



Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

Rassegna di dottrina

Maggio 2021

Sommario

Accesso ai documenti

Amministrazione digitale

Beni ambientali e culturali

Contratti della pubblica amministrazione

Costituzione

Covid-19

Economia

Imposte e tasse

Magistrati

Pubblico impiego privatizzato

Pubblica amministrazione

Accesso ai documenti

A. Berti, *“Il dedalo delle limitazioni assolute dell’accesso civico generalizzato”*, in sito giustizia amministrativa, dottrina, il 31 maggio 2021;

Amministrazione digitale

I. Macrì, *“Gli strumenti per il dialogo dell’amministrazione digitale”*, in Azienditalia 5/2021;

Beni ambientali e culturali

G. Severini, P. Carpentieri, *“La ratifica della Convenzione di Faro «sul valore del patrimonio culturale per la società»: politically correct vs. tutela dei beni culturali?”*, in sito giustizia amministrativa, dottrina, il 14 maggio 2021;

Contratti della pubblica amministrazione

E. Scaramastra, *“Le attività di controllo dell’organo di revisione in materia di appalti alla luce del manuale CNDCEC”*, in Azienditalia 5/2021;

R. Turturiello, *“Le novità in materia di commesse pubbliche, trasparenza amministrativa, durata dei procedimenti”*, in Azienditalia 5/2021;

V. Cordaro, *“La gestione contabile degli incentivi per funzioni tecniche negli accordi quadro e negli appalti pluriennali”*, in Azienditalia 5/2021;

Costituzione

J. Ferracuti, *“Il filtro di ammissibilità dei conflitti interorganici e l’assenza di contraddittorio. Riflessioni “a tutto tondo”*”, in federalismi.it, il 19 maggio 2021;

Covid-19

M. Abbruzzese, *“Report vaccini”*, in sito giustizia amministrativa, dottrina, il 10 maggio 2021;

Economia

A. Zito, *“La Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti: il Parlamento e le nuove forme di intervento pubblico nell’economia”*, in federalismi.it, il 19 maggio 2021;

Imposte e tasse

N.M. Tritto, *“Il piano di riequilibrio finanziario pluriennale e le modifiche (d)all’amministrazione dell’ente locale”*, in federalismi.it, il 19 maggio 2021;

Magistrati

G. De Michele, *“Autogoverno della magistratura ordinaria e giurisdizione del giudice amministrativo”*, in sito [giustizia amministrativa](http://giustizia.amministrativa.it), dottrina, il 3 maggio 2021;

Pubblico impiego privatizzato

S. Bellomo e A. Preteroti, *“La sentenza della Corte costituzionale n. 59/2021 sull’art. 18 St. lav.: una questione di (inaccettabile) discrezionalità”*, in federalismi.it, il 19 maggio 2021;

Pubblica amministrazione

M. Improta, *“Il segnalatore di illeciti”*, in sito [giustizia amministrativa](http://giustizia.amministrativa.it), dottrina, il 15 maggio 2021;

19 MAGGIO 2021

La sentenza della Corte costituzionale n.
59/2021 sull'art. 18 St. lav.: una questione
di (inaccettabile) discrezionalità

di Stefano Bellomo

Professore ordinario di Diritto del lavoro
Sapienza Università di Roma

e Antonio Preteroti

Professore associato di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Perugia



La sentenza della Corte costituzionale n. 59/2021 sull'art. 18 St. lav.: una questione di (inaccettabile) discrezionalità*

di Stefano Bellomo

Professore ordinario di Diritto del lavoro
Sapienza Università di Roma

e Antonio Preteroti

Professore associato di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Perugia

Abstract [It]: Il contributo analizza in modo critico la sentenza della Corte costituzionale n. 59/2021, ripercorrendo l'iter argomentativo a partire dal Tribunale remittente la questione di legittimità dell'art. 18 comma 7 l. n. 300/1970, per poi soffermarsi sull'accoglimento operato dalla Corte costituzionale, sugli effetti sui rapporti di lavoro e sui processi in corso ed infine sui possibili riflessi sulla disciplina del Jobs Act.

Abstract [En]: The article analyzes the sentence of the Constitutional Court n. 59/2021, retracing the argumentative process starting from the referring court the question of constitutionality of art. 18 paragraph 7 L. n. 300/1970, and then focus on the acceptance made by the Constitutional Court, the effects on employment relationships and ongoing processes and finally on the possible repercussions on the rules of the Jobs Act.

Parole chiave: Legittimità costituzionale; Lavoro subordinato (rapporto di); Licenziamento per giustificato motivo oggettivo; Licenziamento ingiustificato; Reintegrazione

Keywords: Constitutional legitimacy; Employed work (relationship of); Dismissal for justified objective reason; Unfair dismissal; Reintegration at work

Sommario: 1. I profili di illegittimità costituzionale censurati dal giudice remittente. 2. Le argomentazioni a sostegno della dichiarazione di illegittimità costituzionale. 3. Effetti sui processi in corso. 4. L'ambito di applicazione della disposizione a seguito della pronuncia. 5. I possibili risvolti sulla nuova disciplina del Jobs Act.

1. I profili di illegittimità costituzionale censurati dal giudice remittente

L'ordinanza del Tribunale di Ravenna del 7 febbraio 2020 aveva prospettato una violazione del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) insita nell'art. 18 Stat. Lav., nella versione risultante dalla riscrittura operata dalla l. n. 92/2012, laddove il comma 7, secondo periodo, demandava al giudice l'applicazione della tutela reale (con risarcimento fino a 12 mensilità) o indennitaria (12-24 mensilità) senza indicare criteri specifici per l'applicazione dell'uno o dell'altro rimedio.

Il Giudice delle leggi ha accolto uno dei profili di illegittimità costituzionale elencati nell'ordinanza di rimessione, quello per violazione dell'art. 3 della Costituzione, in (sottinteso)¹ combinato disposto con gli

* Articolo sottoposto a referaggio. Lo scritto è frutto di una riflessione comune. Ciononostante, i par. 1 e 2 sono da attribuire a Stefano Bellomo, i paragrafi 3 e 4 ad Antonio Preteroti, il par. 5 è da attribuire ad entrambi gli Autori.

¹ Cfr. i punti 7 e 8 della sentenza, dai quali si desume che la violazione dell'art. 3 Cost. è da riferire agli articoli 4 comma 1 e 35 Cost.

art. 4 comma 1 e 35 Cost.². Anche all'interno di tale profilo, sono state accolte solo alcune – non tutte – le argomentazioni utilizzate dal giudice *a quo*, e questa “selezione” operata dalla Corte costituzionale potrebbe avere riflessi sull'intera disciplina sanzionatoria in materia di licenziamenti, e in particolare sul *Jobs Act* (*infra*, par. 5).

Secondo il giudice remittente, la massima sanzione, sempre prevista in caso di licenziamento del tutto privo di rilevanza disciplinare (art. 18, comma 4, Stat. Lav.), non può essere rimessa alla valutazione del giudicante nel caso, sostanzialmente analogo, di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo insussistente. L'aspetto è ritenuto decisivo alla luce del fatto che, in quest'ultimo caso, il recesso dovrebbe essere privo in modo addirittura “manifesto” del requisito posto dalla legge per beneficiare dell'accesso alla tutela reale.

Il ragionamento seguito dal giudice remittente può essere scisso in due parti.

Sotto un primo profilo, da tale irragionevole distinzione di regimi deriverebbero effetti distinti e rimessi, in sostanza, alla arbitraria scelta del datore di lavoro di qualificare l'atto espulsivo come licenziamento disciplinare piuttosto che per motivo oggettivo, pur a fronte di un licenziamento in ambo i casi privo di qualsiasi giustificazione e basato su fatti inesistenti (v. in part. pp. 13-14).

Sotto un secondo profilo, il giudice remittente, in linea con una parte della giurisprudenza di legittimità³, ritiene impossibile individuare nell'art. 18, comma 7, St. lav. un obbligo di applicazione della tutela reale, mostrando così di non condividere l'opposto indirizzo interpretativo, che nella formula “può” intravede comunque un obbligo di applicazione della tutela reale⁴.

Secondo il giudice *a quo*, una lettura diversa, tesa a individuare un obbligo di applicazione della reintegrazione, si tradurrebbe in un'abrogazione della norma di legge da parte del giudicante, che si pone in contrasto con il sindacato accentratore di costituzionalità. È infatti sufficiente confrontare il comma 7 secondo periodo con l'art. 18, comma 4 St. lav. per constatare la differente *voluntas legis*.

La stessa struttura delle sanzioni per licenziamenti privi di giustificato motivo oggettivo evidenzia una netta graduazione rispetto ai comportamenti del datore di lavoro: infatti, l'applicazione obbligatoria della tutela reale è prevista per insussistenza dell'idoneità fisica o psichica del lavoratore o del superamento del periodo di comportamento (comma 7, primo periodo), l'applicazione su valutazione del giudice è prevista per manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento (secondo periodo) e la tutela

² Era stata sollevata anche la violazione degli artt. 24, 41, primo comma, e 111, secondo comma Cost.

³ Cass. 3 febbraio 2020, n. 2366. V. anche Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159, seppure in *obiter dictum*.

⁴ Cass. 13 marzo 2019, n. 7167. G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1, 2015, § 7, sia pure con riferimento alla sola ipotesi in cui difettino le ragioni organizzativo-produttive o il nesso di causalità; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 4-5, 2012, p. 791; A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti*, Cedam, Padova, 2013, pp. 163 ss.

indennitaria è prevista per altre, meno gravi, ipotesi di difetto del giustificato motivo oggettivo (terzo periodo).

Anche la soluzione proposta in giurisprudenza che si richiama ad alcuni criteri generali (il risarcimento in forma specifica con relativa valutazione di eccessiva onerosità) per l'individuazione di un criterio selettivo per l'accesso alla tutela reale⁵, secondo il giudice remittente, non è plausibile perché giungerebbe ad attribuire rilievo decisivo a fatti diversi da quelli (pretestuosi) posti a fondamento del licenziamento impugnato e ad esso addirittura sopravvenuti.

Questo, peraltro, avverrebbe (p. 17), ancora una volta, solo con riferimento al G.M.O. e non al licenziamento disciplinare, determinando di riflesso un'irragionevole distribuzione delle tutele.

2. Le argomentazioni a sostegno della dichiarazione di illegittimità costituzionale

Dei due descritti profili di violazione dell'art. 3 Cost., la Corte accoglie solo il secondo, relativo all'assenza di un criterio per la scelta della sanzione applicabile (punto 11): un esito, peraltro, già anticipato dalla dottrina⁶.

Pur muovendo dal presupposto (punto 8) che nell'ambito delle valutazioni discrezionali del legislatore, quanto alla individuazione della tutela, la reintegrazione non rappresenti «l'unico possibile paradigma attuativo» dei principi costituzionali⁷, la Corte ritiene ineludibili e in specie violati i principi di eguaglianza e di ragionevolezza (punto 9).

In particolare, attesa la scelta del legislatore imperniata sull'insussistenza del fatto quale elemento che impone la risposta sanzionatoria più energica della ricostituzione del rapporto di lavoro, si rivela «disarmonico e lesivo del principio di eguaglianza il carattere facoltativo del rimedio della reintegrazione per i soli licenziamenti economici». Neppure vengono prese in considerazione quelle letture alternative fornite dalla dottrina in merito alla lettura del «può» in termini di equità integrativa o di possibile motivata scelta da parte del giudice sulla base, ad esempio, della circostanza che il lavoratore abbia già reperito altra occupazione⁸.

⁵ Cass. 2 maggio 2018, n. 10435. Più di recente Cass. 31 gennaio 2019, n. 2930.

⁶ Espressamente V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, 2012, p. 558; e v. le conclusioni di O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in M. CINELLI-G. FERRARO-ID. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 246 ss.; M. MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro*, intervento in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, consultabile [sul sito](#) del Centro studi di diritto del lavoro europeo «Massimo D'Antona», 19 aprile 2012, p. 6, *Contra* P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, *ivi*, 7 maggio 2012, pp. 15-7.

⁷ Citando Corte cost. n. 194/2018, par. 9.2.

⁸ C. PISANI, *Dubbi (infondati) sull'insussistenza qualificata*, in *Diritto relazioni industriali*, 2021, pp. 868-9.

Anche il richiamo alla eccessiva onerosità è ritenuto dalla Corte inadeguato rispetto alla disciplina della reintegrazione, via via affinata come autonoma tecnica di tutela rispetto al paradigma dell'art. 2058 cod. civ. (punto 10.1). Infatti, tale ipotetico criterio, per un verso, si rivela indeterminato e improprio e, per altro verso, privo di ogni attinenza con il disvalore del licenziamento; infine, è determinato dalle scelte del responsabile dell'illecito e potrebbe dunque prestarsi a condotte elusive, anche tenuto conto della distanza di tempo tra il licenziamento e il provvedimento giudiziale dichiarativo della sua illegittimità. Per converso va evidenziato come la Corte, tuttavia, non attribuisca rilievo al fatto che anche nella tutela indennitaria di cui all'art. 18 comma 5 St. lav. possono assumere rilievo fatti diversi da quelli posti a fondamento del licenziamento impugnato. Nel calcolo dell'indennità, infatti, il giudice non si basa solo sull'anzianità e sul comportamento delle parti, ma deve tenere conto anche del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo. E la formulazione letterale della disposizione non sembra impedire di considerare situazioni sopravvenute all'illecito recessivo. È pur vero, tuttavia, che un conto è la netta distinzione di regime sanzionatorio tra tutela reale e tutela risarcitoria/indennitaria, altro conto è la graduazione nel *quantum* nell'ambito di quest'ultima.

E in ogni caso l'aspetto dirimente, come rileva l'ordinanza (p. 17) e come conferma la sentenza della Corte (punto 9 ult. capoverso), è che l'eventuale applicazione dell'art. 2058 c.c. sarebbe circoscritta all'ipotesi di un licenziamento connesso a un giustificato motivo oggettivo manifestamente inesistente e, al contempo, negata per ipotesi di contestazioni disciplinari del tutto infondate. Inoltre, accogliendo la teoria della eccessiva onerosità, questa avrebbe assunto rilievo per due volte, prima per escludere l'applicabilità della tutela reale e poi per commisurare l'indennità, e sempre con esclusivo riferimento al solo licenziamento per motivo oggettivo insussistente.

Complessivamente, l'aspetto considerato decisivo dalla Corte costituzionale attiene proprio alla salvaguardia ragionevole di una logica di unitarietà del sistema sanzionatorio rispetto alla gravità dei comportamenti del datore di lavoro, la quale non ha nulla a che vedere con le condizioni economiche dell'impresa. In altri termini, si reputa irragionevole che la reintegrazione non sia obbligata per il (solo) licenziamento economico, che peraltro esige un vizio di più accentuata gravità rispetto all'insussistenza pura e semplice del fatto (*infra*, par. 4).

Se questa è la *ratio* della decisione, potrebbe presto essere sollevata un'ulteriore questione di legittimità costituzionale – non sollevata dal giudice remittente – circa la ragionevolezza della previsione del criterio dell'insussistenza “manifesta” solo per i licenziamenti economici, che pure non è definito in modo preciso e al contempo determina (*rectius* seleziona) le ipotesi di applicazione della reintegrazione, al punto da

essere duramente criticato o considerato irrilevante da parte della dottrina⁹. Per quanto, a ben guardare, tra le righe della motivazione (cfr. punto 9) sembrerebbe emergere che la diversa “graduazione” dell’insussistenza del fatto tra motivo soggettivo e oggettivo rientri nel perimetro delle valutazioni discrezionali del legislatore, senza che ciò determini di per sé una violazione dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza. Violazione che, tuttavia, si potrebbe scorgere nell’assenza di criteri certi sui quali radicare la distinzione tra insussistenza manifesta e non manifesta.

3. Effetti sui processi in corso

La sentenza provvede ad eliminare il frammento della disposizione che rende la norma contraria alla Costituzione (“può applicare”), e introduce una parte della disposizione necessaria per renderla conforme al dettato costituzionale (“applica altresì”).

L’intervento sostitutivo esclude la necessità di un successivo intervento del legislatore, operando una riscrittura della disposizione in conformità al dettato costituzionale¹⁰.

L’effetto di cui all’art. 30, commi 1 e 3, l. n. 87/1953 (“le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”) implica che la declaratoria di illegittimità costituzionale produce effetto con la sola comunicazione del dispositivo, e non esclude l’estensione degli effetti della pronuncia ai rapporti giuridici sorti anteriormente ad essa, purché ancora pendenti e cioè non esauriti¹¹: il disposto difforme dal dettato costituzionale è radicalmente espunto dall’ordinamento, e non può produrre effetti giuridici vincolanti.

Quindi per tutti i procedimenti nei quali i lavoratori non siano incorsi in decadenza o nei quali sia ancora possibile impugnare il provvedimento secondo gli ordinari mezzi di impugnazione, la pronuncia può produrre effetto anche se la questione è sorta anteriormente alla sua pubblicazione.

⁹ M. PERSIANI, *Intervento*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, pp. 67-8; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2, 2012, p. 443; App. Torino 6 maggio 2014; Trib. Napoli 3 giugno 2013.

¹⁰ Per un precedente in tal senso v. Corte Cost. n. 251 del 2016, che non ha condotto ad interventi legislativi attuativi.

¹¹ Per rapporto giuridico “esaurito” si intende quel rapporto che, in applicazione della disciplina precedente alla pronuncia, fa ormai stato tra le parti, i loro eredi e gli aventi causa (art. 2909 cod. civ.) o che si connota per inoppugnabilità derivante dall’intervenuta prescrizione o decadenza della relativa situazione giuridica soggettiva. Ciò in linea costante con la giurisprudenza civile e amministrativa: Cass. Civ., sez. III, 11 aprile 1975, n. 1384; Cass. 1 febbraio 1996, n. 891, in *Lavoro e previdenza oggi*, 1997, 1012, Cass. civ. sez. III 28 luglio 1997 n. 7057; Cons. St., Sez. IV, 21 luglio 2000, n. 4035, in *Foro amministrativo*, 2000, 2619; Cass. 9 gennaio 2004, n. 113, in *Diritto e giustizia*, 2004, 7, p. 113 e con la dottrina G. ZAGREBELSKY, *Voce Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, 1987, XXXVI, p. 629: questo è l’effetto interpretativo del disposto legale (art. 30 l. n. 87/1953), alla cui stregua “Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

4. L'ambito di applicazione della disposizione a seguito della pronuncia

È opportuno soffermarsi su quali siano le ipotesi, per i rapporti di lavoro subordinato instaurati prima del 7 marzo 2015, nelle quali l'applicazione della sentenza sia destinata a produrre gli effetti sopra descritti. L'ambito di applicazione è circoscritto alle ipotesi di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Come ricorda il giudice delle leggi, l'orientamento giurisprudenziale¹² (e dottrinale¹³) prevalente, anzitutto, riconduce entro la nozione di fatto del quale verificare la sussistenza non solo le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento e il nesso causale che lega il recesso alle scelte organizzative del datore di lavoro, bensì anche l'assolvimento dell'obbligo di ripescaggio *id est* l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore, superando iniziali ricostruzioni di segno avverso¹⁴.

Poiché anche la singola carenza di uno dei requisiti, purché manifesta, può integrare il requisito della manifesta insussistenza¹⁵, è indubbio che l'ambito di applicazione della tutela reale – viepiù alla luce della sentenza n. 59/2021 che ne rende obbligata l'applicazione – si sia oggi dilatato, al punto che è lecito domandarsi quali siano i margini residui di applicazione della tutela indennitaria.

Questi si individuano senz'altro al di fuori delle ipotesi di cui al comma 7, primo periodo, nelle ipotesi nelle quali il licenziamento, pur ingiustificato, non sia insussistente in termini “manifesti” per ciascuna delle tre componenti che integrano la fattispecie. Di contro, potrebbe bastare ad esempio una palese violazione del solo nesso di causalità (lavoratore non addetto al reparto soppresso, o alle mansioni sostituite dalla macchina) o dell'obbligo di ripescaggio (conclamata disponibilità di posizioni lavorative di pari livello e categoria in concomitanza al recesso) per determinare l'applicazione dell'art. 18, comma 7, secondo periodo St. lav.

Un'ulteriore ipotesi di applicazione della tutela indennitaria, estranea all'ambito di applicazione della sentenza n. 59/2021, può osservarsi a fronte della violazione dei criteri di scelta in caso di soppressione

¹² Cass. 2 maggio 2018, n. 10435. Più di recente Cass. 11 novembre 2019, n. 29101-10; Cass. 8 gennaio 2019, n. 181; Cass. 5 dicembre 2018, n. 31496; Cass. 25 luglio 2018 n. 19732; Cass. 25 giugno 2018 n. 16702.

¹³ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*, cit., p. 800; V. SPEZIALE, *La riforma*, cit., p. 563; L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28.6.2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, pp. 137-138; P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, 1, I, p. 168; C. PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2013, 1, pp. 73 ss.; M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 4, 2012, p. 558; P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., pp. 274-5.

¹⁴ Ord. Trib. Milano 28 novembre 2012, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2013, 1, 152 ss. e ivi adesivamente G. SANTORO-PASSARELLI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e ambito della tutela risarcitoria*. V. anche Trib. Roma 8 agosto 2013; Trib. Varese 4 settembre 2013, in *Foro italiano*, 2013, 11, I, c. 3333; Trib. Genova 14 dicembre 2013.

¹⁵ Espressamente Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159.

di posizioni lavorative rispetto alle quali sia occupato in azienda personale omogeneo e fungibile¹⁶, poiché in tali ipotesi l'illiceità dell'atto non discende dalla carenza dei requisiti legali – insussistenza del fatto – per la soppressione di una posizione lavorativa, bensì dalle modalità di esercizio del potere di scelta del lavoratore da licenziare all'esito dell'accertamento di tale necessità di soppressione, che si appalesano contrarie ai principi di correttezza e buona fede.

Il criterio prevalentemente osservato dagli interpreti, come riconosciuto dal giudice delle leggi¹⁷, individua la manifesta insussistenza, nella radicale carenza di (almeno uno) dei tre presupposti di legittimità o della loro totale estraneità rispetto a quanto rappresentato all'atto dell'intimazione del recesso¹⁸, con dubbi in ordine alla ripartizione degli oneri probatori¹⁹ e alla necessità di un completo accertamento di merito²⁰.

A tal proposito non si è imposto quell'orientamento che, proprio alla luce dell'introduzione di uno specifico rito bifasico per i licenziamenti di cui al novellato art. 18 St. lav. (c.d. Rito Fornero, art. 1, commi 49 ss., l. n. 92/2012), circoscriveva la valutazione di manifesta insussistenza all'accertamento del fatto compiuto nell'ambito della fase sommaria del giudizio di primo grado contrassegnata, come noto, da limitati atti istruttori²¹. Anche tale ricostruzione, ove seguita, potrebbe però rivelare alcuni profili di irragionevolezza. Infatti solo nel licenziamento per motivo oggettivo l'accertamento dell'insussistenza (in quanto manifesta) sarebbe limitato alla fase sommaria speciale introdotta dalla legge n. 92/2012, mentre nel licenziamento disciplinare (in quanto insussistenza non diversamente qualificata) potrebbe essere accertata anche successivamente e cioè a cognizione piena.

¹⁶ C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 3, 2012, p. 577.

¹⁷ Si fa riferimento ad un non meglio precisato “vizio di più accentuata gravità rispetto all'insussistenza pura e semplice del fatto” (punto 9).

¹⁸ Oltre alla già citata Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159, si vedano A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 59; C. PISANI, *L'ingiustificata qualificazione del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 8-9, 2012, p. 745. Trib. Roma 13 febbraio 2015: “Il fatto adottato dal datore di lavoro come giustificato motivo oggettivo è “manifestamente insussistente” qualora esso non si sia verificato nella realtà (per esempio chiusura di un esercizio commerciale che continua ad operare)”.

¹⁹ A favore di un'inversione dell'onere della prova A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 59; C. PISANI, *op. cit.*, pp. 742-4.

²⁰ Per Trib. Trento 28 aprile 2014, ciò che rileva è che il grado di inadeguatezza della giustificazione adottata sia così palese da non richiedere un'approfondita attività istruttoria. Sarebbe manifesta l'insussistenza verificabile senza necessità di istruttoria o comunque in modo conoscibile *ex ante* dal datore di lavoro diligente secondo Trib. Milano 23 luglio 2014; Trib. Reggio Calabria, Ord., 3 giugno 2013. Per A. MARESCA, *Il nuovo regime*, *cit.*, p. 437, si tratterebbe di un concetto assimilabile al giudizio per direttissima *ex art.* 449 c.p.p.

²¹ V. FERRANTE, *Non c'è alternativa alla reintegra, in caso di manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo*, in corso di pubblicazione in *Diritto delle relazioni industriali*, 2021, (vers. 5 aprile), p. 4 “, sottolineando come “la caratteristica di un vizio “manifesto” non appartiene in nessun modo alla logica dell'ordinamento privatistico. Esso piuttosto sembra echeggiare una certa tradizione del giudizio amministrativo, a sottolineare una evidente abnormità, suscettibile di mettere in discussione il divieto di un controllo nel merito e, fors'anche, la stessa idoneità dell'atto alla produzione di effetti (TAR Roma, sez. III, 4/5/2020, n.4620; TAR Ancona, sez. I, 26/10/2020, n.615; TAR Trento, sez. I, 28/7/2017, n. 246)” e citando a tal proposito Cass. 1 febbraio 2019, n. 3129 e 13 marzo 2019, n.7167.

Anche questa riflessione consente però di ribadire (*supra*, par. 2) come l'incertezza interpretativa precedentemente addebitabile alla totale discrezionalità del giudice nell'applicazione della tutela reintegratoria ai sensi dell'art. 18, comma 7, si potrebbe riproporre intatta per la graduazione tra i concetti di insussistenza e insussistenza manifesta, giacché anche questa distinzione non è specificamente precisata dalla legge²² e peraltro è posta per il (solo) fatto-g.m.o. e non per i licenziamenti disciplinari.

5. I possibili risvolti sulla nuova disciplina del Jobs Act

Occorre aggiungere che dopo la sentenza n. 59/2021 diviene pacifico che, in situazioni di carenza di un giustificato motivo (sia esso soggettivo o oggettivo) entrambe connotate dalla pretestuosità, il licenziamento sia sanzionato sempre con la reintegrazione ai sensi dell'art. 18 comma 4 St. lav.

Alla luce della motivazione, i riflessi sull'art. 3 d. lgs. n. 23/2015 paiono a prima vista modesti. Poiché, in altri termini, l'irragionevolezza è individuata dalla Corte costituzionale solo con riferimento alla coerenza sistematica nel raccordo tra comma 4 e comma 7 dell'art. 18 St. lav., allora parrebbe difficile che le medesime argomentazioni possano riproporsi con riferimento al *Jobs Act*.

Nel *Jobs Act*, infatti, l'opzione legislativa pare chiara nell'obiettivo di circoscrivere tale sanzione solo al licenziamento disciplinare²³ e solo all'ipotesi, all'interno di tale fattispecie, di totale insussistenza di un inadempimento.

Tale scelta può ritenersi sistematicamente coerente con un complessivo obiettivo di *restraint* delle ipotesi di reintegrazione, chiaramente espresso anche dalla formula omnicomprensiva di apertura dello stesso art. 3, comma 1, nonché di diversificazione tra licenziamento oggettivo e licenziamento disciplinare, intese come fattispecie ontologicamente distinte e autonomamente regolabili sul piano sanzionatorio²⁴.

La previsione del comma 7 dell'art. 18 St. lav., che non impedisce l'applicazione delle tutele contemplate per i licenziamenti disciplinari o discriminatori qualora, nel corso del giudizio il licenziamento risulti ad essi riconducibile, potrebbe esprimere secondo taluni una *ratio* coerente sul piano sistematico per differenziare le tutele tra motivo disciplinare e motivo oggettivo di licenziamento²⁵. E tuttavia l'ipotesi si

²² In q. senso *Ibid.*, p. 3.

²³ Sulla legittimità di tale delimitazione F. GHERA, *Diversificazione delle discipline del licenziamento e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Diritto lavoro variazioni*, 3, 2016, consultabile sul sito.

²⁴ G. PELLACANI, *Licenziamento per motivi economici illegittimo, "manifesta insussistenza" e reintegrazione nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: il legislatore scrive "può", la Corte costituzionale sostituisce con "deve"*, in Working Papers Centro Studi Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona".IT – 436/2021, p. 7 e in corso di pubblicazione in *Lavoro Diritti Europa*, 2, 2021, richiamando anche P. TOSI, E. PUCETTI, *Il licenziamento per motivi economici al vaglio della consulta*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, 2020, § 3.

²⁵ C. ZOLI, *Il puzzle dei licenziamenti ed il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela*, in Working Papers Centro Studi Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona", n. 428/2020, p. 28, richiamato da G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 8.

realizza solo sulla base della domanda formulata dal lavoratore, con un onere della prova aggiuntivo posto a carico del medesimo, peraltro non facile da assolvere.

Proprio questa differenza potrebbe evidenziare come nel sistema del *Jobs Act* tale precisazione non sarebbe necessaria, posto che tutte le ipotesi di licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo ricadono nel sistema di tutela indennitario, salvo le ipotesi “gravissime” di licenziamento discriminatorio o comunque invalido, e quella parimenti eccezionale dell’addebito di un inadempimento non imputabile. Di tali considerazioni sembra tener conto la sentenza odierna, nella parte in cui circoscrive la valutazione di irragionevolezza (punti 9 ss.) al mero profilo dell’opzione sanzionatoria posta in capo al giudice, ribadendo in più passaggi la discrezionalità legislativa in ordine alle tutele da accordare²⁶.

In questo modo, però, la Corte sembrerebbe eludere, quella parte dell’ordinanza di rimessione (*supra*, par. 1) che desume l’irragionevolezza della distribuzione delle tutele dal loro ancoraggio alla qualificazione dell’atto espulsivo, intesa come momento di scelta rimesso al datore di lavoro. Da questo punto di vista, innanzi alla critica minuziosamente rivolta dalla Corte all’art. 18 comma 7 St. lav. (probabilmente condizionata dal quesito posto dal remittente), per l’attribuzione di una valutazione giudiziale disancorata da qualsiasi criterio, sembra passare in secondo piano la questione, altrettanto rilevante, degli spazi di discrezionalità nell’applicazione del regime sanzionatorio che il legislatore parrebbe lasciare al datore di lavoro.

Tuttavia, la Corte non manca di rilevare (punto 9) che “l’esercizio arbitrario del potere di licenziamento, sia quando adduce a pretesto un fatto disciplinare inesistente sia quando si appella a una ragione produttiva priva di ogni riscontro, lede l’interesse del lavoratore alla continuità del vincolo negoziale e si risolve in una vicenda traumatica, che vede direttamente implicata la persona del lavoratore” o che “l’insussistenza del fatto, pur con le diverse gradazioni che presenta nelle singole fattispecie di licenziamento, denota il contrasto più stridente con il principio di necessaria giustificazione del recesso del datore di lavoro, che questa Corte ha enucleato sulla base degli artt. 4 e 35 Cost.”. Pertanto, in prospettiva futura, pare difficile circoscrivere la suddetta riflessione alla mera circostanza che il giudice debba e non possa applicare la tutela reale, e non anche alla circostanza che in ambo i casi di pretestuosità il lavoratore necessiti di una maggior, o comunque analoga, tutela sostanziale.

Ciò è particolarmente evidente per la disciplina applicabile ai lavoratori assunti dal 7 marzo 2015 poiché nel d. lgs. n. 23/2015 esiste uno squilibrio tra le due fattispecie, tale per cui la scelta del motivo di recesso (soggettivo o oggettivo) potrebbe attribuire al datore di lavoro, nel secondo caso, la certezza di non incorrere nella sanzione della reintegrazione.

²⁶ Passaggi sostenuti con forza anche dall’Avvocatura dello Stato (punto 2.1.3) per richiedere l’inammissibilità del *petitum* additivo/manipolativo.

Pertanto, di fronte alla medesima pretestuosità del recesso in ambo i casi, derivante dalla insussistenza della motivazione addotta, la conseguenza sanzionatoria è differente a seconda della qualificazione che il datore di lavoro attribuisce al licenziamento. *Ergo*, da un lato, è il datore di lavoro di fatto a selezionare arbitrariamente la tutela applicabile, dall'altro lato, il legislatore, a fronte di due fattispecie sostanzialmente identiche (connotate entrambe dall'insussistenza dei fatti e della motivazione) prevede due risposte sanzionatorie diverse. Si può pensare alle ipotesi di un licenziamento per un riassetto organizzativo inesistente o di una sostituzione con un macchinario mai arrivato nell'unità produttiva, per rinvenire ben poche differenze rispetto ad un procedimento disciplinare per inadempimenti non commessi dal lavoratore o allo stesso non imputabili, ma una cornice sanzionatoria ben diversa, anche dopo l'intervento del c.d. decreto dignità perché resta esclusa la tutela ripristinatoria, salvo che il dipendente riesca a dimostrare – con onere della prova a proprio carico – la ricorrenza *ex art. 1345 c.c.* di un motivo illecito unico e determinante sotteso all'atto espulsivo. Il problema riguarda, dunque, il licenziamento pretestuoso (in quanto totalmente immotivato) ma non connotato da una comprovata motivazione illecita *ex art. 1345 c.c.*, cui a seconda della qualificazione prescelta dal datore di lavoro nell'atto di intimazione sono riservati due regimi sanzionatori completamente diversi, palesandosi una assai probabile violazione dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza.

In effetti, sebbene, come ha ribadito in più occasioni la stessa Corte Costituzionale²⁷, le garanzie volte a temperare il «potere di recesso del datore di lavoro» siano «affidate alla discrezionalità del legislatore, sia nella scelta dei tempi sia dei modi d'attuazione», è pur vero che il legislatore non può introdurre tutele differenziate a fronte di fattispecie che presentino tratti identici.

Se l'irragionevolezza si individuasse nella simmetrica distribuzione di tutele tra licenziamenti ingiustificati e pretestuosi, ma in una evidente asimmetria all'interno di questi ultimi, e nel fatto che il datore sia di fatto libero di scegliere mediante la lettera di intimazione il regime sanzionatorio, sarebbe allora certa quanto prossima un'ulteriore declaratoria di illegittimità costituzionale anche per l'art. 3²⁸.

Questo non sembra però l'avviso della Corte costituzionale, che in questo caso si limita ad escludere la discrezionalità del giudice nella scelta della sanzione, ma non considera – alla luce del quesito posto – quella indirettamente attribuita al datore di lavoro per mezzo di una legislazione sanzionatoria distinta in base alle fattispecie di licenziamento.

E, tuttavia, lo sviluppo della motivazione della sentenza – tutta basata su un costante raffronto tra il regime sanzionatorio riservato alle motivazioni di natura oggettiva e a quelle di natura soggettiva, e che

²⁷ Corte cost. n. 46 del 2000, punto 5, che a sua volta rinvia ai propri precedenti: Corte cost. n. 194 del 1970, Corte cost. n. 129 del 1976 e Corte cost. n. 189 del 1980.

²⁸ In q. senso le riflessioni di G. PELLACANI, *Licenziamento per motivi economici illegittimo*, cit., p. 10.



muove dal presupposto secondo cui l'insussistenza del fatto (sia essa manifesta o meno) debba trovare una identica risposta sanzionatoria in entrambe le fattispecie – potrebbe condurre proprio all'esito prospettato.

Il dedalo delle limitazioni assolute dell'accesso civico generalizzato

Il sistema di limitazioni dell'accesso civico generalizzato si fonda su una netta linea di demarcazione tra limiti "assoluti", in cui il giudizio di meritevolezza dell'istanza è già escluso a monte dal legislatore (art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013) e limiti "relativi" che impongono, volta per volta, all'Amministrazione una delicata attività di ponderazione del diritto di accesso civico con gli interessi (pubblici e privati) al riserbo considerati dalla norma, al fine di stabilire quale dei due diritti prevalga nel caso concreto (art. 5-bis, commi 1 e 2 d.lgs. n. 33 del 2013).

Senonché, nello stabilire i casi di esclusione "assoluta", il legislatore, anziché individuarli direttamente, lo ha fatto con la tecnica del "rinvio" all'art. 24, comma 1, legge n. 241 del 1990, norma che, a sua volta, contiene una serie di "rinvii" ad altre normative, alcune delle quali di rango "secondario", che in gran parte non sono ancora state emanate ed il cui spazio regolamentare non è di agevole decifrazione.

Il sistema rischia di entrare in crisi nella misura in cui questo meccanismo di "rinvii multipli a cascata" a fonti regolamentari non trascini nell'ambito delle limitazioni "assolute" anche le categorie di interessi elencati dall'art. 5-bis, commi 1 e 2, d.lgs. n. 33 del 2013, privando queste ultime disposizioni di un distinto ed autonomo spazio applicativo.

Sommario: 1. Premessa. 2. La disciplina delle limitazioni assolute dell'accesso civico generalizzato (art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013). 3. Il rinvio ai casi direttamente previsti dall'art. 24, comma 1, legge n. 241 del 1990 ed agli altri casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge. 4. Il rinvio ai casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dal regolamento governativo di cui al comma 6 dell'art. 24 legge n. 241 del 1990. 5. I regolamenti amministrativi delle singole Amministrazioni ex art. 24, comma 2, legge n. 241 del 1990. 6. Il rinvio di cui all'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 ai casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dalle P.A. ai sensi del comma 2 dell'art. 24 legge n. 241 del 1990.

1. Premessa.

Certamente l'introduzione dell'accesso civico generalizzato nel nostro ordinamento ha costituito un notevole passo in avanti verso la effettiva realizzazione del "principio di trasparenza"¹ e dei suoi correlati valori costituzionali, a cominciare dallo stesso "principio di democraticità" (art. 1 Cost.)².

Sappiamo, nel contempo, che la riforma attuata con il d.lgs. n. 97 del 2016 è intervenuta su un tessuto normativo già strutturato e stratificato da tempo, prevedente eterogenee tipologie di accesso ai documenti amministrativi ed alle informazioni detenute dalla P.A., rispetto alle quali non sono stati approntati lineari ed efficaci strumenti di coordinamento³.

Di qui lo sforzo dell'interprete di addivenire ad una << lettura unitaria, armonizzante, integratrice tra le singole discipline ... in termini di complementarità ... >>, da estendere a tutte le tipologie di accesso in una << logica ermeneutica di integrazione >>⁴.

Vero è, però, che il trapianto di organi su tessuti preesistenti può ingenerare fenomeni di "rigetto", soprattutto quando non si tenga in debito conto le differenti

¹ Cons. St., A.P., 2 aprile 2020, n. 10: << 22.5. Anche nel nostro ordinamento l'evoluzione della visibilità del potere, con la conseguente accessibilità generalizzata dei suoi atti sul modello del FOIA, è la storia del lento cammino verso la democrazia e, con il progressivo superamento degli arcana imperii di tacitiana memoria, garantisce la necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica (Corte cost., 7 maggio 2002, n. 155). >>; << 22.6. Il principio di trasparenza, che si esprime anche nella conoscibilità dei documenti amministrativi, rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto, se è vero che la democrazia, secondo una celebre formula ricordata dallo stesso parere n. 515 del 24 febbraio 2016, è il governo del potere pubblico in pubblico ... >>.

² Come noto, l'art. 1 d.lgs. n. 33 del 2013 (come riformato dal d.lgs. n. 97 del 2016) assegna alla trasparenza lo "scopo di ... favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche" (comma 1), riconoscendo espressamente che essa "concorre ad attuare il principio democratico", in quanto "condizione di garanzia ... dei diritti politici e sociali ..." (comma 2).

³ Tale aspetto è stato ampiamente criticato dalla dottrina (tra gli altri, vedasi Deodato, C., *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?*, www.giustizia-amministrativa.it, 20 dicembre 2017; e Lipari M., *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive*, Federalismi.it n. 17/2019, per il quale << Sarebbe stato auspicabile .. che almeno nella legge n. 241/1990 si prevedesse un rinvio di più chiaro coordinamento. >>.

⁴ Sono le parole di Cons. St., A.P. n. 10 del 2020, che, al riguardo, osserva quanto segue: << 25.1. Ma in linea generale il rapporto tra le due discipline generali dell'accesso documentale e dell'accesso civico generalizzato e, a sua volta, il rapporto tra queste due discipline generali e quelle settoriali – si pensi, tra le più importanti, all'accesso civico di cui all'art. 10 del d. lgs. n. 267 del 2000 e a quello ambientale di cui all'art. 3 del d. lgs. n. 195 del 2005 – non può essere letto unicamente e astrattamente, secondo un criterio di specialità e, dunque, di esclusione reciproca, ma secondo un canone ermeneutico di completamento/inclusione, in quanto la logica di fondo sottesa alla reazione tra le discipline non è quella della separazione, ma quella dell'integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze, in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo che rifugge in sé da una segregazione assoluta "per materia" delle singole discipline. >>.

caratteristiche dell'organo ospitato rispetto al tessuto ospitante e le condizioni di salute di quest'ultimo.

E pare proprio che una qualche sottovalutazione di questo rischio si sia verificata nel concepimento della disciplina delle “limitazioni assolute” dell'accesso civico generalizzato (art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013) che, con un gioco di rimandi alla disciplina dell'accesso documentale (art. 24 legge n. 241 del 1990), sembra un vero e proprio dedalo scuro ed inestricabile, la cui via di uscita non è agevole trovare.

2. La disciplina delle limitazioni assolute dell'accesso civico generalizzato (art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013).

L'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 individua una serie di limiti all'accesso civico in considerazione di alcuni rilevanti interessi (pubblici e privati) ritenuti dallo stesso legislatore assolutamente prevalenti rispetto al diritto di accesso (*“Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, accesso è escluso nei casi di ...”*)⁵.

La determinazione dei suddetti limiti è coperta da “riserva di legge”⁶, con conseguente divieto per le fonti regolamentari di intervenire a disciplinare gli oggetti riservati.

Benchè la norma utilizzi una terminologia apparentemente evocativa di una “riserva assoluta” (*“nei casi di ..”*), non pare dubitabile che detta “riserva di legge” sia da intendere come “relativa”.

Né è dubitabile, stante il principio generale di trasparenza e la valenza costituzionale del connesso diritto, che le limitazioni dell'accesso civico generalizzato (ed in specie quelle previste dal comma 3 dell'art. 5-bis) debbano considerarsi fattispecie “eccezionali”, con conseguente divieto di interpretazione estensiva e di applicazione analogica⁷.

⁵ Art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013: *“Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990.”*

⁶ Vedi Cons. St., A.P. n. 10 del 2020: << 23.8. *La disciplina delle eccezioni assolute al diritto di accesso generalizzato è coperta, dunque, da una riserva di legge, desumibile in modo chiaro dall'art. 10 CEDU, quale norma interposta ai sensi dell'art. 117 Cost., e la loro interpretazione non può che essere stretta, tassativizzante.* >>.

⁷ In tal senso, già prima di Cons. St., A.P. n. 10 del 2020, vedasi sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546; sez. III 5 giugno 2019, n. 3780 e Tar Napoli, sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486. Significativa, al riguardo, anche la motivazione del decreto n. 4574 del 31 luglio 2020 con cui il Presidente della III Sezione ha sospeso l'esecutorietà della sentenza del Tar Roma, sez. I-quater, 22 luglio 2020, n. 8615 che aveva

Dette limitazioni sono definite “assolute”, nel senso che vincolano tutte le P.A., senza che residui alcun margine di apprezzamento discrezionale del caso concreto, stante che il giudizio di meritevolezza dell’istanza è già definito in astratto dal legislatore: ne deriva che nei casi suddetti l’Amministrazione esercita un potere vincolato, dovendo soltanto verificare la ascrivibilità della fattispecie concreta alla categoria di limitazioni prevista dalla norma e, qualora detta verifica dia esito positivo, negare l’accesso ⁸.

Sin qui *nulla quaestio*.

Senonchè, nel momento in cui il legislatore ha stabilito i casi di esclusione “assoluta”, invece che individuarli direttamente, delimitando rigorosamente l’oggetto della riserva di legge, lo ha fatto con la tecnica del rinvio all’art. 24, comma 1, legge n. 241 del 1990 (“.. *inclusi quelli di cui all’articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990.*”).

Norma, quest’ultima, che contiene a sua volta una serie di “rinvii” ad altre fonti normative, alcune delle quali di rango “primario, altre di rango “secondario”, circostanza che rende di difficile ed incerta decifrazione l’individuazione delle esclusioni “assolute” dell’accesso civico generalizzato ⁹.

3. Il rinvio ai casi direttamente previsti dall’art. 24, comma 1, legge n. 241 del 1990 ed agli altri casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge.

annullato il diniego opposto dal Dipartimento della Protezione civile ad un’istanza di accesso civico generalizzato ai verbali del Comitato tecnico scientifico prodromici all’emanazione dei D.P.C.M. contenenti le misure di contrasto alla diffusione del virus Covid-19.

⁸ Vedi Cons. St. a.p. n. 10 del 2020: << 24.3. *Le eccezioni assolute sono state previste dal legislatore per garantire un livello di protezione massima a determinati interessi, ritenuti di particolare rilevanza per l’ordinamento giuridico, come è in modo emblematico per il segreto di Stato, sicché il legislatore ha operato già a monte una valutazione assiologica e li ha ritenuti superiori rispetto alla conoscibilità diffusa di dati e documenti amministrativi. 24.4. In questo caso la pubblica amministrazione esercita un potere vincolato, che deve essere necessariamente preceduto da un’attenta e motivata valutazione in ordine alla ricorrenza, rispetto alla singola istanza, di una eccezione assoluta e alla sussunzione del caso nell’ambito dell’eccezione assoluta, che è di stretta interpretazione. >>.*

⁹ La Sezione consultiva del Consiglio di Stato, con il parere reso sullo schema di decreto legislativo (n. 515/2016 del 24 febbraio 2016), valutava come << Particolarmente opportuno, anche ai fini di coordinamento, .. il rinvio che il comma 3 effettua nei confronti del regime di esclusioni sancito dall’articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990. >>. Critico, invece, sin dall’inizio nei confronti di tale tecnica normativa Carloni E., *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, Diritto Amministrativo, 4, 2016 (579 ss.) secondo il quale << Questa previsione è quella forse più problematica dell’intero istituto, che peggio si integra nel nuovo sistema: sia per la sua potenziale ampiezza-indeterminatezza (frutto anche di un sistema di limiti che si apre ad altri che rinviano ad ulteriori, in un circuito vizioso di rinvii “circolari”, che se non interrotto rischia di trasformare il comma 3 in una sorta di “buco nero” della trasparenza), sia per il fatto che qui l’accesso è non solo “limitato” ma “escluso” senza che operino meccanismi di bilanciamento. >>.

Particolari problematiche non si pongono per il rinvio all'art. 24, comma 1, della legge n. 24 del 1990, nella parte in cui quest'ultima norma individua direttamente alcuni casi di esclusione dell'accesso e nella parte in cui rinvia ad altri “*casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge*”, fatti salvi gli adattamenti del caso in considerazione della diversità dei due tipi di accesso ¹⁰.

Non è in discussione la sottrazione all'accesso civico generalizzato dei “*documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni*” [art. 24, comma 1, lett. a)].

Né sussistono dubbi sul fatto che l'accesso civico generalizzato agli atti dei “*procedimenti tributari*” sia subordinato al rispetto delle “*particolari norme*” che regolano tali atti [art. 24, comma 1, lett. b)].

Quanto ai documenti afferenti alla “*attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione*” [art. 24, comma 1, lett. b)], coerenza di sistema impone un'interpretazione in linea con quella già consolidata per l'accesso documentale ex L. 241 del 1990 ¹¹; trattasi di un caso di esclusione sul quale la giurisprudenza ha già avuto occasione di pronunciarsi ¹².

¹⁰ Al riguardo Anac, con le “*Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del D.Lgs. 33/2013*” adottate con delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 (delibera Anac n. 1309 del 2016), rileva quanto segue: << *Con riferimento a quest'ultima indicazione normativa, va registrato che essa delinea una parziale sovrapposizione delle eccezioni assolute dell'accesso generalizzato con quelle previste nella l. 241/1990. Stanti, tuttavia, le diverse finalità dei due istituti, l'individuazione di queste esclusioni, come si avrà modo di chiarire in seguito, si rivela di particolare delicatezza. In generale, il rinvio della disciplina dell'accesso generalizzato a quella delle esclusioni della legge 241/1990 non può che essere letto alla luce delle finalità di ampia disclosure sottesa alla nuova normativa e richiamate nella prima parte di queste linee guida.* >>.

¹¹ Vedasi delibera Anac n. 1309 del 2016: << *Analogamente ai procedimenti tributari, per quanto concerne l'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione per i quali il legislatore tiene ferme le particolari disposizioni che ne regolano la formazione, l'accesso agli atti prodromici è di norma escluso. Si tratta, in realtà, di un'esclusione non assoluta, perché in qualche caso, una volta definito il procedimento con l'adozione dell'atto finale, può essere consentito l'accesso agli atti. Anche in queste ipotesi, l'amministrazione può fare uso del potere di differimento.* >>.

¹² Vedi Cons. St., sez. IV, 20 aprile 2020, n. 2496 e Tar Roma, sez. II-ter, 7 agosto 2018, n. 8862, per i quali è legittimo il diniego dell'istanza di accesso civico generalizzato volta ad acquisire dal Comando generale della Guardia di Finanza i dati del “*Sistema informativo sugli impieghi delle risorse umane*” (contenenti il numero delle ore/personone effettivamente impiegate da tutto il personale del Corpo, distinto per missioni/funzioni), atteso che tali dati costituiscono lo strumento di analisi per la “*Programmazione operativa annuale della Guardia di Finanza*” adottata ad inizio anno dal Comandante generale del Corpo. Vedi anche Tar Roma, I-quater, 22 luglio 2020, n. 8615, che ha annullato il diniego opposto dal Dipartimento della Protezione civile ad un'istanza di accesso civico generalizzato ai verbali del Comitato tecnico scientifico prodromici all'emanazione dei d.P.C.M. contenenti le misure di contrasto alla diffusione del virus Covid-19, in base alla considerazione che

Nessun dubbio sussiste, infine, per l'esclusione prevista dalla lett. d) dell'art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990 (*“nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi”*), trattandosi di un caso in cui vengono in considerazione quelle “categorie particolari di dati personali” di cui all'art. 9, comma 1, del Regolamento 27 aprile 2016, n. 2016/679/UE, di cui è vietato il trattamento.

Detto caso di esclusione è ricompreso, invero, in una fattispecie limitatrice di più ampia portata, riguardante tutti i c.d. dati “sensibilissimi” o “ultrasensibili” (ovvero i *“dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona”*, secondo la definizione di cui all'art. 9, comma 1, del Regolamento UE 2016/679), che, come ripetutamente chiarito dal Garante per la protezione dei dati personali, non sono mai ostensibili tramite accesso civico generalizzato per effetto di una serie di norme contenute nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (artt. 2-septies) e nello stesso d.lgs. n. 33 del 2013 (art. 7-bis, comma 3, e art. 26, comma 4) ¹³.

Sempre con riferimento agli *“altri casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge”*, non può dubitarsi della inaccessibilità degli atti per i quali sussiste un “segreto istruttorio penale” ex art. 329 Codice Procedura Penale, secondo i principi elaborati dalla giurisprudenza per l'accesso documentale ¹⁴.

Altro caso di esclusione “assoluta” di cui non pare potersi dubitare riguarda i documenti aventi una “classifica di segretezza” ex legge 3 agosto 2007, n. 124 e

essi non sono “atti normativi” e neppure “atti amministrativi generali” ex art. 24, comma 1, L. 241/90, bensì atti atipici emanati in base a decreto Legge e sulla base di circostanze eccezionali e temporalmente limitate.

¹³ Vedi parere Garante n. 188 del 9 aprile 2017, per il quale non è ostensibile l'elenco dei beneficiari di pensione privilegiata, in quanto detta pensione è destinata ai militari che hanno subito infermità o lesioni per fatti di servizio e l'accesso comporterebbe la conoscenza, anche indiretta, di dati idonei a rivelare lo stato di salute dei beneficiari; parere Garante n. 98 del 21 febbraio 2018, con riferimento ad un'istanza di accesso ad una nota inviata da una P.A. ad un'altra P.A. contenente dati ed informazioni sullo stato di salute di un dipendente; parere n. 226 del 16 aprile 2018, relativo ad un'istanza di accesso agli atti istruttori di un procedimento di concessione di spazi di sosta per persone disabili ed in particolare alle istanze e relative dichiarazioni rese dagli interessati contenenti dati idonei a rivelare il loro stato di salute; parere n. 2 del 10 gennaio 2019, per il quale non sono ostensibili gli atti di “audit” clinico e gli atti della successiva procedura di approfondimento condotta dal “risk manager” a seguito di un decesso avvenuto in un ospedale.

¹⁴ Vedi Tar Roma, sez. II-quater, 28 luglio 2017, n. 9043, che ha riconosciuto ad un cittadino il diritto di accesso civico generalizzato agli atti adottati dall'Autorità amministrativa a seguito di un verbale elevato dai carabinieri nei confronti di determinati soggetti per contravvenzioni alla normativa sugli scarichi, non ravvisando in quel caso un “segreto istruttorio penale”.

d.P.C.M. 6 novembre 2015, n. 5 e ciò a prescindere dall'interesse alla cui salvaguardia la classifica è preordinata, trattandosi di documenti aventi un particolare *status* di "segretezza" superabile soltanto mediante l'accesso difensivo ex art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990 e con particolari modalità di ostensione stabilite dalla norma ¹⁵.

Esclusi in via assoluta dall'accesso civico generalizzato sono anche i documenti per i quali sussiste il "segreto bancario" nella accezione elaborata dalla giurisprudenza ¹⁶.

Altra fattispecie di esclusione "assoluta" sono rappresentate dai casi differimento e di esclusione dell'accesso agli atti delle procedure contrattuali previsti dall'art. 53 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), nonché dai "contratti secretati" ex art. 162 d.lgs. del medesimo Codice, che costituiscono anch'essi un altro caso di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsto dalla legge ¹⁷.

4. Il rinvio ai casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dal regolamento governativo di cui al comma 6 dell'art. 24 legge n. 241 del 1990.

Le incongruenze ordinamentali cominciano ad affiorare nella parte in cui l'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013, nel rinviare all'art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990, sembra volersi riferire anche ai casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dal regolamento governativo di cui al comma 6 dell'art. 24 della medesima legge n. 241.

Come noto, quest'ultima disposizione demanda ad un apposito regolamento governativo (fonte secondaria) l'individuazione delle limitazioni all'accesso correlate ad alcuni interessi (pubblici e privati), le cui esigenze di tutela possono risultare prevalenti rispetto al diritto di accesso.

Trattasi di un tipico "regolamento di delegificazione" ai sensi dell'art. 17, comma 2, legge 23 agosto 1988, n. 400, ancorchè il compito del legislatore di determinare le "norme generali regolatrici della materia" risulti minimamente assolto con l'indicazione di una serie di categorie generali di interessi potenzialmente in conflitto con l'accesso ¹⁸, rispetto ai quali al regolamento governativo è rimessa l'individuazione

¹⁵ Così Tar Reggio Calabria 20 aprile 2021, n. 306.

¹⁶ Tar Roma sez. II-bis, 27 luglio 2017, n. 9023 e sez. I, 22 febbraio 2021, n. 2147.

¹⁷ Vedi Cons. St. n. 10 del 2020.

¹⁸ Si è parlato, al riguardo, di limitazioni "a fattispecie elastica" in cui << .. la norma designa in modo impreciso – con locuzione permissiva – tra i criteri direttivi della clausola autorizzativa del regolamento il fatto che comporta l'esclusione dell'accesso, demandando all'autorità amministrativa il compito di valutarne la sussistenza o meno

dei singoli “casi” di esclusione mediante l’elencazione dei documenti esclusi dall’accesso ¹⁹.

A prescindere dalla questione se l’adozione di detto regolamento debba ritenersi obbligatoria oppure una mera facoltà del Governo ²⁰, resta il fatto che, a distanza di sedici anni dalla sua previsione, esso non è stato ancora emanato.

Invero, il Governo, dando (parziale) attuazione all’art. 23, commi 2 e 3, della legge 11 febbraio 2005, n. 15 (di modifica della legge n. 241 del 1990) ²¹, ha emanato il d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 (Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi), con cui si è limitato a dettare alcune norme di natura procedimentale ed a stabilire alcune norme sul “differimento” dell’accesso (art. 9, commi 2 e 3), rinviando, per quanto riguarda la “Disciplina dei casi di esclusione” ex art. 24, comma 6, l. 241 del 1990, ad altro regolamento governativo (artt. 10 e 15).

Ne consegue che monca è rimasta la regolamentazione “a regime” delle limitazioni dell’accesso documentale ex l. n. 241 del 1990, sì che tale mancanza si riflette sulla disciplina delle limitazioni “assolute” dell’accesso civico generalizzato, a cui il combinato disposto di cui all’art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 e art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990 sembra riferirsi.

in relazione al tipo di interesse e/o alle attività che possono essere pregiudicati dall’accesso. >> (Baccarini S, Codice dell’azione amministrativa, Giuffrè, 2011).

¹⁹ Si è rilevato, al riguardo, che << .. il nuovo art. 24 non afferma semplicemente che l’accessibilità riguardi i documenti non riconducibili, astrattamente, alle categorie generali di cui all’art. 24, comma 6, ma fa riferimento al dato formale della concreta elencazione dei documenti all’interno del regolamento. Si tratta di un’impostazione sulla carta molto apprezzabile, che esprime coerentemente il principio della massima trasparenza, ma piuttosto rischiosa, perché la ricognizione analitica di tutti i documenti sottratti all’accesso rappresenta un’operazione titanica, anche solo nell’ambito delle amministrazioni statali. Del resto, questa stessa evidente difficoltà aveva costituito la piana giustificazione della decisione riguardante la redazione finale del regolamento n. 352/1992, che stabilisce esclusioni per “categorie generali” e non già per indicazioni analitiche di atti. >> (Lipari M., op. cit.).

²⁰ A favore della facoltatività del regolamento governativo sembrerebbe alludere il tenore letterale della norma (“... il Governo può prevedere ...”), ma a favore della obbligatorietà vi è l’argomento logico-sistematico che si basa sulla semplice constatazione che da esso dipende (come vedremo) l’abrogazione della vecchia disciplina delle limitazioni dell’accesso e quindi, in definitiva, l’entrata in vigore della riforma della disciplina dell’accesso di cui alla l. n. 15 del 2005. Sul punto, vedasi ancora Lipari M., op. cit., che osserva che << Se è vero che il Governo ben può scegliere di non esercitare il potere regolamentare previsto da una norma primaria, nel caso in esame l’adozione di una normativa secondaria costituiva il presupposto per l’entrata in vigore delle stesse disposizioni legislative. >>.

²¹ L’art. 23, comma 2, l. n. 15 del 2005 prevedeva che “Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Governo è autorizzato ad adottare, ai sensi dell’articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, un regolamento inteso a integrare o modificare il regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 27 giugno 1992, n. 352, al fine di adeguarne le disposizioni alle modifiche introdotte dalla presente legge.”; il comma 3 stabiliva che “Le disposizioni di cui agli articoli 15, 16 e 17, comma 1, lettera a), della presente legge [ovvero i novellati artt. 22, 24 e 25, comma 4, l. n. 241 del 90] hanno effetto dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2 del presente articolo.”.

Ciò significa che, fin quando il regolamento governativo ex art. 24, comma 6, l. n. 241 del 1990 non sarà stato emanato, non si porrà, in pratica, il problema della applicabilità dei relativi casi di esclusione all'accesso civico generalizzato.

Appare, comunque, sin d'ora evidente l'incongruenza ordinamentale data dal fatto che gli interessi menzionati nell'art. 24, comma 6, l. n. 241 del 1990 [a) "*sicurezza e ... difesa nazionale, ... esercizio della sovranità nazionale e ... continuità e ... correttezza delle relazioni internazionali ..*"; b) "*politica monetaria e valutaria ..*"; c) "*tutela dell'ordine pubblico, ... prevenzione e ... repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini*"; d) "*vita privata o ... riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ...*"; e) "*... attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato.*"], che, una volta emanato il regolamento governativo dovrebbero rappresentare casi di esclusione "assoluta" dell'accesso civico generalizzato, coincidono sostanzialmente con quegli stessi interessi (pubblici e privati) che i commi 1 e 2 dell'art. 5-bis D.Lgs. 33/2013 individua come possibili motivi di esclusione "relativa" e per i quali il legislatore richiede la ponderazione, volta per volta, degli interessi in gioco sulla base del criterio del "pregiudizio concreto" ("*se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela ...*").

Di qui la conclusione su cui convergono gli interpreti, secondo la quale, nonostante il richiamo testuale all'intero art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990, non potranno costituire eccezioni "assolute" ai sensi dell'art. 5-bis, comma 3, D.Lgs. 33/2013 le limitazioni all'accesso riguardanti gli interessi previsti dall'art. 24, comma 6, l. n. 241 del 90.

Tesi che, oltre che sul piano letterale (l'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. 33 del 2013 richiama soltanto il comma 1 dell'art. 24 e non anche il comma 6, sì che *ubi voluit dixit*), si fonda su argomentazioni di carattere logico-sistematico, che impongono di tenere conto della successione delle leggi nel tempo e della semplice constatazione che una diversa interpretazione finirebbe per vanificare gran parte del sistema di limitazioni "relative"

dell'accesso generalizzato architettato dalla riforma del 2016 ²².

5. I regolamenti amministrativi delle singole Amministrazioni ex art. 24, comma 2, legge n. 241 del 1990.

Altre ed anche più complesse questioni si pongono in relazione al rapporto tra l'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 ed i casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalle singole Amministrazioni ai sensi del comma 2 dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990 ²³.

Il che rende opportuna una breve digressione su quest'ultima disposizione.

Come noto, essa è stata introdotta dalla legge n. 15 del 2005 con l'intento di abbandonare quel sistema gerarchico "a cascata" delle fonti normative adottato dal testo originario dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990 (legge > regolamento governativo > regolamenti delle singole amministrazioni), nell'ottica di una valorizzazione della potestà regolatoria delle singole Amministrazioni ²⁴; intento

²² Sul punto vedasi delibera Anac n. 1309 del 2016: << 6.3. Con riferimento ai casi di cui alla lett. a) dell'art. 24, co. 1, legge 241/1990 si sottolinea che il regolamento governativo di cui all'art. 24 co. 6 della medesima legge 241/1990 ancora non è stato adottato né la maggior parte delle amministrazioni risulta abbia adottato i regolamenti ai sensi dell'art. 24 co. 2 che devono individuare le categorie di documenti formati o rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del co. 1 dello stesso articolo 24 e cioè relativi alle stesse categorie di casi o procedimenti previsti in detto comma. Giova evidenziare che il regolamento governativo di cui al co. 6 dell'art. 24 della legge 241/1990 deve disciplinare i casi di sottrazione all'accesso con riferimento alle stesse categorie di interessi che la normativa sull'accesso generalizzato identifica come casi di esclusioni "relative" all'accesso generalizzato stesso. Si profila, dunque, una potenziale sovrapposizione fra le due normative. Ad avviso dell'Autorità tale potenziale sovrapposizione, è necessario sia interpretata tenendo conto della parziale coincidenza tra le categorie di interessi che, ai sensi dell'art. 24, comma 6, della l. 241/1990, giustificano l'esclusione del diritto di accesso documentale, mentre, ai sensi dell'art. 5 bis, co. 1 e 2 del decreto trasparenza, comportano eccezioni solo relative all'accesso generalizzato. In tutti questi casi le amministrazioni, non potendo applicare le esclusioni generali del regime dell'accesso documentale, devono tenere in adeguata considerazione il grado di maggiore trasparenza al quale deve essere assoggettata l'attività istituzionale a seguito dell'intervento novellatore di cui al d.lgs. 97/16, valutando caso per caso le istanze di accesso a dati, documenti o informazioni detenute dalle medesime. Tale interpretazione è conforme all'evoluzione sostanziale del principio di trasparenza nel nostro ordinamento come indicato nel § 2 delle presenti linee guida, è sorretta dal principio della successione delle leggi nel tempo e della specialità della disciplina, ed è coerente con lo scopo della norma, che è quello di garantire un'ampia libertà di accesso ai dati e documenti delle pubbliche amministrazioni. In considerazione di quanto sopra e tenuto conto della diversa ratio dell'accesso 241 e dell'accesso generalizzato, sarebbe comunque auspicabile che il governo, nel predisporre il regolamento ex art. 24 co. 6, valuti attentamente l'evidenziata sovrapposizione fra le due normative e individui soluzioni compatibili con la disciplina dell'accesso generalizzato e con l'evoluzione del principio di trasparenza nel nostro ordinamento, salvaguardando il favor per la trasparenza stabilito dal legislatore. >>.

²³ Art. 24, comma 2, l. n. 241 del 1990: "Le singole pubbliche amministrazioni individuano le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma 1."

