costituendo tale attività di controllo il prodromo di eventuali azioni correttive o sanzionatorie nei confronti del gestore del servizio.

D'altra parte, la complessa combinazione di aspetti pubblicistici e privatistici che caratterizza l'istituto della concessione e che, tradizionalmente, ha alimentato il dibattito e le incertezze sulla sua "sfuggente natura giuridica tra pubblico e privato"²⁹², finisce per riverberarsi anche sugli strumenti di controllo a disposizione del concedente. Da un lato, infatti, permane l'idea classica per cui l'intervento privato sopperisca all'amministrazione nel perseguimento di un pubblico interesse. Pertanto, se l'immanenza di questo pubblico interesse sicuramente legittima il trasferimento al concessionario di poteri e doveri simili a quelli di un'amministrazione²⁹³,

²⁸⁹ Tale sequenza è descritta in questo modo da A. CROSETTI, *Controlli amministrativi*, cit., 67 ss.; G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – Parte generale*, II, 2003, Milano, pp. 1343 ss. e, più di recente, S. ROSSA, *Controlli amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2018, online su www.leggiditaliaprofessionale.it. Tuttavia, in termini sostanzialmente analoghi, la si ritrova già in U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, cit., p. 608.

²⁹⁰ Sulla possibilità di considerare il controllo svolto dal concedente pubblico sul concessionario privato come controllo amministrativo si tornerà a breve. Basti qui anticipare che la dottrina ha già ricondotto le verifiche svolte da pubbliche amministrazioni su enti privati preposti alla cura di interessi della collettività nell'ambito dei controlli amministrativi; vedasi G. BERTI e N. MARZONA, *Controlli amministrativi*, cit., 466 laddove gli Autori prendono espressamente in considerazione le competenze statali e regionali in ordine alla vigilanza su enti (pubblici e) privati operanti nel settore dell'assistenza sanitaria.

²⁹¹ Su tutti, G. BERTI e L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, cit., p. 301.

²⁹² L'espressione è propria di L. SALTARI e A. TONETTI, *Concessioni autostradali*, cit., p. 165. Invece, per una ricostruzione della questione, vedasi su tutti M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.

²⁹³ Si pensi, per quel che riguarda il trasferimento di poteri, alla titolarità, da parte del concessionario, di poteri sanzionatori in caso di mancato pagamento dei pedaggi e, per quel che riguarda il trasferimento di doveri, alla necessità per il concessionario di affidare servizi, lavori e forniture secondo il regime dei contratti pubblici, almeno per certe percentuali delle proprie esternalizzazioni. In tal senso, M. MACCHIA, *Le concessioni autostradali: criticità e prospettive alla luce del quadro di regolazione*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

giustificherebbe anche la permanenza in capo al concedente di strumenti idonei per assicurare l'adeguata cura di tale interesse pubblico, pure in sede di esecuzione del rapporto concessorio, tra cui i poteri ispettivi (e, poi, quelli sanzionatori) riconosciuti al Ministero²⁹⁴. Dall'altro lato, non mancano visioni favorevoli a un'immagine integralmente privatistica della fase di esecuzione della concessione, supportate dalle spinte "contrattualistiche" provenienti dell'ordinamento europeo e capaci di ricondurre a diritti potestativi i margini di intervento del concedente pubblico, i quali troverebbero il proprio fondamento in apposite previsioni convenzionali e, prima ancora, nelle disposizioni del Codice civile²⁹⁵.

europea, in *Federalismi.it*, 2020, pp. 49 ss. (spec. p. 51) e, più in generale in riferimento al trasferimento di poteri/doveri pubblicistici in capo al concessionario, D. SORACE e C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1989, pp.280 ss.

²⁹⁴ Per una ricostruzione secondo dinamiche pubblicistiche anche della fase di esecuzione delle concessioni, vedasi *ex pluribus* E. SILVESTRI, *Concessioni*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, pp. 370 ss.; G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 381 ss.; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, 2007, pp. 250 ss. Ancora, per una ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali in chiave di "pubblicizzazione" del rapporto di concessione, legittimante la permanenza di poteri pubblici in capo al concessionario esercitabili nella fase di esecuzione, vedasi M. RAMAJOLI, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporto concessorio*, in G. PERICU, A. ROMANO e V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1996, 357 ss. e, più di recente, L.R. PERFETTI e M. ROMA, *Le concessioni: profili definitivi e di regime*, in *Urb. app.*, 2021, pp. 705 ss. Infine, con specifico riferimento alle concessioni autostradali, vedasi Tar Lazio, Roma, sez. III, 30 marzo 2010, nn. 5108 e 5169, per cui a chiare lettere: "La concessione di costruzione e gestione, come normalmente vengono inquadrare le concessioni autostradali, diversamente da un contratto di appalto, è caratterizzata dal mantenimento di poteri pubblicistici di vigilanza e controllo in capo al concedente diversi da quelli privatistici del committente, nel corso della esecuzione del contratto. La concessione di costruzione e di gestione di autostrade, prevalentemente ricondotta nel *genus* della concessione di servizi pubblici è tale da essere connotata da un ineliminabile spessore pubblicistico, derivante dal fatto stesso di enucleare un'ipotesi di ufficio in concessione, ovvero, detto in altri termini, di impresa titolare di ufficio, cui viene trasferito il diritto di gestire un servizio rivolto al pubblico. Il momento pubblicistico si traduce nel fatto che, quand'anche la concessione assuma strutturalmente la forma della concessione-contratto, riconducibile attualmente nell'alveo degli accordi amministrativi di cui all'art. 11 della legge generale sul procedimento, vede peraltro l'amministrazione portatrice di una vera e propria posizione di potestà, e non già di autonomia privata".

²⁹⁵ Per una chiara presa di posizione a favore di una concezione privatistica della fase esecutiva delle concessioni, vedasi A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, pp. 567 ss., oltre all'ulteriore dottrina ivi citata. Quanto alle previsioni del Codice civile, il riferimento va, in prima battuta, all'art. 1175 c.c., in tema di comportamento secondo correttezza delle parti contrattuali, tale da legittimare margini di controllo di una parte sulle condotte dell'altra, in fase di esecuzione del contratto, a garanzia del corretto adempimento delle obbligazioni negoziali. Più specifico è, poi, l'art. 1662 c.c., ai sensi del quale, nel corso di esecuzione dell'opera, "[i]l committente ha diritto di controllare lo svolgimento dei lavori e di verificarne a proprie spese lo stato". D'altra parte, anche in materia di contratti pubblici, la tendenza (maggioritaria, ma non pacifica) è quella di ricondurre al diritto privato gli strumenti di controllo tecnico-contabile-amministrativo e le attività di verifica caratterizzanti il procedimento di collaudo, ricadenti nella fase di esecuzione del contratto e ad oggi disciplinati dagli artt. 115 e 116 d.lgs. n.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Non essendo questo il luogo adeguato, per ragioni di spazio, all'elaborazione di una nuova posizione su una questione che tanto ha animato e anima il panorama dottrinale e giurisprudenziale italiano²⁹⁶, non può che darsi atto di come la dottrina che già si è occupata del tema specifico abbia per l'appunto evidenziato un "carattere ibrido" dei controlli in materia di concessioni autostradali, tali da poter essere apprezzati sia sotto il profilo delle prerogative dell'amministrazione centrale, sia sotto il profilo prettamente contrattuale²⁹⁷.

3.1 I poteri di controllo riconosciuti *ex lege*

Procedendo dunque lungo la direttiva "pubblicistica", non appare insensato seguire l'indirizzo già tracciato all'inizio della presente sezione, inquadrando i poteri di controllo del concedente sul concessionario autostradale nell'ambito dei controlli amministrativi. Da un lato, infatti, l'immanenza del pubblico interesse e il trasferimento di poteri e doveri in capo al concessionario non rendono del tutto irragionevole assimilare i rapporti (ivi inclusi quelli di vigilanza) tra Ministero e

36/2023, su cui S. MIRATE, *Art. 115 – Controllo tecnico contabile e amministrativo*, in M. RAMAJOLI e R. VILLATA (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2024, 584 ss. e Id., *Art. 116 – Collaudo e verifica di conformità*, ivi, 587 ss.; A. BENEDETTI, *L'esecuzione del contratto*, in S. FANTINI e H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Città di Castello, 2023, pp. 243 ss.; F.A. ALARIO, *Art. 115 – Controllo tecnico contabile e amministrativo*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Vicenza, 2023, pp. 932 ss.; A. MARCOVECCHIO, *Art. 116 – Collaudo e verifica di conformità*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, ivi, pp. 939 ss.; sul Codice precedente, invece, vedasi G.M. ESPOSITO e A. NICODEMO, *Art. 102 – Collaudo e verifica di conformità*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017, pp. 1387 ss.; A. RIZZO, *Art. 111 – Controllo tecnico, contabile e amministrativo*, ivi, pp. 1545 ss.; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI e V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, II, Milano, 2018, pp.1709 ss.; A. BARONE, *Direzione lavori, direzione dell'esecuzione e RUP nella fase di esecuzione dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI e R. De NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici – Esecuzione, settori speciali, appalti con regimi speciali*, V, cit., pp.181 ss. (spec. pp. 194-195); G. TROTTA e E. ROBALDO, *Collaudo*, ivi, pp. 442 ss. (spec. pp. 454-455).

²⁹⁶ Questione le cui conseguenze sono, ad oggi, in parte smorzate dal riconoscimento della giurisdizione esclusiva *ex art. 133*, comma 1, lett. c), c.p.a. sulle "controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore [...] [enfasi aggiunta]". Pertanto, le contestazioni inerenti agli atti di vigilanza e controllo nei confronti del concessionario autostradale saranno da sottoporsi al giudice amministrativo. Dibattuta, invece, rimane la questione giurisdizionale in relazione a uno dei possibili esiti dell'attività di controllo, ossia l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie, come si vedrà nella sezione successiva di questo contributo.

²⁹⁷ Così L. SALTARI e A. TONETTI, *Concessioni autostradali*, cit., p. 192. Si veda anche L. SALTARI, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp.1127 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

gestore del servizio autostradale a quelli tra soggetti pubblici²⁹⁸. Dall'altro, è stata la stessa Corte costituzionale a riconoscere l'atipicità dei controlli amministrativi, eccedenti i soli individuati nella Carta fondamentale e, quindi, liberamente introducibili dal legislatore, così da avere legittimato l'attività innovativa di quest'ultimo²⁹⁹. Ciò ha portato alla nascita delle più varie forme di controlli, capaci di andare ben oltre le ipotesi classiche caratterizzanti le relazioni tra amministrazioni centrali e amministrazioni locali o la funzione di controllo della Corte dei conti³⁰⁰, fino a ricomprendere gli strumenti di vigilanza riconosciuti agli apparati pubblici sulle condotte di soggetti privati incaricati della cura di interessi della collettività³⁰¹.

D'altronde, pochi dubbi possono sussistere attorno al fatto che il legislatore abbia introdotto poteri di controllo in capo al concedente sulle condotte del concessionario: anzi, essi appaiono una costante lungo l'intera evoluzione della normativa speciale in materia autostradale, dal secondo dopoguerra ad oggi. Così, la legge 7 febbraio 1961, n. 59, nell'ambito del "Riordinamento strutturale e revisione dei ruoli organici dell'Azienda nazionale autonoma delle strade", non solo ha confermato il ruolo di ANAS quale concedente della rete autostradale³⁰², ma ha espressamente riconosciuto ad essa compiti di vigilanza sull'esecuzione dei lavori e sulla gestione delle autostrade il cui esercizio sia stato dato in concessione (art. 2, comma 1, lett. c)³⁰³. Disposizione

²⁹⁸ In tal senso, anche E. Silvestri, *Concessioni*, cit., 378, per cui "[i] rapporti tra concedente e concessionario sono stati assimilati a quelli esistenti tra gli organi dell'amministrazione pubblica. Si è anche parlato di organi indiretti e di esercizio per sostituzione di attività pubbliche" (cfr. nota 47).

²⁹⁹ Così Corte Cost., 30 dicembre 1997, n. 470, con nota di G. D'AURIA, *Corte dei conti e controllo sulla gestione degli ordini professionali*, in *Foro it.*, 1998, I, pp. 1766 ss.

³⁰⁰ Per un'ampia ricostruzione dei controlli centro-periferia, vedasi i vari contributi in U. ALLEGRETTI (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995. Sulle funzioni di controllo della Corte dei conti, invece, vedasi M. De ROSA e B.G. MATTARELLA, *Art. 100*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla costituzione*, II, Torino, 2006, pp.1938 ss.

³⁰¹ Sull'atipicità dei controlli amministrativi, L. BUFFONI, *Controlli amministrativi esterni*, in *Enc. dir.*, *Annali X*, Milano, 2017, pp.301 ss. (spec. pp. 306-307); S. ROSSA, *Controlli amministrativi*, cit. Sulla riconducibilità ai controlli amministrativi anche di quelli esercitati dall'amministrazione nei confronti di soggetti privati preposti alla cura di interessi pubblici, vedasi G. BERTI e N. MARZONA, *Controlli amministrativi*, cit., p. 466 e quanto già riportato al riguardo nella precedente nota 18.

³⁰² Ruolo riscontrabile anche in altri interventi normativi, come la legge 21 maggio 1955, n. 463 ("Provvedimenti per la costruzione di autostrade e strade e modifiche alle tasse automobilistiche") e la legge 24 luglio 1961, n. 729 ("Piano di nuove costruzioni stradali ed autostradali").

³⁰³ Conferme di questi poteri di controllo sono ricavabili anche dai successivi artt. 24 e 25 della medesima legge, con il primo che prevede la possibilità di istituire "speciali uffici periferici per la vigilanza di lavori di costruzione di autostrade o di lavori di carattere eccezionale e di particolare rilievo che si eseguano sia a cura diretta dell'ANAS, sia in concessione" e il secondo riguardante i compiti dei Compartimenti della viabilità, articolazioni interne alla struttura dell'Azienda, cui è riconosciuta competenza in materia di controllo dell'"esercizio delle autostrade non gestite dallo Stato [e di vigilanza] sui lavori di costruzione ed adeguamento delle autostrade in concessione", nell'ambito della propria circoscrizione territoriale.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

puntualmente riproposta dall'art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. 26 febbraio 1994, n. 143, con cui si sono trasferiti i ruoli e gli incarichi di ANAS al neoistituito Ente nazionale per le strade (ENAS), salvo poi riattribuirli nuovamente a ANAS S.p.A. con l'art. 7 d.l. 8 luglio 2002, n. 138.

Per un'effettiva specificazione di tali compiti di vigilanza si è dovuto però aspettare l'art. 2, comma 86, d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, il quale ha riconosciuto all'allora concedente ANAS i poteri di: richiedere informazioni ed effettuare controlli – tramite ispezione, accessi, acquisizione di documentazione e notizie utili – in ordine al rispetto degli obblighi di cui alle convenzioni di concessione e alla legge³⁰⁴; verificare e adottare direttive sulla qualità dei servizi; verificare ed emanare direttive in relazione alla gestione contabile e amministrativa del concessionario; segnalare all'AGCM ipotesi di violazione delle disposizioni in materia di concorrenza da parte del concessionario o dei soggetti a cui esso ha affidato lavori, servizi o forniture. A ciò si aggiunge l'esplicito conferimento di poteri sanzionatori, esercitabili in caso di accertata inosservanza dei summenzionati obblighi del concessionario.

Dunque, se i contenuti dei poteri di controlli non hanno, in seguito, subito ulteriore specificazione normativa, gli interventi successivi si sono caratterizzati per una continua trasformazione del soggetto incaricato del loro esercizio. Infatti, con il d.l. 29 dicembre 2011, n. 216 e il d.l. 6 luglio 2011, n. 98 si è disposto il trasferimento della qualifica e delle funzioni di concedente da ANAS S.p.A. al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e, più in particolare, all'istituenda "Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali"³⁰⁵. Quest'ultimo soggetto, però, non ha mai visto

³⁰⁴ In particolare, il riferimento è all'art. 11, comma 5, legge 23 dicembre 1992, n. 498, riguardante gli obblighi dei concessionari autostradali, articolati in: certificazione del bilancio; mantenimento dei requisiti di solidità patrimoniale; affidamento di lavori a terzi nel rispetto della normativa sui contratti pubblici; sottoposizione degli schemi dei bandi di gara al concedente per la loro approvazione; prevenzione dei conflitti di interesse nonché onorabilità e professionalità degli amministratori.

³⁰⁵ Si veda, in particolare, l'art. 36, comma 2, d.l. n. 98/2011, ai sensi del quale all'Agenzia sarebbero spettati i compiti di "vigilanza e controllo sui concessionari autostradali, inclusa la vigilanza sull'esecuzione dei lavori di costruzione delle opere date in concessione e il controllo della gestione delle autostrade il cui esercizio è dato in concessione" (lett. b), pt. 2). Le venivano quindi riconosciuti incarichi di "vigilanza sull'attuazione, da parte dei concessionari, delle leggi e dei regolamenti concernenti la tutela del patrimonio delle strade e delle autostrade statali, nonché la tutela del traffico e della segnaletica; vigilanza sull'adozione, da parte dei concessionari, dei provvedimenti ritenuti necessari ai fini della sicurezza del traffico sulle strade ed autostrade medesime; esercizio, per le strade statali ed autostrade ad essa affidate, dei diritti ed dei poteri attribuiti all'ente proprietario" (lett. f). Va poi menzionato il fatto che, in realtà, un primo, generico potere di controllo del Ministero sulle condotte del concedente era rinvenibile sin dal d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300. Infatti, tale decreto, in un'ottica di riforma organizzativa del Governo, riconosceva al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti "funzioni di vigilanza sui gestori del trasporto derivanti dalla legge, dalla concessione e dai contratti di programma o di servizio [enfasi aggiunta]" (cfr. art. 42).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

la luce, venendo quindi sostituito dalla “Struttura di vigilanza sulle concessionarie autostradali”, interna al MIT³⁰⁶, a sua volta rimpiazzata – e frazionata nelle sue attribuzioni – tramite il d.p.c.m. 11 febbraio 2014, n. 72, con due Direzioni generali interne al “Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informativi e statistici” del Ministero: la “Direzione generale per le strade e le autostrade e per la vigilanza e la sicurezza nelle infrastrutture stradali” e la “Direzione generale per la vigilanza sulle concessionarie autostradali”. Come può già intuirsi dalla loro denominazione, il rischio di sovrapposizione e incertezze nella delimitazione dei rispettivi compiti di vigilanza è evidente; rischio che trova per l'appunto conferma nel testo stesso del decreto. Alla prima Direzione, infatti, sono attribuiti incarichi di controllo sulla corretta manutenzione delle infrastrutture autostradali e di sorveglianza sulla loro sicurezza³⁰⁷. Per la seconda Direzione, invece, sono previsti compiti di vigilanza: sui concessionari autostradali, in particolare sull'esecuzione dei lavori di costruzione delle opere date in concessione e sulla gestione delle autostrade; sull'attuazione, da parte dei concessionari, delle leggi e dei regolamenti concernenti la tutela del patrimonio delle autostrade, del traffico e della segnaletica; e, infine, sull'adozione, da parte dei concessionari, dei provvedimenti ritenuti necessari ai fini della sicurezza del traffico autostradale³⁰⁸.

Pertanto, un intervento a cui si possono senza dubbio riconoscere finalità semplificatorie si è avuto con il d.p.c.m. 23 dicembre 2020, n. 190 che, riformando ulteriormente l'organizzazione del Ministero, ha riconosciuto alla sola “Direzione generale per le strade e le autostrade, l'alta sorveglianza sulle infrastrutture stradali e la vigilanza sui contratti concessori autostradali” i compiti di vigilanza amministrativa e controllo operativo sui gestori delle infrastrutture viarie appartenenti alla rete nazionale, ferma restando l'attività di vigilanza tecnica di competenza della allora neoistituita ANSFISA³⁰⁹. I poteri della Direzione generale sono quindi ulteriormente articolati in: controllo sulla qualità del servizio autostradale, sui costi e sugli investimenti dei concessionari, anche ai fini dell'aggiornamento annuale delle tariffe; approvazione dei progetti di miglioramento e adeguamento della rete autostradale; monitoraggio della gestione economica e finanziaria dei concessionari e dei parametri di solidità patrimoniale; vigilanza sull'adozione, da parte dei concessionari, dei provvedimenti ritenuti necessari ai fini della sicurezza del traffico autostradale, ferme restando le competenze di ANSFISA. Tale impostazione è stata da ultimo confermata

³⁰⁶ Così con il d.m. 1° ottobre 2012, n. 341.

³⁰⁷ Si veda l'art. 5, comma 5, d.p.c.m. n. 72/2014.

³⁰⁸ Si veda l'art. 5, comma 8, d.p.c.m. n. 72/2014.

³⁰⁹ Così l'art. 4, comma 3, d.p.c.m. n. 190/2020.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

con il d.p.c.m. 30 ottobre 2023, n. 186 laddove, in seno alla riorganizzazione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, i compiti appena descritti di vigilanza amministrativa e controllo sono stati trasferiti alla neo-istituita "Direzione generale per le autostrade e la vigilanza sui contratti di concessione autostradale"³¹⁰. Il problema, già evidenziato nella precedente sezione di questo contributo, sembra dunque diventare di corretto coordinamento non più tra Direzioni interne al Ministero, ma tra la Direzione generale per le autostrade e l'ANSFISA, quanto alla vigilanza sul rispetto degli standard di sicurezza della rete autostradale.

Va infine dato atto che, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023, è venuta meno la previsione generale *ex art.* 178 del previgente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), dedicata concessioni autostradali, per cui "il concedente, almeno due anni prima della data di scadenza della concessione, effettua, in contraddittorio con il concessionario, tutte le verifiche necessarie a valutare lo stato tecnico complessivo dell'infrastruttura ed ordina, se del caso, i necessari ripristini e le occorrenti modificazioni dello stato dei luoghi in conformità degli impegni assunti convenzionalmente". Gli specifici poteri di controllo del Ministero in materia di autostrade, dunque, tornano ad essere disciplinati solo dalle previsioni speciali concernenti tale materia.

Ad ogni modo, alla luce del quadro normativo descritto e utilizzando le classificazioni formatesi in seno alla dottrina che ha studiato i controlli amministrativi, può dirsi che gli strumenti di verifica, riconosciuti dalla legge al MIT, sulle condotte del concessionario in sede di esecuzione si qualificano principalmente come controlli ispettivi sull'attività, volti a verificare *ex post* la correttezza dell'agire complessivo del gestore della tratta, in un'ottica di pieno soddisfacimento dell'interesse alla corretta erogazione del servizio autostradale. Non mancano, però, ipotesi di controlli sui singoli atti, intesi ad assicurarne la conformità alle norme di legge (si pensi al caso dell'approvazione preventiva dei bandi formulati dal concedente ai fini dell'affidamento di lavori) oppure, in concreto, l'opportunità e l'aderenza all'interesse pubblico (si pensi all'approvazione preventiva richiesta per i progetti di miglioramento e adeguamento della rete autostradale)³¹¹.

³¹⁰ Si veda l'art. 4, comma 4, d.p.c.m. n. 186/2023.

³¹¹ Per controlli ispettivi si intendono quelli espressivi del "potere di un'autorità sovraordinata [...] di compiere indagini od accertamenti sull'attività delle amministrazioni controllate" (così A. CROSETTI, *Controlli amministrativi*, cit., 67 ss., ma definizioni analoghe sono riscontrabili anche negli altri Autori, già citati, che hanno proceduto a una classificazione degli strumenti di controllo). Invece, per una sintetica distinzione tra controlli sugli atti e controlli sull'attività, si rimanda a quanto già detto nella precedente nota 16. Ancora, per come l'affermarsi della preminenza dei controlli di gestione, riguardanti attività complessiva del concessionario, rispetto ai controlli preventivi sui singoli atti corrisponda a una tendenza generale nel sistema dei controlli amministrativi, vedasi *ex pluribus* U. ALLEGRETTI, *I controlli*



3.2 I poteri di controllo nelle convenzioni di concessione

D'altra parte, se si guarda alle convenzioni di concessione, è possibile riscontrare una sostanziale ripetizione in sede negoziale dello strumentario riconosciuto al MIT dal legislatore, per quel che concerne i controlli sulle condotte dei gestori della rete autostradale. Infatti, prendendo come modello la vigente Convenzione unica 2007 con Autostrade per l'Italia S.p.A. (c.d. "Convenzione ASPI") – in larga parte replicata nelle convenzioni uniche riguardanti gli altri concessionari³¹² – vi si può trovare una riproposizione dei contenuti dell'art. 2, comma 86, d.l. n. 262/2006 nell'articolo dedicato ai "Poteri del concedente" (art. 7). Tali strumenti di controllo sono poi articolati in ulteriori compiti di vigilanza sul bilancio, sulle partecipazioni e sulla composizione azionaria del concessionario (riguardo ai quali vige un obbligo di informazione in capo al concessionario in favore del Ministero; art. 10) e sulle operazioni implicanti mutamenti soggettivi del concessionario, con le più rilevanti oggetto di comunicazione necessaria in favore del MIT e di un potere di autorizzazione riconosciuto a quest'ultimo (art. 10 bis). Ancora, soggetti a verifica e approvazione preventiva sono le modifiche del sistema tariffario (artt. 18 e 23) e i progetti di adeguamento, variante e manutenzione (ordinaria e straordinaria) che il concedente intende attuare sulla porzione di rete autostradale affidatagli (art. 24). Poteri di vigilanza sull'esecuzione dei lavori (ivi inclusi quelli di manutenzione) a regola d'arte e a norma dei progetti approvati sono ulteriormente ribaditi nell'articolo dedicato alla "Vigilanza del concedente" (art. 28), laddove si afferma che il MIT può chiedere chiarimenti, svolgere visite, assistere ai lavori, eseguire prove, esperimenti, misurazioni, saggi e quanto altro necessario per accertare il buon andamento dei lavori stessi, potendo anche indicare al concessionario gli adempimenti utili a eliminare le eventuali difformità riscontrate. Infine, al controllo sull'attuazione del Piano economico-finanziario (art. 28, comma 3), si aggiungono i poteri del MIT di verifica e di collaudo a compimento dei lavori, espressione di un'ultima valutazione di conformità delle opere alle pattuizioni convenzionali, al progetto e alle regole dell'arte (art. 27)³¹³.

sull'amministrazione dal sistema classico all'innovazione: le problematiche generali, in Id. (a cura di), *I controlli amministrativi*, cit., pp.15 ss. (spec. pp. 36 ss.).

³¹² Le convenzioni – tanto quella di Autostrade per l'Italia S.p.A., quanto le altre – sono consultabili online sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti: <https://www.mit.gov.it/node/7452>.

³¹³ In tema di collaudo e per una suo inquadramento quale momento caratterizzante la fase esecutiva dei contratti pubblici, che si esplica in un insieme coordinato di verifiche tecniche finalizzate all'espressione di una complessiva valutazione sulla collaudabilità dell'opera (intesa come conformità della stessa alle pattuizioni contrattuali, al progetto e alle regole dell'arte), tesa a esprimere una valutazione della parte pubblica circa il corretto adempimento degli obblighi concordati, vedasi S. Mirate, *Art. 116 – Collaudo*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Le previsioni della Convenzione unica 2007 sono poi state rafforzate, per quel che riguarda i controlli, dal III Atto aggiuntivo del 21 marzo 2022, il cui Allegato N ha introdotto un programma annuale di monitoraggio, da definirsi congiuntamente al concessionario e destinato a sommarsi all'attività ordinaria di vigilanza da parte del concedente, volto a garantire il rispetto degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio autostradale offerto dal gestore della tratta³¹⁴.

In sintesi, sia in base alle previsioni di legge, sia in base alle convenzioni, al MIT spetta lo svolgimento di verifiche economico-finanziarie, verifiche sui contratti pubblici, verifiche sulle operazioni societarie, verifiche sulla qualità dei servizi e verifiche sull'esecuzione dei lavori³¹⁵. Quella che sembra una ridondanza, potrebbe acquistare un significato in relazione alle poche convenzioni – due su venticinque, ossia quelle riguardanti la Società Italiana per il Traforo del Gran San Bernardo e la Società Italiana per il Traforo del Monte Bianco, ancora in vigore nel loro testo originario degli anni '50 e '60 – in cui non sono espressamente previsti poteri di controllo per il concedente. In questi casi, dunque, il conferimento *ex lege* di poteri pubblicistici colmerebbe le mancanze dell'atto negoziale, consentendo senza dubbio al Ministero di vigilare sulla conformità al pubblico interesse delle condotte dei gestori delle due tratte autostradali.

e verifica di conformità, cit., 587 ss.; A. BENEDETTI, *L'esecuzione del contratto*, cit., pp. 248-249; A. MARCOVECCHIO, *Art. 116 – Collaudo e verifica di conformità*, cit., 939 ss.; sul Codice precedente, G.M. ESPOSITO e A. NICODEMO, *Art. 102 – Collaudo e verifica di conformità*, cit., pp. 1387 ss.; D. BOLOGNINO, *L'esecuzione e le vicende del contratto (artt. 100-104, 106-113)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, pp. 774 ss. (spec. pp. 819 ss.); G. TROTTA e E. ROBALDO, *Collaudo*, cit., pp. 442 ss.; A. SCAFURI, *L'esecuzione dei contratti pubblici*, in M. CORRADINO e S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e successive modifiche*, Milano, 2021, pp. 695 ss.

³¹⁴ Ai sensi del Capitolo 8 dell'Allegato N all'Atto aggiuntivo del 2022, infatti, gli elementi da sottoporre a valutazione sono: l'illuminazione dell'autostrada e delle sue pertinenze; lo stato della segnaletica orizzontale e verticale; lo stato di efficienza delle barriere di sicurezza; lo stato di manutenzione del verde; lo stato di integrità della rete di recinzione autostradale; lo stato della pavimentazione stradale; i blocchi della circolazione dovuti ad eventi meteorologici; tutti i parametri tecnici fissati da norme cogenti, nei termini dalle stesse imposti (spec. p. 19 dell'Allegato).

³¹⁵ Questa classificazione è confermata da Corte dei conti, *Le concessioni autostradali*, deliberazione 18 dicembre 2019, n. 18/2019/G (spec. pp. 110 ss.). Vedasi poi la Relazione attività della (allora) Direzione generale per la vigilanza sulle concessioni autostradali del MIT, da pubblicarsi con cadenza annuale (seppur l'ultimo documento disponibile risale al 2019; online: www.mit.gov.it/nfsmitgov/files/media/pubblicazioni/2021-09/Relazione%20attività%202019.pdf). Il terzo capitolo della Relazione inquadra, infatti, la concreta attività di controllo svolta dal Ministero, che si articola in: verifiche sull'efficienza degli interventi manutentivi riguardanti i tratti autostradali dati in concessione (concernenti profili come lo stato della pavimentazione, della segnaletica, delle barriere di sicurezza, ecc.); verifiche sul rispetto della normativa in materia di affidamenti da parte delle società concessionarie autostradali; verifiche sulla qualità dei servizi erogati dalle concessionarie; controlli economico-finanziari su tali società e controlli sulle loro operazioni societarie; accertamenti sul rispetto degli specifici obblighi convenzionali.



3.3 I controlli nella giurisprudenza

Passando dai testi di legge e delle convenzioni alla pratica applicazione degli strumenti in analisi, ulteriori elementi caratterizzanti i controlli si possono desumere dalle (poche) pronunce degli organi giurisdizionali chiamati a confrontarsi con essi. Le decisioni più interessanti hanno riguardato i controlli sull'affidamento di appalti di servizi, lavori o forniture da parte del concessionario³¹⁶, chiamato a conformarsi alla disciplina del Codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 177 d.lgs. n. 50/2016³¹⁷ o del previgente art. 253, comma 25, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Da tali pronunce si desume che l'esercizio di poteri ispettivi possa tradursi nell'adozione di atti di mero accertamento, interlocutori, privi di effetti immediatamente lesivi per il concedente, ma volti piuttosto a stimolarne la spontanea risoluzione delle difformità emerse in sede ispettiva. Dunque, oltre a trattarsi di atti (c.d. "note") non direttamente impugnabili, stante la carenza di interesse a ricorrere, essi risultano pienamente espressivi della natura collaborativa (e non sostitutiva) dell'attività di controllo, volta a preservare, fin dove è possibile, l'autonomia del soggetto controllato, spingendolo a correggere e rimodulare la propria condotta qualora effettivamente incompatibile con i parametri normativi (o convenzionali) e, quindi, in contrasto con il pubblico interesse³¹⁸.