²⁴ Il vecchio testo dell'art. 24, comma 4, della legge n. 241 del 1990 (ante riforma 2005) prevedeva quanto segue: "Le singole amministrazioni hanno l'obbligo di individuare, con uno o più regolamenti da emanarsi entro i sei mesi successivi, le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso per le esigenze di cui al comma 2."

occasionato, per quanto riguarda le Regioni e le Autonomie locali, dalla riforma costituzionale approvata con la legge costituzionale n. 3 del 2001, modificativa degli artt. 117 e 118 Cost..

In realtà, il legislatore ha finito per partorire una norma di non agevole lettura, a cominciare dal gioco di reciproci rimandi tra i due commi [il comma 2 si riferisce ai casi di esclusione previsti “*ai sensi del comma 1*”, che, a sua volta, alla lettera a) fa riferimento ai “*casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti ... dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo*”].

Un primo elemento di incertezza riguarda il carattere di facoltatività o di doverosità dei suddetti regolamenti, perché se è vero che l’art. 23, comma 4, legge n. 15 del 2005 prevede che ciascuna Amministrazione “*ove necessario, nel rispetto dell'autonomia ad essa riconosciuta, adegua i propri regolamenti alle modifiche apportate al capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241, dalla presente legge nonché al regolamento di cui al comma 2 del presente articolo*” (ovvero al regolamento governativo), è altrettanto vero che le modifiche che la riforma ha apportato all’ambito oggettivo dei suddetti regolamenti è tale da rendere assai stringenti le ragioni di opportunità (se non di necessità) della loro modifica.

Ed invero, mentre ai vecchi regolamenti ex art. 24, comma 4, l. n. 241 del 1990 (testo originario) era demandato il compito di elencare in modo puntuale le categorie di documenti sottratti all’accesso in considerazione degli interessi afferenti alla “*sicurezza ... difesa nazionale ... e relazioni internazionali*” (a), alla “*politica monetaria e valutaria*” (b), all’ “*ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità*” (c), nonché alla “*riservatezza di terzi, persone, gruppi e imprese ..*” (d), nel rispetto dei criteri stabiliti dal regolamento governativo (d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352), oggi ai nuovi regolamenti ex art. 24, comma 2, l. n. 241 del 1990 spetta di precisare i casi di segreto o di divieto di divulgazione già previsti dalla legge ai sensi dell’art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990, rendendo esplicite le fattispecie di esclusione dell’accesso già insite nelle scelte del legislatore.

Ne consegue che, a seguito della riforma della legge n. 15 del 2005, l’oggetto dei regolamenti delle singole P.A. ex art. 24, comma 2, non coincide più con quello dell’adottando regolamento ex art. 24, comma 6, rimesso all’esclusiva competenza del

Governo statale ²⁵ ed alle singole Amministrazioni è, anzi, inibito individuare i “casi” di sottrazione all'accesso in relazione alle categorie di interessi indicati dall'art. 24, comma 6 ²⁶.

Lo si desume, sul piano letterale, dal fatto che l'art. 24, comma 2, fa esclusivo riferimento ai casi di esclusione di cui al comma 1 e non anche a quelli di cui al comma 6, e, sul piano teleologico, dal rilievo che, ammettere una potestà regolamentare delle singole P.A. anche in questo ambito, significherebbe assegnare loro una discrezionalità regolatoria incompatibile con il principio generale di accessibilità che la riforma del 2005 ha inteso affermare (in particolare con il nuovo art. 22, commi 2 e 3, l. n. 241 del 1990).

La questione si è posta, in particolare, per quelle norme regolamentari delle P.A. prevedenti l'esclusione dell'accesso documentale per ragioni di tutela del diritto alla riservatezza delle persone fisiche e giuridiche (interesse privato contemplato dall'art. 24, comma 6) ²⁷, che la giurisprudenza ha ritenuto illegittime (e quindi disapplicabili dal Giudice amministrativo) in quanto estranee alla loro potestà regolamentare ²⁸.

Rimane, quindi, da capire quale sia effettivamente l'ambito oggettivo di operatività dei regolamenti delle singole P.A. ex art. 24, comma 2, l. n. 241 del 1990 e, conseguentemente, la loro natura giuridica.

Sul punto gli interpreti concordano nel ritenere che ai suddetti regolamenti è demandato il compito di effettuare una ricognizione, a valenza meramente “dichiarativa”, dei “casi” di esclusione dell'accesso già tassativamente stabiliti dalla legge (ex art. 24, comma 1) ²⁹.

²⁵ Cfr. Sempreviva M.T., *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le Leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Giuffrè, 2005, la quale osserva che << .. i regolamenti governativi e quelli amministrativi si muovono prevalentemente per disciplinare materie non necessariamente coincidenti. >>.

²⁶ Vedi Alberti P., in *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, 2011, il quale rileva che << .. mentre per quanto riguarda il Governo è la legge a specificare i casi in cui tale organo può sottrarre all'accesso documenti amministrativi, per quanto riguarda invece le singole amministrazioni, è demandato loro di individuare le categorie di documenti inaccessibili in relazione ai (soli) casi di esclusione previsti dal precedente comma 1. >>.

²⁷ Si è osservato, al riguardo, che << Il profilo certamente più problematico resta l'attuazione della regola afferente alla limitazione per la tutela della riservatezza: il regolamento n. 352/1992 contiene, infatti, qualche specificazione rispetto al testo legislativo, ma non risolve il nodo centrale del modo in cui vada svolto il “bilanciamento” tra la protezione della privacy e la pretesa all'accesso. >> (Lipari M., op. cit.).

²⁸ Vedasi Tar Catania, sez. IV, 17 aprile 2012, n. 1025; Lazio, sez. II, 1° dicembre 2011, n. 9469; Catania, sez. IV, 21 luglio 2011, n. 1968; Bologna, sez. II, 3 agosto 2009, n. 1157; Torino, sez. II, 25 febbraio 2006, n. 1127.

²⁹ Sul punto Lipari M., op. cit. osserva che << le amministrazioni dovrebbero provvedere ad emanare un atto ricognitivo di tali esclusioni. >>, rilevando che << Nell'esperienza pratica e giurisprudenziale si è sostanzialmente

Quindi, una sorta di “regolamenti esecutivi” dell’art. 24 comma 1, della legge n. 241 del 1990.

Ma se tali affermazioni appaiono chiare in teoria, non è agevole tradurle sul piano pratico ³⁰.

La situazione riporta alla mente, *mutatis mutandis*, ciò che la giurisprudenza aveva in passato precisato con riguardo ai regolamenti adottati dalle singole P.A. nel vigore del vecchio art. 24 della legge n. 241 del 1990, allorquando si era riconosciuto che essi potessero individuare anche casi di esclusione dell’accesso ulteriori rispetto a quelli espressamente indicati dalla legge o dal regolamento governativo, ma sempre nel rispetto del “principio di tassatività” delle esclusioni, ovvero soltanto in relazione ad interessi (pubblici o privati) già riconosciuti e protetti dall’ordinamento in modo tassativo, specifico e comunque differenziato rispetto alla mera tutela della funzione amministrativa, pena il riaffermarsi, sotto mentite spoglie, del principio di segretezza dell’azione amministrativa ³¹.

ridimensionato il ruolo dei regolamenti delle singole amministrazioni, ai quali si attribuisce, nella sostanza valore poco più che ricognitivo. L’accessibilità oggettiva di un atto viene valutata direttamente attraverso la sua riconducibilità, o meno, alla dizione legislativa. Il regolamento, eventualmente adottato dall’amministrazione, ha solo una funzione integrativa di supporto. >>. Anche Baccarini S., op. cit., riferendosi ai regolamenti delle singole Amministrazioni ex art. 24, comma 2, l. n. 241 del 1990, rileva che << Essi non fanno altro che applicare ai procedimenti delle singole amministrazioni di settore criteri di esclusione fissati da fattispecie tassative di legge formale. >>. In giurisprudenza vedasi Tar Milano, sez. III, 21 novembre 2011, n. 2810.

³⁰ Si è osservato, al riguardo, che << .. non è chiaro quali debbano essere i contenuti dei regolamenti, dal momento che: a) nel caso dei procedimenti tributari e dei procedimenti normativi (amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione) l’art. 24 c. 1 rinvia alle rispettive norme di settore; b) nell’ipotesi di cui ai procedimenti selettivi non sembra necessario un regolamento attuativo per escludere dall’accesso i test psico-attitudinali... si ha l’impressione, allora, che i regolamenti previsti dall’art. 24, co. 2, debbano servire principalmente ad individuare casi di documenti da sottrarre all’accesso perché segreti o non divulgabili (e per fissare il periodo di tempo per il quale tali documenti siano da considerare segreti: art. 24, co. 5). Se questo è il significato da attribuire alla disposizione, essa suscita qualche perplessità, poiché sembra lasciata alle pubbliche amministrazioni, con atto normativo secondario, la valutazione concernente la segretezza di un documento e la possibilità di divulgarne i contenuti, laddove tale compito era dapprima assolto con fonte normativa primaria. >> (Sandulli A., *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, Giornale Dir. Amm., 2005, 5, 469 ss.). Vedi anche Sempreviva M.T., op. cit., la quale a sua volta osserva che << Così interpretato, l’art. 24 potrebbe dare adito a dubbi di legittimità costituzionale: non si rinvengono, infatti, in relazione agli altri “casi di segreto o di divieto di divulgazione” di cui al comma 1 lett. a) che le pubbliche amministrazioni possono individuare, dei criteri direttivi (come, invece, è nel successivo comma 6), di talché l’ampia discrezionalità concessa alle singole amministrazioni nell’indicazione delle categorie di documenti da sottrarre all’accesso, potrebbe finire con il vanificare la finalità di trasparenza sottesa a tutta la normativa in parola >>.

³¹ Così Cons. St., sez. V, 26 settembre 2000, n. 5105: “L’esatta delimitazione delle discipline sul segreto non travolte dalla nuova normativa in materia di accesso ai documenti talvolta può risultare disagevole. Al riguardo, peraltro, possono indicarsi due criteri direttivi: il “segreto” che impedisce l’accesso ai documenti non deve costituire la mera riaffermazione del tramontato principio di assoluta riservatezza dell’azione amministrativa; il segreto fatto salvo dalla legge n. 241/1990 deve riferirsi esclusivamente ad ipotesi in cui esso mira a salvaguardare interessi di natura e consistenza diversa da quelli genericamente amministrativi.”; negli stessi termini anche Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6200.

E dipende probabilmente dalla difficoltà pratica di rispettare questa sottile linea di demarcazione il fatto che, a distanza di sedici anni dalla riforma del 2005, sono ancora pochissime le Amministrazioni statali che hanno adottato nuovi regolamenti ai sensi dell'art. 24, comma 2, l. n. 241 del 1990, mentre la gran parte di esse continuano a fare applicazione dei vecchi regolamenti adottati in forza del combinato disposto del vecchio art. 24, comma 4 e del d.P.R. n. 352 del 1992³².

Il che pone la questione della loro vigenza.

Al riguardo, va considerato che il d.P.R. n. 184 del 2006, avendo rinunciato a dare attuazione all'art. 24, comma 6, l. n. 241 del 1990, ha ritenuto di rimediare al provvisorio vuoto normativo con una disciplina di diritto transitorio: l'art. 14, comma 1, ha previsto che *"... Il diritto di accesso non può essere negato o differito, se non nei casi previsti dalla legge, nonché in via transitoria in quelli di cui all'articolo 8 del decreto del Presidente della Repubblica 27 giugno 1992, n. 352, e agli altri atti emanati in base ad esso."*; l'art. 15 ha stabilito che *"È altresì abrogato l'articolo 8 di detto decreto [d.P.R. n. 352 del 1992] dalla data entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 24, comma 6, della legge."*

Sulla base dei suddetti riferimenti normativi (di natura regolamentare), la giurisprudenza ha ritenuto che i vecchi regolamenti adottati in passato dalle singole P.A. ai sensi dell'originario art. 24, comma 4, e dell'art. 8 d.P.R. n. 352 del 1992 (di cui la disciplina transitoria ne assicura la ultra vigenza) continuino a trovare applicazione anche a seguito dell'entrata in vigore della riforma di cui alla legge n. 15 del 2005³³.

Salvo precisare che detti regolamenti vanno interpretati ed applicati in senso conforme al nuovo art. 24 l. n. 241 del 90, come novellato dalla l. n. 15 del 2005³⁴.

Questa situazione, che perdura ormai da più di 16 anni, si presta evidentemente ad

³² A livello ministeriale e della Presidenza del Consiglio, si ricordano, tra gli altri, i seguenti: d.m. 10 maggio 1994, n. 415 (Ministero dell'Interno); d.m. 7 settembre 1994, n. 604 (Ministero degli affari esteri); d.m. 26 ottobre 1994, n. 682 (Ministero per i beni e le attività culturali); d.m. 4 novembre 1994, n. 757 (Ministero del lavoro e della previdenza sociale); d.P.C.M. 20 dicembre 1994, n. 763; d.m. 13 ottobre 1995, n. 561 (Ministero del Tesoro); d.m. 10 gennaio 1996, n. 60 (Ministero della pubblica istruzione); d.m. 25 gennaio 1996, n. 115 (Ministero di grazia e giustizia); d.P.C.M. 26 gennaio 1996, n. 200; d.m. 10 aprile 1996, n. 296 (Ministero delle poste e delle telecomunicazioni); d.m. 16 maggio 1996, n. 422 (Ministero del commercio con l'estero); d.m. 29 ottobre 1996, n. 603 (Ministero delle finanze); d.m. 31 luglio 1997, n. 353 (Ministero della sanità); d.m. 5 settembre 1997, n. 392 (Ministero per le politiche agricole); d.P.C.M. 10 marzo 1999, n. 294; d.m. 14 marzo 2001, n. 292 (Ministero dei lavori pubblici).

³³ Cons. St., sez. IV, 26 aprile 2018, n. 2502; sez. IV, 30 agosto 2018, n. 5119.

³⁴ Tar Ancona 21 agosto 2018, n. 575.

alcune considerazioni critiche, anzitutto sul piano della opportunità ³⁵.

Ma qualche dubbio sorge anche in merito alla legittimità di tale costrutto, che implica un rinvio *sine die* dell'entrata in vigore della disciplina "a regime" delle limitazioni dell'accesso documentale (ovvero di uno dei diritti fondamentali dell'ordinamento ³⁶) sulla base di una norma di diritto transitorio (divenuta *de facto* definitiva) prevista da una fonte secondaria.

Di tal che affiorano dubbi anche sulla legittimità della suddetta norma regolamentare di diritto transitorio (artt. 14 e 15 d.P.R. n. 184 del 2006), che, così intesa, finisce per arrecare un chiaro *vulnus* al sistema di limitazioni dell'accesso voluto dal legislatore.

Dubbi che potrebbero scomparire soltanto ove si ritenesse che l'adozione dei nuovi regolamenti amministrativi ex art. 24, comma 2, l. n. 241 del 1990 rappresenta un obbligo per le singole Amministrazioni e non già una semplice facoltà ³⁷.

6. Il rinvio di cui all'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 ai casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dalle P.A. ai sensi del comma 2 dell'art. 24 legge n. 241 del 1990.

Le criticità sopra evidenziate sono destinate a riflettersi sul sistema di limitazioni "assolute" dell'accesso civico generalizzato, dal momento che l'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 fa testuale riferimento ai casi "*di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990*", che a sua volta rimanda, tra l'altro, anche ai regolamenti delle singole Amministrazioni di cui al comma 2.

La prima questione che si pone all'interprete riguarda proprio la possibilità di ammettere che la disciplina delle "limitazioni assolute" dell'accesso civico

³⁵ Al riguardo, si è rilevato che << .. per un serie di singolari vicende storiche e giuridiche, il regolamento n. 352/1992 costituisce, tuttora, la fonte di disciplina basilare per definire, in concreto, l'ambito dell'accesso ordinario ai documenti, quanto meno in ambito statale. >> (Lipari M., op. cit.); lo stesso autore evidenzia che << L'articolo in questione è però una scatola vuota, perché si limita a stabilire l'ultrattività del regolamento n. 352/1992 e la sua vecchia impostazione (per il resto, invece, totalmente abrogato), nella parte in cui regola le esclusioni oggettive del diritto di accesso, confermando l'impianto piramidale, di rinvio ai regolamenti delle singole amministrazioni. >>; sicchè, ancora oggi, << .. le cause di esclusione dell'accesso non sono disciplinate in conformità al nuovo art. 24 e secondo la sua architettura delle fonti, ma restano regolate secondo il previgente sistema. >>.

³⁶ Come noto, l'art. 4, comma 6, legge 4 marzo 2009, n. 15, nel dettare "Disposizioni sul principio di trasparenza delle Amministrazioni pubbliche", afferma che "La trasparenza costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione."

³⁷ Secondo Alberti P., op. cit., << .. in mancanza di una disciplina regolamentare, il criterio generale sembra essere quello della libera conoscibilità degli atti .. >>.

generalizzato (materia coperta da “riserva di legge”) sia demandata ad una fonte secondaria (regolamenti delle singole Amministrazioni).

L’interrogativo nasce dal fatto che mentre per l’accesso documentale vi è una espressa norma di legge che autorizza direttamente le P.A. a regolamentare la materia mediante una fonte di rango secondario (art. 24, comma 2, l. n. 241 del 1990), nel caso dell’accesso civico generalizzato, per poter giungere alle medesime conclusioni, dovrebbe ammettersi una sorta di “rinvio multiplo a cascata” (l’art. 5-bis, comma 3, d.lgs. 33 del 2013 che rinvia all’art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990, che, a sua volta, rinvia al comma 2).

Di qui qualche dubbio sulla percorribilità di una siffatta ricostruzione esegetica, anche considerato il cono d’ombra che avvolge l’ambito oggettivo di estensione dei regolamenti amministrativi di cui all’art. 24, comma 2, e la conseguente difficoltà da parte delle Amministrazioni di individuare, in sede regolamentare, quei casi di esclusione dell’accesso coincidenti con interessi (pubblici o privati) già riconosciuti e protetti dall’ordinamento in modo tassativo, specifico e differenziato.

In questa prospettiva, non sembra, quindi, del tutto priva di consistenza la tesi secondo la quale il rinvio che l’art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 fa all’art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990 debba essere inteso in modo rigoroso e restrittivo, nel senso di non comprendere i casi di esclusione stabiliti dalle singole P.A. con i regolamenti ex art. 24, comma 2, suscettibili tutt’al più di costituire un indice di quel “pregiudizio concreto” agli interessi pubblici e privati previsto dall’art. 5-bis, commi 1 e 2, del d.lgs. 33/2013 nell’ambito delle limitazioni “relative” dell’accesso civico generalizzato ³⁸.

³⁸ In questi termini si è espresso il Dipartimento della Funzione Pubblica con la Circolare n. 1/2019 del 2 luglio 2019: § 3 ii) << ii) *Regolamenti interni e limiti al diritto di accesso generalizzato* Come chiarito nella Circolare FOIA n. 2/2017 (§ 2.1), con il d.lgs. n. 97 del 2016 l’ordinamento italiano ha riconosciuto la libertà di accedere alle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni come diritto fondamentale, in conformità all’art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU). Dal carattere fondamentale del diritto di accesso generalizzato deriva che, nel definire le modalità di attuazione di questo istituto con regolamento o circolare, le pubbliche amministrazioni possono disciplinare esclusivamente i profili procedurali e organizzativi di carattere interno, ma non i profili di rilevanza esterna che incidono sull’estensione del diritto. Di conseguenza, le amministrazioni non possono individuare con regolamento categorie di atti sottratte all’accesso generalizzato, come prevede invece l’art. 24, comma 2, l. n. 241 del 1990 in tema di accesso procedimentale. Tuttavia, nella pratica non sono mancati casi in cui una richiesta di accesso generalizzato è stata respinta sulla base di eccezioni previste da regolamenti emanati ai sensi dell’art. 24, comma 2, l. n. 241 del 1990. In linea di principio, i limiti previsti per l’accesso ai documenti amministrativi di cui agli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990 non possono essere superati ricorrendo all’istituto dell’accesso civico generalizzato. Al contempo, però, occorre richiamare il limite derivante dalla riserva di legge in tema di eccezioni al diritto di accesso generalizzato desumibile dall’art. 10 della CEDU (Linee guida A.N.AC., § 2.1; Circolare FOIA

Senonchè tale opzione interpretativa non è condivisa dalla giurisprudenza, la quale non dubita che l'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013, nel rinviare all'art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990, rinvii anche ai regolamenti delle singole Amministrazioni ex art. 24, comma 2, che sono in tal modo autorizzati ad individuare ulteriori limitazioni “assolute” dell'accesso civico generalizzato ³⁹.

Il fatto che detti regolamenti siano previsti da una fonte normativa di rango statale (art. 24, comma 1, l. 241 del 1990), a cui altra fonte di rango statale (l'art. 5-bis) rinvia, è considerata condizione sufficiente a garantire il rispetto della “riserva di legge”, anche tenuto conto che l'art. 7-bis d.lgs. 33/2013 prevede espressamente che “*Restano fermi i limiti all'accesso e alla diffusione delle informazioni di cui all'articolo 24, commi 1 e 6, della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche, ...*”.

Questa soluzione giurisprudenziale, ancorchè non esente da una certa tensione interpretativa, appare in qualche modo giustificata dalla necessità di rispettare la scelta di fondo del legislatore di demandare alla potestà regolamentare delle singole Amministrazioni un compito ricognitivo dei casi di limitazione assoluta dell'accesso coincidenti con interessi (pubblici o privati) già riconosciuti e protetti dall'ordinamento.

Scelta chiaramente enunciata dal legislatore con riferimento all'accesso documentale ex l. 241 del 1990 e che la giurisprudenza ritiene implicitamente espressa anche per

n. 2/2017, § 2.2). Alla luce di questa riserva e dell'esclusiva attribuzione all'A.N.AC., d'intesa con il Garante per la protezione di dati personali, del potere di fornire indicazioni operative per l'applicazione delle esclusioni e dei limiti all'accesso generalizzato previsti dalla legge con apposite linee guida, è opportuno interpretare in modo rigoroso il rinvio che l'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 opera al comma 1 dell'art. 24, della l. n. 241 del 1990. Alla luce del quadro descritto, deve ritenersi che un generale riferimento a regolamenti che prevedano categorie di documenti sottratte all'accesso – considerando che le categorie di documenti ivi indicate devono essere interpretate in senso restrittivo – potrebbe non essere sufficiente a respingere un'istanza di accesso generalizzato. In ogni caso, le disposizioni regolamentari esistenti – incluse quelle adottate ai sensi dell'art. 24, comma 2, della l. n. 241 del 1990 – possono essere utilizzate come ausilio interpretativo nella valutazione delle esclusioni dei limiti all'accesso civico generalizzato, compresa l'esistenza del pregiudizio, da verificare nel caso concreto, a uno degli interessi indicati dall'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013 che potrebbe derivare dall'ostensione del dato o del documento richiesto. >>.

³⁹ Vedasi, in giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1121; T.A.R. Reggio Calabria 20 aprile 2021, n. 306; Lazio, sez. I-ter, 7 aprile 2021, n. 4103; Lazio, sez. I, 3 luglio 2017, n. 7592; Milano, sez. IV, 14 novembre 2017, n. 2157. Nello stesso senso si è espresso anche il Garante per la protezione dei dati personali con pareri n. 434 del 25 ottobre 2017 e n. 566 del 28 dicembre 2017. In dottrina, vedasi Corrado A., *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, Federalismi.it n. 17/2020): << Il rinvio effettuato dall'art. 5-bis, comma 3, all'art. 24, comma 1, della l. n. 241/1990 impone, infatti, di chiarire che i regolamenti adottati dalle pubbliche amministrazioni dopo la legge n. 15/2015, facendo riferimento all'attuale formulazione dell'art. 24, comma 1, sono tuttora pienamente validi e utilizzabili .. anche all'accesso generalizzato per effetto del rinvio di cui all'art. 5-bis, comma 3. >>.

l'accesso civico generalizzato ex d.lgs. n. 33 del 2013.

Sin qui un comprensibile sforzo interpretativo “armonizzante” dell’ordinamento.

Ma *quid iuris* per i regolamenti adottati in passato dalle singole P.A. in base al previgente art. 24, commi 2 e 4, l. n. 241 del 1990, che, come detto, continuano ad essere applicati all’accesso documentale anche a seguito dell’entrata in vigore della legge n. 15 del 2005 per effetto degli artt. 14, comma 1, e 15 d.P.R. n. 184 del 2006 ?

La giurisprudenza ha sino ad oggi ritenuto che anch’essi facciano parte del meccanismo di rinvio multiplo ed implicito previsto dall’art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013, venendo così ad integrare casi di esclusione “assoluta” dell’accesso civico generalizzato ⁴⁰.

L’assunzione che sembra stare dietro a questa conclusione è che se detti Regolamenti sono (ancora) vigenti per l’accesso documentale ex l. n. 241 del 1990 (che notoriamente è considerato la tipologia di accesso più efficace e penetrante in caso di coesistenza di interessi contrapposti), a maggior ragione essi debbono valere per l’accesso civico generalizzato ex d.lgs. n. 33 del 2013, che, per definizione, garantisce un accesso più “superficiale” del primo.

Dette decisioni appaiono, quindi, animate dal comprensibile obiettivo di preservare una certa continuità e coerenza sistematica dell’ordinamento, onde scongiurare il rischio che il nuovo istituto (accesso civico generalizzato) possa essere utilizzato per aggirare limiti già previsti dall’ordinamento (per l’accesso documentale); ciò anche perché potrebbe apparire illogico che i limiti regolamentari predetti operino quando il richiedente vanta un interesse qualificato all’accesso e non anche quando detta

⁴⁰ Così, ad esempio, in considerazione di quanto previsto dall’art. 4 d.m. n. 415 del 1994 (regolamento Ministero dell’Interno), Tar Milano, sez. IV, 14 novembre 2017, n. 2157 ha ritenuto sottratti all’accesso civico generalizzato gli atti di verifica effettuati dalla Prefettura sulla idoneità tecnico-professionale di una ditta alla quale aveva affidato direttamente ed in via d’urgenza il servizio di accoglienza ai profughi, trattandosi di attività ispettiva esclusa dall’accesso; Tar Lazio, sez. I-ter, 7 aprile 2021, n. 4103 ha escluso dall’accesso civico generalizzato i dati relativi al monitoraggio, al controllo ed alle verifiche ispettive dei centri di accoglienza per richiedenti asilo; e Tar Reggio Calabria 20 aprile 2021, n. 306 ha ritenuto sottratti all’accesso civico generalizzato gli atti istruttori del procedimento amministrativo ex art. 143 t.u.e.l., ancorchè conclusosi con un decreto che dà atto della insussistenza dei presupposti per lo scioglimento del Consiglio comunale. Analogamente Tar Lazio, sez. I, 3 luglio 2017, n. 7592 ha ritenuto legittima la reiezione di un’istanza di accesso civico generalizzato ai verbali dei lavori di una commissione di concorso indetto dal Ministero della Giustizia, in considerazione di quanto previsto dall’art. 4 d.m. n. 115 del 1996 (che prevede l’esclusione dell’accesso per la “documentazione attinente ai lavori delle commissioni giudicatrici di concorso fino all’esaurimento delle procedure concorsuali”).

posizione qualificata non sussiste ⁴¹.

Queste considerazioni, pur ispirate da un comprensibile anelito di sistematicità ordinamentale, suscitano qualche perplessità.

Una prima obiezione riguarda l'oggetto del "rinvio implicito" che si intende attribuire all'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013.

Invero, anche a volere ammettere un "rinvio multiplo a cascata" (tale per cui l'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. 33 del 2013 rinvia all'art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990, che, a sua volta, rinvia al comma 2), resta il fatto che l'oggetto finale di questo rinvio è il comma 2 nella versione vigente dopo la riforma della legge n. 15 del 2005, che, come detto, differisce in modo sostanziale dalla precedente versione.

I regolamenti ministeriali di che trattasi (tuttora vigenti per effetto della disciplina transitoria di cui agli artt. 14, comma 1, e 15 d.P.R. n. 184 del 2006) sono stati, però, adottati ai sensi del previgente art. 24, commi 2 e 4, l. n. 241 del 1990 e non ai sensi dell'attuale comma 2.

Non è una questione nominalistica, atteso che, come sopra detto, lo spazio regolamentare riservato ai Ministeri dall'attuale art. 24, comma 2, è sostanzialmente differente da quello previsto in precedenza dai commi 2 e 4 del vecchio art. 24.

E se può ben convenirsi sulla natura "dinamica" del rinvio contenuto nell'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013, tale dinamicità non può estendersi sino al punto di ammettere un "rinvio retroattivo".

Come noto, invero, la tecnica di produzione normativa tramite "rinvio" consiste nello stabilire la disciplina di determinati rapporti giuridici mediante il richiamo di altre disposizioni normative, anziché attraverso la loro diretta regolamentazione.

Si tratta di una tecnica utilizzata allo scopo di semplificare il lavoro di stesura del testo, realizzabile con diverse modalità: il rinvio può essere operato allo scopo di richiamare, rendendola applicabile, una disposizione nella formulazione che ha in un tempo determinato, mediante il richiamo testuale alla disposizione in vigore in quel

⁴¹ Nella medesima prospettiva vedasi Cons. St., sez. III, 16 dicembre 2019, n. 8501 con l'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria sulla *vexata quaestio* della applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti delle procedure contrattuali, laddove afferma che << .. il legislatore riformatore del 2016 ha inteso preservare, anche nell'orbita applicativa dell'accesso civico, i limiti propri dell'accesso ordinario (in maniera del resto – verrebbe fatto di dire – del tutto logica e coerente, non potendo non applicarsi i limiti propri dello strumento ostensivo "forte", nel senso illustrato, all'operatività di quello "debole", nel senso della sua connaturata cedevolezza a fronte dell'incombente esigenza di proteggere gli interessi confliggenti). >>.

momento e normativamente cristallizzata (c.d. rinvio statico, materiale, recettizio o fisso), oppure in quella che può assumere nelle eventuali successive modificazioni introdotte dalla fonte da cui deriva (c.d. rinvio dinamico, formale, mobile o non recettizio) ⁴².

Certo è che il rinvio “dinamico” non può mai essere “retroattivo”, salvo che vi sia un’espressa disciplina di diritto transitorio che lo preveda.

Pare, quindi, assai arduo poter ammettere l’operatività di un “rinvio” a regolamenti adottati sulla base di una norma di legge (previgente art. 24, commi 2 e 4, l. n. 241 del 1990) a cui l’art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 non fa in alcun modo riferimento, in quanto modificata ⁴³.

Vi è, poi, un secondo argomento che rafforza le perplessità in merito alla predetta posizione giurisprudenziale, che coincide con le medesime considerazioni espresse dall’Autorità nazionale anticorruzione a proposito del rapporto tra l’art. 5-bis, comma 3, D.Lgs. 33/2013 e le limitazioni relative alle categorie di interesse indicate dall’art. 24, comma 6, l. n. 241 del 90 ⁴⁴.

Anche in questo caso, invero, si appalesa una netta sovrapposizione tra le “limitazioni relative” previste dall’art. 5-bis, commi 1 e 2, d.lgs. n. 33 del 2013 e le limitazioni dell’accesso previste dai suddetti regolamenti ministeriali, atteso che questi ultimi, essendo stati adottati ai sensi del previgente art. 24, comma 2, l. n. 241 del 1990 (ante riforma 2005), pongono a fondamento delle esclusioni i medesimi interessi (pubblici e privati) presi in considerazione dall’art. 5-bis, commi 1 e 2, d.lgs. n. 33 del 2013 (*“sicurezza ... difesa nazionale ... e relazioni internazionali”, “politica monetaria e valutaria”, “ordine pubblico e prevenzione e repressione della criminalità”, “riservatezza di terzi, persone, gruppi e imprese ..”*).

E’ evidente che, trattando i casi di esclusione previsti dai regolamenti ministeriali ante riforma 2005 come limitazioni “assolute” dell’accesso civico generalizzato, si finisce per “rimuovere” (senza risolverlo) un elemento di contraddizione interno

⁴² Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 2016, n. 1618; sez. I, 29 maggio 2008, n. 14351; sez. I, 16 maggio 2008, n. 12472.

⁴³ Sul punto cfr. Corrado A., op. cit., la quale, dopo avere affermato che << ... va chiarito innanzitutto che non possono essere adottati regolamenti che limitino la portata dell’accesso generalizzato, né si possono applicare all’istituto, contrariamente a quanto pur le amministrazioni tendono a fare in alcuni casi, i regolamenti adottati per limitare l’accesso documentale, ad eccezione di quelli riferiti agli interessi previsti dall’art. 24 co. 1 ... >>, esclude << l’applicazione dei regolamenti adottati in ragione della “ultra vigenza” dell’art. 8 del d.p.r. 352/1998. >>.

⁴⁴ Vedi nota n. 21.

all'ordinamento, finendo per vanificare in gran parte il sistema di limitazioni "relative" dell'accesso generalizzato architettato dalla riforma del 2016.

Ciò non significa che i casi previsti dai suddetti regolamenti non debbano essere considerati nel contesto delle limitazioni "relative" ex art. 5-bis, commi 1 e 2, D.Lgs. 33/2013 ⁴⁵.

La differenza non è di poco conto visto che mentre le limitazioni "assolute" vincolano le Amministrazioni senza margine di apprezzamento discrezionale, le limitazioni "relative" impongono, volta per volta, all'Amministrazione la ponderazione, con la tecnica del bilanciamento, del diritto di accesso civico con gli interessi al riserbo considerati dalla norma, al fine di stabilire quale dei due diritti prevalga nel caso concreto ⁴⁶.

Differenza che, evidentemente, si riflette sulla intensità dell'obbligo di motivazione del rigetto dell'istanza di accesso, dovendo l'Amministrazione farsi carico di dare conto del "pregiudizio concreto" arrecabile a determinati interessi (*"se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela ..."*), secondo il criterio del c.d. *"harm test"* o *"test del danno"*.

Criterio che viene pacificamente inteso nel senso che, per negare l'accesso, l'Amministrazione non può limitarsi a dimostrare che il pregiudizio sia semplicemente "possibile" in via generale ed astratta, dovendo dimostrare che esso è "altamente probabile" ⁴⁷ o quantomeno "ragionevolmente probabile" ⁴⁸.

Andrea Berti

Avvocato

Pubblicato il 31 maggio 2021

⁴⁵ Sul punto vedi ancora Corrado A., op. cit.: *<< Le previsioni contenute in questi regolamenti, sia pur non applicabili tout court alla disciplina dell'accesso generalizzato, potranno comunque valere quali indici interpretativi per meglio individuare gli interessi ai quali la pubblica amministrazione deve conferire particolare tutela e, per l'amministrazione stessa, nella valutazione dell'esistenza del pregiudizio concreto arrecato agli interessi di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2 del d.lgs. 33/2013. >>*.

⁴⁶ Vedasi delibera Anac n. 1309 del 2016: *<< Il legislatore non opera, come nel caso delle eccezioni assolute, una generale e preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma rinvia a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla disclosure generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento. L'amministrazione, cioè, è tenuta a verificare, una volta accertata l'assenza di eccezioni assolute, se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore. >>*.

⁴⁷ Delibera Anac n. 1309 del 2016; Tar Napoli, sez. VI, 10 dicembre 2019, n. 5837.

⁴⁸ Cons. St., sez. IV, 20 aprile 2020, n. 2496.

Le attività di controllo dell'organo di revisione in materia di appalti alla luce del manuale CNDCEC

di Ettore Scaramastra - Dottore commercialista, Revisore Enti locali

L'Organo di Revisione degli Enti locali previsto dall'art. 234 del D.Lgs. n. 267/2000 ha assistito nel corso del tempo, oltre ad un allargamento dei propri compiti con le varie leggi di bilancio che ne hanno esteso le funzioni di controllo, anche ad un'evoluzione della normativa nei vari settori. Ciò ha reso necessario il conseguente aggiornamento professionale e l'utilizzo di strumenti pratici di supporto all'attività di verifica sempre più aggiornati. In questo senso deve essere vista favorevolmente la pubblicazione da parte CNDCEC, del manuale di supporto all'Organo di Revisione, intitolato "La revisione negli Enti locali" che va incontro a queste esigenze. In particolare, l'articolo fa riferimento al controllo nel settore degli appalti pubblici disciplinati dal D.Lgs. n. 50/2016 richiamando alcuni schemi di verifica delle procedure di gara tratti dall'apposita check list del manuale e riportando alcuni casi pratici affrontati in concreto.

Premessa

Il presente lavoro trae spunto dalla pubblicazione definitiva da parte del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC), del manuale di supporto dell'Organo di Revisione degli Enti locali previsto dall'art. 234 del D.Lgs. n. 267/2000 intitolato *La revisione negli Enti locali* (1).

Nella Presentazione viene precisato che il manuale è composto di due Quaderni: "il *Quaderno I* (titolato *Approccio Metodologico*) *approfondisce le nozioni relative alle procedure di revisione, all'acquisizione degli elementi probativi, alla documentazione dell'attività e alla valutazione del rischio, soffermandosi in modo particolare sulla metodologia di campionamento; il Quaderno II, (titolato Strumenti operativi) dal taglio ancor più operativo, è incentrato sulle procedure di revisione e sulla relativa documentazione a supporto.*" Viene poi specificato che "si tratta di suggerimenti e strumenti che - pur elaborati alla luce dei Principi di vigilanza e controllo - non hanno portata deontologica: il revisore è libero di adottarli o meno, di aderirvi integralmente o solo in parte, così come di adeguarli alle esigenze e specificità dell'Ente,

secondo la sensibilità e le valutazioni consigliate dalla diligenza e dall'esperienza professionale."

Vi è da dire che chi professionalmente si occupa di revisione nel settore degli Enti locali sente l'esigenza di un supporto metodologico nella propria attività, esigenza ancora più sentita nell'area degli appalti pubblici (alla quale il manuale riserva una apposita *check list*) che, benché rientrante nella competenza dell'organo di revisione e incluso nelle attività di verifica, nei manuali professionali in commercio non viene trattata ovvero trattata in maniera non completa ed esaustiva. Forse perché la competenza è, prima di tutto, posta in capo ad altri soggetti, come il responsabile dell'anticorruzione e il segretario comunale.

Le ragioni sono dovute ad una serie di fattori, in primo luogo al fatto che la normativa sugli appalti pubblici, regolata dal D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm. non rientri tra le materie tradizionalmente riguardanti la formazione professionale dei revisori. Un altro fattore riguarda la complessità della materia che ha subito, in questo breve periodo, dei continui cambiamenti motivati con la necessità di semplificazione (che a

(1) CNDCEC, *La revisione negli Enti locali; Quaderno I, Quaderno II*, agosto 2020.

volte sembrano nascondere una volontà del superamento dei vincoli dell'evidenza pubblica).

In ultimo dal fatto che il nuovo codice fa spesso riferimento a elementi di *soft law* (si pensi alle linee guida ANAC n. 4 dei contratti sotto soglia che interessano la gran parte degli appalti affidati dai Comuni) che data la loro natura non vincolante non aiutano un organo che istituzionalmente è preposto al controllo per il quale il risultato della propria attività si traduce in rilevati o suggerimenti indirizzati all'ente controllato.

Le funzioni del revisore nel settore degli appalti pubblici: fonti normative e prassi

Le funzioni dell'organo di revisione degli Enti locali, che sono disciplinate dall'art. 239, D.Lgs. n. 267/2000, consistono oltre alle consuete attività di controllo dei principali atti riguardanti il bilancio dell'ente, anche in quelle che possono interessare il codice degli appalti come espressamente indicato: "la vigilanza sull'attività sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione relativamente ... all'**attività contrattuale**" (comma 1, lett. c); l'emissione di pareri riguardanti la presentazione di: "proposte di ricorso all'**indebitamento**" (comma 1, lett. b, n. 4); "proposte di utilizzo di strumenti di finanza innovativa, nel rispetto della disciplina statale vigente in materia" (comma 1, lett. b, n. 5).

Sebbene l'attività di vigilanza del revisore sia comunque riferita alla *regolarità contabile, finanziaria ed economica* della gestione, è però evidente la necessità di una opportuna conoscenza della normativa degli appalti e della sua applicazione.

Il MISE, che nel 2017 ha pubblicato un *vademecum* (2) indirizzato ai revisori e ai sindaci designati dal Ministero dell'economia e delle finanze presso Enti e organismi pubblici per coadiuvarli nella loro attività, al capitolo 5, tratta l'argomento dell'attività contrattuale della PA e dei controlli conseguenti, distinguendo l'attività negoziale tra contratti attivi che comportano un introito per l'amministrazione e contratti passivi che determinano un esborso di denaro pubblico.

Per tale seconda tipologia di contratti, disciplinata dal D.Lgs. n. 50/2016 che è quella che qui interessa, il

vademecum contiene alcune indicazioni per i revisori sui seguenti argomenti: l'ambito di applicazione del codice (par. 5.3); disciplina dei contratti sotto soglia (par. 5.4); procedure di scelta del contraente (par. 5.6); il sistema Consip (par. 5.7); proroghe contrattuali (par. 5.8). Il *vademecum* non contiene un formulario sui controlli e/o *fac simile* di verbali riguardanti il settore degli appalti pubblici; è però evidente che, l'organo di revisione, può focalizzare la propria attenzione nell'individuazione dei fattori di rischio che possono riverberarsi nel bilancio comunale connessi con l'attività contrattuale della PA dovuti all'insorgere di eventuali contenziosi che potrebbero generarsi (3).

Di conseguenza, il controllo dell'attività contrattuale della PA deve essere svolto su varie fasi: - sulla procedura di gara prescelta ai fini della verifica dell'esistenza di passività potenziali in bilancio; - nella stesura dei bandi di gara per verificare la correttezza degli affidamenti soprattutto quelli diretti; - verifica a campione di una procedura di gara completa (4).

Il documento del CNDCEC (che, però, non ha portata deontologica), rispetto al *vademecum* del MISE, contiene tra gli allegati del quaderno II, le *check list* dell'attività di verifica consistenti nell'elenco dei controlli da eseguire riferite ai vari settori. Dalle *check list*, delle quali una riferita all'attività contrattuale che verrà descritta nel successivo par. 3, il revisore redige le carte di lavoro che servono a documentare l'attività svolta e trascritta nei verbali. La Legge n. 120/2020 di conversione del D.L. n. 76/2020 pubblicata sulla G.U. n. 228 del 14 settembre 2020, ha introdotto una semplificazione in materia di contratti pubblici motivata dalla necessità di favorire gli investimenti, prevedendo una estensione della disciplina transitoria che deroga le regole del codice degli appalti al fine di accelerare i tempi di aggiudicazione delle procedure sopra e sotto la soglia comunitaria, sul fronte dei controlli ha posto la necessità di aggiornare detta *check-list* in conseguenza della maggiore attenzione richiesta ai revisori in fase di controllo delle procedure di affidamento (5).

Altro argomento che interessa l'attività di revisione nell'area degli appalti pubblici, già oggetto di trattazione da parte del sottoscritto (6), riguarda la verifica

(2) MEF, "Circolare Vademecum per la revisione amministrativo-contabile negli Enti Pubblici", capitolo n. 5, Attività negoziale nella pubblica amministrazione, 2017.

(3) M.C. Manca, "Check-list settoriali di revisione alla luce dell'armonizzazione contabile: i fattori di rischio", in *Azienditalia*, n. 4/2017, pagg. 445-453.

(4) C. Manca, "Il controllo del revisore alla luce del nuovo codice appalti", in *Enti locali & Pa, Il Sole - 24 Ore* del 20 maggio 2016.

(5) R. Ricciardi e M.C. Manca, "La duplice verifica dell'organo di revisione sulla semplificazione dei contratti Pubblici", ANCREL, in *Enti locali & Pa, Il Sole - 24 Ore* del 2 ottobre 2020.

(6) E. Scaramastra, "Le operazioni di Partenariato Pubblico Privato alla luce del 'Nuovo Codice': modalità di iscrizione nei bilanci degli Enti locali e compiti dei Revisori", in *Enti locali on line* del 21 novembre 2016.

della corretta contabilizzazione delle operazioni di partenariato pubblico privato nei bilanci degli Enti locali secondo le disposizioni all'all. 4/2) principio n. 3.25 del D.Lgs. n. 118/2011 (armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio degli EE.LL.) in riferimento al grado di rischio trasferito all'operatore economico nella gestione delle opere o servizi oggetto di contratto.

Schemi di verifica contenuti nel manuale

Passando ad analizzare la composizione delle *check list* indicate negli allegati al manuale si rileva che quella riferita *all'attività contrattuale ed appalti* è così strutturata:

<p>Parte generale: appalti di lavori e opere, forniture e servizi. Parte speciale: appalti di lavori e opere, forniture e servizi. Parte prima: affidamenti diretti. Affidamenti diretti art. 36, comma 2, lett. a) importi inferiori a euro 40.000,00. Affidamenti diretti dei servizi e forniture art. 36, comma 2, lett. b) con acquisizione di cinque preventivi (da euro 40.000,00 fino alle soglie di cui all'art. 35, D.Lgs. n. 50/2016) Affidamenti diretto di lavori art. 36, comma 2, lett. b) con acquisizione di tre preventivi (da euro 40.000,00 a euro 150.000,00). Affidamenti lavori con invito a 10 operatori economici (da euro 150.000,00 a euro 350.000,00). Affidamenti lavori con invito a 15 operatori economici (da euro 350.000,00 a euro 1.000.000,00). Parte seconda: affidamenti lavori con procedura aperta. Affidamenti lavori con procedura aperta ex art. 60, D.Lgs. n. 50/2016 (da euro 1.000.000,00 fino alle soglie di cui all'art. 35, D.Lgs. n. 50/2016). Complessivamente le <i>check list</i> sono 7 riguardanti le procedure su elencate e delle quali si riporta di seguito il contenuto di alcune di esse.</p>
--

Quella riferita **parte generale:** appalti di lavori e opere, forniture e servizi è la seguente:

DESCRIZIONE	Si	No	N/A N/R*	Descrizione delle procedure svolte e delle evidenze prodotte - Commenti
L'Ente ha approvato il piano biennale degli acquisti di beni e servizi di cui all'art. 21 del D.Lgs. n. 50/2016?				
Tale piano è inserito nel DUP?				
Tale programma è pubblicato sul sito istituzionale dell'Ente, sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, sul sito dell'Osservatorio dei contratti pubblici?				
L'ente ha adottato il Programma triennale e l'elenco annuale dei lavori pubblici?				
Tale programma riporta le previsioni degli stati di avanzamento lavori, con imputazione delle stesse alle singole annualità di bilancio?				
In presenza di opera finanziata con risorse già accertate, il FPV è stato calcolato sulla base dei crono programmi?				
L'ente rispetta le Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti?				
Il valore stimato dell'appalto è calcolato in osservanza dei criteri fissati all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici?				
Al fine di evitare un artificioso frazionamento dell'appalto, volto a eludere la disciplina comunitaria, le stazioni appaltanti prestano attenzione alla corretta definizione del proprio fabbisogno in relazione all'oggetto degli appalti, specialmente nei casi di ripartizione in lotti, contestuali o successivi, o di ripetizione dell'affidamento nel tempo?				
L'Ente nell'ambito della procedura di gara (anche con affidamento diretto) ha rispettato i principi dell'art. 30, comma 1?				
L'ente per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria rispetta le procedure dell'art. 36 del codice dei contratti pubblici?				

In particolare, viene rispettato il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti? In caso di affidamento o reinvito al contraente uscente esso ha carattere eccezionale ed è supportato da un onere motivazionale più stringente?				
Il contratto e/o la convenzione debitamente sottoscritta dal R.U.P. dell'Ente, dall'Impresa e/o Professionista, corrisponde a quanto contenuto nella determina di affidamento?				
In riferimento all'art. 35, comma 18, D.Lgs. n. 50/2016, è stata richiesta dal soggetto attuatore (lavori, servizi e/o forniture), l'anticipazione del 20% del valore dell'appalto?				
L'erogazione è supportata da garanzia fidejussoria bancaria o assicurativa?				
In riferimento alla modifica apportata all'incremento dell'anticipazione del prezzo (dal 20% al 30% per il periodo di entrata in vigore del Decreto e fino al 30 giugno 2021) D.L. 19 maggio 2020, n. 34 - Decreto Rilancio - Pubblicato nella G.U. n. 128 del 19 maggio 2020, l'art. 207 "disposizioni urgenti per la liquidità delle Imprese appaltatrici", L'Ente ha erogato anticipazioni per un importo non superiore complessivamente al 30%, compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante?				
L'Ente ha erogato anticipazioni per un importo non superiore complessivamente al 30%, compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante?				

Analizzando le varie fasi indicate nella *check list* si evince che, la prima parte riguardante i controlli di carattere generale, verte sulla verifica dell'inserimento del *Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici* di cui all'art. 21, D.Lgs. n. 50/2016 nel bilancio di previsione per il quale l'organo di revisione è chiamato ad esprimere il parere.

Dopo l'approvazione consiliare, tale organo deve accertare che detti documenti siano redatti secondo lo schema previsto dal D.M. Infrastrutture e dei Trasporti 14 gennaio 2018, n. 14 e pubblicati sul sito dell'Ente nella sezione "Amministrazione trasparente", del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Una seconda parte dei controlli riguarda la verifica dei valori degli appalti: l'Organo di Revisione deve accertare il rispetto delle soglie di rilevanza comunitaria e i metodi di calcolo del valore stimato degli appalti in base ai criteri fissati all'art. 35, D.Lgs. n. 50/2016, senza artificiosi frazionamenti in lotti volti a eludere la disciplina comunitaria.

Infine, i controlli mirano ad accertare se nelle procedure di gara vengono rispettati i principi di cui all'art. 30 comma 1 (economicità, efficacia, tempestività e correttezza di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità); se per l'affidamento dei contratti sotto soglia siano rispettate le procedure previste dall'art. 36, D.Lgs. n. 50/2016 e il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti; se in caso di affidamento o reinvito al contraente uscente esso ha carattere eccezionale ed è supportato da un onere motivazionale più stringente; se il contratto sottoscritto dal RUP dell'Ente e dall'Impresa e/o Professionista, corrisponde a quanto contenuto nella determina di affidamento.

Passando poi alla **Parte speciale: appalti di lavori e opere, forniture e servizi**, si hanno 5 *check list*, una per ciascuna procedura di affidamento diretto, differenziata in base agli importi e una per gli affidamenti di lavori con procedura aperta. Si riporta di seguito la *check list* della verifica degli affidamenti lavori con invito a 15 operatori economici (da euro 350.000,00 a euro 1.000.000,00) che avrà poi interesse per l'analisi di uno dei casi pratici riportati nel successivo paragrafo 4.

Contratto verificato: _____		
Verifica del contenuto della determinazione a contrarre adottata dal responsabile del procedimento (art. 192 TUEL):		
1. il fine che con il contratto si intende perseguire	Sì	NO
2. l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali	Sì	NO
3. le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base	Sì	NO

Verifica della procedura di assegnazione del servizio o fornitura		
1. metodo utilizzato per la scelta del contraente		
- indagine di mercato	Sì	NO
- elenchi di operatori economici	Sì	NO
2. rispetto del criterio di rotazione degli inviti	Sì	NO
3. richieste di invito a n. 15 operatori economici aventi i requisiti	Sì	NO
4. verifica verbali di gara	Sì	NO
5. verifica determina di affidamento	Sì	NO
6. verifica degli atti se pubblicati nella sezione trasparenza del sito dell'Ente	Sì	NO
7. verifica della stipula della convenzione	Sì	NO
Contributo gara ANAC		
Verificare se è stato versato il contributo della Gara all'ANAC	Sì	NO
Verifica del contenuto della determina di affidamento per la completezza dei seguenti dati:		
1. numero e data dell'impegno	Sì	NO
2. capitolo	Sì	NO
3. Imponibile	Sì	NO
4. IVA (<i>split payment</i>)	Sì	NO
5. esigibilità	Sì	NO
6. attestazione del responsabile della spesa in merito alla compatibilità dei conseguenti pagamenti ai sensi dell'art. 183, comma 8, TUEL	Sì	NO
Totale Impegno	Sì	NO
cassa previdenza (se professionista)	Sì	NO
Ritenuta acconto (se professionista)	Sì	NO
Verifica CIG/CUP		
Verificare se la richiesta del CIG è riferita solo alla parte imponibile (in quanto non può superare euro 1.000.000,00)		
Richiesta CUP	Sì	NO
Verifica liquidazione e pagamento		
1. atto di liquidazione ex art. 184 TUEL	Sì	NO
2. verifica regolarità contributiva	Sì	NO
3. verifica ex art. 48-bis, D.P.R. n. 602/1973 (per imponibili superiori a 5.000 euro)	Sì	NO
4. indicazione del CIG sul mandato di pagamento	Sì	NO

In ultimo si ha una *check list* riferita alla **Parte seconda**: affidamenti lavori con procedura aperta.

Contratto verificato: _____		
Verifica del contenuto della determinazione a contrarre adottata dal responsabile del procedimeftnto (art. 192 TUEL):		
1. il fine che con il contratto si intende perseguire	Sì	NO
2. l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali	Sì	NO
3. le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base	Sì	NO

Verifica della procedura di assegnazione del servizio o fornitura		
1. avviso di preinformazione	Sì	NO
2. pubblicazione bando di gara	Sì	NO
3. verifica verbali di gara	Sì	NO
4. verifica determina di affidamento	Sì	NO
5. verifica degli atti se pubblicati nella sezione trasparenza del sito dell'Ente	Sì	NO
6. verifica della stipula della convenzione	Sì	NO
Contributo gara ANAC		
Verificare se è stato versato il contributo della Gara all'ANAC	Sì	NO
Verifica del contenuto della determina di affidamento per la completezza dei seguenti dati:		
1. numero e data dell'impegno	Sì	NO
2. capitolo	Sì	NO
3. Imponibile	Sì	NO
4. IVA (<i>split payment</i>)	Sì	NO
5. esigibilità	Sì	NO
6. attestazione del responsabile della spesa in merito alla compatibilità dei conseguenti pagamenti ai sensi dell'art. 183, comma 8, TUEL	Sì	NO
Totale Impegno	Sì	NO
Cassa previdenza (se professionista)	Sì	NO
Ritenuta acconto (se professionista)	Sì	NO
Verifica CIG/CUP		
Verificare se la richiesta del CIG è riferita solo alla parte imponibile (in quanto non può superare l'importo delle soglie di cui all'art. 35, D.Lgs. n. 50/2016)		
Richiesta CUP	SI	NO
Verifica liquidazione e pagamento		
1. atto di liquidazione ex art. 184 TUEL	SI	NO
2. verifica regolarità contributiva	SI	NO
3. verifica ex art. 48-bis, D.P.R. n. 602/1973 (per imponibili superiori a 5.000 euro)	SI	NO
4. indicazione del CIG sul mandato di pagamento	SI	NO

Casi pratici

Di seguito vengono riportati alcuni casi pratici affrontati nel corso dell'attività di revisione

rappresentati dai verbali di verifica delle procedure di gara oggetto di controllo. I casi trattati sono complessivamente n. 3 per i quali sono stati redatti n. 4 verbali.

Caso n. 1 - Procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016

Verbale n. 1

L'anno ... il giorno ... si è riunito il Collegio dei Revisori del Comune di ... per procedere alla verifica dell'attività contrattuale dell'ente ai sensi dell'art. 239, comma 1, lettera c) del D.Lgs. n. 267/2000. In proposito il collegio ha proceduto al controllo del disciplinare di gara n. 141 avente ad oggetto la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando per l'appalto dei lavori di ristrutturazione centro diurno socio-assistenziale, presso ex Cral.

L'importo complessivo del progetto è pari ad euro 304.532,28 di cui euro 285.451,86 soggetti a ribasso d'asta, inclusi euro 85.422,02 per costi della manodopera ai sensi dell'art. 23, comma 16, del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. ed euro 19.080,42 per oneri di sicurezza come risultante dagli elaborati progettuali.

Assiste alla verifica il Responsabile del Procedimento il geom. ... che ha messo a disposizione tutti i documenti inerenti alla gara. In particolare, il collegio procede alla verifica dei seguenti documenti:

- deliberazione della giunta comunale n. 352 del ...;
- deliberazione della giunta comunale n. 230 del ...;
- disciplinare di gara del ...;
- determina a contrarre n. 239 del ...;
- comunicazione delle date di sorteggio del ...;
- verbale di sorteggio del ...;
- comunicazioni di invito alle ditte in formato p7m;
- interrogazione ANAC degli operatori economici del ...;
- pubblicazione nell'albo pretorio del sito comunale degli operatori ammessi e non ammessi;
- verbali di gara n. 1 del ... e n. 2 del ...;
- estrazione e metodo di calcolo;
- graduatoria dei ribassi offerti;
- verifica della offerta anomala con richiesta di giustificativi;
- documenti attestati la verifica della regolarità contributiva e altri requisiti presso i vari enti;
- verbale di contraddittorio del ... relativo alla offerta anomala e documenti giustificativi;
- determinazione di aggiudicazione definitiva n. 15 del ...;
- comunicazioni di avvenuta aggiudicazione a mezzo PEC tramite piattaforma telematica;
- pubblicazione dell'esito della gara sull'Albo Pretorio, sul sito comunale e Servizi Contratti Pubblici del Ministero Infrastrutture;
- contratto di appalto con la ditta aggiudicataria e copia registrazione all'Agenzia delle Entrate;
- comunicazioni di avvenuta stipula a mezzo PEC tramite piattaforma telematica.

Dall'esame preliminare dei documenti si evince quanto segue:

L'importo del valore della gara indicato in euro 304.532,28 fa rientrare l'appalto nella procedura negoziata prevista dall'art. 36, comma 2, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 con consultazione di almeno 15 operatori economici. Di conseguenza la procedura prescelta con invito a n. 20 operatori con il metodo casuale garantisce una maggiore trasparenza ed evidenza pubblica.

Il criterio di scelta usato è quello del minor prezzo, determinato ai sensi dell'art. 95, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016 mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara, con applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse determinata con uno dei metodi di cui all'art. 97, comma 2, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016.

Il collegio procede quindi alla verifica delle varie fasi del procedimento di gara in riferimento ai seguenti punti:

- rispetto della procedura usata e dei termini di scadenza nella presentazione delle domande;
- rispetto dei termini indicati nel bando;
- corretta verifica del sistema ANAC e dei requisiti dei partecipanti;
- corretta verifica delle offerte e della successiva richiesta di giustificativi all'aggiudicatario;
- verifica delle pubblicazioni e delle comunicazioni;
- verifica del contratto.

Il collegio, in ottemperanza alle funzioni di vigilanza dell'attività contrattuale previste dall'art. 239, comma 1, lett. c), D.Lgs. 267/2000, ritiene che la procedura di gara sia stata condotta nella sostanziale correttezza e non sussistano profili di criticità, con ciò rilevando un pieno rispetto degli artt. 208 ss. del D.Lgs. n. 267/2000 e del codice degli appalti D.Lgs. n. 50/2016.

Caso n. 2 - Procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016. Affidamento del servizio di tesoreria

Verbale n. 2

Il giorno ... l'organo di revisione del Comune di... ha proceduto alla verifica del bando di gara dell'affidamento del servizio di tesoreria di cui alla delibera di GC n. ... del 16.12. ...

Il responsabile del servizio finanziario ha messo a disposizione i seguenti documenti:

- determinazione n. 1 del 03.01. — del responsabile dell'area economico finanziaria;
- bando di gara per l'affidamento del servizio di tesoreria con allegata modulistica A (domanda di partecipazione) e B (condizioni offerte);
- pubblicazione nella G.U. - serie speciale - contratti pubblici n. ... del ...;
- schema di convenzione;
- contratto di affidamento;
- comunicazione all'affidatario delle spese di registrazione.
- busta dell'offerente e verbale di verifica dell'offerte del ...

Dal controllo dei documenti rileva quanto segue:

L'importo del valore della gara indicato in euro 60.000,00 fa rientrare l'appalto nella procedura negoziata prevista dall'art. 36, comma 2, lett. b) del D.Lgs. 50/2016 per cui la procedura prescelta ad evidenza pubblica con pubblicazione sulla G.U. garantisce una maggiore trasparenza.

L'art. 28 del contratto differisce dal medesimo articolo dello schema di convenzione per la previsione di un servizio aggiuntivo che però è fornito gratuitamente e pertanto migliorativo dell'offerta a vantaggio del Comune.

I documenti a corredo dell'offerta si ritengono conformi a quanto previsto dalla normativa e dal bando di gara e sono stati correttamente espletate le procedure da parte della Commissione di gara.

PQM

Il revisore in ottemperanza alle funzioni di vigilanza dell'attività contrattuale previste dall'art. 239, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 267/2000, ritiene che la procedura di gara sia stata condotta nel rispetto degli artt. 208 ss. del D.Lgs. n. 267/2000, del D.Lgs. n. 50/2016 e del regolamento di contabilità e non presenti profili di criticità.

Caso n. 3 - Integrazione del servizio di trasporto pubblico locale - Verbali nn. 3 e 4

Il caso esposto fa riferimento ad una richiesta di parere per una deliberazione di variazione al bilancio di previsione ai sensi dell'art. 193, comma 1, D.Lgs. n. 267/2000, necessaria per l'iscrizione in bilancio di un contributo regionale finalizzato alla integrazione del servizio di trasporto pubblico locale per il prolungamento della tratta con lo stesso gestore. Il revisore ha

ritenuto che la procedura seguita non fosse compatibile con il codice degli appalti in base a precedenti giurisprudenziali citati nel verbale. Di conseguenza ha operato nel seguente modo: ha redatto un primo verbale (n. 3) nel quale ha espresso parere favorevole alla variazione in bilancio per permettere l'iscrizione della posta in entrata; in un secondo verbale (n. 4) ha invece formulato il rilievo ai sensi del codice degli appalti.

Verbale n. 3

Il giorno ... l'organo di revisione del Comune di ... ha proceduto alla verifica della deliberazione ai sensi dell'art. 239, comma 1, del D.Lgs. n. 267/00.

Con detta deliberazione viene accertato in entrata un contributo regionale di euro 100.320,00 finalizzato alla integrazione del servizio di trasporto pubblico locale mediante il prolungamento della tratta fino al capolinea della Linea —

PRESO ATTO CHE

- tale importo viene iscritto nel titolo 2 delle entrate quale Trasferimenti correnti da Amministrazioni pubbliche e nel titolo 1 delle spese nel programma 2 Trasporto pubblico locale;

- con la variazione permangono gli equilibri generali di bilancio ai sensi dell'art. 193, comma 1, D.Lgs. n. 267/2000;

PQM

- esprime parere favorevole alla deliberazione.

Verbale n. 4

Il giorno ... l'organo di revisione del Comune di ... ha proceduto alla verifica della delibera di GC n. ... del ... avente ad oggetto: Approvazione dello schema di convenzione per il servizio di TPL in via sperimentale Linea ...

Unitamente a tale delibera il responsabile del servizio finanziario fornisce i seguenti documenti:

- contratto per la gestione del servizio di TPL del 25 ottobre 2013 rep. ...;

- schema di convenzione operativa di finanziamento con l'Agenzia Regionale ...

Dall'analisi dei documenti si evince che, al Comune di ..., viene concesso un contributo regionale di euro 100.320,00 finalizzato alla integrazione del servizio di trasporto pubblico locale mediante il prolungamento della tratta fino al capolinea della Linea ..., con lo stesso attuale gestore ... di cui al contratto del 25 ottobre 2013.

In proposito si segnala la pronuncia del Consiglio di Stato n. 2531/2012 secondo la quale, nel caso di affidamento del servizio di TPL nella forma dell'appalto anziché della concessione, non possa applicarsi il regolamento n. 1370/07 UE e procedere all'affidamento diretto ma vada invece applicato il Codice degli appalti (ora D.Lgs. n. 50/2016). Nel caso di specie si ritiene siano sussistenti gli elementi per considerare l'affidamento del servizio come un appalto anziché una concessione visto che l'impresa non assume il rischio del servizio nei confronti dell'utenza ma viene remunerata dell'ente

PQM

- ai sensi dell'art. 239, comma 1, lettera c) invita l'Amministrazione a procedere all'affidamento del servizio di cui in delibera ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera b) del D.Lgs. n. 50/2016.

Conclusioni

Dai casi su indicati si può avere un'idea degli elementi che l'organo di revisione deve considerare qualora si accinga ad effettuare i controlli nel settore degli appalti e quali casistiche possono verificarsi. La pubblicazione del Manuale da parte del CNDCEC è pertanto un fatto positivo e va vista come uno strumento di supporto utile per la programmazione della propria attività ma non esaustivo. La formazione del contenzioso nel settore degli appalti pubblici è abbastanza frequente e ciò può avere un impatto rilevante

nei bilanci comunali, questo perché non sempre da parte degli enti viene adeguatamente quantificato ed esposto nel fondo rischi contenzioso l'ammontare dei rischi connessi alle cause pendenti come invece prevede il principio n. 5.2. lett. h), all. 4/2, D.Lgs. n. 118/2011 sulla contabilità armonizzata degli Enti locali. È evidente che, una puntuale attività di verifica e controllo dell'organo di revisione in questo settore, aiuta a prevenire fattori di rischio inducendo gli uffici preposti ad una maggiore attenzione e rispetto delle procedure previste dal codice degli appalti.

Autogoverno della magistratura ordinaria e giurisdizione del giudice amministrativo

Il “nodo gordiano” dei criteri di riparto in base alla natura delle situazioni soggettive protette

Due recenti pronunce del giudice amministrativo, di primo e di secondo grado, appaiono emblematiche, per illustrare l'estrema complessità dei criteri vigenti, ribaditi dalla Corte Costituzionale, per il riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo. Quest'ultimo, infatti, ha declinato la propria giurisdizione in materia di cessazione dall'incarico di componente “togato” del Consiglio Superiore della Magistratura (CSM) di un magistrato, che dopo due anni circa – sui quattro previsti dall'art. 104 della Costituzione – era stato collocato a riposo per raggiunti limiti di età. Al di là del caso singolo, le pronunce in questione (Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Roma, sezione prima, n. 11814 del 13 novembre 2020, confermata dal Consiglio di Stato, sezione quinta, con sentenza n. 215 del 7 gennaio 2021) consentono nuove riflessioni sulla frequente ambiguità della natura di diritto soggettivo o di interesse legittimo della situazione soggettiva protetta dedotta in giudizio.

Per quanto risulta dalle sentenze sopra citate, le contestazioni contenute nel ricorso introduttivo – e reiterate in appello – si concentravano sulla durata quadriennale del mandato elettivo, previsto per i componenti del CSM dall'art. 104 della Costituzione. L'interessato rilevava, infatti, come una cessazione anticipata di tale mandato non fosse prevista da alcuna disposizione di legge e si ponesse, pertanto, in contrasto con il dettato costituzionale, sulla base di un'erronea ricostruzione del ruolo e delle funzioni dei consiglieri togati del CSM, in assenza di diretto collegamento – a fase elettorale conclusa – fra lo status di magistrato in servizio e il mandato consiliare, essendo posti tutti gli eletti in posizione di fuori ruolo.

Era altresì contestata la qualificazione del CSM come organo di autogoverno dei magistrati, trattandosi in realtà di un organo di garanzia, i cui componenti non avrebbero dovuto necessariamente conservare – quale vero e proprio “*pre-requisito*”, per lo svolgimento delle funzioni assegnate – lo status di magistrato in servizio.

In via subordinata, si eccepiva l'incostituzionalità degli articoli 32, 37 e 30 della legge n. 195 del 24 marzo 1958, recante le norme sull'istituzione e sul funzionamento del CSM, per violazione dell'art. 104 della Costituzione.

Nessuna delle argomentazioni sopra sintetizzate, tuttavia, è stata ritenuta valutabile dal giudice amministrativo, che ha dichiarato il proprio difetto di

giurisdizione, prendendo come situazione giuridica di riferimento quella delle elezioni amministrative. In rapporto a queste ultime, infatti, sono devolute al giudice ordinario le controversie afferenti a questioni di ineleggibilità, decadenza e incompatibilità dei candidati, in quanto concernenti diritti soggettivi di elettorato, sui quali l'amministrazione conserverebbe meri poteri di verifica, circa la sussistenza dei requisiti necessari per il mantenimento della carica. Nel caso di specie, il CSM avrebbe dunque adottato un mero atto ricognitivo, la cui legittimità sarebbe contestabile solo innanzi all'organo giurisdizionale, a cui è affidata in via generale la cognizione in tema di diritti soggettivi.

Quanto sopra, essendo appunto rimasto fermo il principio del riparto di giurisdizione – fra giudici ordinari e giudici amministrativi – in base alla natura di diritto soggettivo o di interesse legittimo della situazione soggettiva protetta, legittimante per l'azione: principio, ribadito dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, in cui si ammette soltanto che il giudice amministrativo possa occuparsi anche di diritti soggettivi per singole materie, caratterizzate da una significativa presenza dell'interesse pubblico, pur senza arrivare ad un nuovo criterio generale di riparto per “*blocchi*”, ovvero per interi settori di contenzioso.

Fra le materie, oggetto di cosiddetta “*giurisdizione esclusiva*” (sottratta alla complessa dicotomia fra diritto soggettivo e interesse legittimo) rientrano, a norma dell'art.133, comma 1, lettera i) del citato codice (c.p.a.), le “*controversie relative ai rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico*”; l'inserimento, nell'ambito dei rapporti di lavoro in questione, di quelli che interessano il personale di magistratura è poi inequivocabilmente contenuto nell'art. 3, comma 1, del decreto legislativo n. 165 del 30 marzo 2001 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*).

A quest'ultimo riguardo, il collegio giudicante di primo grado si limita ad affermare che la fattispecie “*non riguarda una delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*”, mentre il Consiglio di Stato precisa la non riconducibilità, in senso stretto, della questione dedotta in giudizio al rapporto di lavoro dell'interessato, con conseguente sottrazione della stessa al “*perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo*”; l'atto impugnato avrebbe infatti carattere paritetico, di mero accertamento, con effetto decadenziale direttamente deducibile – secondo l'interpretazione del CSM – “*dal paradigma normativo*”. In tale ottica, mancando la volontà di esercitare un potere, non vi sarebbe stata incidenza dell'atto sul diritto soggettivo rivendicato dall'interessato a rimanere in carica, come componente del CSM, fino alla scadenza naturale del proprio mandato.

Le argomentazioni sopra sintetizzate esprimono un punto di vista apprezzabile, ma non preclusivo di ulteriori approfondimenti, dai quali si può evincere appunto l'estrema complessità dei criteri vigenti.

Si potrebbe infatti obiettare che l'appartenenza ad un organo, basilare per la regolamentazione dell'intero percorso professionale dei giudici (con particolare riguardo a quei componenti – presenti nel medesimo organo in percentuale maggioritaria – che siano magistrati eletti dai propri colleghi) non sia estranea al rapporto di lavoro sottostante, nonché alle peculiari ragioni di interesse pubblico, che hanno indotto il legislatore a considerare tale rapporto oggetto di giurisdizione esclusiva. Nemmeno va trascurato il fatto che i consiglieri in questione continuano a percepire la retribuzione, prevista per la qualifica magistratuale posseduta (oltre ad una indennità aggiuntiva) e – benchè collocati in posizione di fuori ruolo durante il mandato elettivo – restano qualificabili come membri “togati”, soggetti anche alle ordinarie regole disciplinari dettate per la categoria di provenienza. E' inoltre pacifico che anche i periodi di attività, svolti in posizione di fuori ruolo, fanno parte a tutti gli effetti della carriera – e quindi del rapporto di lavoro – dei magistrati, anche ai fini dell'accesso ad incarichi direttivi.

Se d'altra parte, per quanto qui interessa, si riconosce che la predetta appartenenza costituisce fase connaturata alle funzioni proprie dei magistrati, eletti nell'ambito della cosiddetta componente “togata”, non potrebbe farsi distinzione fra diritti soggettivi o interessi legittimi lesi, quale circostanza discriminante per la cognizione del giudice amministrativo, avendo quest'ultimo, nelle materie oggetto di giurisdizione esclusiva, piena cognizione di qualsiasi situazione soggettiva protetta.

Potrebbe in effetti ritenersi che – seguendo le prospettazioni del diretto interessato – i collegi giudicanti di primo e di secondo grado abbiano ritenuto il medesimo ormai estraneo all'ordine giudiziario, a seguito del non contestato collocamento a riposo, ma si tratta di considerazione non pacifica – come di seguito meglio precisato – e comunque da motivare, essendo la sussistenza, o meno, della giurisdizione connessa alla disciplina vigente e non ad una possibile scelta dei soggetti interessati (in tal senso, per una diversa fattispecie, la nota sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 16, pubblicata in data 1 agosto 2011, chiariva la necessità di un vincolo normativo eteronomo – e non certo di un mero autovincolo – per giustificare spostamenti della giurisdizione).

E' un dato di fatto che il rapporto di lavoro dei magistrati – comprensivo di tutte le funzioni ai medesimi assegnabili – resta oggetto di giurisdizione esclusiva, fino all'ultimo atto che attiene a detto rapporto e che va individuato nella declaratoria di collocamento a riposo, solo a valle del quale subentra, per la fase di pensionamento, la giurisdizione della Corte dei Conti.

Circa il necessario collegamento tra lo status di magistrato in servizio e il mandato consiliare, peraltro, il Consiglio di Stato, sez. IV, si era già espresso in senso affermativo, con sentenza n. 6051 del 16 novembre 2011.

In un diverso contesto (in cui la cessazione dal ruolo di componente del CSM era prospettata dal primo dei non eletti, per tardività della domanda di

trattenimento in servizio di un componente in carica, che aveva raggiunto gli ordinari limiti di età) era stato eccepito, infatti, che il predetto componente del CSM, anche ove collocato in quiescenza, non sarebbe incorso nella cessazione del mandato quadriennale, con conseguente carenza di interesse del soggetto, aspirante al subentro, a contestare la permanenza in servizio del controinteressato, non dovendosi comunque provvedere alla sostituzione di quest'ultimo nel consesso consiliare. Le argomentazioni difensive – del tutto simili a quelle prospettate nella situazione ora in esame – a sostegno della persistenza per il magistrato, collocato a riposo per raggiunti limiti di età, del mandato elettivo erano state tuttavia respinte, in base ai principi e alla ratio, *“sottesi alla disciplina... in materia di autogoverno della magistratura”*. Al riguardo, nella citata sentenza si precisava quanto segue: *“Se...per autogoverno deve intendersi un sistema, in virtù del quale la gestione e l'amministrazione di una determinata istituzione è affidata ai suoi stessi componenti, nella specie attraverso un organo costituito in base al principio di rappresentatività democratica, ne discende che la qualità di appartenente all'istituzione medesima (nella specie, l'ordine giudiziario) costituisce condizione sempre essenziale e imprescindibile per l'esercizio della funzione di autogoverno..... il fatto che il legislatore non abbia espressamente previsto la cessazione dall'ordine giudiziario per quiescenza fra le cause di cessazione della carica di componente del CSM dipende non già da una ritenuta irrilevanza del collocamento a riposo, ma dall'essere addirittura scontato che la perdita dello status di magistrato in servizio, comportando il venir meno del presupposto stesso della partecipazione all'autogoverno, è ostativa alla prosecuzione dell'esercizio delle relative funzioni in seno all'organo consiliare”*.

Il presupposto di permanenza dell'interessato nell'ordine giudiziario, affermato nei termini sopra riportati, costituiva dunque un precedente di rilievo, anche se non preclusivo di ulteriori valutazioni, sia per la diversità della fattispecie dedotta in giudizio (nel citato precedente riferita alla natura ordinatoria o perentoria dei termini per richiedere il trattenimento in servizio – ora non più previsto – su base volontaria, dopo il raggiungimento del settantesimo anno di età), sia per assenza di ulteriore giurisprudenza consolidata.

Si poteva, dunque, anche pervenire alle diverse, ricordate decisioni dei giudici amministrativi, che in primo e secondo grado hanno negato la propria giurisdizione, in un caso in cui si chiedeva di affrontare, in via diretta, la contestata cessazione dell'incarico di componente del CSM per un magistrato, per il quale non era in discussione il raggiungimento, non più derogabile, dei limiti di età, ma che aveva ricevuto un mandato elettivo, la cui durata era fissata dalla Costituzione (e dalla conseguente legge attuativa) in quattro anni, non ancora decorsi.

Nella presente trattazione, tuttavia, si intende prioritariamente rilevare la difficoltà di pervenire a indirizzi univoci, in una materia che pure risulta

fondamentale per la certezza del diritto e l'effettività della tutela.

Se, infatti, si aderisce "*a priori*" alla tesi del necessario possesso dello status di magistrato, per la conservazione del mandato elettivo, i due momenti – collocamento a riposo e cessazione dell'incarico – possono praticamente sovrapporsi, quale duplice effetto di un'unica fase meramente accertativa, volta a concludere sia il rapporto di lavoro del diretto interessato che le relative funzioni, anche in ambito consiliare: tale complessa statuizione, dunque, non potrebbe che ritenersi soggetta, inscindibilmente, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in base al citato art. 3, comma 1, del decreto legislativo n. 165 del 2001, in combinato disposto con l'art.133, comma 1, lettera i) del codice del processo.

Qualora, invece, si ritenga che l'art. 32 della legge n. 195 del 1958 determini una scissione, fra il collocamento a riposo e le conseguenti valutazioni, da effettuare per la prosecuzione, o meno, del mandato elettivo quadriennale, dovrebbe ammettersi che la cessazione di tale mandato richieda un atto volitivo dell'Amministrazione, finalizzato a porre termine alle funzioni di componente del CSM, in quanto assegnate ad un soggetto divenuto estraneo all'ordine giudiziario: a tale atto – necessariamente autoritativo, anche ove a carattere vincolato, per la tipica incidenza dei provvedimenti sulle situazioni soggettive protette – non potrebbe che corrispondere un interesse legittimo, ugualmente soggetto alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Fondato o meno che si ritenga il ricorso, il difetto di giurisdizione, affermato sia dal TAR che dal Consiglio di Stato, appare dunque suscettibile di valutazioni critiche.

E' innegabile in ogni caso come l'autorità amministrativa, rappresentata dal CSM, abbia contemporaneamente verificato, nel caso di specie, la sussistenza dei presupposti per la cessazione del servizio attivo e delle funzioni svolte presso il medesimo organo: il complessivo contenuto di tali determinazioni – con ogni evidenza strettamente connesse, anche per l'immediato coinvolgimento di un soggetto terzo (il magistrato subentrante, in quanto primo dei non eletti, potenzialmente titolare di opposte ragioni difensive) – non poteva che essere rimesso ad una medesima cognizione giudiziaria, difficilmente non identificabile in quella del Plesso TAR / Consiglio di Stato.

Quanto al merito della decisione, che lo stesso giudice amministrativo sarebbe stato chiamato ad assumere, ci si limiterà a poche osservazioni.

Il Collegio giudicante era infatti tenuto a valutare se il CSM – in quanto composto anche da soggetti estranei alla magistratura – fosse qualificabile, in senso pieno, come "*organo di autogoverno*", senza necessità della persistente qualifica dei magistrati, chiamati a fare parte della cosiddetta componente togata, se non al momento della nomina. In caso negativo (ovvero, ove ritenuta sussistente tale necessità, dovendo la componente in questione risultare, a norma dell'art. 104 della Costituzione, numericamente fissa e maggioritaria, con valorizzazione del ruolo professionale riferibile agli eletti),

l'attenzione non avrebbe potuto che focalizzarsi sull'atto di collocamento a riposo, emesso nonostante la persistenza di un mandato elettorale, la cui durata era imposta direttamente dal medesimo articolo della Costituzione (attuata sul punto dall'art. 32 della legge n. 195 del 1958: “*Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura*”). Tenuto conto, inoltre, dell'assenza di qualsiasi previsione normativa, che disponesse un'anticipata cessazione dalla carica elettiva, si trattava di decidere se detta carica potesse comunque proseguire fino alla naturale scadenza o se, per consentirne la prosecuzione, lo stesso collocamento a riposo per raggiunti limiti di età dovesse subire una deroga, solo in quest'ultimo caso venendo meno, peraltro, tutte le considerazioni ostative, opposte al mantenimento delle funzioni consiliari nonostante la cessata appartenenza all'ordine giudiziario.

Per seguire questo percorso argomentativo non si può non fare richiamo all'art. 386 del codice di procedura civile (applicabile in via integrativa anche al processo amministrativo, ai sensi dell'art. 39 del relativo codice), in tema di effetti della decisione sulla giurisdizione. Per pacifica giurisprudenza, tale decisione è ritenuta infatti riferibile al cosiddetto *petitum sostanziale*, come deducibile dal *petitum* (ovvero dall'oggetto della domanda giudiziale) e dalla *causa petendi* (da ricondurre alla natura della posizione dedotta in giudizio, come apprezzabile dal giudice in base ai fatti rappresentati e alle ragioni giustificatrici della tutela richiesta: in tal senso, fra le tante, Cass. SS.UU., 20 aprile 2015, n. 7958).

Ai fini del riparto di giurisdizione, pertanto, il giudice non è vincolato dalle domande formalmente presentate, ma deve tenere conto dell'effettiva natura della controversia, in relazione alle concrete posizioni delle parti interessate e alla disciplina della materia. Nei termini appena precisati – ed in quanto espressione del principio di effettività della tutela – il concetto di *petitum sostanziale* appare strettamente connesso a quello di interpretazione estensiva dell'oggetto del gravame, in base al quale il giudice deve porre a fondamento della propria decisione non solo le censure formalmente espresse, ma anche quelle desumibili in modo inequivoco dell'esposizione dei fatti e dal contesto del ricorso, con sintesi logico-giuridica delle ragioni rivendicate dagli interessati, pur senza venire meno al principio – desumibile dall'art. 34 del codice del processo amministrativo – di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato (in senso conforme: Cons. Stato, sez. IV, 29 aprile 2014, n. 2222; Cass. civ., sez. II, 5 luglio 2013, n. 16865).

Appare discutibile, in tale ottica, che il contenzioso sia stato limitato alla prospettiva, del tutto parziale, della prosecuzione del mandato elettivo ad opera di un soggetto non più appartenente all'ordine giudiziario, senza considerare una prospettiva diversa, riconducibile all'ipotesi che la contestazione potesse estendersi allo stesso collocamento a riposo del magistrato interessato.

Quest'ultimo – pur omettendo una formale impugnazione dell'atto, con cui si disponeva la quiescenza dal servizio – ha tuttavia evidenziato l'assenza di una

puntuale disciplina, che garantisca l'attuazione del precetto costituzionale in tema di durata del mandato elettivo. Tale durata – in quanto espressamente riferita ai magistrati eletti e non alla permanenza dell'organo nel suo complesso – non può che corrispondere ad una esigenza di salvaguardia della scelta, effettuata dal corpo elettorale e si pone, pertanto, in diretto rapporto con le finalità di tutela dell'indipendenza della magistratura, perseguite attraverso la stessa previsione di un organo di autogoverno: autogoverno, a cui difficilmente può ritenersi non riconducibile il CSM, la cui istituzione è disposta dalla carta costituzionale subito dopo l'affermazione, secondo cui “*La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*”; quanto sopra pur ammettendosi – per evidenti ragioni di democraticità e non esclusiva autoreferenzialità, la presenza (numericamente minoritaria) di rappresentanti della società civile scelti dal Parlamento (cosiddetti membri “*laici*”). Appare superabile, inoltre, il dibattito che si è aperto, circa la persistenza del mandato elettivo con riferimento ad un soggetto, che per raggiunti limiti di età dovrebbe ritenersi estraneo all'ordine giudiziario, pur avendone fatto parte presumibilmente per qualche decennio, senza ovviamente perdere, di punto in bianco, i requisiti etici e culturali propri di tale appartenenza; ove si ritenesse opportuno, o necessario, garantire l'espletamento del predetto mandato nei termini indicati dalla Costituzione, parrebbe più logico, pertanto, assicurare una protrazione del servizio attivo di corrispondente durata. La mancanza, nel ricorso, di formali prospettazioni sul punto non può ritenersi ostativa, per il richiamato principio del *petitum substantiale*, che rende tali prospettazioni deducibili dall'eccezione di incostituzionalità, sollevata in via subordinata.

La differenza di status, connessa al trattamento di quiescenza, non sembra rendere praticabile, tuttavia, un'interpretazione costituzionalmente orientata nel senso sopra indicato, di modo che l'assenza di espresse previsioni legislative, atte ad esplicitare le modalità di esatta attuazione dell'art. 104, commi quarto e sesto, della Costituzione, potrebbe solo far ritenere rilevante e non manifestamente infondata una questione di costituzionalità, con possibile pronuncia additiva della Consulta, al fine di chiarire come il legislatore fosse chiamato a delineare, negli articoli 32 e 37 della legge n. 195 del 1958, le predette modalità attuative.

Non si aggiungeranno, nella presente trattazione, considerazioni ulteriori, se non per sottolineare la complessità di una tematica, in rapporto alla quale la stessa Corte Costituzionale, nella citata sentenza n. 204 del 2004, aveva richiamato gli ordinari criteri di riparto della giurisdizione – al punto 2.1 della parte in diritto della pronuncia – come un “*inestricabile nodo gordiano*”: un nodo che, nel caso di specie, è stato di ostacolo alla stessa effettività della tutela, impedendo qualsiasi decisione sull'istanza di sospensione del provvedimento impugnato in via principale, quale unico strumento che, nel processo amministrativo, consente di non vanificare col decorso tempo gli

interessi dedotti in giudizio.

Tale strumento sarebbe stato utilizzabile anche in presenza di una parvenza di fondatezza, riconducibile alla questione di costituzionalità, ma non anche con riferimento alla disposta *traslatio iudicii*, che consente di ricorrere al giudice dichiarato competente, ma non anche di avvalersi delle garanzie del giusto processo, appositamente previste per i provvedimenti amministrativi.

Si deve quindi prendere atto di una complessità del sistema giudiziario nazionale, che meriterebbe attenta considerazione per ulteriori iniziative di riordino, nell'auspicata stagione di riforma della Giustizia.

Gabriella De Michele
già Presidente di Sezione del Tar Lazio

pubblicato il 3 maggio 2021

BIBLIOGRAFIA

F. Gigliotti – *Collocamento a riposo di un componente togato del Consiglio Superiore della Magistratura e permanenza in carica: le ragioni (esclusivamente tecniche) di un voto*. Consulta online, 20 ottobre 2020;

R. Romanelli-G. Varano – *CSM: l'esercizio delle funzioni giudiziarie requisito per la permanenza in carica di consigliere togato* – in *Diritto di Difesa*, 19 aprile 2020;

N. Rossi – *Sta per nascere al CSM un caso Davigo?* – in *Questione Giustizia*, 31 luglio 2020;

R. Russo – *L'affaire Davigo. Semel iudex semper iudex?* – in *Giustizia Insieme*, 12 ottobre 2020;

S. Amore – *Una diversa opinione. Collocamento in quiescenza del magistrato ordinario e cessazione del mandato elettivo al CSM* – in *Giustizia insieme*, 12 ottobre 2020

Gli strumenti per il dialogo dell'amministrazione digitale

di Indra Macrì (*) - Consigliere dell'area informatica - Corte costituzionale

Molteplici sono gli strumenti per l'accesso ai servizi on line dell'amministrazione, ma dopo le modifiche introdotte dal D.L. n. 76/2020 al Codice dell'amministrazione digitale due di essi sembrano aver assunto un ruolo privilegiato: l'identità digitale e il punto di accesso telematico. È stabilito, infatti, che chiunque ha il diritto di accedere ai servizi in rete offerti dall'amministrazione pubblica, tramite la propria identità digitale o attraverso il punto di accesso telematico. L'articolo analizza i casi di utilizzo previsti dal CAD per i metodi di comunicazione tradizionali come la posta elettronica, la cooperazione applicativa, il domicilio digitale, fino all'appIO e alla piattaforma di notificazione, da ultimo disciplinata dal D.L. n. 76/2020. Si descrivono SPID, CIE e CNS, che dopo le modifiche introdotte dal citato decreto costituiscono gli unici sistemi di identificazione in rete validi per l'accesso ai servizi on line dell'amministrazione. Si prendono, inoltre, in esame le ulteriori disposizioni che disciplinano la validità delle comunicazioni firmate o protocollate.

I diritti della Carta della cittadinanza digitale per il dialogo digitale

Il dialogo digitale della Pubblica Amministrazione trova le sue radici nel diritto all'uso delle tecnologie, introdotto dall'art. 3 del Codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, CAD). Tale diritto è esercitabile da qualsiasi soggetto giuridico, in quanto si stabilisce che *chiunque ha il diritto di usare le soluzioni e gli strumenti* individuati dal CAD nei rapporti con le Pubbliche Amministrazioni. All'interno della Carta della cittadinanza digitale (sezione II del I capo del Codice, artt. da 3 a 9) è sancito anche il diritto di accedere ai servizi *on line* offerti dalle Pubbliche Amministrazioni, tramite la propria identità digitale e attraverso il punto di accesso telematico di cui all'art. 64-bis (art. 3-bis, comma 1, CAD), e il diritto di fruire dei servizi erogati dalle Pubbliche Amministrazioni tramite gli strumenti telematici messi a disposizione dalle Pubbliche Amministrazioni e il punto di accesso di cui all'art. 64-bis, anche attraverso dispositivi mobili (art. 7, comma 1, CAD).

Per ciascuno di questi diritti l'ambito di applicazione comprende tutte le amministrazioni sottoposte alla disciplina del D.Lgs. n. 165/2001, le autorità del sistema portuale, le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, i gestori di pubblici servizi e le società partecipate (1).

Gli strumenti indicati per l'esercizio dei diritti della Carta della cittadinanza digitale, dunque, sono tutti quelli individuati dal CAD (art. 3), l'identità digitale e il punto di accesso (art. 3-bis), gli strumenti telematici messi a disposizione dalle singole amministrazioni e, nuovamente, il punto di accesso, anche con dispositivi mobili (art. 7).

Una prima precisazione va fatta con riferimento agli strumenti messi a disposizione dalle Pubbliche Amministrazioni per la fruizione in rete dei loro servizi digitali. L'espressione "strumenti telematici", utilizzata dall'art. 7 del CAD, è del tutto generica, con la conseguenza che ben potrebbe riferirsi agli strumenti di identificazione in rete del soggetto che intende fruire di un servizio digitale. Al riguardo l'art. 24, comma 4, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76,

(*) Le opinioni espresse nel presente lavoro sono riconducibili all'autore e non impegnano in alcun modo l'amministrazione di appartenenza.

(1) L'ambito di applicazione dell'art. 3-bis, fino alle modifiche introdotte dall'art. 24, comma 1, lett. a), n. 1, D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120 non prevedeva le società partecipate.

convertito con modificazioni dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120 dispone il divieto per le Pubbliche Amministrazioni centrali e territoriali di cui al D.Lgs. n. 165/2001, le autorità di sistema portuale, le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione di rilasciare o rinnovare credenziali per l'identificazione e l'accesso dei cittadini ai propri servizi in rete, diverse da SPID (Sistema pubblico per la gestione delle identità digitali), CIE (Carta di identità elettronica) o CNS (Carta nazionale dei servizi), concedendo l'utilizzo di quelle già rilasciate fino alla loro naturale scadenza, ma, comunque, non oltre il 30 settembre 2021. Nei fatti, le credenziali, ossia utenza e *password*, rilasciate da diverse amministrazioni (ad esempio Inps, Agenzia delle entrate) per l'accesso ai loro servizi in rete già dallo scorso 28 febbraio 2021 non possono più essere fornite. La *ratio* del limite posto sui sistemi di identificazione in rete che una Pubblica Amministrazione può adottare risiede nel fatto che occorre garantire piena affidabilità e sicurezza ai sistemi di identificazione in rete. Quelli realizzati e/o gestiti dalle singole amministrazioni per l'utilizzo dei propri servizi, infatti, sono sistemi che, diversamente da SPID e dalla CIE, non risultano conformi al Regolamento eIDAS (2), con la conseguenza che non garantiscono la necessaria sicurezza e affidabilità.

Un'ulteriore precisazione si rende necessaria. Supponiamo che l'amministrazione metta a disposizione dei propri utenti un numero telefonico per l'erogazione di un determinato servizio. Si tratterebbe di uno strumento che consente la fruizione del servizio anche attraverso dispositivi mobili, nel senso che con uno *smartphone* è ben possibile comporre un numero telefonico così accedendo al servizio dell'amministrazione. Analizzata sotto questa prospettiva, quindi, la scelta dell'amministrazione di rendere fruibile un servizio mediante telefono potrebbe apparire coerente con quanto indicato dall'art. 7, CAD. Nella realtà tale scelta non coglie il senso complessivo dei diritti sanciti dal Codice, come evidenziato, ad esempio, dall'invito 22-2020 dell'Ufficio per il difensore civico per il digitale, istituito a tutela della Carta della cittadinanza digitale presso l'Agenzia per l'Italia digitale (art. 17, comma 1-*quater*, CAD). Nel caso specifico era stato lamentato il fatto che un'azienda sanitaria pubblica consentisse la prenotazione delle visite domiciliari per soggetti invalidi solo mezzo

telefono. Il difensore civico, accertata l'effettiva impossibilità di prenotazione delle predette visite sia mediante accesso con l'identità digitale dei richiedenti sia presentando un'istanza telematica, invita l'amministrazione a porvi rimedio tempestivamente, provvedendo a rendere disponibile lo stesso servizio di prenotazione delle visite specialistiche domiciliari tramite prenotazione *on line* con identità digitale o invio di istanza telematica. Nel suo invito, in particolare, il difensore civico richiama l'amministrazione all'osservanza della disciplina di cui agli artt. 3, comma 1 e 3-*bis*, comma 1 del CAD, sopra accennati, oltre che all'art. 65 del CAD, relativo alla validità delle istanze e dichiarazioni presentate per via telematica alla Pubblica Amministrazione.

Dai metodi di comunicazione tradizionali, al domicilio digitale introdotto all'inizio dello scorso decennio dal decreto crescita Monti (3), fino alle piattaforme più innovative, come il punto di accesso, sul quale è stata data una grande accelerata con il D.L. n. 76/2020, passando per i sistemi di identificazione in rete, come SPID, CIE o CNS, molteplici sono gli strumenti previsti dal Codice per il dialogo digitale dell'amministrazione. Ma per la validità della comunicazione dell'amministrazione digitale, la normativa individua anche altri strumenti, come il protocollo informatico e le firme.

La cooperazione applicativa e la posta elettronica ordinaria

La cooperazione applicativa e la posta elettronica ordinaria (ossia non certificata) sono le modalità di comunicazione individuate dal Codice dell'amministrazione digitale per il dialogo fra Pubbliche Amministrazioni (art. 47, comma 1, CAD). La cooperazione applicativa è definita dal Codice dell'amministrazione digitale come la componente del Sistema pubblico di connettività finalizzata all'interazione tra i sistemi informatici dei soggetti partecipanti, per garantire l'integrazione dei metadati, delle informazioni, dei processi e procedimenti amministrativi (art. 1, comma 1, lett. ee). Il Sistema pubblico di connettività è l'insieme di infrastrutture tecnologiche e di regole tecniche che assicura l'interoperabilità tra i sistemi informativi delle Pubbliche Amministrazioni, permette il coordinamento informativo e informatico dei dati tra le amministrazioni centrali, regionali e locali e tra queste e i sistemi

(2) Reg. UE n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la Dir. 1999/93/CE, *amplius* I. Macri, "L'identità digitale,

nuovo documento di riconoscimento", in questa *Rivista*, n. 3/2021, 475.

(3) Art. 4, comma 1, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221.

dell'Unione europea ed è aperto all'adesione da parte dei gestori di servizi pubblici e dei soggetti privati (art. 73, comma 1, CAD).

Sottostante all'idea della cooperazione applicativa c'è il dialogo diretto fra i sistemi informatici delle differenti amministrazioni, nella visione chiave della Commissione europea, secondo la quale le Pubbliche Amministrazioni dovrebbero fornire servizi pubblici digitali, interoperabili e incentrati sull'utente alle imprese e ai cittadini a livello nazionale e dell'Unione, favorendo la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei dati in tutta l'Unione (4). L'amministrazione erogatrice di un servizio si impegna a fornirne l'accesso attraverso le proprie Api (*application program interface*) a qualunque soggetto che ne abbia diritto e ne faccia richiesta, così garantendo l'interoperabilità dei sistemi. Risalgono al 1° marzo 2021 le ultime linee guida in materia che sono state messe in consultazione dall'AGID (5). Un'applicazione tipica di cooperazione applicativa è l'acquisizione in automatico da parte di un servizio dell'amministrazione A che ha bisogno per il suo funzionamento delle informazioni contenute in una specifica banca dati gestita da un'amministrazione B. È possibile immaginare uno scenario ancora più evoluto nel quale sia stata predisposta una nota in formato interamente digitale dall'amministrazione A, indirizzata all'amministrazione B. Anziché essere stampata e inviata cartaceamente o per e-mail o per posta elettronica certificata, si supponga che i sistemi di protocollo delle due amministrazioni cooperino fra loro. In questo caso basterà che il funzionario preposto dell'amministrazione A scelga fra i destinatari del proprio applicativo di protocollo l'amministrazione B, la quale a sua volta riceverà sul proprio sistema di protocollo la notifica dell'arrivo di una nuova comunicazione proveniente dall'amministrazione A. È proprio la cooperazione applicativa lo strumento principe per il dialogo fra Pubbliche Amministrazioni, garantendo un invio documentale valido ad ogni effetto di Legge quando lo scambio avviene nell'ambito del Sistema pubblico di connettività, quindi nel rispetto delle relative procedure e regole tecniche di sicurezza (art. 76, CAD).

La posta elettronica ordinaria è lo strumento indicato, qualora l'amministrazione si trovi a colloquiare con i propri dipendenti, anche se ulteriori strumenti

informatici sono possibili, nel rispetto della disciplina sulla *privacy* e previa informativa agli interessati sul grado di riservatezza degli stessi (art. 47, comma 3, CAD). Se la comunicazione fra amministrazione e dipendente è relativa, ad esempio, alla contestazione di un addebito disciplinare, occorre utilizzare la posta elettronica certificata, nel caso in cui il dipendente possieda una casella. Per le comunicazioni successive alla contestazione dell'addebito, invece, è consentita la comunicazione tra l'amministrazione ed i propri dipendenti tramite posta elettronica ordinaria o altri strumenti informatici di comunicazione, compreso il fax, se previamente comunicati dal dipendente o dal suo procuratore (art. 55-bis, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165). D'altra parte, qualora vi sia bisogno di una ricevuta di invio e di consegna, come nel caso di un procedimento disciplinare, dove sono previsti termini specifici, è stabilito che la comunicazione avvenga attraverso la posta elettronica certificata (PEC). L'utilizzo della PEC, infatti, consente di avere una data e un'ora di trasmissione e ricezione opponibile a terzi e per questo è equiparata alla raccomandata con ricevuta di ritorno (art. 48 CAD).

Il domicilio digitale

Il domicilio digitale è un indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato, come definito dal Regolamento eIDAS, valido ai fini delle comunicazioni elettroniche aventi valore legale (art. 1, comma 1, lett. n-ter, CAD), del quale devono dotarsi Pubbliche Amministrazioni, imprese e professionisti (art. 3-bis, comma 1, CAD). L'espressione domicilio digitale entra nel Codice dell'amministrazione digitale all'inizio dello scorso decennio con l'introduzione dell'art. 3-bis, dedicato al domicilio digitale del cittadino, dove al comma 1 si stabiliva che per facilitare la comunicazione tra Pubbliche Amministrazioni e cittadini, ogni cittadino poteva indicare alla Pubblica Amministrazione un proprio indirizzo di posta elettronica certificata quale suo domicilio digitale. La posta elettronica certificata è disciplinata dalle regole tecniche contenute nel D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68 (6) ed è stata concepita come la versione telematica della raccomandata con ricevuta di ritorno. Analogamente a quanto avviene

(4) Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Quadro europeo di interoperabilità - Strategia di attuazione COM(2017) 134 final del 23 marzo 2017, 5.

(5) Linee Guida Modello Interoperabilità, <https://docs.italia.it/media/pdf/lg-modellointeroperabilita-docs/bozza/lg-modellointeroperabilita-docs.pdf>.

(6) Regolamento recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata, a norma dell'art. 27 della Legge 16 gennaio 2003, n. 3 (in *G.U.* 28 marzo 2005, n. 97).

nella spedizione di una comunicazione raccomandata A/R, anche per la PEC non è prevista l'identificazione del soggetto che effettua la trasmissione. Difatti Caio può recarsi all'ufficio postale per inviare una comunicazione per conto di Tizio, poiché chi invia la comunicazione non coincide necessariamente con il soggetto che l'ha predisposta, né tantomeno per una comunicazione raccomandata effettuata in un qualsiasi ufficio postale è richiesta l'identificazione del soggetto che provvede alla spedizione, né tantomeno del destinatario di tale spedizione. Per tale motivo, il domicilio digitale costituisce un servizio elettronico di recapito certificato, ma non qualificato, perché privo dei requisiti sopra richiamati, previsti dal Regolamento eIDAS per i recapiti certificati qualificati. In particolare il citato Regolamento stabilisce che i servizi elettronici di recapito certificato qualificati garantiscono, fra l'altro, con un elevato livello di sicurezza l'identificazione del mittente, oltre all'identificazione del destinatario prima della trasmissione (art. 44, para. 1, lett. b e c).

Dal 1° gennaio 2013 le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi comunicano con il cittadino esclusivamente tramite il domicilio digitale dallo stesso dichiarato, salvo specifiche disposizioni derogatorie. Per eleggere un proprio domicilio digitale il cittadino può anche avvalersi dell'appIO, disciplinata dall'art. 64-bis CAD (art. 3-bis, comma 1-ter, CAD). Al riguardo lo stesso art. 64-bis stabilisce che per rendere effettivo il diritto dell'art. 7 del Codice sulla fruizione dei servizi in rete delle Pubbliche Amministrazioni in modo digitale e integrato, non solo le Pubbliche Amministrazioni, ma anche i fornitori di identità digitali e i prestatori di servizi fiduciari qualificati progettano e sviluppano i loro sistemi in modo integrato e interoperabile con l'appIO (art. 64-bis, comma 1-bis). Ciò significa che le informazioni fornite al fornitore del servizio di identità digitale, ad esempio e-mail, codice fiscale, indirizzo di PEC, vengono rese disponibili all'appIO, al momento dell'accesso all'app tramite l'identificazione del soggetto mediante SPID. Con le modifiche introdotte dall'art. 24, comma 1, lett. g) punto 3) del D.L. n. 76/2020 all'art. 65 del CAD, si prevede un'ulteriore modalità per eleggere un proprio domicilio digitale: basta utilizzarlo per la presentazione di un'istanza o di una dichiarazione con la Pubblica Amministrazione (art. 65, comma 1, lett. c-bis)

Ove mai il dirigente pubblico utilizzasse una modalità di comunicazione differente dal domicilio digitale dichiarato dal cittadino, non solo ciò verrebbe valutato ai fini delle sue *performance* (7), ma soprattutto tale comunicazione non produrrebbe effetti pregiudizievoli per il destinatario (art. 3-bis, comma 4, CAD).

Dello stesso tenore è l'art. 6 del CAD, che al comma 1-*quater* stabilisce che le Pubbliche Amministrazioni notificano i propri atti, compresi i verbali relativi alle sanzioni amministrative, gli atti impositivi di accertamento e di riscossione e le ingiunzioni direttamente presso i domicilia digitali iscritti negli elenchi di indirizzi PEC disciplinati dagli artt. 6-bis, (Ini-PEC, Indice nazionale dei domicilia digitali delle imprese e dei professionisti), 6-ter (Ipa, indice nazionale dei domicilia digitali delle Pubbliche Amministrazioni e dei gestori dei pubblici servizi) o 6-*quater* (Inad, Indice nazionale dei domicilia digitali delle persone fisiche, dei professionisti e degli altri enti di diritto privato, non tenuti all'iscrizione in albi, elenchi o registri professionali o nel registro delle imprese).

Sempre attraverso il domicilio digitale è possibile inviare una comunicazione alla Pubblica Amministrazione, che risulta valida, purché l'indirizzo dal quale è stata inviata sia contenuto in uno degli elenchi sopra citati (art. 65, comma 1, lett. c-bis, CAD). In particolare le imprese e i professionisti utilizzano i propri domicilia digitali per comunicare con le amministrazioni, in quanto i domicilia digitali disponibili nell'Indice nazionale dei domicilia digitali delle imprese e dei professionisti (Ini-PEC) costituiscono mezzo esclusivo di comunicazione e notifica con le Pubbliche Amministrazioni (art. 6-bis, comma 2, CAD). Per rendere immediatamente attuativa tale disposizione, l'art. 37 del D.L. n. 76/2020 è ritornato sul tema, modificando l'art. 16, D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito dalla Legge 28 gennaio 2009, n. 2 e disponendo per le imprese costituite in forma societaria la comunicazione entro il 1° ottobre 2020 del proprio domicilio digitale al registro delle imprese, qualora non abbiano già provveduto.

Il punto di accesso telematico, l'appIO e la piattaforma di notifica (8)

Il punto di accesso telematico era già stato inserito all'interno del CAD dal D.Lgs. 13 dicembre 2017, n.

(7) Fermo restando la responsabilità dirigenziale e disciplinare - oltre alle eventuali responsabilità penali, civile e contabili - previste in generale per i dirigenti pubblici nell'osservanza del CAD (art. 12, comma 1-ter, CAD).

(8) Cfr. anche C. Giardina, "L'analisi tecnico-normativa dell'AppIO", in questa *Rivista*, 4/2021, 689.

217. In particolare l'art. 10 ha rinominato la rubrica dell'art. 7 CAD, precedentemente dedicata alla qualità dei servizi resi e soddisfazione dell'utenza, ed ha disciplinato il diritto alla fruizione digitale dei servizi della Pubblica Amministrazione, precisando che essa debba avvenire in modo integrato anche attraverso cellulari o *tablet* (dispositivi mobili) ed utilizzando il punto di accesso descritto nell'art. 64-bis. Lo stesso art. 64-bis CAD ribadisce che le Pubbliche Amministrazioni rendono fruibili i propri servizi in rete, tramite il punto di accesso telematico costituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. Il riferimento implicito è all'appIO, sviluppata originariamente dal Team per la trasformazione digitale e attualmente gestita dalla società PagoPA S.p.A. L'obiettivo di tale disposizione è consentire a tutte le amministrazioni di conseguire importanti risparmi di spesa giacché, nella sostanza, si permetterà, per un verso, di diminuire progressivamente gli investimenti necessari allo sviluppo e alla manutenzione di siti e interfacce di *front-office* e, per altro verso, di risparmiare sulla comunicazione di dati e informazioni a utenti e altre amministrazioni (9). Di conseguenza si avrà una semplificazione dei servizi delle amministrazioni, in quanto l'utilizzo dell'unico punto di accesso di cui all'art. 64-bis, in prospettiva, intende accentrare il sistema per l'erogazione dei servizi *on line* delle amministrazioni. L'accesso all'appIO, disponibile allo stato su sistemi android e iOS (è previsto lo sviluppo di una versione web accessibile anche da *personal computer* entro il 2021) richiede comunque una preventiva autenticazione attraverso SPID o CIE. Coerente con la citata visione della Commissione europea in tema di interoperabilità, l'amministrazione che voglia rendere disponibile i propri servizi attraverso l'appIO potrà utilizzare le Api messe a disposizione (<https://developer.io.italia.it/openapi.html>) e sottoscrivere un apposito accordo contenente anche gli aspetti di sicurezza e *privacy*. *Mutatis mutandis* sarebbe possibile intravedere un parallelo fra il punto di accesso telematico e la piattaforma Amazon. In ambito commerciale, con una certa facilità per l'utente è possibile acquistare, senza muoversi da casa e identificandosi semplicemente con le proprie credenziali, contemporaneamente le più disparate tipologie di beni, restando sempre all'interno di Amazon, considerato il più grande sistema integrato di vendita *on-line*. Analogamente, attraverso il punto di accesso, il cittadino italiano ha la

possibilità di colloquiare contemporaneamente con tutte le Pubbliche Amministrazioni che abbiano integrato i propri servizi con l'appIO. Come il singolo produttore o distributore che intenda vendere i propri beni attraverso Amazon ha a sua disposizione una piattaforma, già sviluppata e ampiamente collaudata, perfettamente integrata con altri servizi, ad esempio con i servizi di pagamento, attraverso la quale interfacciare tutta la propria clientela, così la Pubblica Amministrazione attraverso un unico punto di accesso mette a disposizione dei cittadini i propri servizi, consentendone anche il pagamento, quando richiesto, grazie all'integrazione dell'appIO con la piattaforma dei pagamenti delle Pubbliche Amministrazioni, "pago PA".

Secondo quanto disposto dall'art. 65, comma 1, lett. b-bis), CAD, risultano valide le istanze e le dichiarazioni presentate alla Pubblica Amministrazione quando le stesse sono formate attraverso l'appIO. Ma mentre l'utilizzo del punto di accesso telematico per rendere fruibili i propri servizi in rete riguarda le amministrazioni sottoposte alla disciplina del D.Lgs. n. 165/2001, le autorità del sistema portuale, le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, i gestori di pubblici servizi e le società partecipate, la validità delle istanze loro presentate tramite l'appIO, stando all'analisi letterale del citato art. 65 CAD, non si applicherebbe alle società partecipate.

La stessa appIO consentirà l'accesso alla nuova piattaforma per la notificazione digitale degli atti della Pubblica Amministrazione, sempre gestita dalla società PagoPA S.p.A., istituita dall'art. 1, comma 402, della Legge 27 dicembre 2019, n. 160 e di recente disciplinata dall'art. 26, D.L. n. 76/2020. L'obiettivo è fornire alle amministrazioni una piattaforma dove rendere disponibili i documenti telematici relativi alla notificazione di atti, provvedimenti, avvisi e comunicazioni, in alternativa alle modalità previste da altre disposizioni di Legge, anche in materia tributaria. Il gestore della piattaforma assicura l'autenticità, l'integrità, l'immodificabilità, la leggibilità e la reperibilità dei documenti informatici resi disponibili dalle amministrazioni e, a sua volta, li rende disponibili ai destinatari, ai quali garantisce l'accesso alla piattaforma, per il reperimento, la consultazione e l'acquisizione dei documenti informatici oggetto di notificazione. L'art. 26, comma 4 del D.L. n. 76/2020 dettaglia modalità e termini di notificazione e

(9) Relazione tecnica allo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al D.Lgs. 26 agosto 2016, n. 179, concernente modifiche e integrazioni al Codice

dell'amministrazione digitale di cui al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'art. 1 della Legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

stabilisce che il gestore della piattaforma invia al destinatario un avviso di avvenuta ricezione per ogni atto, provvedimento, avviso o comunicazione oggetto di notificazione reso disponibile dall'amministrazione. In questo modo il gestore della piattaforma comunica l'esistenza di tale atto, insieme all'identificativo univoco della notificazione e alle modalità di accesso alla piattaforma per l'acquisizione del documento oggetto di notificazione. Per l'accesso alla piattaforma di notifica è prevista l'identificazione del soggetto mediante il sistema SPID o la CIE, ma, come sopra richiamato, ne è previsto l'accesso anche attraverso l'appIO. Successivi decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, o del Ministro delegato per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, sentiti il Ministro dell'economia e delle finanze e il Garante per la protezione dei dati personali per gli aspetti di competenza, acquisito il parere in sede di Conferenza unificata, indicheranno le modalità di funzionamento. In particolare tali decreti dovranno definire, fra l'altro, l'infrastruttura tecnologica della piattaforma, le regole tecniche e le modalità con le quali le amministrazioni identificano i destinatari e rendono disponibili telematicamente sulla piattaforma i documenti informatici oggetto di notificazione, le modalità con le quali il gestore della piattaforma attesta e certifica, con valore legale opponibile ai terzi, la data e l'ora in cui i documenti informatici delle amministrazioni sono depositati sulla piattaforma e resi disponibili ai destinatari, le modalità di accesso alla piattaforma e di consultazione degli atti (provvedimenti, avvisi o comunicazioni), le modalità con le quali il gestore della piattaforma attesta la data e l'ora in cui i destinatari accedono, tramite la piattaforma, all'atto oggetto di notificazione, le modalità con le quali i destinatari eleggono il domicilio digitale presso la piattaforma, i tempi e le modalità di conservazione dei documenti informatici resi disponibili sulla piattaforma. Il comma 17 dell'art. 26 del citato D.L. n. 76/2020 disciplina i casi in cui la piattaforma non sarà utilizzata (ad esempio per la notificazione degli atti del processo civile, penale, per l'applicazione di misure di

prevenzione, amministrativo, tributario e contabile, per gli atti della procedura di espropriazione forzata).

I sistemi di identificazione in rete: SPID

Il sistema pubblico per la gestione delle identità digitali (SPID), introdotto dall'art. 64 CAD per favorire la diffusione di servizi in rete agevolando l'accesso agli stessi da parte di cittadini e imprese anche in mobilità, è costituito come insieme aperto di soggetti pubblici e privati che, previo accreditamento da parte dell'AGID, secondo modalità definite dal D.P.C.M. 24 ottobre 2014, identificano gli utenti per consentire loro l'accesso ai servizi in rete. L'elenco aggiornato dei gestori di identità digitali (o *identity provider*) accreditati è disponibile sul sito dell'AGID (10).

Le credenziali SPID, ossia utenza e *password*, sono rilasciate da un *identity provider* accreditato a persone fisiche o a persone giuridiche. In entrambi i casi, dal 1° dicembre 2019 possono essere assegnate credenziali anche per uso professionale (11). Uno stesso soggetto, dunque, può avere più credenziali SPID, ad esempio a uso personale e a uso professionale. Per il rilascio delle credenziali a una persona fisica occorre acquisire da parte del gestore dell'identità alcune informazioni identificative obbligatorie, come il codice fiscale, il nome, il cognome, il luogo di nascita, la data di nascita e il sesso, gli estremi di un valido documento di riconoscimento. Per le persone giuridiche, invece, occorre acquisire, fra le altre, le informazioni relative a denominazione/ragione sociale, codice fiscale, partita Iva, sede legale, visura camerale attestante lo stato di rappresentante legale del soggetto richiedente l'identità per conto della società, estremi del documento di identità utilizzato dal rappresentante legale. In SPID sono definiti tre livelli di sicurezza, con il livello 1 associato a quello più basso ed il livello 3 a quello più elevato, corrispondenti ad altrettanti livelli specificati nello standard internazionale ISO-IEC 29115, rispetto al rischio di uso abusivo o alterazione di identità. Per le persone fisiche e per i professionisti il fornitore di identità digitali può mettere a disposizione la funzionalità di

(10) I *Service identity provider* attualmente accreditati sono 9: Aruba PEC S.p.A., In.Te.S.A. S.p.A., Lepida S.c.p.A., Namirial S.p.A., Poste Italiane S.p.A., Register S.p.A., Sielte S.p.A., TI Trust Technologies S.r.l., (<https://www.agid.gov.it/piattaforme/spid/identity-provider-accreditati>).

(11) Come espressamente previsto dalla "linee guida per il rilascio dell'identità digitale per uso professionale" adottate dall'Agid con la determinazione n. 318/2019 del 5 novembre 2019 le identità digitali per uso professionale sono utili a provare l'appartenenza di una persona fisica all'organizzazione di una persona

giuridica e/o la sua qualità di professionista, ma, al contrario, non costituiscono prova dei poteri di rappresentanza di una persona giuridica dei quali una persona fisica è eventualmente in possesso né l'appartenenza di un professionista a un determinato ordine professionale o altro elenco qualificato. Le regole tecniche su SPID allo stato non disciplinano ancora le *attribute authority*, che potrebbero attestare, ad esempio, l'iscrizione di un ingegnere al relativo ordine professionale. Risulta in fase conclusiva l'iter di approvazione delle regole tecniche sull'*attribute authority*.

firma di un documento, come prevista dall'art. 20, comma 1-bis, CAD, coerentemente con le corrispondenti linee guida AGID (12). L'AgID cura l'attivazione e sovrintende al corretto funzionamento del sistema SPID, preoccupandosi, fra l'altro, della gestione dell'accREDITamento dei gestori dell'identità digitale (e, prossimamente anche dei gestori di attributi qualificati), stipulando con essi apposite convenzioni. AGID sottoscrive specifiche convenzioni anche con le Pubbliche Amministrazioni ed i privati aderenti a SPID in qualità di fornitori di servizi qualificati erogati in rete, curando l'aggiornamento del registro SPID e vigilando sull'operato dei soggetti che partecipano allo SPID, anche con possibilità di conoscere, tramite il gestore dell'identità digitale, i dati identificativi dell'utente e verificare le modalità con cui le identità digitali sono state rilasciate e utilizzate. Un'amministrazione (ma anche un soggetto privato) che intenda utilizzare come sistema di identificazione per l'accesso ai propri servizi lo SPID dovrà seguire la procedura tecnica e amministrativa disponibile sul portale dedicato (<https://www.spid.gov.it/>). La lista delle entità che entrano a far parte della federazione SPID, dopo aver superato il processo di accREDITamento di AGID e la stipula della relativa convenzione, è contenuta nel registro della federazione SPID. Il registro è liberamente fruibile all'indirizzo <https://registry.spid.gov.it/>, dove sono pubblicate, fra l'altro, le amministrazioni (oltre che i privati) che consentono l'accesso ai loro servizi attraverso SPID. L'identificazione di un soggetto attraverso il sistema SPID rende valide le istanze e le dichiarazioni presentate per via telematica alle Pubbliche Amministrazioni e ai gestori dei servizi pubblici, secondo quanto sancito dall'art. 65, comma 1, lett. b), CAD.

Le carte per l'identificazione in rete: CIE e CNS

Diversamente dallo SPID che è rilasciato da soggetti privati accREDITati presso l'AGID, la CIE è rilasciata dai Comuni e, per gli italiani residenti all'estero, dai Consolati. Il Ministero dell'Interno è il gestore dell'identità digitale e si occupa del sistema che garantisce l'integrità e la sicurezza delle comunicazioni fra il

Centro nazionale per i servizi demografici e gli enti che materialmente emettono la CIE (13). L'Istituto poligrafico e zecca dello Stato è responsabile della produzione e distribuzione della CIE, oltre che delle postazioni di lavoro utilizzate da Comuni e Consolati per il rilascio della carta di identità elettronica. Poiché la CIE è un documento che attesta l'identità del cittadino per esigenze di pubblica sicurezza, esso contiene al suo interno anche le impronte digitali, che possono essere lette solo dalle forze di polizia, ed è conforme agli standard di riferimento per i documenti di identità e di viaggio (ICAO 9303). Tale ultima caratteristica consente la lettura della CIE ai varchi di frontiera per il controllo del documento anche all'estero. Inoltre, contiene al suo interno l'informazione sul consenso o diniego alla donazione degli organi da parte del cittadino in caso di morte. Come previsto dall'art. 64, comma 2-*quater*, CAD l'accesso ai servizi in rete erogati dalle Pubbliche Amministrazioni che richiedono identificazione informatica è consentito attraverso la CIE. Grazie alla spinta innescata dal citato D.L. n. 76/2020, l'utilizzo dei circa 20 milioni di carte emesse (14) è aumentato negli ultimi mesi e si stima per il 2026 la sostituzione di tutte le carte di identità cartacee. Per la CIE è previsto un solo livello di sicurezza, corrispondente a quello più elevato indicato dal regolamento eIDAS citato. La CIE è realizzata in materiale plastico e contiene al suo interno un microchip a radiofrequenze, dove sono conservati i dati del titolare. Per l'utilizzo pratico della CIE, oltre alla carta, occorre anche un codice composto da otto numeri (Pin), dei quali i primi quattro sono consegnati al cittadino all'atto della richiesta presso il Comune (o presso il Consolato, se è un italiano residente all'estero), i restanti 4 numeri sono consegnati con la CIE all'indirizzo indicato in fase di richiesta. Per l'identificazione in rete attraverso la CIE è possibile utilizzare il proprio computer, sul quale, però, deve essere collegato un lettore di *smart card contactless* per la lettura della CIE e installato il "Software CIE". In alternativa l'utente può effettuare la lettura della CIE mediante uno *smartphone* dotato di interfaccia Nfc (15) e l'app "CIE ID", disponibile dallo scorso mese di dicembre 2020 sia per sistemi android (dalla

(12) "Linee Guida per la sottoscrizione elettronica di documenti ai sensi dell'art. 20 del CAD", emanate con Determinazione Agid n. 157/2020 dello scorso 23 marzo 2020.

(13) Secondo la disciplina contenuta nel decreto del Ministero dell'interno 23 dicembre 2015, "Modalità tecniche di emissione della Carta d'identità elettronica" (in G.U. n. 302 del 30 dicembre 2015).

(14) 19.938.673, dato al 13 aprile 2021 (<https://www.cartaidentita.interno.gov.it/identificazione-digitale/>).

(15) *Near field communication*, protocollo di comunicazione cosiddetto "near" poiché consente la comunicazione fra due dispositivi che si trovino a una distanza inferiore a 4 cm, particolarmente diffuso sugli *smartphone*. Basterà, infatti, avvicinare la carta allo *smartphone* correttamente equipaggiato per leggere i dati ivi contenuti.

versione 6.0 in poi) che per gli iPhone dotati di interfaccia Nfc. Tale ultima modalità potrebbe essere utilizzata anche per l'accesso al servizio da computer, qualora non si posseda il lettore di *smart card contactless*. Per rendere accessibili i propri servizi con identificazione in rete mediante la CIE, le amministrazioni (ma anche i privati) possono registrarsi al portale di federazione (<https://federazione.servizi.cie.interno.gov.it/>), dove trovano a loro disposizione il modulo di adesione con tutte le indicazioni tecniche e operative per la richiesta di accreditamento allo schema "Entra con CIE". Sullo stesso portale è altresì disponibile l'elenco delle amministrazioni che consentono l'utilizzo della CIE per l'accesso ai loro servizi. Dallo scorso dicembre 2020 l'Ipzs ha reso disponibile anche l'app CieSign, con la quale da *smartphone* è possibile firmare un documento con firma elettronica avanzata (ma non qualificata).

La Carta nazionale dei servizi o CNS si presenta sotto forma di *smart card* o chiavetta Usb, contenente un "certificato digitale" di autenticazione personale con il quale è possibile l'identificazione dell'utente in rete, oltre che la firma di documenti. Il CAD stabilisce che sia possibile utilizzare la CNS per l'accesso ai servizi *on line* delle Pubbliche Amministrazioni quando sia richiesta l'identificazione informatica per la fruizione di tali servizi (art. 64, comma 2-*nonies*).

Vari gli enti che rilasciano la CNS. La CNS più diffusa è la tessera sanitaria (Ts-CNS). Per attivarla come CNS ed accedere ai servizi *on line* della Pubblica Amministrazione, occorre richiedere i codici personali (Pin, Puk) presso uno degli sportelli preposti della Regione di assistenza, presentando un documento di identità in corso di validità. Altro esempio di CNS è quella rilasciata dalle Camere di commercio, che consente di firmare digitalmente documenti informatici (bilanci, fatture, contratti, ecc.) a chi ha una carica all'interno di un'impresa, e, al suo legale rappresentante, di consultare gratuitamente le informazioni relative alla propria azienda contenute nel registro imprese (visura ordinaria, visura storica, visura artigiana e scheda società, modello di dichiarazione sostitutiva del certificato Registro Imprese, statuti, atti e bilanci depositati, situazione dei pagamenti del diritto annuale, stato pratiche Registro Imprese). La stessa CNS rilasciata dalle Camere di commercio, permette, come privati cittadini, di accedere al sito dell'Agenzia delle entrate (<http://telematici.agenziaentrate.gov.it>), senza dover digitare tutti i propri dati per verificare lo stato della propria posizione fiscale (condoni e concordati, versamenti,

richieste di variazione di posizione, rimborsi, registrazione contratti di locazione di beni immobili, comunicazioni relative ai regimi fiscali agevolati, ecc.). Analogamente a quanto avviene per lo SPID, l'identificazione di un soggetto attraverso la CIE o la CNS rende valide le istanze e le dichiarazioni presentate per via telematica alle Pubbliche Amministrazioni e ai gestori dei servizi pubblici, secondo quanto sancito dall'art. 65, comma 1, lett. b), CAD.

Gli altri strumenti per la validità delle comunicazioni

Per la validità delle comunicazioni interne alle Pubbliche Amministrazioni e dirette alle Pubbliche Amministrazioni, il Codice individua ulteriori strumenti rispettivamente all'art. 47 e all'art. 65.

La validità delle comunicazioni fra Pubbliche Amministrazioni ai fini del procedimento amministrativo è assicurata quando sia possibile verificarne la provenienza, ossia quando occorra una delle seguenti condizioni, alternative fra loro:

- a) sono sottoscritte con firma digitale (f.d.) o con firma elettronica qualificata (f.e.q.);
- b) sono protocollate conformemente all'art. 55, D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445;
- c) è comunque possibile accertarne la provenienza, secondo la normativa vigente o secondo le linee guida;

d) sono trasmesse via PEC (art. 47, comma 2, CAD). Il Codice dell'amministrazione digitale, dunque, per la validità del dialogo fra Pubbliche Amministrazioni individua differenti condizioni che fanno riferimento a come è formato il documento (ad esempio protocollato o firmato digitalmente) oppure alla sua modalità di trasmissione (ad esempio inviato via PEC), con ciò sovrapponendo il piano della validità del documento con la validità della comunicazione. Vi è poi una terza possibilità, che, se da un lato tiene aperte le porte all'innovazione tecnologica, rendendo ammissibili ai fini della validità altre possibili alternative che le linee guida vigenti (ma anche future) possono indicare per la verifica della provenienza, allo stesso tempo, dal 2013 - a seguito delle modifiche apportate al CAD dall'art. 14, comma 1-*bis* del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98 - espressamente vieta l'utilizzo del fax nel dialogo fra Pubbliche Amministrazioni (art. 47, comma 2, lett. c, CAD). Le amministrazioni, però, non possono mettere in soffitta il fax, in quanto è una delle modalità ancora valide nella comunicazione del cittadino con la Pubblica Amministrazione. L'art. 38 del D.P.R. 28 dicembre

2000, n. 445, infatti, dispone al comma 1 che tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla Pubblica Amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax. Se, però, si intende utilizzare una modalità di colloquio telematica con la Pubblica Amministrazione che sia valida o si intenda partecipare a un concorso pubblico, bisognerà far ricorso ai mezzi elencati dall'art. 65 CAD (art. 38, comma 2, D.P.R. n. 445/2000).

Nel caso specifico di istanze e dichiarazioni presentate alle Pubbliche Amministrazioni e ai gestori dei servizi pubblici, infatti, l'art. 65 CAD ne disciplina la validità. In particolare, si stabilisce che le istanze e le dichiarazioni presentate alla Pubblica Amministrazione e ai gestori di pubblici servizi (sono dunque escluse le società partecipate) sono valide se si verifica una delle seguenti condizioni alternative fra loro:

- sono sottoscritte mediante una delle forme di cui all'art. 20 CAD, ossia firma digitale, firma elettronica qualificata, firma elettronica avanzata o previa identificazione dell'autore. Quest'ultimo caso corrisponde ad esempio alla firma SPID, che è possibile implementare coerentemente con le regole tecniche adottate con la determinazione n. 157/2020 AGID, sopra citate;
- l'istante o il dichiarante è identificato attraverso SPID, CIE o CNS;
- sono formate tramite il punto di accesso telematico;
- sono trasmesse dall'istante o dal dichiarante dal proprio domicilio digitale iscritto in uno degli elenchi di cui all'art. 6-bis, 6-ter o 6-quater CAD. In assenza di un domicilio digitale iscritto in uno degli elenchi sopra indicati, l'istanza o la dichiarazione può essere inviata da un qualsiasi indirizzo di PEC. In tale ultimo caso, di assenza, cioè, di un domicilio digitale iscritto, la trasmissione costituisce elezione di domicilio digitale ai sensi e per gli effetti dell'art. 3-bis, comma 1-ter, CAD.

Sono fatte salve le disposizioni normative che prevedono l'uso di specifici sistemi di trasmissione telematica nel settore tributario.

Nel caso in cui, viceversa, sia la Pubblica Amministrazione a inviare una comunicazione, essa risulta valida quando sia sottoscritta con la firma a stampa. La firma a stampa, che lo scorso mese di febbraio ha celebrato i suoi 28 anni di vigenza, risulta ormai l'ultima disposizione non abrogata del D.Lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 (art. 3, comma 2). In tale disposizione si statuisce che "nell'ambito delle Pubbliche Amministrazioni l'immissione, la riproduzione su

qualunque supporto e la trasmissione di dati, informazioni e documenti mediante sistemi informatici o telematici, nonché l'emanazione di atti amministrativi attraverso i medesimi sistemi, devono essere accompagnati dall'indicazione della fonte e del responsabile dell'immissione, riproduzione, trasmissione o emanazione. Se per la validità di tali operazioni e degli atti emessi sia prevista l'apposizione di firma autografa, la stessa è sostituita dall'indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile". La firma a stampa consiste, in pratica, nel nome e cognome del soggetto responsabile del procedimento stampati sul documento prodotto dall'amministrazione. L'espressione *firma a stampa* deriva dal fatto che quando venne disciplinata nello scorso millennio i computer erano ancora poco diffusi nella Pubblica Amministrazione e Internet agli albori. I documenti informatici, dunque, erano prevalentemente stampati, perché non se ne utilizzava direttamente la versione elettronica. Benché l'ambito di applicazione della firma a stampa, per come formulata la norma, sia limitato alle Pubbliche Amministrazioni, nei fatti esso risulta ben più vasto. Come sancito in più occasioni dalla Corte di cassazione, infatti, la firma a stampa è valida anche quando il documento prodotto da un'amministrazione è diretto ad un soggetto esterno, come ad esempio per l'invio di verbali di contravvenzione prodotti con mezzi automatici (Cass. 10 giugno 2009, n. 13375; 31 maggio 2005, n. 11499) (16).