In altre ipotesi, però, l'atto adottato all'esito dei controlli si rivela capace di avere immediati effetti limitativi della sfera giuridica del concessionario, per esempio qualora ne venga inibita la facoltà di procedere a nuove esternalizzazioni in deroga alla disciplina sui contratti pubblici, essendo stato riscontrato il superamento delle soglie percentuali previste dalla legge. La legittimità di tale "misura" sarà dunque immediatamente sindacabile innanzi al giudice amministrativo, distinguendosi dagli atti di controllo meramente informativi-collaborativi che, invece, rimarranno contestabili solo nel momento in cui verranno posti alla base di un successivo provvedimento effettivamente lesivo³¹⁹.

³¹⁶ Si vedano Cons. Stato, sez. I, 8 giugno 2020, n. 1070; 6 aprile 2021, n. 613 e Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2022 nn. 6813 e 6814.

³¹⁷ Si noti che questa previsione, ancor prima di venire abrogata dall'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici 2023, era stata dichiarata incostituzionale mediante la decisione Corte Cost. 23 novembre 2021, n. 218.

³¹⁸ Cons. Stato, sez. I, nn. 1070/2020 e 613/2021. Sulla natura collaborativa dei controlli amministrativi, diretti in prima battuta all'autocorrezione piuttosto che alla sostituzione del controllato, vedasi S. ROSSA, *Controlli amministrativi*, cit.

³¹⁹ In questo senso, chiare sono le parole dei giudici amministrativi in Cons. Stato nn. 6813 e 6814/2022 laddove, in riferimento a note con contenuti meramente accertativi (e non inibitori), hanno ribadito che: "[n]on si tratta cioè di atti di diniego, ma di strumenti informativi-collaborativi; ciò comporta che, una



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Ad ogni modo, ciò che trova conferma in queste pronunce è la distinzione tra esercizio di poteri di controllo e di poteri sanzionatori, con i primi che possono costituire l'antecedente logico-fattuale dei secondi i quali, però, si sostanzieranno in provvedimenti distinti, frutto di un separato procedimento, nel quale le risultanze dell'attività ispettiva potranno confluire in sede istruttoria e in questo senso incidere sul suo esito finale³²⁰.

Volendo chiudere con una breve riflessione sulle criticità del sistema, anche per quel che riguarda i controlli del concedente è possibile notare un "sovraffollamento" analogo a quello già riscontrato nella precedente sezione in relazione alla pluralità di soggetti cui sono riconosciuti poteri di controllo (e sanzionatori). In questa sede, oltre a ripresentarsi il problema della delimitazione delle competenze delle varie autorità coinvolte (lo si è in particolare evidenziato per quel che concerne i controlli di sicurezza, ripartiti tra Ministero e ANSFISA), è apparsa evidente la moltiplicazione delle disposizioni (normative e convenzionali) conferenti plurimi poteri di verifica sull'operato del gestore autostradale.

Questa ricchezza di previsioni in materia di controlli e vigilanza, d'altra parte, non è garanzia di un pieno e corretto esercizio degli strumenti ivi riconosciuti, come dimostrato – su tutto – dalle vicende tragiche del ponte Morandi a Genova. Infatti, a fare da contraltare al citato "sovraffollamento" c'è un apparato amministrativo sottorganico e a cui sono conferite limitate risorse economiche; circostanze tali da avere cagionato non solo una riduzione quantitativa dei controlli, ma anche un loro impoverimento qualitativo, stante l'impossibilità per il Ministero di mantenere nella

volta acquisita l'indicazione ministeriale, il concessionario poteva liberamente scegliere se proseguire nell'affidamento infragruppo, rischiando di rendere definitivo lo sfornamento e, dunque, incorrere nella sanzione [...] oppure conformare la sua condotta alle indicazioni del Ministero. Da tutto quanto detto ne deriva che la legittimità di tali note (e, più ingenerale, la condotta del Ministero come soggetto vigilante al rispetto degli obblighi a carico del concessionario) dovrà essere vagliata unitamente alla condotta del concessionario in specifico giudizio che abbia ad oggetto il provvedimento di irrogazione della sanzione per avvenuto sfornamento delle soglie degli affidamenti ai terzi".

³²⁰ In termini di distinzione tra controlli e sanzioni, vedasi G. BERTI e L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, cit., pp. 301-302; posizione confermata anche nelle successive pagine, dove gli Autori qualificano i controlli ispettivi come "indispensabile presupposto di fatto" dei rimedi repressivi, da cui quindi rimangono distinti (p. 305), oppure confermano la non impugnabilità degli atti di controllo, se non congiuntamente al successivo provvedimento sanzionatorio, fatte salve le ipotesi in cui siano capaci di incidere direttamente sulle situazioni soggettive individuali, come nelle ipotesi in cui comportino anche un diniego di approvazione di un atto (p. 318). Evidente, dunque, è la corrispondenza a quanto affermato anche dai giudici amministrativi nelle decisioni Cons. Stato nn. 6813 e 6814/2022, per come riportate alla precedente nota.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Direzione generale per le autostrade professionalità e competenze indispensabili per garantire l'esercizio efficace di tale funzione³²¹.

4. Il potere sanzionatorio del concedente e le violazioni rilevanti

Nel corso dei paragrafi precedenti sono stati richiamati i poteri di controllo esercitati sui concessionari autostradali dalle diverse autorità competenti e, più nel dettaglio, è stato esaminato il potere di vigilanza spettante al MIT, in qualità di concedente. Nell'ambito dei poteri attribuiti alle varie autorità preposte e, in particolare, al MIT, occorre, ora, soffermarsi su quelli di natura sanzionatoria che sembrano altresì contribuire, strumentalmente, al perseguimento dei molteplici interessi pubblici rilevanti in relazione alla gestione delle tratte autostradali: di immediata evidenza, la continuità, accessibilità e qualità del servizio, la sicurezza stradale, la trasparenza e concorrenza del mercato.

In primis, infatti, il concessionario è assoggettato al monitoraggio specifico per quel determinato rapporto concessorio, strettamente collegato alla sua funzionalità, nell'ambito del quale rilevano innanzitutto i poteri sanzionatori di competenza del MIT (su cui, per ragioni di economia del presente contributo, si intende concentrare l'analisi in via esclusiva), ma anche quelli dell'ANSFISA, sebbene il suo controllo sia di carattere più generale, in quanto finalizzato a garantire la sicurezza e non la corretta esecuzione di quanto convenuto, tanto da essere affidato a un soggetto terzo, dotato di una peculiare capacità tecnico-operativa. Le fattispecie sanzionabili da ANSFISA, infatti, riguardano le ipotesi di inottemperanza alle prescrizioni sugli interventi di manutenzione realizzati dai gestori o a quelle rese all'esito delle ispezioni di sicurezza, così come disciplinate dal d.l. n. 109/2018, nonché alle misure cautelative, limitative o interdittive della circolazione dei veicoli adottate dalla stessa Agenzia in caso di pericolo di un pregiudizio alla sicurezza dell'infrastruttura o della circolazione autostradale³²².

³²¹ Sulle carenze organiche della Direzione generale per le strade e le autostrade, così come sui relativi impatti negativi in termini di quantità e qualità dei controlli, vedasi la già citata Corte dei conti, deliberazione n. 18/2019/G, dove si parla di una Direzione generale con soli 110 dipendenti in servizio (di cui alcuni a tempo determinato), su un organico di 250 unità, e si riportano i numeri delle ispezioni sui cantieri, in calo rispetto agli anni precedenti.

³²² Il potere sanzionatorio di ANSFISA trova la sua fonte nell'art. 12, comma 5, d.l. n. 109/2018, convertito con modificazioni dalla legge n. 130/2018, ai sensi del quale "ferme restando le sanzioni già previste dalla legge, da atti amministrativi e da clausole convenzionali, l'inosservanza da parte dei gestori delle prescrizioni adottate dall'Agenzia, nell'esercizio delle attività di cui al comma 4, lettere a) e g), è punita con le sanzioni amministrative pecuniarie, anche progressive, accertate e irrogate dall'Agenzia secondo le disposizioni di cui al Capo I, Sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689. Per gli enti territoriali la misura della sanzione è compresa tra euro 5.000 e euro 200.000 ed è determinata anche in funzione del numero di abitanti. Nei confronti dei soggetti aventi natura



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In secundis, il concessionario deve sottostare ai controlli – e di conseguenza, eventualmente, alle sanzioni – che derivano dalla sua qualità di operatore economico all'interno di uno specifico mercato: si pensi, ad esempio, al controllo dell'AGCM³²³, per le eventuali pratiche scorrette poste in essere³²⁴, ai poteri dell'ART³²⁵ e, non da ultimo, a quelli di ANAC.

imprenditoriale l'Agenzia dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla contestazione della violazione. In caso di reiterazione delle violazioni, l'Agenzia può applicare un'ulteriore sanzione di importo fino al doppio della sanzione già applicata entro gli stessi limiti previsti per la prima. Qualora il comportamento sanzionabile possa arrecare pregiudizio alla sicurezza dell'infrastruttura o della circolazione stradale o autostradale, l'Agenzia può imporre al gestore l'adozione di misure cautelative, limitative o interdittive, della circolazione dei veicoli sino alla cessazione delle condizioni che hanno comportato l'applicazione della misura stessa e, in caso di inottemperanza, può irrogare una sanzione, rispettivamente per gli enti territoriali e i soggetti aventi natura imprenditoriale, non superiore a euro 100.000 ovvero al tre per cento del fatturato sopra indicato". In proposito, si vedano le "Linee guida per l'attività sanzionatoria di ANSFISA nei confronti dei gestori delle infrastrutture stradali e autostradali" adottate dall'Agenzia il 23 dicembre 2022. Cfr. anche S. CIMINI, *Il regime giuridico delle concessioni autostradali*, in *Nuove Autonomie*, 2018, 237 ss.

³²³ Come già detto, anche su segnalazione del MIT: ai sensi dell'art. 2, comma 86, lett. e), il Ministero "segnala all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con riferimento agli atti e ai comportamenti delle imprese sottoposte al proprio controllo, nonché di quelle che partecipano agli affidamenti di lavori, forniture e servizi effettuate da queste, la sussistenza di ipotesi di violazione della legge 10 ottobre 1990, n. 287". In questo senso anche l'art. 7, comma 1, lett. e), della Convenzione ASPI presa a modello.

³²⁴ Si veda ad esempio il provvedimento n. 28604 del 16 marzo 2021 con cui AGCM ha irrogato nei confronti di Autostrade per l'Italia S.p.A. una sanzione di 5.000.000 di Euro, per comportamenti consistenti in: "a) con riferimento alla A/14 Bologna-Taranto, alla A/16 Napoli-Canosa e alle Autostrade liguri [A/26 Genova Voltri-Gravellona Toce e, per le parti di sua competenza, A/7 Milano-Serravalle-Genova, A/10 Genova-Savona-Ventimiglia e A/12 Genova-Rosignano] (di seguito tutte, congiuntamente, «le Autostrade»), nella riduzione delle corsie di marcia o in specifiche limitazioni -per lunghi tratti- della velocità massima consentita (normalmente pari a 130 km/h), che hanno creato rilevanti disagi ai consumatori e aumentato in maniera consistente i tempi di percorrenza, in assenza di adeguamento del corrispettivo richiesto quale pedaggio autostradale; b) con riferimento a tutte le tratte della rete autostradale gestite da ASPI, nelle modalità informative adottate dal professionista, in particolare sulla A/14 Bologna-Taranto, relative alle procedure di rimborso, con specifico riguardo ai casi di peggioramento del servizio in conseguenza di riduzioni delle corsie di marcia o di specifiche limitazioni alla viabilità (quali, ad es., riduzione della carreggiata, della velocità massima, interdizione di veicoli pesanti, chiusura di alcune uscite), che sono risultate omissive, inadeguate o, comunque, intempestive". Cfr. anche Tar Lazio, Roma, sez. I, 22 marzo 2018, n. 3186.

³²⁵ Ai sensi dell'art. 37, comma 2, lett. l), d.l. n. 201/2011, convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, l'ART "in caso di inosservanza di propri provvedimenti o di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti non siano veritieri, può irrogare sanzioni amministrative pecuniarie determinate in fase di prima applicazione secondo le modalità e nei limiti di cui all'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481". In particolare, l'ART "(i) ferme restando le sanzioni previste dalla legge, da atti amministrativi e da clausole convenzionali, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato dell'impresa interessata nei casi di inosservanza dei criteri per la formazione e l'aggiornamento di tariffe, canoni, pedaggi, diritti e prezzi



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Limitandoci, come anticipato, all'esame del potere sanzionatorio del MIT, di competenza, in particolare, della Direzione generale per le strade e le autostrade, rinominata da ultimo con il d.p.c.m. n. 190/2020, esso trova il suo fondamento innanzitutto nell'art. 2, comma 86, lett. d), d.l. n. 262/2006, convertito con modificazioni dalla legge n. 24 novembre 2006, n. 286, ai sensi del quale il Ministero "irroga, salvo che il fatto costituisca reato, in caso di inosservanza degli obblighi di cui alle convenzioni di concessione e di cui all'articolo 11, comma 5, della legge 23 dicembre 1992, n. 498, come sostituito dal comma 85 del presente articolo, nonché dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei concessionari alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri, sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo a euro 25.000 e non superiori nel massimo a euro 150 milioni, per le quali non è ammesso quanto previsto dall'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689; in caso di reiterazione delle violazioni ha la facoltà di proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione".

La disposizione si riferisce esplicitamente: *i)* al mancato rispetto della Convenzione di concessione; *ii)* alla violazione degli obblighi di cui all'art. 11, comma 5, legge n. 498/1992, concernenti la tenuta del bilancio, il mantenimento dei requisiti di solidità patrimoniale, l'affidamento dei lavori a terzi e l'approvazione degli schemi dei bandi di gara delle procedure di aggiudicazione, nonché la gestione dei conflitti di interesse; *iii)* al mancato rispetto dei provvedimenti dello stesso ministero; *iv)* al mancato riscontro delle richieste di informazioni o comunque di quelle pervenute in sede di controllo; *v)* alla non veridicità delle informazioni e dei documenti prodotti. Risulta, dunque, evidente che, al fine di individuare tutte le violazioni idonee a comportare l'irrogazione di una sanzione, occorre altresì esaminare il testo della convenzione, fermo restando l'ulteriore rinvio agli eventuali provvedimenti emanati dalla stessa autorità concedente.

sottoposti a controllo amministrativo, comunque denominati, di inosservanza dei criteri per la separazione contabile e per la disaggregazione dei costi e dei ricavi pertinenti alle attività di servizio pubblico e di violazione della disciplina relativa all'accesso alle reti e alle infrastrutture o delle condizioni imposte dalla stessa Autorità, nonché di inottemperanza agli ordini e alle misure disposti; l) applica una sanzione amministrativa pecuniaria fino all'1 per cento del fatturato dell'impresa interessata qualora: 1) i destinatari di una richiesta della stessa Autorità forniscano informazioni inesatte, fuorvianti o incomplete, ovvero non forniscano le informazioni nel termine stabilito; 2) i destinatari di un'ispezione rifiutino di fornire ovvero presentino in modo incompleto i documenti aziendali, nonché rifiutino di fornire o forniscano in modo inesatto, fuorviante o incompleto i chiarimenti richiesti; m) nel caso di inottemperanza agli impegni di cui alla lettera f) applica una sanzione fino al 10 per cento del fatturato dell'impresa interessata".



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Limitandoci al richiamo alla convenzione di concessione e prendendo a modello quella stipulata il 12 ottobre 2007 tra ANAS S.p.A., cui è subentrato il MIT, e Società Autostrade per l'Italia S.p.A., avente valore ricognitivo della convenzione del 18 settembre 1968 n. 9297 tra ANAS – Ente Nazionale per le Strade e Società Autostrade Concessioni e Costruzioni S.p.A., per la concessione, la costruzione e l'esercizio della rete autostradale di cui alle leggi nn. 729/1961 e 385/1968 ("Convenzione ASPI"), il potere sanzionatorio del MIT è confermato dall'art. 7, mentre i dettagli sulle modalità di esercizio dello stesso sono contenuti nell'Allegato N, così come aggiornato nel 2022 con il III Atto aggiuntivo. Tanto il richiamato art. 7, al comma 1, lett. d) (nonché l'art. 29 della Convenzione), tanto il punto 1.1 dell'Allegato N, ribadiscono che il potere sanzionatorio del MIT concerne le violazioni sia degli obblighi di legge sia di quelli scaturenti direttamente dal rapporto concessorio ovvero da provvedimenti del concedente, a condizione, però, che siano immediatamente precettivi³²⁶. A differenza del sistema previgente alla riforma del settore autostradale del 2006, in cui le misure sanzionatorie regolate convenzionalmente si limitavano alla sola ipotesi di decadenza, di carattere straordinario, il sistema sanzionatorio attuale risulta, dunque, abbastanza articolato.

L'Allegato N della Convenzione ASPI prevede, infatti, molteplici fattispecie che spaziano da quelle più strettamente collegate alla gestione a quelle concernenti oneri contabili, con sanzioni fissate tra i 25.000 e i 5.000.000 di Euro³²⁷. Quanto alle disposizioni di legge, merita un cenno per la sua significatività, anche alla luce dell'ampio contenzioso che ne è scaturito, la violazione dell'art. 11, comma 5, legge n. 498/1992 (richiamato anche dalla Convenzione ASPI agli artt. 3 e 33) sul necessario

³²⁶ Tar Lazio, Roma, sez. I, 13 luglio 2020, n. 7957, in cui si chiarisce che "[n]on essendo affatto chiaro, per le ragioni sopra dette, che gli obiettivi indicati nella Circolare del 30 settembre 2009 dovessero considerarsi comandi immediatamente precettivi, dalla cui violazione potesse conseguire l'irrogazione di una sanzione amministrativa, ritiene il Collegio che la Circolare non potesse fondare l'esercizio del potere sanzionatorio in concreto esercitato da ANAS: si sottolinea, al proposito, che ANAS deve esercitare il predetto potere nel rispetto dei principi generali enunciati nella L. n. 689/81 (espressamente richiamata dall'art. 2, comma 86, del d.l. n. 262/2006), e dunque anche nel rispetto del principio di legalità, il quale richiede che il precetto sia sufficientemente individuato".

³²⁷ Tra le più significative (sulla base dell'entità della sanzione) si segnalano, a mero titolo esemplificativo, *i*) le perdite di funzionalità dell'infrastruttura che comportino l'impercorribilità di tratti autostradali senza possibilità di scambio, nonché la chiusura di interconnessioni e di svincoli ad alto traffico e con svincoli più prossimi distanti più di 15 km (Euro 5.000.000), *ii*) la mancata certificazione del bilancio a mezzo di una società di revisione (Euro 1.000.000), *iii*) la mancata richiesta di preventiva autorizzazione del concedente per operazioni comportanti modificazioni soggettive e oggettive del concessionario (Euro 5.000.000) e *iv*) la mancata redazione della Carta dei servizi con indicazione degli standard di qualità dei singoli servizi (Euro 1.000.000).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

rispetto dei limiti stabiliti dalla disciplina in materia per gli affidamenti interni di lavori³²⁸.

La fattispecie, a seguito di un'evoluzione normativa su cui è intervenuta pure la Corte costituzionale³²⁹, è oggi regolata dall'art. 186 del d.lgs. n. 36/2023, che valorizza la concertazione tra concedente e concessionario nella determinazione della quota di prestazioni da affidare a terzi³³⁰ e contiene specifiche disposizioni concernenti le concessioni autostradali. L'art. 186, infatti, innanzitutto chiarisce, al comma 2, che i titolari di concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del Codice, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, non conformi al diritto dell'Unione europea vigente al momento dell'affidamento o della proroga, affidano mediante procedura ad evidenza pubblica una quota, tra il 50 per cento e il 60 per cento del contratto, stabilita, convenzionalmente, dal concedente e dal concessionario³³¹, tenendo conto delle dimensioni economiche e dei caratteri dell'impresa, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata residua, del suo oggetto, del suo

³²⁸ Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 5 novembre 2020, n. 11489. Sulla disciplina delle esternalizzazioni, M. MACCHIA, *Le concessioni autostradali: criticità e prospettive alla luce del quadro di regolazione europea*, cit., pp. 49 ss.

³²⁹ Corte cost. n. 218/2021 ha dichiarato, infatti, costituzionalmente illegittimo l'art. 177 dell'ormai abrogato d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale i concessionari "sono obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica", ritenendo che l'obbligo di esternalizzare una percentuale così alta sottraesse completamente al concessionario l'espletamento diretto della gestione, riducendolo a mero coordinatore di attività altrui. La giurisprudenza amministrativa, tuttavia, ha escluso che la dichiarazione di incostituzionalità si estenda alla disciplina previgente, meno restrittiva, contenuta nell'art. 253, comma 25, d.lgs. n. 163/2006, ove applicabile *ratione temporis*, di guisa che l'eventuale affidamento senza gara oltre le soglie ivi stabilite integrerebbe una fattispecie sanzionabile: così Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2022, n. 6813. Sulla manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 253, comma 25, d.lgs. 163/2006, Tar Lazio, Roma, sez. IV, 23 gennaio 2024, n. 1242.

³³⁰ Nel parere del Cons. Stato, sez. I, 26 febbraio 2024, n. 225 (n. affare 805/2023), a proposito della definizione convenzionale della concreta percentuale del contratto da esternalizzare, si legge che "il quadro in tal modo delineato mira, in definitiva, a garantire un ragionevole bilanciamento tra i contrapposti interessi, consentendo alle parti, in sede pattizia, di modulare la corretta misura percentuale in funzione delle specifiche caratteristiche del concessionario".

³³¹ Ai sensi del comma 4, le concessioni già in essere sono adeguate alle previsioni di cui ai commi 2 e 3 entro il termine di sei mesi dall'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

valore economico e dell'entità degli investimenti effettuati³³², salvo il caso di comprovata indivisibilità delle prestazioni di servizi dedotte in concessione³³³.

Per quel che concerne, poi, specificatamente le concessioni autostradali, il comma 6 precisa che la quota da assegnare a terzi è calcolata sulla base degli importi risultanti dai piani economici finanziari annessi agli atti convenzionali e la verifica del rispetto delle soglie stabilite dal comma 2 è affidata al concedente, che la esegue con cadenza quinquennale³³⁴. Ove siano accertate situazioni di squilibrio rispetto alle quote obbligatorie di affidamento, in sede di aggiornamento del rapporto concessorio sono adottate misure di riequilibrio a valere sui relativi piani economici finanziari³³⁵.

Nonostante la maggiore completezza della nuova disciplina, permangono alcuni dubbi interpretativi con riguardo al momento dell'applicazione della sanzione per l'eventuale violazione dell'obbligo di esternalizzazione. Se è vero, infatti, che l'art. 186 chiarisce che la verifica delle soglie di affidamento a terzi debba essere eseguita con cadenza quinquennale, è altrettanto vero che la possibilità di riequilibrare il rapporto concessorio, in sede di aggiornamento, parrebbe compatibile con l'interpretazione giurisprudenziale secondo la quale, a fini sanzionatori, per accertare il rispetto della regola di restituire al mercato una parte dell'utilità derivante dalla gestione dell'infrastruttura pubblica, dovrebbe farsi riferimento all'intera durata della concessione. Di conseguenza, l'eventuale sanzione per la violazione dell'obbligo di esternalizzazione potrebbe essere irrogata solo al termine del rapporto concessorio³³⁶.

³³² Ai sensi del comma 5, le modalità di calcolo della quota sono definite dall'ANAC che, in attuazione della previsione, ha adottato la delibera n. 265 del 20 giugno 2023, recante "Indicazioni sulle modalità di calcolo delle quote di esternalizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture da parte dei titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea". Per quanto qui maggiormente interessa, ai sensi del par. 8.1, per le concessioni autostradali le Parti definiscono la quota di esternalizzazione tenendo conto dei criteri indicati nei parr. da 3.1 a 3.7 della delibera, a integrazione di quanto previsto dall'art. 186, co. 6, del Codice dei contratti pubblici.

³³³ Nel qual caso, ai sensi del comma 3, il concessionario corrisponde all'ente concedente un importo compreso tra il minimo del 5 per cento ed il massimo del 10 per cento degli utili previsti dal piano economico-finanziario, tenendo conto dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata e del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti.

³³⁴ A tal fine, si impone un adempimento strumentale alla verifica: ai sensi del comma 6, i concessionari sono tenuti a presentare al concedente il piano complessivo dei lavori, servizi e forniture (ancora Cons. Stato, parere n. 225/2024).

³³⁵ Il comma 6 si conclude chiarendo che "Nell'ipotesi di mancato rispetto delle quote di cui al comma 2, l'ente concedente può altresì richiedere al concessionario la presentazione di garanzie fideiussorie. Tali garanzie fideiussorie sono svincolate in sede di aggiornamento del piano economico-finanziario ove sia accertato il rispetto delle quote di cui al comma 2".

³³⁶ Ancora Cons. Stato, n. 6813/2022: sebbene con circolare dell'11 maggio 2012, n. 67217, ANAS abbia fornito alcune indicazioni operative, precisando che il calcolo delle quote avrebbe dovuto essere fatto tenendo conto dell'importo netto dei lavori eseguiti nel "periodo di riferimento", decorrente dal primo anno del Piano Economico Finanziario (PEF) – ovvero dal 2008 se precedente – alla scadenza



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Leggi e convenzioni di concessione, d'altronde, costituiscono, la fonte e, al contempo, il limite del potere sanzionatorio del MIT, trovando piena applicazione anche al regime sanzionatorio in materia di concessioni autostradali il principio di tipicità³³⁷. Ciò, tuttavia, secondo parte della giurisprudenza, non significherebbe che la convenzione debba descrivere puntualmente tutti i possibili eventi idonei a configurare la fattispecie cui è collegata la sanzione, poiché "la fonte della responsabilità, ai fini dell'irrogazione della sanzione, si fonda sul dovere ordinario di diligenza professionale *ex art. 1176 c.c. che sottende al rapporto concessorio*", sicché sarebbe punibile altresì la condotta non contemplata in maniera esplicita e dettagliata ove dalla violazione del dovere ordinario di diligenza derivasse la violazione di un obbligo convenzionale, come, ad esempio, quello di mantenere e riparare tempestivamente l'infrastruttura per garantire il corretto funzionamento della rete autostradale³³⁸.

4.1 Il sistema delle penali

Prima di proseguire l'analisi del potere sanzionatorio con un cenno ai presupposti per l'irrogazione della sanzione e al relativo procedimento, occorre segnare una linea di demarcazione rispetto alle penali contrattuali, pure previste dalle convenzioni. Sebbene, infatti, in questa sede ci si voglia soffermare in via esclusiva sulle sanzioni amministrative applicabili al concessionario, non può trascurarsi che la concessione ben può prevedere ulteriori conseguenze per la violazione di obblighi contrattuali. Sempre prendendo a modello la Convenzione ASPI e il relativo Allegato N, si evince che le penali riguardano la violazione di obbligazioni relative alla progettazione, all'esecuzione dei lavori, alla gestione e alle incongruenze riscontrate in attuazione del

della convenzione e chiarendo che il periodo di durata della concessione è suddiviso in intervalli quinquennali così da potere, al termine di ciascun quinquennio, rilevare eventuali situazioni di squilibrio e provvedere all'adozione di misure necessarie ad un riequilibrio delle quote nel quinquennio successivo, il periodo indicato è un dato temporale utile ai soli fini del monitoraggio, "non è, invece, l'arco temporale ultimo per definire lo stock di lavori sul quale calcolare l'avvenuto rispetto delle soglie percentuali". Pertanto, fermo il potere di monitoraggio esercitabile in corso di durata della concessione, compete al Ministero "al termine della concessione, accertare l'effettivo rispetto delle soglie e, in mancanza, irrogare la sanzione prevista dalla legge per la violazione degli obblighi del concessionario". Cfr. pure Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2023, n. 1654; Tar Lazio, Roma, sez. IV, 11 marzo 2024, n. 4876 e ancora n. 1242/2024.

³³⁷ Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 aprile 2021, n. 4111.

³³⁸ Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2022, n. 7494: nel caso di specie, il concessionario non si era attivato adeguatamente nella sostituzione dei mezzi impiegati in cantiere, così palesando difficoltà organizzative che avevano impedito il celere espletamento dell'attività di manutenzione programmata ed il ripristino della efficiente percorribilità della tratta autostradale interessata. E sebbene questa specifica ipotesi non fosse prevista né dalla legge né dalla convenzione, il giudice ha ritenuto di confermare la legittimità della sanzione per la violazione del dovere ordinario di diligenza professionale che *ex art. 1176 c.c.* che governerebbe il rapporto concessorio.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

programma annuale di monitoraggio. Più nello specifico, ai sensi dell'art. 30 della Convenzione ASPI, con riguardo alla progettazione, la penalità generale per ogni mese di ritardo rispetto a quanto previsto dal cronoprogramma ammonta a Euro 25.000, mentre, ai sensi del successivo art. 30 bis, introdotto con il III Atto aggiuntivo del 2022, per i ritardi relativi al Piano straordinario di manutenzione è prevista l'applicazione di una penale pari al 3% della differenza tra il valore consuntivo progressivo al 31 dicembre di ciascun anno del periodo regolatorio rispetto al valore progressivo previsto al 31 dicembre dello stesso anno riportato nel relativo cronoprogramma. A quelle richiamate si aggiungono le penali individuate dall'Allegato N per la violazione di obblighi concernenti la gestione con un ammontare variabile tra 10.000 e un milione di Euro³³⁹.

Con il III Atto aggiuntivo del 2022, è stato previsto, peraltro, che l'applicazione di penali per un ammontare superiore al 2% del fatturato annuo, per due annualità consecutive, costituisce grave inadempimento, rilevante ai fini della risoluzione del rapporto concessorio (v. *infra*).

A ciò si aggiunge che dalla medesima violazione potrebbe derivare altresì l'applicazione di una sanzione amministrativa: ai sensi del punto 1.5 dell'Allegato N, infatti, in caso di "doppia previsione" le penali non sono considerate alternative alle sanzioni. Tuttavia, a differenza di quanto avviene per le sanzioni, su cui si tornerà nel prossimo paragrafo, ai fini dell'applicazione delle penali è sufficiente il verificarsi della fattispecie prevista. Il concessionario è oggettivamente "responsabile", senza la possibilità di sottrarsi alla penale per mancanza di colpa, ferma restando la necessità che l'evento sia riconducibile a un inadempimento del concessionario³⁴⁰.

³³⁹ A mero titolo di esempio, rilevano *i*) la mancata attivazione (e mantenimento) di un servizio di soccorso stradale (Euro 1.000.000), *ii*) il mancato rispetto dell'obbligo di invio preventivo delle indicazioni di inizio e termine delle deviazioni adottate in occasione di particolari ed onerosi lavori da eseguirsi lungo la tratta di competenza che comportino significativi impatti sul traffico di durata non inferiore a cinque giorni (Euro 100.000 per ogni mancato invio) e *iii*) la mancata tenuta della registrazione di eventi di significativa turbativa al traffico registratisi sulla rete autostradale per un periodo di dodici mesi (Euro 500.000).

³⁴⁰ Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 febbraio 2020, n. 1735: "La clausola penale in questione va interpretata nel senso che l'evento che essa mira a prevenire è il blocco di automobili in autostrada in dipendenza di precipitazioni nevose [...]. La ricorrente ha invocato una interpretazione della clausola penale nel senso che essa risulti applicabile solo ove il blocco degli utenti in autostrada sia ascrivibile al concessionario: tale interpretazione è corretta e ragionevole, ma nel caso in di specie [...] il blocco degli automobilisti sulla carreggiata è addebitabile anche alla concessionaria, per non aver implementato un sistema di previsione/sorveglianza/monitoraggio del «rischio slavine», per non aver conseguentemente previsto la slavina e perché, in conseguenza di tutto ciò, ha sottovalutato il rischio esistente per la circolazione, omettendo di adottare un provvedimento di sospensione della circolazione che essa aveva il potere/dovere di adottare".



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Ad ogni modo, la “vicinanza” delle penali alle sanzioni trova conferma nell’attribuzione della relativa competenza sempre alla Direzione Generale per le strade e le autostrade del MIT e nella disciplina della procedura per l’applicazione delle penali, contenuta nell’Allegato N, che ricalca in gran parte il procedimento sanzionatorio su cui ci si soffermerà *infra*, specialmente per quanto concerne la garanzia del contraddittorio³⁴¹. Sulla scia di quanto già previsto dalla Convenzione ASPI all’art. 8, comma 2, il punto 3.4 dell’Allegato N, dispone che il concedente contesta al concessionario l’inadempimento diffidandolo ad adempiere entro un congruo termine, comunque non inferiore a trenta giorni e non superiore a novanta. Entro lo stesso termine il concessionario può presentare le proprie controdeduzioni. In caso di inottemperanza alla diffida ovvero di valutazione negativa delle controdeduzioni o di mancato riscontro da parte del concessionario entro il termine, il concedente gli assegna un ulteriore termine per adempiere, non superiore a trenta giorni, decorso inutilmente il quale procederà ad applicare la penale, ferma restando la possibilità per il concedente di procedere direttamente una volta decorso infruttuosamente il termine assegnato al concessionario ovvero, in caso di estrema urgenza, fin dal momento in cui si verifica l’inadempimento, addossando i relativi oneri in capo al concessionario. Il concedente, inoltre, ha diritto al risarcimento degli eventuali maggiori danni subiti a causa dell’inadempimento del concessionario. La disciplina delle penali presenta, dunque, molteplici elementi di similitudine con quella delle sanzioni, a dimostrazione che, con riguardo ai rapporti concessori in materia autostradale, le penali sembrano essere, al pari dei provvedimenti sanzionatori, espressione di un potere di vigilanza piuttosto che il frutto di una specifica negoziazione³⁴². Del resto, il carattere “pubblicistico” trova conferma altresì nella vigenza di un disciplinare “modello”, quale è quello contenuto nell’Allegato N della Convenzione ASPI, nonché nella giurisprudenza che riconduce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione delle controversie concernenti le penali determinate dall’applicazione di clausole contenute negli atti di concessione o nelle convenzioni accessive, sul presupposto che le stesse necessiterebbero di una

³⁴¹ Cons. Stato, sez. I, 2 dicembre 2021, parere n. 1827, che chiarisce che l’irrogazione di una sanzione può discendere solamente all’esito di una procedura in contraddittorio con la società interessata. Pertanto, la nota con cui nel caso di specie il MIT ha dichiarato di non potere accogliere la richiesta di affidamento infragruppo, per la vigente situazione di squilibrio tra affidamenti interni ed esterni rispetto ai limiti stabiliti dalla legge, non costituisce un provvedimento sanzionatorio, ma è un atto endoprocedimentale non impugnabile, avente al più valore di comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio nel momento in cui richiama il potere *ex art. 2, comma 86, lett. d), d.l. n. 262/2006*.

³⁴² La disciplina delle penali e delle sanzioni contrattuali in materia autostradale è definita da E. Boscolo, *Stabilità e adattamento nei rapporti concessori tra revisione e autotutela*, in *Riv. giur. edilizia*, 2022, p. 281, “un mix tra autotutela pubblicistica e privatistica”.



preventiva interpretazione e di una valutazione circa l'effettiva ascrivibilità al concessionario dell'evento idoneo a determinare l'applicazione della penale, non potendo essere considerate, pertanto, mere pretese economiche³⁴³.

4.2 L'irrogazione della sanzione: presupposti (in particolare l'elemento soggettivo), procedimento sanzionatorio e proporzionalità della misura

Tornando al tema principale delle sanzioni, il verificarsi dell'evento contemplato dalla norma che le dispone, come anticipato, non è sufficiente affinché la sanzione possa essere concretamente irrogata. Tra i presupposti per l'applicazione della misura sanzionatoria assume, infatti, particolare rilievo l'elemento soggettivo: la condotta deve essere ascrivibile all'autore dell'illecito almeno per colpa.

Senonché, non può trascurarsi come in materia di sanzioni amministrative l'elemento soggettivo della colpa sia generalmente presunto, gravando sull'autore dell'illecito l'onere di dimostrare di avere agito senza colpa, o meglio, con specifico riguardo al rapporto concessorio, con la diligenza necessaria per l'espletamento delle attività affidate al concessionario³⁴⁴. Il Supremo Consesso amministrativo, a tal proposito, ha avuto modo di chiarire che "in base all'articolo 3 della legge n. 689 del 1981, la colpa, come requisito sufficiente ad integrare l'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo, è normalmente presunta e l'eventuale scriminante della condotta necessita di prove idonee ad escludere la violazione dell'obbligo specifico di normale diligenza che grava sul concessionario"³⁴⁵.

È il concessionario a dovere dimostrare di non avere potuto prevedere o evitare il verificarsi della fattispecie soggetta a sanzione, sicché diviene fondamentale garantire al concessionario la possibilità di "difendersi" prima ancora dell'applicazione della misura, mediante la partecipazione al procedimento sanzionatorio. Ferma restando, allora, la possibilità di tutelarsi in sede giudiziale avverso la sanzione una volta comminata³⁴⁶, l'Allegato N della Convenzione ASPI, che, come già ricordato,

³⁴³ Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 febbraio 2020, n. 1735.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2022, n. 7494.

³⁴⁶ La giurisprudenza non è unanime sul riparto di giurisdizione con riguardo alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dal concedente nei confronti del concessionario. Si ritiene, tuttavia, di condividere l'orientamento che le ritiene attratte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto espressione di un potere pubblicistico di vigilanza: in questo senso, tra l'altro, deporrebbe la previsione dell'inapplicabilità del pagamento in misura ridotta, presentando tali sanzioni un carattere non meramente punitivo, ma altresì strumentale ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico, ossia la corretta esecuzione del servizio, secondo parametri di continuità e qualità (sulla incompatibilità del meccanismo del pagamento in misura ridotta con le sanzioni irrogate dall'attuale ARERA, perché "strumento di perseguimento mediato o indiretto degli interessi pubblici ai quali deve essere indefettibilmente orientata la corretta funzionalità dei settori presidiati dalla stessa Autorità", L.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

costituisce il modello di riferimento anche per le altre concessioni autostradali, disciplina il procedimento sanzionatorio rinviando, innanzitutto, alla legge quadro sulle sanzioni amministrative, legge n. 689/1981 e, dunque, alle garanzie ivi previste, tra cui, in particolare, quella del contraddittorio. In aggiunta, il punto 1.5, dopo avere chiarito che l'accertamento della violazione potrebbe derivare, tra l'altro, dalla richiesta di documenti, informazioni e dati, dall'accesso alle banche dati del concessionario ovvero da un accesso agli uffici competenti o ai luoghi dove occorre effettuare le rilevazioni, dispone che, se si riscontra una violazione, il responsabile del procedimento sanzionatorio è tenuto a redigere un verbale di contestazione con

Bertonazzi, *Osservazioni sulla compatibilità tra l'istituto del pagamento in misura ridotta contemplato dall'art. 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689 e la funzione sanzionatoria dell'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas di cui all'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 831). Sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 febbraio 2020, n. 1735, che chiarisce che, peraltro, trattandosi di sanzioni amministrative pecuniarie, la giurisdizione sarebbe altresì estesa al merito. Si veda anche Tar Lazio, Roma, sez. IV, 29 dicembre 2022, n. 17819, con riguardo, però, alla controversia avente ad oggetto la risoluzione della concessione per grave inadempimento del concessionario, ricondotta nell'alveo della giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., perché si disquisisce "del fatto che la condotta del concessionario, temporalmente articolata, abbia evidenziato profili che rendono – ad avviso del concedente – incerti la correttezza nell'adempimento della pluralità di obblighi sul medesimo immanenti, nonché la sostenibilità e l'affidabilità nel tempo dell'erogazione del servizio, in una prospettiva pubblicistica nella quale le condizioni economiche e finanziarie del concessionario sono strumentali al perseguimento dell'interesse pubblico". In altri termini, le questioni concernenti l'affidabilità del concessionario non involgerebbero le mere partite corrispettive previste nella convenzione, ma l'interesse pubblico alla continuità e qualità del servizio erogato. Cfr., seppure in un diverso ambito, Cass., SS.UU., 24 luglio 2017, n. 18168, che ha riconosciuto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dalla ASL nell'esercizio del potere di vigilanza sulle strutture accreditate, dal momento che "la correlazione tra potere di vigilanza e potere sanzionatorio rende, per un verso, il provvedimento sanzionatorio ascrivibile alla materia dei servizi pubblici, risultando la sanzione direttamente funzionale alla tutela dell'interesse pubblico al corretto espletamento del servizio e non al mero ripristino della legalità violata e, per altro verso, dal punto di vista del soggetto destinatario della sanzione, determina un intreccio di diritti soggettivi e di essi legittimi che rende compatibile l'attribuzione della giurisdizione del G.A. al quadro delineato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/2004". Si veda anche F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, pp. 79 ss., per il quale, essendo sottesa anche all'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie una valutazione discrezionale, la giurisdizione non potrebbe che essere del giudice amministrativo. Sulla giurisdizione esclusiva in materia di sanzioni amministrative pecuniarie delle autorità amministrative indipendenti: R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 629 ss.; M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 330 ss. Tornando alle sanzioni irrogate dal concedente nei confronti del concessionario autostradale, in favore della giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, cfr., invece, Cons. Stato, sez. I, 2 dicembre 2021, parere n. 1827; 16 gennaio 2022, parere n. 390; Tar Piemonte, sez. I, 3 novembre 2017, n. 1296 (riformata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 6813/2022, ma non su questo punto).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

l'indicazione puntuale dell'obbligo violato, la descrizione dei fatti relativi all'inadempimento e la sanzione applicabile.

La previsione dell'Allegato N continua chiarendo che il concessionario, oltre al pagamento della sanzione, è tenuto all'adempimento dell'obbligo violato entro il congruo termine fissato dal concedente, in misura comunque non inferiore a trenta giorni e non superiore a novanta dalla ricezione della comunicazione relativa all'irrogazione della sanzione. Per le ipotesi di ulteriore inadempienza, ad eccezione dei casi in cui non sia più possibile, è prevista l'irrogazione della medesima sanzione fino al momento dell'adempimento dell'obbligo; è però fatta salva la possibilità per il concedente di intervenire in sostituzione del concessionario, previa diffida e con oneri a carico di quest'ultimo, come previsto dalla Convenzione ASPI a seguito dell'aggiornamento del 2022.

Oltre ad adempiere all'obbligo violato, pena l'aggravamento delle conseguenze, il concessionario deve corrispondere la sanzione entro venti giorni dalla ricezione della comunicazione della loro applicazione da parte del concedente. Come chiarito dal punto 1.5 dell'Allegato N, infatti, la sanzione è incrementata del 10% in caso di ritardo nel pagamento, ossia dopo il decorso infruttuoso dei venti giorni, e del 30% ove il ritardo dovesse essere superiore a sei mesi.

In caso di ulteriore ritardo è possibile procedere al recupero del credito, fermo restando che, in aggiunta alla sanzione, il concessionario è tenuto al risarcimento degli eventuali maggiori danni derivanti dal ritardato adempimento o comunque dalla violazione degli obblighi sullo stesso gravanti.

Per quanto riguarda, poi, l'importo della sanzione, l'Allegato N fissa, per ciascuna violazione, l'ammontare della sanzione gravante sul concessionario, ribadendo quanto già previsto dal d.l. n. 262/2006, ossia l'inapplicabilità alle sanzioni irrogate dal concedente nei confronti del concessionario del pagamento in misura ridotta disciplinato dall'art. 16 legge n. 689/1981. Il regime sanzionatorio in materia di concessioni autostradali, dunque, appare più rigido di quello ordinario, essendo espressamente esclusa l'attenuazione della "pena" ammessa in generale per le sanzioni amministrative pecuniarie. A ciò si aggiunga che le sanzioni irrogate dal MIT non possono essere inferiori a 25.000 euro.

Tuttavia, l'Allegato N stabilisce altresì una soglia massima dell'ammontare della sanzione, calcolata sulla base del fatturato annuo del concessionario. L'ammontare complessivo annuo delle sanzioni non può essere superiore al 10% del fatturato annuo e, in ogni caso, non può essere superiore a 150 milioni annui a prescindere dal dato del fatturato.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La disciplina del *quantum* delle sanzioni in materia di concessioni autostradali si presenta, dunque, per alcuni versi, singolare, pure non sacrificando – e del resto non potrebbe essere altrimenti – i principi cardine del regime sanzionatorio. Le sanzioni, infatti, sono proporzionate alla gravità del fatto³⁴⁷; ove, poi, l'inadempimento fosse talmente grave da compromettere la prosecuzione del rapporto, per il concedente si aprirebbe la strada della risoluzione addebitabile al concessionario³⁴⁸.

D'altronde, come anticipato, le sanzioni di competenza del MIT paiono rispondere a una logica non meramente punitiva, ma altresì funzionale alla tutela dell'interesse pubblico al corretto espletamento del servizio, mirando ad assicurare, costantemente, il funzionamento dell'infrastruttura autostradale (si pensi, ad esempio, alla tipicità "elastica" delle fattispecie sanzionabili con riguardo all'obbligo di mantenere la piena funzionalità della tratta oppure al fatto che il pagamento della sanzione non fa venire meno l'obbligo di adempiere o, ancora, alla possibilità per il concedente di sostituirsi al concessionario in caso di perdurante inadempimento con oneri a carico di quest'ultimo). Pertanto, ove le violazioni del concessionario si rivelassero tali da mettere a rischio la continuità, la qualità e la sicurezza del servizio, il concedente non potrebbe che intervenire per un efficace ripristino in considerazione della sua valenza pubblicistica.

4.3 La risoluzione della concessione per grave inadempimento. Cenni

Il III Atto aggiuntivo della Convenzione ASPI, in questa sede elevata ad esempio per lo studio del potere sanzionatorio del concedente, ha sostituito l'art. 9, precedentemente rubricato "Decadenza dalla concessione", con la disciplina della "Risoluzione della concessione per grave inadempimento del concessionario", definito, dal medesimo articolo, quale "l'inadempimento alle obbligazioni di cui all'art. 3, ovvero alle altre obbligazioni derivanti dalla legge, che abbia carattere definitivo e tale da determinare una gravissima compromissione della funzionalità o della sicurezza di parte qualificante della rete autostradale". L'Allegato N, sempre come modificato nel 2022, individua, poi, due specifiche ipotesi di grave inadempimento: da un lato, le violazioni che portino all'applicazione di sanzioni per un ammontare superiore al valore soglia annuale (punto 1.6); dall'altro, l'applicazione

³⁴⁷ La giurisprudenza amministrativa presume la proporzionalità della sanzione ove comminata nella misura minima di 25.000 euro: cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 28 novembre 2011, n. 9296.

³⁴⁸ In linea con il richiamo alle violazioni ascrivibili al concessionario e alle relative conseguenze, nel presente contributo, come anticipato, si tratterà in via esclusiva della risoluzione della concessione per grave inadempimento del concessionario, restando al di fuori del perimetro della ricerca le ulteriori ipotesi di cessazione del rapporto, pure previste dalla convenzione e dalla legge, per annullamento d'ufficio, revoca, recesso e inadempimento del concedente.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di penali per un ammontare superiore al 2% del fatturato annuo per due annualità consecutive (punto 3.4)³⁴⁹.

La procedura, data la portata definitiva della risoluzione³⁵⁰, richiede ai fini della sua applicazione un procedimento aggravato: il concedente contesta gli addebiti al concessionario, assegnandogli un termine, non inferiore a trenta giorni e non superiore a sessanta giorni, per la presentazione delle controdeduzioni. Ove le stesse non siano ritenute condivisibili ovvero in caso di mancata risposta alle contestazioni, si procede alla nomina di una Commissione paritetica di tre componenti, individuati uno dal concedente, uno dal concessionario e il terzo di comune accordo, con il compito di redigere una relazione istruttoria particolareggiata sui fatti contestati.

Qualora il grave inadempimento fosse accertato, il concedente³⁵¹ potrebbe procedere a dichiarare la risoluzione della concessione³⁵² e al concessionario, comunque obbligato al proseguimento della gestione nelle more del subentro del nuovo contraente³⁵³, spetterebbero unicamente le somme relative al valore delle opere realizzate e gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti (ovvero, nel caso in cui

³⁴⁹ Con l'aggiornamento del 2022, si supera così la previsione del "vecchio" art. 9 della Convenzione ASPI, ai sensi del quale la decadenza avrebbe potuto essere disposta in caso di perdurante inadempienza agli obblighi di cui all'art. 3, comma 1, lett. b), f), j), l), n), o), p), s), v). Fattispecie talora talmente draconiane da essere difficilmente applicabili: così L. SALTARI, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, cit.

³⁵⁰ Ferma restando la tutela innanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva: cfr. Tar Lazio, Roma, sez. IV, 29 dicembre 2022, n. 17819; G. LEONE, *La vicenda autostrade: un caso "all'italiana"*, in *Foro amm.*, 2021, p. 371, per il quale sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo sia per la declaratoria della risoluzione della concessione-contratto sia per l'impugnazione dell'eventuale provvedimento di decadenza. In ambito diverso dal settore autostradale, Cons. Stato, sez. V, 4 settembre 2017, n. 4183.

³⁵¹ Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. IV, 29 dicembre 2022, n. 17819, con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 2 d.l. 7 luglio 2022, n. 85 (disciplina trasfusa nell'art. 7 ter d.l. 16 giugno 2022, n. 68, convertito, con modificazioni, in legge 5 agosto 2022, n. 108) con cui è stata confermata, con un atto normativo di rango primario, la risoluzione disposta dal concedente. Secondo il giudice remittente, la questione di costituzionalità sarebbe non manifestamente infondata in quanto la valutazione della legittimità della decisione del concedente dovrebbe essere riservata a un soggetto indipendente, ossia al giudice, e non potrebbe essere "blindata" a livello legislativo.

³⁵² Con il III Atto aggiuntivo, peraltro, è stato escluso che la risoluzione per grave inadempimento del concessionario sia sottoposta alla condizione del pagamento dell'indennizzo.

³⁵³ Ferma restando la possibilità per gli eventuali enti finanziatori, precedentemente prevista dall'art. 176, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, oggi confermata dall'art. 190, comma 3, d.lgs. n. 36/2023, di indicare un operatore economico, che subentri nella concessione, avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti o analoghe a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, con riguardo allo stato di avanzamento dell'oggetto della concessione alla data del subentro, nonché la possibilità che, ai sensi dell'art. 35, d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, ANAS S.p.a. assuma la gestione dell'autostrada nelle more dello svolgimento della procedura di gara per l'individuazione del nuovo concessionario. Cfr. L. SALTARI, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, cit.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti)³⁵⁴, a carico del concessionario subentrante³⁵⁵, mentre il concedente avrebbe diritto al risarcimento dei danni subiti a causa dell'inadempimento³⁵⁶.

La "nuova" disciplina della risoluzione per grave inadempimento del concessionario sembra, dunque, confermare il "cambio di rotta" che, specialmente a seguito della triste vicenda del ponte Morandi, ha riguardato il regime delle concessioni autostradali³⁵⁷, ritenuto eccessivamente "sbilanciato" in favore del concessionario, seppure in parte in considerazione degli ingenti investimenti che la gestione di una tratta autostradale comporta. La limitazione dell'indennizzo alle somme relative alle spese effettivamente sostenute, insieme alla previsione che esclude che la risoluzione della concessione sia subordinata al pagamento dello stesso, sembrano accentuare la portata "punitiva" della reazione del concedente agli inadempimenti del concessionario, sebbene persista la preoccupazione di evitare l'interruzione del servizio.

In questo senso, infatti, parrebbe orientato tanto il sistema di strumenti "preventivi", ossia il sistema di sanzioni e penali *supra* esaminato, quanto la previsione delle diverse opzioni di gestione nelle more del subentro del nuovo concessionario. Del resto, come è emerso in più passaggi della trattazione, nonostante l'utilizzo dello strumento contrattuale, nel rapporto concessorio rimane immanente l'interesse pubblico alla continuità e qualità del servizio, alla cui tutela è preposto il concedente, per tale ragione dotato di un "armamentario" ben più ricco dei rimedi di diritto comune.

5. Conclusioni

Alla luce dell'analisi svolta, i concessionari della rete autostradale risultano essere soggetti ad un complesso sistema di vigilanza, frammentato in capo a una pluralità di

³⁵⁴ La misura dell'indennizzo conferma la portata "punitiva" della risoluzione per grave inadempimento del concessionario. Peraltro, l'art. 35, comma 1, d.l. n. 162/2019, convertito, con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8, chiarisce che le modalità di calcolo dell'indennizzo disciplinate dal previgente art. 176, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 (oggi dall'art. 190, comma 4, d.lgs. n. 36/2023), trovano applicazione in ogni caso di estinzione della concessione autostradale per inadempimento del concessionario, anche in sostituzione di eventuali clausole convenzionali difformi, anche se approvate per legge, da intendersi nulle ai sensi dell'art. 1419 c.c.

³⁵⁵ A differenza di quanto avviene in caso di inadempimento imputabile al concedente, ove è quest'ultimo a dovere indennizzare il concessionario. Nell'ipotesi in esame, invece, il concessionario subentrante deve corrispondere l'indennizzo alla data della consegna dell'infrastruttura. Lo strumento dell'indennizzo è, del resto, essenziale affinché siano effettuati gli investimenti necessari: così L. SALTARI e A. TONETTI, *Concessioni autostradali*, cit., p. 189.

³⁵⁶ Ai sensi dell'art. 1453 c.c., come previsto, in precedenza, dall'art. 176, comma 7, d.lgs. n. 50/2016 e, oggi, dall'art. 190, comma 2, d.lgs. 36/2023.

³⁵⁷ Critico nei confronti della legislazione emergenziale quale volano per un riassetto del regime delle concessioni autostradali F. SPANICCIATI, *Il "decreto Genova" quale estremizzazione della deroga emergenziale*, cit.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

amministrazioni e articolato in strumenti di controllo “in senso stretto” e meccanismi sanzionatori, con l’esercizio dei secondi che trova nei primi il proprio antecedente di fatto – oltre che il *prius* logico.

La ricchezza delle disposizioni in tema di vigilanza, d’altra parte, è imputabile a varie ragioni. Sicuramente è conseguenza del loro sdoppiamento tra previsioni di legge e previsioni convenzionali, con queste ultime che in alcuni casi si limitano a ripetere le prime ma, in altri, le fanno oggetto di una puntuale specificazione, come visto in relazione all’Allegato N alla Convenzione ASPI, in tema di sanzioni. Ancora, i tristi eventi di cronaca degli ultimi anni sono di sicuro alla base della moltiplicazione dei soggetti, delle previsioni normative e di quelle convenzionali in tema di controlli e sanzioni sul concessionario, a manifestazione di una (purtroppo tardiva) attenzione per un profilo essenziale, ma a lungo trascurato.

Quanto alle criticità emerse, permane la sensazione che a questa ipertrofia normativa e convenzionale non corrisponda necessariamente una maggiore efficacia nell’attuazione degli strumenti di controllo e sanzionatori. Si è evidenziato, infatti, come aumentare il numero di controllori possa avere conseguenze negative, allargando, invece che restringendo, le maglie del controllo, laddove le rispettive competenze non siano adeguatamente coordinate e specificate, con il rischio che le eventuali violazioni di legge o degli obblighi negoziali passino attraverso una rete di vigilanza affidata a soggetti che non sanno fino a che punto spetti loro agire e quando, invece, inizino le competenze di un’altra autorità.

Ancora, in riferimento ai controlli riservati al MIT, l’ampio spettro delle verifiche economico-finanziarie, sui contratti pubblici, sulle operazioni societarie, sulla qualità dei servizi e sull’esecuzione dei lavori – riconosciuto tanto in sede normativa, quanto in quella convenzionale – rischia di restare in concreto impoverito da un’amministrazione a cui non vengono attribuite le risorse adeguate a sfruttare i meccanismi astrattamente a sua disposizione per vigilare sul corretto perseguimento dell’interesse pubblico da parte dei gestori della rete autostradale.

Ad ogni modo, messe da parte le criticità segnalate, che ne mettono a rischio l’effettività, l’importante impianto di controlli e sanzioni esaminato, così come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa (si pensi a quella richiamata sulla tipicità “elastica” delle fattispecie sanzionabili in relazione all’obbligo di garantire la funzionalità dell’infrastruttura, ma anche sull’estensione della giurisdizione esclusiva alle controversie concernenti le sanzioni amministrative pecuniarie e le penali applicate dal concedente), conferma ancora una volta l’immanenza dell’interesse pubblicistico sotteso al rapporto contrattuale e il ruolo del MIT quale garante dell’espletamento del servizio secondo parametri di qualità e continuità. In disparte le



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

specifiche competenze attribuite dalla legge alle diverse autorità che vigilano sui concessionari autostradali, ciascuna per la cura di un più generale interesse pubblico (sicurezza stradale, trasparenza, concorrenza), è il MIT, nella sua veste di concedente, a disporre, almeno "sulla carta", di uno strumentario capace di scoraggiare, prima, e reprimere, poi, condotte violative delle norme di legge o degli obblighi convenzionali per assicurare, così, la corretta esecuzione del rapporto concessorio.



Giurisprudenza costituzionale e “questioni tecniche”: i poteri istruttori della Consulta dopo “l’apertura alla società civile”

di Luana Leo*

22 Novembre 2024

Abstract: il tema della partecipazione al processo costituzionale di soggetti diversi dalle parti induce dottrina e giurisprudenza a muoversi su un piano antitetico. Mentre la prima è ferma nel chiedere alla Corte di muoversi nella direzione di una maggiore “apertura” del predetto processo a soggetti “esterni”, la giurisprudenza sembra propensa a mantenere una posizione moderata. Sulla “svolta” del 2020, avvenuta sotto il segno della trasparenza e del dialogo, pesa la necessità di offrire precise risposte a complesse questioni di carattere tecnico-scientifico.

The issue of participation in the constitutional process of different subjects induces doctrine and jurisprudence to move on an antithetical level. Between the start and the orientation of the movement towards a greater “openness” of the aforementioned process that has been “external”, the control will seem to maintain a moderate position. In the “turning point” of 2020, in front of the sign of transparency and dialogue, the need to offer precise answers to the complete question of a technical-scientific nature weighs.

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Il mancato ricorso all’istruttoria da parte del Giudice delle Leggi nella risoluzione delle questioni tecniche. - 3. Intervento di terzi e *amici curiae*: l’esperienza tedesca. - 3.1 Esempi rilevanti. - 4. Le principali novità introdotte dalla modifica delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Consulta. - 5. Dalla teoria alla pratica: l’insuccesso della riforma e le sue ragioni. - 6. Conclusioni.

1. Introduzione

In linea di massima, è possibile asserire che i poteri istruttori costituiscono da sempre un profilo scarsamente esaminato nell’ambito della giustizia costituzionale, sebbene

* Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale presso l’Università Lum “Giuseppe Degennaro”. Contributo sottoposto a *blind peer review*.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

in taluni scritti di autorevoli studiosi della materia si rinvengano spazi riservati allo stesso, reputati comunque fin troppo esigui in virtù del suo indiscutibile rilievo. Già sul finire degli anni '80, vi è chi³⁵⁸ accentua la laconicità della normativa relativa ai poteri istruttori del giudice costituzionale, insistendo sulla necessità di riconsiderare la materia del diritto delle prove anche nell'ottica del diritto vivente. Mentre la legge n. 87/1953³⁵⁹ e le Norme integrative dedicano limitate disposizioni alla fase istruttoria, la giurisprudenza costituzionale fatica per lungo tempo ad allargare il corpus normativo sulle indagini istruttorie, non cogliendo l'opportunità della modifica delle Norme integrative del 2008. I dati relativi all'istruttoria costituzionale rivelano una evidente contraddizione: di fronte ad un uso potenzialmente estremo dei poteri istruttori, promosso proprio dalla scarsa analiticità delle disposizioni, si è assistiti ad un ricorso marginale, a livello quantitativo e qualitativo, ai medesimi da parte della Consulta dalle origini ad oggi. Lo scenario delineato non sembra aver spinto la dottrina più recente a riservare maggiore attenzione al tema, preferendo quest'ultima concentrarsi su ciò che la Corte fa, trascurando piuttosto ciò che la stessa non fa ma che potrebbe, o addirittura dovrebbe, fare³⁶⁰.

Se non è agevole sciogliere il "nodo" dei poteri istruttori in generale, risulta addirittura più arduo farlo in presenza di "questioni tecniche", pur essendo intervenuta la revisione delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale attuata con delibera dell'8 gennaio 2020³⁶¹, concepita come una rilevante innovazione, in vista di una migliore ponderazione delle decisioni che presentano un'evidente complessità tecnico-scientifica.

Partendo da tali premesse, il presente lavoro intende soffermarsi sui principali problemi che ancora oggi ostacolano l'esperimento dei poteri istruttori nel giudizio costituzionale al cospetto delle suddette questioni, tentando di fornire qualche spunto correttivo.

2. Il mancato ricorso all'istruttoria da parte del Giudice delle Leggi nella risoluzione delle questioni tecniche

Verso la fine degli anni '80, una prudente voce dottrina solleva il problema, auspicando che la Corte costituzionale inizi ad "occuparsi seriamente di problemi

³⁵⁸ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, p. 233.

³⁵⁹ Ai sensi dell'art. 13 della legge 11 marzo 1953, n. 87: "La Corte può disporre l'audizione di testimoni e, anche in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi, il richiamo di atti o documenti".

³⁶⁰ E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 27 gennaio 2020, p. 6.

³⁶¹ Pubblicata nella GU del 22 gennaio 2020, n. 17. La Corte costituzionale è poi intervenuta con delibera del 22 luglio 2021.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

tecnico-scientifici e della loro rilevanza nel processo costituzionale”³⁶². Facendo leva sulle decisioni adottate negli ultimi anni, la mancata attivazione dei poteri istruttori si è fatta sentire specialmente in ordine a due aspetti: da un verso, le questioni di rilevanza scientifica, dall'altro quelle in cui deve essere analizzato l'impatto economico-finanziario della pronuncia. Come ben osservato in dottrina, i due aspetti – pur molto diversi tra loro – risultano accomunati dalle conseguenze negative, per la stessa legittimazione del Giudice costituzionale, di una netta chiusura del processo all'uso formale degli strumenti istruttori, che renderebbero visibili gli elementi di fatto su cui la Corte adotta la sua decisione ed eviterebbero di far apparire arbitraria o poco ponderata una soluzione³⁶³. In tempi più recenti, il Giudice delle Leggi si è trovato ad essere investito di questioni dove la scienza assume un ruolo di primo piano, intervenendo anche sui rilevanti errori del legislatore; in tutte queste circostanze, la Corte offre risposte puntuali e audaci, ma non sempre i dati scientifici posti a presupposto delle pronunce risultano chiari.

L'esiguo ricorso alle ordinanze istruttorie non consente di ricavare consistenti indicazioni riguardo all'approccio del Giudice delle Leggi alla formazione della prova scientifica. Un primo esempio è dato dalla sent. n. 20/1980, in cui la Corte era chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale del divieto di produrre e mettere in commercio paste alimentari di farina integrale di grano duro, in virtù del fatto che la legge ammetteva esclusivamente il commercio delle paste di semola e di semolato di grano duro, in riferimento alla temuta lesione della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. Con l'ordinanza istruttoria n. 32/1979, la Corte aveva chiesto ai Ministeri competenti di fornire elementi conoscitivi al fine di conseguire “una più completa valutazione delle eventuali ragioni di carattere tecnico ravvisabili” per giustificare il divieto. Sebbene non trascuri i due pareri ministeriali, il Giudice delle Leggi perviene ad una sentenza di rigetto, senza entrare nel merito tecnico della predetta questione in ragione del rispetto delle valutazioni attuate dal legislatore. Altro esempio sostanziale è costituito dall'ordinanza del 25 marzo 1987, con la quale si richiede, allo scopo di risolvere un conflitto di attribuzione fra Stato e Regioni, la “documentazione cartografica” riguardante il percorso di differenti servizi di trasporto disciplinati dal provvedimento impugnato. Di carattere tecnico è anche l'ordinanza del 13 luglio 1987, disposta dalla Corte all'interno di un giudizio avente ad oggetto alcune norme in materia di emittenza radiotelevisiva

³⁶² È l'auspicio di L. VIOLINI, *Vuoto normativo, disparità di trattamento e scelte “tecniche”*, in *Giur. cost.*, n. 7, 1988, p. 4242.

³⁶³ M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 31.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

pubblica e privata, per richiedere al Presidente del Consiglio e al Ministero delle Poste e delle telecomunicazioni di concedere informazioni in relazione sia all'attuale situazione tecnica e di fatto dei collegamenti in ponte radio ad uso privato sia alla situazione dell'emittenza radiotelevisiva privata. Mentre nei primi casi l'istruttoria non sembra incidere particolarmente sul convincimento del collegio, in quello appena esaminato i dati tecnici acquisiti indirizzano la decisione dei giudici costituzionali, pur giungendo ad una dichiarazione di non fondatezza e di inammissibilità a fronte della natura "chiaramente provvisoria" dell'intervento legislativo. È fondamentale sottolineare come quest'ultimo caso si contraddistingui per una correlazione tra valutazioni tecniche e decisioni di forte impatto politico, che rappresenta un punto fermo nella giurisprudenza costituzionale³⁶⁴. Sul piano delle valutazioni propriamente scientifiche, anche nell'ambito medico e biologico, la Consulta fa un uso ridotto delle ordinanze istruttorie, assumendo rilievo invece le "conoscenze specialistiche personali e amicali", nonché "i fatti notori" e le "massime di esperienza"³⁶⁵.