L'art. 65 CAD, poi, espressamente prevede fra le possibili alternative che rendono valide le istanze e le dichiarazioni inviate in modalità telematica alla Pubblica Amministrazione la loro sottoscrizione e la loro presentazione unitamente alla copia del documento d'identità (art. 65, comma 1, lett. c). Non vi è dubbio che si tratti sempre di una modalità telematica, dove la copia del documento d'identità non può che essere digitale, secondo il principio europeo *digital first*, ribadito dall'art. 1, comma 1, lett. b) della Legge 7 agosto 2015, n. 124 contenente le deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, fra le quali, anche la revisione del Codice dell'amministrazione digitale. Quest'ultima modalità, in continuità con la modalità prevista da oltre 20 anni dal D.P.R. n. 445/2000 sarà probabilmente sempre meno usata. L'accelerata impressa dal Governo dopo le modifiche apportate al CAD dal D.L. n. 76/2020, rendono, infatti, i

(16) I. Macrì, U. Macrì, G. Pontevolpe, *Il nuovo Codice dell'amministrazione digitale*, Milano, 2011, 171-174.

sistemi di identificazione in rete e l'appIO, gli strumenti principali per l'accesso telematico ai servizi *on line* della Pubblica Amministrazione. Come richiamato dall'ultimo piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione, le Pubbliche Amministrazioni e i gestori di pubblici servizi adottano lo SPID *by default*, nel senso che le nuove applicazioni devono nascere "SPID-only", a meno di vincoli normativi o tecnologici, se dedicate a soggetti dotabili di SPID. Ciò in quanto fra i principi guida del piano triennale vi è appunto il concetto di *digital identity only* (accesso esclusivo mediante identità digitale), secondo il quale le Pubbliche Amministrazioni devono adottare in via esclusiva sistemi di identità digitale definiti dalla normativa, assicurando

almeno l'accesso tramite SPID. Continuano però a convivere altri strumenti previsti dalle numerose disposizioni che disciplinano l'utilizzo del digitale per il dialogo con la Pubblica Amministrazione, creando sul piano normativo diverse sovrapposizioni in un quadro piuttosto frammentario. La tavola seguente sintetizza i principali strumenti, rappresentati in colonna e raggruppati in 3 differenti tipologie (sistemi di comunicazione, sistemi di identificazione in rete, altri sistemi), utilizzabili per il dialogo dell'amministrazione digitale con i diversi soggetti (cittadini, imprese e professionisti, Pubbliche Amministrazioni, dipendenti pubblici), evidenziando in verde le disposizioni che ne stabiliscono la validità.

Tavola 1 - Strumenti utilizzati per il dialogo dell'amministrazione digitale con i differenti soggetti

	SISTEMI DI COMUNICAZIONE			SISTEMI DI IDENTIFICAZIONE IN RETE			ALTRI SISTEMI			
	Posta elettronica	Cooperazione applicativa	Domicilio digitale	Punto di accesso	SPID	CIE	CNS	Firme (f.d., f.e.q., art. 20, CAD)	Protocollo	Firma a stampa
Cittadini			art. 3-bis, co. 4 (*) ; art. 6; art. 6-ter, co. 1 (*) Cad	art. 3-bis, co. 01, art. 7, co. 01; art. 64-bis, co. 1, Cad	art. 3-bis, co. 01 e art. 64, co. 2-quater, Cad	art. 64, co. 2-quater, Cad	art. 64, co. 2-nonies, Cad	art. 65, co. 1, lett. a), Cad (*)		art. 3, co. 2, D.Lgs. 39/1993
			art. 65, co. 1, lett. c-bis) Cad (*); art. 38, co. 2, D.P.R. 445/2000 (***)	art. 65, co. 1, lett. b-bis), Cad (*); art. 38, co. 2, D.P.R. 445/2000 (***)	art. 65, co. 1, lett. b), Cad (*); art. 38, co. 2, D.P.R. 445/2000 (***)	art. 65, co. 1, lett. b), Cad (*); art. 38, co. 2, D.P.R. 445/2000 (***)	art. 65, co. 1, lett. b), Cad (*); art. 38, co. 2, D.P.R. 445/2000 (***)			
Imprese e professionisti			art. 5-bis, art. 6, art. 6-bis, art. 6-ter, co. 1 (*) Cad	art. 3-bis, co. 01; art. 7, co. 01; art. 64-bis, co. 1, Cad	art. 3-bis, co. 01 e art. 64, co. 2-quater, Cad		art. 64, co. 2-nonies (**), Cad	art. 65, co. 1, lett. a), Cad (*)		art. 3, co. 2, D.Lgs. n. 39/1993
			art. 65, co. 1, lett. c-bis) Cad (*); art. 38, co. 2, D.P.R. n. 445/2000 (***)	art. 65, co. 1, lett. b-bis), Cad (*); art. 38, co. 2, D.P.R. 445/2000 (***)	art. 65, co. 1, lett. b), Cad (*); art. 38, co. 2, D.P.R. 445/2000 (***)		art. 65, co. 1, lett. b), Cad (*); art. 38, co. 2, D.P.R. 445/2000 (***)			
Pubbliche amministrazioni	art. 47, co. 1, Cad	art. 47, co. 1, Cad; art. 58, co. 2, Cad	art. 6; art. 6-ter, Cad					art. 47, co. 2, lett. a), Cad; art. 65, co. 1, lett. a), Cad (*)	art. 47, co. 2, lett. b), Cad	art. 3, co. 2, D.Lgs. 39/1993
		art. 76, co. 1, Cad	art. 47, co. 2, lett. d); art. 65, co. 1, lett. c-bis) Cad (*)							
Dipendenti pubblici	art. 47, co. 3, Cad; art. 55-bis, D.Lgs. 165/2001		art. 6; art. 55-bis, D.Lgs. 165/2001	art. 3-bis, co. 01; art. 7, co. 01; art. 64-bis co. 1 Cad	art. 3-bis, co. 01, Cad			art. 65, co. 1, lett. a), Cad (*)		art. 3, co. 2, D.Lgs. 39/1993
			art. 65, co. 1, lett. c-bis) Cad (*); art. 38, co. 2, D.P.R. 445/2000 (***)	art. 65, co. 1, lett. b-bis), Cad (*); art. 38, co. 2, D.P.R. 445/2000 (***)	art. 65, co. 1, lett. b), Cad (*); art. 38, co. 2, D.P.R. 445/2000 (***)					

(*) sono escluse da tale disposizione le società partecipate

(**) inteso come rappresentante legale dell'impresa

(***) si applica alle istanze da presentare alle Pubbliche Amministrazioni o ai gestori o esercenti di pubblici servizi

Il segnalatore di illeciti¹

Anticorruzione; misure di prevenzione alla corruzione; whistleblowing; Autorità Nazionale Anti-Corruzione (ANAC); Garante per la protezione dei dati personali – privacy.

Il presente contributo mira a delineare la disciplina italiana, ed euro-unitaria, circa le tutele offerte dall'ordinamento a chi segnali informazioni inerenti alla realizzazione, anche potenziale, di un illecito lesivo di un interesse generale, del quale ne sia venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro. Quindi, per evitare che il segnalante desista dall'informare le autorità preposte temendo che possa essere bersaglio di ritorsioni, o comunque di condotte vessatorie di varia natura, l'ordinamento prevede ed assicura, oltre alla riservatezza dell'identità, una serie di tutele e di strumenti, a difesa del segnalante, anche al fine di incoraggiare tale atteggiamento collaborativo.

Dopo aver richiamato la disciplina positiva e tratteggiato l'ossatura dell'Istituto del whistleblowing, ci si interroga sui rapporti che intercorrono tra la tutela del segnalante - prima fra tutte quella alla riservatezza, al fine di evitare eventuali ripercussioni nel clima lavorativo -, e del segnalato - quindi quella di poter resistere, con una adeguata e completa strategia difensiva, ad una segnalazione magari non veritiera, ignaro dell'identità della fonte -. Pertanto, si analizzeranno le osservazioni del Garante della Privacy chiamato ad esprimere un parere circa il trattamento dei dati, all'interno di tale delicato sistema di segnalazioni e, in conclusione, si evidenzierà la portata concreta e attuale dell'Istituto, suggerendo possibili interventi innovatori.

SOMMARIO: *Introduzione; 1. Il quadro normativo; 2. Le tutele; 3. Le linee guida dell'ANAC.; 4. Le osservazioni del Garante per la protezione dei dati personali; 5. Considerazioni conclusive.*

Introduzione

In Italia, il contrasto alla corruzione ha assunto, negli ultimi decenni, un ruolo centrale nel Sistema Giustizia, nonché un obiettivo di primordine per il Legislatore, sollecitato sempre più non solo dall'Unione Europea, ma anche dall'opinione pubblica. A partire dagli anni Novanta, infatti, al fine di spazzare via il sistema clientelare uscito alla scoperta con la famosa inchiesta di “tangentopoli”, si è assistito ad un progressivo inasprimento sanzionatorio per i casi di corruzione, teleologicamente orientato a disincentivare e reprimere tali condotte, ma anche ad un attento rafforzamento di misure preventive volte ad arginare il fenomeno.

¹ L'elaborato rispecchia le opinioni dell'autore e non impegna l'Amministrazione di appartenenza.

La necessità di sradicare la corruzione² è emersa anche in considerazione del fatto che questa porti seco innumerevoli danni, in termini sia di sperpero di risorse pubbliche, sia di concorrenza, sia di efficienza, sia di legalità, ma anche di salute pubblica, intesa come qualità della vita e benessere diffuso tra la popolazione: infatti, pratiche corruttive minano gli equilibri sociali, scaturendo nella cittadinanza un forte sentimento di ingiustizia e malcontento, nonché un'angusta sfiducia nelle Istituzioni. Tale necessità è stata avvertita anche in seno all'Unione Europea che ha ben presto rimarcato come la corruzione rappresenti «una minaccia per lo Stato di diritto, la democrazia e i diritti dell'uomo, mina i principi di buon governo, di equità e di giustizia sociale, falsa la concorrenza, ostacola lo sviluppo economico e mette in pericolo la stabilità delle istituzioni democratiche e i fondamenti morali della società»³.

In tale contesto, tra gli altri strumenti, si inserisce l'istituto del whistleblowing⁴, di origini statunitensi⁵, accolto con entusiasmo in Gran Bretagna e, infine, recepito oramai

² M. G. RACCA, *Corruzione* (dir. amm.) in Dig. Disc. Pubb., agg., Utet, Torino, 2017, p. 208 e ss., secondo cui, «la corruzione in senso ampio è stata definita come 'abuso di un potere per il perseguimento d'interessi privati', definizione che trascende le ipotesi di reati contro la pubblica amministrazione e comprende i più ampi fenomeni di *maladministration*».

³ Consiglio d'Europa, Convenzione penale sulla corruzione – Stasburgo, 4 novembre 1999, ratificata con l. n. 110 del 28 giugno 2012.

⁴ Il termine, di origine anglosassone, tradotto in italiano corrente con l'espressione “soffiare il fischietto”, fa bene intendere la finalità dello strumento: o fermare un'azione illegale in corso o attirare l'attenzione di qualcuno al fine di evitarla. Sul punto, cfr., R. CANTONE, Introduzione, in AA.VV., *Segnalazioni di illeciti a tutela del dipendente pubblico. L'Italia investe nel whistleblowing importante strumento di prevenzione della corruzione*; secondo l'Autore, infatti, «certamente l'istituto è nuovo ed estraneo alla nostra cultura: talmente estraneo che nel vocabolario della lingua italiana non vi è al momento nemmeno una parola per dare un nome a questa persona». Orbene, pur non essendosi ancora raggiunto un assetto terminologico in Italia idoneo a descrivere il fenomeno, l'Accademia della Crusca ha suggerito il ricorso alla locuzione “allertatore civico”.

⁵ In particolare, si fa riferimento al *False Claims Act* del 1863, atto col quale il Governo incentivava, con strumenti premiali, i cittadini a collaborare, al fine di tutelare l'interesse pubblico, fornendo informazioni circa avvenute frodi allo Stato, ovvero comunicando informazioni utili al recupero delle somme perse. Ecco che, fin dalla prima apparizione positiva dell'istituto, è ben possibile individuarne gli obiettivi da questo perseguiti: premiare, tutelare, sostenere, supportare, ma anche valorizzare, colui che segnali alle Autorità un illecito commesso ai danni di un interesse generale, rompendo un eventuale *pactum sceleris*, intercorso tra le parti, più in particolare, tra corrotto e corruttore.

In realtà, il premiare – tutelando - la fonte di un'informazione rilevante, è una pratica che ha origini antichissime nella Storia. Sul punto, è quanto mai appropriato e interessante un aneddoto tratto da Tito Livio, *Ad Urbe Condita*, libro VIII, 18. Lo storico racconta che, durante il consolato di Claudio Marcello e Valerio Potito, nel 331 a.C., una serie di uomini molto facoltosi morirono in circostanze ignote, dopo aver contratto tutti la medesima malattia. Si temeva che si trattasse di una epidemia finché una schiava si presentò all'edile curule, cioè il magistrato civico, presentandogli la seguente offerta: avrebbe rivelato chi si celava dietro queste morti misteriose, in cambio di immunità. Il magistrato Quinto Fabio Massimo, udita la richiesta, riferì ai consoli che a loro volta riferirono in Senato. Il Senato approvò la richiesta di immunità e la schiava parlò: quegli uomini erano morti poiché avvelenati, alcune matrone - e ne segnalò anche i nomi - avevano preparato, e poi somministrato alle vittime, delle potenti pozioni fatali di veleno.

in tantissimi Paesi membri dell'OCSE⁶, quindi, anche dall'Italia e dall'Unione Europea.⁷ L'Istituto nasce dall'esigenza di offrire una tutela al lavoratore che segnali di essere a conoscenza di condotte illecite altrui, per ragioni inerenti al proprio ufficio, lesive di un interesse generale e mai particolare. Attraverso tale strumento, quindi, si è voluto osteggiare il sistema omertoso - scaturente anche dal timore, non infondato, di ripercussioni e ritorsioni da parte dei segnalati ai denunciati - per aprire una nuova fase collaborativa⁸, ma anche ricostruttiva, risanante, diretta ad estirpare anzitutto il *mal dolent* della corruzione, fenomeno tristemente ancora molto diffuso in Italia.⁹

1. Il quadro normativo

L'Istituto del whistleblowing trova la sua prima apparizione normativa in Italia, in via del tutto embrionale¹⁰, con la l. 190 del 2012 (disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione). Detta legge ha inserito nel Testo Unico per il Pubblico Impiego l'art. 54bis, prevedendo un basico

L'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, nata nel 1960 e, ad oggi, composta da 37 membri, ha da sempre messo in guardia gli Stati sul peso enorme che ha la corruzione nell'Economia di uno Stato, sollecitando questi ad adottare misure concrete ed effettive volte a contrastarne il fenomeno.

Per quel che concerne il *whistleblowing*, l'OCSE ha inteso tale istituto come «la proiezione legale contro le eventuali azioni/ritorsioni discriminatorie o disciplinari per i dipendenti che rivelano alle autorità competenti in buona fede e in seguito ragionevoli motivi, un illecito di qualsiasi tipo nel contesto del loro posto di lavoro», così in *Committing to Effective Whistleblower Protection*, su www.oecd.org.

⁷ Cfr., sul punto, il parere reso dal Cons. St., Sez. I, n. 111 del 24 marzo 2020, secondo cui: «La tutela dei lavoratori del settore pubblico che segnalino illeciti, già prevista da numerosi atti internazionali (es. la convenzione Onu contro la corruzione del 2003, art. 33, ratificata dall'Italia con la l. n. 116 del 2009; la convenzione del consiglio d'Europa sulla corruzione, art. 9, ratificata con la l. n. 112 del 2012; le raccomandazioni del Working group on bribery, incaricato del monitoraggio sull'attuazione della convenzione Ocse del 1997 sulla lotta alla corruzione degli impiegati pubblici nelle operazioni economiche internazionali (ratificata con l. 300/00); le raccomandazioni del Greco - Groupe d'Etats contre la corruption, organo del consiglio d'Europa deputato al controllo dell'adeguamento degli Stati alle misure anti-corruzione; i Guiding principles for whistleblower protection legislation, adottati dal G-20 Anti-corruption working group, costituito in ambito Ocse) è stata introdotta nell'ordinamento italiano dalla l. n. 190 del 2012 (disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), che ha previsto — per la sola pubblica amministrazione — una prima disciplina sulla protezione del dipendente pubblico che segnala illeciti di cui sia venuto a conoscenza in ragione del suo ruolo di dipendente pubblico».

⁸ Come è stato evidenziato, l'atteggiamento collaborativo che mira a spezzare il *pactum sceleris*, pone un freno a quello che è stato definito un “meccanismo di assorbimento implicito”: ovverosia, la mancata segnalazione di tali fenomeni, fa sì che questi proseguino e si ripetano indisturbati; così, G. GARGANO, *La cultura del whistleblower quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, n. 1/2016.

⁹ Secondo la nuova classifica di Transparency International 2020, sulla percezione dei livelli di corruzione nel mondo, l'Italia si attesta alla 52^a posizione su 180 Paesi del mondo esaminati. Tuttavia, la stessa organizzazione internazionale citata ha tenuto a precisare che «negli ultimi anni l'Italia ha compiuto significativi progressi nella lotta alla corruzione: ha introdotto il diritto generalizzato di accesso agli atti rendendo più trasparente la Pubblica amministrazione ai cittadini, ha approvato una disciplina a tutela dei whistleblower, ha reso più trasparenti i finanziamenti alla politica e, con la legge anticorruzione del 2019, ha inasprito le pene previste per taluni reati».

¹⁰ Cfr., sul punto, B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, 2, pp. 132, secondo cui «la disciplina [di cui alla l. 190/12] è embrionale, se non simbolica».

sistema di protezione per il dipendente pubblico che segnali illeciti dei quali sia venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro.¹¹

In ragione anche dello scarso successo ottenuto dalla legge 190/12, l'articolo è stato integralmente riscritto dalla l. 30 novembre 2017 n. 179, recante «disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato».¹² Pertanto, è quest'ultima a doversi ritenere la prima e completa normativa nazionale circa la tutela degli informatori. Già da un raffronto dei titoli, delle due leggi citate, emerge come, da un'originaria previsione dell'Istituto esclusivamente a beneficio del pubblico dipendente, con la l. 179/17 si estende l'ambito soggettivo¹³, ricomprendendo, tra i destinatari delle tutele previste, anche i dipendenti di rapporti di lavoro di natura privata.¹⁴

La novella del 2017 è strutturata in tre articoli: il primo riscrive integralmente, come anticipato, l'art. 54bis del T. U. P. I.; il secondo estende la normativa del *whistleblo-*

¹¹ L'art. 54bis, così come introdotto nel T.U.P.I. (d.lgs. 165/2001) dalla l. 190/2012, stabilisce, in particolare, che il pubblico dipendente che segnali un illecito all'ANAC o denunci all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile, condotte illecite altrui delle quali ne sia venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro, non può essere sanzionato (demansionato, licenziato, trasferito) ovvero comunque soggetto a pratiche ritorsive, dirette o indirette. L'adozione di tali pratiche è comunicata, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, all'ANAC che, a sua volta, informa il Dipartimento per la funzione pubblica al fine di adottare congrue misure di competenza.

¹² L'inclusione anche del settore privato «è conseguente all'adozione della Direttiva (UE) 2013/36 (la cd. CRD IV) il cui art. 71 impone agli Stati Membri di vigilare affinché i destinatari della disciplina (enti creditizi e sulle imprese di investimento) mettano in atto meccanismi efficaci e affidabili per incoraggiare la segnalazione alle autorità competenti di violazioni potenziali o effettive delle disposizioni nazionali di recepimento della presente direttiva». Sul punto, cfr., S. GALMARINI, *Antiriciclaggio*, IPSOA, 2020, p. 659.

¹³ Cfr., sul punto, N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n. 179/2017 di tutela del whistleblower*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2018, 1, secondo cui «una sola legge per disciplinare lo stesso istituto per l'ambiente di lavoro tanto pubblico che privato è infatti in grado di dare maggiore coerenza al sistema di tutela di chi presenta segnalazioni, pur nel rispetto della specificità del singolo contesto e anche considerando quanto vischiosa sia ormai la distinzione fra essi. Si tratta di ambiti che condividono –dalla prospettiva dell'istituto in oggetto». E ancora, prosegue l'Autore, «Tanto la nuova legge quanto le norme che essa ha sostituito sono nate nella stessa prospettiva: dare corpo a un controllo diffuso esercitato entro l'ambiente di lavoro del cittadino, che diventa parte attiva di un processo di promozione dell'integrità dell'ente di appartenenza». E infine, sempre circa l'ambito soggettivo ampliato, l'Autore specifica che la l. 179/2017 «considera segnalanti non soltanto i dipendenti pubblici in senso stretto e il personale in regime di diritto pubblico, ma anche il dipendente di un ente pubblico economico, il dipendente di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 c.c.; i lavoratori e i collaboratori delle imprese fornitrici di beni e servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica».

¹⁴ Sul punto, cfr., Cons. St., Sez. I, parere n. 615 del 24 marzo 2020, secondo cui, «Relativamente all'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto del whistleblowing, non è possibile oltrepassare la delimitazione prescelta univocamente dal legislatore ai sensi dell'art. 54-bis, comma 2, del d.lg. n. 165/2001, sicché non risulta possibile l'estensione dell'ambito applicativo delle linee guida anche alle Autorità di sistema portuale e agli ordini professionali, laddove non siano riconducibili alle specifiche categorie di legge; analogamente, con riguardo alle Autorità amministrative indipendenti, risulta problematica la riferibilità delle linee guida in esame anche a quelle non espressamente richiamate dall'art. 3 del d.lg. n. 165/2001 (che contiene un riferimento espresso a CONSOB e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)». E ancora, «la disciplina del whistleblowing si applica solo agli enti considerati dall'art. 54-bis d.lg. 30 marzo 2001 n. 165».

wing anche al settore privato; il terzo articolo, infine, si occupa del rapporto intercorrente tra tali segnalazioni e la disciplina del segreto, sia esso d'ufficio, aziendale, professionale, scientifico o industriale.

Per quel che concerne il fine ultimo della normativa, è stesso il Legislatore ad enunciare - in modo esplicito - la portata: all'articolo 54*bis*, si legge, infatti, che la segnalazione è effettuata *nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione*. Pertanto, attraverso tale inciso, si è inteso delimitare sin da subito, oltre che il fine della normativa, anche il perimetro entro il quale apportare tutela a chi segnali: infatti, le tutele ascritte sono riservate esclusivamente per i segnalanti che informino in merito a condotte lesive di un interesse collettivo, diffuso, un interesse che leda quindi l'amministrazione pubblica e, per estensione, l'intera comunità; non tutela, invece, chi segnali condotte lesive di meri interessi personali, particolari.¹⁵

In merito, poi, all'oggetto della segnalazione, l'art. 54*bis* appare prospettare tre diverse tipologie: segnalazione di un illecito penale, denuncia di un illecito contabile e, ad ultimo, per casi non rientranti né nel primo né nel secondo caso, illeciti che riguardino il buon andamento e la trasparenza dell'amministrazione pubblica. Tuttavia, l'inquadramento giuridico, sul quale si incardina la segnalazione, non spetta all'informatore, bensì al destinatario della stessa. Questi potrà essere il responsabile della prevenzione, della corruzione e della trasparenza (RPCT), l'autorità giudiziaria sia essa ordinaria o contabile e, infine, l'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC)¹⁶: il Legislatore ha quindi voluto sottrarre al superiore gerarchico, o comunque all'Amministrazione d'appartenenza, il delicato compito di esaminare l'informazione proveniente dal dipendente, lasciando, così, che tale onere ricada su organismi imparziali, non legati da alcun rapporto di *vicinitas* col dipendente, idoneo ad influenzarne l'esame, nonché deputati alla prevenzione e al perseguimento degli illeciti, come quelli citati.

In ambito europeo¹⁷, al fine di garantire uno standard condiviso tra gli Stati Membri per la protezione del whistleblowing, l'Unione Europea ha adottato una direttiva per la

¹⁵ Sul punto, cfr., Tar Campania, Napoli, Sez. VI, sent. n. 3880 dell'8 giugno 2018, secondo cui, «L'istituto del *whistleblowing* è estraneo a scopi essenzialmente di carattere personale o per contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro nei confronti di superiori. Questo tipo di conflitti infatti sono disciplinati da altre normative e da altre procedure» (cfr. anche, Tar Campania, Napoli, Sez. VI, sent. 580 del 6 febbraio 2018).

¹⁶ L'ANAC è un'Autorità Amministrativa Indipendente (dall'Esecutivo), istituita con la l. 190/2012 (meglio nota come "legge Severino"). Tale Authority, tra le altre funzioni, «è chiamata ad attuare coordinate strategie di prevenzione e contrasto alla corruzione e dell'illegalità nelle amministrazioni pubbliche in adempimento di obblighi internazionali e nazionali». Cfr., sul punto, M. G. RACCA, *Corruzione* (dir. amm.) in Dig. Disc. Pubb., cit.

¹⁷ Cfr., sul punto, il seguente link [Whistleblower: approvate norme UE per proteggere gli informatori | Attualità | Parlamento europeo \(europa.eu\)](https://www.parlamento.eu/Attualita/Parlamento_europeo/europa.eu).

protezione degli informatori nel dicembre 2019¹⁸. Com'è noto, stante la natura stessa della direttiva, gli Stati membri dell'UE saranno obbligati a recepirla nelle proprie leggi nazionali entro il 17 dicembre 2021. Il Parlamento italiano, con la legge di delegazione europea 2019-2020, approvata il 21 aprile 2021, ha delegato il Governo a recepire la direttiva in esame.

La Direttiva (UE) 2019/1937 è caratterizzata da una serie di principi innovativi, a tratti integrativi, rispetto alla normativa nazionale. Si è previsto, infatti, che: la protezione accordata non è rivolta esclusivamente ai dipendenti, siano questi pubblici o privati, ma deve essere diretta anche ai candidati, agli ex dipendenti, ai sostenitori del segnalante e, infine, ai giornalisti¹⁹, pertanto, anche tali categorie saranno protette dal licenziamento, da demansionamenti e altre condotte comunque discriminatorie o vessatorie; l'Ue ha inteso, poi, fornire una specifica tutela alle segnalazioni di atti illeciti relativi al diritto dell'UE, come la frode fiscale, il riciclaggio di denaro sporco o i reati in materia di appalti pubblici, la sicurezza dei prodotti e della circolazione stradale, la protezione dell'ambiente, la salute pubblica e la tutela dei consumatori e dei dati (tuttavia, si rappresenta che l'Ue sta incoraggiando i legislatori nazionali ad estendere questo concetto anche agli atti illeciti relativi alle leggi nazionali).

2. Le tutele

Come anticipato, l'Istituto, al fine di incentivare e rendere efficace uno scambio informativo così rilevante per l'intera comunità²⁰, e non soltanto per la singola amministrazione interessata, mira a salvaguardare l'informatore da ogni potenziale effetto negativo, sia esso diretto che indiretto. Si prevede, infatti, al primo comma dell'art. 54*bis*, che il segnalante *non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa* [che abbia ripercussioni negative] *sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione*. E ancora, al comma 8, *il segnalante che sia licenziato a motivo della segnalazione è reintegrato nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 2 d.lgs. 23/2015*.²¹

¹⁸ DIRETTIVA (UE) 2019/1937, consultabile al seguente link: [Direttiva \(UE\) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione \(europa.eu\)](#);

¹⁹ In merito all'intenzione di destinare le tutele inerenti al whistleblower anche ai giornalisti, la relatrice Virginie Rozière (S&D, FR) ha dichiarato: «I recenti scandali come LuxLeaks, Panama Papers e Football Leaks hanno contribuito a mettere in luce la grande precarietà di cui soffrono oggi gli informatori. Alla vigilia delle elezioni europee, il Parlamento europeo si è riunito per inviare un forte segnale, quello di aver ascoltato le preoccupazioni dei suoi cittadini, e ha insistito per l'adozione di regole solide che garantiscano la loro sicurezza e quella di coloro che scelgono di parlare».

²⁰ Cfr., sul punto, N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n. 179/2017 di tutela del whistleblower*, cit., secondo cui, «la nuova disciplina ha dunque l'obiettivo di contrastare un valore (quello del silenzio, dell'omertà, dell'indifferenza a condotte illegali) proponendone uno opposto (quello della trasparenza, dell'attenzione al bene pubblico, dell'integrità della funzione). Il tema generale è quello della funzione promozionale che il diritto qualche volta deve e vuole ricoprire».

²¹ In tema di illegittimo licenziamento, cfr., anche, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. II, sentenza 27 febbraio 2018, *Guja c. Moldova* n. 2, ric. n. 1085/10, secondo la quale «non è sufficiente che uno Stato

L'adozione di misure ritorsive sull'informatore, da parte dei superiori, dei colleghi segnalati o dell'Amministrazione/ente di appartenenza, comportano, a seguito di un riscontro dopo un'adeguata istruttoria dell'ANAC, non solo la soppressione di tali condotte discriminatorie, ma anche il pagamento di una severa sanzione amministrativa pecuniaria²².

Orbene, al fine di evitare qualsivoglia effetto negativo scaturente dalla segnalazione, la legge ha previsto di tutelare il segnalante con la riservatezza della sua identità²³. Tale riservatezza, quindi, assurge a strumento essenziale di protezione poiché, non conoscendo l'identità dell'informatore, rimanendo questa segreta, risultano inevitabilmente fallaci o nulle le condotte ritorsive prive di destinatario.

preveda sul piano formale il reintegro della persona nel luogo di lavoro (dopo il licenziamento conseguente alla segnalazione), ma occorre che sul piano sostanziale le sia garantito lo svolgimento effettivo della propria attività lavorativa (come si evince dalla nota 38, il signor Guja aveva ricevuto protezione nel 2008 in relazione a provvedimenti discriminatori subito per aver segnalato fatti di interesse pubblico, ovvero fatti di corruzione nell'amministrazione della giustizia su impulso della pubblica amministrazione)». In particolare, secondo la Corte, «Gli Stati devono assicurare una protezione ai whistleblower, ovvero coloro che rivelano fatti di interesse per la collettività. Questi soggetti, infatti, devono poter lavorare dopo le denunce. Non basta poi prevedere un formale rientro di chi ha divulgato informazioni su fatti interni al luogo di lavoro, ma è necessario che a livello nazionale, anche attraverso l'autorità giurisdizionale, sia garantito al lavoratore lo svolgimento effettivo della propria attività».

²² Ai sensi dell'art. 54bis, comma 6, del TUPI, «qualora venga accertata, nell'ambito dell'istruttoria condotta dall'ANAC, l'adozione di misure discriminatorie da parte di una delle amministrazioni pubbliche o di uno degli enti di cui al comma 2, fermi restando gli altri profili di responsabilità, l'ANAC applica al responsabile che ha adottato tale misura una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 30.000 euro».

²³ Giova sottolineare che riservatezza e anonimato sono due concetti da tenere ben distinti. Infatti, la legge accorda (in peculiari situazioni) la riservatezza e non tratta delle c.d. segnalazioni anonime. Il riferimento alla mera riservatezza s'inserisce nella scelta di privilegiare una prospettiva di trasparenza dell'ambiente entro il quale matura la volontà di segnalare. Come osservato da N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n. 179/2017 di tutela del whistleblower*, cit., «a fronte della prassi non esigua di segnalazioni anonime fondate e circostanziate, le linee guida ANAC (determinazione n. 6 del 2015) oltre che la prassi di molte istituzioni pubbliche italiane (fra le prime l'Agenzia delle Entrate) considerano che, nel silenzio della legge, esse possono costituire materiale indiziario utile alla valutazione del riprodursi di una situazione di illegalità nell'ente pubblico e dunque occasione per l'avvio di un'attività di vigilanza».

E ancora, cfr., delibera ANAC n. 6 del 28 aprile 2015, secondo cui: «la garanzia di riservatezza presuppone che il segnalante renda nota la propria identità. Non rientra, dunque, nella fattispecie prevista dalla norma come “dipendente pubblico che segnala illeciti”, quella del soggetto che, nell'inoltrare una segnalazione, non si renda conoscibile. In sostanza, la ratio della norma è di assicurare la tutela del dipendente, mantenendo riservata la sua identità, solo nel caso di segnalazioni provenienti da dipendenti pubblici individuabili e riconoscibili». Tuttavia, rimangono possibili le segnalazioni anonime, «l'Autorità prende in considerazione anche le segnalazioni anonime, ove queste siano adeguatamente circostanziate e rese con dovizia di particolari, ove cioè siano in grado di far emergere fatti e situazioni relazionandoli a contesti determinati. L'invio di segnalazioni anonime e il loro trattamento avviene, comunque, attraverso canali distinti e differenti da quelli approntati per le segnalazioni oggetto delle presenti Linee guida. In altre parole, le segnalazioni anonime, che pure in casi particolari possono essere oggetto di considerazione da parte dell'ANAC, non rientrano, per espressa volontà del legislatore, direttamente nel campo di applicazione dell'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001. Si ribadisce che la tutela prevista da detto articolo non può che riguardare il dipendente pubblico che si identifica (diversamente, la tutela non può essere assicurata) e, comunque, secondo il tenore letterale della norma, la protezione accordata riguarda ritorsioni che possono avere luogo nell'ambito del rapporto di lavoro e non anche quelle di altro tipo».

La tutela accordata alla riservatezza, tuttavia, non è assoluta, in quanto incontra una serie di limitazioni, avendo riguardo necessariamente agli opposti interessi coinvolti, ed essendo queste legate, essenzialmente, agli sviluppi in sede penale dell'accertamento di condotte illecite. Ad ogni modo, si è previsto che la segnalazione in esame è sottratta all'accesso di cui agli articoli 22 e seguenti della l. 241 del 1990 e s.m.i., nonché, stante la medesima ratio, deve ritenersi, in via interpretativa, sottratta anche all'accesso civico generalizzato, regolato dal d.lgs. 33 del 2013.

La garanzia alla riservatezza si sostanzia in una procedura ad *hoc* per la presentazione, alle autorità summenzionate, della segnalazione. L'ANAC ha previsto, in particolare, un accurato sistema informatizzato e interamente digitale, capace di lasciare criptata l'identità del segnalante e le informazioni ivi rilasciate²⁴, un sistema ispirato al principio del contenimento dei costi (utilizzando una piattaforma Open Source basata su componenti tecnologiche stabili e ampiamente diffuse) e a quello della minimizzazione del rischio. Grazie all'utilizzo di un codice identificativo univoco generato dal sistema, il segnalante sarà in grado di “dialogare” con il RPCT in maniera del tutto spersonalizzata. Ogni segnalazione, infatti, sarà esaminata dal RPCT e, solo nel caso in cui ne ricorra la necessità, il RPCT potrà richiedere l'identità del segnalante, previa autorizzazione di una terza persona (il cd. “custode dell'identità”).

3. Linee guida dell'ANAC

Com'è noto, all'Autorità Nazionale Anti Corruzione è riconosciuto un peculiare potere regolatorio. Le linee guida sono atti attuativi adottati con delibera ANAC e possono essere, secondo quanto sancito dal d.lgs. n. 50 del 2016, di tre tipologie²⁵. In questa sede, ci si soffermerà esclusivamente sulla portata delle linee guida che interessano il tema in oggetto, rientranti nella terza tipologia, cioè le linee guida non vincolanti: queste hanno una mera efficacia persuasiva, esortativa, incentivante e sono teleologicamente orientate a spronare le amministrazioni pubbliche nel conformarsi ad esse²⁶.

²⁴ Cfr., G. LONGOBARDI, *Il Whistleblowing in Italia: La piattaforma tecnologica dell'ANAC*, in [Microsoft PowerPoint - 04 Longobardi WB 22_06_2016.pptx \(anticorruzione.it\)](#).

²⁵ Cfr., V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 115 ss., «Il legislatore del 2016 ha optato per un sistema diversificato e più flessibile, basato essenzialmente su tre differenti tipologie di atti attuativi: i) quelli adottati con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; ii) quelli adottati con delibera dell'ANAC aventi natura di linee guida vincolanti; iii) quelli adottati con delibera dell'ANAC aventi natura di linee guida non vincolanti».

²⁶ In accordo con la natura non vincolante di tali linee guida, ne discende che la PA non è tenuta al rispetto delle stesse, sebbene appaia comunque necessario motivare circa l'adozione di scelte difformi da quelle incoraggiate dalle linee guida, anche in ossequio al principio di leale collaborazione.

L'aspetto meramente esortativo, il rapporto dialogico tra ANAC e PA, appare decisamente evidente alla luce della determinazione ANAC n. 6 del 28 aprile 2015, parte I, punto 2, comma 6, dove si legge: «le presenti Linee guida propongono un modello procedurale per la gestione delle segnalazioni che tiene conto dell'esigenza di tutelare la riservatezza del dipendente che le invia. Ogni amministrazione, alla luce dei predetti principi, potrà adattare il modello proposto sulla base delle proprie esigenze organizzative».

Il tema delle linee guida, stante le ripercussioni del tutto innovative nell'ordinamento giuridico italiano, ha interessato ed acceso il dibattito tanto in dottrina quanto in giurisprudenza²⁷. Si sono registrati due contrapposti orientamenti circa la natura delle linee guida. Il primo orientamento, sostenuto dal Consiglio di Stato in sede consultiva, con il parere n. 855 del 1 aprile 2016, ne ha escluso la natura regolamentare e, con un'apparente contraddizione in termini, ha definito l'istituto come espressivo di un potere di regolazione, il quale, pur essendo dotato dei caratteri di generalità e astrattezza, promana da un organo amministrativo che non esercita né persegue una funzione normativa, bensì di indirizzo. Ed un secondo orientamento, con diverse argomentazioni, incoraggiato dalla prevalente dottrina, secondo cui le linee guida emanate dall'ANAC costituiscono fonti normative dell'ordinamento, riconoscendo quindi all'Autorità un potere normativo suo proprio.

L'ANAC ha disciplinato per la prima volta la materia con la determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, recante "Linee Guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)"; l'Autorità si era prefissa l'obiettivo di realizzare un sistema per la gestione delle segnalazioni, basato su una serie di requisiti imprescindibili: permettere ai dipendenti della P.A. di segnalare eventuali condotte illecite con uno strumento facile da usare; tutelare l'identità di chi segnala, garantendo alti standard di sicurezza; garantire la riservatezza delle informazioni contenute nella segnalazione; permettere ad un ristretto gruppo di persone (Struttura ricevente) di ricevere ed analizzare le segnalazioni.

Numerose, infine, sono state le delibere circa il potere sanzionatorio in tema di *whistleblowing*.²⁸ Ad ultimo si segnala il "Regolamento per la gestione delle segnalazioni e per l'esercizio del potere sanzionatorio in materia di tutela degli autori di segnalazioni di illeciti o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro di cui all'art. 54-bis decreto legislativo n. 165/2001", emanato con delibera n. 690 del primo luglio 2020²⁹. Quest'ultima ha inteso definire in maniera più decisa il potere sanzionatorio di cui dispone l'Autorità, come previsto dal comma 6 dell'art. 54-bis.³⁰

²⁷ Sul punto, cfr., C. DEODATO, *Le linee guida ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/deodato-le-linee-guida-dell-anac-una-nuova-fonte-del-diritto-29-aprile-2016>.

²⁸ Cfr., sul punto, D. BELLONI, *Whistleblowing, tutela dei lavoratori e D.lgs. n. 231/2001*, *Diritto del Lavoro*, estratto dal n. 12/2019 – ISSN 2532-9871, pubblicato il 27 dicembre 2019, secondo cui «sull'esercizio del potere sanzionatorio l'ANAC ha provveduto ad emanare, con delibera 1033 del 30 ottobre 2018, un apposito regolamento recante "L'Esercizio del potere sanzionatorio in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito dei un rapporto di lavoro di cui all'art 54-bis del d.lgs. 165/2001», successivamente modificato con delibera n. 312 del 10 aprile 2019.

²⁹ Per la delibera integrale si rimanda al seguente link [AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE](#).

³⁰ Il potere sanzionatorio in esame si manifesta in tre casi specifici: «qualora venga accertata, nell'ambito dell'istruttoria condotta dall'ANAC, l'adozione di misure discriminatorie da parte di una delle amministrazioni pubbliche o di uno degli enti di cui al comma 2»; «qualora venga accertata l'assenza di procedure per l'inoltro

4. Le osservazioni del Garante per la protezione dei dati personali

Il Garante della Privacy, siccome l'istituto *whistleblowing* tocca e si interseca più volte col tema inerente alla tutela della protezione dei dati personali, è stato chiamato ad esprimere un parere³¹ circa le "Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001 (c.d. whistleblowing)" formulate dall'ANAC.

In particolare, l'intervento del Garante è apparso necessario, stante anche la proficua collaborazione tra le due autorità indipendenti in esame, al fine di rafforzare la tutela della speciale riservatezza riconosciuta al segnalatore di illeciti, nonché delle informazioni che consentono l'individuazione di fenomeni corruttivi interni alle PA.

Le linee guida emanate dall'ANAC mostravano e chiarivano le misure tecniche di base che le pubbliche amministrazioni, titolari del trattamento dei dati, dovevano adottare ed eventualmente ampliare, tenendo conto degli specifici rischi del trattamento e nel rispetto dei principi di *privacy-by-design* e *privacy-by-default*.

Il Garante per la protezione dei dati personali, con il parere n. 215 del 4 dicembre 2019 ha espresso esito favorevole, tuttavia, ha sollevato alcuni profili che meritavano di essere attenzionati ulteriormente: 1) il soggetto segnalato, essendo un interessato con riferimento al trattamento dei suoi dati personali, non perde i diritti previsti dall'articolo 15 all'articolo 22 del GDPR: infatti, il Codice privacy, all'art. 2-undecies prevede che l'esercizio dei diritti possa essere richiesto direttamente al Garante che effettua un bilanciamento tra il diritto invocato dal segnalato e la necessità di riservatezza dei dati identificativi del segnalante; 2) la necessità di informare il segnalato della possibilità di esercitare i propri diritti previsti dall'articolo 15 all'articolo 22 del GDPR; 3) la gestione del *whistleblowing* deve essere tale che esista una misura organizzativa e/o tecnica che consenta al solo custode dell'identità, cioè il Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (RPCT), di associare la segnalazione all'identità del segnalante: tutti gli altri soggetti interessati all'istruttoria non dovrebbero essere posti nelle condizioni di effettuare tale associazione, nemmeno con il consenso dell'RPCT; 4) la gestione del *whistleblowing* deve rispettare il principio di minimizzazione dei rischi contenuto nell'art. 5 del GDPR e, per esempio, evitare la proliferazione di comunicazioni al segnalante per informarlo dell'avanzamento dell'istruttoria.

e la gestione delle segnalazioni ovvero l'adozione di procedure non conformi a quelle di cui al comma 5»;<<qualora venga accertato il mancato svolgimento da parte del responsabile di attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute»>>.

³¹ Parere numero 215 reso il 4 dicembre 2019; si rimanda al seguente link per la visione completa dello stesso: [GarantePrivacy-parere-bozze-linee-guida-whistleblowing.pdf \(lavorosi.it\)](#).

Per quel che concerne l'utilizzo dell'applicativo informatizzato sul quale rilasciare la segnalazione e criptare l'identità del segnalante, il Garante ha rimarcato che, nel caso in cui il fornitore del servizio sia esterno all'Amministrazione, questi è da considerarsi il responsabile del trattamento ai sensi dell'art. 28 del GDPR, tenuto al rispetto di peculiari garanzie. Nel medesimo parere, il Garante, suggerisce anche alcuni esempi di garanzie da adottare per un corretto applicativo informatico: meccanismi di "profilazione" degli utenti (dipendenti "autorizzati" ad istruire le pratiche e quindi al trattamento dei relativi dati personali) sufficientemente granulari da consentire solo la visibilità necessaria al ruolo svolto; accesso selettivo ai dati delle segnalazioni prevedendo la possibilità al RPCT di assegnare segnalazioni specifiche al singolo soggetto istruttore in funzione di supporto; tracciamento delle operazioni svolte da parte dell'RPCT e da parte dei soggetti istruttori, escludendo la possibilità di tracciare anche le consultazioni che il segnalante effettua sull'evoluzione della propria segnalazione; autenticazione degli utenti basata su tecniche di *strong authentication* (per esempio, autenticazione basata su password ed OTP – *One Time Password*).³²

Ad ultimo, pur non avendo il Garante affrontato direttamente il tema nel parere in esame, si è ritenuto che il trattamento di dati personali effettuato nell'ambito di una procedura di *whistleblowing* sia tra quelli per i quali è necessaria una valutazione di impatto (*Data protection impact assessment* – DPIA, art. 35 del GDPR) potendo essere considerato un caso in cui il trattamento può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, sebbene il Garante non abbia incluso tale trattamento in quelli in cui la DPIA è necessaria.

5. Considerazioni conclusive

Giunti al termine dell'elaborato, appare opportuno interrogarsi circa la portata concreta dell'istituto e la sua prospettiva futura. Orbene, è indubbio che, in tema di anticorruzione, la normativa nazionale stia effettuando notevoli e coraggiosi passi in avanti, come è incontrovertibile l'importanza del *whistleblowing* e delle sue tutele all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. Tuttavia, si riscontra, come evidenziato dal monitoraggio periodico svolto dall'ANAC, un utilizzo esiguo e limitato dell'Istituto da parte dei destinatari della tutela prevista. Ciò denota, forse, che il tema della lotta alla corruzione necessita di essere trattato e coltivato, ancora di più, alla fonte: cercando, per quanto possibile, di affrontarlo dal punto di vista culturale ed educativo. Senza una reale consapevolezza delle enormi ripercussioni che ha la corruzione nel sistema-Paese; la comprensione circa l'importanza di osteggiare condotte anche meramente potenziali di cui si è a conoscenza e la necessità di scalfire quel velo di omertà che

³² Sul punto, cfr., F. MALDERA, *Whistleblowing e protezione dei dati personali, i paletti del Garante Privacy*, del 7 gennaio 2020 in www.agendadigitale.eu

spesso si solleva in vari ambiti sociali, la lotta intrapresa dal Legislatore rischia di essere perseguita solo sulla carta, quando, invece, a combatterla è il cittadino, è l'intera società, nel quotidiano.

La strada intrapresa, caratterizzata anche dal fine di promuovere un nuovo modo di essere pubblico dipendente, individuando il segnalante come una risorsa da proteggere, già è segnale di un vento culturale di rinnovamento. Ciò che manca, e se ne avverte l'assenza, è la previsione di un vero e proprio carattere premiale dell'Istituto, un premio-riconoscimento in ragione dello schieramento diretto a tutela del pubblico interesse che il dipendente, liberamente, ha deciso di sostenere. Un premio-riconoscimento che «potrebbe essere attribuito non solo al *whistleblower*, ma anche allo stesso ente, pubblico o privato, che abbia saputo rispondere e reagire in modo adeguato alle segnalazioni di condotte illecite al suo interno».³³

M. IMPROTA

Funzionario amministrativo presso il Consiglio di Stato

Publicato il 15 maggio 2021

³³ Così, A. DELLA BELLA, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, Riv. Italiana di diritto e procedura penale, n. 3/2020, p. 1431.

19 MAGGIO 2021

Il filtro di ammissibilità dei conflitti
interorganici e l'assenza di
contraddittorio. Riflessioni “a tutto
tondo”

di Jacopo Ferracuti

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi Roma Tre



Il filtro di ammissibilità dei conflitti interorganici e l'assenza di contraddittorio. Riflessioni “a tutto tondo”*

di Jacopo Ferracuti

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi Roma Tre

Abstract [It]: Il contributo analizza la fase di ammissibilità dei giudizi sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, con particolare riguardo all'assenza di ogni forma di contraddittorio. Tale elemento, infatti, oltre a far dubitare della conformità a Costituzione di tale segmento procedurale con precipuo riferimento all'art. 111, co. 2, Cost., rischia di delegittimare il ruolo e l'operato della Corte. Ripercorrendo le tesi sul punto tradizionalmente espresse dalla dottrina, il lavoro intende offrire un punto di vista parzialmente differente.

Abstract [En]: The essay analyzes the phase of admissibility of the judgments concerning conflicts of attribution between State's powers, with particular regard to absence of any form of adversarial. This element, in fact, in addition to casting doubt on the conformity with the Constitution of this procedural segment with particular reference to art. 111, co. 2 Cost., risks delegitimizing the role and work of the Court. Going over the theses traditionally expressed by the doctrine about this point, the work intends to offer a partially different point of view.

Parole chiave: Corte costituzionale; conflitti interorganici; fase di ammissibilità; contraddittorio; art. 111 Cost.

Keywords: Constitutional Court; interorganic conflicts; phase of admissibility; contradictory; art. 111 Cost.

Sommario: **1.** I conflitti interorganici: le fonti regolatrici della materia. **2.** La fase di ammissibilità e l'assenza del contraddittorio tra le parti. **3.** L'applicabilità dell'art. 111 Cost. ai giudizi della Corte costituzionale. **4.** L'assenza di contraddittorio e ... la rappresentanza in giudizio. **5.** (segue) ... gli *amici curiae*. **6.** (segue) ... la teorica segretezza del ricorso introduttivo del giudizio. **7.** Il tradizionale dibattito dottrinario. **8.** La tesi della legittimità di un contraddittorio “temperato”... **9.** (segue) ... e la necessità di una sua riconsiderazione. **10.** Critica alle tradizionali impostazioni dottrinarie. **11.** Considerazioni conclusive.

1. I conflitti interorganici: le fonti regolatrici della materia

Come è noto, i giudizi sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, di competenza della Corte costituzionale, presentano una strutturazione bifasica.

Infatti, al giudizio di merito, che si svolge a cognizione piena e nel contraddittorio delle parti, si giunge solamente allorché il collegio abbia ritenuto il conflitto ammissibile all'esito di una camera di consiglio non partecipata, ove la decisione viene, cioè, assunta *inaudita altera parte*.

Si tratta di un modello procedimentale che nel panorama della giustizia costituzionale rappresenta un *unicum*, e dalla cui considerazione possono scaturire molteplici riflessioni concernenti i più differenti aspetti.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Nel presente elaborato, ci si intende, però, particolarmente soffermare proprio sul descritto elemento rappresentato dalla assenza di contraddittorio che connota la preliminare fase di ammissibilità, in quanto – come si cercherà di mettere in evidenza – aspetto di dubbia conformità a Costituzione.

Per farlo, il punto di partenza dell'analisi non può che essere la considerazione del dato normativo.

In ordine ai conflitti interorganici, le uniche fonti regolatrici della materia devono essere rinvenute nell'art. 134, secondo alinea, Cost., secondo cui la Corte costituzionale giudica *“sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni”*, e nell'art. 37 della l. 11 marzo 1953, n. 87 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*), a mente del quale:

“Il conflitto tra poteri dello Stato è risolto dalla Corte costituzionale se insorge tra organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono e per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali.

Restano ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione.

La Corte decide con ordinanza in camera di consiglio sulla ammissibilità del ricorso.

Se la Corte ritiene che esiste la materia di un conflitto la cui risoluzione spetti alla sua competenza dichiara ammissibile il ricorso e ne dispone la notifica agli organi interessati.

Si osservano in quanto applicabili le disposizioni degli articoli 23, 25 e 26.

Salvo il caso previsto nell'ultimo comma dell'art. 20 gli organi interessati, quando non compaiano personalmente, possono essere difesi e rappresentati da liberi professionisti abilitati al patrocinio davanti alle Giurisdizioni superiori”.

A tali disposizioni va, in realtà, aggiunto anche il riferimento, a titolo complementare, all'art. 24 (*Ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*) delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte* (nel testo risultante, da ultimo, dalla delibera del 8 gennaio 2020 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 22 gennaio 2020, n. 17), ai sensi del quale:

“1. Il ricorso previsto nell'art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87, deve contenere l'esposizione delle ragioni di conflitto e l'indicazione delle norme costituzionali che regolano la materia. Il ricorso deve essere sottoscritto e depositato nella cancelleria della Corte ed è registrato a cura del cancelliere in ordine cronologico.

2. Il Presidente, avvenuto il deposito, convoca la Corte in camera di consiglio ai fini dell'art. 37, comma terzo, della legge sopracitata.

3. Il ricorso dichiarato ammissibile, con la prova delle notificazioni eseguite a norma dell'art. 37, comma quarto, di detta legge, è depositato nella cancelleria della Corte entro il termine perentorio di trenta giorni dall'ultima notificazione.

4. Entro il termine perentorio di venti giorni dal decorso del termine di cui al comma precedente ha luogo la costituzione in giudizio. Per i successivi atti del processo si applicano gli articoli 3, 4, commi da 1 a 6, 4-bis, 4-ter, 5, 6, 7, 8, 9, commi 9, commi 2, 3 e 4, e da 10 a 17.

5. Per la rappresentanza e per la difesa in giudizio si applica la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

6. La rinuncia al ricorso, qualora sia accettata da tutte le parti costituite, estingue il processo”.

2. La fase di ammissibilità e l'assenza del contraddittorio tra le parti

La lettura in combinato disposto delle disposizioni appena riportate delinea all'evidenza il quadro sopra raffigurato: la fase preposta allo scrutinio di ammissibilità dei conflitti viene svolta in assenza di qualsivoglia forma di contraddittorio.

L'elemento è di notevole rilevanza sotto molteplici punti di vista.

In primo luogo, infatti, esso sembra significativamente ostare a che la delibazione preliminare della Corte possa dirsi integrare gli estremi dell'“attività giurisdizionale” quale intesa ai sensi dell'art. 111 Cost. e che, quindi, correlativamente, possa parlarsi di “giudizio” di ammissibilità, dovendosi piuttosto, e più propriamente, fare riferimento alla “fase” di ammissibilità.

Il contraddittorio, invero, è notoriamente un elemento irrinunciabile di qualsivoglia giudizio.

Non a caso, l'art. 111 del testo costituzionale prevede che “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti”.

Per contro, invece – e come visto – l'art. 24 delle *Norme integrative* si limita a prevedere al co. 2 che una volta avvenuto il deposito del ricorso, al fine di prendere una decisione sull'ammissibilità, “Il Presidente ... convoca la Corte in camera di consiglio”, nell'ambito della quale, come ha chiarito lo stesso giudice dei conflitti, l'attività del collegio “deve limitarsi a una verifica sommaria, senza contraddittorio”, sull'esistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi di ammissibilità del conflitto sollevato¹.

Il vaglio della Corte, dunque, avviene *inaudita altera parte*, quando, per contro, e per anticipare le conclusioni, una volta consacrato al livello più elevato della gerarchia delle fonti il canone del contraddittorio, una lettura costituzionalmente orientata del citato art. 24 delle *Norme integrative* dovrebbe indurre a consentire il pieno esplicarsi, già nella fase preliminare, di un confronto almeno scritto tra le parti, con possibilità di audizione anche orale del ricorrente, quantomeno nei casi in cui se ne faccia espressa richiesta.

Ora, come più approfonditamente si esporrà nel prosieguo, parte della dottrina si è profusa nello sforzo di individuare e giustificare le ragioni sottese alla mancanza di contraddittorio in questa fase, facendo sostanzialmente leva sulla natura del giudice costituzionale e sulla soggettività delle parti ricorrente e resistente nei conflitti di attribuzione, con argomenti anche suggestivi².

¹ Cfr., *ex multis*, ordinanza n. 470 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, II, p. 3613 ss.

² Come si avrà ampiamente modo di approfondire nel corso della trattazione che segue, il riferimento è principalmente a E. BETTINELLI, *Qualche osservazione controcorrente sul valore non definitivo delle ordinanze di ammissibilità dei ricorsi relativi ai conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in n. A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *La*

Si tratta, però, di intuizioni che, oltre a dover oggi essere rimediate anche nel merito (come pure si vedrà), sembra siano strettamente legate alla questione preliminare concernente la stessa applicabilità dell'art. 111 Cost. anche ai giudizi della Corte³.

Pur rimandando la soluzione del problema al paragrafo che segue, già alla luce di quanto premesso, pare comunque potersi pervenire a una prima conclusione.

A voler infatti assumere la citata norma costituzionale come parametro, sembra che nel caso della fase di ammissibilità dei conflitti interorganici ben possa trovare applicazione il sillogismo che riconosce l'esistenza della giurisdizione in presenza di un processo⁴ e l'esistenza del processo in presenza di contraddittorio⁵, in tal modo ravvisandosi un nesso inscindibile tra il riconoscimento di un'attività giurisdizionale e il pieno esplicitarsi del confronto dialettico delle parti, nel senso che, in difetto del secondo elemento, anche il primo non potrebbe dirsi sussistente⁶.

Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato, Torino, 1993, in particolare pp. 4-5, ove l'Autore, con peculiare riguardo ai conflitti di attribuzione, muove dal presupposto che la Corte costituzionale non può essere assimilata ai giudici comuni, in quanto organo di chiusura dell'ordinamento, depositario della massima saggezza interpretativa, le cui decisioni vengono assunte nell'interesse della legittimità dell'ordinamento, di modo che solo indirettamente possono soddisfare gli interessi delle parti, da individuarsi, peraltro, sempre e comunque in poteri dello Stato, e non in privati che difendono interessi propri. Su queste basi, l'Autore ritiene che lo scenario processuale peculiare in cui il giudice costituzionale si trova a operare faccia sì che la regola del libero confronto di argomenti e interpretazioni davanti a un giudice terzo, nei giudizi sui conflitti costituzionali, debba essere quantomeno temperata. A sostegno dell'assunto, viene, altresì, osservato come in simili giudizi i parametri di valutazione della Consulta siano integrati dalla Costituzione, dalle leggi costituzionali e dai significati che di essi sono stati posti dal medesimo giudice costituzionale, di modo che non parrebbe fuori sistema che alcune questioni pregiudiziali all'instaurazione di tali giudizi possano essere definite *ex autoritate* dalla Corte in camera di consiglio: in questa prospettiva, secondo l'Autore, dovendo la Corte compiere accertamenti di tipo obiettivo, non sarebbe in definitiva imprescindibile il ricorso al contraddittorio.

³ In particolare, infatti, l'impostazione di Bettinelli sembra scontrarsi con quella di quanti, (soprattutto) dai primi due commi dell'art. 111 Cost., hanno ritenuto di dover ricavare la conferma della sussistenza, nell'ordinamento costituzionale italiano, del principio dell'unicità della giurisdizione, sostenendo che, per effetto del nuovo testo della disposizione costituzionale, tutti i tipi di processo vengono accomunati dal loro necessario svolgimento secondo il canone oggettivo del giusto processo. Cfr., in tal senso: G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 707 ss; ID., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, p. 28 ss.

⁴ Cfr. S. SATTA, *Giurisdizione (nozione generale)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 2001, in particolare p. 224 ss.; A.A. DALIA-G. PIERRO, *Giurisdizione penale*, in *Enc. giur.*, XV, 1989, p. 9; M. BOATO, *I principi del "giusto processo" tra la bicamerale e le nuove tendenze parlamentari*, in *Rass. Parl.*, 1999.

⁵ Sul contraddittorio paritetico quale elemento che contraddistingue il processo, cfr. E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 4 ss.

⁶ Cfr. M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 615, il cui ragionamento, per la chiarezza di esposizione, merita di essere riportato espressamente: "Dall'estensione del campo di applicazione del giusto processo e dei connotati essenziali che lo caratterizzano – espressamente riferiti alla giurisdizione unitariamente e complessivamente considerata – sembra possibile ricavare alcune implicazioni generali a conferma di tesi già sostenute in dottrina e che oggi trovano un più solido ed esplicito fondamento costituzionale nei primi due commi dell'art. 111. La prima implicazione è che senza processo non vi è giurisdizione, nel senso che la funzione giurisdizionale si attua e si realizza necessariamente attraverso le forme e gli strumenti del processo. La seconda implicazione è che non vi è processo senza contraddittorio paritetico, ossia senza che vi siano almeno due parti, destinate a subire (rispettivamente) gli effetti favorevoli e sfavorevoli della decisione finale, alle quali sia data la possibilità di confrontarsi paritariamente al fine di incidere sul contenuto di tale decisione".

L'osservazione sta a dimostrare come, già di per sé, il dato, incontrovertibile, dell'assenza del contraddittorio dia luogo a una conseguenza di non poco conto, in quanto sembra impedire la possibilità di ricondurre il segmento procedimentale di cui si discorre nel novero dei “giudizi”, da intendersi come procedimenti in cui si esercitano funzioni giurisdizionali⁷.

Il che è un paradosso se – come si ritiene, per le motivazioni di cui a breve – anche in relazione alla fase di ammissibilità valgono (o, almeno, dovrebbero valere) i precetti dell'art. 111 Cost.

In ogni caso, dalla considerazione dell'esistenza di un paradosso alla configurazione di un dubbio di legittimità costituzionale, il passo è breve e (sembra potersi dire) consequenziale.

A ben vedere, infatti, la caratteristica di cui si fa questione induce a far dubitare della stessa conformità alla carta costituzionale dell'intera fase di ammissibilità dei conflitti.

3. L'applicabilità dell'art. 111 Cost. ai giudizi della Corte costituzionale

Al riguardo, prima di esporre quelle che con riguardo ai precetti costituzionali sono le perplessità legate alla configurazione della fase in esame, si impone una necessaria premessa.

Infatti, per poter dubitare della conformità all'art. 111 Cost. della fase di ammissibilità, con particolare riguardo all'elemento del contraddittorio, occorre, ovviamente, che tale parametro sia effettivamente applicabile anche ai giudizi sui conflitti.

Ebbene, chi scrive – nonostante i dubbi da taluno evidenziati in dottrina⁸ – ritiene che il citato art. 111 Cost. sia generalmente estendibile, quanto a portata applicativa, anche al settore della giustizia costituzionale o, meglio ancora, all'*intero* settore.

Per quanto, infatti, sia piena la consapevolezza che, nel nostro ordinamento, la Corte non rappresenti un organo prettamente (*rectius*, solamente) giurisdizionale, incarnando piuttosto un duplice ruolo che le fa assumere una veste allo stesso tempo politica e giurisdizionale, in un binomio che le consente di assumere un (fondamentale) ruolo di bilanciamento, o di stabilità, della forma di governo, tuttavia, elementi utili a

⁷ Non è un caso che le decisioni che concludono il vaglio di ammissibilità non risultino definitive, ben potendo essere riviste nella successiva fase che la Corte stessa qualifica “a contraddittorio integro”: cfr., *ex multis*, C. cost., ordinanza n. 391 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, III, p. 3851 ss.; id., ordinanza n. 418 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, III, p. 3983 ss.

⁸ I dubbi espressi riguardo alla applicabilità del principio del giusto processo anche alla giustizia costituzionale sono generalmente da ricondurre a diverse ragioni, tra cui, prevalentemente, alla peculiarità che connota la natura giuridica della giustizia costituzionale che, come è stato già più volte evidenziato, ha una connotazione sia politica, sia giurisdizionale, nonché alla stessa locuzione “giustizia costituzionale”, posto che in essa si è soliti comunemente indicare una pluralità di funzioni, tra loro abbastanza eterogenee (ossia, il giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi, la risoluzione dei conflitti di attribuzione, il giudizio sulla messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica, il giudizio sull'ammissibilità del referendum abrogativo), per cui – si dice – anche ove si ammettesse l'applicabilità del principio del giusto processo a una sola delle funzioni citate, questo non implicherebbe la sua estensibilità più o meno automatica a tutte le altre.

propendere per l'applicazione ai suoi giudizi dei principi di cui all'art. 111 Cost. sembra possano trarsi sia dal diritto positivo, che dalla considerazione della giurisprudenza, costituzionale e sovranazionale.

Si tratta di elementi che sono idonei a dimostrare la natura dell'art. 111 Cost. quale norma di carattere processuale, i cui primi due commi almeno (in base ai quali “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*”) dovrebbero essere considerati applicabili a qualsiasi esercizio di funzione giurisdizionale, ossia civile, penale, amministrativa, tributaria e, per l'appunto, costituzionale.

In proposito, infatti, per ciò che anzitutto attiene al *diritto positivo*, di rilievo appare il fatto che l'art. 37 della l. n. 87 del 1953, al co. 5, rinvii, in quanto applicabili, alle disposizioni degli artt. 23, 25 e 26.

Si tratta delle norme che regolano il giudizio di legittimità in via incidentale, ove, con riferimento a tale competenza della Corte, più volte compare l'utilizzo delle locuzioni “giudizio”, “giudice”, “autorità giurisdizionale”, “causa”.

Lo stesso art. 24 delle *Norme integrative*, del resto, con specifico riferimento ai conflitti, parla di “processo”. Allo stesso modo, ancora, con riferimento alla Corte, tanto le leggi di settore, (*in primis*, la l. n. 87 del 1953), quanto, a monte, la stessa Costituzione, fanno utilizzo di una terminologia (quella che ricomprende le espressioni “giudizi”, “Corte” o “giudici” con riferimento ai suoi componenti) che sembra fugare ogni dubbio in ordine alla fondamentale connotazione giurisdizionale della sua funzione.