In generale, la rinuncia all'uso dei poteri istruttori da parte della Corte è imputabile a due ragioni. In primo luogo, si richiama la circostanza che nel giudizio di costituzionalità non sussista integrale sovrapposizione³⁶⁶ tra il campo del fatto e quello dell'istruttoria; a ciò si aggiunge che il rapporto della Consulta con i fatti è quasi impossibile da sistematizzare non solo in ragione della diversa natura e consistenza dei fatti potenzialmente oggetto di accertamento³⁶⁷, ma anche perché questi pervengono alla Consulta in quanto presupposti di una valutazione legislativa discrezionale³⁶⁸. In secondo luogo, l'utilizzo di un'istruttoria formalizzata potrebbe comportare "una maggiore trasparenza del processo decisionale" finendo per rivelare "quegli elementi di giudizio che altrimenti rimarrebbero nell'ombra, ma che assumono un rilievo non

³⁶⁴ A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, in Rivista de "Il Gruppo di Pisa", n. 1, 2017, p. 8-9.

³⁶⁵ Da un'attenta analisi della giurisprudenza emerge chiaramente che spesso la Corte costituzionale assume come notorie acquisizioni scientifiche di cui non vengono indicate né le fonti di provenienza, né le ragioni della asserita incontrovertibilità.

³⁶⁶ M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 526.

³⁶⁷ Si veda la ricostruzione di M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in *Rivista AIC*, 2010.

³⁶⁸ In tale prospettiva, R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'A LOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 7, sostiene che "i 'fatti' e i dati scientifici ... non sono del tutto 'oggettivi' perché di fatto sempre orientati alla contestazione della legittimità della legge".



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

*trascurabile, anche solo ai fini della "precomprensione" del caso*³⁶⁹. È poi accreditata la tesi secondo cui l'atteggiamento di "prudenza" palesato dal Giudice delle Leggi discenda dal timore di apparire "giudice del fatto", specialmente in presenza di questioni tecnico-scientifiche; difatti, un esercizio più massiccio dei poteri istruttori tende ad esporre la Corte al rischio di un passivo adattamento alle risultanze di una potenziale consulenza tecnica, venendo meno così *"quel potere sovrano di dichiarare il diritto vivente costituzionale"*³⁷⁰. Al contempo, vi è chi condivide la tesi della doverosità dell'istruttoria, al ricorrere di talune condizioni: la dipendenza del materiale normativo oggetto del giudizio di costituzionalità dalle acquisizioni del progresso tecnico-scientifico e la necessità di acquisire una precisa rappresentazione della situazione normativa ritenuta incompatibile con le prescrizioni costituzionali³⁷¹. Non vi è dubbio che la Consulta abbia incontrato – per lungo tempo – due ostacoli non agevolmente superabili: l'individuazione dei soggetti qualificati da consultare e la mancanza delle conoscenze tecniche necessarie per un'adeguata formulazione dei quesiti da rivolgere agli esperti. Rivolgendo lo sguardo al panorama comparato, talune esperienze – esenti da tali difficoltà – dimostrano come l'attivazione formale di poteri istruttori permetta al giudice costituzionale di impiegare in modo oggettivo e pubblico dati che abitualmente diventano il presupposto della decisione, penetrando la motivazione.

3. Intervento di terzi e amici curiae: l'esperienza tedesca

Il panorama tedesco si presta ad offrire utili spunti di riflessione per lo studioso italiano in ordine alla sfera dei poteri istruttori del Tribunale costituzionale. A livello normativo, l'istruttoria trova spazio in numerose disposizioni del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG)*: in primis, l'art. 26 sancisce "un principio inquisitorio in materia di prove", in base al quale il Tribunale costituzionale può procedere alla "ricerca della verità" in modo autonomo anche rispetto al potere legislativo, al potere esecutivo e agli altri Tribunali; l'art. 27 ammette l'audizione di "terzi esperti" quale singolare mezzo di prova, l'art. 28 dispone l'audizione di

³⁶⁹ Così, T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 130 ss. Tale posizione è stata ripresa da G. A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 257; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria e effetti delle decisioni*, cit., p. 25.

³⁷⁰ Così, G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scelta alle incertezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in A. D'ALOIA, (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., p. 263.

³⁷¹ Q. CAMERLENGO, *I Poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., pp.190-191.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

testimoni; l'art. 29 prevede l'assunzione delle prove ad opera delle parti del processo principale. Dal quadro appena tracciato emerge chiaramente la volontà del legislatore tedesco di regolamentare la disciplina dei poteri istruttori del Tribunale costituzionale in modo da rendere quest'ultimo il vero padrone dell'istruttoria del proprio giudizio; la dottrina tende a qualificare l'art. 26 *BVerfGG* in termini di "Blankoscheck", ossia una disposizione che lascia "carta bianca" al Tribunale costituzionale circa la ricerca della "verità processuale"³⁷².

I poteri istruttori trovano terreno fertile anche nei regolamenti adottati dal *BVerfG*; in tale senso, notevole spessore assume l'art. 22 del Regolamento del Tribunale costituzionale, il quale stabilisce, al quarto comma, che "su proposta del relatore o per deliberazione del Collegio il Presidente sollecita delle personalità che dispongono di conoscenze particolari in un campo particolare ad esprimere il loro parere su una questione rilevante ai fini della decisione". Da ciò ne discende che il *BVerfG* si avvale di ampi strumenti conoscitivi per estendere il proprio campo cognitivo ed argomentativo.

In tale sede, preme soffermarsi sulla partecipazione al processo costituzionale di soggetti diversi dalle parti; quello tedesco è un sistema di giustizia costituzionale affine al nostro, nel quale però sono state da tempo sperimentate regole processuali ben più articolate. Il richiamato art. 27 a *BVerfGG* statuisce espressamente che "il Bundesverfassungsgericht può consentire a terzi esperti di presentare le proprie osservazioni". Sebbene il *BVerfG* si avvallesse già della facoltà di sentire terzi, la formalizzazione di tale diritto – con legge ordinaria – si è resa necessaria alla luce della riserva di legge di cui all'art. 94, co. 2, per. 1, LF5. È fondamentale sottolineare come l'introduzione di tale disposizione nella cornice normativa disciplinante il funzionamento del *Bundesverfassungsgericht* contribuisca ad arricchire sensibilmente il processo costituzionale, rendendolo così "pluralistico"³⁷³. Allo stato attuale, non vi è una chiara ed uniforme definizione del concetto di "terzo"; tuttavia, la dottrina³⁷⁴ ritiene che quest'ultimo debba essere interpretato in senso ampio, includendo sia persone fisiche che giuridiche o altri raggruppamenti di persone cui venga riconosciuta una parziale capacità giuridica, quali associazioni (anche quelle con interessi specifici e senza scopo di lucro), unità funzionali di diritto pubblico (sia persone giuridiche – come enti della radiodiffusione, enti comunali, chiese, ordini professionali – che

³⁷² M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, in *Diritto e Società*, Editoriale Scientifica, Napoli, n. 3, 2019, p. 354.

³⁷³ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Duncker & Humblot, Berlino, 1998.

³⁷⁴ T. ROERIG, *Germania*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *L'intervento di terzi nei giudizi di legittimità costituzionale*, Corte costituzionale, Servizio studi (area di Diritto comparato), novembre 2018, p. 52.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

associazioni con capacità giuridica parziale – come la televisione pubblica)³⁷⁵. Il terzo è un esperto, al quale si richiedono – necessariamente – competenze di natura oggettiva; tuttavia, ciò non preclude la potenziale sussistenza di interessi concreti in capo allo stesso.

A fronte di quanto esposto, la categoria generale dei “terzi esperti” includerebbe l'*amicus curiae*, figura non formalmente prevista dall'ordinamento tedesco. È ben nota la *querelle* dottrinale sul rapporto intercorrente tra gli *amici curiae* e i terzi esperti; in dottrina, vi è chi preme sulla necessità di separare i predetti istituti, ritenendo che la figura dell'esperto rientri “più propriamente tra i poteri istruttori di titolarità del giudice costituzionale”³⁷⁶. Se è vero che il terzo ha il diritto ma non l'obbligo di esprimersi, è altrettanto vero che egli non ha il diritto di essere in ogni caso ascoltato a prescindere da un invito formulato³⁷⁷ dal Tribunale costituzionale. Sul punto, si ricorda che i “terzi” di cui all'art. 27 a *BVerfGG* sono gli individui che forniscono, solo ed esclusivamente in modo “passivo”³⁷⁸, il proprio sostegno proficuo alla Corte costituzionale. In linea di principio, il ricorso alle conoscenze derivanti dalle opinioni degli *amici curiae* non sembra trovare notevoli intoppi, sempre se idoneo a promuovere la formazione di una nuova “cultura giuridica”³⁷⁹. A tale riguardo, la dottrina evidenzia che l'intervento di terzi su invito esplicito del giudice costituzionale potrebbe influire sull'“orientamento” della medesima acquisizione del parere, in quanto individuare l'esperto significa selezionare l'opinione, incidendo così sul consolidamento di una “nuova” cultura del diritto³⁸⁰. Alla base dell'esigenza di introdurre nell'ordinamento tedesco l'istituto degli *amici curiae* si pone altresì l'importanza di rafforzare il principio dell'indagine istruttoria di cui all'art. 26 *BVerfGG*, al pari della necessità di assicurare la funzione oggettiva della *Verfassungsbeschwerde*³⁸¹.

³⁷⁵ H. HIRTE, *Der amicus-curiae-brief*, in *ZZP*, n. 1, 1991, p. 14.

³⁷⁶ T. GROPPi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta on line*, n. 1, 2019. Sul punto, si veda altresì A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, p. 435.

³⁷⁷ T. GROPPi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, cit., p. 134.

³⁷⁸ W. BLANQUETT, C. CASSER, *Amicus Curiae in Deutschland. Drittbeteiligung von Verbänden durch Amicus-Curiae-Stellungnahmen in Gerichtsverfahren der unteren Instanzen*, in “*Working Paper nr. 10 2016*”, 2016, p. 103.

³⁷⁹ W. BLANQUETT, C. CASSER, *Amicus Curiae in Deutschland. Drittbeteiligung von Verbänden durch Amicus-Curiae-Stellungnahmen in Gerichtsverfahren der unteren Instanzen*, cit., pp.105-106.

³⁸⁰ W. BLANQUETT, C. CASSER, *Amicus Curiae in Deutschland. Drittbeteiligung von Verbänden durch Amicus-Curiae-Stellungnahmen in Gerichtsverfahren der unteren Instanzen*, cit., pp. 41-106.

³⁸¹ R. ZUCK, *Amicus curiae - der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG*, in *NVwZ*, 2016, p. 1132 ss.



3.1 Esempi rilevanti

Rispetto al giudizio in via incidentale, l'attivazione dei poteri istruttori sembra assumere maggiore rilievo³⁸² nell'ambito della c.d. *Verfassungsbeschwerde*, istituto che trova ampio apprezzamento anche in Italia³⁸³ in virtù delle sue due funzioni (strumento di protezione oggettiva del diritto costituzionale e di supporto alla sua interpretazione e al suo sviluppo; strumento di educazione alla lealtà costituzionale) a cui la dottrina più recente ne accosta una terza (Blankenburg parla di "mobilitazione per il diritto", concependo così il ricorso costituzionale come uno strumento proprio della cittadinanza per fare rispettare la legge fondamentale)³⁸⁴. A parte il ricorso costituzionale diretto, l'esercizio dei poteri istruttori è stato "testato" anche nel giudizio astratto sulle leggi federali e statali attivabile ai sensi dell'art. 93, par. 1, Nr. 2 GG dal governo federale, da un governo di *Land* o da un quarto dei membri del *Bundestag*. Tale giudizio vede come controparte del Tribunale non più i giudici, bensì direttamente il legislatore, del quale è chiamato a valutare anche la corretta presa in considerazione delle ragioni di fatto sottese ai provvedimenti legislativi. Esempi rilevanti di audizione o acquisizione di pareri da parte di esperti nei giudizi sopraindicati sono quelli relativi alla decisione sul velo islamico e alla sentenza sulla repressione penale dell'omosessualità maschile. Per quanto attiene alla prima, il *BVerfG* accoglie il ricorso avverso la pronuncia adottata dall'autorità scolastica del *Land Baden-Württemberg*, ed in seguito confermata dai Tribunali amministrativi del *Land*, che precludeva la possibilità di insegnare indossando il velo³⁸⁵. Nel caso di specie, l'assunzione di mezzi istruttori è diretta a verificare che le autorità avessero tenuto conto, nel disporre il divieto di insegnamento della ricorrente, che l'uso del velo non fosse visto unicamente in termini di degradazione del ruolo della donna nella cultura e religione islamica, andando a costituire soprattutto una forma di garanzia del libero sviluppo della personalità. Più travagliata è la sentenza sull'omosessualità

³⁸² G. REPETTO, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione politica nel prisma del Bundesverfassungsgericht*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., p. 306 ss.

³⁸³ In particolare, si veda J. LUTHER, *Il rinnovato interesse italiano per la Verfassungsbeschwerde*, in R. TARCHI (a cura di) *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 96.

³⁸⁴ E. BLANKENBURG, *Mobilisierung des Rechts. Eine Einführung in die Rechtssoziologie*, Springer, Berlin, 1995. Più di recente, G. NAGLIERI, *Il ricorso diretto di costituzionalità nell'era della crisi della politica. Verfassungsbeschwerde e ricorso de amparo tra percorsi di innovazione e apertura alla società*, in *Federalismi.it*, n. 11, 2023, pp. 161-168.

³⁸⁵ *BVerfGE*, 108, 282. Su tale pronuncia, si veda M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 359-360.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

maschile³⁸⁶, ove, successivamente all'audizione di esperti, il *BVerfG* rigetta i ricorsi individuali proposti avverso la sentenza adottata dal Tribunale distrettuale di Amburgo il 2 febbraio 1952, con cui il primo ricorrente era stato condannato, ai sensi del § 175 *Strafgesetzbuch* (StGB), alla pena detentiva di un anno e otto mesi per avere intrattenuto incessantemente rapporti sessuali con uomini e, ai sensi del § 175 a n. 3 StGB, per il reato di avere tentato di intrattenere rapporti sessuali aggravati con persone di sesso maschile; lo stesso dicasi per il secondo ricorrente, a cui però si aggiunge la condanna per il reato di favoreggiamento dei rapporti sessuali ai sensi dei §§ 175 a n. 3, 49 StGB. Nel caso esaminato, il *BVerfG*, pur non accogliendo i ricorsi, si premura di riportare le risposte fornite dagli esperti ai quesiti prestabiliti.

Merita attenzione anche l'utilizzo dei poteri istruttori da parte del *BVerfG* in conformità alla tecnica del rinvio al legislatore, in particolare sotto il versante tecnico-scientifico. In materia di suicidio assistito, il Tribunale costituzionale tedesco, nel contesto dell'udienza pubblica del 16 e 17 aprile 2019, dispone l'ascolto di plurimi esperti³⁸⁷. È proprio l'attività istruttoria ad incidere sui contenuti della rivoluzionaria pronuncia del 26 febbraio 2020³⁸⁸, ritenuta in dottrina un "*brilliant and radical act of juridical enlightenment*"³⁸⁹ specialmente se raffrontata con le "doppie" sentenze della Corte costituzionale italiana nn. 207/2018 e 242/2019 in relazione al "caso Cappato", peraltro mai richiamate; il Secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht* dichiara incostituzionale il § 217, co. 1, StGB introdotto con legge del 3 dicembre 2015, che punisce con la reclusione fino a tre anni ovvero con una pena pecuniaria il "favoreggiamento commerciale dell'aiuto al suicidio" per contrasto con l'art. 2, co. 1 in combinato disposto con l'art. 1, co. 1 GG.

Restando sul piano tecnico-scientifico, si segnala un'importante pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco nel contesto dell'emergenza sanitaria da Covid-19. Si

³⁸⁶ *BVerfGE* 6, 389. Per un approfondimento, si veda N. DRÖNNER, *Das "HomosexuellenUrteil" des Bundesverfassungsgerichts aus rechtspolitischer Perspektive*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

³⁸⁷ In particolare, nell'udienza pubblica del 16 e 17 aprile 2019 sono stati sentiti quindici esperti, selezionati tra professori universitari in ambito medico, psicologico, farmacologico nonché tra responsabili di *hospice* e rappresentanti di associazioni e fondazioni operanti in tale ambito.

³⁸⁸ 2 BVR 2347/15. Per un commento alla pronuncia, si veda A. TIGRINO, *Il Bundesverfassungsgericht in tema di aiuto al suicidio prestato in forma commerciale. Verso un approccio realmente liberale al fine vita*, in *Archivio Penale*, n. 3, 2020; N. RECCHIA, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht. Spunti di riflessione in merito al controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *Sistema penale*, n. 2, 2020; G. BATTISTELLA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara incostituzionale la fattispecie penale di «favoreggiamento commerciale del suicidio» (§ 217 StGB): una lettura in parallelo con il "caso Cappato"*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2020.

³⁸⁹ M. STEINBEIS, *Alive until you aren't*, in www.verfassungsblog.de, 28 febbraio 2020.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

fa leva sulla pronuncia adottata il 19 novembre 2021³⁹⁰, che racchiude ben sette ricorsi sulla legittimità costituzionale del freno d'emergenza. Nel riassumere le doglienze dei vari ricorrenti, essi

ritengono che l'attivazione del freno d'emergenza abbia implicato la violazione di taluni

diritti fondamentali: al più generale diritto allo sviluppo della propria personalità, alla dignità umana e alla libertà personale (art. 2 GG), si accosta il diritto alla protezione del matrimonio e della famiglia (art. 6 GG), il cui esercizio sarebbe stata intaccata da misure legislative viziate sotto il profilo della proporzionalità e dell'adeguatezza. Rinviando ad operati più completi la ricostruzione della decisione in commento³⁹¹, chi scrive si limita a riportare che il *BVerfG*, pur prendendo atto che le restrizioni disposte abbiano interferito significativamente con tali diritti, rigetta i ricorsi individuali ritenendo che le misure fossero adeguate e proporzionate rispetto allo scopo della legge, in quanto rivolte alla protezione della vita e della salute dei cittadini rispetto ai pericoli scaturenti dalla crisi sanitaria e al conseguente rischio di paralisi del sistema ospedaliero. In aggiunta, il *BVerfG*, valutando

se il freno d'emergenza fosse stato "necessario" e "adeguato" nel contrasto alla diffusione del Covid-19, sfrutta un parametro di affidabilità della logica da cui il legislatore prende le mosse al momento di adottare le misure: il principio dello stato delle conoscenze in un dato frangente. Quel che preme evidenziare è la scelta del Tribunale federale di rivolgersi a società operanti nell'ambito scientifico, in qualità di esperti, richiedendo pareri in ordine alla dinamica dell'evoluzione del contagio, così come alle modalità di propagazione.

4. Le principali novità introdotte dalla modifica delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Consulta

"La Corte si apre all'ascolto della società civile": con tale intestazione, l'Ufficio Stampa della Corte costituzionale dirama l'11 gennaio 2020 un comunicato con il quale si rende pubblica la sostanziale modifica delle Norme integrative per i giudizi davanti alla stessa. È indubbio che l'"apertura all'ascolto della società civile" tenda a rafforzare l'immagine del giudice costituzionale; ciò richiede comunque a quest'ultimo *"di resistere ai venti e ai venticelli che ogni giorno rischiano di trascinarlo da una parte o dall'altra"*³⁹². Da ciò ne discende che le modifiche delle

³⁹⁰ 1 BvR 781/21.

³⁹¹ Y.M. CITINO, *Noterella in tema di "freno d'emergenza federale" tedesco*, in *DPCE online*, n. spec., 2022, pp. 499-502.

³⁹² Così, P. RIDOLA, *"La Corte si apre alla società civile"*, in *Federalismi*, n. 2, 2020, p. 8.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

norme integrative – pur potenzialmente condivisibili nella loro ispirazione di fondo – richiedono di essere inquadrare con estrema attenzione e prudenza. Le novità di maggiore spessore riguardano l'ammissibilità degli interventi nel processo costituzionale e l'accesso degli intervenienti agli atti processuali (artt. 4, co. 6 e 7, e 4-*bis*), la partecipazione al giudizio degli amici *curiae* (art. 4-*ter*) e la facoltà per la Corte di disporre l'audizione di esperti di chiara fama in un'apposita adunanza in camera di consiglio (art. 14-*bis*). È specialmente con le ultime due modifiche che essa si prefigge l'obiettivo di dare vita ad un nuovo corso della giustizia costituzionale italiana, svelando l'intenzione di porsi in linea con la prassi di molte Corti supreme e costituzionali di altri Paesi. In realtà, tale mutamento "processuale" è il prodotto di un'evoluzione avviata da tempo, che esprime *"la volontà collegiale della Corte di aprire le proprie porte a soggetti diversi dalle parti in grado di dare un contributo al giudizio e, soprattutto, di portare maggiore trasparenza e coerenza su delle prassi poco lineari che avevano fino ad ora caratterizzato l'istruttoria e il processo costituzionale"*³⁹³, oltre ad abbracciare i numerosi inviti della dottrina.

Con particolare riferimento alla figura dell'*amicus curiae*, l'art. 6, co. 3 – al tempo della novella art. 4-*ter* – prevede la possibilità per *"le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi e diffusi attinenti alla questione di costituzionalità"* di presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta nel termine di venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana. La definizione non elimina le perplessità legate alla natura dei soggetti in grado di avanzare le loro opinioni; al contrario, si tratta di *"insiemi vuoti e che possono facilmente essere riempiti degli oggetti giuridici più disparati"*³⁹⁴. Senza entrare nel merito del confronto dottrinale³⁹⁵, preme marcare come quello in esame sia *"un istituto giuridico evolutosi nel tempo sotto la finzione di una superficiale immutabilità dell'uso antico"*³⁹⁶. In particolare,

³⁹³ Come precisato da A.M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae ed esperti dalla porta principale*, in *Diritti comparati*, 23 gennaio 2020.

³⁹⁴ Così, G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle Norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2020, p. 91

³⁹⁵ In dottrina, vi è ricondotta tale figura al diritto romano e, specificatamente, a quella del *consiliarius* (S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, in *Yale Law Journal*, vol. 72, n. 4, 1963, pp. 694-721; E. ANGELL, *The Amicus Curiae: American Development of English Institutions*, in *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 16, n. 4, 1967, pp. 1017-1044) e chi, diversamente, ritiene le sue prime manifestazioni affondino nel panorama giuridico inglese (F.M. Jr. COVEY, *Amicus Curiae: Friends of The Court*, in *DePaul Law Review*, vol. 9, n. 1, 1959, pp. 30-37).

³⁹⁶ Così, B. BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2019, p. 132.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

nel sistema statunitense, il predetto istituto conosce una radicale trasformazione: da “amico della corte” atto a perseguire un fine superiore di giustizia, egli diviene *advocate*, portatore di interessi propri, avente un interesse personale e diretto nella risoluzione della controversia, rappresentando altresì davanti a tale autorità un gruppo di persone organizzato, munito di una propria visione politica e sociale³⁹⁷. Preme evidenziare come sulla trasformazione dell’istituto in commento incidano una serie di fattori, tra cui la natura accusatoria del processo, la quantità massiccia delle fonti del diritto statunitense e della dottrina, la natura federale del predetto sistema, la necessità di influenzare il writ of certiorari, la riproduzione incontrollata delle ONG³⁹⁸, la loro progressiva forza politica e l’estensione del loro raggio di azione a livello internazionale. Tra essi, desta maggiore timore la pressione – diretta o indiretta – che gli enti potranno esercitare sulla Corte. Come osservato in dottrina, vi è il concreto rischio “di esporre la stessa a critiche strumentali che potrebbero indirizzarsi verso i suoi verdetti, ora da questa ed ora da quella fazione politica che punti ad asseverare presso una pubblica opinione culturalmente non attrezzata ed emotivamente esposta la tesi secondo cui il giudice non rimane insensibile alle suggestioni esercitate da gruppi di pressione, invitati a rappresentare il proprio punto di vista a mezzo di un breve scritto”³⁹⁹. In tale senso, l’esperienza statunitense rivela la possibilità che dietro alle associazioni e ai gruppi di interesse presentatesi come amici curiae si celino lobbies con puntuali obiettivi politici che – in un mondo interconnesso – oltrepassino i confini nazionali; vi è, dunque, l’eventualità che associazioni e portatori di interessi collettivi e diffusi possano portare dinanzi alle Corti argomentazioni estranee da quelle delle giurisprudenze europee e modi di contendere divergenti, stravolgendo così le modalità con cui i giudici affrontano determinate questioni⁴⁰⁰. Tornando all’analisi della modifica avutasi nel 2020, affiora come la Corte costituzionale italiana – nel prevedere che possano depositare opinioni unicamente le formazioni sociali prive di scopo di lucro ed i soggetti istituzionali – intenda prendere le distanze dall’impostazione sviluppatasi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, che sulla base dell’art. 36, co. 2, CEDU e dell’44, co. 3, lett. a) del Regolamento di ammette

³⁹⁷ Sulla metamorfosi della figura dell’ *amicus curiae* negli USA, si veda S. KRISLOV, *The Amicus curiae brief: from Friendship to Advocacy*, in 72 *Yale Law Journal* 694, 1962; S. BANNER, *The myth of the neutral amicus: American Courts and their friends, 1790-1890*, in 20 *Const. Commentary* 111, 2003.

³⁹⁸ Sul punto, si veda soprattutto R.W. BENNETT, *Counter-Conversionalism and the Sense of Difficulty*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 95, no. 3, 2001, p. 845 ss.. Parla di “ONGizzazione della società” B. BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, cit., p. 115 ss.

³⁹⁹ Così, A. RUGGERI, *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia Insieme*, 24 gennaio 2020.

⁴⁰⁰ R. BIZZARI, *Amicus curiae, società civile e comunicazione: brevi osservazioni a partire dall’esperienza statunitense*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2023, p. 103.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

anche l'intervento di imprese e di persone fisiche. Pertanto, il sistema CEDU – pur essendo oggetto di interesse per i giudici costituzionali – non sembra aver costituito un “modello” per l'introduzione del nuovo istituto⁴⁰¹.

L'introduzione dell'istituto in discussione è stata letta dalla dottrina maggioritaria come un passo compiuto in vista di una giustizia costituzionale improntata ad una maggiore trasparenza procedurale⁴⁰² e ad una intensificata partecipazione sociale alle decisioni⁴⁰³. È soprattutto la seconda osservazione a destare forti perplessità. Sul punto, vi è chi tiene a chiarire che “il processo serve ad allocare diritti, disporre su interessi legittimi, accertare responsabilità, far valere la legalità legale e la legalità costituzionale, ma non può essere usato come canale di partecipazione democratica, perché, se così fosse, verrebbe meno la sua funzionalizzazione al soddisfacimento del diritto di difesa”; una lettura del genere ne piega persino il funzionamento alle esigenze del confronto pluralistico, allontanandolo dal suo compito esclusivo: quello di applicare la legge⁴⁰⁴.

Sebbene risulti innegabile un ampliamento delle “voci” udite nel processo costituzionale, la modifica non sembra dare vita effettivamente ad un'espansione della partecipazione al processo e del contraddittorio. In tale senso, non vi è equiparazione con gli altri attori del processo; la disposizione di riferimento puntualizza che gli *amicus curiae* non assumono la qualità di parte nel giudizio, escludendo dunque l'assimilazione ai terzi intervenienti. Difatti, a differenza di quest'ultimi, essi esprimono opinioni tramite memorie soggette a un limite di lunghezza (“l'opinione non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri, spazi inclusi”) ed a termini ristretti per la presentazione dell'intervento (“entro il termine perentorio di venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale”) ⁴⁰⁵; non prendono visione degli atti e non partecipano all'udienza. A tali elementi si accosta altresì la previsione che rimette la decisione sull'ammissibilità delle opinioni presentate non al

⁴⁰¹ C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2020, p. 200.

⁴⁰² S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più “aperta”*: la Consulta ammette le opinioni scritte degli “*amici curiae*” e l'audizione di esperti di chiara fama, in *Sistema penale*, 2020, p. 1 ss.

⁴⁰³ In particolare, per M.C. GRISOLIA, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2020, p. 5, si deve riconoscere “il “coraggio” dimostrato dal Giudice costituzionale, il quale, per primo, sembra oggi dare una risposta alle sempre più pressanti istanze di partecipazione che provengono dalla società civile”. Sulla stessa linea, M. ROMAGNOLI, *The Italian Constitutional Court Opens Up to Hear the Voice of Civil Society*, in *verfassungsblog.de*, 2020, p. 2.

⁴⁰⁴ Così, M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2020, pp. 410-411.

⁴⁰⁵ Gli altri soggetti, invece, possono presentare memorie fino al ventesimo giorno libero prima dell'udienza o della camera di consiglio, secondo quanto prescritto dall'art. 10 delle Norme integrative.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

collegio, come nel caso dell'intervento, bensì al Presidente della Corte sentito il giudice relatore che lo stesso provvede a nominare una volta decorso il termine per il deposito dell'opinione. Oltre ad essere adottata *inaudita altera parte*⁴⁰⁶, la decisione sull'ammissibilità della memoria è ad alto coefficiente di discrezionalità⁴⁰⁷, in quanto sono ammesse le sole opinioni che offrono elementi "utili" alla conoscenza e alla valutazione del caso. In concreto, si perviene ad un rafforzamento del ruolo del Presidente della Corte non accettabile in una fase storica ispirata alla personalizzazione, che "*conosce repentine esaltazioni e non meno repentine damnationes delle figure individuali*"⁴⁰⁸. Al contempo, ciò non giova alla Corte nel suo complesso, non solo perché l'opinione pubblica è indotta ad identificarla sempre più con il suo Presidente, nelle circostanze favorevoli e in quelle negative, ma anche perché è alla Corte, nella sua collegialità, che la decisione finale deve essere ascritta⁴⁰⁹. Come preannunciato, la seconda sostanziale novità introdotta dalla modifica delle Norme integrative è costituita dalla previsione dell'art. 17, co. 1 – precedentemente art. 14-bis – in relazione al quale "la Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con l'autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti". A prima impatto sorprende la scelta di collocare la predetta previsione successivamente a quella che definisce la chiusura dell'istruttoria giacché, procedendo in tale modo, si fa intendere che l'audizione degli esperti è un'incidente processuale strutturalmente diverso dall'assunzione delle prove. Merita di essere prontamente evidenziato anche un ulteriore aspetto, di eguale portata: la decisione di ricorrere all'audizione degli esperti è collegiale e non presidenziale: ciò è coerente con l'art. 14 delle Norme integrative, in base al quale la Consulta dispone con ordinanza l'ammissione dei mezzi di prova, ma contestualmente acuisce la distanza con l'istituto degli *amicus curiae*. La novità in commento risponde ad un'esigenza avvertita ormai da tempo dal giudice costituzionale⁴¹⁰, ossia quella di

⁴⁰⁶ G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2020, pp. 90-91.

⁴⁰⁷ A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi*, n. 16, 2020, p. 423.

⁴⁰⁸ Così, M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, cit., p. 42.

⁴⁰⁹ M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, cit., p. 43; G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, cit., p. 91.

⁴¹⁰ "Se può valere una testimonianza aggiungo che in questi anni, e sono ormai quasi alla fine dell'incarico, non ho sentito l'esigenza di contributi ulteriori da parte di eventuali intervenienti, mentre



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

colmare eventuali lacune conoscitive insorte al cospetto di questioni tecniche, andando comunque a promuovere la migliore comprensione della questione di legittimità costituzionale e a sostenere l'argomentazione giuridica delle decisioni⁴¹¹. È importante marcare come essa – prima della predetta riforma – non resti totalmente indifferente a tale figura, preferendo piuttosto acquisire le opinioni di esperti tramite vie non ufficiali, specificatamente tramite le c.d. indagini informali. Con la modifica del 2020, invece, la Consulta sembra propensa a superare tale prassi, attribuendo all'esperto un ruolo di rilievo, nella consapevolezza di non poter più omettere l'apporto tecnico-scientifico di tale figura, a fronte della crescente complessità delle questioni sottoposte al suo giudizio in una realtà sempre più avanzata e pluralistica. Pertanto, non è improprio ritenere la disposizione in oggetto come la novità più interessante della riforma, giacché in grado di far confluire nella sentenza una serie di profonde conoscenze di provenienza metagiuridica. Come osservato in dottrina⁴¹², mentre il terzo interveniente e l'*amicus curiae* rientrano nella dimensione del puro intervento in giudizio, quali "titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio" e "portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità", l'esperto di cui all'art. 17 N.I., oltre a non essere parte del giudizio, si caratterizza per la mancanza di un interesse qualificato o di prossimità rispetto all'oggetto della controversia e viene attratto al processo nella misura in cui sia in grado di consentire l'acquisizione di "informazioni attinenti a specifiche discipline". Tuttavia, le spoglie norme integrative, così come modificate, non consentono di tracciare la perfetta fisionomia di una figura incisiva nel processo costituzionale. Difatti, tale disposizione si limita a definire gli esperti che possono essere uditi come di "chiara fama", non indicando né in base a quali criteri essi debbano o possano essere considerati tali, né quali debbano essere i caratteri ed i contenuti delle loro conoscenze e competenze⁴¹³. In perfetta linea con l'ordinamento tedesco, la definizione dell'esperto è rimessa alla

in alcuni casi sarebbero stati utili approfondimenti di tipo istruttorio o anche diversi. Penso ad esempio ad audizioni come quelle delle Camere, da fare in udienza, per acquisire conoscenze ulteriori" (così, l'allora Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi in apertura del Seminario sul tema "Interventi dei terzi e amici curiae nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza delle altre corti nazionali e sovranazionali", svoltosi presso la Corte costituzionale il 18 dicembre 2018).

⁴¹¹ A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, cit.

⁴¹² L. DI MAJO, *Gli esperti di chiara fama nel processo costituzionale*, in *Federalismi*, n. 3, 2023.

⁴¹³ C. MALINVERNO, *Quali prospettive per terzi, amici curiae ed esperti a più di un anno dalla riforma delle norme integrative? Spunti a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista de "Il Gruppo di Pisa"*, n. 2, 2021, pp. 70-71.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

piena discrezionalità del giudice costituzionale: si potrebbe rimproverare alla Consulta di aver scelto un soggetto piuttosto che un altro in virtù di un proprio "interesse". Si pone, poi, un concreto problema di garanzia del pluralismo nell'individuazione dei soggetti: alle parti è sì riconosciuta la possibilità di avanzare domande agli esperti (dietro autorizzazione del Presidente)⁴¹⁴ ma a quest'ultime non è concesso interfacciarsi con la Corte circa la scelta dei medesimi o, al limite, di proporre esse stesse la convocazione di esperti, fermo restando l'apprezzamento del collegio⁴¹⁵. Molto incerta è poi l'espressione "specifiche discipline", tale da includere anche giuristi, specialisti di "specifici" campi disciplinari, costituendo così una deroga al principio *iura novit curia*⁴¹⁶. È però certo che la figura dell'esperto non coincida con quella del perito o del consulente tecnico: l'art. 17 N.I., parlando di "informazioni attinenti a specifiche discipline" e non invece di pareri o consulenze, sembra preannunciare che le indicazioni fornite dagli esperti possano anche non assumere alcuna rilevanza all'interno della decisione finale, rischiando di rendere superfluo il loro coinvolgimento. Un aspetto non irrisorio è rappresentato dal fatto che nelle Norme integrative la figura dell'esperto parrebbe riferirsi alle sole persone fisiche; ciò segna un distacco con il potere istruttorio di cui dispone il Tribunale costituzionale tedesco che può, di sua iniziativa, richiedere il parere di "esperti" anche ove essi siano persone giuridiche. Tuttavia, un'interpretazione teleologica⁴¹⁷ dell'art. 17 N.I. potrebbe consentire l'audizione di rappresentanti di persone giuridiche, purché in grado di fornire alla Corte informazioni utili su discipline specifiche e inquadrati come esperti di "chiara fama".

A discapito degli intenti che animano la riforma, la disposizione in commento "pecca" in termini di trasparenza: a parte l'ampia libertà di cui gode il giudice – non essendo tenuto ad indicare le ragioni sottese all'individuazione dell'esperto – appare discutibile

⁴¹⁴ Si tratta di un aspetto cruciale. Come ammesso da L. DI MAJO, *Gli esperti di chiara fama nel processo costituzionale*, cit., pp. 55-56, "se il Presidente dovesse interpretare in modo restrittivo la concessione di questa autorizzazione, appare evidente che la portata innovativa della riforma, anche in relazione a questo profilo, sarebbe ridotta. Il filtro del Presidente, però, potrebbe essere uno strumento necessario al fine di porre un freno a derive incontrollate", da un lato non snaturando eccessivamente il sindacato di costituzionalità, dall'altro mantenendo il ruolo dell'esperto di chiara fama legato alle indicazioni strettamente fornite dal relatore ed eventualmente dalle parti in un contesto caratterizzato dall'assenza di pubblicità".

⁴¹⁵ A. SCHILLACI, *La "porta stretta": qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla "società civile"*, in *Diritti comparati*, 31 gennaio 2020.

⁴¹⁶ Nella Relazione annuale del presidente della Corte costituzionale, M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, si vince però la chiara consapevolezza di far riferimento ad altre discipline, diverse rispetto a quelle praticate dai giudici nella loro pregressa attività professionale.

⁴¹⁷ C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 202.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

la scelta di procedere all'audizione dello stesso in camera di consiglio e non in udienza pubblica: vi è chi fa ben notare che qui la discussione "può non essere verbalizzata o verbalizzata solo succintamente e può trasparire nelle motivazioni della sentenza con più o meno evidenza a seconda del rilievo che vorranno assegnare il relatore e il collegio, volta per volta e discrezionalmente". Pertanto, "la sede dell'udienza pubblica, per sua natura, si sarebbe prestata meglio a garantire la trasparenza democratica dell'interlocuzione con gli esperti"⁴¹⁸.

5. Dalla teoria alla pratica: l'insuccesso della riforma e le sue ragioni

Considerate le modifiche apportate alle Norme integrative, occorre interrogarsi sulla reale portata innovativa delle stesse, soprattutto in vista del dichiarato fine dell'"apertura del giudizio costituzionale alla società civile". Tralasciando l'intervento di terzi, i maggiori risultati sono stati attesi in ordine ai due istituti analizzati, l'*amicus curiae* e l'audizione di esperti. Con riguardo all'utilizzo nei giudizi delle opinioni scritte degli *amicus curiae*, nell'arco di quattro anni si è riscontrato un uso cauto, essendo state oggetto d'interesse da parte dei nostri giudici in un numero moderato di casi. Seguendo l'ordine cronologico, la sentenza n. 278/2020⁴¹⁹ sembra segnare l'inizio di una nuova "fase" per l'*amicus curiae* nel processo costituzionale in via incidentale, tenuto conto che i primi due provvedimenti in ordine di tempo si sono limitati a dichiarare l'inammissibilità delle opinioni presentate dagli *amicus curiae* giacché depositate fuori termine. In tale circostanza, vi è il deposito di un'opinione scritta da parte dell'Associazione "ItaliaStatoDiDiritto", che quale *amicus curiae*, sollecita una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 83, co. 4, del d.l. n.

⁴¹⁸ Come attentamente segnalato da A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2020, p. 19.

⁴¹⁹ Corte cost., 23 dicembre 2020, n. 278. Sulla predetta sentenza, si veda G.L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, in *Sistema penale*, 26 Dicembre 2020; R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid. Considerazioni a margine di Corte cost., sent. 23 dicembre 2020, n. 278*, in *Sistema penale*, 7 aprile 2020; G. SANTALUCIA, *La sospensione della prescrizione dei reati in tempi di pandemia. La Corte costituzionale promuove la legislazione dell'emergenza*, in *Questione Giustizia*, 11 gennaio 2021; M. MARTIRE, T. PISTONE, *Sospensione della prescrizione, principio di legalità e bilanciamento sempre possibile. Considerazioni a margine della sentenza n. 278 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 3, 2021; G. CASAVECCHIA, *Irretroattività in malam partem e sospensione della prescrizione causa COVID-19. Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 278 del 2020*, *ivi*; G. LEO, *Prescrizione e improcedibilità: problematiche di diritto intertemporale alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Sistema penale*, 1° marzo 2022.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

18/2020 (“Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19” – per netto contrasto con l’art. 25, co. 2, Cost. – e dell’Associazione forense “Unione camere penali italiane”, che sempre nella veste di *amicus curiae*, si pone in linea con la prima. La Corte – pur dichiarando ammissibili le opinioni – non sembra riconoscere particolare importanza alle stesse, vista l’assenza di puntuali riferimenti nella pronuncia. Come già espresso, lo strumento in esame assolve una duplice funzione, argomentativa e partecipativo-rappresentativa. Dal primo punto di vista, l’apertura della Corte “consente di arricchire, estendendolo, il dibattito sul caso e di mettere a disposizione dei giudici conoscenze nuove o aspetti che, in una società sempre più complessa come quella attuale, potrebbero anche restare sotto traccia”⁴²⁰. Dal secondo punto di vista, il “salto di qualità” investe “la società tutta, sollecitata ad esercitare questa nuova forma di partecipazione tramite i propri soggetti istituzionali, gli enti di Terzo settore e il mondo dei tecnici, esperti dei loro specifici settori”⁴²¹. In tale senso, l’istituto dell’*amicus curiae* è diretto ad incentivare una partecipazione attiva della società civile, specie nell’ambito di questioni controverse nell’opinione pubblica. Particolare attenzione meritano le sentenze nn. 32 e 33/2021⁴²² aventi ad oggetto il riconoscimento dello *status filiationis* del minore rispetto al genitore intenzionale specificatamente in un caso di ricorso all’estero alla fecondazione eterologa ed alla maternità surrogata. Nel primo caso, il Tribunale rimettente contestava la legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9, l. n. 40/2004, poiché non consentirebbero al nato da pma eterologa praticata da una coppia dello stesso sesso l’attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale prestante il proprio consenso a tale pratica, ove non si possa accedere all’adozione in casi particolari in ragione del mancato assenso del genitore biologico. Su tre opinioni presentate, la Corte ne dichiara ammissibili due, riconducibili al “Centro Studi Rosario Livatino” e all’Avvocatura per i diritti LGBTI, (più comunemente nota come “Rete

⁴²⁰ Così, L. VIOLINI, *Accesso alla Corte costituzionale: quale ruolo per gli enti di terzo settore*, in *Vita*, 5 febbraio 2020.

⁴²¹ Così, L. VIOLINI, *Accesso alla Corte costituzionale: quale ruolo per gli enti di terzo settore*, cit.

⁴²² Sulle predette sentenze, la dottrina è fiorente. Tra i commenti congiunti, si veda A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*, in *Consulta Online*, 11 marzo 2021;

G. CHIAPPETTA, *Le sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l’applicabilità dell’art. 279 c.c.*, in *Giustizia Insieme*, 06 Luglio 2021; G. D’AMICO, *La Corte e il “non detto”. Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 e n. 33 del 2021*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4, 2021, p. 930 ss.; I. RIVERA, *Le ragioni del pluralismo e della complessità. La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Osservatorio AIC*, n. 4, 2021, p. 336 ss.; G. PAPA, *PMA di tipo eterologo e maternità surrogata (ad una prima lettura di Corte cost. sentt. 32 e 33 del 2021)*, in *Diritti fondamentali*, n. 1, 2024.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Lenford”), entrambe non accolte: la prima opinione insiste nel dichiarare manifestamente infondate le questioni sollevate, dal momento che il loro accoglimento “introdurrebbe una genitorialità omosessuale fondata su uno status filiationis pieno anche nei confronti del genitore non biologico, che priverebbe il minore di ogni diritto verso il genitore biologico di sesso diverso dall’altro, rispetto al quale la filiazione resterebbe sempre accertabile, eludendosi, inoltre, la necessità dell’assenso del genitore biologico esercente la responsabilità”; la seconda, invece, preme sulla ricerca di “una soluzione in linea con la giurisprudenza di Corti costituzionali straniere, [...] al fine di offrire adeguata tutela al nato, reputando applicabile l’art. 8 della legge n. 40 del 2004, o accogliendo la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Padova”. Sebbene si rilevi una propensione della Consulta a dialogare con tali soggetti⁴²³, preme riconoscere di avere preso visione soltanto di quest’ultima opinione; l’altra, infatti, non è stata resa accessibile. A ciò si deve aggiungere la necessità di interrogarsi sul fatto se sia utile che l’*amicus curiae* si concentri su una questione prettamente giuridica, come l’applicabilità di una norma alla fattispecie e l’incompletezza delle *opinion*, data l’assenza di informazioni aggiuntive di tipo statistico, sociologico o tecnico-scientifico, fortemente apprezzate nel contesto convenzionale⁴²⁴. Nella vicenda decisa con sentenza n. 33/2021, il giudice *a quo* dubitava della legittimità costituzionale del diritto vivente, risultante dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193/2019 che esclude il riconoscimento dell’efficacia nell’ordinamento interno del provvedimento giurisdizionale straniero tramite il quale sia stato dichiarato un rapporto di filiazione tra minore nato da maternità surrogata all’estero e il genitore intenzionale, in virtù del contrasto con il divieto di surrogazione di maternità, qualificabile dalle S.U. come principio di ordine pubblico. Sulla scia del precedente sono ammesse tutte le opinioni avanzate, con un’unica eccezione. L’“Associazione nazionale famiglie adottive e affidatarie” (ANFAA) auspica il rigetto delle questioni sollevate alla luce dell’assimilazione della maternità surrogata al traffico di minori. Nell’ottica di tale Associazione, l’adozione realizza il diritto del minore ad avere una famiglia, nell’ambito di un procedimento di previa rigida verifica dell’idoneità dei genitori affidatari e adottivi, profili che nell’ipotesi di *surrogacy* sarebbero sovvertiti a vantaggio di un “inaccettabile e presunto diritto al figlio”. Al contrario, la citata “Rete Lenford” auspica l’accoglimento delle questioni, facendo leva

⁴²³ C. MALINVERNO, *Quali prospettive per terzi, amici curiae ed esperti a più di un anno dalla riforma delle norme integrative? Spunti a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 141.

⁴²⁴ C. MASCIOTTA, *Il ruolo dell’amicus curiae nelle decisioni nn. 32 e 33/2021*, in Rivista de “Il Gruppo di Pisa”, n. 3, 2021, p. 182.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

su talune considerazioni già adottate dal giudice rimettente, come la distinzione proposta tra il divieto di surrogazione di maternità e la tutela del nato a seguito di tale pratica, l'importanza del riconoscimento di una responsabilità genitoriale e dell'identità personale del minore. Essa, altresì, sottolinea come i minori sarebbero gli unici soggetti a subire le ingenti conseguenze della condotta assunta da altri. Rispetto alla sentenza n. 32, la Consulta dimostra di avere piena cognizione del materiale informativo presentato dagli *amicus curiae*, ove ribadisce che la pratica offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane e là dove ammonisce sul rischio di strumentalizzare il minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica⁴²⁵. Anche in tale frangente, pesa l'assenza nelle *opinion* di elementi statistici, sociologici o tecnico-scientifici innovativi. Dalle sentenze esaminate affiora che il ruolo e l'intervento degli *amici curiae* non si risolve in un contributo valutato dai giudici per la risoluzione della *quaestio*, come avviene invece in altri casi ove non solo vengono riportati ampi stralci delle opinioni ma anche (e soprattutto) note di apprezzamento verso le stesse (sent. nn. 3/2021 63/2022)⁴²⁶. Chi scrive sostiene invece che lo strumento debba essere maggiormente apprezzato proprio al cospetto dei temi considerati dalla collettività "più sensibili". Tra essi rientra quello del suicidio assistito oggetto della recente sentenza n. 135/2024⁴²⁷. Nel caso di specie, la Consulta si è pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale, sollevate dal GIP presso il Tribunale di Firenze, in relazione agli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., nonché all'art. 117 Cost., avuto riguardo agli artt. 8 e 14 CEDU, dell'art. 580 c.p., così come modificato dalla sentenza n. 242/2019, nella parte in cui condiziona la non punibilità di colui che agevola l'altrui suicidio alla circostanza che l'aiuto sia dato a un soggetto mantenuto "in vita da trattamenti di sostegno vitale". Alla Corte giungono numerose opinioni scritte di *amici curiae*, tutte ammesse (con un'unica eccezione, poiché pervenuta oltre il termine prescritto dall'art. 6, co. 1, N.I.) con decreto del Presidente del 10 maggio 2024: talune a sostegno delle questioni di legittimità costituzionali prospettate, altre che invece invitano la Corte a dichiarare inammissibili o non fondate tali questioni.

Rispetto alle sentenze del 2021, il giudice costituzionale sembra ben accogliere le *opinion* contrarie all'accoglimento delle questioni proposte, come ricavabile dalla

⁴²⁵ C. MASCIOTTA, *Il ruolo dell'amicus curiae nelle decisioni nn. 32 e 33/2021*, cit., pp. 183-184.

⁴²⁶ L. PEDULLÀ, "Amicus curiae" ed "esperti" nella prassi del processo costituzionale: luci ed ombre, in *Federalismi*, n. 2, 2023, pp. 151-152.

⁴²⁷ Corte cost., 18 luglio 2024, n. 135. Sulla recente sentenza, si veda A. RUGGERI, *La Consulta equilibrata sul filo del fine-vita (a prima lettura di Corte cost. n. 135 del 2024)*, in *Consulta Online*, II, 2024, p. 931 ss.; P. Veronesi, *A primissima lettura: se cambia, come cambia e se può ulteriormente cambiare il "fine vita" in Italia dopo la sentenza n. 135 del 2024*, in *BioLaw Journal*, n. 3, 2024.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

stessa sentenza. Innanzitutto, si esclude che il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale vada ad innescare irragionevoli disparità di trattamento tra i pazienti. Per quanto concerne l'autodeterminazione terapeutica, la Consulta ribadisce che *“ogni paziente ha un diritto costituzionale di rifiutare qualsiasi trattamento medico non imposto per legge, anche se necessario per la sopravvivenza”*. Essa pone in luce altresì che *“ogni vita è portatrice di una inalienabile dignità, indipendentemente dalle condizioni in cui si svolge”*. Sul punto,

“la nozione “soggettiva” di dignità evocata dall’ordinanza di rimessione e connessa alla concezione che il paziente ha della propria persona finisce poi per coincidere con quella di autodeterminazione”. Infine, il Giudice delle Leggi nega la violazione del diritto alla vita privata riconosciuto dall’art. 8 CEDU, rifacendosi al caso *Karsai vs Ungheria*⁴²⁸ del 13 giugno 2024. La sentenza n. 135/2024 conferma non solo il fatto che le opinioni degli *amici curiae* assurgono ad elementi vitali dei giudizi – escludendo così che essi possano qualificarsi formalmente parti ed intervenienti nel processo – ma anche che la loro utilità tende a crescere *“quanto più articolate sono le linee di frattura offerte dalla complessità sociale”*⁴²⁹.

Passando alla novità di cui all’art. 17 N.I., la Corte costituzionale non sembra aver ancora maturato una piena consapevolezza in ordine all’opportunità di considerare il contributo fattuale concesso da esperti di chiara fama; ciò trova avvallo nell’omesso consolidarsi di una prassi giurisprudenziale, che dunque non consente allo studioso del diritto di ricavare indicazioni più limpide sulla configurazione del nuovo istituto. Nel quadro della sentenza n. 164/2020⁴³⁰, sulla legittimità costituzionale delle c.d. POER (Posizioni organizzative di elevata responsabilità) all’interno delle Agenzie fiscali, la Consulta ha ritenuto necessario – per la prima volta – convocare due esperti allo scopo di *“acquisire ulteriori e specifiche informazioni in relazione alle esigenze*

⁴²⁸ Nella sentenza *Karsai vs Ungheria* del 13 giugno 2024, la Corte EDU ha escluso che l’incriminazione dell’assistenza al suicidio violi il diritto alla vita privata di una persona affetta da una patologia degenerativa del sistema nervoso in stato avanzato, riconoscendo un ampio margine di apprezzamento a ciascuno Stato nel bilanciamento tra tale diritto e la tutela della vita umana.

⁴²⁹ P. RIDOLA, *“La Corte si apre alla società civile”*, cit., p. 9.

⁴³⁰ Corte cost., 24 luglio 2020, n. 184. Per una lettura esaustiva della sentenza, si veda F. Costantino, *Pubblico concorso, flessibilità organizzativa e accesso alla dirigenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 2020, p. 1846 ss.; G. TROPEA, *La Consulta salva “il Re Pallido” nell’annosa vicenda delle cd. Poer (posizioni organizzative a elevata responsabilità) presso l’Agenzia delle Entrate*, in *Rivista AIC*, n. 6, 2020; S. DE GOTZEN, *Accesso alla dirigenza e a posizioni organizzative: il perimetro del requisito del pubblico concorso*, in *Osservatorio AIC*, n. 6, 2020; G.P. DOLSO, *La Corte costituzionale tra “posizioni organizzative di elevata specializzazione” e dirigenza pubblica: la ‘prima volta’ degli “esperti di chiara fama” in una decisione che non convince*, in *Ambientediritto*, n. 4, 2020; G.P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 21 marzo 2021.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

*organizzative delle Agenzie fiscali, alle mansioni assegnate al personale e alle modalità di selezione dello stesso*⁴³¹. La predetta pronuncia conferma le perplessità sollevate dalla dottrina al momento della codificazione del nuovo istituto. A parte la mancata conformazione dei quesiti rivolti agli esperti a rigorosi criteri di delimitazione dell'oggetto⁴³², il primo punto critico è dato dalla scelta di non pubblicare l'ordinanza istruttoria di convocazione, pur essendo stata resa pubblica all'esterno con un comunicato stampa. Si tratta di un'inedita formula⁴³³, in contraddizione con la *ratio* della modifica del 2020, la quale suggerisce di rendere più agevole e trasparente la conoscenza del contenuto e delle motivazioni dell'ordinanza con cui la Corte decide di ascoltare taluni esperti, visto che l'audizione stessa avviene nella riservatezza della camera di consiglio⁴³⁴.

Nella medesima ordinanza di convocazione, poi, manca ogni riferimento circa le modalità di individuazione degli esperti, limitandosi la Consulta a fornire i soli nominativi. In tale senso, essa avrebbe dovuto quantomeno riportare minimi elementi in grado di fornire una giustificazione della scelta compiuta⁴³⁵. A ciò deve aggiungersi che nella decisione finale successiva all'audizione nulla traspare circa il contenuto della stessa, di cui si rileva una traccia nella cornice della motivazione, ove si fa riferimento alla spinosa evoluzione della disciplina di riorganizzazione delle Agenzie fiscali "improntata a criteri di snellimento e agilità operativa, ritenuta più consona alla naturale dinamicità dei rapporti economici nazionali e internazionali [...] e più idonea al raggiungimento di obiettivi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa di questo settore"⁴³⁶. In ultima analisi, si ritiene che la Corte avrebbe dovuto cogliere

⁴³¹ Come si legge nel comunicato stampa diffuso dalla Corte costituzionale il 28 febbraio 2020 ("*Agenzie fiscali: la Consulta convoca due esperti sulle POER e restituisce gli atti al giudice sulle POT*"), visionabile sul sito web della stessa.

⁴³² Come ben osservato da G.P. DOLSO, *La Corte costituzionale tra "posizioni organizzative di elevata specializzazione" e dirigenza pubblica: la 'prima volta' degli "esperti di chiara fama" in una decisione che non convince*, cit., p. 13, "a fonte di quesiti che dovrebbero auspicabilmente risultare circoscritti nel loro oggetto, nel caso in esame l'individuazione dei temi di prova non è parsa sufficientemente dettagliata e rispondente a un rigido nesso di strumentalità rispetto alla decisione da assumere".

⁴³³ Così, G.P. DOLSO, *La Corte costituzionale tra "posizioni organizzative di elevata specializzazione" e dirigenza pubblica: la 'prima volta' degli "esperti di chiara fama" in una decisione che non convince*, cit., p. 14.

⁴³⁴ L. MADAU, *Il moto circolare tra norme integrative e precedenti della Corte costituzionale in materia processuale: il caso della riforma delle norme integrative di cui alla delibera dell'8 gennaio 2020 alla prova dell'applicazione pratica*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2023, p. 185.

⁴³⁵ È quanto prospettato anche da G.P. DOLSO, *La Corte costituzionale tra "posizioni organizzative di elevata specializzazione" e dirigenza pubblica: la 'prima volta' degli "esperti di chiara fama" in una decisione che non convince*, cit., p. 15.

⁴³⁶ "In questo senso, come più volte sottolineato dagli esperti nella camera di consiglio del 27 maggio 2020, si sono espresse anche l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) nel report "*Tax Administration 2013: Comparative Information on OECD and Other Advanced and*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

l'occasione per definire i rapporti tra tale strumento e l'istruttoria tradizionale. Essa, invece, ricorre all'audizione di esperti senza fornire una giustificazione, una scelta avente significative ricadute in termini di diversità di garanzie previste per le parti costituite⁴³⁷. La necessità di definire tale rapporto trova riscontro nella sentenza n. 220/2021⁴³⁸, in tema di trasferimenti statali in favore dei Comuni, ove la Corte dispone l'audizione senza avvalersi del peculiare potere attribuitole dall'art. 17 N.I., bensì sfruttando i suoi più generali poteri istruttori di cui all'art. 14 N.I., ai sensi del quale "la Corte dispone con ordinanza i mezzi di prova che ritenga opportuni e stabilisce i termini e i modi da osservarsi per la loro assunzione". Sebbene nei vari passaggi argomentativi della sentenza affiori maggiore attenzione alle dichiarazioni degli esperti, il caso in esame dimostra come la Corte costituzionale goda, anche in ordine all'istituto dell'audizione di soggetti qualificati, di un'ampia elasticità e discrezionalità nella scelta dei provvedimenti istruttori – e delle relative modalità procedurali – con cui disporre e acquisire l'audizione, a seconda di quanto reputato più conforme alle esigenze processuali concrete⁴³⁹.

Quanto appena illustrato rende evidente il tentativo di "aprire" il processo costituzionale al contributo esterno, ma sempre entro i ristretti limiti di una sua ferma razionalizzazione e strutturazione⁴⁴⁰, visto l'uso accorto degli strumenti sopracitati. La recente riforma – nel fare abbondante ricorso a nozioni e concetti generici e indeterminati, lasciando notevoli problemi aperti, se non vere e proprie lacune – dimostra di voler continuare a seguire la filosofia "minimalista" che contraddistingue l'utilizzo dei poteri di autonormazione della Corte costituzionale, lasciando impregiudicati i suoi ampi margini di manovra⁴⁴¹. E ciò specialmente dinanzi a settori dell'ordinamento "difficili", con i quali questa si confronta in maniera assidua, finendo però per trascurare che all'interno dei predetti settori corrono significative differenze

Emerging Economies", e il Fondo monetario internazionale (FMI) nello studio "Fiscal Affairs Department, Revenue Administration: Autonomy in Tax Administration and the Revenue Authority Model, Technical Notes and Manuals, 2010" (Corte cost., sent. n. 164/2020, punto 7 Cons. in diritto).

⁴³⁷ Invero, mentre gli esperti vengono sentiti in camera di consiglio alla quale possono sì partecipare le parti costituite, ma con l'esclusiva facoltà, rimessa all'autorizzazione presidenziale, di rivolgere domande a tali soggetti, con riferimento all'istruttoria tradizionale le parti sono rese edotte della istruttoria disposta e alle stesse è comunicato il deposito degli atti conseguenti l'istruttoria, i quali vengono depositati in cancelleria al fine di consentire alle parti di prenderne visione.

⁴³⁸ Corte cost., 26 novembre 2021, n. 220.

⁴³⁹ L. MADAU, *Il moto circolare tra norme integrative e precedenti della Corte costituzionale in materia processuale: il caso della riforma delle norme integrative di cui alla delibera dell'8 gennaio 2020 alla prova dell'applicazione pratica*, cit., p. 187.

⁴⁴⁰ M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2020, p. 136.

⁴⁴¹ L. MADAU, *Il moto circolare tra norme integrative e precedenti della Corte costituzionale in materia processuale: il caso della riforma delle norme integrative di cui alla delibera dell'8 gennaio 2020 alla prova dell'applicazione pratica*, cit., p. 188.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

richiedenti l'apporto di particolari figure⁴⁴². È vero che la Consulta ha svolto un importante ruolo di supplenza rispetto alla perdurante inerzia del legislatore nella tutela dei diritti fondamentali; tuttavia, è anche vero che la valutazione di questioni complesse – come quelle tecnico-scientifiche – richiede non solo la comparazione con le realtà straniere, ma ancor di più “la necessità di un rapido aggiornamento degli strumenti processuali a disposizione (...) volti a far luce su questioni che sono il più delle volte tecnicamente molto complesse e che presuppongono, per la loro piena comprensione, di essere maneggiate non solo con il bagaglio delle nozioni giuridiche, ma necessariamente con cognizioni acquisite da altre scienze”⁴⁴³. Nel dichiarato intento di aprirsi alla società civile, si ripresentano spinose problematiche, apparentemente superate: tra esse, spicca il pericolo di una soggettivizzazione delle decisioni, con rigonfiamento della discrezionalità dei giudici, e soprattutto del suo Presidente. Senza trascurare come la dichiarata apertura alla società civile possa mettere a repentaglio la legittimazione della Corte e portare altresì ad una potenziale politicizzazione della medesima. La prima sembra smentita dalla prassi, data la pressoché totale ammissione da parte della Corte delle opinioni degli amici curiae, laddove siano stati osservati i requisiti prescritti, avendo quest'ultima sempre provveduto (negli esigui casi verificatisi) a subordinare la propria decisione di esclusione a requisiti oggettivi e motivati⁴⁴⁴. Facendo leva sulle sentenze nn. 32 e 33/2021⁴⁴⁵, si evince il mancato

il rischio di una “cattura” della Corte costituzionale, pericoloso per la sua legittimazione: pur prendendo atto che spesso le opinioni ammesse introducono contenuti ideologici, non strettamente giuridici, la Consulta ha dimostrato una cospicua abilità nel separare i profili, riconoscendo ad esempio il pericolo di sfruttamento della donna nella maternità surrogata, ma non accogliendo l'equiparazione della pratica al traffico di minori. Nella sentenza n. 33/2021, quest'ultima ha palesato altresì un'ampia autonomia decisionale, slegandosi dal rischio di un coinvolgimento nel campo politico: la Corte, infatti, non si è soffermata sul profilo della discriminazione dei figli per l'orientamento sessuale dei genitori, facendo luce invece sulla necessità di bilanciare gli interessi del minore con lo scopo di ostacolare la maternità surrogata e conseguentemente ritenendo non illegittima la

⁴⁴² E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e “questioni tecniche”: i poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., p. 14.

⁴⁴³ Così, A. IANNUZZI, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”: materie con rilevanza tecnico-scientifica*, in *BioLaw Journal*, n. 3, 2019, p. 144.

⁴⁴⁴ L. PEDULLÀ, *“Amicus curiae” ed “esperti” nella prassi del pro- cesso costituzionale: luci ed ombre*, cit., p. 155.

⁴⁴⁵ C. MASCIOTTA, *Il ruolo dell'amicus curiae nelle decisioni nn. 32 e 33/2021*, cit., p. 185.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

soluzione della non trascrivibilità dell'atto straniero. Al contempo, la soluzione suggerita dalla medesima è diversa da quella tracciata dall'Associazione: una tutela dovrà essere assicurata tramite un procedimento di adozione concreto e tempestivo che riconosca pienamente il legame tra adottante e adottato. In linea di principio, la capacità di mitigare tali pericoli dipenderà dalle cautele predisposte nella prassi applicativa e dall'uso che la Corte farà degli istituti esaminati. Occorre chiedersi quale tipo di *amicus curiae* quest'ultima vuole privilegiare e quale ruolo essa intende conferire all'esperto ove decida di procedere alla sua audizione. In presenza di questioni di sostanziale delicatezza e sensibilità pubblica, vi è sempre il serio rischio di innescare polemiche che potrebbero travolgere "il prestigio della Corte anche nel rapporto con gli organi di indirizzo politico"⁴⁴⁶.

6. Conclusioni

Sin dalle prime battute, si è accentuata la scarsa propensione di dottrina e giurisprudenza – sino ai tempi più recenti – nell'individuare adeguati rimedi in merito alla questione del ristretto utilizzo dei poteri istruttori da parte della Corte costituzionale, nonché della sua sottovalutazione⁴⁴⁷. Quello esaminato è un angolo peculiare della giustizia costituzionale, spesso male interpretato: il problema non risiede tanto nell'osservare che la Corte rinunci ad esperire i suoi poteri, quanto invece nel trascurare che la stessa preferisca agire in altro modo⁴⁴⁸. Indipendentemente dai numerosi ed eterogenei giudizi espressi, vi è una certezza: è meglio sapere che non sapere. In taluni frangenti aventi ad oggetto questioni scientifiche od etiche piuttosto controverse, ovvero con potenziale e determinante impatto finanziario, la Corte si è trovata a decidere in maniera autonoma senza poter-voler avvalersi di apporti conoscitivi "neutri", finendo quindi per accontentarsi di una sorta di "scienza privata" del collegio o del solo relatore⁴⁴⁹. Oltre allo scenario comparato, il processo dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo offre spunti sostanziali di confronto con il modello italiano; in realtà,

⁴⁴⁶ Così, C. PINELLI, *Interventi*, in AA.VV., *Interventi di terzi e "amici curiae" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre corti nazionali e sovranazionali. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 18 dicembre 2018*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 139.