Ma al di là di simile argomento letterale, anche gli ulteriori elementi, oggettivi e soggettivi, che si rinvencono nell'ambito della relativa disciplina costituzionale e legislativa appaiono propendere a favore di una configurazione della Corte di tipo giurisdizionale (o comunque precipuamente tale): in tal senso, ad esempio, le stesse pronunce che la Consulta è chiamata ad adottare assumono il *nomen juris* tipico degli atti giurisdizionali, ossia quello di sentenze o ordinanze, e anche rispetto a tali decisioni vige l'obbligo di motivazione⁹.

Su questa base, una volta riconosciuto il carattere giurisdizionale (o, comunque, prevalentemente tale) della giustizia costituzionale, sembra, allora, potersi affermare l'applicabilità dell'art. 111 Cost anche ai relativi giudizi, ivi inclusi quelli in materia di conflitti tra poteri.

⁹ Di tale avviso è G. AZZARITI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria (del giudice costituzionale come giudice)*, in *Foro it.*, 2000, V, pp. 35-36, secondo cui un sicuro argomento idoneo a deporre a favore del carattere giurisdizionale della giustizia costituzionale si potrebbe desumere proprio dalle decisioni della Corte che, afferma l'Autore, “*appartengono pur sempre – per forma, struttura e stile – al genere delle pronunce giurisdizionali e dunque devono necessariamente seguire il sistema logico e argomentativo proprio dell'ordine giuridico*”.

Si è, infatti, dell'avviso che l'opinione a ciò contraria¹⁰ possa essere superata dall'apprezzamento, oltre che del diritto positivo, anche degli ulteriori indicatori cui si è fatto cenno in apertura di paragrafo.

Ci si riferisce, in primo luogo, alla considerazione della *giurisprudenza costituzionale*.

È la Corte stessa, infatti, ad aver mostrato una generale propensione a “giurisdizionalizzare” la giustizia costituzionale, e quindi a renderla oggetto di applicabilità dei principi che sono tipicamente sottesi alla funzione giurisdizionale.

In tal senso, rileva in primo luogo l'intervenuto auto-riconoscimento da parte della Corte della propria natura di giudice *a quo*, ossia di organo che, in quanto abilitato a sollevare questioni di legittimità costituzionale, presenta i requisiti oggettivi e soggettivi della giurisdizione¹¹.

Ma altrettanto rilevanti sono anche le aperture che, proprio in relazione al principio del contraddittorio, sembra possibile rinvenire nelle pronunce della Consulta nella stessa materia di conflitti costituzionali, e non solo.

In quest'ottica, ad esempio, con l'ordinanza n. 264 del 2000, la Corte ha affermato di non poter prendere in esame la legittimazione a intervenire nel procedimento, sin dalla fase di delibazione circa l'ammissibilità del ricorso, della persona offesa dall'atto generativo del conflitto, e ciò solo perché l'atto in questione presentava delle carenze formali e sostanziali che impedivano di considerarlo “*valido atto di promovimento di un conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato*”¹².

Se avesse voluto, la Corte ben avrebbe potuto negare alla radice la sussistenza di tale legittimazione, come pure in altre occasioni ha mostrato di fare (cfr. le ordinanze nn. 284 del 2008 e 120 del 2009, di cui si dirà *infra*).

Ma, in ogni caso, l'apertura del giudice dei conflitti verso la possibilità di applicare i principi del giusto processo anche ai propri giudizi sembra comunque maggiormente rinvenibile nella sentenza n. 76 del 2001¹³. Con essa, infatti, nell'ambito del conflitto promosso da una Regione nei confronti dello Stato a sostegno della insindacabilità delle opinioni espresse da un componente del Consiglio regionale, la Corte ha ritenuto ammissibile la costituzione in giudizio del soggetto ritenutosi diffamato, così garantendo

¹⁰ Secondo M. CECCHETTI, *Giusto processo ...*, cit., p. 615, proprio con riferimento ai conflitti interorganici, l'applicabilità indiscriminata del principio della “terzietà e imparzialità” del giudice di cui al nuovo art. 111 Cost. “*renderebbe a priori impraticabile per la stessa Corte lo strumento del conflitto nei confronti di altri poteri dello Stato*”.

¹¹ Come spiega F. MODUGNO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Roma, IV ed., 2019, p. 793, i requisiti oggettivi e soggettivi della giurisdizione sono posseduti da quanti decidano definitivamente sull'applicazione di una norma legislativa, in posizione di assoluta terzietà rispetto alle parti e in contraddittorio con esse.

¹² In *Giur. cost.*, 2000, p. 2088.

¹³ In *Giur. cost.*, 2001, p. 488 ss., con note di R. ROMBOLI, *Immunità per le opinioni espresse dai parlamentari e dai consiglieri regionali e tutela del terzo danneggiato: un importante mutamento della giurisprudenza costituzionale, in attesa di un altro più significativo*, *ivi*, p. 496 ss.; G. GEMMA, *Intervento dei soggetti privati nei conflitti di attribuzione fra Stato e regioni: la Corte dà il via libera*, *ivi*, p. 509 ss.; A. CONCARO, *Conflitti costituzionali e immunità: anche le parti private vanno tutelate nel giudizio innanzi alla Corte*, *ivi*, p. 515 ss.

l'estensione della garanzia del contraddittorio anche in un giudizio avente come oggetto un conflitto di attribuzione intersoggettivo, tra enti.

Da questa generale tendenza favorevole all'esplicazione del contraddittorio non è andata esente neppure la funzione relativa al vaglio di ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo¹⁴.

Quel che va particolarmente evidenziato è che simile atteggiamento di apertura del giudice costituzionale italiano non rappresenta certo il frutto della casualità, quanto, piuttosto, delle sollecitazioni in tal senso provenienti dalla *giurisprudenza sovranazionale*, e in particolare della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, a chiare lettere, dal canto suo, ha affermato l'applicabilità dei principi del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione¹⁵ anche ai giudizi che si svolgono dinanzi alle Corti (o Tribunali, che dir si voglia) costituzionali¹⁶.

In questo senso, anzi, la Corte di Strasburgo ha perseguito un vero e proprio processo di interpretazione estensiva del citato art. 6¹⁷. Tanto è vero che le garanzie dell'equo processo ivi sancite sono state

¹⁴ Nell'ambito della giurisprudenza in materia referendaria, invero, si rinviene il dato del progressivo ampliamento dei soggetti legittimati al contraddittorio oltre al comitato promotore e al Governo, dovendosi considerare il vaglio che la Corte è chiamata a svolgere, anch'esso, un giudizio avente carattere giurisdizionale da condursi nelle forme tipiche del processo. Sul punto sia consentito il rinvio a C. MEZZANOTTE, *Appunti sul contraddittorio nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, p. 954 ss.; G. CERRINA FERONI, *Il contraddittorio nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi, Atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*, V. ANGIOLINI (a cura di), Torino, 1998, p. 401 ss.; nonché M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 510 ss., ove è evidenziato come l'iniziale preclusione della Corte all'intervento dei terzi nel procedimento referendario non sia stata superata per effetto di una graduale evoluzione della giurisprudenza costituzionale, bensì con una "drastica rottura: con la sent. n. 21 del 2000, infatti, senza che in passato vi fosse stato il minimo accenno di ripensamento, la Corte ha completamente mutato indirizzo, consentendo anche a soggetti diversi da quelli menzionati dall'art. 33, comma 3, della l. n. 352 del 1970 di intervenire nel giudizio di ammissibilità".

¹⁵ Ai sensi dell'art. 6 par. 1, CEDU: "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia".

¹⁶ In particolare, a fungere da impulso per le ricordate pronunce della Corte costituzionale è stata la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo resa nella causa *Ruiz-Mateos v. Spagna*, del 23 giugno 1993, con cui la Corte ha condannato la Spagna per violazione dell'art. 6, co. 1, della CEDU, in quanto in un giudizio di legittimità costituzionale avente a oggetto una legge-provvedimento, la parte privata del giudizio *a quo* non aveva potuto costituirsi nel processo costituzionale, mentre aveva potuto farlo lo Stato. In tal modo, i giudici di Strasburgo hanno avuto modo di affermare che quando sia stata emanata una legge che riguardi direttamente una cerchia ristretta di persone occorre, in via di principio, garantire loro un libero accesso alle osservazioni delle altre parti e una effettiva possibilità di esaminarle.

¹⁷ Si tratta di un processo che, come sottolineato ad esempio da R. IBRIDO, *Intorno all'"equo processo costituzionale": il problema della operatività dell'art. 6 CEDU nei giudizi dinanzi ai Tribunali costituzionali*, in *Rivista AIC*, 1/2016, p. 6, risulta perfettamente coerente "con un criterio interpretativo in più occasioni ribadito dalla Corte EDU: in una società democratica, il diritto a una equa amministrazione della giustizia occupa una posizione di tale rilievo che una interpretazione restrittiva dell'art. 6 equivarrebbe a un inammissibile aggiramento dello spirito e della ratio della Convenzione". In quest'ottica, oltre alla già citata sentenza resa nella causa *Ruiz-Mateos v. Spagna*, può ricordarsi, a titolo esemplificativo, anche la sentenza *Süssmann c. Germania* del 16 settembre 1996, con cui la Corte europea ha applicato la garanzia della ragionevole durata del processo anche ai giudizi

direttamente applicate, ad esempio, al *Tribunal Consistucional* spagnolo, nonché al *Bundesverfassungsgericht*, ossia il Tribunale costituzionale federale tedesco.

L'elemento è sicuramente degno di considerazione.

Considerato, infatti, che l'art. 6 CEDU riprende i contenuti dell'art. 111 Cost., di cui il primo rappresenta la fonte di ispirazione, e tenuto, altresì, conto che – come detto – le garanzie contemplate dalla disposizione sovranazionale sono già state applicate ad altri giudici costituzionali dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, non si vede allora perché alla Corte costituzionale italiana e relativi procedimenti non possano egualmente trovare applicazione.

Alla luce di tutti gli elementi sin qui considerati, sembra, quindi, in definitiva, arduo escludere l'applicabilità dei precetti sanciti dall'art. 111 Cost., in quanto principi supremi dell'ordinamento, anche al settore della giustizia costituzionale complessivamente considerato¹⁸.

4. L'assenza di contraddittorio e ... la rappresentanza in giudizio

Quanto sopra legittima, dunque, le seguenti considerazioni.

Ora, con particolare riguardo alla materia dei conflitti di attribuzione, il discorso concernente il contraddittorio si interseca strettamente con quello relativo alla rappresentanza in giudizio, con specifico riguardo alla coincidenza, o meno, dell'organo titolare della funzione riconducibile al potere, con quello capace di stare in giudizio innanzi alla Corte.

La questione rinviene la propria genesi nella originaria prospettazione legislativa dei giudizi in questione come contrasti inerenti alla sola *vindicatio potestatis* nell'esercizio della funzione amministrativa, e non anche come conflitti da *menomazione* di competenze (ossia, sull'uso concreto del potere e sulla possibile violazione delle attribuzioni costituzionalmente tutelate).

Come è stato evidenziato in dottrina, con il rafforzamento del riconoscimento dell'ammissibilità dei conflitti interorganici (avvenuto con le ordinanze nn. 228 e 229 del 1975¹⁹), l'orientamento pressoché costante della giurisprudenza costituzionale all'esclusione della possibilità di svolgimento del contraddittorio, anche per effetto del diniego alla possibilità di intervento di soggetti terzi, “*ha assunto dimensioni talora giuridicamente drammatiche*”²⁰.

costituzionali non preceduti da un contenzioso dinanzi gli organi giurisdizionali, sul presupposto dell'impossibilità di considerarli come un'estensione dei procedimenti che si svolgono dinanzi ai giudici comuni.

¹⁸ Di tale avviso sono anche A. PIZZORUSSO, *sub Art. 102 Cost.*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 197, e R. GUASTINI, *sub Art. 101 Cost.*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, 1981, 182; ID., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, 1995, p. 849.

¹⁹ In *Giur. cost.*, 1975, p. 1688 ss. e p. 1692 ss.

²⁰ Così afferma L. CALIFANO, *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Torino, 2003, p. 16 ss., la quale pone, altresì, in evidenza come l'atteggiamento di chiusura verso l'ipotesi dell'estensione del contraddittorio nei confronti di terzi interessati abbia rappresentato una costante relativamente ferma della giurisprudenza costituzionale, integrando un

Senonché, il tradizionale indirizzo di chiusura che la Corte ha mantenuto rispetto all'esplicazione del contraddittorio nella fase di ammissibilità dei conflitti interorganici dovrebbe, però, essere oggi ritoccato alla luce del nuovo art. 111 Cost.

Ciò che, in verità, e seppur timidamente, la Corte stessa ha mostrato di fare con la già citata sentenza n. 76 del 2001, laddove – e ancorché nell'ambito di un conflitto intersoggettivo – ha ammesso l'intervento della parte che si assumeva lesa dalle opinioni espresse nella vicenda di cui era causa²¹: una scelta che, secondo il giudice dei conflitti *“d'altra parte, è ulteriormente avvalorata dalla circostanza che l'esigenza del contraddittorio – fortemente riaffermata dalla nuova formulazione del secondo comma dell'art. 111 della Costituzione – si riflette anche sul piano della partecipazione al giudizio riservato a questa Corte, derivando da esso la risoluzione di un tema del tutto “pregiudiziale”, quale è quello relativo alla sussistenza o meno nel caso concreto del potere di agire”*.

Ad avviso di chi scrive, tale considerazione, anche se effettuata nell'ambito di una diversa tipologia di conflitto costituzionale, dovrebbe a maggior ragione valere proprio con riguardo ai conflitti tra poteri, e già per la relativa fase di ammissibilità preliminare al giudizio vero e proprio. Rispetto a essa, infatti, la mancata esplicazione del contraddittorio sembra porsi in contrasto con l'art. 111 Cost., il quale – si ricordi – impone, invece, che tale garanzia venga assicurata anche in relazione alle decisioni da adottarsi in camera di consiglio.

Anche il procedimento camerale dovrebbe, cioè, assicurare l'esplicarsi del confronto dialettico tra le parti e – pare potersi aggiungere – tanto più in casi come quello dei conflitti, ove la decisione da assumersi all'esito della camera di consiglio incide irrimediabilmente sulla stessa possibilità di passare allo scrutinio del merito della domanda.

Del resto, simile principio è ricavabile dalla stessa considerazione della giurisprudenza della Consulta, la quale, anche dopo la novella del 1999, ha sì ribadito, pure in relazione a controversie coinvolgenti la titolarità di diritti soggettivi, la piena compatibilità costituzionale dell'opzione del legislatore processuale in favore del rito camerale, ma alla necessaria condizione che *“il modello processuale previsto dal legislatore, nell'esercizio del potere discrezionale di cui egli è titolare in materia ..., sia tale da assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, lo svolgimento di un'adeguata attività probatoria, la possibilità di avvalersi della difesa tecnica, ...”*²².

In tal modo, la Corte ha confermato un orientamento risalente nel tempo²³.

orientamento – come espressamente indicato nella pronuncia n. 426 del 1999 – rivolto al mantenimento del “tono costituzionale” del conflitto

²¹ In quel caso, in tema di immunità di cui all'art. 122, co. 4, Cost., la Corte richiama, per analogia, la ricca giurisprudenza formatasi con riferimento all'art. 68 Cost.

²² Cfr. C. cost., ordinanza n. 170 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, III, p. 1898 ss., confermata dall'ordinanza n. 19 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, I, p. 294.

²³ Cfr. C. cost., sentenza n. 202 del 1975, in *Giur. cost.*, 1975, II, p. 1573 ss.

Al riguardo, infatti, per quanto di interesse, occorre ricordare come, già nel lontano 1972, Manlio Mazziotti avesse appuntato l'attenzione sui conflitti proprio in relazione alla assenza di contraddittorio che caratterizza la prima fase dei relativi giudizi, mettendo in evidenza come tale elemento si richiamasse a ordinamenti estinti, ispirati al principio della *justice retenue*, e come non fosse, quindi, più confacente con il nostro sistema di giustizia costituzionale²⁴.

Su questa base, e sul presupposto che la *ratio* dell'art. 134, nella parte attinente ai conflitti, fosse quella di tutelare il prestigio dello Stato²⁵, l'Autore aveva messo in evidenza la non conformità con tale esigenza della delibazione preliminare, proprio perché svolta *inaudita altera parte*²⁶.

Simile argomento è stato ritenuto da altra dottrina non sufficientemente provante la violazione di regole di rango costituzionale, sulla base dell'affermazione per cui il carattere liminare della decisione della Corte sull'ammissibilità del conflitto, con connessa possibilità di riproposizione dello stesso senza limiti di tempo, finisse, di fatto, per attenuare la portata dei rilievi mossi contro la mancata esplicazione, in quel segmento, del contraddittorio.

Nonostante ciò, per stessa ammissione di tale corrente di pensiero, l'assunto non era comunque idoneo a eliminare il buon fondamento dell'orientamento contrapposto, *“in quanto la decisione preliminare sull'ammissibilità è destinata a influenzare, per lo meno sul piano psicologico, le eventuali successive decisioni della stessa Corte in ordine al rapporto dedotto”*²⁷.

A sua volta poi, tale dottrina, identificativa della natura solo interlocutoria della fase di ammissibilità quale motivo di attenuazione delle critiche dottrinali mosse avverso la carenza di contraddittorio, è stata da altri tacciata di debolezza strutturale: è stato, infatti, sottolineato come, in ogni caso, una violazione del canone in discussione viene comunque a verificarsi ogni qual volta la Corte dichiara, già *in limine litis*, l'inammissibilità il conflitto (ipotesi in cui la parte ricorrente viene a soffrire il maggior danno)²⁸.

²⁴ Cfr. M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, II, Milano, 1972, in particolare p. 144 ss.; nonché, ID., *Il procedimento e la decisione sui conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, p. 1817 ss. In tal senso, anche S. BARTOLE, *La Corte, la sua storia e le tentazioni della justice retenue*, in *Giur. cost.*, 1981, II, p. 1675.

²⁵ Di questo avviso erano anche: R. ANGELONI – L. DI TRANI – M. SANTORI RUGIU, *Formulario di giustizia costituzionale*, Milano, 1957, p. 151.

²⁶ Nello specifico, nelle opere richiamate *supra*, sub nota n. 24, Mazziotti assumeva a termine di paragone i giudizi preliminari sull'ammissibilità del ricorso che avevano luogo dinanzi alla Corte di cassazione, civile e penale (sulla base degli artt. 375 c.p.c. e 531 c.p.p., *ratione temporis* vigenti), in quanto procedimenti nei quali a venir meno era solo il carattere dell'oralità, ferma restando la garanzia dell'esplicazione del contraddittorio.

²⁷ Cfr. F. SORRENTINO, *sub art. 137, La disciplina del procedimento nei conflitti tra poteri*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 480.

²⁸ R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, p. 160.

Così impostati i termini della questione, per quanto autorevole sia il tentativo operato da parte della dottrina di mitigare la rilevanza del contraddittorio nella fase di ammissibilità dei conflitti²⁹, non sembra comunque irrilevante evidenziare come simili tentativi si collochino in un momento cronologico anteriore alla novella dell'art. 111 che ha costituzionalizzato il principio del giusto processo, imponendone, sotto l'angolo di visuale di interesse, lo svolgimento sempre e comunque nel contraddittorio delle parti.

Si ritiene, anzi, particolarmente felice l'intuizione della prima dottrina, la quale ha appuntato la gravità della violazione della regola del contraddittorio nel compito, riservato alla Corte, di stabilire se esista la materia di un conflitto la cui risoluzione sia a essa demandata: secondo tale impostazione, il *vulnus* dovrebbe essere individuato nel fatto che nello svolgimento di tale attività, la Corte, lungi dall'esaminare questioni meramente formali, effettuerebbe un'indagine che attiene al merito stesso della controversia³⁰. Senonché, muovendo dal medesimo presupposto, e giungendo alla stessa conclusione, si è dell'avviso per cui la questione vada diversamente rivista.

Infatti, sotto tale specifico profilo, al di là della violazione che dell'art. 111 Cost. pare comunque venirsi a determinare ogni qual volta in cui all'esito della camera di consiglio la Corte opti per l'inammissibilità del conflitto sollevato³¹, sembra che le perplessità maggiori – e su cui si tornerà nel prosieguo – debbano comunque essere individuate in tutti i casi in cui con la medesima ordinanza la Corte, lungi dal rendere una mera pronuncia di rito, finisca per “sconfinare” nel merito della questione.

Che la Corte abbia questa tendenza è, del resto, risaputo e riconosciuto dal medesimo giudice dei conflitti. Con la sentenza n. 116 del 2003, infatti, la Consulta ha espressamente ammesso come “*Il legislatore del 1953 ha dunque conferito alla Corte costituzionale, in sede di deliberazione sull'esistenza della “materia di un conflitto”, un potere*

²⁹ Il riferimento è, come già si è anticipato *supra*, *sub* nota n. 2, e come meglio si vedrà, a E. BETTINELLI, *Qualche osservazione controcorrente ...*, *cit.*, p. 1 ss.

³⁰ Cfr. M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione ...*, *cit.*, p. 146, nonché ID., *Il procedimento e la decisione ...*, *cit.*, p. 1822.

³¹ La stessa affermazione non sembra possa essere riferita, almeno non in maniera tanto netta, ai casi in cui la Corte dichiara ammissibile il conflitto, posto che in questo caso si dà luogo a un procedimento potremmo dire “a contraddittorio differito”. Infatti, se il conflitto viene reputato ammissibile, le garanzie processuali che pure sono mancate nel corso della fase di ammissibilità, quantomeno vengono parzialmente recuperate: in tal caso, invero, esse non difettano in modo assoluto, bensì sono solamente postergate al momento dell'apertura della fase a cognizione piena, nell'ambito della quale i poteri dello Stato confliggenti, nel contraddittorio tra di essi, vengono giudicati da un giudice terzo e imparziale. La circostanza è stata evidenziata da D. FLORENZANO, *L'oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Fonti normative. Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Trento, 1994, p. 167: “*La configurazione del giudizio di ammissibilità come una sommaria deliberazione sembra giustificare effetti che collidono con comuni esigenze di giustizia. La sommarietà dell'esame non sembra corrispondere al modello comportamentale consueto che deve essere osservato da un Giudice per decretare la definitiva conclusione di un giudizio: ciò perché il giudice, di norma, deve farsi carico di esaminare le questioni sollevate in modo adeguato. Forse una sommaria deliberazione potrebbe apparire tollerabile nel caso di pronunzia di ammissibilità, a causa della non definitività della decisione; di certo non lo sarebbe nel caso della pronunzia di inammissibilità che, invece, è conclusiva del giudizio*”.

*molto ampio di individuazione dei profili soggettivi e di qualificazione del thema decidendum del conflitto, tale addirittura da rischiare talvolta di investire gli aspetti di merito della questione*³².

Che però, su questa base, possa adottare simili pronunce, senza il preventivo esplicitarsi del confronto dialettico tra le parti, sembra troppo.

³² Cfr. C. cost., sentenza n. 116 del 2003, in *Giur. cost.*, 2003, I, 904 ss. pronuncia con la quale la Corte giunge ad affermare la possibilità, già in sede di valutazione sull'ammissibilità, o meno, del conflitto, di toccare aspetti propri della fase di merito, anche in virtù della valorizzazione dei lavori preparatori della l. n. 87 del 1953: "... come potrebbe anche lasciare supporre la reiezione -nel corso dei lavori parlamentari sulla legge n. 87 del 1953- dell'emendamento dei senatori Mastino e Oggiano diretto appunto a limitare l'esame della Corte, in sede di ammissibilità, alle sole condizioni e forme del ricorso (I legislatura, Atti Senato 12 marzo 1949)" (cfr. punto n. 4 del *Considerato in diritto*). Come si specifica in L. MEZZETTI – M. BELLETTI – E. D'ORLANDO – E. FERIOLI, *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007, p. 484, del resto, l'ammissibilità deve intendersi in senso ampio, comprendente non solo le questioni meramente procedurali (come la sussistenza della legittimazione e dell'interesse), ma anche questioni di merito in senso proprio.

Tanto più in casi, come quello tipicamente rappresentato dalla famigerata ordinanza n. 17 del 2019³³, in cui pur essendo stata adottata come un'ordinanza, la pronuncia che la Corte ha adottato si è risolta, a tutti gli effetti, in una vera e propria sentenza di merito (di rigetto)³⁴.

³³ Nel caso trattato dalla Corte con l'ordinanza in questione, il conflitto era stato originato dal ricorso proposto da trentasette senatori di opposizione in relazione alle modalità di approvazione del disegno di legge di «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021»: in particolare, i ricorrenti contestavano la violazione del procedimento legislativo sia nella Commissione Bilancio sia in Assemblea, dal momento che il maxi-emendamento 1.9000, di circa 270 pagine con moltissime centinaia di commi, totalmente sostitutivo del disegno di legge, avrebbe incontrato difficoltà ad essere portato a conoscenza degli stessi componenti la Commissione Bilancio, i quali avrebbero avuto a disposizione per l'esame solo settanta minuti; così come il tempo concesso per l'esame in Assemblea sarebbe risultato di circa solo sette ore. In sostanza, si lamentava che tempi del genere avrebbero reso oggettivamente impossibile una consapevole deliberazione di un testo di tale natura, ampiezza, articolazione e tecnicità.

La Corte costituzionale, con una decisione che ha sollevato notevoli perplessità, dopo aver escluso la legittimazione a sollevare conflitto di attribuzioni della minoranza di un decimo dei componenti del Senato, nonché del Gruppo parlamentare ricorrente, e dopo aver affermato, in ordine alla legittimazione del singolo parlamentare che ai fini dell'ammissibilità del conflitto, non è sufficiente che questi lamenti un qualunque tipo di vizio occorso durante l'iter legislativo, risultando invece necessaria l'allegazione e la dimostrazione di una sostanziale negazione o di un'evidente menomazione della funzione costituzionalmente attribuitagli, giunge a ritenere che le violazioni in quel caso denunciate non rispondono ai predetti criteri.

Si tratta di una decisione particolare, in quanto la Consulta, pur riconoscendo espressamente la sussistenza di una violazione alle prerogative dei parlamentari ricorrenti, giunge a dichiarare l'inammissibilità del conflitto a causa dell'affermato mancato raggiungimento, da parte delle lesioni lamentate dai ricorrenti, di quella soglia di evidenza che, sola, giustificerebbe l'intervento della Corte per arginare l'abuso da parte delle maggioranze a tutela delle attribuzioni costituzionali del singolo parlamentare.

Moltissimi sono stati i commenti all'ordinanza in questione. Tra i tanti, possono ricordarsi, a titolo esemplificativo, i seguenti: M. CAVINO, *La necessità formale di uno statuto dell'opposizione*, in *federalismi.it*, 4/2019; S. CURRERI, *L'occasione persa*, in *federalismi.it*, 4/2019; R. DICKMANN, *La Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni contro il testo della legge di bilancio 2019-21 approvato dal Senato e ribadisce che i singoli parlamentari sono poteri dello Stato*, in *federalismi.it*, 4/2019; N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *federalismi.it*, 4/2019; ID., *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019; A. MANZELLA, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*, in *federalismi.it*, 4/2019; F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in *federalismi.it*, 4/2019; G. BUONOMO – M. CERASE, *La Corte costituzionale ancora irrisolta sul ricorso delle minoranze parlamentari*, in *forumcostituzionale.it*, 13 febbraio 2019; E. ROSSI, *L'ordinanza n. 17/2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio*, in *forumcostituzionale.it*; A. CONTIERI, *Un monito inedito al Senato nell'ordinanza n. 17/2019*, in *federalismi.it*, 4/2019; V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l'ordinanza n. 17 del 2019*, in *federalismi.it*, 3/2019; R. MANFRELLOTTI, *“Quindici uomini sulla cassa del morto”: questione di fiducia e funzioni costituzionali del Parlamento*, in *forumcostituzionale.it*, 5 aprile 2019; R. IBRIDO – E. LONGO, *L'ordinanza della Corte costituzionale sul ricorso dei senatori del Partito democratico: le domande per la preparazione del seminario “L'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale”, tenutosi a Firenze il 25 febbraio 2019 nell'ambito del Seminario di Studi e Ricerche Parlamentari “Silvano Tosi”*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019; A. CARDONE, *Quali spazi aperti lascia il precedente? (Tre battute a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019; E. CATERINA, *È possibile dichiarare costituzionalmente illegittima una (intera) legge di bilancio?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019; G.L. CONTI, *Corte costituzionale e prerogative del Parlamento nei dintorni della decisione di bilancio*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019; M. GIANNELLI, *Il monito mancante. Una riflessione sul ruolo del Presidente di Assemblea (a margine di Corte cost. ordinanza n. 17 del 2019)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019; G. MOBILIO, *La Corte costituzionale e la difficile ricerca di bilanciamenti nel procedimento di approvazione della legge di bilancio. Considerazioni a margine della ord. n. 17/2019*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019; O. ROSELLI, *L'ordinanza n. 17 del 2019 e la conferma dell'essere per sua natura la Corte costituzionale un Giano Bifronte*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019; G. SALVADORI, *Lo stile d'ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 (e qualche suggestione sulla scia dell'ordinanza n. 207 del 2018)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019; G. TARLI BARBIERIA, *L'ordinanza 17/2019 a distanza di sessant'anni dalla sent. n. 9/1959: una nuova «storica (ma insoddisfacente) sentenza»?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019; F. FABRIZZI, *Il conflitto tra poteri quale strumento a tutela del procedimento legislativo*, in *Osservatorio AIC*, 5/2019; ID., *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra i poteri*, Torino, 2019, pp. 99-114; P. PASSAGLIA, *La garanzia giurisdizionale*

del procedimento legislativo: un quadro deprimente ad eziologia complessa, in *Osservatorio AIC*, 5/2019; I.A. NICOTRA, *La Corte, il fattore tempo e il battesimo dei nuovi “mille” poteri dello Stato*, in *Osservatorio AIC*, 5/2019; M. MANETTI, *La tutela delle minoranze parlamentari si perde nel labirinto degli interna corporis acta*, in *Rivista AIC*, 2/2019; A. RUGGERI, *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in *Rivista AIC*, 2/2019; T.F. GIUPPONI, *Funzione parlamentare e conflitto di attribuzioni: quale spazio per i ricorsi «intra-potere» dopo l’ordinanza n. 17 del 2019?*, in *Quad. cost.*, 2/2019; A. PACE, *Un ricorso suicida*, in *Giur. cost.*, 2019, I, p. 180 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Conflitto tra poteri dello Stato o ricorso individuale a tutela di diritti?*, in *Giur. cost.*, 2019, I, p. 183 ss.

³⁴ Il discorso non cambia seppure si considerano gli sviluppi successivi alla citata ordinanza n. 17 del 2019. Basti pensare, infatti, a titolo esemplificativo, alle ordinanze nn. 274 e 275 del 2019, rispettivamente, in *Giur. cost.*, 2019, VI, p. 3266 ss. e p. 2368 ss., o all’ordinanza n. 60 del 2020, in *Giur. cost.*, 2020, II, p. 714 ss., con le quali la Corte, analogamente che nel precedente concernente la legge di bilancio, nel dichiarare l’inammissibilità dei conflitti, è entrata nel merito delle doglianze mosse dai poteri ricorrenti, anticipando giudizi che, a rigore, dovrebbero essere svolti all’esito della successiva fase di merito.

Occorre, infatti, brevemente ricordare che con le citate ordinanze nn. 274 e 275 del 2019, la Consulta ha dichiarato l’inammissibilità di due conflitti di attribuzione sollevati, rispettivamente, da due senatori e tre deputati in relazione alla asserita preclusione del proprio “diritto di emendamento” come espressione di attribuzione costituzionale del singolo parlamentare. In entrambe le pronunce, la Corte, pur affermando che, in astratto, la palese estraneità delle disposizioni introdotte in fase di conversione potrebbe costituire un vizio procedimentale di gravità tale da determinare una menomazione delle prerogative costituzionali dei singoli parlamentari, ha, tuttavia, ritenuto, in concreto, insussistenti i presunti elementi dimostrativi dell’asserito difetto di omogeneità dell’emendamento oggetto del conflitto, per cui, conseguentemente, non ha condiviso la tesi dei ricorrenti circa la palese violazione delle rispettive prerogative. Al riguardo, in dottrina, cfr., tra gli altri, i contributi di R. DICKMANN, *L’illegittimità delle norme intruse dei decreti-legge tra conflitto di attribuzione promosso da singoli parlamentari e giudizio di legittimità costituzionale (Osservazioni a Corte cost., ord. n. 274 e 275 del 2019 e sent. n. 247 del 2019)*, in *federalismi.it*, 2/2020; C.P. GUARINI, *La Corte costituzionale ancora su conflitti tra poteri sollevati da singoli parlamentari tra conferme e prospettive di sviluppo (a margine delle ordinanze nn. 274 e 275 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020; F. FABBRIZZI, *Le ord. 274 e 275/2019 su conflitti di attribuzioni tra poteri dello Stato sollevati da singoli parlamentari. Dialogando con l’Ord. 17/2019*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020.

Analogamente, con l’ordinanza n. 60 del 2020, la Corte ha dichiarato l’inammissibilità di tre ricorsi sollevati dai Presidenti dei gruppi parlamentari presso la Camera dei deputati «Forza Italia - Berlusconi Presidente», «Lega Salvini Premier» e «Fratelli d’Italia», dai componenti di tali gruppi, nonché da questi ultimi in quanto tali, nei confronti del Governo, del Presidente e della V Commissione permanente (Bilancio, Tesoro e programmazione), della Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari, del Presidente, dell’Assemblea e dei Relatori della Camera dei deputati nonché, per due dei tre conflitti, della Commissione Bilancio, della Conferenza dei capigruppo, dell’Assemblea e del Presidente del Senato della Repubblica, in riferimento alla legge 27 dicembre 2019, n. 160 (“*Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022*”) e al relativo iter di approvazione, ai fini dell’accertamento dell’avvenuta violazione delle prerogative costituzionali spettanti agli stessi ricorrenti. L’analogia con i precedenti richiamati sta nel fatto che, anche in questo caso, il giudice costituzionale, entrando sostanzialmente nel merito della questione, dopo aver riepilogato con precisione gli avvenimenti che hanno determinato la sollevazione del conflitto, e aver sostanzialmente riconosciuto l’esistenza del conflitto, è giunto a dichiararlo inammissibile spendendo considerazioni tipicamente di merito (secondo la Corte, infatti, “*in conclusione, dalla sequenza oggettiva dei fatti non emerge un irragionevole squilibrio fra le esigenze in gioco nelle procedure parlamentari e, quindi, un vulnus delle attribuzioni dei parlamentari grave e manifesto*”). A commento della decisione, è possibile rinviare ai contributi di M. MANETTI, *Il conflitto promosso dai parlamentari si rivela una trappola. Dalla tutela degli interna corporis alla modifica tacita della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2020, II, p. 714 ss.; D. PICCIONE, *Tra legalità e nuova legittimazione: il parlamentarismo lungo il sentiero dei conflitti di attribuzione sollevati dai singoli parlamentari e dai gruppi*, in *Giur. cost.*, 2020, II, p. 731 ss.; R. DICKMANN, *Ancora in tema di legittimazione al conflitto di attribuzione dei singoli membri delle Camere... ma non dei gruppi parlamentari (nota a Corte cost., ord. 26 marzo 2020, n. 60)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; M. ARMANNI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato come strumento di verifica della regolarità del procedimento legislativo e l’invalidabile soglia del controllo di ammissibilità*, in *Osservatorio AIC*, 4/2020.

Simile tendenza della Corte a “sconfinare” nel merito dei conflitti già in sede di ammissibilità, e in assenza di qualsivoglia forma di contraddittorio, si è manifestata anche più di recente, sempre in relazione a conflitti sollevati da parlamentari *uti singuli*: il riferimento è alle recenti ordinanze nn. 66 e 67 del 2021 con cui la Consulta ha dichiarato inammissibili i conflitti sollevati dagli onorevoli Sgarbi e Cunial in ordine alla gestione dell’emergenza covid-19 da parte dell’esecutivo (con particolare riguardo alla dinamica decreti-legge e d.p.c.m.). Al riguardo, sullo specifica questione, sia consentito rinviare a quanto sul punto già sottolineato in J. FERRACUTI, *La gestione dell’emergenza covid-19 alla prova del conflitto*

Quel che si intende sostenere è che anche il giudice costituzionale deve soggiacere a dei limiti.

Per cui, pur a voler in ipotesi aderire all'impostazione di chi ritiene innecessario che ogni processo si svolga nel contraddittorio delle parti, essendo sufficiente che simile garanzia sia assicurata alla parte che la pretende anche in un momento successivo, sembra comunque evidente che nel caso dei conflitti tra poteri non vi sia alcuna garanzia per il potere dello Stato il cui ricorso venga dichiarato inammissibile. A esso, infatti, non solo viene negata la contrapposizione dialettica con la controparte (che, come detto, potrebbe far venire alla luce aspetti a sostegno dell'ammissibilità del ricorso proposto), ma lo stesso ricorrente viene concretamente esposto al rischio di dover fare i conti con un provvedimento di inammissibilità che, oltre a precludergli naturalmente l'accesso al giudizio a cognizione piena, nello stesso tempo, patologicamente, si pronuncia anche nel merito del conflitto sollevato, senza tuttavia aver avuto, neppure in ordine a tali aspetti, la possibilità di interloquire tanto con il collegio giudicante, quanto con il potere dello Stato resistente.

La descritta mancanza di garanzie è poi viepiù corroborata dalla notoria inoppugnabilità delle decisioni della Corte costituzionale, aspetto che impedisce al potere il cui conflitto sia stato dichiarato inammissibile, di poter proporre appello avverso una simile pronuncia.

A voler ritenere sussistente una qualche forma di tutela, si potrebbe sempre obiettare che la decisione di inammissibilità, teoricamente, non preclude in assoluto la possibilità di ottenere una pronuncia di merito, attesa la riproponibilità, senza limiti temporali, del conflitto³⁵.

Come, però, è già stato evidenziato in dottrina, la fallacia di simile argomento sta nel fatto che le ordinanze di inammissibilità sono pur sempre pronunce giudiziali definitive sul conflitto sollevato che, come tali, hanno comunque la capacità di incidere sulla situazione di fatto e di diritto del soggetto ricorrente (se non altro sui tempi della soddisfazione della pretesa)³⁶.

Ecco allora che, già a prescindere da qualsiasi considerazione ulteriore, il dato rappresentato dal mancato esplicarsi del contraddittorio si rivela *ex se* elemento che sicuramente finisce per incidere sulle garanzie processuali del ricorrente il cui conflitto venga dichiarato inammissibile.

Da ciò sembra discendere, dunque, un primo profilo di violazione dell'art. 111, co. 2, Cost.

interorganico. Prime note sulle ordinanze di inammissibilità nn. 66 e 67 del 2021, in in *Consulta OnLine*, 2/2021, in particolare p. 381 ss.

³⁵ Sul punto, è risalente il pensiero di S. BARTOLE, *La Corte, la sua storia ...*, cit., p. 1668, laddove si qualifica come "troppo formalistica e non per niente tranquillizzante" l'opinione, espressa da F. SORRENTINO, *sub art. 137, La disciplina ...*, cit., per cui sia la mancanza di termini di decadenza del ricorso, sia la forma di ordinanza della relativa decisione, non precluderebbe al ricorrente o ad altri poteri la riproposizione, anche negli stessi termini, del ricorso.

³⁶ Cfr. D. FLORENZANO, *L'oggetto del giudizio ...*, cit., in particolare p. 168, il quale evidenzia, altresì, un ulteriore effetto distorsivo in ordine alle eventuali successive decisioni relative al medesimo rapporto dedotto: "la Corte potrebbe, ove fosse nuovamente investita dal medesimo ricorso appena dichiarato inammissibile, rigettarlo, dichiarandone soltanto la "manifesta inammissibilità"".

5. (segue) ... gli amici curiae

In generale, in riferimento al profilo del contraddittorio sono, a ben vedere, vari gli elementi in forza dei quali sembra possibile ravvisare un contrasto tra la struttura della fase di ammissibilità dei conflitti e il citato parametro costituzionale.

Tra questi, oltre a quelli già trattati e quelli di cui si dirà *infra*, può recentemente aggiungersi anche la considerazione della rilevante apertura cui la Corte ha dato luogo all'inizio del 2020 in ordine all'ascolto dei cosiddetti *amici curiae*³⁷.

La Consulta, infatti, realizzando gli auspici di quanti in dottrina già si erano espressi al riguardo con favore, in linea con la prassi di molte Corti supreme e costituzionali di altri Paesi, all'inizio dell'anno appena

³⁷ La Corte, con delibera 8 gennaio 2020 (“*Modificazioni alle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale»*”), rivelata dall'Ufficio stampa con un comunicato dell'11 gennaio, e pubblicata nella G.U. n. 17 del 22 gennaio 2020, al nuovo articolo 4-ter ha previsto che qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e qualunque soggetto istituzionale, se portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione in discussione, potranno presentare brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio. Rilevante è anche il nuovo articolo 14-bis con cui è stata introdotta la possibilità di convocare esperti di chiara fama, qualora la Corte ritenga necessario acquisire informazioni su specifiche discipline, prevedendosi che il confronto con gli esperti si svolgerà in camera di consiglio, alla presenza delle parti del giudizio. Tra i primi commentatori di simili innovazioni, si segnalano: P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *federalismi.it*, n. 2/2020; P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta OnLine, Studi 2019*, p. 120; ID., *Verso una riconfigurazione del processo costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2020, I, p. 486 ss.; A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle Norme integrative*, in *Consulta OnLine, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*; M. CALAMO SPECCHIA, *L'integrazione del contraddittorio nel processo costituzionale: l'intervento di terzo e l'amicus curiae in prospettiva comparata tra diritto amministrativo e diritto costituzionale*, in *Consulta OnLine, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*; F. CLEMENTI, *Amici Curiae? A proposito delle recenti “Modificazioni alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale”*, in *Il Mulino*, 9 marzo 2020; T. GROPPI, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *lavoce.info*, 17 gennaio 2020; 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*, 23 gennaio 2020; A. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritti Comparati*, 23 gennaio 2020; A. SCHILLACI, *La “porta stretta”: qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla “società civile”*, in *Diritti Comparati*, 31 gennaio 2020; A. RUGGERI, *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia Insieme*, 24 gennaio 2020; A. ANZON DEMMIG, *Le “aperture” della Corte tra esigenze del processo e ascolto della società civile*, in *Giur. cost.*, 2020, I, p. 481 ss.; A. CERRI, *Note minime sulla recente riforma delle note integrative*, in *Giur. cost.*, 2020, I, p. 484 ss.; F. DAL CANTO, *La stagione di apertura non riguarda il giudizio in via principale*, in *Giur. cost.*, 2020, I, p. 489 ss.; A. D'ATENA, *L'introduzione degli “amici curiae”: tra esigenze di radicamento, apertura del giudizio e strategie di comunicazione istituzionale*, in *Giur. cost.*, 2020, I, p. 491 ss.; S. DI PALMA, *Esperti: un istituto (ancora) misterioso*, in *Giur. cost.*, 2020, I, p. 496 ss.; M. ESPOSITO, *Note minime sulle ambiguità della figura dell'amicus curiae*, in *Giur. cost.*, 2020, I, p. 501 ss.; A. LUCARELLI, *Norme integrative di apertura alla società civile: contaminazione del processo costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2020, I, p. 503 ss.; M. MANETTI, *I “falsi amici” del giudice costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2020, I, p. 505 ss.; A. MOSCARINI, *Amicus curiae e giudizio incidentale nelle norme integrative sui giudizi dinanzi la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2020, I, p. 508 ss.; V. ONIDA, *La Corte si apre alle “voci” della società*, in *Giur. cost.*, 2020, I, p. 510 ss.; R. PESSI, *Corte costituzionale, formazioni sociali e società civile*, in *Giur. cost.*, 2020, I, p. 512 ss.; O. RAZZOLINI, *Amicus curiae e partecipazione delle organizzazioni sindacali al processo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2020, I, p. 514 ss.; R. ROMBOLI, *I contenuti “non rivoluzionari” della riforma delle norme integrative*, in *Giur. cost.*, 2020, I, p. 517 ss.; R. CHIEPPA, *Partecipazione collaborativa di soggetti estranei al processo, dal diritto romano all'amicus curiae dei nostri giorni e all'apertura della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2020, II, p. 995 ss.; M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove Norme integrative*, in *Giur. cost.*, 2020, II, p. 1013 ss.; A. PUGIOTTO, *Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Giur. cost.*, 2020, II, p. 1043 ss.; E. OLIVITO, *Il processo costituzionale si apre alla società civile? Le necessarie cautele*, in *Giur. cost.*, 2020, II, p. 1071 ss.

trascorso è intervenuta aprendosi alla società civile, alla quale è stata conferita la possibilità di far sentire la propria voce sulle questioni di costituzionalità discusse davanti a essa³⁸.

Per quanto il profilo innovativo in questione non abbia formalmente interessato i conflitti costituzionali, in ogni caso, il fatto che la Corte abbia aperto le porte del proprio palazzo agli esponenti della società civile sembra costituire un chiaro indice di un disegno complessivamente volto a rendere maggiormente intellegibile il proprio operato.

La Corte, invero, apportando rilevanti modifiche strutturali al processo costituzionale, ha aperto all'intervento di soggetti terzi al dichiarato fine di ottenere, all'occorrenza, elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio.

Per quanto d'interesse, stando così le cose, da ciò scaturisce la seguente considerazione.

In relazione ai conflitti interorganici, infatti, a fronte di tale innovativa apertura della Corte, a maggior ragione, sembra doversi considerarsi stridente con la *ratio* sottesa alla previsione dell'art. 111, co. 2, Cost., quell'atteggiamento di ermetica chiusura che il medesimo giudice costituzionale ha in taluni casi mostrato di osservare in relazione alla fase di ammissibilità. Il giudice dei conflitti, invero, ha più volte impedito al ricorrente, pure in presenza di un'esplicita richiesta, di poter prender parte alla camera di consiglio³⁹.

Il che, allo stato attuale delle cose, per come descritto, fa sollevare legittimi dubbi sulla compatibilità costituzionale di tale prassi.

Se, infatti, l'obiettivo generalmente perseguito è quello di rafforzare l'istruttoria propedeutica all'adozione delle proprie decisioni, mediante la collaborazione anche di terze parti rispetto a quelle del giudizio, in quest'ottica non è allora agevole comprendere perché ciò non possa valere anche per i conflitti, e perché mai, nell'ambito dei relativi giudizi, non solo i terzi, ma neanche le stesse parti in causa possano collaborare con il giudice costituzionale all'individuazione dei requisiti soggetti e oggettivi sottesi all'iniziativa intrapresa.

Tanto più che, in talune occasioni, è stata sempre la stessa Corte costituzionale a provocare il contraddittorio tra le parti già in camera di consiglio⁴⁰, e a sottolineare l'esigenza che le parti del conflitto

³⁸ Cfr., sul punto, CORTE COSTITUZIONALE, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019* della Presidente Marta Cartabia, del 28 aprile 2020, "In seguito ad un seminario svolto a palazzo della Consulta nel dicembre 2018 e proseguito in un ricco dibattito interno, la Corte, con delibera dell'8 gennaio 2020, ha disposto alcune modifiche alle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale per favorire una più ampia partecipazione al processo costituzionale. In particolare, è stato introdotto l'istituto degli amici curiae e la possibilità di ascoltare esperti di altre discipline".

³⁹ Il riferimento è all'orientamento della Corte secondo cui è da respingere la richiesta di audizione del ricorrente nella fase volta alla valutazione di ammissibilità del conflitto. Cfr., in tal senso, C. cost., sentenza n. 470 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, II, 3613 ss., su cui ci si soffermerà *infra* (si veda, in particolare, *infra*, la nota n. 51).

⁴⁰ Cfr. C. cost., sentenza n. 13 del 1975, in *Giur. cost.*, 1975, I, p. 43 ss., ove al punto n. 5 del *Ritenuto in fatto*, si legge: "Il 9 gennaio 1975, la Corte riunita in camera di consiglio sentì il Giudice istruttore dott. Squillante e il rappresentante della Commissione inquirente, on. Codacci Pisanelli, esaminava preliminarmente il problema relativo all'asserito diritto del pubblico ministero del processo a quo

possano effettivamente partecipare al giudizio costituzionale, investendo di considerazioni proprie i vari profili oggetto di valutazione da parte del collegio, così da contribuire ad arricchire lo spettro degli elementi alla stregua dei quali la decisione deve essere assunta⁴¹.

L'ingresso degli *amici curiae* nel Palazzo della Consulta non ha, quindi, fatto altro che confermare e rafforzare le perplessità di cui si discute.

6. (segue) ... la teorica segretezza del ricorso introduttivo del giudizio

Un altro aspetto con il quale il mancato svolgersi del contraddittorio nella fase di ammissibilità dei giudizi in commento sembra presentare critici punti di contatto, è quello legato alla teorica segretezza che nell'impianto risultante dalla l. n. 87 del 1953 dovrebbe connotare il ricorso con cui viene sollevato il conflitto interorganico.

Per meglio comprendere la portata dell'affermazione, occorre brevemente ricordare come ai sensi dell'art. 24, co. 1, delle *Norme integrative*, il ricorso con il quale il conflitto viene sollevato deve essere depositato nella cancelleria della Corte. È solo in un momento eventuale e successivo, ossia “*Se la Corte ritiene che esiste la materia di un conflitto la cui risoluzione spetti alla sua competenza*” (cfr. art. 37, co. 4, l. n. 87 del 1953), che il ricorso viene notificato agli organi interessati (cfr. art. 27, co. 2, *Norme integrative*).

Ciò significa che, nel corso della fase di ammissibilità, e fintantoché non si giunga alla relativa decisione, il ricorso rimane secretato, non essendo prevista dalla legge alcuna forma di pubblicità al di fuori di essa. È solamente nell'ipotesi in cui la Corte opti per la declaratoria di ammissibilità che il ricorso – solo a quel punto – sarà portato a conoscenza (mediante notifica) delle controparti individuate dal collegio giudicante e pubblicato in Gazzetta Ufficiale, al fine di renderlo noto a tutti⁴².

Simile disciplina, come è stato autorevolmente evidenziato, risponde alla volontà di assicurare “*la tutela del prestigio e del decoro delle autorità statuali coinvolte affrettatamente in controversie che non superano il vaglio di preliminare dell'ammissibilità, e che talvolta non presentano alcun requisito, soggettivo e oggettivo, per poter assurgere al livello del conflitto*”⁴³.

di prender parte alla udienza nella sua qualità di rappresentante dell'autorità giudiziaria insieme al Giudice istruttore, emanando al riguardo la seguente ordinanza della quale veniva data immediata lettura ...”.

⁴¹ Come ricorda E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Torino, 2002, in particolare p. 214, richiamando, a titolo esemplificativo, l'ordinanza n. 530 del 2000, nella quale è sottolineata “*l'opportunità*” che le parti possano fare oggetto di considerazione la legittimazione della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura a proporre conflitto, per la prima volta all'attenzione della Corte.

⁴² Con la precisazione per cui a tale pubblicazione si perviene solo al momento del secondo deposito, necessario per avviare il giudizio di merito, ossia nel momento in cui il conflitto può ritenersi definitivamente radicato innanzi alla Corte.

⁴³ Cfr., sul punto, E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino, 1999, p. 426.

Quel che va però sottolineato è che finalità, tuttavia, non sempre viene conseguita, e ciò per cause che possono essere imputate tanto alla Corte costituzionale, quanto ai ricorrenti.

Segnatamente ai *ricorrenti*, infatti, non è affatto raro che l'intervenuta proposizione del conflitto venga da questi immediatamente resa nota agli organi di stampa, ancor prima che la Corte abbia avuto modo di riunirsi in camera di consiglio⁴⁴.

Si tratta di una pratica che, oltre ad avere la finalità di mettere “pressione” sulla Corte in virtù del clamore che la notizia può suscitare (soprattutto nei casi più delicati in cui il livello politico del conflitto risulti particolarmente evidente), è volta a tentare, *in limine*, di pervenire a una soluzione della controversia nel medesimo circuito politico in cui la stessa è sorta, evitando che si verifichino “invasioni” in tale campo da parte del giudice dei conflitti.

Quanto, invece, alla *Corte*, sempre nell'ottica delineata, va dato conto della prassi da essa seguita di procedere alla pubblicazione sul proprio sito internet istituzionale di comunicati stampa⁴⁵ contenenti tanto l'agenda dei lavori (con l'indicazione del conflitto sollevato, del relativo contenuto e delle parti nei cui confronti è promosso – se già indicate dal ricorrente nell'atto introduttivo – oltre che degli atti all'origine), quanto l'anticipazione della decisione assunta dal collegio all'esito della deliberazione preliminare⁴⁶.

⁴⁴ Un esempio, recente, per tutti: lo stesso giorno in cui ha provveduto al deposito presso la cancelleria della Corte del conflitto n. 7/2020, volto a contestare l'intervenuto accorpamento per la data del 20/21 settembre 2020 della votazione sul referendum costituzionale afferente alla legge di revisione costituzionale c.d. sul “taglio dei parlamentari” con le elezioni regionali e amministrative, il Comitato promotore del referendum ha convocato, presso il Senato della Repubblica, una conferenza stampa (dal titolo “*Un ricorso contro l'abbinamento un referendum contro la demagogia*”), nel corso della quale ha informato l'opinione pubblica della intervenuta sollevazione del conflitto e dei motivi alla base del ricorso presentato. Il tutto, ancor prima, ovviamente, che la Corte costituzionale avesse avuto modo di discutere dell'ammissibilità dello stesso nel corso della camera di consiglio del 12 agosto 2020, all'esito della quale il conflitto è stato dichiarato inammissibile con l'ordinanza n. 195 del 2020, il cui testo è consultabile sul sito della [Corte costituzionale](#).

⁴⁵ Si legge testualmente in CORTE COSTITUZIONALE, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019* della Presidente Marta Cartabia, del 28 aprile 2020, che la Corte “*Ha posto molte energie per sviluppare una comunicazione capace di raggiungere non solo gli operatori del diritto e gli specialisti, ma anche il pubblico generale*” e, a tal fine, tra le altre cose, “*Ha moltiplicato i comunicati stampa*”.

⁴⁶ Esempio emblematico del primo tipo di comunicati è quello del 3 marzo 2020, con il quale l'Ufficio Stampa della Corte ha fornito informazioni in merito all’“*agenda dei lavori*” dell'udienza pubblica programmata per il 10 marzo e della camera di consiglio prevista per il giorno 11 marzo 2020 (poi non svoltesi in quelle date a causa delle misure urgenti adottate dal Governo per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19).

In tale comunicato, infatti, con specifico riferimento alla camera di consiglio, è possibile leggere:

“(Reg. Confl. poteri 5/2019 – fase di ammissibilità)

La Corte costituzionale è chiamata a deliberare in ordine all'ammissibilità di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dall'onorevole Cosimo Maria Ferri, magistrato collocato fuori ruolo, in quanto in aspettativa per mandato parlamentare, nei confronti del Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, nonché, per quanto occorra, del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Perugia. Il ricorrente denuncia, in riferimento agli articoli 67 e 68, terzo comma, della Costituzione nonché dell'articolo 4 della legge 20 giugno 2003, n. 140 (Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato), la lesione delle sue prerogative costituzionali quale singolo parlamentare per essere stato illegittimamente sottoposto, in via indiretta, a intercettazione di conversazione, in assenza dell'autorizzazione della Camera dei deputati, richiesta dall'articolo 68, terzo

Ebbene, se si combinano i due elementi appena riferiti⁴⁷ – ossia, quello della immediata divulgazione del testo del ricorso a opera dei ricorrenti e quello dei comunicati dell’Ufficio stampa della Corte sui conflitti sollevati – ben può venirsi a concretizzare quella situazione di rischio che già era stata paventata da autorevole dottrina con particolare riferimento agli inconvenienti legati alla pubblicazione di comunicati stampa volti a informare l’opinione pubblica e gli addetti ai lavori delle decisioni della Corte.

Può, cioè, concretamente determinarsi (soprattutto nelle decisioni ad alto impatto politico-costituzionale) una situazione anormalmente caratterizzata dalla circolazione di commenti e dibattiti “*che, in una assurda circolarità, impattano sulla redazione della motivazione. Del resto né il redattore né la Corte stessa vivono in una turris eburnea, per cui è naturale che tale influenza accada*”⁴⁸.

comma, della Costituzione, nonché per essere stato sottoposto, sulla base di tali intercettazioni, all’azione disciplinare esercitata dal Procuratore Generale presso la Corte di cassazione.

Atti all’origine del conflitto

Intercettazione disposta dalla Procura della Repubblica del Tribunale di Perugia con atto del 9 maggio 2019, n. 175.

Azione disciplinare del Procuratore Generale della Corte di cassazione del 5 luglio 2019, n. 17567/92/19D”.

In tal modo, la Corte, ancor prima che avesse luogo la delibazione della Corte (poi conclusasi nel senso dell’inammissibilità del conflitto sollevato – cfr. ordinanza n. 129 del 2020) ha sostanzialmente reso note non solo l’esistenza del conflitto sollevato dal magistrato ricorrente in veste di parlamentare, ma, ne ha, altresì, specificato il contenuto, indicando finanche gli organi nei cui confronti il conflitto è stato sollevato (ossia, il Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, nonché, per quanto occorra, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Perugia), realizzando così quel regime di pubblicità della controversia che non dovrebbe aver luogo prima che la Corte assuma una decisione in merito alla sua ammissibilità al giudizio di merito, per evitare situazioni di incertezza nell’equilibrio politico tra gli organi dello Stato.

Esempio della seconda tipologia di comunicati è, invece, quello del 18 dicembre 2019, con cui l’Ufficio Stampa ha dato conto dell’intervenuto deposito, in pari data, delle ordinanze nn. 274 e 275, con cui era stata dichiarata l’inammissibilità dei conflitti sollevati in quanto – come si legge nel comunicato medesimo – “*La palese estraneità, rispetto al contenuto originario di un decreto legge, di emendamenti introdotti in fase di conversione può giustificare il ricorso di un deputato o di un senatore alla Corte costituzionale purché costituisca, fin dalla sua prospettazione, un vizio così grave da menomare le prerogative costituzionali dei parlamentari ... È quanto si legge nelle ordinanze n. 274 (relatrice Marta Cartabia) e n. 275 (relatore Nicolò Zanon) depositate oggi, con le quali la Consulta ha giudicato inammissibili i due ricorsi per conflitto tra poteri dello Stato presentati separatamente da singoli deputati e da singoli senatori. Entrambi i ricorsi, infatti, non prospettavano elementi tali da far emergere violazioni manifeste delle prerogative costituzionali poste a garanzia delle funzioni dei parlamentari nell’ambito del procedimento legislativo*”.

⁴⁷ Elementi che, non a caso, hanno connotato il più politico dei conflitti recentemente sollevati, ossia quello deciso con la già citata ordinanza n. 17 del 2019 (su cui vedasi, *supra*, la nota n. 33).

⁴⁸ Così A. CELOTTO, *I «comunicati stampa» aiutano o danneggiano la motivazione delle decisioni?*, in *Giur. cost.*, 2009, V, p. 3728 ss. Secondo l’Autore, la sentenza scritta dopo un esito annunciato con un comunicato stampa risulta molto probabilmente diversa da quella che sarebbe stata senza un previo comunicato stampa: “*In fondo, il comunicato stampa serve a placare indiscrezioni e polemiche, ma poi costringe la Corte a motivazioni molto più articolate e diffuse, quasi per rispondere alle reazioni che il comunicato stesso ha creato. Non so se si tratti di un circuito virtuoso oppure dannoso. Certo le motivazioni della sentenza non sempre ne giovano. Anzi, rischiano di diventare ancora più contorte e complesse. Il che non aiuta certo il difficile ruolo istituzionale della Corte, a cui l’opinione pubblica, prima ancora che gli attori politico-istituzionali, chiedono decisioni limpide e convincenti, obiettivo già difficoltoso in mancanza dell’opinione dissenziente*”. Più in generale, sul sempre più frequente ricorso allo strumento del comunicato-stampa e alle difficoltà connesse all’utilizzo di esso, sia consentito il rinvio, *ex multis*, a: A. BALDASSARRE, *Prove di riforma dell’organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza*, in P. COSTANZO (a cura di), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, p. 17 ss.; D. CHINNI, *Prime considerazioni su Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 2018, p. 281 ss.; ID., *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Dir. Soc.*, 2/2018, p. 255 ss.; ID., *Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web. Spunti introduttivi*, in D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli, 2019, p. 3 ss.; G. D’AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: i comunicati stampa e “le voci di dentro” tra tradizione e innovazione*, in *Dir. Soc.*, 2/2018, p. 237 ss.; M. FIORILLO, *Corte*

Per quel che ai nostri fini interessa, il dato da evidenziare è il seguente: il nuovo mondo della comunicazione immediata tramite *internet* ha sicuramente agevolato il progressivo venir meno del carattere di segretezza dei ricorsi con cui vengono sollevati conflitti costituzionali, e quindi dei conflitti medesimi, in quanto ha offerto tanto ai ricorrenti, quanto alla Corte, canali immediati di circolazione istantanea delle notizie. Infatti, è proprio avvalendosi di essi che gli attori dei procedimenti sui conflitti veicolano le relative informazioni, finendo per rendere immediatamente noti ricorsi, anche ad alto tasso di politicità, che invece, proprio per il loro carattere destabilizzante dell'equilibrio del sistema, dovrebbero – almeno nelle intenzioni del legislatore – rimanere segreti.

Il profilo della segretezza del contenuto del ricorso, dunque, svanisce, per divenire spesso del tutto evanescente.

Ebbene, così ricostruito il quadro attuale delle cose, ci si potrebbe a questo punto domandare quale incidenza possa avere simile considerazione conclusiva sulle riflessioni da spendere a proposito dell'assenza di contraddittorio nella fase preliminare dei giudizi sui conflitti.

Il che è presto detto.

Come si è avuto modo di evidenziare, infatti, l'anticipata conoscenza del contenuto del ricorso e dei termini del conflitto con esso sollevato, in specie nei casi di controversie ad alto impatto politico-costituzionale, alimenta spesso le reazioni dell'opinione pubblica, nell'ambito della quale non manca mai chi, per dar pregio alla propria tesi, si prodiga in esercizi dialettici volti alla confutazione delle avverse allegazioni.

Insomma, si dà vita a una “palestra” in cui ci si esercita a scommettere motivatamente sull'adozione di una, piuttosto che di un'altra decisione della Corte.

Ecco il punto.

Se una simile situazione si pone – come sembra – in un rapporto di causa-effetto con la divulgazione *erga omnes* della notizia relativa all'esistenza del conflitto, appare allora ancor più incomprensibile l'atteggiamento della Corte, che si ostina a trincerarsi tra le mura della camera di consiglio.

costituzionale e opinione pubblica, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica, Atti del Seminario di Otranto-Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*, Torino, 2005, p. 90 ss.; A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal palazzo della consulta anziché provvedimenti cautelari della corte costituzionale? Sugli «effetti preliminari» della dichiarazione d'incostituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2/2013; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2019, p. 251 ss.; M. NISTICÒ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, in D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli, 2019, p. 77 ss.; P. PASSAGLIA, *La comunicazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale, tra ricerca di legittimazione e rivisitazione della tradizione. Appunti per una ricerca*, in C.A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESE (a cura di), *Ius Dicere in a Globalized World*, vol. 1, Roma, 2018, p. 183 ss., in particolare p. 194; F. RIGANO, *Sulla divulgazione del dispositivo della sentenza della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1990, p. 208 ss.

Infatti, piuttosto che affidare di fatto il compito alla dottrina, o, comunque, in generale, a soggetti estranei al conflitto sollevato, non sarebbe forse maggiormente rispondente a canoni di costituzionalità e legalità consentire che siano direttamente le parti interessate a poter sostenere le proprie posizioni di fronte alla Consulta?

Ciò che, a ben vedere, evitando alla stessa Corte di cadere nella tentazione di dover motivare le proprie decisioni quasi “in risposta” alle argomentazioni sostenute *extra moenia*, le permetterebbe di svolgere al meglio il delicato ruolo istituzionale che la Costituzione le affida.

Al contrario, invece, la Corte ha più volte disatteso le richieste di colloquio avanzate dai soggetti confliggenti.

Come è avvenuto, ad esempio, con l'ordinanza n. 284 del 2008⁴⁹. In quel caso, successivamente al deposito del ricorso, il privato cittadino ricorrente aveva rivolto istanza alla Corte per essere udito in camera di consiglio, attesa “*la novità e l'importanza*” delle questioni sollevate con il conflitto, e richiamando, alla base della propria richiesta, l'esigenza di rispettare i principi costituzionali relativi al diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento di cui all'art. 24 Cost., nonché, per l'appunto, al diritto del contraddittorio, *ex art. 111, co. 2, Cost.*⁵⁰.

La Corte ha respinto la domanda del ricorrente con apposito decreto presidenziale di cui ha dato conto nella summenzionata ordinanza, facendo esclusivo riferimento in punto di motivazione a un precedente analogo, rappresentato dall'ordinanza n. 470 del 1995⁵¹, nel quale si era evidenziato come “*«la richiesta di audizione in camera di consiglio proposta dalla difesa del ricorrente non è compatibile con il carattere meramente deliberatorio di questa fase preliminare» (ordinanza n. 470 del 1995)*”, senza, tuttavia, prendersi la briga, come osservato in dottrina, di rilevare che il principio del contraddittorio, in quanto sancito in Costituzione dopo la riforma del c.d. giusto processo, dunque, dopo il 1995, non caratterizzando il giudizio di ammissibilità dei conflitti, avrebbe potuto e dovuto costituire oggetto di una nuova e provvida riflessione⁵². Ma così non è stato.

Analoga situazione si è verificata poi con l'ordinanza n. 120 del 2009⁵³, con cui, a fronte della richiesta del partito politico ricorrente (promossa, anche in questo, con istanza depositata dopo il ricorso) di vagliare

⁴⁹ In *Giur. cost.*, 2008, IV, p. 3159 ss.

⁵⁰ In particolare, il privato cittadino ricorrente aveva impugnato le pronunce con le quali il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio e il Consiglio di Stato avevano dichiarato il proprio difetto assoluto di giurisdizione in ordine a provvedimenti (impugnati dal ricorrente medesimo) relativi alla consultazione elettorale per il rinnovo del Parlamento del 2008, lamentando l'inesistenza di una via di accesso alla Corte, in materia elettorale, rispetto alla quale il ricorso per conflitto di attribuzioni – secondo le prospettazioni di parte istante – avrebbe rappresentato un elemento volto a colmare una lacuna dell'ordinamento.

⁵¹ In *Giur. cost.*, 1995, II, p. 3613 ss.

⁵² Così, E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, 2011, p. 284.

⁵³ In *Giur. cost.*, 2009, II, p. 1127 ss.

i profili di ammissibilità del conflitto in pubblica udienza anziché in camera di consiglio, al fine di potervi intervenire, la Corte, richiamando nel testo dell'ordinanza il relativo decreto presidenziale, si è limitata a dichiarare irricevibile la domanda, senza nemmeno curarsi di motivare sul punto⁵⁴.

L'atteggiamento della Corte, dunque, è netto e ha notevoli implicazioni.

A ben vedere, infatti, oltre a quanto sin qui già detto, la carenza di contraddittorio è un elemento che, nella procedura relativa ai conflitti di attribuzione, si intreccia strettamente anche con quello della terzietà del giudice.

Se, infatti, come avviene, è la Corte costituzionale a svolgere un ruolo processualmente "attivo" e a procedere all'individuazione degli organi interessati al conflitto, senza che la formale indicazione del ricorrente abbia al riguardo alcun valore, è evidente come non possa aver luogo alcuna forma di contraddittorio, per la carenza di un elemento imprescindibile: le parti tra le quali dovrebbe svolgersi⁵⁵.

È, infatti, solo all'esito della fase preposta al vaglio dei profili di ammissibilità che può parlarsi di "parti" del conflitto: solamente cioè allorché la Corte, ammesso il conflitto, indichi nell'ordinanza i poteri dello Stato cui il ricorso deve essere notificato.

Prima di allora, l'intero rapporto procedimentale, una volta sorto per impulso del ricorrente, vede come unico attore protagonista la Corte, cui spetta di verificare la legittimazione soggettiva del ricorrente, appurare se il conflitto abbia quel necessario tono costituzionale che lo rende meritevole di esame nel merito, e, per l'appunto, constatare la legittimazione processuale passiva degli organi e/o enti cui il ricorso deve essere necessariamente portato a conoscenza.

Stando così le cose, è allora chiaro che, a voler riformare tale aspetto, consentendo che, almeno dietro presentazione di apposita istanza, si possa dar luogo a un confronto dialettico già nel corso della fase di

⁵⁴ Sarebbe stato maggiormente opportuno, da parte della Corte, esplicitare le "particolari circostanze giustificative" alla cui sola presenza la stessa Consulta ha subordinato la legittimità delle deroghe alla regola della pubblicità delle udienze, che si reputano ricorrenti nel caso del vaglio di ammissibilità dei conflitti. Al riguardo, preme, infatti, ricordare come con la sentenza n. 212 del 1986, in *Giur. cost.*, 1986, II, 1637 ss., la Corte, nel trattare della questione di legittimità costituzionale dell'art. 39 del d.P.R. n. 636 del 1972, nella parte in cui stabiliva che al procedimento davanti alle commissioni tributarie si applicano le norme contenute nel libro primo del codice di procedura civile con esclusione, tra l'altro, dell'art. 128, ossia senza che l'udienza sia pubblica, poi dichiarata non fondata, si sia espressa riconoscendo che la pubblicità delle udienze "in quanto espressione di civiltà giuridica, viene prescritta non soltanto nell'ordinamento italiano, ma è prevista anche in convenzioni internazionali, quali la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (art. 6) e ratificata con l. 4 agosto 1955 n. 848, (e così anche il Nuovo ordin. proc. della Corte europea dei diritti dell'uomo, art. 18), il Patto internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici, adottato il 16 dicembre 1966 e ratificato con l. 25 ottobre 1977 n. 881 (art. 14), i Protocolli sullo Statuto della Corte di giustizia, annessi ai trattati CECA, CEE ed EURATOM (rispettivamente artt. 28 e 29)".

⁵⁵ Come evidenziato da ARMANNO, *Il giudizio di ammissibilità nel conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato. Questioni teoriche e prassi applicative*, Napoli, 2019, p. 103, il ricorso con cui viene sollevato il conflitto contiene l'atto idoneo all'esercizio dell'azione, ma non quello idoneo ad attivare il contraddittorio, come invece avviene nel processo civile e amministrativo e negli altri due canali di accesso diretto alla Corte, rappresentati dal giudizio in via principale e dal conflitto intersoggettivo, rappresentando, dunque, una peculiarità all'interno dello stesso processo costituzionale.

ammissibilità, occorrerebbe operare “a monte”, mediante il superamento dell’orientamento della Corte auto-attributivo dell’onere di riconoscimento dei controinteressati del conflitto.

In altre parole, solo l’immediata individuazione dei contraddittori necessari a opera delle parti consentirebbe al giudizio sui conflitti di passare a essere, da un “*procedimento a contraddittorio posticipato*”, come è stato definito in dottrina, un “procedimento a contraddittorio immediato”, maggiormente rispondente ai canoni dell’art. 111, co. 2, Cost.⁵⁶.

In tale ottica, si è dell’avviso che l’obiettivo di conformare detta procedura al citato art. 111 – che, come detto, impone il rispetto del principio del contraddittorio senza eccezioni, e quindi anche nei procedimenti che si svolgono in camera di consiglio, come avviene in altri archetipi processuali⁵⁷ – possa giustificare il rischio, a ciò connesso, di un maggior rigore della Corte nella valutazione dell’indicazione delle controparti fatta dal ricorrente, ossia, in altri termini, di una possibile declaratoria di inammissibilità per i casi di erronea individuazione del convenuto⁵⁸.

Invero, una simile pronuncia, comunque, non lascerebbe privo di tutela il soggetto ricorrente, il quale, difettando termini di decadenza, ben potrebbe immediatamente risollevere il conflitto, emendato dell’errore riconosciuto dalla Corte.

⁵⁶ Di “*procedimento a contraddittorio posticipato*” parla espressamente A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, p. 433 ss.

⁵⁷ Basti pensare a quanto accade nell’ambito del processo amministrativo, la cui disciplina è contenuta nel c.d. codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. 104 del 2010 (“*Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*”). Ivi, infatti, in tutti i procedimenti che si svolgono in camera di consiglio è comunque garantita l’esplicazione del contraddittorio. Finanche in quei segmenti processuali che, salvo il potere del giudice di procedere *ex artt.* 60 o 74 c.p.a. mediante adozione di sentenza in forma semplificata, non definiscono il giudizio, ossia i procedimenti cautelari. All’art. 55 c.p.a., infatti, relativo alle domande cautelari collegiali, al co. 7, è previsto espressamente che “*Nella camera di consiglio le parti possono costituirsi e i difensori sono sentiti ove ne facciano richiesta. La trattazione si svolge oralmente e in modo sintetico*”. La garanzia del contraddittorio è allo stesso modo assicurata in sede di camera di consiglio nei riti dell’ottemperanza (artt. 112 ss. c.p.a.), dell’accesso (art. 116 c.p.c.) e del silenzio (artt. 31 e 117 c.p.a.).

⁵⁸ D. FLORENZANO, *L’art. 37, comma 4, l. n. 87 del 1953 e l’obbligo della Corte di individuare gli organi «interessati» al giudizio sui conflitti tra poteri dello Stato*, in *Foro it.*, 1997, I, p. 1727, a commento della sentenza n. 420 del 1995, con cui per la prima volta è stata affermata espressamente la regola per cui “*spetta a questa corte, al di là della formale indicazione del ricorrente, l’identificazione dell’organo interessato cui l’atto asseritamente lesivo va imputato ed al quale, quindi il ricorso deve essere notificato*” aveva, invece, sottolineato come essa finisse, in maniera apprezzabile, proprio per dar luogo a un’utile attenuazione del rigore formale nella valutazione dell’ammissibilità, escludendo che una controversia costituzionale di cui sono chiari gli elementi oggettivi e che è stata devoluta alla Corte potesse non essere decisa solamente a causa dell’omessa o erronea indicazione, a cura del ricorrente, dell’organo interessato, da evocare in giudizio. Chi scrive ritiene, invece, che un irrigidimento di tale aspetto sia eventualmente un giusto prezzo da pagare se, per il tramite di esso, può garantirsi sin da subito, mediante l’indicazione nel ricorso dei poteri interessati, il contraddittorio tra le parti, anche in virtù di quanto lo stesso Autore ivi sottolinea circa la scarsa utilità di eventuali dichiarazioni di inammissibilità del ricorso per la causa summenzionata, attesa l’insussistenza di preclusioni all’immediata riproposizione del gravame. Se, infatti, non vi sono preclusioni alla riproposizione del ricorso, allora è un “falso rischio” quello legato all’inammissibilità per erronea individuazione dei controinteressati, tanto che a esso, se proprio non vuole pervenirsi a simili declaratorie, potrebbe avviarsi pensando a un meccanismo di breve rinvio della camera di consiglio volta a scrutinare i profili di ammissibilità del conflitto per consentire l’opportuna integrazione del contraddittorio, a cura della parte ricorrente.

Una situazione questa che, peraltro, il ricorrente potrebbe facilmente evitare mediante l'individuazione, a meri fini cautelativi, di tutti gli organi e/o enti che anche solo potenzialmente possano essere interessati al conflitto, subendo, in questo caso, il solo (“falso”) rischio di vederne taluni estromessi *inssu iudicis* dall'eventuale prosieguo del giudizio, o che potrebbe essere scongiurata dalla configurazione, in capo alla Corte, del potere di ordinare al ricorrente di procedere all'integrazione del contraddittorio, laddove questo, già *prima facie*, appaia incompleto e/o carente.

Insomma, se notoriamente *Paris vaut bien une messe*, nel nostro caso, a fronte di quanto detto, si ritiene che la garanzia del rispetto del contraddittorio “val bene” il rischio prefigurato.

7. Il tradizionale dibattito dottrinario

Giungere all'approdo descritto, tuttavia, non è così immediato.

Chi scrive, infatti, è perfettamente consapevole dell'impossibilità di ravvisare, sul punto, l'unanimità dei consensi.

È, invero, risalente nel tempo la discussione attorno alla carenza di contraddittorio che contraddistingue la valutazione dei profili di ammissibilità dei conflitti; discussione che, intrecciandosi strettamente con quella della natura da riconoscere a tale vaglio, ha condotto a esiti diametralmente opposti.

Come si è già avuto modo di osservare incidentalmente, infatti, per un verso v'è stato chi – proprio sul dato rappresentato dalla carenza di contraddittorio – ha qualificato il vaglio preliminare della Corte alla stregua di una mera delibazione di carattere interlocutorio, volta, cioè, a verificare la non manifesta inammissibilità dei conflitti sollevati con riguardo ai soggetti coinvolti e all'oggetto della contestazione, con il fine di sbarrare l'accesso al giudizio di merito a controversie dal carattere temerario⁵⁹.

⁵⁹ In questo senso cfr. M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione ...*, cit., p. 148: “In caso di dichiarazione di ammissibilità, è chiaro che tale decisione non acquista carattere definitivo, ben potendo i poteri interessati – in applicazione, a tacer d'altro, dell'art. 24 cost. – dedurre, nel successivo giudizio, tutti gli argomenti che crederanno in loro difesa, e quindi anche quelli attinenti all'ammissibilità del ricorso”; ID., *Il procedimento e la decisione ...*, cit., p. 1821; V. CRISAFULLI, *Cattivo uso del potere e conflitti di attribuzione*, in *Giur. cost.*, 1980, I, p. 222; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *L'ordinamento costituzionale italiano (la Corte costituzionale)*, ed. V, Padova, 1984, p. 417, ove si sostiene che l'ordinanza di ammissibilità equivale a una pronuncia di non manifesta inammissibilità del conflitto, affermandosi che “Con tale impostazione, l'art. 37 può restare immune dalle censure di violazione del principio del contraddittorio (che si suol considerare incluso nel diritto di difesa, di cui all'art. 24, secondo comma, Cost.) nelle quali altrimenti potrebbe incorrere per il fatto che gli organi nei cui confronti il conflitto è sollevato non ne hanno legale conoscenza se non dopo che sia stato dichiarato ammissibile e rimarrebbero perciò vincolati da una decisione preliminare adottata senza la loro partecipazione”; F. SORRENTINO, *sub art. 137, La disciplina ...*, cit., pp. 479-480; S.M. CICONETTI, *L'esclusione della legge dal giudizio sui conflitti tra poteri dello Stato in una discutibile sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 1870; S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, in *Dig. discipl. pubbl.*, Torino, 1989, p. 386, nota 14, ove si afferma che il vaglio di ammissibilità consiste in “una mera «delibazione» che può dar luogo anche a ripensamenti della Corte in sede di decisione finale (anche perché altrimenti si precluderebbe al controinteressato di esercitare le sue difese in punto di ammissibilità del ricorso)”; A. CERRI, *Corso ...*, cit., p. 181, per cui il vaglio preliminare consiste in una “valutazione sommaria, intesa solo ad escludere controversie «manifestamente avventate», che non esclude (anzi, esige) successive e più approfondite valutazioni sui detti requisiti, e corrisponde, in certo modo, a quella di «manifesta infondatezza» nei giudizi incidentali (in questi limiti, del resto, si giustifica la pretermissione del contraddittorio)”; A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione ...*, cit., p. 369; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 387; A. SAITTA, *I procedimenti*

Corollario di tale impostazione sarebbe il carattere non definitivo dell'ordinanza di ammissibilità.

Come evidenziato in dottrina, tale orientamento è stato elaborato proprio in considerazione dell'esigenza di salvaguardare il rispetto del diritto di difesa, che verrebbe inevitabilmente pregiudicato ove si ammettesse la possibilità per la Corte di assumere, *inaudita altera parte*, decisioni definitive⁶⁰.

Per converso, altri, esprimendo le proprie perplessità in merito alla summenzionata ricostruzione, hanno messo in evidenza la portata più ampia del vaglio di ammissibilità in virtù dello svolgimento da parte del giudice costituzionale di una serie di attività dall'ampio carattere discrezionale, ritenendo su questa base che l'assenza di contraddittorio si sposi perfettamente con il carattere della decisione che la Corte è chiamata ad assumere in camera di consiglio⁶¹.

Anzi, secondo tale impostazione, la stessa attivazione del contraddittorio non potrebbe neppure condurre a una più approfondita ricostruzione dei profili di ammissibilità, rivelandosi, dunque, l'ineludibile tratto caratterizzante della specifica funzione attribuita in tale fase al giudice dei conflitti.

8. La tesi della legittimità di un contraddittorio “temperato” ...

Tra le voci che si sono levate a sostegno di tale ultimo orientamento merita particolare attenzione quella di Ernesto Bettinelli, il quale, andando *controcorrente* alla tesi che ricollega la non definitività delle ordinanze di ammissibilità alla necessità di rispettare nella fase di merito la regola della contrapposizione dialettica tra le parti, ha sostenuto che lo stesso principio del contraddittorio dovrebbe, in realtà, essere quantomeno temperato nei giudizi dinanzi alla Consulta, tenuto conto della peculiare natura della Corte (non un giudice comune, ma organo di chiusura del sistema) e della stessa giustizia costituzionale (nel cui ambito le decisioni vengono adottate nell'interesse della legittimità dell'ordinamento e non delle parti processuali).

in camera di consiglio nella giustizia costituzionale e amministrativa, Milano, 1980, p. 57 ss.; E. BINDI, *L'«inutilità» della fase preliminare di ammissibilità del conflitto: un falso problema?*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 2185 ss.

⁶⁰ Cfr. M. CECCHETTI, *Problemi dell'accesso al giudizio sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale, Atti del Seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999*, Torino, 2000, 350, nonché, E. MALFATTI, ... (1996-1998), *cit.*, p. 427.

⁶¹ Esponenti di tale impostazione sono E. BETTINELLI, *Qualche osservazione controcorrente s...*, *cit.*, p. 1 ss; M. CECCHETTI, *Ibid.*, p. 351; E. ROSSI, *Brevi considerazioni in ordine al profilo soggettivo del conflitto di attribuzione insorto tra CSM e Ministro di grazie e giustizia per la nomina del presidente della Corte d'appello di Palermo*, in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993, pp. 231-233; R. ROMBOLI, *Osservazioni a C. cost. nn. 184 e 379 del 1992*, in *Foro it.*, 1993, I, p. 690; ID., *Osservazioni a C. cost. nn. 419 e 435 del 1995*, in *Foro it.*, 1995, I, p. 2642; D. FLORENZANO, *L'art. 37, comma 4, ...*, *cit.*, p. 1727 ss.; Cfr. ID., *L'oggetto del giudizio ...*, *cit.*, in particolare pp. 163-172; A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in *Giur. cost.*, 1986, pp. 792-793.

Temperamento che risulterebbe, peraltro, particolarmente giustificato proprio nell'ambito della fase di ammissibilità dei conflitti, atteso il carattere presuntivamente obiettivo degli accertamenti da compiersi a cura della Corte.

Secondo l'Autore, infatti, per verificare la qualità di potere dello Stato dell'organo ricorrente e del soggetto contro cui necessariamente il ricorso è rivolto, nonché per accertare se la lamentata interferenza funzionale sia ritenuta dal ricorrente costituzionalmente illegittima con espressa indicazione delle norme costituzionali presunte violate, sarebbe sufficiente alla Corte la lettura degli elementi indicati nel ricorso, al punto che *“Non si riesce a comprendere in che misura essi possano o debbano essere più approfonditamente riconsiderati nel giudizio di merito grazie al contraddittorio tra le parti. E più precisamente non si riesce a comprendere quali potrebbero essere gli argomenti o i ragionamenti “di difesa” prospettati dalla parte convenuta contro l'ammissibilità del ricorso che la Corte (costituzionale, appunto) non sarebbe stata, motu proprio, in grado di autonomamente valutare nel corso della delibazione preliminare”*⁶².

Allo stesso modo, anche per l'accertamento relativo all'esistenza dell'atto o dell'attitudine che ha provocato il ricorso, e alla loro riconducibilità alla volontà definitiva della controparte del giudizio, non dovrebbero sussistere incertezze⁶³.

9. (segue) ... e la necessità di una sua riconsiderazione

Ora, per quanto autorevole sia la fonte, un primo dato da mettere in evidenza è che la tesi in questione venne formulata quando ancora il principio del c.d. giusto processo non era stato espressamente sancito in Costituzione, nonché immediatamente prima del mutamento di prospettiva, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, in ordine al campo di applicazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di cui si è già brevemente dato conto.

Ragion per cui, ad avviso di chi scrive, necessita, oggi, di essere riconsiderata, anche alla luce dell'apprezzamento della giurisprudenza costituzionale degli anni successivi.

Al riguardo, pare possibile spendere le seguenti considerazioni.

Anzitutto, per ciò che concerne il carattere *sui generis* del giudice costituzionale che, come visto, nella descritta prospettiva, imporrebbe un temperamento della regola del libero confronto di argomenti e

⁶² E. BETTINELLI, *Qualche osservazione controcorrente ...*, cit., p. 6.

⁶³ Secondo E. BETTINELLI, *Ibid.*, infatti, se il conflitto è sostanziale, ossia se il ricorso denuncia l'emanazione di un atto, allora, a pena di inammissibilità del ricorso medesimo, esso sarà ivi puntualmente e integralmente richiamato. Ritiene l'Autore che, essendo imputato a un soggetto istituzionale, tale atto sarà formale, di modo che la sua riconducibilità (o meno) alla volontà definitiva del potere contestato risulterà di stretta evidenza. Invece, se il conflitto si profila come meramente virtuale, allo stesso modo, l'attitudine controversa segnalata dalla doglianza, ove pure non potesse risaltare definitivamente in modo obiettivo, potrebbe egualmente essere accertata in via definitiva dalla Corte semplicemente attraverso i mezzi istruttori di cui dispone.

interpretazioni, occorre evidenziare che, sia che si ricostruisca la natura di tale organo in termini giurisdizionali, sia che si ponga l'accento invece sulle specificità delle corti costituzionali rispetto ai giudici comuni, in ogni caso il "tribunale" ex art. 6 CEDU non corrisponde "ad una giurisdizione di tipo classico" integrata nelle strutture giudiziarie dello stato contraente, con conseguente autonomia del concetto rispetto al significato assunto a livello nazionale⁶⁴.

L'argomento per cui la Corte costituzionale integrerebbe un giudice distinto dagli organi giurisdizionali comuni non sembra, dunque, decisivo per sostenere la tesi della necessità di pervenire a un affievolimento del principio del contraddittorio nei relativi giudizi, e "per i conflitti di attribuzione in particolare"⁶⁵.

Tutt'al contrario.

Non sembra, infatti, irragionevole affermare che la necessità che si consenta alle parti di confrontarsi dialetticamente anche, e a maggior ragione, in sede di conflitti costituzionali, discenda dalla stessa considerazione della natura di *extrema ratio* che connota il ricorso a tali strumenti.

Se, infatti, il conflitto tra poteri rappresenta davvero l'"ultima fortezza"⁶⁶ all'interno della quale il potere interessato può rifugiarsi per evitare di soffrire quella che assume essere un'irrimediabile compressione delle proprie prerogative costituzionali, allora tale roccaforte dovrebbe essere munita di tutte le difese possibili a salvaguardia della sfera giuridica di chi vi richiede asilo.

In altre parole, l'immediata esplicitazione, nel relativo procedimento, di tutte le garanzie del giusto processo, ivi inclusa quella del contraddittorio, dovrebbe essere connaturata alla stessa essenza di strumento di chiusura del sistema del conflitto tra poteri.

Non è pensabile che il ricorrente possa vedersi preclusa la possibilità di ottenere uno scrutinio nel merito della situazione portata all'attenzione della Corte, conseguentemente rimanendo privo di mezzi di tutela, senza aver avuto la possibilità anche solo di sostenere oralmente le proprie ragioni dinanzi al collegio giudicante.

Non pare del resto un caso che, in ambito sovranazionale, all'esito di un percorso giurisprudenziale complesso e non privo di contraddizioni, la Corte europea dei diritti dell'uomo – come detto – abbia progressivamente esteso alcune delle garanzie previste dal citato art. 6, par. 1, CEDU, anche ai giudizi instaurati dinanzi alle corti costituzionali, e questo in quanto, ad avviso dei giudici di Strasburgo, ciò che rileva ai fini della definizione dell'ambito di applicabilità della clausola dell'equo processo non è tanto il

⁶⁴ Cfr., *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Savino e altri c. Italia*, 28 aprile 2009.

⁶⁵ E. BETTINELLI, *Qualche osservazione controcorrente ...*, cit., p. 5.

⁶⁶ Dalla nota definizione fornita da R. BIN, *L'ultima fortezza. ...*, cit.

tipo di processo, quanto piuttosto il contenuto materiale della controversia, e dunque le conseguenze sulla situazione soggettiva della parte lesa⁶⁷.

Conseguenze che, nel caso dei ricorrenti in un conflitto tra poteri, laddove questo non venga ammesso allo scrutinio di merito, possono essere di particolare impatto, se non altro sotto il profilo della carenza di altri e differenti mezzi di tutela da attivare all'interno dell'ordinamento.

In ogni caso, al di là di ciò, anche nel merito, si è dell'avviso per cui vi sia più d'una ragione per dubitare della rispondenza alla realtà della summenzionata impostazione.

A ben vedere, infatti, l'accertamento sulla natura di poteri dello Stato, tanto dell'organo ricorrente, quanto di quello da esso individuato come contraddittore necessario, non è così agevole come viene assunto⁶⁸.

Per fare un esempio, non è, infatti, un caso che al riconoscimento della legittimazione a ricorrere del singolo parlamentare, e delle condizioni in presenza delle quali essa può dirsi sussistente, si sia pervenuti in maniera definitiva solo di recente (con l'ordinanza n. 17 del 2019), dopo un percorso a dir poco tumultuoso.

A dimostrazione, per l'appunto, che il riconoscimento del profilo della legittimazione soggettiva non è così semplice.

Tanto è vero, rimanendo sempre all'atto presentato dal parlamentare *uti singulus*, che la Corte, al fine di ravvisarne l'ammissibilità soggettiva, deve verificare se i vizi lamentati dal ricorrente sfocino in violazioni manifeste delle rispettive prerogative costituzionali.

Un accertamento, questo, tutt'altro che immediato.

Sotto tale angolo di visuale, appare chiaro che le allegazioni del potere controinteressato ben potrebbero fornire alla Corte elementi di una qualche importanza ai fini della decisione da assumere, anche per evitare di ammettere un conflitto inutile.

Non sarebbe, dunque, privo di utilità il confronto dialettico tra le parti sui profili di ammissibilità, se non altro per non alimentare ulteriormente quel disagio degli "aspiranti poteri", già rappresentato dalla dottrina, di non poter essere ascoltati al fine di sostenere la propria legittimazione⁶⁹.

E tanto più se si considera che la funzione principale della Corte in sede di ammissibilità è un'altra e consiste nel verificare se esiste la materia del conflitto⁷⁰.

⁶⁷ Sicuramente rilevante in tal senso è la già citata sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Ruiz-Mateos c. Spagna* del 23 giugno 1993.

⁶⁸ Di tale idea è anche D. FLORENZANO, *L'oggetto del giudizio ...*, cit., in particolare p. 166. E rilevante, in tal senso, è pure il pensiero di A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, in *Nss. Dig. It.*, Appendice, vol. II, Torino, 1981, p. 386, secondo cui la determinazione degli organi legittimati ad essere parte del conflitto tra poteri "rappresenta il risultato di una serie di operazioni interpretative talora assai complesse che si presentano inevitabilmente aperte a risultati differenti".

⁶⁹ Cfr. E. MALFATTI, ... (2008-2010), cit., p. 284.

⁷⁰ Cfr. A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione ...*, cit., p. 175 ss., nonché p. 368.

A tal proposito, se, come sostiene Bettinelli, non dà luogo a incertezze l'individuazione dell'atto che ha provocato il ricorso, tuttavia, va detto, non pare altrettanto agevole la comprensione dell'attitudine di quell'atto a essere sindacato in sede di conflitto.

La riprova è offerta dalla categoria degli atti legislativi, i quali per lungo tempo sono stati esclusi dal sindacato del giudice dei conflitti prima che la giurisprudenza costituzionale operasse un *revirement* cruciale sul punto, giungendo da ultimo ad affermare, con la sentenza n. 229 del 2018⁷¹, che il conflitto su atto legislativo, pur non inammissibile se la lesione delle attribuzioni costituzionali possa essere puramente e semplicemente rilevata sotto forma di eccezione di legittimità costituzionale nel giudizio in via incidentale, lo diventa nel momento in cui detta eccezione possa essere sollevata dallo stesso potere dello Stato che ha agito mediante la via del conflitto, per la tutela delle proprie prerogative costituzionali⁷².

A fronte di un conflitto sollevato su atto legislativo, dunque, per valutarne l'ammissibilità oggettiva, la Corte deve verificare che il potere dello Stato ricorrente non abbia la possibilità, a tutela della propria sfera costituzionale di attribuzioni, di proporre in qualche giudizio l'eccezione di legittimità costituzionale. E non v'è dubbio che, nello svolgimento di tale attività, essa trarrebbe sicuro ausilio dalla lettura delle argomentazioni delle parti coinvolte.

In altre parole, dunque, neppure l'individuazione dei profili oggettivi di ammissibilità appare così immediata come la descrive la corrente dottrina in esame⁷³.

Neanche per tale, via, pertanto, sembra che il valore del contraddittorio possa essere revocato in dubbio.

⁷¹ In *Giur. cost.*, 2018, VI, p. 2622 ss.

⁷² Cfr., in particolare il punto n. 2.2. del *Considerato in diritto*, ove la Corte afferma: “che l'ammissibilità del ricorso per conflitto su atto legislativo è altresì subordinata alla circostanza che la lesione delle attribuzioni costituzionali non possa essere rilevata, sotto forma di eccezione di legittimità costituzionale nel giudizio in via incidentale, proprio dal soggetto direttamente interessato (sentenza n. 457 del 1999; ordinanza n. 38 del 2001). Da questo punto di vista, non è la mera configurabilità di un giudizio nel quale la disposizione può trovare applicazione a ostacolare l'ammissibilità del conflitto: deve trattarsi di un giudizio in cui il soggetto (o meglio: il potere dello Stato), che ha ritenuto di lamentare la lesione della propria sfera di attribuzioni attraverso il ricorso per conflitto, avrebbe la possibilità di proporre l'eccezione di legittimità costituzionale. Deve cioè trattarsi di un giudizio in cui quel soggetto sia o possa essere a tutti gli effetti parte”.

La Corte è in tal modo intervenuta a fugare i dubbi e le perplessità di quanti in dottrina avevano sollevato l'interrogativo relativo all'individuazione, che non appariva affatto netta nella precedente giurisprudenza, del *discrimen* necessario a differenziare i conflitti su atti legislativi ammissibili da quelli non ammissibili. Si veda, in tal senso, A. CELOTTO, *Una inammissibilità che non persuade*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2005.

⁷³ Da questo punto di vista, D. FLORENZANO, *L'oggetto del giudizio ...*, cit., in particolare p. 165, che pure si allinea con Bettinelli nel criticare l'impostazione volta a descrivere il vaglio di ammissibilità come mera delibazione, sembra discostarsene, invece, proprio sullo specifico punto in argomento allorché riconosce come “Innanzitutto sovente le pronunzie rese a seguito di questa fase hanno presupposto una niente affatto mera e superficiale valutazione della questione; in certi casi la Corte ha svolto evidentemente una approfondita valutazione circa la esistenza degli elementi del conflitto giustiziabile”, ciò che, in particolare, è stato evidente “nei casi in cui la Corte ha rilevato la sussistenza (o la insussistenza) del cd. elemento oggettivo del conflitto”.

10. Critica alle tradizionali impostazioni dottrinarie

Ad ogni modo, una precisazione è d'obbligo.

Le considerazioni appena esposte in ordine alla corrente di pensiero in questione non implicano l'automatica adesione alla contrapposta tesi che afferma il carattere deliberatorio del vaglio di ammissibilità. A sommosso avviso di chi scrive, infatti, sembra che entrambe le opposte impostazioni pecchino in qualcosa.

In particolare, quanto sostengono i fautori della prima tesi – che, come detto, ravvisano nella natura di mera valutazione della non manifesta inammissibilità il “viatico” che consentirebbe al controllo preliminare della Corte di svincolarsi da possibili forme di contestazione relative al mancato rispetto della regola del contraddittorio – oltre a essere posto in serio dubbio dall'evidente discrezionalità di cui la Corte è titolare nello svolgimento di detto accertamento⁷⁴ (che conferisce al relativo vaglio una portata ben più ampia), sconta il fio della parzialità.

Il punto debole dell'impostazione risiede, cioè, nel prendere in considerazione il solo caso dei conflitti che vengono dichiarati ammissibili.

Si dice, infatti: *“il carattere meramente deliberatorio trova giustificazione nel fatto che la deliberazione della Corte avviene al di fuori di un contraddittorio con l'altra parte (in quel momento solo potenziale); diversamente, verrebbe leso in modo irrimediabile, il diritto di difesa e sarebbe potenzialmente esposta a censure di incostituzionalità la norma che esclude nella fase preliminare il contraddittorio tra le parti”*⁷⁵. Tale schema, che non trae direttamente origine dalla legge, rappresenterebbe, dunque, *“il frutto di una costruzione elaborata dalla Corte allo scopo essenzialmente di «immunizzare» la norma risultante dal combinato disposto dei commi 3 e 4 dell'art. 37 da censure di incostituzionalità per violazione del diritto di difesa”*⁷⁶.

La tesi è doppiamente parziale.

Da un lato, infatti – va ricordato – v'è chi ha affermato che se davvero lo scopo del potere attribuito alla Corte di mutare orientamento tra l'ordinanza di ammissibilità e la decisione definitiva è quello di riconoscere alla parte resistente la possibilità di far valere le proprie ragioni anche in ordine al profilo soggettivo, allora, si è detto, quel potere dovrebbe comunque escludersi in ordine alla natura in astratto di potere dello Stato del soggetto ricorrente⁷⁷.

⁷⁴ Cfr., per tutti, da P. COSTANZO, *Conflitti costituzionali*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, in particolare p. 1272, secondo cui, nella prima fase della procedura, sembra sensato ragionare di esercizio di non irrilevanti facoltà discrezionali (nell'ambito di un quadro normativo definito scarno, spesso generico e non privo di qualche genetica ambiguità).

⁷⁵ Così, E. BINDI, *L'«inutilità» ...*, *cit.*, pp. 2187-2188.

⁷⁶ Cfr. V. CRISAFULLI, *Cattivo uso ...*, *cit.*, p. 224.

⁷⁷ Cfr. E. ROSSI, *Brevi considerazioni ...*, *cit.*, pp. 225-228

Ebbene, se così fosse, è evidente che togliendo alla controparte l'opportunità di disquisire su un aspetto di peculiare importanza come quello relativo alla legittimazione soggettiva del ricorrente, allora, pur garantendolo, si darebbe comunque luogo nell'ambito del giudizio di merito a un contraddittorio “zoppo” che, come tale, in ogni caso, si esporrebbe a censure di incostituzionalità.

Dall'altro lato, invece, e come anticipato, non può non sottolinearsi come l'impostazione in esame obliteri del tutto la considerazione dei procedimenti che si concludono con una declaratoria di inammissibilità del conflitto, rispetto ai quali, pertanto, non essendo previsto il “recupero” del contraddittorio in una fase di giudizio successiva, non è possibile “immunizzare” le censure di incostituzionalità della normativa di riferimento.

Applicando, infatti, *a contrario* il ragionamento di cui si discorre, non può non riconoscersi come nelle ipotesi di inammissibilità, nelle quali l'ordinanza della Corte assume un carattere definitivo e non controvertibile⁷⁸, sussistano evidenti criticità legate al rispetto del diritto di difesa e alla garanzia di un processo equo, e ciò indipendentemente dal fatto che l'istante possa, in astratto, risolvere il conflitto⁷⁹. Criticità tanto più gravi se si tiene conto che le ordinanze di inammissibilità, oltre a produrre effetti immediati sulla sfera giuridica del ricorrente, determinano effetti rilevanti e difficilmente rimovibili anche sull'attività successiva della Corte, venendo a configurare “precedenti” per questioni analoghe che potranno essere poste in futuro⁸⁰: la garanzia del contraddittorio potrebbe in quest'ottica evitare che decisioni, magari affrettate, della Consulta possano ripercuotersi negativamente, “a strascico”, anche su altre situazioni future⁸¹.

Del resto, che, sotto tale specifico profilo, la tesi potesse essere soggetta a critiche era stato accennato già da uno dei principali e più autorevoli sostenitori della medesima. Per stessa ammissione di Vezio Crisafulli, infatti, attribuire al vaglio di ammissibilità un carattere meramente deliberativo riuscirebbe sì a evitare che l'art. 37 della l. n. 87 del 1953 venga tacciato di incostituzionalità, ma “*solo per metà, e cioè unicamente per l'ipotesi che il giudizio di ammissibilità si sia concluso favorevolmente, specie se si ritiene – il che peraltro è*

⁷⁸ Tale carattere discende dalla considerazione della previsione generale sancita nell'ultimo comma dell'art. 137 Cost. per cui “*Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione*”.

⁷⁹ Già S. BARTOLE, *La Corte, la sua storia ...*, cit., p. 1668, ha messo in evidenza come la cautela rappresentata dall'approfondimento, in sede di merito, della valutazione sull'ammissibilità del conflitto abbia rilievo esclusivamente nell'ipotesi in cui la decisione della Corte sia nel senso dell'ammissibilità, dal momento che la prosecuzione del giudizio consente di rimettere in discussione la scelta già fatta in via liminale. Tuttavia, sottolinea l'Autore, “*A nulla conduce quella cautela nel caso opposto di una pronuncia di inammissibilità, che necessariamente viene quindi ad avere maggiore peso e gravità*”.

⁸⁰ Cfr. D. FLORENZANO, *L'oggetto del giudizio ...*, cit., pp. 161-162.

⁸¹ Da questo punto di vista, non appare dirimente a confutare la tesi sostenuta il rilievo relativo alla riproponibilità del conflitto già dichiarato inammissibile, in quanto, rispetto alla possibilità che la Corte abbia a determinarsi diversamente sulla medesima situazione conflittuale già scrutinata, è assai più probabile l'ipotesi inversa, ossia che il giudice dei conflitti opti per il rigetto del ricorso nuovamente depositato, di cui giunga a dichiarare la “manifesta inammissibilità”.

*dubbio – che vi sia un interesse giuridicamente rilevante del potere nei cui confronti il conflitto è proposto a che questo sia esaminato e risolto nel merito*⁸².

Nel caso in cui vengano adottate ordinanze di inammissibilità, non sembra, dunque, esservi modo di dissipare i dubbi di violazione dell'art. 111, co. 2, Cost.

Ora, a pretesa smentita dell'affermazione, potrebbe dubitarsi dell'effettiva valenza e utilità del contraddittorio da assicurare a chi, nel ricorso, abbia già esposto le proprie argomentazioni a sostegno della ammissibilità oggettiva e soggettiva del conflitto, potendosi anche affermare che il ricorrente trarrebbe finanche un vantaggio dall'assenza, in sede di vaglio di ammissibilità, della contrapposizione dialettica dell'organo interessato dal conflitto.

Ma così non è.

Non occorre soffermarsi solo sulle parti.

A essere in gioco è la stessa legittimazione della Corte.

È, infatti, pienamente condivisibile il pensiero di chi ha affermato che la decisione della Consulta, se vuole essere persuasiva ed efficace, se vuole davvero rifondare quotidianamente il patto costituzionale su cui si regge, non può limitarsi a evidenziare le ragioni giuridiche a base del dispositivo, né la semplice ricorrenza dei *tòpoi* argomentativi comuni con il suo uditorio, ma deve anche dimostrare di essere il frutto di un procedimento compatibile proprio con i luoghi argomentativi accettati, vale a dire con i principi che costituiscono la base assiologica del modello di società, la cui salvaguardia e al tempo stesso il suo promovimento è la sua ragion d'essere; principi tra cui, ineluttabilmente, rientra anche la formula del contraddittorio, come l'unica compatibile con un sistema democratico e imparziale, interessato alla tutela dei valori fondanti l'ordinamento⁸³.

⁸² Così, V. CRISAFULLI, *Cattivo uso ...*, cit., p. 224. L'impostazione viene ribadita anche da D. FLORENZANO, *L'oggetto del giudizio ...*, cit., p. 167, per cui "Forse una sommaria delibazione potrebbe apparire tollerabile nel caso di pronunzia di ammissibilità, a causa della non definitività della decisione; di certo non lo sarebbe nel caso della pronunzia di inammissibilità che, invece, è conclusiva del giudizio".

⁸³ Cfr. A. SAIITA, *Gli effetti «motivanti» del contraddittorio nel processo costituzionale*, in *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi, Atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*, V. ANGIOLINI (a cura di), Torino, 1998, p. 570 ss. Secondo l'Autore, solo lo schema "tesi-antitesi-giudizio" è in grado di coniugare le diverse esigenze rilevanti anche nel processo costituzionale, rappresentando la giustizia *inaudita altera parte* una mera eccezione prevista dagli ordinamenti processuali in ipotesi estreme, quali i procedimenti cautelari (ancorché con efficacia limitata nel tempo) o per reati di scarsissimo pericolo sociale (in questi casi, salvo, comunque, un successivo eventuale contraddittorio). Solo un processo aperto ai soggetti i cui interessi sono direttamente coinvolti può venir percepito come un procedimento giudiziario e, quindi, acquisire la legittimazione che il contraddittorio processuale può conferire alla decisione finale. L'Autore esprime l'idea per cui tra i diversi luoghi argomentativi validi per confermare la legittimazione alla Corte e alla Costituzione sulla quale si regge il sistema ordinamentale, rientra anche il principio del contraddittorio, il cui pieno rispetto contribuisce a fondare il consenso dei destinatari della decisione e dell'attività giurisprudenziale in genere: da un lato, la tradizione del contraddittorio processuale limitato alle "parti" coinvolte; dall'altro, la necessità di una dialettica "politica" più ampia che consenta di recuperare quel confronto tra interessi diversi e diverse interpretazioni della Costituzione che non ha potuto avere luogo (o si è svolto in maniera insoddisfacente) al di fuori del circuito giurisdizionale.

Contraddittorio che, nel caso dei conflitti costituzionali, avrebbe anche la funzione, ulteriore, di consentire lo svolgimento di quella dialettica politica tra gli attori protagonisti che è mancata nel frangente precedente al deposito del ricorso, e che potrebbe essere in tal modo opportunamente recuperata.

In altre parole, se la considerazione della Corte come giudice della legittimità delle leggi e degli altri atti che nell'esercizio delle altre sue funzioni è chiamata a scrutinare, potrebbe astrattamente far ritenere che possa fare a meno del contraddittorio tra le parti, tuttavia, la considerazione dell'intervenuta adozione di un modello procedimentale para-processuale, la morfologia del giudizio, la natura e la genesi "non democratica" della Corte medesima sono tutti elementi che hanno imposto la ricerca del contraddittorio, per contribuire a fondare persuasivamente la relativa decisione.

Infatti, la giustizia resa *inaudita altera parte*, ossia, indipendentemente da un confronto dialettico delle differenti posizioni in rilievo, non è generalmente avvertita come tale.

In ogni caso, anche al di là di simili considerazioni di carattere più generale, militano nel senso della necessità del confronto dialettico, anche ulteriori argomenti di stampo maggiormente pratico.

Invero, ad esempio, anche dopo la presentazione del ricorso, e soprattutto nei casi in cui decorrano mesi prima della celebrazione della camera di consiglio⁸⁴, è ben possibile che intervengano fatti rilevanti a sostenere l'ammissibilità del conflitto, tanto con riguardo alla soggettività di chi agisce (può pensarsi al caso limite di modifiche costituzionali incidenti su tale aspetto), quanto all'oggetto del contendere (basti pensare alla sopravvenienza, ad esempio, di una sentenza non più contestabile, che ben potrebbe mutare i termini della questione); né può escludersi (anzi) che dalla lettura delle controdeduzioni avversarie, le parti ricorrenti possano trarre spunti di riflessione e ricerca ulteriori a sostegno delle proprie allegazioni, che possano in qualche modo orientare la decisione da assumersi da parte della Corte.

La discussione su simili fatti non può non coinvolgere tutte le parti in causa, pena il rischio di veder concretizzate situazioni analoghe a quella verificatasi nel conflitto deciso con l'ordinanza 404 del 2005, con cui la Corte è pervenuta a una fattuale declaratoria di cessazione della materia del contendere senza

Sempre sul valore del contraddittorio nell'ambito della giurisdizione costituzionale, sia consentito il rinvio, *ivi*, agli altri contributi, con particolare riguardo a quello di V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi: atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*, Torino, 1998, p. 3 ss., nel quale viene espressa la preferenza dell'Autore per il "modello" che fa del contraddittorio non tanto uno strumento per la salvaguardia di situazioni soggettive, quanto un elemento costitutivo della terzietà del giudice e, per tal via, una componente necessaria del processo.

⁸⁴ Come, ad esempio, accaduto nel caso del conflitto deciso dalla Corte con l'ordinanza n. 217 del 2016, in *Giur. cost.*, 2016, V, p. 1757 ss. In quel caso, infatti, il ricorso era stato proposto dal Presidente del Consiglio dei ministri, mediante il deposito in cancelleria, il 31 agosto 2015, ed è stato scrutinato in sede di ammissibilità solo nella camera di consiglio del 21 settembre 2016, a oltre un anno di distanza, dunque, dal momento di presentazione.

la preventiva assunzione del consenso delle parti coinvolte in ordine alla valutazione degli eventi occorsi a seguito del deposito del ricorso⁸⁵.

Da tutto ciò discende, dunque, l'esigenza di garantire sin da subito una seppur minima esplicitazione del contraddittorio, risultando innegabili le criticità che, quantomeno nei casi di adozione di ordinanze di inammissibilità, sussistono rispetto agli artt. 24 e 111, co. 2, Cost.

Il discorso vale, ovviamente, anche e a maggior ragione, nei non rari casi in cui la Corte, pur non ammettendo il conflitto, tuttavia, nella relativa ordinanza, finisce per prendere posizione anche su profili che attengono al merito della questione portata alla sua attenzione.

In simili ipotesi, la violazione degli artt. 24 e 111, co. 2, Cost. sembra manifesta⁸⁶.

In casi come emblematicamente quello dell'ordinanza n. 17 del 2019⁸⁷, la Corte non si mostra coerente con sé medesima: se, infatti, ritiene che il tono costituzionale del conflitto⁸⁸ non sia idoneo a garantirne

⁸⁵ Il riferimento è alla vicenda relativa all'intervenuto assoggettamento di un'area (Villa La Certosa) a segreto di Stato. Dal momento che, per effetto di simile determinazione, era stato impedito al magistrato requirente l'esercizio delle proprie attribuzioni ex art. 112 Cost., la Procura della Repubblica di Tempio Pausania ha sollevato conflitto di attribuzioni contro il Governo della Repubblica. In breve, successivamente al deposito del ricorso, e nonostante la produzione, da parte del ricorrente, di ben tre memorie con le quali veniva ribadito e sottolineato il persistere del conflitto, sulla scorta dell'intervenuto inoltro da parte dell'Avvocatura dello Stato direttamente al giudice relatore del verbale dell'ispezione dell'area eseguita i giorni 20, 22 e 23 giugno, nonché del verbale di sopralluogo dell'11 luglio del direttore del Servizio tutela del paesaggio di Sassari della Regione Sardegna, la Corte ha deciso per l'inammissibilità del conflitto per carenza del presupposto oggettivo. La pronuncia cela una declaratoria di intervenuta cessazione della materia del contendere. Per il profilo in questa sede in discussione, legato alla gravità della decisione assunta in assenza di contraddittorio tra le parti, appare utile riportare le osservazioni sul punto spese da R. CHIEPPA, *Una discutibile cessazione della materia del contendere su apposizione di segreto di Stato*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3988 ss., per cui "Nella specie, in realtà, era intervenuta solo una « graziosa » concessione di consentimento ... ad una singola ispezione, che nulla risolveva in termini di eliminazione della lesione lamentata sul contenuto del segreto con estensione indiscriminata ai luoghi e sulla sua opponibilità alla autorità inquirente, rimanendo contestata la delimitazione della sfera di attribuzioni ... Una verifica ed accertamento sulla intervenuta c.m.c. – per di più di fronte al netto dissenso del ricorrente – non poteva intervenire nella predetta fase, che è senza contraddittorio tra le parti, non essendovi, né potendovi essere, un concorso di consenso e partecipazione e quindi di contraddittorio tra le parti nella valutazione degli eventi, successivi alla instaurazione della fase preliminare del conflitto, in ordine alla persistenza dell'oggetto del giudizio. Questi profili potevano essere affrontati e risolti nella successiva fase del giudizio a contraddittorio pieno. La c.m.c. è configurata come istituto di diritto sostanziale, avente effetti sul processo, ancorché derivante da atti o comportamenti posti al di fuori dello stesso processo, che fanno venire meno la ragione d'essere sostanziale della lite, tanto che la Corte di Cassazione ripetutamente ha avuto occasione di confermare il principio che « la c.m.c. intanto può essere dichiarata, in quanto i contendenti si diano reciprocamente atto dell'intervenuto mutamento della situazione evocata in controversia, tale da eliminare totalmente ed in ogni suo aspetto la posizione di contrasto tra le parti e da far venire meno del tutto la necessità di una decisione sulla domanda originariamente proposta e sottopongono al giudice conclusioni conformi, intese a sollecitare l'adozione di una declaratoria della cessazione cennata »".

⁸⁶ Sul punto, già A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione ...*, cit., p. 369, si era espresso nel senso dell'impossibilità per la Corte, in sede di vaglio di ammissibilità, di effettuare indagini attinenti anche al merito della controversia, "Anche perché, se così fosse, sarebbe probabilmente illegittima, la norma che esclude in questa fase il contraddittorio tra le parti, né questa prima fase preliminare avrebbe alcun significato".

⁸⁷ Ma – si è detto – anche come quelli delle successive ordinanze nn. 274 e 275 del 2019 e 60 del 2020, tra le altre.

⁸⁸ Quella di "tono costituzionale" è un'espressione la cui paternità va riferita a C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di potere e di conflitto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, I, p. 110 ss., che la coniò nell'ottica di stigmatizzare il ricorso allo strumento del conflitto al fine di difendere attribuzioni di scarsa valenza costituzionale, ossia di "questioni minute, di ordinaria amministrazione".

uno scrutinio a cognizione piena, perché poi, senza consentire alle parti della controversia di poter illustrare le proprie ragioni, finisce per prendere posizione su profili che attengono al merito della vicenda? In queste situazioni, come ha ben messo in evidenza Marcello Cecchetti, sembra che la Corte, “*nel momento stesso in cui si «sbarazza» della questione (forse proprio al solo scopo di impedirne il radicamento processuale), avverte l’esigenza di rafforzare il consenso sulla propria «scelta», fornendo comunque una soluzione di merito e quindi ammettendo, implicitamente, la sussistenza di un bisogno di «confinamento» di attribuzioni costituzionali in qualche modo da soddisfare*”⁸⁹.

Proprio in simili ipotesi, in cui la Corte, pur dichiarando inammissibile il conflitto, avverte comunque l’esigenza di intervenire per dare soddisfazione all’esigenza di tutela rappresentata dal potere istante, il difetto di contraddittorio tra gli attori del giudizio assume un carattere ancor più grave, finendo per ingenerare il serio rischio di delegittimarne lo stesso operato.

Il contraddittorio, infatti, può venire in evidenza non solo come strumento di tutela di situazioni giuridiche soggettive, ma anche come elemento di equilibrio del processo in sé⁹⁰.

Se esso non viene garantito prima che l’organo giudicante pervenga a una decisione che, anche solo sostanzialmente (pur non avendone teoricamente la forma) risulta di merito, la tenuta stessa del sistema rischia di vacillare.

Tirando le fila del discorso, dunque, per tutto quanto sopra, l’impostazione volta a configurare il vaglio preliminare in camera di consiglio come un giudizio di manifesta inammissibilità, non pare pienamente condivisibile⁹¹.

⁸⁹ Così, M. CECCHETTI, *Problemi dell’accesso ...*, cit., pp. 376-377.

⁹⁰ Del resto, come ricorda V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio ...*, cit., p. 11, la stessa giurisprudenza costituzionale ne ha offerto un esempio allorché, sia per dare spazio all’“autodifesa”, sia per giustificare l’imposizione per legge della difesa “d’ufficio”, nel processo penale, si è richiamata al contraddittorio quale garanzia dello “sviluppo dialettico del processo” e della “più sicura ricerca della verità materiale”. Sul punto, si veda anche M. SCARAPRONE, *sub art. 24, comma 2, Cost.*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 84 ss.

⁹¹ La riprova di quanto sostenuto sembra offerta dal rapporto intercorrente tra l’ordinanza n. 38 del 2011 e l’ordinanza n. 259 del 2011, rispettivamente in *Giur. cost.*, 2011, I, p. 525 ss. e V, p. 3457 ss. In relazione al medesimo conflitto, infatti, se la prima ne aveva riscontrato l’ammissibilità, al contrario, la seconda ne afferma non già la mera inammissibilità, bensì la “manifesta inammissibilità”, con una pronuncia che, proprio in quanto tale, ben avrebbe potuto e dovuto, allora, essere adottata all’esito del vaglio preliminare dell’atto introduttivo del giudizio. Era accaduto che la Corte d’appello di Roma, sezione prima civile, aveva sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato contro il Senato della Repubblica a seguito della deliberazione del 30 giugno 2004, con la quale era stata dichiarata l’insindacabilità, ai sensi dell’art. 68, co. 1, Cost., delle opinioni espresse dal sen. Roberto Castelli nei confronti dell’on. Oliviero Diliberto e per le quali quest’ultimo aveva promosso azione civile per il risarcimento dei danni davanti al Tribunale di Roma. Nell’atto introduttivo del giudizio, la Corte ricorrente aveva chiarito alla Corte costituzionale che contro l’atto oggetto del conflitto era già stato sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato a seguito di ricorso proposto dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Roma nell’ambito del procedimento penale instaurato sulla querela proposta dall’on. Diliberto nei confronti del sen. Castelli per il reato di diffamazione in relazione agli stessi fatti oggetto del procedimento *a quo* e che tale procedimento era stato definito con la sentenza n. 304 del 2007, con la quale la Corte costituzionale aveva dichiarato che “non spettava al Senato della Repubblica affermare che le dichiarazioni rese dal senatore Roberto Castelli, oggetto del procedimento penale pendente dinanzi al Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Roma, costituiscono opinioni espresse da un

Ciò, in ogni caso, non presuppone come corollario l'accoglimento della differente tesi per cui il contraddittorio non sarebbe idoneo a determinare una più meditata e approfondita considerazione dei profili di ammissibilità del conflitto.

Non è questo il punto: il contraddittorio, infatti, non svolge unicamente la funzione di dare sostegno alle differenti posizioni delle parti coinvolte in un processo, ma è elemento che, come detto, se assicurato, contribuisce enormemente ad attribuire alle decisioni del giudice costituzionale quel carattere di democraticità senza il quale il suo stesso funzionamento sarebbe compromesso.

Tale orientamento, dunque, seppur rispondente al vero nel momento in cui evidenzia come il vaglio di ammissibilità abbia una portata ben più ampia di una semplice valutazione sulla non manifesta inammissibilità del ricorso, non ha la stessa rilevanza laddove sostiene la “futilità”, o comunque la non indispensabilità, del contraddittorio tra le parti in ordine ai profili di ammissibilità del conflitto sollevato⁹².

*membro del Parlamento nell'esercizio delle sue funzioni ai sensi dell'art. 68 della Costituzione”, con conseguente annullamento della “deliberazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del 18 maggio 2005 (Doc. IV-ter, n. 10), nella parte in cui richiama la delibera di insindacabilità adottata il 30 giugno 2004 per il procedimento civile avente il medesimo oggetto”. Ebbene, nonostante tali allegazioni, la Corte, dapprima dichiara ammissibile il confitto (cfr. ordinanza n. 38 del 2011), per poi, però, dichiararlo “manifestamente inammissibile per carenza d'interesse” con l'ordinanza n. 259 del 2011, sulla scorta del rilievo – che avrebbe potuto essere benissimo effettuato già in sede di deliberazione preliminare – per cui “la risoluzione di un conflitto di attribuzione con la pronuncia, come nel caso, sulla spettanza del potere in contestazione ... preclude il riesame nel merito di una questione che, in quanto connessa a un medesimo atto e relativa a un medesimo fatto, avrebbe il medesimo oggetto, dovendosi considerare esaurita la competenza a giudicarne ... che, dunque, le ragioni delle doglianze prospettate dalla Corte ricorrente devono intendersi complessivamente già accolte con la sentenza n. 304 del 2007, sia con riguardo alla spettanza del potere sia con riguardo all'efficacia dell'atto reputato lesivo”. Orbene, alla luce di simile modo di procedere della Corte, pare, dunque, trovare smentita la pur accreditata tesi dottrinale che, come visto, configura il giudizio di ammissibilità del confitto come un vaglio di “non manifesta inammissibilità” dello stesso, perché, se così fosse realmente, casi come quello appena ricordato dovrebbero essere prevenuti alla radice e non avrebbero la benché minima possibilità di verificarsi in concreto, come invece avvenuto. Per completezza, occorre dar conto di come di avviso diverso risultino E. MALFATTI – M. NISTICÒ, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017, p. 336, in virtù del fatto che, all'episodio ricordato, non hanno fatto seguito ulteriori casi analoghi. Ciò che, tuttavia, a sommo avviso di chi scrive, non impedisce di insistere sul fatto che la configurazione dell'impostazione dottrinale de qua trova il proprio fondamento nella ratio di evitare il sorgere di controversie manifestamente avventate, ratio che, in casi come quello risolto con la citata sentenza n. 259 del 2011 risulta evidentemente sconfessata e tale, quantomeno, da incrinare le certezze di chi ne è sostenitore.*

⁹² Non sembra, infatti, decisivo quanto osserva E. ROSSI, *Brevi considerazioni ...*, cit., in particolare pp. 232-233, il quale, commentando la vicenda affrontata dalla Corte con l'ordinanza n. 184 del 1993, prima, e con la sentenza n. 379 del 1992, poi, ha sottolineato come la decisione della Consulta di ammettere l'intervento sia del Ministro di Grazia e Giustizia, sia del Presidente del Consiglio, per poi, con la sentenza di merito, e pur in assenza di contestazioni tra le parti sull'altrui legittimazione all'intervento, dichiarare l'inammissibilità dell'intervento del secondo organo, “dal momento che le attribuzioni in contestazione sono esclusivamente affidate dalla Costituzione al Ministero della giustizia (art. 110 Cost.)”, appaia assunta non in base alle argomentazioni che le parti hanno prodotto nel corso del giudizio e che da parte dell'organo giudicante non potevano essere in precedenza conosciute, bensì in forza di valutazioni direttamente ed esclusivamente ricavate dalla Costituzione. Secondo l'Autore, dunque, “La motivazione del cambiamento di idea da parte della Corte non è stata perciò conseguenza dell'applicazione del principio sulla cui base quel potere è riconosciuto (e cioè, come detto, della garanzia del diritto di difesa del soggetto resistente, e perciò del corretto svolgersi del principio del contraddittorio) bensì in forza di valutazioni che a quel principio risultano estranee”. Ora, pur a voler ammettere che in quel caso la Corte abbia, *motu proprio*, operato simile valutazione, ciò non significa che il contraddittorio tra le parti non possa, in altre occasioni, condurre ai medesimi esiti, anche tenendo conto della tipologia del profilo d'interesse, che, rispetto al caso riportato dall'Autore, potrebbe risultare di non immediata percezione, o, comunque, richiedere l'illustrazione, a cura delle parti, di informazioni in loro esclusivo possesso.

E ciò per le ragioni sin qui esposte, anche in relazione alla impostazione sostenuta da Bettinelli.

11. Considerazioni conclusive

In definitiva, chi scrive ritiene debba essere abbandonata la secca alternativa tra l'idea per cui la valutazione preliminare di ammissibilità dei conflitti della Corte è *un vaglio limitato e rivedibile che, quindi, non viola la regola del contraddittorio*, e quella secondo cui invece è *un vaglio ampio cui non serve il contraddittorio*, per abbracciarne una terza, intermedia tra le due citate, per cui a venire in evidenza è *un vaglio ampio, all'interno del quale il contraddittorio dovrebbe essere garantito*.

Sembra, infatti, che delle due contrapposte concezioni possano impiegarsi, e quindi combinarsi tra loro, i seguenti elementi: l'ampiezza della valutazione della Corte sui profili di ammissibilità (come riconoscono i vari, Rossi, Romboli, Florenzano, Pace, Cecchetti) e la necessità che, per rispettare i precetti costituzionali, rispetto a essi, venga garantito il contraddittorio (esigenza alla base della tesi sostenuta da Mazziotti, Crisafulli, Sorrentino, Cicconetti, Grassi, Cerri, Pisaneschi, Zagrebelsky, Saitta, Bindi), sempre e comunque.

L'uno (il primo) è, allo stato, predominante sull'altro, di modo che, per rinvenire un giusto equilibrio, sarebbe forse opportuno ridurre il margine di discrezionalità della Corte (quantomeno, in punto di individuazione dei soggetti interessati al conflitto), dando correlativamente e conseguentemente spazio alla contrapposizione dialettica tra le parti già nella fase di ammissibilità mediante l'anticipazione dell'attività di notificazione del ricorso nel momento precedente al suo deposito in cancelleria, e, se non sempre, almeno nei casi in cui taluna di esse ne faccia richiesta antecedentemente allo svolgimento della camera di consiglio⁹³.

Il che presupporrebbe, all'evidenza, una novella legislativa.

Proprio a tal riguardo, e pur con le difficoltà di chi si pone in una prospettiva *de jure condendo*, si può tentare di rinvenire possibili soluzioni al problema.

In questo senso, potrebbe pensarsi a un intervento riformatore "giurisdizionalizzante", ossia a un intervento del legislatore che, mediante la novella della l. n. 87 del 1953, si ponesse l'obiettivo di ampliare il nucleo di regole poste a presidio del corretto svolgimento del giudizio, *in primis* quella inerente al contraddittorio, determinando così la formazione di un vero e proprio "diritto costituzionale processuale" anche in materia di conflitti.

⁹³ In questo senso, non può non condividersi l'osservazione di M. PERINI, *Segreto di Stato, avanti con leggerezza; due ordinanze, quattro ricorsi e un probabile assente, il conflitto tra poteri (Corte cost., 18 aprile 2007, nn. 124-125)*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 2318, ove viene espressamente sottolineata l'opportunità di introdurre una qualche forma di contraddittorio, eventualmente anche meno "forte" di quella che connota i procedimenti ordinari, mediante scambio di memorie e documenti, oppure mediante una discussione orale in camera di consiglio, purché venga introdotta.

In tal modo, infatti, si limiterebbe la discrezionalità, troppo spesso eccessiva, della Corte, per ricondurre il giudizio entro binari maggiormente rispondenti ai canoni del giusto processo costituzionalizzato.

Quel che va detto è che una simile soluzione finirebbe per determinare un inevitabile irrigidimento formalistico del processo, nel senso di una maggior attenzione della Corte ai profili di rito.

Se, cambia la struttura, infatti, cambiano anche le regole.

In questo senso, invero, proprio per garantire l'espansione della garanzia del contraddittorio sin da subito (ossia sin dalla fase di ammissibilità) – come anticipato – uno dei primi interventi dovrebbe riguardare il profilo dell'individuazione dei poteri interessati dal conflitto, nel senso di rimettere ai ricorrenti la responsabilità di individuare correttamente i poteri contraddittori cui notificare il ricorso, sottraendo così ogni tipo di competenza in materia alla Corte, anche nell'ottica di una maggior terzietà e imparzialità dell'organo giudicante.

Ciò, che, in ogni caso, almeno ad avviso di chi scrive, potrebbe non essere un problema.

Se, infatti, è vero che simile situazione potrebbe in astratto condurre a pronunce di inammissibilità del ricorso per erronea o parziale individuazione dei contraddittori necessari, è, però, altrettanto vero che – volendo – ben potrebbero essere introdotte regole volte a temperare questo più alto tasso di formalismo procedurale⁹⁴, garantendosi così la celerità del processo.

L'aspetto che si intende evidenziare è che, in ogni caso, “pagando” questo prezzo, ossia venendo a responsabilizzare maggiormente il ricorrente mediante la modifica di talune regole (come appunto quella sull'individuazione e sulla notificazione del ricorso agli interessati), senza che in fondo ciò determini particolari aggravii degli adempimenti posti a carico dell'istante, l'utilità che se ne ricaverebbe sarebbe di gran lunga maggiore rispetto al sacrificio da sopportare.

L'auspicata giurisdizionalizzazione dei conflitti, infatti – ed è questo l'elemento decisivo – determinerebbe un inevitabile innalzamento delle garanzie processuali delle parti e, in questa prospettiva, la garanzia del contraddittorio anche in ordine ai profili di ammissibilità del conflitto sarebbe tra i principali benefici che se ne ritrarrebbero.

Quel che ci si deve domandare, però, è se un simile intervento normativo sarebbe di per sé sufficiente a garantire il pieno esplicarsi del principio affermato dal capoverso dell'art. 111 Cost.

Potrebbe non esserlo, e potrebbe esservi necessità di un intervento anche più radicale, che giunga finanche a riportare a unità il procedimento, oggi bifasico, in materia di conflitti.

⁹⁴ Come si è già avuto modo di sottolineare in narrativa, infatti, pronunce di tal fatta potrebbero, in ipotesi, essere evitate, ad esempio, a mezzo di un'elencazione prudenzialmente ampia dei poteri astrattamente interessati dal conflitto da parte del ricorrente (con conseguente estromissione a cura della Corte di quelli non interessati), ovvero dell'introduzione di regole volte a concedere un termine suppletivo per integrare la notifica al ricorrente “sbadata” che abbia errato nell'attività di determinazione dei poteri resistenti.