⁴⁴⁷ Come asserito da M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., p. 554 quella che si apre è "certo una piccola finestra. Ma immenso è il panorama che si stende al di sotto".

⁴⁴⁸ E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., p. 3.

⁴⁴⁹ N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., p. 16.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

è proprio la Convenzione europea dei diritti dell'uomo a salutare con particolare favore gli interventi dispiegati dai terzi e dagli *amici curiae*⁴⁵⁰.

Quanto sin qui esposto induce a richiedere alla Corte costituzionale non tanto un'apertura alla scienza, quanto una sorta di "contaminazione" con quest'ultima, tenendo conto non soltanto del ruolo assunto dalla stessa per la comprensione delle diverse sfere del diritto, ma anche prendendo atto che il suo sviluppo sta generando una forma di ibridazione delle conoscenze producendo nuovi linguaggi e molteplicità dei saperi⁴⁵¹. In concreto, al giudice costituzionale è affidato il compito non esclusivamente di acquisire le prove scientifiche, ma di tenere conto che le valutazioni tecnico-scientifiche sono interiorizzate nei costrutti normativi originari e che non è ragionevole separarli nelle considerazioni processuali⁴⁵².

A prescindere da ciò, permane sempre il rischio che il peso spropositato delle valutazioni tecnico-scientifiche nel processo costituzionale possa contribuire a squilibrare il rapporto fra diritto e scienza, ad esclusivo beneficio della seconda. Per quanto concerne l'ingresso degli *amici curiae* nel giudizio di costituzionalità, è indiscutibile che dietro associazioni e gruppi di interesse si celino *lobbies* con specifici obiettivi politici, sorpassanti i confini nazionali⁴⁵³. Tale pericolo, constatato soprattutto nel contesto statunitense, potrebbe essere attenuato tramite l'ampia discrezionalità lasciata ai giudici su tutti gli aspetti concernenti la partecipazione dei soggetti esterni. Sulla scia dell'esperienza statunitense, il loro ruolo

potrebbe concretizzarsi nel presentare alla Corte determinati elementi che, solo una volta ritenuti incisivi, potranno essere oggetto di successiva indagine conoscitiva⁴⁵⁴. Parimenti, l'"irruzione" della figura dell'esperto sulla scena del giudizio di costituzionalità apre allo scenario di una delega alla scienza della responsabilità della decisione. In via preventiva,

il Giudice costituzionale dovrebbe mettere a punto dei propri criteri di validazione delle opinioni scientifiche poste alla sua attenzione, in modo tale da consentirle di decidere fino a che punto attribuire rilievo alle tesi e alle interpretazioni concesse dagli esperti. È altresì indispensabile che la Corte resista alla forte tentazione di dare

⁴⁵⁰ Per un approfondimento sul tema, si veda N. BÜRLI, *Third-party interventions before the European Court of Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2017.

⁴⁵¹ A. IANNUZZI, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni "tecniche": materie con rilevanza tecnico-scientifica*, cit., p. 158.

⁴⁵² A. IANNUZZI, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni "tecniche": materie con rilevanza tecnico-scientifica*, cit., p. 158.

⁴⁵³ R. BIZZARI, *Amicus curiae, società civile e comunicazione: brevi osservazioni a partire dall'esperienza statunitense*, cit., p. 103.

⁴⁵⁴ G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 216.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

precedenza alle valutazioni scientifiche nel sindacato sulle leggi, sottraendo margine a valutazioni etico-politiche di competenza del legislatore, le quali possono incentrarsi tanto su argomentazioni razionali e utilitaristiche quanto su principi e valori⁴⁵⁵.

In conclusione, pur apprezzando la volontà della Corte di instaurare un maggiore dialogo diretto con la società⁴⁵⁶, si ritiene che il "salto di qualità" non debba essere letto come "un cedere alla tentazione del consenso popolare, quanto piuttosto, un esercizio – attraverso nuove modalità di dialogo e interazione con la società civile – di quella funzione di integrazione nei valori costituzionali che la Corte ha sempre svolto, sin dai primi anni della sua attività"⁴⁵⁷. Oggi, il Giudice costituzionale è chiamato ad assolvere un compito non semplice, quello di individuare un punto di equilibrio, evitando sia aperture eccessive sia dinieghi ingiustificati⁴⁵⁸. Pertanto, le novità analizzate possono costituire un punto di forza per la giustizia costituzionale italiana, a condizione che la Corte si vesta di saggezza nell'impiegare tali strumenti processuali.

⁴⁵⁵ G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., p. 218.

⁴⁵⁶ Richiamando P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, pp. 70-71, un dialogo diretto con la società impegna ancor di più la Corte "nella sua costante attenzione verso il continente parzialmente sommerso dei valori, un "ordine ordinante" percorso da una perenne dinamica e munito di una forte carica incisiva". Contrariamente, per M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, cit., p. 42, "è legittimo chiedersi se le istituzioni abbiano davvero interesse ad assecondare il bradisismo che da anni le ha spinte a calarsi al livello della società civile oppure se non abbiamo maggiore convenienza a mantenere un minimo di distanza, che suggerisca ai cittadini il rispetto che loro è dovuto".

⁴⁵⁷ Così, A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle Norme integrative*, in *Consulta Online*, 23 marzo 2020, p. 10.

⁴⁵⁸ È anche la raccomandazione di L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *Federalismi*, n. 12, 2021, p. 229.



Danno da provvedimento favorevole poi annullato: profili pratici e sistematici

di Dino Tarquini*

21 Dicembre 2024

Abstract: Il contributo esamina la fattispecie della responsabilità civile della pubblica amministrazione in caso di danno da provvedimento favorevole poi annullato, al fine di evidenziare come la vicenda presenti una problematicità, sia pratica che sistematica. Tratteggiato il fenomeno, si analizzano i profili di maggior interesse. In primo luogo, si affronta il nodo del carattere incolpevole dell'affidamento, tenendo conto degli arresti pretori sul punto ed effettuando un raffronto fra gli assunti del diritto privato e la specialità del diritto amministrativo. Successivamente, si ricostruisce in sintesi il dibattito sul riparto di giurisdizione, che ha visto contrapporsi le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, mettendo l'accento sullo spessore sistematico celato dietro la questione applicativa. In particolare, emerge la possibilità di delineare il concetto connotativo di comportamento amministrativo, quale sintagma idoneo a compendiare l'essenza monolitica della fattispecie a formazione progressiva del procedimento/provvedimento, retta anche e soprattutto dalla clausola generale di buona fede, come declinazione del principio di solidarietà. Ne deriva la possibile configurazione dell'interesse legittimo in senso olistico e dinamico-relazionale, nel quadro del dialogo con la speculare situazione giuridica soggettiva, ugualmente composita ed unitaria, del potere amministrativo.

The paper examines the case of civil liability of the public administration in the case of damage from a favorable measure later annulled, in order to highlight how the matter presents a problematic nature, both practical and systematic. Having dealt with the phenomenon, the most interesting profiles are analyzed. First, the issue of the blamelessness of reliance is addressed, taking into account the case law on the point and making a comparison between the assumptions of private law and the specialty of administrative law. Next, the debate on the allocation of jurisdiction, which has been opposed by the United Sections of the Court of Cassation and the Plenary Adunance of the Council of State, is reconstructed in brief, with emphasis on the systematic depth concealed behind the application issue. In particular, there emerges the possibility of delineating the connotative concept of administrative behavior, as a syntagma suitable for summarizing the monolithic essence of the progressive formation case of the measure, governed also and above all by the general clause of good faith, as a declination of

*Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi dell'Aquila. Contributo sottoposto a *double blind peer review*.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

the principle of solidarity. Hence the possible configuration of legitimate interest in a holistic and dynamic-relational sense, within the framework of dialogue with the specular subjective legal situation, equally composite and unitary, of administrative power.

Sommario: 1. Premessa: la gravidanza del danno da provvedimento favorevole poi annullato 2. Aspetti problematici: la colpevolezza dell'affidamento 3. Il dibattito sulla giurisdizione 4. Profili sistematici: il comportamento amministrativo e l'interesse legittimo olistico dinamico-relazionale

1. Premessa: la gravidanza del danno da provvedimento favorevole poi annullato

Nel plurale scenario della responsabilità civile della pubblica amministrazione, dottrina e giurisprudenza hanno ammesso la configurabilità di una tutela risarcitoria in caso di adozione da parte dell'ente pubblico di un provvedimento favorevole invalido, fonte di legittimo affidamento per il consociato⁴⁵⁹, in seguito annullato, o in autotutela o in via giurisdizionale. In questa evenienza, il privato non si lamenta dell'illegittimità dell'atto, atteso che esso è ampliativo della sua sfera giuridica, ma si duole di aver confidato senza sua colpa nella stabilità del beneficio.

Pertanto, si nota come la fattispecie si collochi nell'alveo della responsabilità da comportamento scorretto, secondo taluni connesso, almeno in via indiretta o mediata, con la potestà amministrativa. Si tratta, invero, di una condotta nella sua complessità contrastante con il canone della buona fede, ove il provvedimento si atteggia a mero elemento di fatto, incidente sulla libertà di autodeterminazione negoziale del consociato. La quantificazione dell'obbligazione compensativa è dunque pari all'interesse negativo, ovvero alle perdite subite, quale danno emergente, ed ai mancati

⁴⁵⁹ La responsabilità da provvedimento amministrativo favorevole successivamente annullato può esistere in varie materie. In particolare, si ricorda come essa si presenti, nella prassi, tra l'altro, nell'ambito della contrattualistica pubblica. Difatti, il legislatore è intervenuto, per mezzo del nuovo codice di cui al d.lgs. n. 36/2023, positivizzando le acquisizioni giurisprudenziali formatesi anche sul punto in disamina. L'art. 5 fissa così i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, disponendo che <<1. Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. 2. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede. 3. In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico. 4. Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito>>.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

guadagni, come lucro cessante, che sono conseguenza dell'interferenza illecita dell'autorità⁴⁶⁰.

Ebbene, in materia di danno da provvedimento favorevole poi annullato sono sorti molteplici problemi, sia di natura pratico-applicativa che di spessore teorico-sistemico, che sottolineano la pregnanza della vicenda. Meritano di essere riportati alla mente, fra essi, la questione del carattere incolpevole o meno dell'affidamento nell'ambito del diritto pubblico, nonché il tema aspramente dibattuto del riparto di giurisdizione, che rappresenta, peraltro, terreno fertile per cogliere la struttura giuridica della fattispecie, anche circa l'essenza e la latitudine dell'interesse legittimo.

2. Aspetti problematici: la colpevolezza dell'affidamento

Considerato che si è soliti ritenere che l'affidamento del privato, affinché possa essere giuridicamente rilevante, deve essere non colpevole, risulta opportuno esaminare taluni profili controversi afferenti a siffatta qualificazione della posizione del privato. In particolare, si è sollevata una obiezione circa la configurabilità del rimedio, facendo leva sulla asserita origine privatistica della fattispecie posta sotto la lente. Si suole sostenere infatti che la disposizione del codice civile che si ritiene funga da fondamento a tale forma di tutela, ovvero l'art. 1338 c. c.⁴⁶¹, possa determinare il sorgere di responsabilità precontrattuale solo quando la norma violata dal contratto non abbia natura imperativa⁴⁶². Nell'opposta circostanza, l'imperatività della norma non potrebbe in alcun modo far apparire scusabile la relativa ignoranza, giacché l'interesse generale sotteso alla medesima, giustificazione dell'inderogabilità, comporterebbe un dovere di conoscenza della regola⁴⁶³. Sicché, qualora il negozio sia invalido per violazione di una norma imperativa, il contraente che non ha informato la controparte del vizio inficiante il contratto non è tenuto a rispondere per la sua omissione non conforme ai canoni di solidarietà sociale. L'altro paciscente avrebbe

⁴⁶⁰ Si vedano, tra l'altro, Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594; Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6595; Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6596; Cass., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1162; in dottrina, nell'ottica della ricerca dell'effettività della tutela rimediabile, E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria dell'affidamento nel provvedimento amministrativo favorevole annullato*, in *L'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. L'affermazione del principio e la realtà della tutela*, 31 maggio 2022, Seminario Università degli Studi dell'Aquila, in Giustamm.it, 2022, fasc. 6, pp. 1-17.

⁴⁶¹ La disposizione, rubricata <<conoscenza delle cause d'invalidità>>, recita: <<la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto>>.

⁴⁶² F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 561 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2017, pp. 800 ss.; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 500 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 573 ss.

⁴⁶³ Sull'imperatività delle norme si rinvia a F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 13 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dovuto diligentemente conoscere la cogenza della norma e, dunque, in difetto di tale scienza, dovrebbe predicarsi la colposità dell'affidamento del consociato.

L'impostazione in parola ritiene che questo statuto giuridico trovi il proprio fondamento nell'esigenza di bilanciamento fra gli obblighi solidaristici di salvaguardia degli interessi altrui, che qui si estrinsecano in doveri informativi, ed il principio di autoresponsabilità⁴⁶⁴, nella sua declinazione specifica a fronte di norme chiamate a presidiare interessi metaindividuali.

Dato che tale indirizzo trova riscontro pressoché pacifico in sede civilistica⁴⁶⁵, si pone il quesito se sussista una comunicabilità con il ramo pubblicistico. Nell'ipotesi di una risposta positiva, si dovrebbe inferire che, in presenza di disposizioni da cui trarre norme imperative, l'ignoranza delle medesime da parte del privato che si relaziona con l'amministrazione pubblica importi colposità e, pertanto, diniego del diritto al ristoro. Il punto dolente, tuttavia, è rinvenibile nell'elementare constatazione qualificatoria in virtù della quale le norme che disciplinano l'attività amministrativa sono naturalmente di tipo imperativo⁴⁶⁶. Se ne dovrebbe dedurre che l'affidamento del privato ingenerato dal soggetto pubblico non possa godere del crisma dell'incolpevolezza, vertendosi su un danno correlato a un provvedimento contrario a norme imperative⁴⁶⁷. Il consociato che sia destinatario di un atto ad egli favorevole, orbene, sarebbe onerato, in chiave di autoresponsabilità, di essere a conoscenza dell'eventuale vizio che rende illegittima la decisione amministrativa. Qualora il privato ignori la patologia, potrebbe, di fatto, vedere menomato il proprio affidamento sulla validità dell'atto ampliativo, ma non potrebbe invocare alcuna protezione rimediale per tale conculcazione, stante l'imperatività delle norme violate e, di risulta, la colpevolezza dell'assegnamento sorto⁴⁶⁸.

Il quadro sin ora descritto, alla luce di una semplice trasposizione delle logiche civilistiche nel settore amministrativistico, è andato incontro a critiche ed obiezioni⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ N. RIZZO, *Il problema delle concause dell'evento dannoso nella costruzione del modello civile di causalità giuridica: introduzione ad una teoria*, in *Resp. civ. previd.*, 2022, III, pp. 713 ss.

⁴⁶⁵ C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, 5, cit., pp. 573 ss.

⁴⁶⁶ F. G. COCA, *L'interesse legittimo - Storia e Teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 229 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1996.

⁴⁶⁷ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 49 ss.

⁴⁶⁸ R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno del danno da provvedimento illegittimo*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 262 ss.

⁴⁶⁹ In ordine all'eterna dialettica fra pubblico e privato, per delle coordinate ermeneutiche generali da applicare alle questioni concrete, si rinvia, tra gli altri, a G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè Milano, 2003; M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, in *Scritti giuridici*, vol. V; S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, 1964; A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 4; U. BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit.*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Innanzitutto, si è osservato come vada vagliata l'attitudine delle regole privatistiche inerenti alla colpevolezza dell'*ignorantia legis* ad attagliarsi al menzionato caso. Sorge, infatti, il dubbio in ordine alla ragionevolezza dell'accollare al privato l'onere di scandagliare il rispetto di tutte le norme sul procedimento amministrativo, data l'imperatività delle stesse. Il peso di una tale incombenza potrebbe apparire eccessivo⁴⁷⁰. D'altronde, bisogna tenere in considerazione che le disposizioni normative potrebbero essere soggette a più interpretazioni, e che la decisione fonte di affidamento potrebbe essere frutto dell'esercizio di un potere discrezionale, per sua natura dall'esito non predeterminato, cosicché non si possa richiedere uno standard di diligenza tale da dover riconoscere l'illegittimità.

Per di più, si è rilevato che il soggetto ingenerante l'affidamento nella fattispecie in analisi non potrebbe, secondo la logica privatistica, essere *de plano* esonerato dall'adempiere obblighi solidali di correttezza informativa, non essendo percorribile l'itinerario di un'impropria assimilazione ad un comune soggetto giuridico⁴⁷¹. L'amministrazione pubblica, in virtù della sua situazione soggettiva in relazione alla comunità sociale, quindi del suo *status*, riveste una posizione qualificata, differenziata dalla generalità⁴⁷². L'inferenza consequenziale, dunque, consta del ritenere le decisioni assunte dall'amministratore pubblico assistite da una sorta di presunzione di legittimità⁴⁷³, in considerazione della preposizione istituzionale alla cura in concreto degli interessi pubblici *ex lege* enucleati⁴⁷⁴. In accordo con tale differente ricostruzione, tesa ad attagliare la logica di fondo di cui all'art. 1338 c. c. alle peculiarità del diritto amministrativo, si aprirebbero le porte, al ricorrere di tutti i presupposti, alla responsabilità da provvedimento favorevole annullato, visto il

Dir. Priv., 1989, pp. 199 ss.; G. P. CIRILLO, *Diritto civile pubblico*, Direkta, Roma, 2012, pp. 19 ss. e pp. 997 ss.

⁴⁷⁰ Può essere d'ausilio per una siffatta analisi la strumentazione economica. Si vedano, sul punto, G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 2009, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2020, pp. 379 ss.

⁴⁷¹ F. BENATTI, *La culpa in contrahendo da Rudolf Jhering ai giorni nostri (impressioni e sensazioni)*, in *Banca Bor. Tit. Cred.*, 2021, IV, pp. 493 ss.; F. DEGL'INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto: i rapporti con la p.a. fra prerogative dell'ente e responsabilità da comportamento*, in *Giust. civ.*, 2021, I, pp. 115 ss., la quale evidenzia l'indirizzo secondo cui <<il particolare status dell'ente pubblico renderebbe più gravosa la sua posizione o meglio legittimerebbe più ampi spazi di tutela per i privato>>; per considerazioni che paiono collocarsi sulla medesima lunghezza d'onda, traendone implicazioni sistematiche, V. ANTONELLI, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Cedam, Padova, 2008.

⁴⁷² Cons. St., ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7.

⁴⁷³ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 373 ss.; F. G. COCA et al., *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 313 ss.

⁴⁷⁴ Si veda N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, Passigli Editore, Firenze, 2021.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

maggior spazio di operatività dell'incolpevolezza dell'affidamento⁴⁷⁵, così da irrobustire l'*enforcement* del privato dinanzi ad un'amministrazione scorretta ed incoerente, la quale non potrebbe più celarsi dietro la necessità della *scientia legis* in presenza di norme imperative⁴⁷⁶.

Tuttavia, una limitazione volta a negare la tutela risarcitoria in talune specifiche circostanze è stata operata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴⁷⁷. Segnatamente, secondo tale giurisprudenza, la ragionevolezza del convincimento sulla validità dell'atto è esclusa in due occasioni: in caso di illegittimità evidente e quando il destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione dello stesso provvedimento.

In merito alla prima ipotesi, sembra essere centrale, nel ragionamento pretorio, il concetto giuridico di apparenza, in accordo con la ricostruzione della stessa che la ritiene il frutto della sommatoria di un errore collettivo e di un errore soggettivo.

Invero, l'aspettativa è qualificata come legittima innanzitutto qualora la prospettiva di conseguimento o di conservazione di una utilità sia fondata su dati estrinseci connotati da oggettività. Ne deriva che l'assetto posto in essere dall'amministrazione con il comportamento tenuto deve essere in grado di ingenerare un affidamento nella generalità dei consociati. In altri termini, a fronte del quadro complessivo determinato dal contegno del soggetto pubblico, il cittadino medio, alla stregua del canone dell'*id quod plerumque accidit*, deve cadere in errore.

In secondo luogo, ai fini dell'incolpevolezza dell'affidamento, assume rilievo la falsa rappresentazione della realtà sul piano soggettivo. È pertanto necessario che anche il singolo individuo che si rapporta con l'autorità versi in stato di errore, non potendosi tutelare chi, pur in condizioni di obiettiva incertezza, non faccia assegnamento sulla condotta dell'amministrazione.

Di risulta, nel momento in cui l'errore sia solo soggettivo, e non oggettivo, difettando circostanze obiettive ed univoche tali da ingenerare un affidamento nel consociato mediamente diligente, non si integrerebbe la fattispecie costituiva della responsabilità civile da comportamento scorretto del soggetto pubblico. Questa impostazione si concilierebbe con la regola generale secondo cui la buona fede, qui intesa in chiave

⁴⁷⁵ E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria dell'affidamento nel provvedimento amministrativo favorevole annullato*, cit.

⁴⁷⁶ G. SERRA, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: la storia infinita*, in *Federalismi.it*, 2021, 17 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni fra tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 2011, pp.24 ss.; A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in *Corriere giur.*, 2011, pp. 940 ss.; A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, I, pp. 2398 ss.; M. L. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento*, Giappichelli, Torino, 2022; F. G. COCCA et al., *Diritto amministrativo*, cit., pp. 550 ss.

⁴⁷⁷ Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, Cons. St.; ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

psicologica, ovvero come ignoranza di ledere l'altrui pretesa, non giova se dipendente da colpa grave⁴⁷⁸.

La medesima Adunanza Plenaria, peraltro, precisa, in dialettica con l'ordinanza di rimessione, che non ogni contributo del privato in seno al procedimento per l'adozione dell'atto finale può essere riguardato come concorso nell'emanazione del provvedimento illegittimo, in considerazione della struttura partecipata dell'agire amministrativo, che, pur restando unilaterale ed autoritativo nel suo esito, si presenta sempre più in veste dialogica⁴⁷⁹.

Passando invece all'ulteriore limite contemplato dalla giurisprudenza nomofilattica, si nota l'emersione della specialità del diritto amministrativo. Difatti, anche scendendo al di sotto della colpa grave, configurabile in capo al destinatario di un provvedimento favorevole *ictu oculi* illegittimo, sembra si profili la non meritevolezza dell'assegnamento del privato nell'ipotesi di demolizione giurisdizionale. Il supremo consesso fa riferimento alla possibilità per il cittadino di prevedere la caducazione dell'atto ampliativo in caso di ricorso per l'annullamento dello stesso, attesa la previsione che impone la notifica al beneficiario in qualità di controinteressato. Lo spazio residuo per un affidamento incolpevole, quindi, consisterebbe nel breve periodo che va dalla cognizione del provvedimento favorevole alla conoscenza legale dell'impugnazione del medesimo.

Seguendo tale indirizzo la tutela del privato in caso di annullamento in sede giudiziale verrebbe sensibilmente ristretta. Ci si chiede, allora, se la nozione di colpa impiegata dalla giurisprudenza della Plenaria sia troppo rigorosa, nella sua assolutezza. Non pare che venga effettuata, d'altronde, alcuna puntuale distinzione fra le ipotesi che possono presentarsi, accomunandosi piuttosto tutte le multiformi fattispecie concrete al di sotto di un unitario rigido statuto.

In senso contrario, sembra opportuno e dunque preferibile ragionare in una prospettiva relativa. L'indagine sulla colpevolezza dell'affidamento andrebbe condotta nell'ottica della valorizzazione della variabilità del caso concreto, al fine di comprendere se, in forza della specificità delle circostanze, nonostante il provvedimento favorevole sia

⁴⁷⁸ Si veda il capoverso dell'art. 1147 c. c., e, in particolare, Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, ove si afferma il carattere generale della citata regola, onde escludere la risarcibilità della posizione giuridica soggettiva del privato in caso di evidente illegittimità, e, dunque, gravemente colposa ignoranza della medesima.

⁴⁷⁹ Sempre Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19 puntualizza che «non ogni apporto del privato all'emanazione dell'atto può infatti condurre a configurare in via di automatismo una colpa in grado di escludere un affidamento tutelabile sulla legittimità del provvedimento. Si giungerebbe altrimenti a negare sempre la tutela risarcitoria, tenuto conto che i provvedimenti amministrativi favorevoli, ampliativi della sfera giuridica del destinatario, sono pressoché sempre emessi ad iniziativa di quest'ultimo».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

impugnato, la fiducia nell'amministrazione sia diligentemente e prudentemente riposta.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui, sebbene l'atto ampliativo appaia robusto, sulla base di un orientamento interpretativo consolidato che propende per la validità dell'attribuzione del beneficio, in modo imprevedibile il giudice amministrativo superi i tetragoni precedenti giurisprudenziali con un *revirement* che porti alla perdita del bene della vita⁴⁸⁰.

Appare condivisibile, invece, la posizione della Adunanza Plenaria sul rilievo del fattore temporale. Si afferma che l'affidamento può nascere sin dalla presentazione dell'istanza ad opera del privato, non essendo possibile individuare a priori un momento discriminante, a partire dal quale l'aspettativa assuma carattere legittimo. Sulla medesima lunghezza d'onda della lettura pretoria in parola si colloca il nuovo codice dei contratti pubblici, che al capoverso dell'art. 5 statuisce espressamente che «nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede».

Tale previsione normativa mira con evidenza a fugare i dubbi previamente sorti in materia di appalti pubblici. Infatti, si registrava una impostazione secondo cui l'affidamento può ritenersi incolpevole solo in seguito all'adozione, da parte dell'amministrazione, del provvedimento di aggiudicazione. Solo in quel momento, si riteneva, l'operatore economico, alla luce del rapporto a due, in seguito all'individualizzazione, potrebbe sbilanciarsi con un'apertura di credito nei confronti dell'autorità.

Questo indirizzo è stato accantonato in via progressiva dalla giurisprudenza, anche prima dell'autorevole avallo dell'Adunanza Plenaria e del recepimento *per tabulas*, proprio in ossequio alla logica del primato del caso concreto. Le vicende che attengono all'assegnamento di un privato, invero, presentano un elevato tasso di varietà, e vanno pertanto apprezzate singolarmente.

La posizione assunta dai formanti del diritto sull'assenza di automatismi in ordine al rilievo del fattore cronologico, orbene, consente di affermare che, nella fattispecie

⁴⁸⁰ Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19 osserva, peraltro, che «non ha invece carattere esimente il fatto che l'amministrazione abbia con perverbia tutelato la posizione del beneficiario dell'atto nei confronti delle iniziative del ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento, come ipotizza l'ordinanza di rimessione. Come infatti esposto in precedenza, ciò che ha rilievo per configurare un affidamento incolpevole sulla legittimità dell'atto favorevole, la cui frustrazione può essere fonte di responsabilità per l'amministrazione nei confronti del destinatario, è la riconoscibilità dell'illegittimità da parte di quest'ultimo. Pertanto, le ulteriori iniziative adottate dall'amministrazione a difesa del proprio provvedimento lungi dall'escludere un affidamento possono semmai rafforzarlo».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

oggetto di studio, ben potrebbe sussistere un affidamento incolpevole. Difatti, se si è affermato che la fiducia può nascere anche a prescindere da una previa manifestazione autoritativa, ad esempio anche solo in forza della presentazione di un'istanza, può agevolmente sostenersi che il confidare sulla stabilità di un provvedimento favorevole sia, almeno in astratto, incolpevole.

Spostando l'attenzione, invece, al diverso caso dell'annullamento d'ufficio dell'atto ampliativo, si apre l'ulteriore questione del mutamento del ruolo dell'affidamento, che da principio incidente sulle regole di responsabilità diviene impattante sulla dimensione della legittimità, nell'ambito del giudizio alla stregua dei parametri di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/1990. Il quesito che si pone in tale eventualità è se la clausola generale di buona fede possa avere due livelli differenti di operatività, cosicché la violazione dell'affidamento che non determina invalidità dell'atto di autotutela possa nondimeno comportare responsabilità civile. In caso contrario, sposando la tesi dell'identità di scrutinio, in sede di legittimità ed a fini risarcitori, si avrebbe un effetto preclusivo, per cui affermare la validità della decisione di secondo grado importerebbe l'impossibilità di predicare una scorrettezza in chiave di tutela compensativa.

Sembra preferibile sposare l'impostazione della diversità e conseguente non sovrapposizione fra le due nozioni di affidamento.

Da un lato, l'affidamento costituisce un elemento all'interno del quadro oggetto di ponderazione discrezionale da parte dell'amministrazione. Pertanto, all'esito del bilanciamento ben è possibile che la fiducia riposta sulla stabilità dell'assetto diviso dal provvedimento favorevole di primo grado sia menomata, stante la prevalenza dell'interesse pubblico.

Dall'altro lato, la lesione dell'affidamento incolpevole rappresenta un comportamento connotato da illiceità che di per sé è sufficiente a determinare responsabilità, senza che si debbano tenere in considerazione ulteriori interessi, non essendovi alcuna comparazione da effettuare.

Ne consegue che in astratto il provvedimento di autotutela potrebbe essere legittimo, sebbene la conculcazione dell'assegnamento del privato integri un illecito fonte di risarcimento dei danni patiti. Tale soluzione si basa sulla differenza fra i giudizi di validità e di responsabilità, legata al differente oggetto di scrutinio. Nondimeno, queste osservazioni non sono risolutive del dibattito sul tradizionale principio di non interferenza fra norme atto e norme comportamento in diritto amministrativo, poiché non escludono la polivalenza della clausola generale di buona fede, sia come regola di



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

responsabilità che come regola di validità, postulando solo una distonia nel vaglio critico⁴⁸¹.

Da ultimo, le acquisizioni del diritto vivente, avallate dalla giurisprudenza nomofilattica richiamata, sono state almeno in parte recepite dal legislatore, sempre in materia di contratti pubblici: l'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 36/2023 ha statuito che «in caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti». Pertanto, nell'ambito di una cruciale disciplina di settore, si è scelto di positivizzare l'approdo pretorio restrittivo.

Tuttavia, la previsione normativa pare essere più favorevole rispetto alla posizione che sembra aver assunto la pronuncia dell'Adunanza Plenaria in precedenza esaminata. Infatti, pare che, in modo condivisibile, non si faccia discendere dalla notifica del ricorso per annullamento nei confronti del beneficiario controinteressato un'automatica colpevolezza dell'affidamento. La colpa assumerebbe rilievo solo in quanto grave, dunque esclusivamente nell'ipotesi di agevole conoscibilità dei vizi dell'atto. Potrebbe accadere, allora, che l'affidamento risulti incolpevole quantunque vi sia una controversia di cui il destinatario del provvedimento favorevole ha fisiologicamente conoscenza, purché l'illegittimità non sia manifesta.

Rientrerebbe in questo caso l'ipotesi sopra paventata, in cui il destinatario del provvedimento favorevole impugnato, controinteressato in sede processuale, non possa ragionevolmente attendersi un esito negativo del giudizio, in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale che deporrebbe in favore del rigetto della domanda di annullamento, e, ciò nonostante, si giunga ad un *overruling* che porti alla

⁴⁸¹ Si veda, per una ricostruzione che ritiene esistente un'interferenza fra norme atto e norme comportamento nel diritto amministrativo, proprio alla luce della specialità di quest'ultimo, cosicché la violazione della buona fede oggettiva possa determinare anche l'invalidità del provvedimento, L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Jovene, Napoli, 2018, pp. 181 ss.; in giurisprudenza, Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, in ordine alla diversità di piano derivante dalla distinzione fra regole di comportamento e regole di validità, osserva che «del pari non può essere seguita l'impostazione dell'ordinanza di rimessione che dal principio di non contraddizione inferisce la conseguenza per cui non vi potrebbe essere un affidamento tutelabile del destinatario dell'atto, nella sua qualità di controinteressato soccombente nel giudizio di annullamento. L'assunto sovrappone i piani, che invece in precedenza si è precisato essere distinti, della legittimità dell'atto e delle regole di validità ad esso relative, da un lato, e dall'altro lato della correttezza e buona fede del comportamento nell'esercizio del potere pubblico, con le connesse responsabilità dell'amministrazione. Per converso, va escluso l'opposto estremismo per cui ogni atto illegittimo e annullato in sede giurisdizionale è per l'amministrazione fonte di responsabilità nei confronti sia del soggetto originariamente beneficiario, sia del ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento, con la conseguenza che l'amministrazione si troverebbe in tal caso sempre e comunque esposta alle azioni di entrambi i soggetti coinvolti nell'esercizio del potere pubblico».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

caducazione del beneficio. Ebbene, in tale eventualità l'affidamento, alla luce del dato normativo, dovrebbe essere considerato incolpevole.