Anzi, si è dell'avviso che sia proprio, e anche, questa la strada da intraprendere.

A chi scrive, infatti, non paiono affatto infondati i dubbi già espressi da Pasquale Costanzo, secondo il quale “*non si comprende appieno perché il tutto (leggasi: esame di ammissibilità e di merito) non possa avvenire uno actu*”⁹⁵.

Essi, se riguardati in relazione al profilo del contraddittorio, paiono tanto più attuali.

Nello specifico, invero, all'eventuale obiezione che potrebbe essere sollevata da chi intende mantenere lo *status quo* per cui, previo rafforzamento delle guarentigie processuali per le parti (prima tra tutte quella del contraddittorio), comunque, la garanzia di una maggior effettività della tutela giurisdizionale potrebbe conseguirsi anche mantenendo ferma la fase di ammissibilità, come momento autonomo e separato dal giudizio di merito, può replicarsi che, se si tiene a mente la prassi di “sconfinamento” nel merito cui la Corte ha dato ampiamente luogo, ossia, di retrocessione di tale giudizio già nell'ambito della fase di ammissibilità, che ne è di fatto divenuta quasi lo scenario preferito di trattazione dei relativi profili⁹⁶, risulta allora davvero arduo ravvisare ragioni realmente ostative al superamento dell'attuale modello bifasico.

In questo senso, si potrebbe pensare di configurare un processo unitario, retto da precise regole processuali, in cui la trattazione del ricorso, tanto in punto preliminare di ammissibilità, quanto di merito, sia destinata a svolgersi nel corso di una pubblica udienza (da celebrarsi entro un termine certo e ragionevole), all'esito della quale potrebbe essere emessa una mera decisione di rito (come l'inammissibilità, per carenza dei presupposti) ovvero, ravvisati i presupposti di azionabilità del rimedio, di merito (accoglimento o rigetto dei conflitti preliminarmente giudicati ammissibili).

Se, infatti, la “*logica che governa il giudizio è la medesima in entrambe le fasi*”⁹⁷, e può quindi dirsi che la presenza del giudizio preliminare di delibazione risponde alla finalità di eliminare le questioni incompatibili con la funzione istituzionale del processo costituzionale, non appare peregrino ritenere che il medesimo scopo possa essere perseguito in un procedimento che contempi un'unica udienza, all'esito della quale, assicurate tutte le garanzie processuali alle parti potenzialmente confliggenti, la Corte ben potrebbe continuare a “sbarazzarsi” di tutti i conflitti non ritenuti idonei a essere scrutinati nel merito.

L'articolazione bifasica del giudizio, da necessaria quale è attualmente, potrebbe essere degradata a meramente *eventuale*, nel senso di considerarla, sulla falsariga di quanto accade nel processo amministrativo, condizionata alla presentazione di domande cautelari da parte dei ricorrenti, da

⁹⁵ Cfr. P. COSTANZO, *Conflitti*, cit., p. 1276.

⁹⁶ Il riferimento è, ancora una volta, ai già citati casi, tra gli altri, delle ordinanze nn. 17, 274 e 275 del 2019 e 60 del 2020, cui può aggiungersi il riferimento anche alle più recenti ordinanze nn. 66 e 67 del 2021.

⁹⁷ Come evidenzia A. PACE, *Strumenti e tecniche ...*, cit., p. 793.



scrutinarsi, queste sì, nell'ambito di un'apposita camera di consiglio previa all'udienza pubblica di trattazione di tutti i profili di ricorso.

Un simile modello, infatti, se da un lato non priverebbe la Corte della possibilità di respingere all'esito di una sola udienza, i conflitti mal proposti o dal tono politico eccessivamente elevato, dall'altro, allo stesso tempo, consentirebbe alle parti in conflitto di poter far sentire la propria voce al collegio, e di fruire di tutte le garanzie del giusto processo costituzionalizzato.

Ciò che, sicuramente, impronterebbe il meccanismo procedimentale in materia di conflitti tra poteri a maggiori canoni di legalità e democraticità, neutralizzando ogni possibile discorso relativo alla non conformità a Costituzione, sotto tale aspetto, della fase preliminare di ammissibilità che caratterizza i relativi giudizi.

REPORT VACCINI

Abstract

Health emergency, also in the field of vaccines, did resurface the classical problem on balancing values and re-attributed centrality to the principle of proportionality, put to the test by the techniques of decisions, forced to deal with an undefined and evolving framework, a re-definition of the precautionary principle and a re-development of the concept of social solidarity.

The contribution makes a provisional survey of the state of play, examining various issues about vaccines, with regard to the relevant decisions of the Supreme Courts (Constitutional Court and CEDU), but also to the recent regulatory changes and their perspectives from the point of view of the problems arising from pandemic.

Sommario

I. Generalità. – II. Vaccinazione obbligatoria e diritti costituzionali. – III. Vaccinazione obbligatoria e diritti fondamentali. – IV. Precauzione e vaccinazione. – V. L’individuazione del livello regolatorio di determinazione dell’obbligo vaccinale. – VI. Effetti giuridici dell’assolvimento dell’obbligo vaccinale. – VII. Reazioni avverse al vaccino. – VIII. I vaccini anti-covid obbligatori. – IX. Diritto al vaccino e priorità nella somministrazione. – X. Vaccini e trasparenza. – XI. Conclusioni (provvisorie).

I. Generalità

La “questione vaccini”, frequentemente impostata con riferimento alle condizioni di compatibilità dell’eventuale obbligo vaccinale con i diritti individuali, variamente identificati, ma certo di possibile enucleazione anche con riferimento ad altri ambiti (gestione del rapporto di lavoro dei sanitari, responsabilità per danni connessi alle vaccinazioni, inter alia), ha trovato nuovi e più articolati sviluppi per effetto della pandemia da COVID-19 che, allo stato, ha richiesto, forse per la prima volta contemporaneamente in tutto il mondo, la vaccinazione “di massa”, nel tentativo di ostacolare la diffusione incontrollata del virus e pur nella consapevolezza della probabile necessità di rivedere, nel breve-lungo periodo, la complessiva politica sanitaria all’esito di eventuali sviluppi della scienza medica.¹

Al riguardo, l’attuale regolamentazione del vaccino anti-covid su base prevalentemente volontaria non sembra elidere, di per sé, tutti i profili problematici indotti dalla sua somministrazione², se solo si osservi che, secondo l’insegnamento della Corte Costituzionale³, in materia di trattamenti medici e in determinati ambiti, la mera “raccomandazione” è sostanzialmente equipollente all’”obbligo” e

¹ Il riferimento è alla notoria diffusione di talune “varianti” di cui è già stata evidenziata la resistenza ai vaccini attualmente oggetto di somministrazione.

² Inter alia, la questione del regime applicabile ai danni alla salute cagionati dal vaccino e alla connessa responsabilità dei sanitari.

³ Sentenze nn. 5/2018 e 118/2020, su cui vede il successivo par. VII.

che, per altro verso, alla mancata vaccinazione sembra dover conseguire la ultrattività, in certi ambiti, delle misure restrittive⁴.

A dispetto della “facoltatività” del vaccino anti-covid, di fatto e in linea generale, solo la somministrazione generalizzata, o comunque maggioritaria, potrebbe determinare l’uscita dall’emergenza pandemica assicurando l’immunità di gregge (a condizione, ovviamente, della verifica della durata dell’immunità conseguita e dell’efficacia dei vaccini somministrati) e, sul piano individuale, solo la dimostrazione dell’avvenuta somministrazione sembrerebbe poter assicurare la piena riespansione delle situazioni soggettive garantite, ordinariamente, ai singoli.

Si tratta, peraltro, di materia, quella della vaccinazione anti-covid, in corso tuttora di progressivi aggiustamenti⁵, non potendosi escludere, allo stato, una diversa configurazione dell’istituto (per così dire, a “facoltatività raccomandata”), piuttosto vicino all’obbligo che alla mera scelta individuale.

Del resto, la matrice di tale “raccomandazione”, da rinvenirsi nell’emergenza pandemica, ben giustifica anche la tendenziale modifica degli ordinari criteri utilizzati per valutare sia la compatibilità del trattamento con i diritti individuali sia la stessa adeguatezza dello stesso, tanto da far immaginare un differente punto di equilibrio tra i valori da bilanciare.

Ne discende, intanto e innanzitutto, l’esigenza di rilettura del quadro, di matrice giurisprudenziale e dottrinale, riferito all’obbligo vaccinale e, più in generale, agli interventi statuali sulla complessiva politica vaccinale, con doverosa considerazione dell’acquis proveniente dalla giurisprudenza costituzionale ed euro-unitaria.

II. Vaccinazione obbligatoria e diritti costituzionali

Di vaccinazione obbligatoria, in Italia, si è per lo più discusso in tema di vaccinazione dei minori in età scolare, sottoposti all’obbligo per la profilassi di gravi malattie (quali la poliomielite, la difterite, e, più recentemente, il morbillo e la pertosse, tra le altre).

Essendo del tutto evidente l’ingerenza sulle libertà individuali, trattandosi di obbligo, per di più riferito all’integrità fisica, la ratio dell’obbligo vaccinale (per i bambini di età prescolare), imposto dallo Stato e (solo indirettamente) coercibile, è ampiamente ricostruita nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa⁶ e fondata sul generale dovere di solidarietà sociale, con passaggi significativi sul tema della natura ancipite del diritto alla salute, evincibile dall’art. 32 della Costituzione, come diritto individuale e come interesse collettivo, che ampio spazio troverà nella successiva elaborazione, nel senso che

“soltanto la più ampia vaccinazione dei bambini costituisca misura idonea e proporzionata a garantire la salute di altri bambini e (...) **solo la vaccinazione permette di proteggere, proprio grazie al raggiungimento dell’obiettivo dell’immunità di gregge**”, **la salute delle fasce più deboli, ossia di coloro che, per particolari ragioni di ordine sanitario, non possano vaccinarsi**. Porre ostacoli di qualunque genere alla vaccinazione (la cui “appropriatezza” sia riconosciuta dalla più accreditata

⁴ In termini di libertà di circolazione, ad esempio, rispetto alla quale rilevano le questioni, di nuova impostazione, relative al c.d. “passaporto vaccinale” o similari.

⁵ Si pensi solo alle quotidiane modifiche dei target vaccinali (per sesso e per età), che inducono, allo stato, più di un dubbio sulla effettività della politica sanitaria prescelta ma che, per altro verso, e in ragione delle evidenti incertezze scientifiche al riguardo, non consentono la chiara imposizione di un obbligo vaccinale generalizzato.

⁶ Significativa, sul punto, la decisione della Commissione Speciale del Consiglio di Stato n. 2065 del 2017.

scienza medico-legale e dalle autorità pubbliche, legislative o amministrative, a ciò deputate) può risolversi in un pregiudizio per il singolo individuo non vaccinato, ma soprattutto vulnera immediatamente l'interesse collettivo, giacché rischia di ledere, talora irreparabilmente, la salute di altri soggetti deboli”⁷.

Il richiamo al concetto di solidarietà sociale è direttamente tratto dal richiamato articolo 32 della Costituzione, che definisce la salute come “fondamentale diritto dell'individuo”, ma anche come “interesse della collettività, anticipando il rilievo, foriero di approfondimenti successivi, della ontologica dimensione solidaristica del diritto alla salute.

La definizione ancipite, se non addirittura tripartita, della salute, come possibile contenuto di diverse situazioni soggettive (diritto dell'individuo alla propria salute, che si proietta anche nella pretesa a che venga assicurata la salute degli altri onde mantenere la propria, e ancora interesse della collettività nel suo insieme, come prerequisite imposto dall'art. 2), complica, già di per sé, **il tema del possibile conflitto tra diritto individuale e interesse collettivo nell'ambito delle vaccinazioni obbligatorie**, pur esso approfondito autorevolmente dalla Corte costituzionale⁸, che ha poi dovuto bilanciare il “diritto alla salute”, nelle sue varie articolazioni, con altri diritti fondamentali, quali, tra l'altro, il diritto all'autodeterminazione, e con quelli compresi nell'ampio catalogo dei diritti dei minori, che hanno trovato riconoscimento anche su base internazionale⁹.

Si è infatti affermato¹⁰ che l'art. 32 della Costituzione postula il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto negativo di non assoggettabilità a trattamenti sanitari non richiesti ad accettati) con il coesistente e reciproco diritto alla salute di ciascun individuo e con la salute della collettività, che a quello si contrappongono ove si contesti l'obbligo vaccinale, nonché, nel caso dei minori, con l'interesse del bambino, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai compiti inerenti alla sua cura¹¹.

Si è allora concluso che la legge impositiva di un trattamento sanitario, quale il vaccino, non è incompatibile con l'art. 32 cost.:

a) se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è **proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale** ¹² (rilevanza esterna del trattamento sanitario obbligatorio);

b) se vi sia la previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali per ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili (esclusione di conseguenze sfavorevoli fatte salve quelle normalmente tollerabili);

c) se, nell'ipotesi di danno ulteriore alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio, ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica, sia prevista comunque la corresponsione di una “equa indennità” in favore del danneggiato, e ciò a prescindere

⁷ Cfr. Cons. di Stato, parere n. 3065/2017 cit.

⁸ Cfr. Corte cost., sentenze del 22 giugno 1990, n. 207, del 23 giugno 1994, n. 258 e del 18 aprile 1996, n. 118.

⁹ Cfr. L. 27 maggio 1991, n. 176 (“Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989”) e, in particolare, il suo articolo 24.

¹⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 258 del 23 giugno 1994.

¹¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 132 del 1992

¹² Cfr. ancora sentenza n. 132/1992 cit.

dalla parallela tutela risarcitoria, la quale continua a trovare applicazione tutte le volte che le concrete forme di attuazione della legge impositiva del trattamento o di esecuzione materiale di esso non siano accompagnate dalle cautele, o condotte secondo le modalità, che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla sua natura, sulla base dei titoli soggettivi di imputazione e con gli effetti risarcitori pieni previsti dall'art. 2043 c.c. (giusta compensazione in caso di eventi dannosi).

In definitiva, il diritto alla salute, come costituzionalmente conformato, non implica affatto il diritto, assoluto e incondizionato, di "non curarsi" (o, come nel caso, di non sottoporsi a trattamenti sanitari obbligatori, anche in relazione a terapie preventive, quali sono i vaccini), giacché è naturalmente limitato dal concorrente diritto degli altri alla salute che non potrebbe essere pienamente o adeguatamente garantito se non per mezzo del contestato trattamento sanitario obbligatorio.

Tanto sulla base dell'evidente ragione che, soprattutto nelle patologie ad alta diffusività - e, dovrebbe dirsi, tanto più ove "pandemiche" -, la decisione individuale di non curarsi o di non prevenire, ove possibile, l'insorgenza della malattia, è suscettibile di danneggiare la salute di molti essere umani e, in particolare, dei più fragili.

Allora, **la salute, bene giuridico, non è solo oggetto di un diritto, ovvero non è oggetto di "un solo diritto" (variamente declinabile come diritto alla cura e diritto di non curarsi e comunque ad esprimere un consenso informato alla cura), ma è oggetto di diritti di altri, oltre che interesse della collettività; la sua tutela implica anche il "dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza di un principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri", il tutto nel rispetto del limite della normale tollerabilità** (limite la cui individuazione è rimessa alla discrezionalità del legislatore statale) delle conseguenze per chi sia soggetto a "determinati" trattamenti sanitari imposti per legge e sulla base di un rapporto di proporzionalità con le esigenze di tutela della salute altrui.

Dunque, la copertura vaccinale può non essere oggetto dell'interesse di un singolo individuo (che potrebbe decidere di non avvalersene come singolo), ma sicuramente è d'interesse primario della collettività e la sua obbligatorietà, in quanto funzionale all'attuazione del fondamentale dovere di solidarietà rispetto alla tutela dell'altrui integrità fisica, può dunque essere imposta ai cittadini dalla legge, con **azioni proporzionate e, fermo il generale limite del rispetto della persona umana (che non tollererebbe, ad esempio, forme di coazione fisica al trattamento obbligatorio), modalità di coazione indiretta variamente configurate**; resta pure acclarato il dovere dello Stato (anch'esso fondato sul dovere di solidarietà) di indennizzare adeguatamente i pochi soggetti che dovessero essere danneggiati dalla somministrazione del vaccino e di risarcire i medesimi soggetti qualora il pregiudizio a costoro cagionato dipendesse da colpa dell'amministrazione.

Di rilievo, in disparte la questione classica del rapporto tra diritto individuale e collettivo alla salute, è **l'analisi delle condizioni cui resta sottoposto l'eventuale obbligo vaccinale imposto ai singoli e il riferimento, comunemente operato (e del resto vincolante, ove si esclude la coazione fisica) a "forme di coazione indiretta" finalizzate a garantire l'adempimento dell'obbligo.**

Che, mutatis mutandis, potrebbero tradursi, a contrario, in **forme di incentivazione nella sottoposizione al trattamento ove lo stesso non fosse obbligatorio.**

La successiva sentenza n. 5/2018 della Corte costituzionale riprende i medesimi argomenti e, in un caso che prendeva le mosse proprio dalla previsione di "misure indirette di coercizione" rispetto

all'obbligo vaccinale¹³, ribadisce che occorre “bilanciare” il diritto individuale alla salute (ivi compresa l'autodeterminazione circa la sottoposizione al trattamento) e i coesistenti e reciproci diritti degli altri (alla propria salute, che non deve essere messa a rischio dalla condotta altrui), e ancora gli interessi della collettività, coincidenti con la salute dei consociati nel loro complesso o del maggior numero di essi, anche al fine di non aggravare gli obblighi prestazionali in materia sanitaria, e infine gli interessi dei minori anche nei confronti dei genitori che non assolvano l'obbligo di far somministrare la vaccinazione ai loro figli.

L'esteso repertorio delle situazioni soggettive coinvolte viene dunque riportato, dalla Corte, ad un assetto di reciproco e progressivo adattamento, per il quale resta prioritaria la considerazione della rilevanza esterna del trattamento individuale obbligatorio, giustificato solo dalla matrice *latu sensu* solidaristica cui deve ancorarsi la tutela dell'altrui salute; per converso, deve escludersi che il trattamento obbligatorio possa essere imposto ove siano prevedibili conseguenze dannose per l'interessato, con il limite negativo della “normale tollerabilità”; occorre infine prevedere l'indennizzabilità, a carico della collettività, del danno eventualmente cagionato, giacché, in definitiva, imposto in vista di un vantaggio per la collettività¹⁴.

Alla base della scelta del decisore politico, che resta ampiamente discrezionale nella individuazione dei mezzi attraverso i quali garantire la tutela della salute, la Corte non manca di segnalare la doverosa presenza di puntuali accertamenti fattuali circa le condizioni epidemiologiche, fatte oggetto della costante evoluzione degli studi scientifici, che deve costituire guida nelle scelte da operare.

Non è revocabile in dubbio, infatti, che intanto si può discutere di obbligo vaccinale, nei sensi sopra chiariti, in quanto sia certo o altamente probabile, sulla base delle risultanze scientifiche, che il trattamento sia effettivamente idoneo a scongiurare i rischi paventati per la salute individuale e collettiva, restando tuttavia, come evidente, impregiudicata dall'analisi scientifica sia l'individuazione della soglia di utile che si persegue che del rischio accettabile, che spetta ancora al decisore politico fissare.

A tali conclusioni la Corte costituzionale è pervenuta, come sopra detto, sulla base di quanto evincibile dalla Carta costituzionale con riferimento alla necessaria “conformazione bilanciata” dei diritti individuali rispetto alle concorrenti situazioni soggettive pure costituzionalmente tutelate.

Parte di tale “bilanciamento” è anche la valutazione circa la configurabilità di eventuali misure alternative, meno afflittive, a raggiungere il risultato; in definitiva, se sia proprio necessario, sulla base delle risultanze scientifiche, della efficacia ed effettività delle dette misure alternative e della “soglia” di immunità individuata come minima, imporre un “obbligo” vaccinale o se sia sufficiente una mera “raccomandazione” non vincolante.

Al riguardo, la Corte costituzionale italiana ha rimarcato che è necessaria un'indagine sullo strumento più adatto per ottenere l'obiettivo perseguito tenuto conto delle sensibilità del momento e del livello di adesione alla campagna vaccinale da parte dei destinatari; sicché l'imposizione di un obbligo resterà giustificata ove, accertata la necessità della copertura vaccinale, il risultato non possa essere raggiunto lasciando la somministrazione alla libera scelta dei destinatari.

¹³ Le misure “indirette” erano, nello specifico, l'imposizione di una sanzione pecuniaria e l'onere di munirsi di un certificato di vaccinazione per i minori che avessero chiesto l'iscrizione scolastica.

¹⁴ In forza del principio chiaramente espresso dal noto brocardo “*Ubi commoda, ibi et incommoda*”.

III. Vaccinazione obbligatoria e diritti fondamentali

La recente sentenza della Corte EDU in materia (nel discusso caso “Vavricka e altri c/ Repubblica Ceca”¹⁵) singolarmente sopravviene in coincidenza temporale con il dibattito in corso sulle vaccinazioni anti-Covid e allarga il ragionamento su scala sovranazionale, introducendo l’ulteriore parametro dalle situazioni soggettive tutelate dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e, in particolare, dell’art. 8 (diritto al rispetto della vita privata¹⁶) e dell’art. 9 (diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione¹⁷).

Occorre al riguardo premettere che le conclusioni della Corte sono solo in parte sovrapponibili con quelle delle Corti nazionali, nell’ottica della “multi-level protection” che consente un approccio diversificato in base all’aspetto specificamente preso in considerazione ai fini di tutela.

Nei casi sottoposti alla Corte, non siamo in presenza di un “diritto” riconosciuto dalla legge di cui occorre stabilire i limiti costituzionalmente conformati, ma piuttosto, in una visione rovesciata, di misure restrittive concretamente imposte di cui occorre valutare la compatibilità, sulla base di quanto espresso dalla Convenzione, a fronte di diritti (umani) che si pretendono non comprimibili¹⁸.

L’ampio e impegnativo ragionamento svolto dalla Corte¹⁹ muove dunque dalla indiscussa definizione dell’obbligo vaccinale come ingerenza nella vita privata, e tanto, si badi, anche ove non si faccia questione di coazione fisica ma solo, come nei casi trattati (peraltro simili alle fattispecie esaminate dalla Corte costituzionale italiana), di obblighi indirettamente imposti.

La Corte è però obbligata ad esaminare la misura imposta alla luce della griglia scolpita nell’art. 8²⁰ e cioè valutarne la legittimità formale (se imposta dalla legge e in vista di un legittimo scopo), la sua necessità in uno Stato democratico, tenuto conto del margine di apprezzamento (nella scelta delle diverse misure apprestabili) riservato alla Stato, del bisogno sociale della misura in concreto posta, delle ragioni a sostegno della stessa e, infine, della sua proporzionalità rispetto allo scopo previsto.

Con riguardo a tale ultimo e fondamentale aspetto, la Corte EDU - nel premettere che le misure (indirette) contestate riguardavano, in definitiva, una sanzione pecuniaria di non elevato importo

¹⁵ European Court of Human Rights, Grand Chamber, 8 aprile 2021, in caso n. 47621/13 e altri.

¹⁶ “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può aversi interferenza di una autorità pubblica nell’esercizio di questo diritto a meno che questa ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la sicurezza pubblica, per il benessere economico del paese, per la difesa dell’ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute e della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà degli altri”.

¹⁷ “1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (...). 2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio pensiero non può essere oggetto di altre limitazioni oltre quelle previste dalla legge, e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza pubblica, la protezione dell’ordine, della salute o della morale pubblica o la protezione dei diritti e delle libertà di altri”.

¹⁸ Cfr. F. Tallaro, “Diritto alla privacy e vaccinazione obbligatoria” in “Primogrado.com”, 23 aprile 2021, nel senso che “mentre il giudizio della Corte costituzionale è volto a valutare la legittimità di una norma di legge nella sua dimensione generale e astratta, sia pure nei limiti dell’interesse per il caso concreto pendente innanzi al giudice a quo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è casistica: essa non ha per oggetto le norme poste dagli Stati, ma la vicenda storica sottoposta alla sua valutazione, onde valutare se vi sia stata in concreto la violazione di un diritto fondamentale riconosciuto sul piano convenzionale.”; inoltre, “mentre il parametro usato dalla Corte costituzionale per decidere della legittimità dell’obbligo vaccinale è il divieto di trattamenti sanitari obbligatori, nel contesto dell’art. 32 Cost., la Corte europea dei diritti dell’uomo valuta le condotte denunciate sotto una luce ben diversa, e cioè il diritto alla privacy, alla vita privata, sancito dall’art. 8 della Convenzione”.

¹⁹ Il giudizio reso ha presentato due distinte opinioni dissenzienti, una delle quali particolarmente critica con il giudizio infine reso.

²⁰ Si tratta della “3-steps Analysis” che connota i giudizi della Corte EDU.

ovvero la solo temporanea inibizione dei minori alla frequenza della pre-scuola (imputabile, in sostanza, alla scelta dei loro genitori); che le stesse avevano natura “protettiva” e non già “punitiva”; che, a fronte del rischio remoto di eventi avversi, la generalità ben avrebbe potuto adeguarsi alla misura in nome della solidarietà sociale a vantaggio dei soggetti più fragili che comunque non potessero accedere per motivi medici alla vaccinazione – ha concluso infine per la piena compatibilità dell’obbligo vaccinale rispetto alla situazione tutelata dall’art. 8.

Meno impegnativa è la soluzione offerta rispetto alla pure contestata violazione dell’art. 9 (libertà di pensiero, coscienza e religione), che la Corte risolve sostanzialmente in fatto, argomentando che nessuno dei ricorrenti aveva addotto motivazioni serie e convincenti contro l’obbligo vaccinale che fossero riconducibili all’area applicativa dell’art. 9.

Pur indubbiamente costituendo un punto fermo nella giurisprudenza in materia, la sentenza non sembra aver risolto tuttavia tutti i dubbi che la materia solleva, peraltro interni allo stesso collegio giudicante, come efficacemente esposto nelle opinioni dissenzienti.

Queste ultime muovono una serrata critica su vari fronti, in particolare sul contestato mancato approfondimento dei fatti a base del giudizio e, ancor prima, e in radice, sul metodo utilizzato, che avrebbe condotto la Corte ad accettare senza adeguato vaglio, le argomentazioni fornite dallo Stato contraente²¹, avendo peraltro attribuito a questo un largo margine di apprezzamento nella scelta delle misure prima ancora di esaminare nel dettaglio i necessari dati rilevanti.

Vero è che l’opinione dissenziente espressa muove una critica non riferita solo al giudizio in questione, ma più in generale rivolta al “metodo” di giudizio della Corte e alle scelte operate sull’utilizzo dei poteri istruttori di questa, che è, evidentemente, problematica piuttosto “di sistema”, trattandosi, in sostanza, di decidere se la Corte debba limitare il materiale probatorio a quanto dalle parti allegato e provato oppure, nell’ottica del raggiungimento della verità sostanziale, ad estendere lo stesso ad ogni possibile ulteriore apporto acquisitivo, anche autonomo, ricercato dalla stessa Corte.

Ad esempio, nella specifica materia dei vaccini, secondo il dissenziente, sarebbe stato necessario, al di là di quanto sul punto allegato o provato dalle parti, conoscere nel dettaglio ulteriori dati, quali modalità e velocità di trasmissione di ogni malattia per la quale venga somministrato il vaccino, rischi per le persone infette, costo medio del trattamento individuale in caso di malattia, efficacia dei vaccini disponibili, costo medio di una vaccinazione, rischio di effetti collaterali, costo medio dei trattamenti in caso di reazioni avverse, percentuale minima di vaccinati per scongiurare la diffusione del contagio e calcolo previsionali di ottenimento di tale risultato.

Del resto, la stessa Corte costituzionale italiana²², sia pure con riferimento alla necessità di valutare le possibili conseguenze negative della vaccinazione sulla salute individuale, sottolineava l’esigenza di istruttoria alla base delle scelte compiute (e da compiersi) e ammoniva che, proprio al fine di realizzare un corretto bilanciamento tra la tutela della salute del singolo e la concorrente tutela della salute collettiva, entrambe costituzionalmente garantite, si renderebbe necessario porre in essere una complessa e articolata normativa di carattere tecnico che, alla luce delle conoscenze scientifiche acquisite, individuasse con la maggiore precisione possibile le complicità potenzialmente derivabili dalla vaccinazione e determinasse se e quali strumenti diagnostici, idonei a prevederne la concreta verificabilità, siano utilizzabili su un piano di effettiva fattibilità.

²¹ La Repubblica Ceca, ma sulla scorta di quanto sostenuto anche da altri Stati interventori.

²² Cfr. sentenza n. 258/1994.

Trasponendo le medesime coordinate all'obbligo di vaccinazione, occorrerebbe dunque disporre, secondo la tesi del giudice dissenziente, di tutti i dati necessari a stabilire con esattezza "costi e benefici" del trattamento, con la precisazione che sia i costi che i benefici andrebbero riferiti a tutti gli aspetti della questione (incidenza del trattamento o del non-trattamento sul singolo, sugli altri consociati, sulla collettività nel suo complesso, in un arco temporale dato e tenuto conto degli sviluppi attesi).

Orbene, se si ponesse la questione analoga per i vaccini anti-covid, è evidente che, allo stato, non potrebbe disporsi se non di dati incompleti, e non definitivi, a tacer d'altro, quantomeno sull'esatta efficacia del/i vaccino/i²³, sugli effetti nel tempo dell'immunizzazione indotta, sugli effetti collaterali del trattamento vaccinale.

Tuttavia, proprio l'ampio catalogo di "dati" rilevanti individuati dal giudice induce più di una perplessità, intanto essendo evidente che molti di essi possono essere acquisiti solo su base statistica previsionale partendo tuttavia da una base sostanziale di soggetti già vaccinati (o non vaccinati), come per le modalità e velocità di trasmissione; gli studi statistici su detta base ben potrebbero certo indurre a rivedere una decisione assunta di politica sanitaria (o a valutarla ex post) ma non sarebbero (e comunque non sarebbero stati) disponibili allorché la decisione fosse presa per la prima volta²⁴.

Ma, ancora più radicalmente, ove mai fosse possibile disporre di tutti i dati richiesti, mancherebbero comunque i criteri ponderali per attribuire maggiore o minore rilievo all'uno o all'altro dato e la scelta sarebbe probabilmente arbitraria, anche tenuto conto della loro disomogeneità.

Sarebbe giustificata la scelta di non obbligare ai vaccini se i costi per i trattamenti avversi fossero elevati, e quanto? Oppure quanto efficaci devono essere i vaccini per poterne essere giustificata l'obbligatorietà? Quale copertura "percentuale" minima sarebbe accettabile per validare l'obbligatorietà del vaccino? Oppure ancora, ove si individuasse una "percentuale" minima di immunizzati per conseguire il risultato, con quali criteri dovrebbero essere individuati i soggetti da sottoporre a trattamento vaccinale obbligatorio?²⁵

Si potrebbe, evidentemente, continuare.

D'altronde, la decisione non può che essere assunta sulla base delle conoscenze del tempo e, tenuto conto della sussistenza di obblighi positivi in capo agli Stati, o comunque alle Amministrazioni, a tutela delle situazioni garantite (e tale è, per quanto già detto, il diritto alla salute), da assolvere, in ragione della rilevanza dei valori in gioco, in tempi rapidi, non sembra del tutto ragionevole pretendere la previa acquisizione dei dati (almeno di tutti i dati richiesti dal giudice dissenziente) per validare una decisione assunta al tempo in cui la stessa fosse presa.

Per contro, misure restrittive o impositive di obblighi assunte sul fondamento del principio di precauzione esteso al suo massimo grado di applicazione potrebbero essere, in astratto, ingiustificate

²³ I diversi vaccini disponibili differiscono sensibilmente, come noto, per meccanismi di immunizzazione, per efficacia e, probabilmente, anche per durata degli effetti, il che, congiuntamente alla contemporanea somministrazione renderebbe del tutto aleatoria qualsiasi previsione sulla relazione costi/benefici articolata sui parametri indicati nella opinione dissenziente.

²⁴ La questione diventa assolutamente chiara se si pensi ancora alle vicende dei vaccini anti-covid, testati in fase di sperimentazione ma rispetto ai quali tuttora, a diversi mesi dall'introduzione generalizzata, non sono disponibili (tutti) i dati richiesti; i quali, se acquisiti successivamente, non potrebbero evidentemente inficiare una decisione assunta in precedenza sulla base di dati, per forza di cose, limitati o insufficienti.

²⁵ I vaccini anti-covid sono attualmente somministrati su base volontaria, ma fortemente raccomandati, pur nella loro oggettiva diversità quanto a tipologia, efficacia, indicazione posologica e target anagrafico e senza, allo stato, chiara evidenza di possibili effetti collaterali associati alla somministrazione.

se riguardate alla luce del principio di proporzionalità, proprio in ragione dell'assenza (o, piuttosto, della carenza previa acquisizione) degli elementi conoscitivi a supporto.

I “dati” e la loro acquisizione in sede giurisdizionale sono allora funzionali a verificare la “tendenziale” completezza dell'istruttoria posta a base della scelta del decisore, al tempo della scelta, ma è del tutto evidente che quella scelta non può che essere poi valutata sul piano della mera ragionevolezza sulla base dei soli dati disponibili (acquisiti e/o acquisibili) al momento della scelta e non di tutti i possibili dati eventualmente acquisiti o acquisibili ex post.

Nondimeno, come sopra detto, la scelta “assiologica” resta saldamente nelle mani del decisore politico, cui in prima battuta spetta anche il bilanciamento tra gli interessi.

La questione sembra anche più spinosa se dovesse applicarsi ai vaccini anti-covid, ove il principio di precauzione²⁶, normalmente tenuto in considerazione in materia di salute, sembra giocare un ruolo differente a causa della naturale non definitività delle cognizioni scientifiche a disposizione e della complessiva incertezza operativa indotta dalla, invero inedita, pandemia.²⁷

In disparte le molte questioni che pone, come detto, sul piano metodologico, il valore aggiunto della sentenza “Vavricka” sta tuttavia nella chiara enunciazione del valore della “solidarietà sociale” come contrapposibile anche al diritto fondamentale individuale, percepita come novativa della giurisprudenza della Corte dal giudice dissenziente e probabilmente da leggersi anch'essa come affermazione indotta dalla contingenza.

La pandemia ha invero indotto a riflettere sulla necessaria riscrittura del repertorio dei diritti, nel senso che gli stessi diritti fondamentali, declinati come “diritti individuali”, devono con-formarsi e divenire flessibili ed elastici al cospetto di altri diritti collettivi, sociali e di prestazione connessi ad obblighi positivi degli Stati.

Con più chiaro impegno esplicativo, all'obbligo positivo degli Stati sono ora connesse posizioni di diritti individuali idonee a comprimere i diritti fondamentali riconducibili agli altri consociati “uti singuli”²⁸.

Anzi, la prospettiva sembra addirittura invertita: il beneficio di pochi può sacrificare tutti perché (anche solo) i pochi hanno diritto di essere protetti.

²⁶ Vedi il paragrafo seguente.

²⁷ Cfr. F. Cafaggi: “The features of the precautionary principle in times of pandemic differ from those in ordinary times. Both the content of positive obligations and the structure of balancing changes in favor of health protection and the limitation of other right may be permitted. It affects the balance between conflicting rights and the choice of the appropriate measure to reduce the risks and mitigate the consequences should be materialized. It affects the binding feature of vaccination and the consequences for not choosing vaccination when the choice is given. It is important to underline that it has to be applied in a framework of scientific uncertainty about both the features of the viruses and the expected effectiveness of protective measures. Governments have operated under a trial and error framework and in some instances have backed off from choices made earlier on”, from “A comparative analysis of covid 19 governmental measures and the role of courts”, in corso di pubblicazione.

²⁸ La vaccinazione obbligatoria “should also be seen as encompassing the value of social solidarity, the purpose of the duty being to protect the health of all members of society, particularly those who are especially vulnerable with respect to certain diseases and on whose behalf the remainder of the population is asked to assume a minimum risk in the form of vaccination (punto 279 della motivazione). E ancora, al successivo punto 306 “the Court considers that it cannot be regarded as disproportionate for a State to require those for whom vaccination represents a remote risk to health to accept this universally practiced protective measure, as a matter of legal duty and in the name of social solidarity, for the sake of the small number of vulnerable children who are unable to benefit from vaccination”.

La solidarietà sociale diventa un limite “naturale” al diritto individuale e “dequota” l’essenza “fondamentale” del diritto, comprimendola tra il largo margine di apprezzamento riservato allo Stato e l’obbligo dello Stato di individuare misure adeguate a tutelare i diritti dei più deboli.

La questione, peraltro, risultava già chiara alla Corte costituzionale italiana, che ha potuto far leva sul disposto dell’art. 32 della Costituzione e che, con la sentenza n. 5/2018 (largamente riportata, peraltro, nella richiamata sentenza CEDU), già aveva ben evidenziato la coesistenza (risultante dalla Carta costituzionale), se non addirittura la connaturalità, di un diritto individuale alla salute, tuttavia inclusivo del diritto all’autodeterminazione di rifiutare il trattamento, con i reciproci diritti (individuali) di altri soggetti (rispetto alla stessa situazione soggettiva di diritto alla salute che lo Stato ha l’obbligo positivo di garantire), gli interessi della collettività (rispetto alla salute pubblica), gli interessi dei minori (diritti dei minori) richiedenti protezione anche nei confronti dei genitori che non assolvono al dovere di cura.

Il trattamento sanitario obbligatorio è dunque ora giustificato (anche) secondo la Corte EDU se rileva esternamente in funzione di tutela della salute degli altri.

Tutti gli altri profili, pur segnalati dall’opinione dissenziente, restano per ora sfumati, forse “schiacciati” dal peso della solidarietà che tanto maggiore significato ha assunto in costanza di pandemia, e forse non ancora compiutamente esaminati.

IV. Precauzione e vaccinazione

La richiamata sentenza EDU, in linea con numerose pronunce dei giudici nazionali, induce ad approfondire la questione della completezza istruttoria ai fini della decisione, sia essa amministrativa che giurisdizionale, che si traduce nella ritenuta necessità di disporre di dati rilevanti, senza i quali le decisioni e il sindacato sulle stesse si appalesano indubbiamente carenti, non essendo neppure esattamente individuato l’oggetto preciso del contendere (il “quid” della decisione, si potrebbe dire).

La raccolta dei dati e, prima ancora, la individuazione dei dati rilevanti sono tuttavia propri degli organi tecnici cui, in materia sanitaria, sono sostanzialmente affidate le scelte di merito.

A fronte dei pareri degli organi tecnici, che ravvisassero la possibile insorgenza di rischi in talune attività, difficilmente le Amministrazioni deciderebbero di procedere, e, quanto alle misure restrittive, gli organi tecnici non sono tenuti (e non sono competenti) a svolgere alcuna indagine assiologica, affrontando le questioni dal loro punto di vista e suggerendo le misure più idonee a scongiurare il rischio specifico che si chiedesse di evitare.

Ai tecnici si è dunque affidato il compito, che spetterebbe al decisore politico, di individuare l’an e il quomodo delle eventuali misure a tutela della salute.²⁹

Ove poi neppure i tecnici disponessero dei dati necessari (a fronte di un pericolo non conosciuto e di conseguenze non tutte positivamente accertate), è del tutto evidente che le scelte che, nondimeno, dovessero essere assunte non potrebbero che connotarsi di margini ulteriori di intrinseca

²⁹ Così ingenerando il vulnus democratico segnalato, per i profili di cui si tratta, da F.Cafaggi (“A first comparative prospective...”, cit.

provvisorietà, se non aleatorietà, il che non può che rilevare anche in punto di sindacato giurisdizionale sulle stesse.³⁰

Questo è, almeno, quanto sembra aver considerato il giudice amministrativo italiano che, a fronte di dati contraddittori circa l'efficacia delle misure e gli effetti negativi delle stesse, ha comunque dato prevalenza alla "maggiore precauzione" in favore del più alto numero di soggetti³¹.

Il **principio di precauzione**, applicato all'obbligo vaccinale, in particolare, dovrebbe operare nella sua massima estensione proprio nei casi in cui l'osservazione scientifica ha rilevato o ipotizzato, sulla base di analogie con altre leggi scientifiche, una successione costante di accadimenti in via di fatto e ne ha formulato una descrizione solo provvisoria, ma non si dispone di prove per confermare l'ipotesi e per escluderla.³²

Il rischio, evidente, è che il "bilanciamento" (e quindi la scelta, che dovrebbe avvenire ad opera del decisore politico) venga invece operato di fatto dal giudice, che non può disporre (se non eventualmente e, per forza di cose, solo ex post) dell'apparato tecnico e delle informazioni di cui invece dispongono gli amministratori.³³

V. L'individuazione del livello regolatorio di determinazione dell'obbligo vaccinale

Premesso che l'obbligo vaccinale deve farsi rientrare tra i trattamenti sanitari riservati alla legge, ci si chiede se tale (obbligo "per disposizione di legge") sia la regolamentazione operante anche per altri sistemi giuridici.

La sentenza Vavricka della Corte EDU³⁴ affronta tale argomento allorché stabilisce, ai fini del rispetto dell'art. 8 della Convenzione, che è sufficiente che l'obbligo discenda "sostanzialmente"

³⁰ La questione è stata sviluppata, tra gli altri, in un caso definito in appello dalla sentenza n. 962/2018 del Consiglio di Stato, relativo alla contestazione da parte di alcuni genitori della decisione di un Comune che aveva imposto l'obbligo vaccinale per i bimbi tra 0 e 6 anni per accedere ai servizi educativi comunali. Il TAR in primo grado aveva respinto il ricorso, così avallando la scelta del Comune; il Consiglio di Stato, che confermava nel merito la pronuncia di prime cure, in via cautelare si era già espresso respingendo l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza, significativamente argomentando che: a) la prescrizione obbligatoria di vaccinazione per l'accesso ai servizi educativi comunali si palesava coerente con il sistema normativo sanitario e con le esigenze di profilassi, tenuto conto dei cambiamenti in atto (minore copertura vaccinale in Europa e aumento dell'esposizione al contatto con persone provenienti da Paesi in cui malattie debellate in Europa sono tuttora esistenti); b) il principio di precauzione invocato dai genitori, che ritenevano scientificamente provata la possibilità di effetti dannosi della vaccinazione sulla salute, poteva essere invocato anche nell'ipotesi contraria essendo scientificamente provato che la vaccinazione contrasta la probabilità di contrarre malattie infettive; c) in tale periodo di incertezza scientifica entrambe le ipotesi dovevano dunque essere considerate come vere, perciò imponendosi il principio di precauzione per la tutela della salute pubblica, specie dei bambini in età prescolare, che prevaleva sulle prerogative individuali dei genitori.

³¹ Cfr. nota precedente.

³² Cfr. Cons. di Stato, III, Ord. n. 1622/2017.

³³ Cfr. F. Patroni Griffi – Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza, relazione tenuta nel corso del Webinar Fondazione Occorsio il 12 aprile 2021 e pubblicata sul sito internet della G.A.: "Il bilanciamento è stato effettuato prevalentemente a livello normativo secondario (...) e anzi una buona "quota del bilanciamento è stata rimessa all'applicazione delle misure; quindi all'amministrazione e, in ultima analisi, al giudice".

³⁴ Cfr. par. III che precede.

dalla legge, ossia da un atto scritto non limitato alla normativa primaria, purché sufficientemente conoscibile e prevedibile nei suoi effetti.³⁵

In Italia, resta invece ferma la **individuazione a livello di normazione primaria, posta la previsione contenuta nell'art. 32 della Costituzione**; problematica sarebbe quindi una competenza legislativa delle Regioni in materia, considerato che l'art. 117 individua la "tutela della salute" tra le competenze legislative concorrenti delle Regioni, ma alloca i livelli essenziali delle prestazioni, e comunque i principi fondamentali della materia "tutela della salute", in capo allo Stato.

Certa è invece l'impossibilità di stabilire l'obbligo vaccinale con mero atto amministrativo³⁶.

A sostegno di tale impostazione resta, come statuito dalla Corte costituzionale, la salda esigenza di regolare su un piano di uniformità le regole di profilassi sanitaria e dunque di garantire **"misure omogenee su tutto il territorio nazionale"**, così come **allo Stato deve essere rimessa la scelta tra obbligo o raccomandazione ai fini della somministrazione del vaccino, che costituisce il punto di equilibrio, in termini di bilanciamento, tra valori parimenti tutelati dalla Costituzione, tra autodeterminazione del singolo e tutela della salute**; alle regioni restano invece riservati, in tema di vaccinazioni obbligatorie, l'organizzazione dei servizi sanitari e l'identificazione degli organi deputati al controllo ed alle conseguenti sanzioni.

L'eventuale modificazione della soglia stabilita dal legislatore statale per tradurre in obbligo una raccomandazione al trattamento vaccinale costituirebbe invece un'alterazione e dunque una violazione dell'equilibrio (e del bilanciamento) operato dalla legge statale, e sarebbe quindi non derogabile dalle Regioni, né in senso restrittivo né in senso meno restrittivo, in disparte la possibile incidenza, discriminatoria, su altre posizioni tutelate³⁷.

La recente sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021³⁸ (pur non attinente alla questione "vaccini") ha peraltro ulteriormente ribadito che, a fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, ragioni logiche, prima che giuridiche, radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività, sicché, quando il contagio si sia diffuso sul territorio nazionale, e mostri di potersi diffondere con tali caratteristiche anche oltre di esso, le scelte compiute a titolo di profilassi internazionale si intrecciano le une con le altre, fino a disegnare un quadro che può aspirare alla razionalità solo se i tratti che lo compongono sono frutto di un precedente

³⁵ "The Court reiterates that the term "law" as it appears in the phrases "in accordance with the law" and "prescribed by law" in Articles 8 to 11 of the Convention, is to be understood in its "substantive" sense, not limited to primary legislation, but including also legal acts and instruments of lesser rank. In sum, the "law" is the provision in force as the competent courts have interpreted" (cfr. punto 269 della motivazione).

³⁶ Per un'applicazione del principio, si cfr. le recenti TAR Lazio, III-quater, nn. 10047 e 10048 del 2020 e ancora 10352/2020 (conf., 10600/2020, 10579/2020, 10587/2020, 10557/2020, ex pluris; e, prima ancora, TAR Calabria, CZ. I, n. 1462/2020), relative **all'obbligo vaccinale antinfluenzale stagionale, con finalità di diagnosi differenziale rispetto al Covid-19, imposto agli ultrasessantacinquenni (pena il divieto di frequentare luoghi di facile assembramento come centri sociali e case di riposo) nonché per tutto il personale sanitario e sociosanitario operante in ambito regionale (pena il divieto di avere accesso ai rispettivi luoghi di lavoro).**

³⁷ Nel caso esaminato, l'imposizione selettiva di un vaccino agli operatori sanitari di una singola Regione inciderebbe sui diritti dei lavoratori, regolati in maniera diversa in violazione delle norme statali in materia di tutela e sicurezza nei luoghi di lavoro.

³⁸ La sentenza è stata resa a seguito di ricorso principale dello Stato contro la Regione Valle d'Aosta che aveva con legge regionale, previsto misure meno restrittive rispetto a quelle disposte dallo Stato, a tutela della salute in costanza di emergenza sanitaria.

indirizzo unitario, dotato di una necessaria visione di insieme atta a sostenere misure idonee e proporzionate.

Resa sul caso di misure meno restrittive rispetto alle corrispondenti misure statali, resta l'interrogativo se analoga conclusione potrebbe trarsi, invece, a fronte di misure "più" restrittive, anche se il riferimento al valore dell'"uguaglianza" nell'esercizio del diritto alla salute, ma anche alla giustificazione di sistema delle misure adottate sul piano della loro idoneità e proporzionalità, dovrebbe deporre in tal senso.

Questione in parte diversa è quella recentemente posta dell'obbligo vaccinale previsto dal D.L. 44/2021 a carico degli operatori sanitari³⁹; il D.L. è atto sostanzialmente legislativo e immediatamente efficace, ma necessita della conversione da parte del Parlamento, il che ingenera dei dubbi quanto alla ragionevolezza di una misura che imponesse un obbligo eventualmente non più esistente per effetto della mancata conversione a carico dei soli soggetti che, nelle more della conversione, vi fossero stati sottoposti; in un caso recente, la Corte costituzionale ha tuttavia ammesso la possibilità di disporre l'obbligo vaccinale con decreto legge⁴⁰, purché nella ricorrenza dei presupposti di necessità e urgenza previsti dalle pertinenti norme.

Tali presupposti di necessità e urgenza vanno ovviamente declinati secondo i nuovi paradigmi imposti dalla crisi pandemica.⁴¹

VI. Effetti giuridici dell'assolvimento dell'obbligo vaccinale

Una volta imposto o suggerito il trattamento vaccinale, ne vanno indagati gli effetti.

Quali sono i vantaggi o gli svantaggi derivanti ai singoli dalla sottoposizione o meno al trattamento vaccinale?

Il dibattito - non necessariamente posto sul piano giuridico - ha già incrociato la questione del c.d. "passaporto vaccinale", che abiliterebbe coloro i quali fossero stati sottoposti al trattamento vaccinale ad esercitare attività, o godere di libertà (accesso a locali pubblici, ma anche utilizzo di mezzi di trasporto internazionale), precluse a chi non fosse ancora stato sottoposto a tale trattamento.

La questione sembra sia stata posta a livello regionale fin dalla prima fase della pandemia (il governatore della Sardegna, la scorsa estate, ipotizzava una sorta di "passaporto anti-covid" in capo ai soggetti che volessero trascorre le vacanze in Sardegna).

Orbene, al netto delle questioni relative al livello di regolamentazione di siffatti effetti giuridici (difficilmente allocabili in capo alle Regioni e piuttosto riservati anch'essi allo Stato, ad esempio in sede di gestione dell'ingresso nel territorio nazionale, o addirittura alle competenti autorità UE, essendo il diritto di circolazione, quantomeno all'interno dell'area Schengen, diritto dei cittadini dell'Unione), sembrano rilevare quantomeno i seguenti problemi:

³⁹ Su cui si veda il successivo par. VIII.

⁴⁰ Si tratta della più volte citata sentenza n. 5/2018.

⁴¹ E' quanto osserva, in prospettiva comparativistica, F.Cafaggi ("A first comparative...., cit.): "The cases law suggest that the adoption of restrictive measures and the limitation of constitutional rights to protect health is considered lawful when the governmental rule making power is grounded on the state of emergency".

come possa l'esercizio di un diritto (non sottoporsi a vaccinazione qualificata facoltativa) inibire attività garantite in quanto rientranti tra le libertà fondamentali (di circolazione, inter alia, ma, volendo approfondire, di accesso all'istruzione, alle cure, et similia);

come possa comunque inibirsi l'esercizio di libertà fondamentali a fronte della conclamata impossibilità di sottoporsi a trattamento vaccinale (problema che rileva per i soggetti immunodepressi ovvero per tutti i soggetti per i quali è sconsigliata la vaccinazione).⁴²

Al riguardo, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ⁴³ ha già considerato l'esigenza che il vaccino resti facoltativo e che non possa subire alcuna conseguenza discriminatoria chi abbia volontariamente rifiutato il vaccino.

E tuttavia, la mancata vaccinazione, per non tradire il senso stesso della politica vaccinale, e dunque per garantire la tutela collettiva, non potrebbe che essere "surrogata" da una, tendenzialmente equivalente, certificazione sanitaria, che garantisca, per il limitato scopo per il quale è richiesta (accesso ai luoghi, trasporto aereo e simili), l'assenza della malattia⁴⁴, escludendo così la possibilità di contagio.

La ricerca di "surrogati", evincibile nella regolamentazione, tuttora in corso, del "passaporto europeo", come anche dei corrispondenti nazionali⁴⁵, costituisce il livello avanzato di "bilanciamento" tra l'autodeterminazione individuale (il diritto di non vaccinarsi) e il diritto collettivo alla salute (che passa per l'accertamento della "salute" del singolo che entri in contatto con altri), di cui occorre ancora indagare la tenuta in termini di adeguatezza e proporzionalità, considerando anche, tra le altre variabili, lo stato attuale della complessiva campagna vaccinale.

In ogni caso, al netto della questione sull'obbligatorietà del vaccino, che determinerebbe una funzione "certificativa" dell'eventuale passaporto vaccinale, questo potrebbe invece riguardarsi come misura di incentivazione al vaccino ove questo rimanesse facoltativo ma consentisse attività diversamente limitate o precluse ai non vaccinati.

Tale ragionamento non potrebbe tuttavia valere per l'esercizio dei diritti fondamentali, anche considerando che la mancata vaccinazione potrebbe non essere imputabile al singolo (nelle more della somministrazione nel rispetto delle tempistiche individuate o comunque a causa di controindicazioni mediche).

Nel contesto esaminato, l'art. 9 del D.L. 22 aprile 2021, n. 52 ("Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione

⁴² Quest'ultima problematica è a base della controversia risolta da TAR Puglia, Bari, II, n. 39/2021, che appunto esclude l'obbligo di vaccinazione (non riferita, in quella sede, alla vaccinazione anti-covid) in capo al minore affetto da patologie ostative ovvero già naturalmente immune ai fini del rilascio delle certificazioni necessarie (anagrafe vaccinale) a consentire la frequenza della scuola dell'infanzia

⁴³ Cfr. Risoluzione n. 2361 (221) in data 27 gennaio 2021 (Doc. 15212, report of the Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development): "7.3.1 ensure that citizens are informed that the vaccination is not mandatory and that no one is politically, socially, or otherwise pressured to get themselves vaccinated, if they do not wish to do so themselves; 7.3.2. ensure that no one is discriminated against for not having been vaccinated, due to possible health risks or not wanting to be vaccinated".

⁴⁴ Sotto forma di attestazione di negatività al virus in un tempo dato, a far data da un certo momento, ovvero di avvenuta guarigione.

⁴⁵ O, in taluni casi, addirittura regionali, come previsto dall'Ordinanza n. 17 del 6 maggio 2021 del Presidente della Giunta regionale della Regione Campania che, per quanto rileva, "formula indirizzo ai direttori sanitari delle RSA e agli altri soggetti competenti: di consentire l'accesso alle strutture, nel rispetto delle misure di sicurezza fondamentali (obbligo di utilizzo di dispositivi di protezione individuale, frequente igienizzazione delle mani e degli oggetti) ai visitatori che comprovino, attraverso esibizione di certificazione/smart card, di aver completato la vaccinazione, secondo quanto prescritto dalle indicazioni del Ministero della salute".

dell'epidemia da COVID-19) introduce le “Certificazioni verdi COVID-19” allo scopo di comprovare “lo stato di avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2 o guarigione dall'infezione da SRS-CoV-2 ovvero l'effettuazione di un test molecolare o antigenico rapido con risultato negativo al virus SARS-CoV-2.

Il rilascio di tale certificazione passa per la piattaforma nazionale “digital green certificate” (Piattaforma nazionale – DGC), interoperabile a livello nazionale ed europeo ⁴⁶, e ha lo scopo di attestare, in via alternativa, l'avvenuta vaccinazione anti-SARS-CoV-2 al termine del prescritto ciclo, l'avvenuta guarigione da COVID-19 con contestuale cessazione dell'isolamento prescritto in esito ad infezione da SARS-CoV-2, disposta in ottemperanza ai criteri stabiliti dalle apposite circolari del Ministero della salute, ovvero l'effettuazione di test antigenico rapido o molecolare con esito negativo al virus SARS-CoV-2.

In coerenza con l'attuale incertezza circa l'efficacia temporale del trattamento vaccinale, si prevede che la certificazione “verde” abbia durata semestrale a far data dal completamento del ciclo vaccinale ovvero dall'avvenuta guarigione e di quarantotto ore dall'esecuzione del test.

Si tratta di normativa transitoria applicabile fino alla data di entrata in vigore degli atti delegati per l'attuazione delle disposizioni di cui al regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificazioni interoperabili relative alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la libera circolazione all'interno dell'Unione europea durante la pandemia di COVID-19⁴⁷.

Lo stesso D.L. già prevede taluni possibili effetti connessi al possesso della “certificazione verde”.

In particolare: l'art. 2 (“Misure relative agli spostamenti”) consente ai soggetti muniti delle certificazioni verdi COVID-19 gli spostamenti in entrata e in uscita dai territori collocati in zona arancione o rossa, senza necessità di comprovare eventuali esigenze lavorative, situazioni di necessità, motivi di salute o di rientro ai propri residenza, domicilio o abitazione; l'art. 7 (“Fiere, convegno e congressi”) demanda ad apposite linee guida la possibilità di riservare l'accesso alle fiere, in zona gialla, per particolari eventi, ai soli soggetto in possesso delle certificazioni verdi COVID-19.

Da quanto è dato comprendere, la totale riapertura di tutte le attività e la fruizione delle stesse sarà, in qualche misura, condizionata al possesso della certificazione verde, che è prevista anche, nella sua forma interoperativa, per la libera circolazione all'interno del territorio UE.

Connessa alla precedente è la questione relativa alla **gestione dell'eventuale passaporto vaccinale (ovvero certificazione verde) ai fini della privacy.**

Più puntualmente, si pone la questione della **gestione dei dati sensibili** relativi all'assolvimento dell'obbligo vaccinale, ovvero del possesso delle alternative condizioni previste nella certificazione verde (che sono dati certamente protetti dalla normativa sulla privacy, rafforzata a livello eurounitario) rispetto alla fruizione di servizi o all'espletamento di attività cui la vaccinazione è (o fosse) preordinata⁴⁸.

⁴⁶ Grazie a specifiche tecniche ancora a definirsi con successivo decreto; cfr. art. 9 cit., comma 10.

⁴⁷ Cfr. art. 9 cit., comma 9.

⁴⁸ Il comma 10 dell'art. 9 cit. rimanda a successivo decreto di individuare i dati che devono essere riportati nelle certificazioni verdi, i soggetti deputati al controllo delle certificazioni, i tempi di conservazione dei dati raccolti ai fini dell'emissione delle certificazioni e le misure per assicurare la protezione dei dati personali ivi contenuti.

Naturalmente, ove fosse generalizzato l'uso del "passaporto" per l'accesso a luoghi o per la fruizioni di servizi, occorrerebbe quantomeno implementare la normativa quanto agli obblighi del responsabile del trattamento dei dati in ragione della natura sensibile di quelli in questione.

VII. Reazioni avverse al vaccino

Si è già accennato (con riferimento a quanto statuito in materia di vaccinazione obbligatoria dalla Corte costituzionale) alla possibilità di indennizzare (e di risarcire) i soggetti che abbiano contratto malattie in conseguenza del trattamento vaccinale.

L'imposizione di un obbligo vaccinale comporta, infatti, l'assunzione del rischio relativo ad eventuali danni derivati dalla somministrazione in capo all'Autorità che abbia imposto l'obbligo.

La legge italiana⁴⁹ prevede un riconoscimento economico in favore di "chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica".

Tale riconoscimento (indennizzo) è previsto anche per chi si sia sottoposto a vaccinazioni non obbligatorie, ma necessarie per motivi di lavoro o per incarichi d'ufficio o per poter accedere ad uno stato estero, oppure rientri nella categoria dei soggetti a rischio operanti in strutture sanitarie ospedaliere e, in quanto tale, si sia sottoposto a vaccinazioni, anche non obbligatorie.

A tale conclusione è pervenuta la Corte costituzionale che, con sentenza n. 118 del 23 giugno 2020, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la legge italiana che non prevedeva l'indennizzo per un soggetto danneggiato in conseguenza della somministrazione di un vaccino non obbligatorio ma solo "raccomandato"⁵⁰, spiegando che, benché la tecnica della raccomandazione esprima maggiore attenzione all'autodeterminazione individuale (o, nel caso di minori, alla responsabilità dei genitori) e, quindi, al profilo soggettivo del diritto fondamentale dalla salute, tutelato dal primo comma dell'art. 32 Cost., essa è pur sempre indirizzata allo "scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo"; e dunque che il comune scopo di garantire e tutelare la salute (anche) collettiva, attraverso il raggiungimento della massima copertura vaccinale, esclude che vi sia "differenza qualitativa" tra obbligo e raccomandazione, essendo l'obbligatorietà del trattamento vaccinale solo uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione.

Il diritto all'indennizzo del singolo è fondato quindi non già sulla natura obbligatoria del trattamento, ma piuttosto sul **"necessario adempimento, che si impone alla collettività, di un dovere di solidarietà, laddove le conseguenze negative per l'integrità psico-fisica derivino da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato che sia) effettuato nell'interesse della collettività stessa, oltre che in quello individuale"**⁵¹.

⁴⁹ Cfr. L. 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati).

⁵⁰ Si trattava, nel caso di specie, del vaccino contro il contagio del virus dell'epatite A, che aveva provocato l'insorgere della grave patologia del "lupus eritematoso sistemico" in danno di un soggetto sottoposto al trattamento vaccinale.

⁵¹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 118/2020.

L'indennizzo si configura, quindi, come una misura di solidarietà sociale con funzione assistenziale, forfettizzato in base al tipo e alla gravità della patologia insorta a seguito della vaccinazione e comprensivo di tutti gli aspetti economicamente valutabili dei danni all'integrità psicofisica.

I soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, ma non le altre categorie di beneficiari, possono poi ottenere, in aggiunta all'indennizzo ordinario, un assegno una tantum, con una maggiorazione pari a 30% dell'importo dell'indennizzo dovuto per il periodo compreso tra il manifestarsi della malattia e la liquidazione dell'indennizzo stesso.

Quid iuris, quindi, in caso di vaccino non obbligatorio?

Stante la sostanziale equiparazione tra trattamento solo raccomandato e trattamento obbligatorio nell'area medica, non dovrebbero esservi differenze quanto alla generale risarcibilità delle conseguenze avverse del vaccino a carico della collettività, ove si riesca a dimostrare (e evidentemente non è affatto semplice) la sussistenza di tutti gli elementi propri dell'illecito aquiliano (danno, nesso causale, dolo o colpa).

La vaccinazione obbligatoria è invece maggiormente garantita dalla espressa previsione di un indennizzo che è riconosciuto a prescindere dalla ricorrenza dell'illecito ed anzi, in qualche maniera, presuppone la legittimità dell'obbligo così come imposto, pur facendo salva la possibilità di far valere il maggior danno ai sensi dell'art. 2043 C.C.

Allo stato, la Corte costituzionale ha però riconosciuto l'equiparabilità della vaccinazione non obbligatoria a quella obbligatoria, ai fini della possibile indennizzabilità forfettaria, solo, come sopra detto, per la vaccinazione anti-epatite, anche se ha aperto un sicuro varco nella direzione della generale indennizzabilità di tutte le vaccinazioni, anche solo "raccomandate", tenuto conto delle chiare argomentazioni sviluppate a sostegno della conclusione assunta.

Le vaccinazioni anti-covid, in effetti, non sembrano diverse dall'ipotesi specificamente presa in considerazione dalla Corte costituzionale, stante la generale "raccomandazione", peraltro "rafforzata", alla loro somministrazione.

VIII. I vaccini anticovid obbligatori

L'obiettivo incertezza su tante delle questioni involte all'utilizzo dei vaccini anti-covid ha, come già sopra evidenziato, determinato, allo stato, la scelta del decisore politico di non introdurre in generale l'obbligo vaccinale.

Il legislatore italiano ha invece, con il recente D.L. 44/2021⁵², espressamente imposto l'obbligo vaccinale per gli operatori del settore sanitario (esercenti le professioni sanitarie e operatori di

⁵² Cfr. art. 4 D.L. 1 aprile 2021, n. 44: "In considerazione della situazione di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2, fino alla completa attuazione del piano strategie vaccinale nazionale, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, al fine di tutelare la salute pubblica a mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza è fatto obbligo agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali di sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati. Solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, la vaccinazione di cui al comma 1 non è obbligatoria e può essere omessa o differita.; la mancata osservanza dell'obbligo vaccinale, ritualmente accertata, determina "la

interesse sanitario⁵³), per i quali già erano sorti problemi applicativi sulla base del risalente T.U. 81/2008⁵⁴ (in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro), alla stregua del quale, secondo la giurisprudenza del giudice del lavoro, detti operatori già sarebbero stati onerati della sottoposizione al vaccino per poter continuare ad espletare il servizio nel rispetto dell'art. 2087 C.C.⁵⁵.

Va segnalato, al riguardo, che l'art. 279 del TUS già fa obbligo al datore di lavoro di mettere "a disposizione vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente" e che, d'altra parte, la direttiva della Commissione europea del 3 giugno 2020, n. 2020/739, recepita in Italia con l'art. 4 del D.L. n. 125/2020, convertito dalla legge n. 159/2020, ha espressamente incluso il SARS-CoV-2 tra gli agenti biologici da cui è obbligatoria la protezione anche nell'ambiente lavorativo.