Peraltro, la nuova disposizione individua anche il parametro alla luce del quale svolgere il giudizio sulla colpevolezza dell'assegnamento. Vertendosi sulla materia dei contratti pubblici, si fa riferimento alla diligenza professionale, quale *standard* qualificato richiesto agli operatori economici, secondo lo schema generale di cui al capoverso dell'art. 1176 c. c.⁴⁸²

In definitiva, la novella sembra aver trovato un punto di equilibrio apprezzabile fra i contrapposti interessi in campo, evitando, da una parte, il rischio del dilagare della responsabilità civile dell'amministrazione, pur a fronte di situazioni del privato immeritevoli di protezione al lume del principio di autoresponsabilità, nonché, dall'altra parte, scongiurando l'opposto rischio di negare qualsivoglia tutela al consociato che ha subito danni dipendenti dalla fiducia mal riposta⁴⁸³, sorta a seguito di una articolata condotta del soggetto pubblico.

3. Il dibattito sulla giurisdizione

Quanto alla giurisdizione sul danno da provvedimento favorevole successivamente annullato, si registra un fecondo dibattito, involgente, tra l'altro, i massimi organi giurisdizionali nazionali, che ha dato adito a plurime impostazioni⁴⁸⁴. D'altronde, il dato letterale della disposizione cui occorre far imprescindibile riferimento, ovvero l'art. 7 c. p. a., non pare sufficiente per una soluzione che appiani i contrasti. In particolare, muovendo dallo statuto metodologico delineatosi a seguito dell'enucleazione, ad opera della Consulta⁴⁸⁵, del principio qualitativo dall'art. 103

⁴⁸² La disposizione recita: <<nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata>>.

⁴⁸³ Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, rileva come l'affidamento si sostanzia << nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta; si tratta, in sostanza, di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede>>.

⁴⁸⁴ F. G. COCA et al., *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 71 ss.; M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, I, pp. 46 ss.; G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Giappichelli, Torino, 2013; F. G. COCA, *L'interesse legittimo - Storia e Teoria*, cit.; F. G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 1990; G. SERRA, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: la storia infinita*, cit.; P. CHIRULLI, <<*The anatomy of administrative law*>>: *suggerimenti da una lettura*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, III, pp. 646 ss., che rileva come <<al fine dell'interpretazione della norma sul riparto di giurisdizione, non possa prescindersi dall'identificazione dell'interesse legittimo e dei suoi profili caratteristici>>.

⁴⁸⁵ Disposizione chiaramente ispirata alla giurisprudenza costituzionale, in special modo alle note pronunce Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, e Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, in cui si afferma che



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

della Carta fondamentale⁴⁸⁶, si può giungere ad esiti differenti in merito alla devoluzione delle controversie di cui si parla.

Da una parte, si staglia l'orientamento che afferma la giurisdizione del giudice ordinario. Il presupposto di quest'indirizzo è rappresentato dalla consistenza di diritto soggettivo della posizione giuridica che si tutela. All'uopo, la giurisprudenza della Cassazione⁴⁸⁷, nell'evidenziare che il danno patito dall'attore non deriva dal provvedimento favorevole, né dall'atto di secondo grado che sacrifica l'interesse legittimo giustamente, osserva che la situazione del privato è protetta in modo assoluto ed incondizionato, senza che rivesta alcun ruolo l'interesse pubblico, e si risolve nella pretesa a non subire interferenze indebite nella propria sfera di libertà negoziale. A fronte di tale diritto, la pubblica amministrazione sarebbe titolare di un obbligo di buona fede oggettiva, non esistendo margini potestativi per scalfire l'intangibile diritto alla correttezza del consociato.

Definita la natura della situazione giuridica soggettiva azionata, questa giurisprudenza prosegue nella valutazione della sussistenza del collegamento, pur indiretto, con l'esercizio del potere, per scoprire se, nei casi in cui vi sia giurisdizione esclusiva alla

le <<particolari materie>> di cui parla l'art. 103 Cost. non devono essere intese in senso meramente quantitativo, essendo così sufficiente per il legislatore, ai fini della legittimità costituzionale, enumerare i blocchi di materie da attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, bensì in senso qualitativo. La qualità che deve essere posseduta dalla materia consiste appunto nella connessione, almeno in via diretta o mediata, con l'esercizio del potere. Dunque, la materia in discorso, anche in difetto di giurisdizione esclusiva, dovrebbe essere comunque oggetto di giurisdizione generale di legittimità, in considerazione della presenza nel settore del volto autoritativo dell'amministrazione.

⁴⁸⁶ F. G. COCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pp. 974 ss.; F. G. COCA et al., *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 118 ss.

⁴⁸⁷ Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594; Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6595; Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6596. In particolare, con la prima fra queste tre ordinanze gemelle, le Sezioni Unite hanno rilevato come, nel caso di specie, caratterizzato dalla aggiudicazione di un pubblico appalto ad un operatore economico, il quale domandava ristoro per la conculcazione del proprio affidamento sulla validità del provvedimento favorevole, derivante dalla caducazione di quest'ultimo, stante la sua illegittimità, sussista la giurisdizione ordinaria, essendo immaginabile la giurisdizione amministrativa esclusivamente qualora l'istanza del privato sia volta alla demolizione dell'atto adottato dalla stazione appaltante, e solo in via consequenziale al risarcimento dei danni patiti. Con l'ultima fra le tre ordinanze coeve, i supremi giudici hanno sottolineato come, quantunque si verta su materie in cui si abbia giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 c. p. a., l'elemento discrezionale debba rinvenirsi nel *petitum*, dunque, in ciò che il ricorrente domanda, sicché in presenza di un'adizione delle vie legali tesa al conseguimento autonomo del solo risarcimento dei danni subiti, non venendo in considerazione alcun necessario accertamento in ordine all'esercizio del potere, atteso che tal compito è stato, nelle fattispecie in esame, espletato previamente dal giudice amministrativo pronunciatosi sull'annullamento del provvedimento, non si rinverrebbe il collegamento con l'espressione imperativa, neppure in via indiretta. Più recentemente, si veda anche Cass., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

stregua della norma catalogo del codice di rito, debba affermarsi la giurisdizione del giudice amministrativo.

Sul punto, la soluzione delle Sezioni Unite pare *tranchant*. Si sostiene che a rilevare sia il *thema decidendum*, non già la fattispecie concreta così come si è verificata effettivamente al di fuori del processo, poiché l'annullamento del provvedimento illegittimo fa sì che non vi siano più questioni inerenti alle modalità di esercizio del potere da vagliare giudizialmente. Ne deriverebbe un oggetto del giudizio scevro da profili amministrativistici in senso obiettivo, restando da esaminare solamente la configurabilità di un affidamento qualificato e, quindi, meritevole di protezione giuridica. Di risulta, si tratterebbe di un mero comportamento materiale, privo di alcun collegamento, neppure in via mediata, con la situazione giuridica soggettiva attiva della pubblica amministrazione, nonché con la sua edizione dialogica.

Nell'ambito di questa impostazione si distinguono due filoni pretori che non convergono sulla natura giuridica della responsabilità dell'amministrazione da comportamento scorretto. Se, infatti, da un lato, vi è il tradizionale indirizzo che sposa la tesi della natura extracontrattuale⁴⁸⁸ della responsabilità in discorso, dall'altro lato emerge la ricostruzione che opina nel senso dell'inadempimento di una previa obbligazione, con conseguente rifluire della fattispecie sotto le insegne del modello di cui all'art. 1218 c.c.

Si è affacciato così nella giurisprudenza sul riparto di giurisdizione l'argomento della natura giuridica di tale responsabilità, al fine di radicare la cognizione del giudice ordinario. In particolare, si è sostenuto che l'instaurazione di un contatto sociale qualificato tra l'ente pubblico ed il cittadino⁴⁸⁹, facendo sorgere un'obbligazione in capo all'amministrazione, assumerebbe rilievo in punto di giurisdizione, giacché il rapporto debito-credito delineerebbe uno spazio cognitorio giudiziale del tutto civilistico, concernente un comportamento meramente materiale privo di correlazione con il potere amministrativo⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria dell'affidamento nel provvedimento amministrativo favorevole annullato*, cit.

⁴⁸⁹ V. ANTONELLI, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, cit.; V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, III, pp. 601 ss.

⁴⁹⁰ Cass., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615, secondo cui «<<spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, atteso che la responsabilità della P.A. per il danno prodotto al privato quale conseguenza della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa sorge da un rapporto tra soggetti (la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione) inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni *ex art.*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In definitiva, la cognizione spetterebbe, secondo questa prima impostazione, sempre al giudice ordinario: in caso di assenza di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, poiché si verterebbe su diritti soggettivi, mentre, in caso di materia allocata per esigenze di concentrazione presso il giudice speciale, perché non si rinverrebbe quel legame minimo richiesto dalla giurisprudenza costituzionale prima, e dal legislatore del codice processuale poi, allo scopo di radicare in astratto ed in concreto la giurisdizione contemplata sin dall'art. 103 Cost.

Al contrario, un differente orientamento, sviluppatosi nella giurisprudenza amministrativa, e coronato con una pronuncia dell'Adunanza Plenaria, sostiene che la giurisdizione spetti, per le fattispecie di danno da provvedimento favorevole poi annullato, sempre al giudice amministrativo, così delineando un contrasto netto con le Sezioni Unite. Questo indirizzo giunge a ritenere che non sia decisivo individuare la materia di cui trattasi, poiché la situazione giuridica soggettiva azionata sarebbe un interesse legittimo e, pertanto, anche al di fuori dell'area della giurisdizione esclusiva si avrebbe comunque una cognizione generale di legittimità di spettanza del giudice amministrativo. A questa soluzione si è arrivati seguendo percorsi interpretativi dissimili.

Una prima tesi inclina a qualificare l'interesse legittimo in disamina come pretensivo. Difatti, si è ritenuto che, nella dinamica della fattispecie in oggetto, la natura della posizione giuridica soggettiva muti al mutare dell'esplicazione autoritativa: in particolare, prima dell'adozione del provvedimento favorevole il privato sarebbe titolare di un interesse legittimo, posto in correlazione con il potere, che si attegga a situazione sussistente ma dall'effetto tipico ancora in stadio potenziale; in seguito all'adozione del provvedimento favorevole il consociato beneficerebbe di un ampliamento della propria sfera giuridica, di talché sorgerebbe, grazie alla costitutività dell'atto amministrativo che definisce il procedimento accogliendo l'istanza del cittadino, un nuovo diritto soggettivo, da esercitare nei rapporti orizzontali; poi, successivamente all'annullamento del provvedimento ampliativo, attesa l'estinzione

1173 c.c., e ciò non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione>>>. Peraltro, Cass., sez. un., 22 giugno 2017, n. 15640, colorata la situazione soggettiva giuridica del ricorrente in punto di diritto soggettivo, consistente nell'assegnamento sulla legittimità dell'atto, ha ritenuto il fenomeno fattuale esaminato non ascrivibile né al *genus* della responsabilità contrattuale, né a quello aquiliano, stante la peculiarità della violazione dei generali principi civilistici di buona fede e correttezza. Anche il *decisum* in parola devolve la controversia alla giurisdizione del giudice ordinario, in considerazione dell'assenza del qualificato collegamento con l'esercizio del potere atto, in presenza di un addentellato di diritto positivo, a fondare la giurisdizione amministrativa.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

del diritto creato in via imperativa, riemergerebbe l'interesse legittimo pretensivo, il cui bene della vita è il medesimo che in precedenza era stato conseguito, per poi essere sottratto⁴⁹¹.

Tale ricostruzione sembra rovesciare la teorica della degradazione⁴⁹², secondo cui il provvedimento ablatorio incide sul diritto soggettivo del privato trasformandolo in un *minus*, ovvero in un mero interesse legittimo. Infatti, si riconosce alla manifestazione di autorità un'analogia di atteggiamento ad ingenerare un *maquillage* della sfera giuridica del consociato, cosicché si possa alternare la genesi e l'estinzione di posizioni soggettive in base al verso di esplicazione del potere amministrativo. Di risulta, il venir meno dell'elevazione dell'interesse legittimo in diritto comporta la rinascita dalle proprie ceneri, quasi si trattasse di un'araba fenice, della prima situazione giuridica soggettiva. In senso contrario, potrebbe osservarsi che, come già obiettato alla teorica della degradazione⁴⁹³, la qualificazione della posizione del privato è da effettuarsi a monte ed in astratto, sul piano legislativo, proprio nel momento in cui si compie la scelta politica di tutelare in via giuridica una pretesa, e si sceglie la modalità attraverso cui apprestare questa protezione. Ne deriva che il privato in dialogo con il potere è sempre titolare di un interesse legittimo, sia prima che dopo l'adozione del provvedimento, mentre il diritto soggettivo si affianca ad esso, rappresentando la tutela assoluta ed incondizionata garantita nei rapporti orizzontali con altri consociati, anche in via contestuale all'esercizio delle facoltà proprie dell'interesse legittimo stesso.

⁴⁹¹ Si sono registrate più ordinanze di rimessione all'Adunanza plenaria. In particolare, si veda Cons. St., sez. IV, 11 maggio 2021 n. 3701, in cui si osserva che «la Sezione – nel rimettere all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione di giurisdizione – ritiene che in linea di principio si dovrebbe affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa, ai sensi degli artt. 7 e 133 c.p.a., (...). L'interesse legittimo pretensivo esprime, ad un tempo, sia l'interesse sostanziale rappresentato dalla pretesa ad ottenere un 'bene della vita', sia l'interesse procedimentale per cui il provvedimento finale sia emanato seguendo il procedimento previsto dalla legge. Non si tratta di un mero interesse 'occasionalmente protetto' (adoperando una espressione tipica degli albori della giustizia amministrativa), cioè protetto per il tramite della tutela primaria della legalità amministrativa, bensì di una situazione giuridica immediata, diretta, concreta e personale del privato. Può risultare dunque artificioso il sovrapporre a una tale posizione giuridica soggettiva – riferibile ad un rapporto di diritto pubblico tra il richiedente e l'Amministrazione - una diversa situazione sostanziale (da richiamare per individuare una 'diversa' giurisdizione), basata sul principio del *neminem laedere* (il cui ambito di efficacia prescinde dalla esistenza di un preesistente rapporto tra danneggiante e danneggiato) o anche su un 'contatto sociale' (categoria che può giustificare nell'ambito della giurisdizione civile la soluzione secondo giustizia di determinate tipologie di controversie senza alterare i criteri di riparto della giurisdizione, ma che di per sé è incongruamente richiamata quando si tratti dell'esercizio o del mancato esercizio del pubblico potere, come ha chiaramente evidenziato anche la citata sentenza n. 7 del 2021 dell'Adunanza Plenaria)».

⁴⁹² F. G. COCA et al., *Diritto amministrativo*, cit., pp. 27 ss.

⁴⁹³ F. G. COCA, *L'interesse legittimo - Storia e Teoria*, cit., pp. 99 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Una seconda tesi inclina a qualificare la posizione azionata in termini di interesse legittimo oppositivo. Questa impostazione ritiene che ad essere frustrata e, dunque, a dover essere risarcita sia la pretesa a conservare il bene della vita, conseguito grazie al provvedimento favorevole di primo grado, che si concreta, dialogando con il potere di seconde cure, nell'interesse legittimo oppositivo all'esercizio dell'autotutela decisoria. Lo stesso può dirsi per la pretesa alla legittimità dell'agire amministrativo, che pur si risolve nell'aspirazione a conservare l'utilità acquisita, in virtù della stabilità delle decisioni conformi a legge. Pertanto, si ritiene che il rapporto amministrativo sia una relazione che, al pari di quelle fra privati, possa essere governata dal principio generale dell'affidamento. Infatti, il privato ripone fiducia sulla stabilità dell'assetto di interessi, così come conformato dalla pregressa azione amministrativa, e, quindi, il *venire contra factum proprium*, per via imperativa o per intervento demolitorio giurisdizionale che sanziona l'illegittimità, incide sulla posizione giuridica soggettiva correlata a tale affidamento sul potere⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ L'orientamento descritto è stato avallato dal Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, che afferma <<in coerenza con il fondamento costituzionale di riparto di giurisdizione, che è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole, posto che in base al richiamato art. 7, comma 1, c.p.a. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i <<comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni>>; ed inoltre che <<nelle particolari materie indicate dalla legge>> di giurisdizione esclusiva - quale quella sugli <<atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia>> di cui all'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a. oggetto del presente giudizio - essa si manifesta <<attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela>>, anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione. Il possibile contrasto del principio di diritto come sopra affermato in punto di giurisdizione con l'orientamento certamente prevalente della Corte regolatrice potrà essere vagliato in sede di eventuale impugnazione ai sensi dell'art. 111 della Costituzione delle sentenze di questo Consiglio, le quali sono nel frattempo tenute all'osservanza del principio di diritto (salva nuova rimessione) ai sensi dell'art. 99 c.p.a.>>. Peraltro, si afferma nella medesima pronuncia, che <<la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sia insorto un ragionevole convincimento sulla legittimità dell'atto, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento>>. Sul punto, si veda anche *Ibidem*, 462. Sulla stessa lunghezza d'onda, Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, secondo cui <<nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti all'esercizio del pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi>>. Parimenti, Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Anche questa tesi è stata criticata⁴⁹⁵. Nello specifico, si è notato come la soluzione della Adunanza Plenaria sembra porsi in contrasto con la giurisprudenza costituzionale in ordine alla nozione di comportamento amministrativo⁴⁹⁶. Invero, mentre la Consulta⁴⁹⁷ e poi il legislatore nel codice di rito⁴⁹⁸ hanno impiegato questo concetto al fine di definire la possibile area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per declinare la natura qualitativa e non quantitativa della formula

⁴⁹⁵ R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 201 ss. Per un più ampio commento della giurisprudenza amministrativa in parola si rinvia a C. NAPOLITANO, *Potere amministrativo e lesione dell'affidamento: indicazioni ermeneutiche dall'Adunanza Plenaria*, in *Riv. giuridica dell'edilizia*, 2022, II, pp. 3 ss.; G. CAPRA, *Osservatorio sulla giustizia amministrativa, coordinato da Maria Alessandra Sandulli e Marco Lipari - Parte I Contributi - Il danno da provvedimento favorevole annullato: riflessioni in punto di giurisdizione e di affidamento del privato.*, in *Foro amm.*, 2021, XI, pp. 1579 ss.; O. M. CAPUTO, *Tutela dell'affidamento sì... purché incolpevole*, in *Urb. e appalti*, 2022, pp. 201 ss.

⁴⁹⁶ Si veda Cons. St., ad. plen., 15 settembre 2020, n. 21, secondo cui «a conferma della descritta evoluzione si pone l'art. 1, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale dispone che: «(i) rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede» [comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge 11 settembre 2020, n. 120; di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali»]. La disposizione ora richiamata ha positivamente una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.) e che porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo – forma tipica di esercizio della funzione amministrativa – è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo. Per il migliore esercizio della discrezionalità amministrativa il procedimento necessita pertanto dell'apporto dei soggetti a vario titolo interessati, nelle forme previste dalla legge sul procedimento del 7 agosto 1990, n. 241. Concepito in questi termini, il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata; ed in ragione di ciò esso si rivolge all'amministrazione e ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento». Peraltro, Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, osserva che «nella dicotomia diritti soggettivi-interessi legittimi si colloca anche l'affidamento. Esso non è infatti una posizione giudica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi. Più precisamente, l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata. Dell'affidamento sono applicazioni concrete, tra le altre, la "regola possesso vale titolo" ex art. 1153 c.c., l'acquisto dall'erede apparente di cui all'art. 534 c.c., il pagamento al creditore apparente ex art. 1189 c.c. e l'acquisto di diritto di diritti dal titolare apparente ex artt. 1415 e 1416 c.c., il cui denominatore comune consiste nell'attribuire effetti all'atto compiuto dalla parte che in buona fede abbia pagato o contrattato con chi ha invece ricevuto il pagamento o alienato senza averne titolo».

⁴⁹⁷ Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191.

⁴⁹⁸ L'art. 7 del codice di rito amministrativo recita che «sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

«particolari materie» dell'art. 103 Cost., la pronuncia in esame pare riconoscere la possibilità che si stagli un comportamento amministrativo anche nell'ambito della cognizione generale di legittimità. Dunque, verrebbe a rompersi lo schema secondo cui bisognerebbe distinguere fra atti e comportamenti, nonché, di risulta, fra legittimità ed illiceità, con la conseguenza di rilievo sistematico che nel primo caso vi sarebbero interessi legittimi, mentre, nel secondo, diritti soggettivi. La Plenaria, in effetti, colloca l'ibrida figura del comportamento amministrativo anche nelle fattispecie in cui il rapporto intersoggettivo è connotato dalla coppia potestà-interesse legittimo, benché non giunga esplicitamente a qualificare la situazione giuridica azionata dal privato, limitandosi a parlare di aspettativa correlata all'interesse legittimo, nel prisma del principio generale dell'affidamento che governa anche le relazioni pubblicistiche⁴⁹⁹. Inoltre, sono state sottolineate anche delle perplessità inerenti alla pretesa fatta valere in giudizio a fini risarcitori⁵⁰⁰. La giurisprudenza della Plenaria, proprio con la premessa che l'affidamento può informare anche i rapporti di diritto amministrativo, sembra giungere a ritenere che il danno incida su un interesse legittimo, trasformatosi, con il conseguimento del bene della vita tramite il provvedimento favorevole, da pretensivo ad oppositivo, stante l'aspirazione a conservare l'utilità conseguita, in opposizione a quanto possa minare la stabilità dell'ampliamento della sfera giuridica. L'obiezione consta del rilievo secondo cui, a ben vedere, la stessa tutela condannatoria accordata dall'orientamento in discorso si presenta distonica rispetto alla premessa circa la natura della posizione azionata. Infatti, si è evidenziato che, qualora si fosse rimasti coerenti con il punto di partenza del ragionamento di cui alla parte motiva, si sarebbe dovuti giungere a quantificare il danno-conseguenza e, quindi, il *quantum* dell'obbligazione risarcitoria in misura pari al valore del bene della vita oggetto dell'interesse legittimo. In realtà, si è affermato che ciò che si risarcisce non è il substrato materiale della posizione in dialogo con il potere, poiché il provvedimento favorevole è illegittimo e la pretesa è infondata. Ne conseguirebbe che il risarcimento verte su un differente bene della vita che, per converso, è di spettanza del privato, non risultando sacrificabile in nome dell'interesse pubblico. D'altronde, si è avvertito che

⁴⁹⁹ Nella giurisprudenza tracciata da Cons. St., ad. plen., nn. 19, 20, 21, del 2021, si profila l'emersione del concetto di "aspettativa correlata ad interessi legittimi", nonché di "situazione qualificata dall'inerenza al potere".

⁵⁰⁰ R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2017, 202 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno del danno da provvedimento illegittimo*, cit., pp. 262 ss.; sul dibattito circa la qualificazione dell'affidamento in termini di situazione giuridica soggettiva, si veda, tra gli altri, E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria dell'affidamento nel provvedimento amministrativo favorevole annullato*, cit.; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; M. L. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento*, cit.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

la stessa giurisprudenza in questione ritorsa le spese sostenute inutilmente e le occasioni perse a cagione dell'affidamento, non già l'interesse positivo⁵⁰¹.

Esattamente queste osservazioni critiche hanno dato adito all'ipotesi di una soluzione intermedia, volta a distinguere i casi in cui la giurisdizione appartiene al giudice ordinario da quelli in cui spetta al giudice amministrativo. Secondo questo indirizzo mediano in caso di danno da provvedimento favorevole successivamente annullato si avrebbe la lesione di un diritto soggettivo, in forza di un comportamento amministrativo scorretto⁵⁰².

La natura di diritto soggettivo emergerebbe dal modo in cui l'ordinamento protegge la pretesa di cui si parla, atteso che l'amministrazione non potrebbe, per curare in concreto l'interesse pubblico individuato dal legislatore, menomare la posizione del consociato, avendo piuttosto l'obbligo di soddisfarla. Si osserva come non si possa predicare la consistenza di interesse legittimo proprio perché un'eventuale conculcazione dell'aspirazione al conseguimento o alla conservazione del bene della vita non potrebbe presentare i caratteri del fisiologico dipanarsi dell'agire amministrativo, bensì integrerebbe una fattispecie patologica di illiceità. Segnatamente, si verterebbe sulla libertà di autodeterminazione negoziale⁵⁰³, precipitato della libertà di iniziativa economica privata presidiata in Costituzione dall'art. 41, ed oggi rinforzata dall'armamentario sovranazionale della piccola e della grande Europa⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ Emerge chiaramente dalla giurisprudenza amministrativa che oggetto del risarcimento è l'interesse negativo. Si vedano ancora Cons. St., ad. plen., nn. 19, 20, 21, 2021. Pertanto, almeno sul piano dell'oggetto dell'obbligazione risarcitoria, la responsabilità da provvedimento favorevole successivamente annullato andrebbe accostata alle figure di responsabilità precontrattuale, del pari connotate dal ristoro dell'interesse negativo. In dottrina, S. FOÀ, *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, De Jure, 2018; M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2022, III, p. 705; S. RUSCICA, *La responsabilità civile della stazione appaltante*, Giuffrè, Milano, 2011.

⁵⁰² R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 200 ss.; Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

⁵⁰³ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5 ricorda che «<nell'intenzione originaria dei compilatori del codice civile del 1942, l'art. 1337 c. c. rappresentava un'espressione tipica della c.d. solidarietà corporativa, vale a dire di quel tipo di solidarietà che, come esplicitato nel citato paragrafo della relazione illustrativa, unisce tutti i fattori di produzione verso la realizzazione della massima produzione nazionale (...) Nel mutato quadro costituzionale, è affermazione largamente condivisa quella secondo cui il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell'articolo 2 della Costituzione (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188)>>».

⁵⁰⁴ Per il rilievo delle libertà economiche nel diritto eurounitario e nel quadro convenzionale dei diritti dell'uomo, si vedano V. CANNIZZARO et al., *Diritto dell'Unione Europea: Parte speciale. Estratto*, 2017; A. LUCARELLI, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico dell'economia*, in *Rass. online Dir. Pubbl. Europeo*, 26 novembre 2019, speciale 1, pp. 12 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Tale qualificazione in punto di danno-evento sarebbe confermata dal contenuto del dovere di ristoro, quindi dal cosiddetto danno-conseguenza: si fa riferimento alle spese sostenute per aver fatto assegnamento sull'esistenza del provvedimento ampliativo, in chiave di danno emergente, nonché, in linea di lucro cessante, alla perdita delle *chance* contrattuali alternative⁵⁰⁵.

La natura di comportamento amministrativo, invece, emergerebbe dal plastico collegamento del contegno scorretto con l'esercizio del potere, almeno in via mediata. Per giungere a tale esito qualificatorio l'impostazione in discorso nota come l'assunto da cui muove la tesi delle Sezioni Unite, secondo la quale l'annullamento del provvedimento comporterebbe l'uscita dallo schermo di cognizione giudiziale di qualsivoglia profilo connesso alla presenza autoritativa dell'amministrazione, sia infondato. Si constata che la vicenda fattuale si svolge interamente in un contesto procedimentale, dunque nell'ambito dell'edizione della potestà. Ne conseguirebbe che il giudice chiamato ad esaminare la fattispecie a scopi risarcitori sarebbe costretto a scandagliare il potere, in relazione, ad esempio, al tipo di vizio che inficia l'atto già demolito, o ad eventuali profili di colpa dell'amministrazione e/o del cittadino⁵⁰⁶.

In punto di giurisdizione, alla luce di quanto rimarcato, poiché si sostiene trattarsi di comportamento amministrativo, nei sensi di cui alla giurisprudenza costituzionale e delle previsioni del legislatore del processo amministrativo, va operata la distinzione fra le materie in cui vi è giurisdizione esclusiva e quelle in cui i diritti soggettivi sono conoscibili solo dal giudice ordinario.

La cognizione spetterebbe al giudice amministrativo, quindi, nelle fattispecie inerenti alle procedure di evidenza pubblica, che costituiscono un ampio spettro della casistica sul danno da provvedimento favorevole poi annullato⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ G. ANZANI, *Interesse positivo e interesse negativo nelle diverse forme di responsabilità civile*, in *Resp. civ. previd.*, 2019, V, pp. 1692 ss., in cui, peraltro, si parla di "elasticità" dell'interesse negativo.

⁵⁰⁶ Sul giudizio concernente la colpa, in giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 4 aprile 2023, n.3485, Cons. St., sez. II, 27 ottobre 2022, n. 9175; in dottrina, tra l'altro, A. BARTOLINI, *Principio eurounitario di responsabilità e legge n. 241 del 1990*, in *Rivista it. dir. pubb. comunit.*, 2021, II, pp. 143 ss.; G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Cedam, Padova, 2007. Rileva, nondimeno, la colpa del privato, secondo lo schema proprio dell'art. 1227 c. c., in ordine al quale si rinvia, tra le varie pronunce, a T.A.R., Palermo, sez. II, 18 ottobre 2022, n. 2914.

⁵⁰⁷ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n 5, ove si parla di <<responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza, nell'ambito di un comportamento amministrativo, ovvero correlato, almeno indirettamente, all'esercizio del potere e, dunque, rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, qualora sussistente>>.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

4. Profili sistematici: il comportamento amministrativo e l'interesse legittimo olistico dinamico-relazionale

Esaminati gli aspetti di taglio maggiormente pratico-applicativo, sembra possibile muovere dalla pregnante vicenda del danno da provvedimento favorevole poi annullato per svolgere delle considerazioni di più ampio respiro, che traggono spunto dal caso per giungere, attraverso l'inquadramento dello stesso, a ragionare in punto di sistema sul rapporto amministrativo.

In particolare, è bene comprendere se l'ascrizione che si suole compiere della specie di responsabilità civile in parola nell'ambito del danno da comportamento e, all'interno del medesimo, seguendo un dato indirizzo, del pregiudizio da comportamento amministrativo, poiché connesso, almeno in via mediata o indiretta, con l'esercizio del potere, possa superare la soglia della mera denotatività, per assurgere alla connotatività. Come noto, le qualificazioni citate di un termine o di un concetto trovano la propria origine in seno al pensiero filosofico⁵⁰⁸; ciò nondimeno, può essere utile impiegare la stessa dicotomia anche nell'ambito del diritto, assumendo quale elemento discrezionale l'esistenza o meno di un regime giuridico afferente all'oggetto cui attribuire il carattere in uno o nell'altro senso.

In tale chiave, con specifico riferimento al comportamento amministrativo⁵⁰⁹, si può affermare la connotatività dello stesso, stante la presenza di un peculiare statuto avvolgente questo sintagma monolitico a formazione progressiva che si snoda nel procedimento per giungere al provvedimento⁵¹⁰. Invero, l'agire amministrativo non è disciplinato esclusivamente dalle norme puntuali sulla sequenza fattuale ed attizia teleologicamente orientata alla decisione terminale, bensì è regolato anche da ulteriori norme, rinvenibili, a seconda delle differenti impostazioni, nella Carta fondamentale, nell'ordinamento civilistico o in quello pubblicistico⁵¹¹. Si fa riferimento a quelle

⁵⁰⁸ "Connotazione", in Enciclopedia on line, in www.treccani.it.

⁵⁰⁹ In particolare, si vedano, E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012; M. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005; per un approccio multidisciplinare, nell'ambito delle scienze sociali, H. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2001.

⁵¹⁰ Per la ricostruzione dello statuto dell'azione della pubblica amministrazione in chiave unitaria, con valorizzazione dei principi generali dell'agire pubblicistico, si veda, in particolare, F. G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, Milano, 2000.

⁵¹¹ Per l'impostazione che individua il fondamento della buona fede nel principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., nonché per la ricostruzione del dibattito sul punto, si veda F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizione Scientifica Italiana, Napoli, 1995; per il percorso evolutivo di applicazione del principio di buona fede dal diritto civile al diritto pubblico, si rinvia a F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni <<Trenta>> all'<<alternanza>>*, Giuffrè, Milano, 2001; per la valorizzazione del ruolo della buona fede, quale principio di diritto comune, peraltro anche come regola di validità, nel diritto amministrativo, si veda



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

teorie che individuano la base per tale operazione ermeneutica o nel principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., così da sostenere la possibilità di declinarne il corollario della correttezza in tutti i rami dell'ordinamento, o nel principio di buona fede di cui al codice civile, con i conseguenti limiti derivanti dal settore di provenienza, o al dovere d'ufficio, inteso come vincolo prettamente pubblicistico, scevro da influssi restrittivi e distonici privatistici.

Il tratto che accomuna sia la versione privatistica che quella amministrativistica, passando per quella super-primaria, è costituito, per l'appunto, dalla necessità di conferire al percorso decisionale pubblicistico un regime a protezione dei consociati che entrano in un contatto socialmente significativo con l'ente. Sussiste, allora, una tendenziale sovrapposizione di intenti pratici tra le varie teorie.

Tale similarità di scopi potrebbe spingere l'interprete ad osare una ricostruzione guidata dal primato della sostanza sulle pur fondamentali forme giuridiche. Se oggetto della disamina è il comportamento amministrativo, e se la finalità perseguita è la protezione di interessi meritevoli di tutela dei consociati in rapporto con l'amministrazione, potrebbe arguirsi l'impiego di una metodologia che valorizzi il dato sistematico e teleologico⁵¹², affinché ci si concentri sulle garanzie indefettibili del cittadino o, a rimarcare la conformità a Costituzione, della persona.

Notandosi come la medesima funzione possa esser perseguita con molteplici e differenti intelaiature normative, nonché come la stessa struttura normativa possa declinarsi per lo svolgimento di disparate funzioni⁵¹³, si assiste all'intuizione di nuovi spazi disciplinari, sospinti dall'esigenza di scovare risposte agli interrogativi sollevati

L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, cit.; sempre per la valenza superprimaria della buona fede, avente il proprio addentellato nell'art. 2 Cost., si veda anche A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1, 1983; per la ricostruzione interpretativa che, muovendo dai limiti che la natura civilistica della buona fede recherebbe con sé in seno al diritto amministrativo, ritiene indispensabile l'individuazione di canoni pubblicistici, rinvenuti del dovere d'ufficio, si rinvia a S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2017.

⁵¹² Si vedano, in merito alla prospettiva di studio che si vuol impiegare, N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Editori Laterza, Bari, 2007; G. P. CIRILLO, *Diritto civile pubblico*, cit.; G. P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Cedam, Padova, 2018; per il ruolo di concretizzazione conformativa della giurisprudenza, fondamentale nella prospettiva funzionalista, si rinvia a F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della corte costituzionale*, in *Riv. dir. Pen. Contemp.*, 2021.

⁵¹³ F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 649 ss.; C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubb.*, 1995, pp. 393 ss.; in generale, sul cruciale tema, si rinvia a S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit.; U. Breccia, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, cit.; M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, cit.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit.; A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, cit..



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dallo sconfinamento, da un lato, dell'autonomia liberale nel campo pubblicistico, e, dall'altro lato, dalla penetrazione dell'eteronomia e del comando nel terreno civilistico. Alla luce di quanto riportato, può inferirsi l'esistenza di un complesso di norme comuni alle ripartizioni settoriali dell'ordinamento, senza giungere al fenomeno esiziale dell'implosione della topografia giuridica. Si profila, pertanto, un diritto comune, composto da principi e clausole generali di portata universale, non transeunti, ancorati a valori di rango costituzionale, che entra in gioco, così da fondare lo statuto del caso di specie, quando lo richieda il rapporto giuridico sostanziale che si palesa, stante la funzione da svolgersi⁵¹⁴.

Assunta quindi tale prospettiva metodologica, potrebbero trarsi delle somme di sistema. Il comportamento amministrativo andrebbe umanizzato, nell'ottica di servizio alla persona, ricorrendo ad un unico statuto giuridico di diritto comune amministrativo⁵¹⁵, informato dal principio di solidarietà, che diviene clausola generale di buona fede e correttezza nei momenti socialmente significativi di contatto, in specie in presenza dell'amministrazione, dato lo *status* di quest'ultima ed i doveri d'ufficio dei suoi funzionari⁵¹⁶.

Una tale impostazione potrebbe avere, tra l'altro, le seguenti implicazioni.

⁵¹⁴ M. PROTTO, *Il diritto amministrativo nel tempo postmoderno, dal rapporto all'organizzazione e dall'organizzazione al rapporto: la sfida della globalizzazione*, in *Giur. it.*, 12, 2017, pp. 2766 ss.

⁵¹⁵ In particolare, sembra emergere un *ius commune administrativum* almeno sotto un duplice angolo visuale. Da un lato, perché si assiste ad una *cross fertilization*, tale che i principi circolino da un ordinamento ad un altro, evolvendosi durante l'itinerario, soprattutto, ma non solo, nell'ambito europolitano. Dall'altro lato, invece, l'attitudine intrinseca del diritto amministrativo a regolare la complessità, agendo in scenari tipicamente multipolari, sembra causare una espansione della tecnica giuridica e degli statuti valoriali di questo ramo anche in altri settori dell'ordinamento, così prefigurando l'affermazione della disciplina pubblicistica come nuovo diritto comune. Va registrata, dunque, la profonda inerenza delle logiche del diritto amministrativo odierno ai problemi del diritto in generale. Il propagarsi delle metamorfosi pubblicistiche verso altri lidi, allora, pare derivare proprio dalla sempre più avvertita presenza, in ogni settore dell'ordinamento, della eterna dialettica, in un quadro multipolare, fra autorità e libertà. Sulla tematica, si rinvia a G. P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, cit., pp. 1 ss., il quale, tra l'altro, osserva appunto come <<il diritto amministrativo non si rassegna a diluirsi nel diritto privato, ma aspira a diventare il nuovo diritto comune dei rapporti giuridici complessi>>, anche considerato che <<l'incontro dei due sistemi>>, quello di diritto civile e quello di diritto amministrativo, è determinato dal fatto che <<le categorie (...) fondamentali del diritto (...) non sembrano più riconoscersi nella dicotomia pubblico-privata>>, e pertanto occorre <<approdare ad una visione unitaria, nella consapevolezza che gli strumenti offerti dalle due discipline vanno usati indifferentemente a seconda della situazione concreta da negoziare, da amministrare o da giudicare>>.

⁵¹⁶ E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., p. 224, in accordo con il quale <<nella sua dimensione oggettiva, la categoria del comportamento elaborata in sede di teoria generale sembra pertanto la più idonea a ricomprendere un fenomeno amministrativo caratterizzato da un'azione complessa, proceduralizzata, irriducibile al solo momento provvedi mentale, oggettivamente funzionalizzata in vista della sintesi razionale tra l'astratto interesse pubblico e i concreti bisogni della collettività o comunque del soddisfacimento dell'interesse generale>>.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In primo luogo, potrebbe imporsi il ritorno alla riflessione sulla copertura costituzionale del principio del giusto procedimento.⁵¹⁷ La giurisprudenza della Consulta sembra non riconoscere una base normativa superprimaria al principio in discorso, seppur abbia fatto uso del medesimo in determinati casi, ai fini della declaratoria di illegittimità costituzionale⁵¹⁸ di disposizioni che sacrificavano il contraddittorio e, di risulta, anche il buon andamento. Nondimeno, si potrebbe sostenere che, se il comportamento amministrativo è retto dalla buona fede, e se quest'ultima impone una più o meno rigida procedimentalizzazione, allora, in virtù del fondamento costituzionale della regola di correttezza nell'art. 2 Cost., anche il principio del giusto procedimento ha copertura nella legge fondamentale⁵¹⁹.

⁵¹⁷ Sul tema, si vedano M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, pp. 1829 ss.; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e <<giusto procedimento>>*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 130 ss., il quale commenta la sentenza della Corte. cost., 23 febbraio 1962, n. 13, in cui si nega recisamente il rilievo costituzionale del principio in parola; G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Foro amm.-Tar*, 2007, pp. 2711 ss.; L. PEDULLÀ, *La costituzionalizzazione del giusto procedimento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; G. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. amm.*, 1987; F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., pp. 93, il quale, nel quadro della propria tesi secondo cui lo statuto giuridico dell'attività amministrativa deve essere considerato unico, sottolinea come i principi generali che governano tale azione determinino <<necessariamente che questa si svolga in forma procedimentalizzata: il che comporta il carattere giuridicamente necessario del procedimento>>; E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., pp. 222, secondo il quale <<l'azione che si svolge nel procedimento assurge a momento determinante per la concretizzazione storica dell'assetto di interessi scolpito nella decisione. Il farsi della decisione attraverso un'azione procedimentalizzata esprime il momento più compiuto dell'esplicazione del potere preordinato al soddisfacimento dei bisogni generali>>.

⁵¹⁸ Per la giurisprudenza della Consulta che non riconosce copertura costituzionale al principio del giusto procedimento si veda, tra l'altro, Corte. cost., 6 maggio 2015, n. 18; per la giurisprudenza che pare tratteggiare un fondamento costituzionale del principio in parola, si vedano, tra l'altro, Corte cost., 23 marzo 2007, nn. 103 e 104.

⁵¹⁹ Si veda V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, cit., il quale accogliendo <<la ricostruzione del contatto qualificato quale fattispecie composta dal principio giuridico della buona fede e dai comportamenti tipizzati dalla regolarità sociale, secondo una struttura che si può assimilare a quella delle clausole generali>>, attraverso l'individuazione di più fondamenti normativi nel <<dovere di solidarietà>>, nel <<principio di legalità>> e nella <<direttiva di imparzialità>>, ex <<artt. 2, 3 e 97 Cost.>>, osserva come non siano <<condivisibili gli orientamenti che desumono l'applicabilità del principio di buona fede nell'ambito del diritto amministrativo dall'interpretazione analogica degli artt. 1337 e 1338 c.c., né quegli che attribuiscono diretta rilevanza al «fatto» dell'affidamento quale fonte degli obblighi di protezione. Altrettanto non condivisibili si reputano le correnti di pensiero che negano, viceversa, in generale l'applicabilità nell'ambito del diritto amministrativo del principio di buona fede>>, cosicché <<operatività di questo principio potrebbe essere indotta dalla sua specificazione normativa nel dovere di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso, nei doveri di attenzione, di rispetto, di presa in considerazione degli interessi del privato>>. L'Autore pone allora in evidenza come il principio di buona fede sia legato proprio alla necessaria esistenza di un "procedimento giusto".



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In secondo luogo, potrebbe riscontrarsi come la buona fede abbia maggior senso nel diritto pubblico proprio alla luce del modulo ordinario dell'agire amministrativo. La correttezza, infatti, sembra principalmente vocata ad apprestare un canone di regolazione di azioni non puntiformi, ma sequenziali e rese, per mezzo del rasoio di Occam, logicamente unitarie, quali misto di comportamenti ed atti, nel medesimo contesto di esercizio del potere⁵²⁰.

Per giunta, si consentirebbe l'apertura di un dibattito sulla valenza della buona fede in termini di regola di validità, considerato che l'intero comportamento amministrativo, comprensivo non solo del contegno collegato al potere ma anche dell'estrinsecazione attizia di quest'ultimo, risulterebbe retto da questa declinazione del principio di solidarietà sociale⁵²¹. Va precisato, nondimeno, come non sempre la violazione del canone di correttezza possa rilevare in termini di invalidità dell'atto, essendo necessario un equilibrio fra garantismo amministrativo e primato della sostanza, onde evitare derive formalistiche. Pertanto, la clausola di buona fede oggettiva dovrebbe conferire rilievo esclusivamente ai casi di contravvenzione a forme sostanziali, ovvero a guarentigie procedimentali che in concreto possono portare ad una decisione diversa, e dunque ad un difforme assetto di interessi. Il carattere poizore del dato sostanzialistico, d'altronde, è oggi *per tabulas* consacrato nel secondo comma dell'art. 21 *octies* della legge generale sul procedimento, che pone al centro del giudizio amministrativo non più solo l'atto ma anche il rapporto⁵²².

⁵²⁰ E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., p. 225, il quale sottolinea come la categoria comportamento amministrativo sia in grado di intercettare «l'intera gamma dell'azione amministrativa per ciascuno dei momenti in cui si declina e per ciascuna delle forme in cui si esprime». Si aggiunge, peraltro, come nell'ambito della nozione di comportamento amministrativo siano «ricompresi», tra l'altro, «gli atti e i fatti collocabili nell'arco del processo decisionale», accomunati dagli «aspetti funzionali che caratterizzano il farsi dell'azione».

⁵²¹ Per una sistematica in cui il concetto di comportamento amministrativo si rapporta sia con le regole di responsabilità che con le regole di validità, proprio al fine di sottolineare come tale complesso di atti e contegni possa essere retto da uno statuto unitario, mediante principi che fungano sia da norme-comportamento che da norme-atto, si veda E. ZAMPETTI, *op. ult. cit.*, p. 226, secondo cui il «comportamento amministrativo» può essere qualificato sia come «illegittimo» che, «a seconda dei casi, illecito», tanto che, appunto, «l'utilità dogmatica» della nozione di comportamento amministrativo si può apprezzare in termini di costruzione di un «parametro generale per la valutazione di legittimità e d'illiceità» dell'«attività complessivamente considerata». Per spunti sulla buona fede quale regola di validità, si veda, tra l'altro, A. MANDARA, *La buona fede come parametro di validità del provvedimento amministrativo*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2024, IV, pp. 527 ss.

⁵²² Sul dibattito tema si rinvia, in generale, tra i molti, a P. COTZA, *Sulla (non) annullabilità, per vizi di forma, del provvedimento amministrativo. Contributo di metodo*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 2023, IV, pp. 995-1044; S. TARULLO, *Partecipazione procedimentale ed illegittimità non invalidante: quale salvezza per il potere amministrativo discrezionale?* In *Dir. Proc. Amm.*, 2019, I, pp. 69-110. Si precisa, nondimeno, come la disposizione citata abbia un ambito applicativo tracciato dal legislatore, al ricorrere di specifici presupposti. Pertanto, la valenza della buona fede quale regola di validità elastica,



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Si profila così, nell'ambito del comportamento amministrativo presidiato dalla correttezza, consistente in contegni collegati, in chiave strutturale e funzionale, all'esercizio del potere, la suddivisione fra due poli distinti. Da una parte, vi è il polo che si concreta in condotte aventi l'attitudine a riverberarsi sull'esito del procedimento, incidendo quindi sul contenuto dispositivo del provvedimento. Dall'altra parte, invece, vi è il polo amministrativo-comportamentale che si inverte in condotte che non sono idonee ad influenzare la decisione terminale. Ne consegue che solo il primo polo possiede la forza per far sorgere questioni di validità; mentre il secondo polo può rilevare unicamente sul terreno della liceità e quindi della responsabilità⁵²³.

In definitiva, ci si troverebbe innanzi ad un rapporto di diritto sostanziale complesso, in cui, da un canto, si staglia il potere della pubblica amministrazione, quale posizione soggettiva giuridica attiva strumentale⁵²⁴, avente la propria legittimazione etero-

idonea a sanzionare solo la violazione di forme sostanziali, si rinvia soprattutto oltre il perimetro dei casi di non annullabilità in discorso, nel caso in cui la scorrettezza formale non incida sul contenuto dispositivo del provvedimento.

⁵²³ Sul punto si veda, in particolare, A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. Amm.*, 2004, II, p. 224, secondo cui «se si segue questa ipotesi ricostruttiva, allora nel contesto generale della disciplina dell'azione amministrativa di carattere autoritativo sono individuabili due profili, concorrenti ma diversi: il primo riguarda il processo formativo della decisione, ed attiene quindi a tutti gli elementi comportamentali che possono spiegare influenza sul contenuto decisionale o su parte di esso; il secondo attiene invece a tutti quegli elementi comportamentali che non reagiscono sul contenuto dispositivo del provvedimento, e che pertanto mirano ad assicurare al soggetto di un rapporto autoritativo beni della vita diversi da quello di cui disporrà il provvedimento finale, e con esso collegati soltanto da un rapporto di contestualità, ma non di strumentalità. Un problema di invalidità (e dunque di illegittimità) si pone solo in relazione all'inosservanza del primo, ma non dei secondi; mentre per entrambi (...) e potenzialmente sulla base di meccanismi differenziati (...) può prospettarsi una questione di responsabilità»; d'altronde, A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 220, osserva che «l'opposizione atto-comportamento non può essere intesa in senso radicale, perché lo stesso atto è in realtà qualificabile come comportamento, ed in tale veste entra a comporre la fattispecie dell'illecito. L'autonomia reciproca di illiceità ed illegittimità (...) non può affermarsi se entrambe le qualificazioni ineriscono all'identico complesso comportamentale "materiale", ma presuppone che fattori comportamentali rilevanti sul piano della illiceità non siano tali sul piano dell'illegittimità. Il comportamento tenuto dalla p.a. nell'esercizio del potere (...) è oggetto di pluriqualificazione, (...) esso è quindi, allo stesso tempo, illegittimo ed illecito»; per la valorizzazione in tale ottica del principio di correttezza, S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale, Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 536; per una ricostruzione sul punto, E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., 228, il quale, peraltro, afferma, in sintesi, che «l'esistenza di due nuclei comportamentali distinti dal provvedimento anche se ad esso variamente riconducibili sottolinea l'utilità concettuale di una nozione generale di comportamento capace di ricomprendere in sé l'intera gamma delle manifestazioni agitive – funzionalizzate – della pubblica amministrazione», nonché sostiene come «anche in una prospettiva di diritto globale – nella quale l'azione è destinata a svolgersi spesso anche in maniera informale – la nozione di comportamento può rivelare una specifica utilità concettuale».

⁵²⁴ F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo - Storia e Teoria*, cit., pp. 443 ss.; Cons. St., ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, che ricostruisce il rapporto giuridico amministrativo in termini di relazione fra situazioni



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

referenziale nella funzionalizzazione all'interesse pubblico composito, ovvero inclusivo della diversità dei privati interessi⁵²⁵, e, dall'altro canto, si staglia l'interesse legittimo del consociato, del pari situazione soggettiva giuridica attiva.⁵²⁶

In particolare, proseguendo il percorso intrapreso dalla giurisprudenza, in specie proprio sul danno da provvedimento favorevole poi annullato⁵²⁷, sembra possibile prefigurare una ricostruzione della nozione di interesse legittimo in senso dinamico-relazionale, tale da intercettare la metamorfosi, ancora in corso, del diritto amministrativo⁵²⁸. Ponendosi in questa prospettiva, la situazione giuridica soggettiva del privato in rapporto dialogico con il potere amministrativo si presenta unitaria, in considerazione della natura di fattispecie a formazione progressiva del provvedimento, frutto finale dell'esercizio della posizione del soggetto pubblico. Tenendo necessariamente assieme i due termini della relazione intersoggettiva, infatti, si

giuridiche soggettive entrambe attive, onde non assimilabili ad un mero rapporto obbligatorio di diritto civile.

⁵²⁵ A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1998; A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, cit.

⁵²⁶ Le classificazioni delle situazioni giuridiche soggettive sono molteplici. In tale sede si è usato il concetto di posizione attiva per predicare la qualificazione in termini di vantaggio della situazione. Tuttavia, si precisa come vi siano anche ricostruzioni che distinguono fra posizioni attive e di vantaggio. In particolare, all'interno del genere delle situazioni di vantaggio si distingue fra posizioni attive e passive, a seconda, rispettivamente, che il bene della vita debba essere conseguito o sia da conservare. Tale impostazione fa leva, quindi, sul carattere dinamico o statico dell'interesse correlato al substrato materiale del bene della vita. Sul tema, si rinvia, tra gli altri, a S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 64 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1966, pp. 69 ss.

⁵²⁷ Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19; Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20; Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21.

⁵²⁸ La ricostruzione che si prospetta vorrebbe, orbene, ragionare sul rapporto amministrativo, intercorrente fra potestà ed interesse legittimo, ponendo in evidenza il carattere dinamico e relazionale del medesimo. Sul punto, in particolare, si veda V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, cit., il quale in modo condivisibile osserva che «<il rapporto giuridico, al quale è connaturale l'idea di relazionalità,>> coglie «<adeguatamente l'aspetto dinamico della realtà giuridica>>. Tra i numerosi Autori che hanno rilevato la trasformazione in discorso, si vedano, sotto differenti profili, W. GIULIETTI, N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in *Codice dell'azione amministrazione*, di M. A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Giappichelli, Torino, 2008; N. LONGOBARDI, *Il diritto amministrativo in trasformazione.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 4, pp. 1605 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal- democratico*, in *Dir. Pubbl.*, 2009; A. CALEGARI, *La concezione liberale del diritto amministrativo in Leopoldo Mazzarolli*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2015, pp. 2-3; A. LUCARELLI, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico dell'economia*, cit.; per una riflessione su talune recenti novità inserite nella legge generale sul procedimento amministrativo, che sottolinea come si punti a rafforzare la certezza dei mercati, si veda F. CAPORALE, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2021, VI, pp. 772 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

riscontra il carattere procedimentale dell'estrinsecazione di ambedue le situazioni giuridiche, almeno sul piano fisiologico⁵²⁹, così da poter affermare l'esistenza di posizioni globali, alla stessa stregua di quanto avviene, secondo autorevole dottrina⁵³⁰, nel diritto processuale⁵³¹. Ciò comporterebbe che anche prima dell'adozione dell'atto autoritativo il rapporto di diritto pubblico sia articolato secondo lo schema potere-interesse legittimo, essendo questa la struttura individuata previamente in astratto dal legislatore per regolare l'intero procedimento amministrativo. Ne conseguirebbe che i cosiddetti interessi procedimentali siano da riguardare come facoltà componenti la situazione giuridica soggettiva globale del consociato, avente la consistenza di interesse legittimo. Le pretese partecipative non potrebbero essere considerate diritti soggettivi autonomi e distinti dall'interesse legittimo, poiché quest'ultimo, stante l'asserita dimensione omnicomprensiva e relazionale, sarebbe costituito da plurime componenti, fra cui anche le predette facoltà endoprocedimentali. L'interesse legittimo, in sintesi, andrebbe visto come un atomo in cui sono racchiuse tutte le subsituazioni di vantaggio di titolarità del cittadino: in primo luogo, vi sarebbe un nucleo costituito dal bene della vita, oggetto materiale della posizione soggettiva; in secondo luogo, attorno a tale centro di gravità, ruoterebbero, quale corollario, ulteriori pretese prodromiche e/o strumentali all'oggettività giuridica finale che si intende conservare o conseguire⁵³².

Quest'ultime componenti della situazione globale del privato si porrebbero in relazione con il potere *in fieri*, in cui predomina il profilo di doverosità presente nell'agire amministrativo. Dunque, tali aspetti intrinseci dell'interesse legittimo si dovrebbero

⁵²⁹ V. CERULLI IRELLI, *Per uno statuto costituzionale sulla pubblica amministrazione (Da alcune sentenze costituzionali del presidente Coraggio)*, in *Dir. pubb. com.*, 2022, p. 207; M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001; G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, cit.

⁵³⁰ Per la ricostruzione del rapporto giuridico processuale avente quali termini situazioni giuridiche soggettive globali, si veda, in particolare, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 30 ss.

⁵³¹ In particolare, si può osservare che, in modo analogo a come il diritto di azione nel diritto processuale è rappresentato dalla pretesa ad un provvedimento giurisdizionale nel merito, all'esito di un processo, l'interesse legittimo è costituito dalla pretesa ad un provvedimento amministrativo nel merito, all'esito di un procedimento. In ambedue i casi vi è incertezza sul risultato, cosicché il bene della vita che si intende conservare od acquisire incarna l'obiettivo ultimo della tensione del soggetto nei confronti dell'oggetto della posizione giuridica. Sul punto, F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo - Storia e Teoria*, cit., p. 416, afferma che il provvedimento favorevole <<è, a conclusione del procedimento, la decisione di merito che soddisfa o non soddisfa l'interesse effettivo>>, mentre il <<bene della vita (...) si realizza (o non si realizza) soltanto come effetto del provvedimento>> medesimo.

⁵³² Cons. St., ad. pl., 2 aprile 2020, n. 10, che, pur occupandosi di accesso civico, sottolinea come l'interesse strumentale possa essere configurato come <<bene della vita intermedio secondo quel "polimorfismo" del bene della vita>> cui <<tende per gradual passaggi l'interesse legittimo>>.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

ritenere intangibili, dovendo l'amministrazione fisiologicamente soddisfare le istanze del cittadino. Invece, con riferimento alla componente centrale rappresentata dal bene della vita principale si dovrebbe ammettere la sacrificabilità in nome dell'interesse pubblico.

L'interesse legittimo globale sarebbe così pluristrutturato e polifunzionale.

Da una parte, vi sarebbe, sul piano funzionale, l'interesse positivo al substrato materiale, già presente o che si vuol far penetrare nella propria sfera giuridica, strutturalmente corrispondente al nucleo della posizione. Questo interesse sarebbe tutelato in modo relativo e condizionato, stante il dialogo con l'interesse pubblico.

Va precisato, nondimeno, che non vi sarebbe, comunque, una sfera di libertà per l'amministrazione, secondo la logica, tratteggiata in dottrina, della "ciambella"⁵³³, poiché l'interesse del privato deve far parte dello schermo della discrezionalità amministrativa⁵³⁴.

⁵³³ Per l'evocativa immagine della "ciambella col buco", che ha l'indubbio merito di profilare una unitarietà della situazione soggettiva giuridica del privato al cospetto del potere pubblico, si veda C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008, secondo cui la posizione giuridica soggettiva di pertinenza del privato sarebbe rappresentabile con la suddetta immagine, dal momento che il consociato sarebbe protetto in modo assoluto ed incondizionato quanto alla propria pretesa alla correttezza nei confronti dell'amministrazione, mentre sarebbe privo di garanzie nel centro della stessa ciambella, essendo tale spazio perforabile *ad libitum* dal soggetto pubblico. Tale ultimo vuoto, dunque, corrisponderebbe alla libertà riservata all'amministrazione, consistente nel merito insindacabile.

⁵³⁴ Sul rilievo dell'interesse del privato nell'esercizio del potere discrezionale, si veda, tra gli altri, V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2023, 265, secondo cui «la pubblica amministrazione (...) deve, comunque, comparare gli interessi pubblici con l'interesse privato che deve essere considerato nell'esercizio del potere discrezionale. La rilevanza della posizione del privato emerge in modo evidente se si utilizza, quale criterio per sindacare la discrezionalità, il principio di proporzionalità, il quale obbliga l'amministrazione ad adottare il provvedimento che sia adeguato, necessario e proporzionato in senso stretto, nel senso che l'attuazione dell'interesse pubblico deve avvenire con il minore sacrificio dell'interesse del privato». Sul fondamentale tema del rapporto tra libertà e discrezionalità, nonché fra merito e legittimità, si rinvia a A. AMORTH, *Il Merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939; P. M. VIAPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Cedam, Padova, 2003; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Diritto Comparato*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1948; S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Giappichelli, Torino, 2018; A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.a. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo sul suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Dir. amm.*, 2023, I, pp. 29 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal- democratico*, cit.; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. V, UTET Giuridica, Torino, 1960; A. PIRAS, *Discrezionalità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984; F. M. NICOSIA, *Potere pubblico e interessi privati tra vincoli dell'amministrazione e tutela giurisdizionale. Vol. 1: Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa <<non discrezionale>>*, Jovene, Napoli, 1991



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In particolare, secondo la logica che ha contraddistinto la genesi del diritto amministrativo e della sua giustizia, si vorrebbe proporre una ricostruzione che scovi l'essenza dell'interesse legittimo, quale conquista di una garanzia non spettante al privato senza questa figura peculiare, nell'assenza di un buco nella menzionata ciambella, restando nella metafora. Infatti, il sottile confine fra merito e legittimità, discrezionalità ed eccesso di potere, pare passare proprio nell'esperienza dell'agire amministrativo prima, e del giudizio amministrativo poi, per mezzo della concretizzazione dei principi e delle clausole generali che riconoscono una pretesa al consociato, da cui deriva l'assenza di vuoti di tutela, che comunque è assoggettata al compromesso solidaristico⁵³⁵ che permea l'ordinamento, in cui nessun interesse è tiranno, ma sempre bilanciabile in modo armonico con i suoi simili⁵³⁶. In definitiva, si vorrebbe tratteggiare una ciambella priva di buco, perché ogni sua parte è tutelata, sebbene con diverse intensità, ma perforabile nel suo centro, potendo il bene della vita non essere conservato o non essere conseguito dal privato, secondo moduli d'azione controllabili, in nome dell'interesse pubblico, quale canonizzazione della sommatoria di interessi provenienti dal basso e protetti dall'amministrazione. L'interesse legittimo, così, incrementa la tutela, andando oltre ciò che al privato è riconosciuto grazie al solo diritto soggettivo.

Dall'altra parte, vi sarebbero plurimi interessi, negativi e positivi, che, funzionalmente strumentali alla protezione del nucleo, sarebbero collocati, sul terreno strutturale, nell'orbita di quest'ultimo. In quest'ambito andrebbero annoverate le facoltà procedimentali e la pretesa alla correttezza dell'amministrazione. Tali subposizioni soggettive avrebbero una tutela assoluta ed incondizionata, non essendo in bilanciamento con l'interesse pubblico.

Assumendo questa impostazione interpretativa, si potrebbe prospettare, allora, che la pretesa alla buona fede oggettiva costituisca una parte di interesse legittimo, e, segnatamente, una parte inscalfibile in rapporto con la componente doverosa del potere. Ne risulterebbe che, in caso di comportamento dell'amministrazione in contrasto con il principio di affidamento, tale da integrare un illecito da scorrettezza, come nell'ipotesi assimilabile all'art. 1338 c.c., in cui vi è un provvedimento favorevole

⁵³⁵ In ordine al richiamato compromesso solidaristico, si ricordino le osservazioni di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, il Mulino, Bologna, 1976, p. 124, per il quale «la norma, con l'attribuzione e la delimitazione del potere, tutela insieme l'interesse pubblico e gli interessi privati», cosicché «da questo meccanismo discende che l'interesse pubblico, essendo tutelato attraverso l'esercizio del potere, è tutelato immediatamente e pienamente (necessariamente), mentre l'interesse privato, essendo tutelato anch'esso attraverso l'esercizio del potere, risulta tutelato mediatamente ed eventualmente: non sempre, infatti, l'esercizio del potere soddisfa l'interesse del privato».

⁵³⁶ F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 13 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

illegittimo successivamente annullato, la posizione giuridica soggettiva lesa sia l'interesse legittimo olisticamente inteso⁵³⁷.

La conseguenza sistematica ulteriore di un siffatto orientamento consisterebbe appunto nell'ampliare la portata della giurisprudenza costituzionale in materia di comportamento amministrativo, liberando questa nozione dall'angusto campo di operatività del riparto di giurisdizione, per giungere a costituire una categoria idonea a sintetizzare, in senso connotativo, lo statuto dell'operazione di cura in concreto dell'interesse pubblico, colorandolo con le regole proprie del rapporto di diritto amministrativo instaurantesi nel procedimento fra potere ed interesse legittimo, ove il principio di buona fede riveste un pregnante ruolo precettivo⁵³⁸.

⁵³⁷ Per un'acuta ricostruzione in cui si mette in evidenza come la configurazione del rapporto amministrativo, nell'ottica del contatto sociale, in termini di mera relazione obbligo-diritto soggettivo rischi di risultare parziale, si veda V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, cit., il quale nota che «< il contatto diventa (...) l'archetipo delle relazioni paritarie tra cittadino ed amministrazione, governato dal principio di buona fede, che in ultima analisi è ricondotto al dovere costituzionale di solidarietà, e il binomio diritto-obbligo è assunto a paradigma delle situazioni giuridiche che intercorrono tra cittadino ed amministrazione>>. Si aggiunge poi, condivisibilmente, che «< queste proposizioni, tuttavia, pur guidate da un condivisibile intento garantistico, rischiano di trascinare in una visione individualistica del rapporto tra cittadino e comunità. Accantonato l'interesse generale, quale espressione dei bisogni della collettività di riferimento, gli interessi considerati rilevanti diventano quelli soggettivistici dell'amministrazione e del privato. Della solidarietà, direttiva assiologica per l'individuazione dell'interesse, se ne esalta, invece, la più limitata portata formale e comportamentale>>. Pare quindi più corretto inglobare la buona fede e la correttezza all'interno della potestà amministrativa, funzionalizzata alla cura dell'interesse pubblico e, dunque, di una serie composita di interessi pur sempre riferibili in ultima analisi alla comunità amministrata. La portata della buona fede, peraltro, si apprezza anche in relazione ai contatti «< informali >> che possono intercorrere fra autorità e cittadino. Si veda sempre *Ibidem*, il quale auspica di «< conferire rilevanza nel procedimento a comportamenti non tipizzati normativamente, cioè, di configurare nel procedimento una pluralità di atti e comportamenti che la dottrina ha definito «informali»>>. L'Autore osserva, peraltro, che «< non si può, invero, negare che nel concreto atteggiarsi del singolo procedimento amministrativo vengono, dal cittadino e dall'amministrazione, compiuti atti e adottati comportamenti non riconducibili a quelli tipizzati dalla legge e dalla normativa di dettaglio: si pensi a scambi epistolari, ad informazioni orali, ad accordi verbali, ai quali l'insegnamento tradizionale ha negato efficacia giuridica, salvo la verifica della loro liceità. Riconoscere, invece, l'applicazione del principio di buona fede nel procedimento comporta l'attribuzione di rilevanza a questi comportamenti informali, soluzione che non appare smentita dal dato positivo, come si può evincere dalla previsione normativa del procedimento informale di accesso ai documenti amministrativi>>.

⁵³⁸ Tra i vari, in particolare, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., in cui si sostiene che il principio di buona fede costituisce il principale strumento regolatorio dell'agire amministrativo procedimentale, riguardato nella sua interezza.