Si è dunque osservato, al riguardo, che la disposizione recentemente introdotta è fortemente segnata dal principio di prevenzione da porre alla base dei comportamenti doverosi imposti al datore di lavoro, per quanto neppure in passato si fosse dubitato della rilevanza del rifiuto del vaccino - ben vero ove ritenuto necessario - da parte dell'operatore sanitario sul piano degli effetti sul rapporto, abilitando il datore di lavoro a reagire in via disciplinare ovvero, più prudentemente, solo a contestare l'inidoneità in concreto al servizio del lavoratore non vaccinato.⁵⁶

sospensione del diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-Cov-2".

⁵³ La infelice formulazione del testo normativo determina non poche complicazioni interpretative, anzitutto, in via rilevante, sull'ambito soggettivo di applicazione, essendo, la definizione di "operatori di interesse sanitario", tutt'altro che agevole e peraltro spesso differente da regione a regione, con esiti applicativi non compatibili con la ratio di tutela uniforme della salute e del lavoro e della salda allocazione della profilassi internazionale, comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso ovvero a prevenirla, in capo allo Stato, ex art. 117, secondo comma, lettera q), Cost..

Più ragionevolmente occorrerebbe considerare che la legge fa riferimento a tutti gli operatori "di interesse sanitario", che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali, con una formulazione amplissima riferita ai luoghi della prestazione (e dunque all'ambiente di lavoro rispetto al quale occorre tarare il rischio specifico) e indipendente dalla oggettiva caratterizzazione "sanitaria" dell'attività svolta.

Cfr., sul punto, R. Rivero, "Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto legge n. 44/2021", in corso di pubblicazione.

⁵⁴ Si tratta del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 ("Testo unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro").

⁵⁵ Cfr. Tribunale Belluno, sezione lavoro, 23.3.2021, che, in sede cautelare, aveva respinto il ricorso in via d'urgenza proposto da infermieri e operatori sanitari che avevano rifiutato di sottoporsi al vaccino anti-covid e, a seguito di giudizio del medico competente, erano stati sospesi dal servizio (pur mantenendo la retribuzione feriale), richiamando proprio il generale obbligo di cui all'art. 2087 C.C., che, per quanto rileva, impone obblighi positivi a carico del datore di lavoro a tutela degli stessi lavoratori renitenti, dei loro colleghi e di terzi.

Non erano, tuttavia, mancate pronunce di segno contrario, che hanno fatto leva sull'assenza di una norma di legge statale che rendesse espressamente obbligatorio il trattamento vaccinale per i dipendenti, non essendo sufficiente, a integrare l'obbligo, una decisione amministrativa: cfr. Tribunale Messina, sezione lavoro, n. 23455 del 12 dicembre 2020.

Va aggiunto che le misure di prevenzione previste nel Testo unico della sicurezza sono state integrate da ulteriori misure, poste a carico sia dei datori di lavoro che dei lavoratori e codificate nei protocolli di sicurezza concordati tra le parti sociali per la prosecuzione e messa in sicurezza dell'attività produttiva, resi obbligatori dal legislatore con i DPCM del 10 e 6 aprile 2020; l'osservanza dei protocolli integra l'adempimento delle prescrizioni dell'art. 2087 C.C. ai fini della responsabilità civile e penale dal datore di lavoro (ex art. 29-bis, D.L. n. 23/2020, come convertito, con modifiche, dalla legge n. 40 del 2020).

⁵⁶ La sentenza n. 218 del 1994 della Corte costituzionale, a proposito degli accertamenti obbligatori per infezione da HIV nell'ambito delle attività di assistenza e cura, aveva ammesso la legittimità di un trattamento sanitario obbligatorio a carico del lavoratore portatore del rischio in presenza di un pericolo per la salute dei terzi, al fine di garantire il diritto fondamentale alla salute degli altri soggetti, da ritenersi prevalente sulla libertà (autodeterminazione) di chi decide di non curarsi. Ritorna la rilevanza esterna del trattamento sanitario obbligatorio, che, sembra suggerire la Corte, non può ricondursi solo alla sfera individuale tutte le volte che possa impattare sul contrapposto diritto di altri, rispetto al quale l'autodeterminazione del singolo deve recedere e con cui deve comunque confrontarsi.

Il ragionamento svolto dai giudici del lavoro si è svolto tutto negli stretti ambiti della tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro e, per certi versi, è stato obbligato dalla consolidata applicazione delle disposizioni in materia; la giurisprudenza gius-lavoristica ha, invero, nell'ottica del tendenziale favor riservato al soggetto "debole" del rapporto, individuato nel lavoratore, sempre favorito la rigida applicazione dei regolamenti e protocolli a carico del datore di lavoro (cui compete un obbligo di protezione consistente nell'assicurare la salute dai lavoratori anche apprestando le misure necessarie a garantire la complessiva salubrità dei luoghi in cui gli stessi esercitano l'attività), cui, per una strana ma non infrequente eterogeneità dei fini, ha però corrisposto l'imposizione di doveri a carico dei lavoratori (su cui, in definitiva, ricade l'obbligo vaccinale).

Del resto, la stessa giurisprudenza del giudice del lavoro⁵⁷ ha spesso interpretato secondo il principio di necessaria collaborazione le contrapposte posizioni soggettive e non è dunque in caso che, proprio dalle pronunce da quel giudice rese, provenga una impostazione "solidaristica" dei reciproci diritti e obblighi rinvenibili in materia⁵⁸.

Su tali basi, la Corte costituzionale, con sentenza n. 137 del 2019, aveva pure riconosciuto la possibilità per le Regioni (si trattava, in quel caso, della Regione Puglia) di organizzare l'accesso ai reparti degli istituti di cura individuati con delibera di giunta regionale, stabilendo allo scopo l'onere della vaccinazione, ma sul presupposto di un già vigente obbligo vaccinale per gli operatori, di matrice statale (evidentemente riferito a vaccinazioni diverse da quella anti-covid).

La nuova disciplina emergenziale impone, come detto, direttamente, anche l'obbligo vaccinale anti-covid per i soggetti indicati, indirettamente coercibile attraverso la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-Cov-2.

Si verte, nella specie, di obbligo cogente, che, per le finalità cui attende, sembra rispondente ai criteri individuati dalla Corte costituzionale per validare l'obbligo vaccinale, non sembrando possibile garantire analogo risultato (totale sicurezza degli altri lavoratori e dei pazienti, per definizione fragili) mediante la sola vaccinazione volontaria e la libera scelta degli operatori, giacché anche un solo operatore non vaccinato potrebbe diffondere il contagio e il risultato potrebbe essere conseguito, dunque, solo attraverso la vaccinazione di tutti.

Potrebbe osservarsi, al riguardo, che l'obbligo praticamente impatta in maniera assai diversificata tra i vari operatori di settore interessati, che, in base alla concreta organizzazione datoriale (più o meno strutturata), potrebbero subire le conseguenze del mancato assolvimento in misura più o meno grave (dalla mera adibizione ad altro incarico, al demansionamento, al licenziamento), oltre a pregiudicare i diritti propri del lavoratore, di natura costituzionale non solo primaria ma anche "fondativa", essenziale e intangibile e dunque in alcun modo comprimibile.

L'impostazione pan-lavorista, in disparte la possibile dequotazione dei rilievi così svolti a questioni di fatto non valutabili dal giudice delle leggi, sconta tuttavia l'obiezione che il trattamento è obbligato

⁵⁷ La Corte costituzionale ha consolidato tale impostazione in più occasioni affermando la sussistenza di obblighi di protezione a carico del datore di lavoro nello svolgimento dell'attività lavorativa. Ad esempio, con la sentenza n. 99 del 1980, in materia di controlli medici, ha sostenuto che le disposizioni imponenti tali obblighi non sono dirette a limitare la libertà, la dignità e l'onorabilità individuale del lavoratore nell'organizzazione aziendale, ma concorrono a disciplinare l'attività collettiva dei facenti parte di tale organizzazione che, come quella di qualsivoglia gruppo umano avente uno scopo economico comune, non può attuarsi senza i necessari controlli.

⁵⁸ L'art. 20 del TUS espressamente pone una correlazione tra gli obblighi del datore di lavoro e quelli del lavoratore, stabilendo che "ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo del lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro".

anche a tutela dello stesso lavoratore sottoposto al trattamento, nonché degli altri lavoratori, onde potrebbe ragionevolmente ritenersi che il diritto del lavoratore (che deve essere garantito nell'ambiente di lavoro) non potrebbe comunque essere riguardato nella sua individualità e assolutezza ma andrebbe in ogni caso bilanciato con diritti di pari rango primario, quali sono i diritti degli altri lavoratori; inoltre, i diritti dei lavoratori, pure garantiti in via costituzionale, dovrebbero, in prospettiva sistemica, comunque confrontarsi con i diritti fondamentali dei soggetti con cui vengono necessariamente a contatto (i pazienti, in primis), che i lavoratori "uti singuli" non potrebbero giammai mettere in pericolo o tantomeno ledere.

Resta il problema della vaccinazione dei lavoratori in ambiti diversi da quelli espressamente individuati dal legislatore.⁵⁹

Ove invero fosse effettivamente individuabile un obbligo datoriale di garantire la sicurezza dei lavoratori, oltre che degli utenti esterni dell'eventuale servizio offerto al pubblico (di natura essenziale e generale), che è il presupposto dell'introduzione dell'obbligo vaccinale di settore, sarebbe difficile argomentare sulla sufficienza della mera facoltatività del vaccino anche in altri ambiti, per cui, in verità, meno impellente si è finora manifestata l'esigenza di intervenire stante la diffusione delle modalità di smart-working e la chiusura temporanea di molte attività e soprattutto degli istituti scolastici.

Si pensi, ad esempio, agli uffici aperti al pubblico, ma anche agli ambiti estesi di lavoro svolto necessariamente in forma collettiva (comparto industria, logistica e simili).

La progressiva riapertura renderebbe invece ineludibile il problema.

Resta pure scoperto l'aspetto, evidenziato dalle reiterate pronunce della Corte costituzionale, che non potrebbe imporsi un trattamento ingenerante potenziali effetti pregiudizievoli sull'interessato, peraltro in assenza di adeguata previsione indennitaria e di sicura efficacia dello stesso.

Il riferimento torna alle critiche fondate, da un lato, sulla contestata efficacia dei vaccini anti-covid, in misura solo percentuale e peraltro, a quanto sembra, temporanea, e dall'altro sulla ancora scarsamente indagata possibilità di effetti avversi, in ragione delle insolite modalità acceleratorie delle sperimentazioni sui nuovi vaccini, che renderebbero "incerto" il trattamento sanitario imposto.⁶⁰

Se si trattasse di trattamento "sperimentale", questo il ragionamento, non sarebbe coercibile, sulla base anche della giurisprudenza della Corte costituzionale.

Tanto più ove non fosse dimostrato l'effetto utile dell'immunità "di gregge", o almeno "di massa", che andrebbe, "de die in diem", perseguita o mantenuta con la continua e reiterata vaccinazione di tutti⁶¹.

⁵⁹ "(...) il dilemma dell'impatto dei vaccini sul rapporto di lavoro ... rimarrà. E si riproporrà man mano che la campagna vaccinale andrà avanti con la messa a disposizione dei vaccini per altre categorie di lavoratori, in relazione a tutte le mansioni in cui esista il rischio di contatti interpersonale, anche al di fuori degli ospedali e delle strutture sanitarie e socioassistenziali"; cfr. R. Rivero, cit.

⁶⁰ "Cfr. Corte. Cost., n. 118/1996: "In nome del dovere di solidarietà verso gli altri è possibile che chi ha da essere sottoposto al trattamento sanitario ... sia privato della facoltà di decidere liberamente. Ma nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri".

⁶¹ Cfr. F. Cafaggi: "Individual vaccination is a measure that at the same time protects individuals and the community from the spread. But the effects might differ. The level of individual protection might be higher than the effect of contagion reduction. That vaccines reduce contagion is clear. It remains unsettled the extent and duration of immunity. The control over immunity and the definition of a vaccination scheme that can ensure continuous immunity is of paramount importance".

IX. Diritto al vaccino e priorità nella somministrazione

La oggettiva scarsità delle dosi disponibili ha, nel caso dei vaccini anti-covid, determinato l'insorgenza di questioni in parte diverse da quelle originate in occasione degli altri trattamenti vaccinali.

La prima, in ordine logico, è probabilmente connessa alla qualificazione del trattamento vaccinale come "diritto"⁶².

Se di diritto si tratta⁶³, lo stesso è certamente condizionato alla disponibilità delle dosi e alla strutturazione degli apparati sanitari deputati alla somministrazione; non può dunque essere un diritto immediatamente e incondizionatamente esercitabile.

L'esercizio del diritto, poi, è naturalmente "graduato", ossia possibile nel rispetto della graduazione, temporale e categoriale, prevista dalle pertinenti disposizioni, prevalentemente regolamentari.

E' dunque di rilevante importanza l'individuazione dei soggetti prioritariamente destinatari della somministrazione.

Anche in questo caso, l'analisi dei dati, preliminare alla scelta del decisore politico, ha individuato una sicura priorità per i soggetti naturalmente più "fragili", statisticamente identificati in quelli di età più avanzata perché maggiormente interessati da forme gravi di malattia e da eventi mortali.

A questi sono stati aggiunti progressivamente i "comunque fragili", cioè i soggetti vulnerabili non già in ragione dell'età ma perché affetti da altre patologie (più o meno) gravi che eventualmente richiedessero cure incompatibili con l'eventuale ulteriore infezione.

La scelta, dapprima operata sul criterio "soggettivo" di maggiore vulnerabilità, ha poi dovuto misurarsi con la valutazione di altre esigenze, quali quella di garantire condizioni di lavoro sicure per gli operatori comunque esposti o maggiormente esposti al contagio, identificando, a tale scopo, categorie quali gli operatori sanitari, le forze dell'ordine e simili, indipendentemente dall'età, allargate poi, non sempre ragionevolmente, a discrezione delle Regioni, almeno in una prima fase, a categorie diverse per le quali fosse stato individuato un diverso criterio di priorità (ad esempio, in via generalizzata, i docenti, o gli operatori scolastici, pur a fronte di diffuse modalità di didattica a distanza, specie in ambito universitario).

Trattandosi di accesso a prestazioni sanitarie, che, in forza del combinato disposto degli art. 3 e 32 della Costituzione, dovrebbe avvenire in condizioni di uguaglianza tra i cittadini, l'aver rimesso alle Regioni, nel quadro della ampia discrezionalità lasciata in materia, la definizione delle categorie aventi diritto in priorità, ha indubbiamente determinato disparità e creato, peraltro, le disfunzioni organizzative per l'effetto insorte, ben evidenziate dall'informazione giornalistica.

⁶² Si pone il problema L. Taschini, in "Il vaccino antiCovid nel rapporto di lavoro. Riflessioni a partire dall'ordinanza cautelare del giudice del lavoro di Messina" in Giustizia insieme, 16 febbraio 2021, cfr. nota 4: "In relazione al problema dell'accesso alla vaccinazione, sicuramente attuale vista la carenza e la limitatezza delle dosi disponibili, occorre chiedersi, esiste un diritto ad essere vaccinati? Ad essere vaccinati entro un certo limite temporale? Quali priorità sono riscontrabili, se vi sono, tra la popolazione nell'accesso di vaccino? La Costituzione offre criteri per determinare l'ordine giusto ed equo di vaccinazione?"

⁶³ Segnatamente, diritto di prestazione ad ottenere un trattamento sanitario.

Inoltre, la disomogeneità degli “output” su base regionale, dipendente dalla diversa composizione della platea di intervento, ha impedito anche una efficiente verifica dei risultati, con evidente ulteriore incidenza sulle stesse scelte di politica sanitaria.

La recente ordinanza n. 6 del 9 aprile 2021 del Commissario straordinario per l'emergenza Covid (organo istituito con il d.l. n. 18/2020 presso la Presidenza del Consiglio) ha infine stabilito criteri di priorità nell'ordine vaccinale anzitutto in base all'età anagrafica, ma ha poi affermato che “parallelamente alle suddette categorie è completata la vaccinazione di tutto il personale sanitario e sociosanitario, in prima linea nella diagnosi, nel trattamento e nella cura del COVID-10 e di tutti coloro che operano in presenza presso strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private”.

La combinazione dei diversi criteri ha certo finora determinato, per un verso, e pur tenendo conto delle difficoltà oggettive di approvvigionamento delle dosi, il rallentamento della campagna vaccinale “per età”, in generale, e, per altro, evidenti disparità di “accesso al vaccino”, tuttora riscontrabili, con modalità e tempi diversi da Regione a Regione.

La tempistica di accesso al vaccino è questione, del resto, affrontata non solo in Italia.

L'individuazione di categorie generali, in via d'urgenza e sulla base dei dati statistici raccolti, mal si presta, invero, alla personalizzazione delle cure necessaria in ambito sanitario, né può, per altro verso, pretendersi, da una normativa per forza di cose “in progress”, la previsione di tutti i possibili casi o eccezioni.

Tale situazione ha dunque ingenerato un cospicuo contenzioso nel quale sono state fatte valere condizioni personali che, palesando situazioni di particolare fragilità, non espressamente previste nelle individuate “categorie prioritarie”, hanno determinato una sorta di ulteriore “priorità” per via giurisdizionale, giustificata dalla ritenuta ricorrenza della lesione, altrimenti cagionata, di diritti costituzionalmente o convenzionalmente garantiti.⁶⁴

Altro profilo di non scarsa rilevanza e di recente insorto è quello relativo alla “scelta” del vaccino somministrando.

I target vaccinali imposti dalla regolamentazione generale hanno finora escluso che il singolo potesse “scegliere” quale vaccino farsi somministrare, pur in presenza, come già osservato, di vaccini diversi per struttura, modalità di immunizzazione indotta ed efficacia; tale peculiare regolamentazione ha tuttavia, nella sostanza, “imposto” a ciascuno un determinato tipo di vaccino e indotto taluni a rifiutarlo proprio in ragione della mancata possibilità di scelta.

Tale discrasia è stata, da talune Regioni, corretta in fase applicativa, pur, è a dire, in mancanza di specifiche disposizioni al riguardo, consentendo, fin dal momento della prenotazione per l'accesso al trattamento, di conoscere il tipo di vaccino che sarebbe stato somministrato.

Non può allo stato dirsi se la problematica segnalata determinerà contenziosi al riguardo ovvero se, una volta entrato a regime l'approvvigionamento delle dosi, anche le preferenze individuali, a fronte di un vaccino tuttora “facoltativo”, potranno trovare adeguata soddisfazione.

⁶⁴ E' il caso esaminato dalla Corte tedesca di Francoforte sul Meno (decisione del 12 febbraio 2021) che ha, con provvedimento d'urgenza, tenendo in specifica considerazione il diritto alla salute potenzialmente messo in pericolo dal protrarsi della pandemia senza offrire protezione vaccinale ai soggetti fragili, ordinato all'Amministrazione sanitaria di esaminare il caso della ricorrente, minore e disabile grave (con grave patologia respiratoria), ai fini della somministrazione prioritaria del vaccino con modalità off-label.

Il caso è particolarmente interessante perché coinvolge l'emersione di diritti individuali oltre la specifica previsione di legge positiva e sulla base della interpretazione convenzionalmente orientata dalla stessa.

X. Vaccini e trasparenza

L'adesione al trattamento sanitario presuppone il consenso informato del destinatario del trattamento.

L'Italia ha ratificato, con la legge n. 145/20021, la Convenzione di Oviedo del 1997 sui diritti dell'uomo e la biomedicina, che, all'art. 5, prevede che “un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato (...). La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso”.

L'Assemblea del Parlamento europeo, in data 27 gennaio 2021, con una specifica Risoluzione, ha rimarcato la necessità che il cittadino sia correttamente informato su tutte le questioni inerenti alla vaccinazione anti-covid 19, ivi compreso il contenuto dei contratti stipulati con i produttori.

Orbene, può dirsi realmente “informato” un soggetto che non abbia a disposizione, o non sia messo in grado di comprendere, la natura e gli effetti e tutte le implicazioni del trattamento sanitario che gli venga imposto, o cui comunque venga sottoposto, in ragione dell'autorevole avviso delle competenti autorità sanitarie?

La questione sembra avere risvolti soprattutto sul piano delle possibili conseguenze in caso di eventi avversi, rispetto ai quali non potrebbe probabilmente opporsi il “consenso dell'avente diritto”, inevitabilmente viziato dal vizio originario del consenso non informato.

E, sotto diverso profilo, meriterebbero più attenta indagine l'adeguatezza e la proporzionalità di un vaccino, “obbligatorio” o, comunque, fortemente “raccomandato”, di cui non siano allo stato certe tutte le implicazioni.

Ritorna, anche sotto il profilo in esame, centrale la questione della natura “sperimentale” del vaccino anti-covid, desunta dalla non convincente completezza dei dati a disposizione.

XI. Conclusioni (provvisorie)

L'emergenza sanitaria ha, per un verso, anche con riferimento ai vaccini, fatto riemergere la problematica classica sul bilanciamento tra valori e riattribuito centralità al principio di proporzionalità, messo a dura prova dalle tecniche di decisione, politica e giurisdizionale, costrette a confrontarsi con un quadro istruttorio non sempre compiutamente definito, con una parallela ridefinizione del principio di precauzione e con una riqualificazione del concetto di solidarietà sociale, tutto da costruire nella sua effettiva portata giuridica in relazione alle situazioni soggettive individuali tutelate ai diversi livelli.

Per altro verso, ha consentito di individuare problematiche inedite o diversamente sviluppate nella stessa materia dei vaccini, di cui sono già evidenti i possibili sviluppi giurisprudenziali, non sempre compiutamente evincibili dalla pregressa trattazione.

Maria Abbruzzese

Consigliere di TAR

pubblicato il 10 maggio 2021

D.L. Semplificazioni

Le novità in materia di commesse pubbliche, trasparenza amministrativa, durata dei procedimenti

di Rossana Turturiello - Specialista in materia di anticorruzione trasparenza, autrice e docente di corsi di formazione in materia di anticorruzione (*) e Nicola Dimitri Maria Porcari - Dipendente del Comune di Altamura, docente ed esperto in materia di prevenzione della corruzione

Nel presente contributo vengono passati in rassegna alcuni istituti oggetto di intervento da parte del legislatore del D.L. Semplificazioni che più degli altri hanno una interrelazione con la normativa anticorruzione. L'approdo normativo spiega la sua efficacia nella lotta alla corruzione sul versante preventivo. Quali novità e quali i risvolti positivi a sei mesi dall'entrata in vigore della legge?

La necessità di superare le ricadute economiche negative, riconducibili, in via diretta e non all'emergenza pandemica da COVID-19, ha spinto il legislatore all'adozione di mirate cautele volte a contrastare il rischio di possibili infiltrazioni e condizionamenti della criminalità organizzata nel circuito dell'economia legale.

La situazione emergenziale, infatti, ha imposto da un lato, l'individuazione di strumenti di accelerazione delle procedure pendenti e, dall'altro, di rafforzare i presidi di legalità.

Il D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. Decreto "Semplificazioni"), convertito dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120 ha introdotto diverse novità che hanno riguardato i contratti pubblici e non solo, visto e considerato che nel provvedimento d'urgenza sono rientrate, altresì, una serie di previsioni volte ad alleggerire il carico della responsabilità dei funzionari pubblici ed evitare l'inerzia della Pubblica Amministrazione con la rimozione della c.d. paura della firma, il più delle volte motivo di inazione nelle pubbliche amministrazioni (1).

Il Decreto Semplificazioni ha, di fatto, inciso sia sulla disciplina della responsabilità erariale che su quella della responsabilità penale, muovendosi nella direzione opposta rispetto alle più severe scelte di politica criminale che hanno accompagnato la Legge Spazzacorrotti (Legge n. 3/2019) nel contrasto ai reati contro la Pubblica Amministrazione. *Proprio questa ultima infatti ha esteso le scriminanti proprie dei delitti associativi alla lotta alla corruzione, si pensi per esempio alle tutele dell'agente sotto copertura.*

Novità in materia di gare

L'entrata in vigore il 15 settembre 2020 della Legge n. 120/2020 di conversione del D.L. Semplificazioni, ha di fatto introdotto importanti novità in materia di procedure per l'affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture a cui è dedicato l'intero Titolo I (Semplificazioni in materia di contratti pubblici ed edilizia) - Capo I (Semplificazioni in materia di contratti pubblici) della legge in commento, che si articola in dieci articoli in forza dei quali vengono introdotte nell'ordinamento:

(*) Scuola di formazione IPSOA.

(1) Per una disamina approfondita del tema cfr. di P. Briguori "La sopravvivenza della giurisdizione della Corte dei conti tra

scudo erariale e dolo 'penalistico'" e di R. Patumi "Procedure di affidamento semplificate introdotte dal decreto semplificazioni e responsabilità dei funzionari pubblici", in questa *Rivista*, n. 4/2021.

a) **disposizioni aventi carattere derogatorio** alla disciplina ordinaria del D.Lgs. n. 50/2016 **con efficacia temporale limitata al 31 dicembre 2021**;

b) **modifiche a regime** del Codice dei contratti pubblici;

c) **proroghe di sospensioni**, generalmente già introdotte con la Legge n. 55/2019, all'efficacia di alcune norme del Codice dei contratti pubblici.

Le modifiche al D.Lgs. n. 50/2016 (c.d. Codice dei contratti) hanno avuto il duplice obiettivo di:

- incentivare gli investimenti nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici;
- fronteggiare le ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19.

La disciplina derogatoria per le procedure relative a contratti sotto-soglia, è contenuta nell'art. 1 del decreto, in deroga agli artt. 36, comma 2, e 157, comma 2, del Codice dei contratti pubblici. La compiuta articolazione della disciplina derogatoria è affidata ai successivi commi 2, 3 e 4.

L'art. 36 introduce una deroga "temporalizzata" in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia "*durante il periodo emergenziale*": infatti la deroga si applica qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento siano adottati entro e non oltre il 31 dicembre 2021.

L'art. 1, comma 1 del D.L. n. 76/2020, al fine di massimizzare l'efficacia acceleratoria della deroga nell'ottica di favorire la ripresa degli investimenti pubblici, ha introdotto altresì una **tempistica stringente per l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente** che, salvi i casi di sospensione della procedura per effetto di provvedimenti dell'Autorità giudiziaria, deve avvenire **entro il termine di due o quattro mesi (a seconda della modalità di affidamento adottata) dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento**.

In ossequio alle innovazioni apportate alla Legge n. 241/1990 dall'art. 12 del medesimo D.L. n. 76/2020 la determina a contrattare o l'atto equivalente dovrà determinare la durata presunta del procedimento, al fine di consentire la valutazione della congruità della scelta ed il monitoraggio dei tempi (cfr. artt. 21 e 22 del D.L. n. 76/2020). *Monitoraggio dei tempi, da pubblicare in Amministrazione trasparente, che viene reintrodotta dopo che il D.Lgs. 97/2016 lo aveva abolito.*

Nei primi mesi di applicazione di questa disciplina sono sorti problemi in ordine all'individuazione del *dies a quo* da cui far partire il computo dei 2/4 mesi, soprattutto in relazione all'affidamento diretto, in considerazione del fatto che è ammessa l'adozione

di una determina a contrarre "*semplificata*" comprensiva dell'individuazione definitiva del contraente (ai sensi dell'art. 32, comma 2 del Codice dei contratti), per cui, l'attività precedente alla formazione ed approvazione dell'atto di aggiudicazione ha carattere istruttorio ed informale e dunque non sussiste di per sé un *dies a quo* dal quale calcolare i due mesi per la conclusione del procedimento. Il provvedimento 1) descrive e rende evidente la fase istruttorio; 2) legittima la successiva stipulazione del contratto. Alla luce poi, delle modifiche apportate dal provvedimento d'urgenza alla Legge n. 241/1990 e, in particolare all'art. 2 con l'introduzione del comma 4-bis *che disciplina il monitoraggio dei tempi del procedimento* - il problema è stato risolto guardando alla possibilità che Dirigente o il RUP possano formalizzare l'avvio del procedimento istruttorio, determinando in tal modo **un termine iniziale**. Tuttavia, l'eventuale diversa scelta del RUP, e della Stazione appaltante, di formalizzare anche la fase di selezione degli operatori economici cui chiedere preventivi o le proposte tecnico/economiche propedeutiche all'affidamento diretto, potrebbe di fatto comportare uno sfioramento del termine dei due mesi entro il quale va per legge, garantita "l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente", oltre **al rischio di procurare un danno erariale, laddove il ritardo comporti perdita di finanziamento, o danni da disagio** (pensiamo ai lavori da svolgere negli ambienti scolastici o in zone turistiche, ecc.) o **altri disvalori per la P.A. o per la comunità di riferimento**, direttamente imputabili al ritardo o all'inerzia del funzionario preposto. Per i motivi esposti, come data di avvio del procedimento negli affidamenti diretti rileverà alternativamente: la **data della determina a contrarre "classica"**, la **data del lancio della Trattativa Diretta/RDO**, la **data della PEC di richiesta dei preventivi (in caso di determina unica semplificata)**. L'aggiudicazione o l'individuazione del contraente coinciderà con la data della determina di aggiudicazione o con la data di adozione della determina semplificata.

Nelle **procedure negoziate senza pubblicazione del bando**, invece, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di due mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento e si discute se l'atto di avvio del procedimento coincida con: la data della determina a contrarre, con la pubblicazione dell'avviso di avvio della procedura negoziata (introdotto in fase di conversione, la pubblicazione dell'avviso di indagine di mercato o con la data di invio della lettera di invito.

Si ritiene preferibile, in ossequio alla finalità acceleratoria della procedura che caratterizza tutto l'impianto del Decreto, individuare l'atto di avvio del procedimento nella **determina a contrarre**, diversamente, allora, dopo la determina si potrebbe attendere *sine die* prima di inviare gli inviti.

Il comma 2 dell'art. 1 ha delineato, invece, la nuova temporanea segmentazione delle soglie disponendo che, *"fermo quanto previsto dagli artt. 37 e 38 del Codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 secondo le seguenti modalità:*

- **affidamento diretto** di lavori di importo inferiore a 150.000 euro e di servizi, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, e forniture di importo inferiore a 75.000 euro;

- **procedura negoziata senza bando di cui all'art. 63 del Codice**, previa consultazione di un numero graduato di operatori a seconda dell'importo da affidare. È stata prevista, quindi, la consultazione:

a. di almeno 5 operatori per forniture e servizi, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di valore inferiore alle soglie europee e per lavori di importo inferiore a 350.000,00 euro; si precisa che anche per i servizi di architettura e ingegneria occorre far riferimento alla soglia europea, quindi a 214.000,00 euro, e non più alle soglie previste dall'art. 157 del Codice, che è stato invece espressamente derogato,

b. di almeno 10 operatori per lavori da 350.000 euro fino al valore di 1 milione di euro,

c. di almeno 15 operatori per lavori di valore da 1 milione di euro sino alla soglia europea.

Riguardo alla procedura negoziata senza bando, la norma richiede la previa consultazione di un numero minimo di operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una **diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate**, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. Siamo di fronte ad una novità derogatoria considerato che l'art. 36 del Codice dei contratti prevede che l'affidamento degli appalti di valore inferiore alle soglie comunitarie avvenga consultando elenchi di operatori economici senza alcuna indicazione di provenienza, o svolgendo indagini di mercato senza alcuna limitazione territoriale.

A dire il vero, tale criterio non è destinato ad operare sempre, ma solo nei casi in cui la stazione appaltante

decida di operare una restrizione della platea dei concorrenti da invitare andando ad individuare un numero massimo di operatori da coinvolgere nella procedura di negoziata. Al contrario, qualora la stazione appaltante decida di invitare tutti i soggetti che hanno presentato manifestazione di interesse, anche se afferenti a un unico contesto territoriale, può procedere, in quanto, in tal caso, la formazione del novero degli operatori economici è determinata dalle dinamiche del "mercato di riferimento".

Il mancato rispetto dei termini previsti per le due procedure derogatorie, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della **responsabilità del RUP per danno erariale** e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto in caso di inadempimento dell'aggiudicatario.

La responsabilità, invece, per **tardiva sottoscrizione del contratto** è divenuta permanente per effetto della modifica apportata dall'art. 4, comma 1, del D.L. Semplificazioni all'art. 32, comma 8 del Codice sui contratti pubblici. Quest'ultimo, infatti, sempre per rispettare le finalità acceleratorie, ha introdotto un obbligo, ora divenuto cogente, di provvedere alla stipula del contratto entro 60 giorni dall'aggiudicazione, sostituendo le parole "ha luogo" con le parole "deve avere luogo". Sempre al comma 8 dell'art. 32, D.Lgs. n. 50/2016 è stato inserito un ulteriore periodo in cui si precisa che *"la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto. Non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto stabilito dai commi 9 e 11 [periodo stand still sostanziale e processuale di cui all'art. 32 del Codice - N.d.A.], la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita [dal giudice - N.d.A.] la stipulazione del contratto"*.

L'unico caso di esimente da responsabilità per il RUP riguarda, infatti, l'ipotesi di sospensione della procedura d'appalto disposta dall'Autorità giudiziaria.

Se si guarda al dato normativo di oggi, ci si rende conto che i termini di conclusione del procedimento sono perentoriamente stabiliti dalla norma (2/4 mesi) e funzionalizzati al perseguimento di specifici

obiettivi stabiliti dalla legge, rendendo più agevole l'avvio del procedimento per ottenere il risarcimento del danno da ritardo.

Sul punto, poi, non si può fare a meno di richiamare un altro aspetto problematico attinente alla obbligatorietà o meno del vincolo stabilito dalla deroga sull'uso delle procedure di affidamento: a prima vista, sembrerebbe che il legislatore abbia voluto introdurre un vero obbligo. Infatti, la norma recita *“le stazioni appaltanti procedono all'affidamento (...) secondo le seguenti modalità”*. Se così fosse le sole procedure utilizzabili nel sottosoglia sarebbero l'affidamento diretto e la procedura negoziata senza bando.

In realtà, la norma in questione ha introdotto, una **deroga** e non una **abrogazione** delle norme del Codice dei contratti che quindi mantengono immutato il loro valore di legge, producendo effetti giuridici e rilevanza di fonte per i principi e gli istituti ivi contenuti.

A parere di chi scrive, il D.L., nell'introdurre un temporaneo regime derogatorio in materia di affidamenti sotto soglia, di fatto non impedisce alle stazioni appaltanti di utilizzare **le procedure ordinarie** in luogo di quelle “accelerate” disciplinate dal decreto stesso.

Di sicuro, però, tale scelta dovrà essere congruamente motivata dalla stazione appaltante che l'adotta:

- a) in relazione al rispetto del principio di non aggravamento del procedimento;
- b) in relazione al rispetto dei termini di conclusione del procedimento espressamente previste con norma perentoria dal D.L. n. 76/2020;
- c) in conformità con gli obiettivi emergenziali contenuti.

L'art. 2 del D.L. n. 76/2020 conv. nella Legge n. 120/2020, invece, detta **disposizioni di carattere temporaneo** finalizzate ad incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici in relazione agli affidamenti sopra soglia.

L'art. 2, comma 1, D.L. n. 76/2020 dispone che, salve le ipotesi in cui la procedura per gli affidamenti di contratti pubblici, sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, **l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente deve avvenire entro il termine di sei mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento**. Il mancato rispetto di tali termini, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore

economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto.

Salvo quanto previsto dal successivo comma 3, il comma 2 conferma, quale regola generale, che le procedure da adottare per l'affidamento dei contratti sopra soglia sono quelle ordinarie e cioè, la procedura aperta o ristretta o la procedura competitiva con negoziazione, dialogo competitivo.

L'art. 2, comma 3, D.L. n. 76/2020, invece, estende l'ambito applicativo della procedura negoziata senza bando di cui all'art. 63, D.Lgs. n. 50/2016, in caso di ragioni di estrema urgenza derivanti dalla crisi causata dalla pandemia da Covid-19 o dal periodo di sospensione delle attività, previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro equipollente: tale previsione riguarda l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di opere di importo pari o superiore alle soglie comunitarie, per i settori ordinari, e di cui all'art. 125, per i settori speciali può essere utilizzata nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia Covid-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati.

Sia nei casi appena declinati che nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria, delle infrastrutture per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017-2021 e relativi aggiornamenti, nonché gli interventi funzionali alla realizzazione della transizione energetica, e per i contratti relativi o collegati ad essi, per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo, le stazioni appaltanti, per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti, operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi

inclusi quelli derivanti dalle Dir. 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli artt. 30, 34 e 42 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto.

Per ogni procedura di appalto è nominato un responsabile unico del procedimento che, con propria determinazione adeguatamente motivata, valida ed approva ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera.

Gli atti delle stazioni appaltanti adottati ai sensi dell'art. 2, D.L. n. 76/2020 in esame sono pubblicati e aggiornati sui rispettivi siti istituzionali, nella sezione "Amministrazione trasparente" e sono soggetti alla disciplina di cui al D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Nella medesima sezione, e sempre ai sensi e per gli effetti del predetto D.Lgs. n. 33/2013, sono altresì pubblicati gli ulteriori atti indicati all'art. 29, comma 1, del Codice dei contratti pubblici. Tale disposizione mira a rafforzare l'obbligo di pubblicazione degli atti relativi alle procedure in deroga rispetto al quadro normativo ordinario.

Il ricorso ai contratti secretati di cui all'art. 162 del medesimo Codice dei contratti pubblici è limitato ai casi di stretta necessità e richiede una specifica motivazione.

Fino al 31 dicembre 2021, è stata introdotta una **modalità semplificata per le verifiche antimafia**: si procede, infatti, mediante il rilascio dell'informativa liberatoria provvisoria, tale rilascio è immediatamente conseguente alla consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia ed alle risultanze di ogni altra banca dati disponibile, anche quando l'accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito. Ciò, tuttavia, a condizione che non emergano nei confronti dei soggetti sottoposti alle verifiche antimafia le situazioni di cui agli artt. 67 e 84, comma 4 - lett. a), b) e c), del D.Lgs. n. 159/2011. L'informativa liberatoria provvisoria consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture, sotto condizione risolutiva, ferme restando le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia da completarsi entro sessanta giorni.

Costituisce altra novità assoluta la previsione relativa al rilascio dell'informativa liberatoria anche nei confronti dei soggetti che non risultino censiti nella citata BDNA.

Sempre al Decreto "Semplificazione", art. 3, comma 7, si deve la modifica apportata al Codice antimafia (nuovo art. 83-bis) che estende l'equipollenza dell'iscrizione negli elenchi dei fornitori, prestatori di

servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'art. 1, comma 52, della Legge n. 190/2012 (*white list*) e di quelli inseriti negli albi di cui all'art. 30 del D.L. n. 189/2016, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 229/2016 (esecutori dei lavori riferiti al sisma del 2016) al rilascio dell'informativa antimafia in tutti i casi in cui l'informativa stessa sia richiesta. Sul punto l'ANAC si è già espressa sottolineando le criticità collegate al ritardo con il quale le Prefetture riescono a procedere agli aggiornamenti di tali elenchi a seguito di evidenze a carico degli operatori economici già iscritti. Data la specialità della norma non si ritiene che gli effetti dell'equipollenza si estendano anche a favore degli operatori che hanno semplicemente presentato domanda di iscrizione nelle c.d. *white list*.

Protocolli di legalità e di patti di integrità

Sempre all'art. 3 del D.L. n. 76/2020 si deve, come sopra detto, l'introduzione del nuovo art. 83-bis del Codice antimafia e, in particolare, l'inserimento dello strumento dei "**protocolli di legalità**", in base al quale "*il Ministero dell'Interno può sottoscrivere protocolli, o altre intese comunque denominate, per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia di cui all'art. 84. I protocolli di cui al presente articolo possono essere sottoscritti anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali, e possono prevedere modalità per il rilascio della documentazione antimafia anche su richiesta di soggetti privati, nonché determinare le soglie di valore al di sopra delle quali è prevista l'attivazione degli obblighi previsti dai protocolli medesimi. I protocolli possono prevedere l'applicabilità delle previsioni del presente Decreto anche nei rapporti tra contraenti, pubblici o privati, e terzi, nonché tra aderenti alle associazioni contraenti e terzi.*" (art. 83-bis, comma 2, Codice antimafia).

È inoltre disposto che "*le stazioni appaltanti prevedano negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei **protocolli di legalità** costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto*" (art. 83-bis, comma 3, Codice antimafia).

Tale ultima previsione per certi versi, la ritroviamo pure nell'art. 1, comma 17, Legge n. 190/2012 a proposito del patto di integrità.

Tuttavia, l'utilizzo dell'espressione al plurale contenuta nel nuovo art. 83-bis, comma 3, Codice antimafia **violazione dei "Protocolli di legalità"**, ha fatto

sorgere il dubbio che la norma autorizzasse le stazioni appaltanti ad escludere, in maniera diretta, gli operatori economici che, in precedenti rapporti contrattuali, anche relativi ad altre stazioni appaltanti, si fossero resi colpevoli di inadempimenti ai suddetti protocolli, formalmente contestati dal committente pubblico, e che il tutto avesse poi di fatto portato alla risoluzione del contratto, con provvedimento o decisione divenuta definitiva.

Sono state le modifiche apportate al D.Lgs. n. 159/2011 e, in particolare, il comma 3 dell'articolo in commento a spingere il Ministero dell'Interno a presentare richiesta di parere all'ANAC in ordine al rapporto tra protocolli di legalità di cui all'art. 83-bis del Codice Antimafia e i patti di integrità disciplinati dal legislatore come misura di prevenzione specifica per le commesse pubbliche e disciplinati nell'art. 1, comma 17, Legge n. 190/2012, a causa del timore evidenziato nella nota inviata dal Ministero all'Autorità, che la novella normativa potesse celare l'introduzione di una causa automatica di esclusione e, di riflesso, un'incompatibilità con il principio di tassatività delle clausole di esclusione. *Nel 2014 del resto il Ministero dell'Interno e l'ANAC avevano dato vita ad un protocollo di legalità di seconda generazione disciplinante regole stringenti in materia di appalti. Questa norma ne costituisce il prologo.*

Di qui la necessità di fare chiarezza visto e considerato che si tratta di due strumenti "**il protocollo di legalità**" e "**il patto di integrità**" molto diversi disciplinati in contesti altrettanto diversi, (art. 83-bis, D.Lgs. n. 159/2011 e art. 1, comma 17, Legge n. 190/2012): la prima norma introduce una previsione *facoltativa* nell'ambito della normativa volta alla prevenzione e al contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, la seconda norma si inserisce nell'ambito delle disposizioni volte alla prevenzione e alla repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione, introducendo una *previsione obbligatoria* (2).

In particolare, rispetto alle due norme si è posto un problema di compatibilità con l'art. 86, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, che sancisce il principio di tassatività delle cause di esclusione: "*I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*"; ed è proprio su questo aspetto che nella delibera 22 dicembre 2020, n. 1120, l'Autorità ha richiamato le affermazioni

riportate dal Consiglio di Stato, Sezione V, 31 agosto 2015, n. 4042, secondo cui "*la previsione della specifica potestà di esclusione di cui all'art. 1, comma 17, Legge n. 190/2012 non contrasta con il principio in esame, dal momento che l'art. 86, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 considera legittima la generalità delle esclusioni disposte in base alle leggi vigenti, nel cui novero rientra, appunto, anche la Legge n. 190/2012*".

Ne deriva che, come sottolineato dal Consiglio di Stato, se da un lato, risulta scontato che la violazione degli obblighi assunti con la sottoscrizione del patto di integrità comporta l'esclusione dalla gara e che tale esclusione è compatibile con il principio di tassatività delle clausole di esclusione essendo prevista in una disposizione di legge vigente (l'art. 1, comma 17, Legge n. 190/2012), altrettanto non si può chiaramente affermare rispetto ai protocolli di legalità, che sono per natura facoltativi e rispetto ai quali i riferimenti normativi, a cominciare dalla stessa Legge n. 190/2012 che li richiama, nulla dicono in ordine al suo contenuto e alle regole che esso deve contenere, figuriamoci sul rigoroso rispetto del principio di tassatività delle clausole di esclusione.

Sul punto l'ANAC sempre in delibera ha, dapprima, richiamato la sentenza della Corte di Giustizia europea del 22 ottobre 2015, in cui, quest'ultima, ha affermato la piena conformità al diritto dell'Unione e ai principi comunitari in materia di contratti pubblici, della previsione, inserita nei bandi di gara, dell'esclusione automatica di un candidato o di un offerente che si fosse rifiutato di sottoscrivere, all'atto della presentazione dell'offerta, tramite rilascio di dichiarazione, l'impegno al rispetto del protocollo, riconoscendone la proporzionalità rispetto alla finalità del contrasto ai tentativi di infiltrazione delle organizzazioni criminali nel settore dei contratti pubblici, salvo poi precisare, da un lato, che tale esclusione opererà limitatamente alla gara in corso di svolgimento, dall'altro che, laddove vi sia a monte un protocollo di legalità, scatterà, di riflesso l'obbligo per le stazioni appaltanti rispetto a determinate gare interessate dal protocollo, di prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito, che il mancato rispetto del protocollo costituirà causa di risoluzione del contratto, ma come ribadito dall'Autorità, la condotta assunta dall'operatore solo se integra anche altre cause di esclusione di cui all'art. 80 Codice dei contratti pubblici, costituirà causa ostativa ai fini della partecipazione a future procedure di

(2) Per facilità si rimanda ai tipi di atto allegati al "*Manuale teorico pratico in materia di anticorruzione e trasparenza*" Maggioni, 2020, a cura di N.D.M. Porcari e R. Turturiello.

gara, motivo per cui, in tali casi, l'operatore economico potrà usufruire, delle misure di *self cleaning* per neutralizzare gli effetti della sua condotta illecita.

In definitiva, l'ANAC ha voluto chiarire che con la sottoscrizione di protocolli non si assiste alla introduzione di una causa automatica di esclusione, invece, rispetto al patto di integrità, è riconosciuta sorta di sovrapposizione tra la causa di esclusione per la violazione del Patto in sé e le cause di esclusione dell'art. 80, comma 5, lett. *f-bis*) e lett. c) (oggi *c-bis*) del Codice dei contratti pubblici, dal momento che le clausole in esso contenute sono idonee a rafforzare gli oneri informativi già gravanti sui concorrenti in virtù di disposizioni di legge vigenti.

Trasparenza amministrativa

Le novità che sono state introdotte dal D.L. n. 76/2020 in materia di trasparenza amministrativa afferiscono la necessità di garantire un costante **monitoraggio dei tempi del procedimento**, al fine di operare una riduzione dei tempi e quindi realizzare quella dovuta "*accelerazione*", elemento immanente della legge semplificazioni. La tecnica legislativa non è apprezzabile: si parla di trasparenza ma le modifiche normative vengono introdotte nell'alveo della Legge n. 241/1990, circostanza spiegabile solo con il collegamento con i tempi del procedimento che avrebbe richiesto un coordinamento normativo più complesso. Se questo è facile, oggi, e rinviene dall'emergenza legislativa, certamente non lo sarà domani nella ricostruzione dell'istituto soprattutto alla luce dell'abrogazione intervenuta con il D.Lgs. n. 97/2016. Ma tanto è, l'urgenza del provvedere richiede uno sforzo di adattamento anche da parte degli studiosi. Nel merito, la novità è stata prevista dall'art. 12, comma 1, lett. a), D.L. n. 76/2020 che ha introdotto nell'alveo dell'art. 2 della Legge n. 241/1990 il comma *4-bis* di fatti stabilendo il monitoraggio dei tempi del procedimento - già abrogato dal D.Lgs. n. 97/2016 - prevedendo l'obbligo delle PA di pubblicare nella sezione "Amministrazione Trasparente" "i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente". L'intervento difatti è limitato ai soli procedimenti di maggior impatto per cittadini ed imprese, che non sono definiti e con la tecnica del rimando sono rimessi ad un decreto, oggi ancora ignoto, che definisca tempi, modalità e criteri effettivi di conclusione del procedimento. È un intervento a metà tra l'altro oscuro perché nelle more della definizione da parte del Governo le Amministrazioni

pubbliche continueranno a non pubblicare il monitoraggio, difatti lasciando "monco" l'intervento legislativo. Questo approdo, tuttavia, costituisce un importante tassello sulla strada della trasparenza amministrativa, abrogato in maniera incomprensibile dal decreto n. 97/2016, che consente di verificare con certezza quelle lentezze tipiche della PA e sanzionare i Dirigenti rei di ritardare l'adozione del provvedimento che di per sé darebbe diritto all'avocazione del provvedimento al titolare del potere sostitutivo. Il sistema giuridico ha adottato negli ultimi tempi strumenti per l'accelerazione degli atti nella piena convinzione che l'emergenza pandemica non lasci spazio al pensiero ma solo all'azione. Di tanto, del resto, si è già detto nella sezione delle gare, con la disamina dei tempi di adozione dei provvedimenti. E questa necessità di quel controllo e monitoraggio da parte del cittadino che si realizzi con forme sempre più ampie di trasparenza, strumento quest'ultimo per sconfiggere l'opacità decisionale alla base del sistema anticorruzione.

Durata dei procedimenti

Strettamente connesso alla pubblicazione in Amministrazione Trasparente, di cui si è già detto, è la novità introdotta in materia di durata dei procedimenti. La norma principe che attesta questo principio è contenuta nell'art. 12, comma 2 del D.L. n. 76/2020 che recita "*Entro il 31 dicembre 2020 le amministrazioni e gli enti pubblici statali provvedono a verificare e a rideterminare, in riduzione, i termini di durata dei procedimenti di loro competenza ai sensi dell'art. 2 della Legge 7 agosto 1990, n. 241*". Questa norma è rimasta inattuata nella quasi totalità delle Amministrazioni pubbliche, atteso che quasi nessuno ha proceduto a siffatta ricognizione ed all'occorrenza riduzione dei tempi del procedimento. Il tempo della vita e del procedimento viene elevato a livello essenziale delle prestazioni come si evince altresì dall'art. 29, comma *2-bis*, introdotto dall'art. 49, comma 4 del D.L. n. 76/2020, nella piena convinzione che il "fare presto" oggi costituisca la regola primordiale dell'agire, che porta il legislatore, pertanto a modificare *in parte qua* l'abuso di ufficio ed il danno erariale. Interventi questi di non poco momento e volti essenzialmente a snellire e velocizzare, laddove possibile, l'azione amministrativa, consapevoli che il momento di emergenza pandemica non consenta di pensare ma è opportuno, invece, agire, muoversi, concludere i procedimenti. Come incide questa velocizzazione sull'anticorruzione? Certamente la riduzione dei tempi costituisce

un bene per l'intera azione amministrativa e la stessa Linea guida ANAC sulla gestione del rischio aveva parlato in tempi non sospetti - novembre 2019 all'atto dell'approvazione del PNA 2019 - della necessità di una generalizzata semplificazione e sensibilizzazione. Va comunque detto che l'accelerazione, al pari dell'eccessivo rallentamento, era visto come indice patologico di rischio corruttivo in virtù del fatto che molto spesso l'adozione di un atto bruciando i tempi possa nascondere un interesse simile a quello nel quale viene rallentato grandemente il procedimento.

Ora, il legislatore sembra "assolvere" la velocizzazione e, anzi, sembra innalzarla a regola primordiale dell'azione amministrativa. È vero che si tratta di norma emergenziale ma è anche vero che occorrerà da parte delle PA l'adozione di atti di verifica e controllo a campione su quei provvedimenti adottati sotto una

soglia temporale di durata del procedimento - diciamo sette giorni - che potrebbero nascondere degli interessi economici privati camuffati dal rispetto dei principi immanenti del D.L. n. 76/2020.

Conclusioni

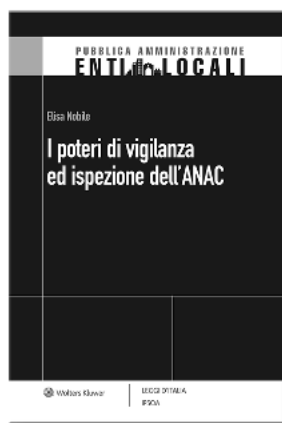
La carrellata degli istituti sopra riportati, introdotti dal D.L. n. 76/2020, come convertito dalla Legge n. 120/2020 o lambiti dall'avvento legislativo, consente oggi di aumentare il livello di prevenzione della corruzione pur in presenza di un sistema giuridico che fa della velocità il suo cavallo di battaglia. Sarà compito degli RPCT vigilare sul rispetto dei presidi anticorruzione; si pensi, per esempio, all'attivazione del patto di integrità oggi esistente e potenziato che, anche laddove istituito dalle PA, non è oggetto di vigilanza reale e, il più delle volte, è utilizzato quale strumento burocratico.

E-BOOK

COLLANA: Azienditalia - Manuali professionali

I poteri di vigilanza e controllo dell'ANAC

di *Elisa Nobile*



L'e-book è una guida utile per meglio inquadrare l'intricato contesto normativo, interpretativo e regolatorio che si presenta al Responsabile per la Prevenzione della Corruzione e per la Trasparenza o agli operatori del settore, spesso in difficoltà riguardo all'esatta ricostruzione dei riferimenti normativi, in ragione dei quali è stata adottata una quantità esponenziale di regolamenti da parte dell'ANAC, al filtro dei regolamenti ancora vigenti da quelli obsoleti e del tutto superati e alla comprensione di principi e regole da essi fissati.

Tratta, pertanto, i temi della derivazione dei poteri dell'ANAC, del sistema di vigilanze ed ispezioni, delle sanzioni da questo originarie, delle procedure speciali di vigilanza - quali quella dell'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi, della vigilanza in tema di prevenzione della

corruzione e della vigilanza in materia di contratti pubblici, con una digressione sul procedimento contenzioso -, della finalità dell'attività di vigilanza e del procedimento ispettivo, della procedura generale di vigilanza e ispezione e, infine, dell'attività di vigilanza e di ispezione dell'ANAC svolta nel 2018 e dell'attività programmatica 2019.

Completa la trattazione un utile formulario per la segnalazione delle violazioni in materia.

Wolters Kluwer, ottobre 2019

pagg. 91, Euro 18+IVA

Codice e-book: 00237430

ISBN (ebook): 978- 88- 217-7046-3

Per informazioni e acquisti

• On line www.shopwki.it

La ratifica della Convenzione di Faro «sul valore del patrimonio culturale per la società»: politically correct vs. tutela dei beni culturali?

Sommario: **1.** *La legge di ratifica.* **2.** *La Convenzione nel suo proprio contesto di diritto internazionale.* **3.** *Le criticità e le differenze di base.* **4.** *La Convenzione presa sul serio, come testo giuridico.* **5.** *L'impronta determinante del politically correct e i suoi effetti distorsivi sul piano giuridico.* **6.** *Rapporto tra politically correct e uso del diritto.* **7.** *Il vizio giuridico di base: l'oggetto indeterminato e indeterminabile.* **8.** *L'errore di traduzione e il rischio di confondere i concetti chiari e distinti del Codice.* **9.** *La riproposizione dell'errore della pretesa "dematerializzazione" della nozione di bene culturale.* **10.** *L'errore culturale.* **11.** *I conseguenti problemi applicativi irrisolti.*

1. La legge di ratifica.

Con la legge 1 ottobre 2020, n. 133 è stata infine ratificata la «*Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, fatta a Faro il 27 ottobre 2005*», entrata in vigore il 1° giugno 2011, firmata dall'Italia il 27 febbraio 2013¹. La Convenzione segue – si usa ripetere – l'esito delle guerre jugoslave degli anni '90, asseconda il proposito riconciliativo di *governing heritage dissonance* di cui reca l'evidente impronta² e prende il nome dalla città portoghese dove il 27 ottobre 2005 venne adottata dalla conferenza diplomatica e aperta alla firma degli stati membri e all'adesione di Unione europea e di stati non membri. Ad oggi, risulta firmata da venticinque stati su quarantasette del Consiglio d'Europa e ratificata da venti.

Dopo un andamento parlamentare a lungo esitante - eco delle circospezioni e uscite dal negoziato dei principali partner nel Consiglio di Europa (Francia, Regno Unito, Germania, Russia)³, delle perplessità intrinseche e del non esito dell'iniziativa

¹ V., favorevole alla Convenzione, C. Carmosino, *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, in www.aedon.mulino.it, n. 1/2013, che osserva che la Convenzione “*affonda le sue radici nella guerra in ex Jugoslavia e nella relativa distruzione del patrimonio culturale, a seguito delle quali era sorta l'esigenza di rafforzare il ruolo del patrimonio come fattore di unificazione e di coesione sociale nell'avanzamento del processo di integrazione europea*”. Più recntem. v. M. Cammelli, *La ratifica della convenzione di Faro: un cammino da avviare*, e A. Gualdani, *L'Italia ratifica la convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano*, entrambi in www.aedon.mulino.it, n. 3/2020.

² Su queste tematiche, si veda per tutti il consistente documento della studiosa serba V. Kisić *Governing Heritage Dissonance. Promises and Realities of Selected Cultural Policies*, European Cultural Foundation, Amsterdam 2013-17 (in www.europanostra.org).

³ La Convenzione non è stata firmata da Andorra, Azerbaijan, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Lichtenstein, Lituania, Malta, Olanda, Polonia, Regno Unito, Romania, Russia, Svezia, Turchia. È stata invece firmata e ratificata da quasi tutti i restanti stati membri dell'Europa danubiano-balcanica

governativa nella XVII legislatura - l'*iter* delle riunite proposte di legge, nella XVIII legislatura tutte di iniziativa parlamentare e favorevole parere governativo, ha ricevuto un'improvvisa accelerazione: che, sganciando definitivamente l'Italia dalla posizione contraria di quei partner e di almeno altri diciotto (in totale, l'ampia maggioranza degli stati e della popolazione europea), ha portato in tempi rapidi all'approvazione della legge di autorizzazione alla ratifica.

È già da rilevare, salvo poi vederne gli effetti, che il testo pubblicato in *G.U.* (S.G., n. 263 del 23 ottobre 2020) reca come *allegato* il testo ufficiale in (solo) inglese (non anche in francese), cui segue (ma non come *allegato*) una "*traduzione non ufficiale in Italiano*"⁴: che, come tale, è in pratica solo una *traduzione di cortesia*, senza valore giuridico.

2. La Convenzione nel suo proprio contesto di diritto internazionale.

Questa legge di ratifica è stata da taluni salutata come la svolta epocale che ha finalmente reso il *patrimonio culturale* un *diritto umano*⁵. Si direbbe dunque al contrario dalla maggioranza degli stati membri del Consiglio d'Europa che evidentemente con la Convenzione hanno ricusato una tale qualifica: vale a dire su quarantasette quegli almeno ventidue e altri cinque che la hanno firmata ma non ratificata.

Il dato pone una prima questione critica di rilievo internazionale, nell'ordinamento cioè in cui la convenzione opera in quanto tale: come ogni trattato internazionale, la Convenzione infatti impegna *tra loro* gli stati e questa ne è la causa e il campo di azione, come del resto è per la stessa *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*.⁶ Non crea cioè immediati diritti o doveri – individuali o collettivi, per i cittadini e i loro gruppi - nell'ordinamento interno, nemmeno attraverso la legge di ratifica.

Questo, ancor di più, è detto in chiare e definitive parole dalla Convenzione stessa, che all'art. 6 (*Effetti della Convenzione*) recita: «*Nessuna disposizione della*

(Austria, Ungheria, Slovacchia; e Serbia, Croazia, Montenegro, Slovenia, Bosnia ed Erzegovina, Macedonia: vale a dire tutta l'ex-Jugoslavia), da alcuni dell'area del Mar Nero (Moldova, Ucraina, Armenia, Georgia), da Norvegia, Finlandia, Lettonia, Svizzera e dallo stato membro ospite, il Portogallo. La Convenzione è stata firmata ma non ratificata da Spagna, Albania, Belgio, Bulgaria, San Marino. Forse è casuale, ma si possono notare distinzioni tra stati aderenti e non aderenti che riflettono la presenza di minoranze storiche dei primi nei territori dei secondi: es. Ungheria vs. Romania; Macedonia vs. Grecia; Armenia vs. Azerbaïjan, ecc..

⁴ In particolare, da pagina 2 della Gazzetta Ufficiale vi è "*ALLEGATO*" (a fotocopia dagli atti del Consiglio d'Europa) il (solo) testo in inglese. Poi da pagina 13 segue, ma senza alcuna qualifica di '*allegato*', una "*traduzione non ufficiale in Italiano*".

⁵ "*L'Italia ratifica Faro: il patrimonio culturale è diritto umano*": così *Il Sole-24 ore*, 23 settembre 2020, che afferma che la Convenzione "*pone l'obiettivo di accrescere la consapevolezza del potenziale economico del patrimonio culturale e di utilizzarlo*". In senso opposto: "Sgarbi: *Convenzione Faro è una schifezza del politicamente corretto*", in *Adnkronos*, 24 settembre 2020.

⁶ Cfr. le "sentenze gemelle" Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, per le quali "*La Convenzione EDU [...] non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale [...] da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri*".

presente Convenzione potrà in alcun modo essere interpretata in modo da: [...] c) creare diritti azionabili». È un elemento qualificante: la clausola esplicitamente riflette la c.d. concezione rimediale del rapporto tra diritto e azione propria del diritto romano, per cui un diritto senza azione non è in realtà un diritto (*ubi remedium ibi ius*, sicché *ubi non remedium ibi non ius*) e tradizionale principio del *common law* (*remedies precede rights*). Pertanto, malgrado la ridondanza lessicale, i conclamati «*rights relating to cultural heritage / droit au patrimoine culturel*» (di cui all'art. 1) degradano a enunciati perché espressamente privi di azionabilità e riconoscibilità in giustizia: e così, per il vincolo nell'adattamento, è poi nel diritto interno. Il che mette ancora in luce la valenza anzitutto comunicazionale della Convenzione.

Si tratta di una convenzione promossa dal Consiglio d'Europa, dunque in un quadro regionale la cui principale funzione è la promozione e la salvaguardia dei diritti umani in base alla ricordata CEDU. E, non trattandosi di atti statuari dell'Organizzazione, solo esprime la volontà degli stati che ne sono parti e che la manifestano con firma e ratifica. E lo strumento si definisce *convenzione-quadro* (*framework convention / convention-cadre*), cioè come accordo che ha la finalità di instaurare fra le parti una collaborazione stabile per lo svolgimento dei programmi d'interesse comune e regolamentare future attività da svolgere in collaborazione. Il suo *Titolo IV (monitoraggio e cooperazione)* prevede alcune funzioni di monitoraggio, riguardanti tra l'altro la legislazione statale, affidate ad un apposito *comitato* che dovrà essere istituito dal Comitato dei Ministri, organo decisionale del Consiglio d'Europa (composto dai ministri degli affari esteri di *tutti* gli stati membri o dai loro delegati permanenti).

La dissociazione della maggioranza dei partner europei, tra cui i principali, rinforza la conseguenza che non si tratta di un *diritto umano* "regionale", azionabile davanti alla Corte EDU: e vista la ferma e ampia opposizione che si è detta, pare impraticabile anche la tecnica ultima dei c.d. *diritti addizionali* che talora si invoca per diritti non previsti dalla CEDU ma riconosciuti dai singoli stati, allorché rientrano nel campo di applicazione generale di uno degli articoli di questa. E poiché, come si è visto, la legge di ratifica della Convenzione non crea diritti azionabili nell'ordinamento interno, ne viene che questo assunto è in realtà virtuale e privo di effetti giuridici.

Tutto questo – va rilevato - è indice di un atteggiamento italiano minoritario e, sul tema, oppositivo ai principali partner europei: un'opzione dunque evidentemente non particolarmente pro-europea, posto che – per un dato incontrastabile della realtà - si può essere d'accordo solo con chi è d'accordo. Si tratta di contraddizioni che le cose mostrano non sanabili.

3. Le criticità e le differenze di base.

Ciò fermo, sono qui la ratifica e la Convenzione a meritare di loro, ad avviso di chi scrive, una pacata ma ferma critica.

La critica, come meglio si vedrà, ha per perno l'*oggetto* della Convenzione, che male si vorrebbe individuare da taluni, sulla scorta della manipolante traduzione "non

ufficiale” in italiano di *cultural heritage* (che è ciò di cui parla davvero la Convenzione), nel *patrimonio culturale*. In realtà l’oggetto è, come si desume anche dal complesso delle previsioni, l’*eredità culturale* delle *comunità*. Sicché – fermo come detto che una *traduzione di cortesia* è di suo priva di effettività giuridica - sovrapporre questa così “tradotta” Convenzione a quanto nell’ordinamento interno concerne il «*patrimonio culturale*» nazionale (che è «*costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici*», come dice l’art. 2 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 - *Codice dei beni culturali e del paesaggio*), e che in inglese corrisponde piuttosto alla *cultural property*⁷, è solo frutto di un’interpolazione a effetto decettivo.

Quasi superfluo è poi ricordare che *rubrica legis non est lex*, sicché nulla dimostra in contrario che nel titolo della legge di ratifica si parli di “*patrimonio culturale*”. Soprattutto, quella “traduzione” è strumento che resta incongruo per contrastare – come da taluni così si vorrebbe - quanto dispone il *Codice*.

Già dal punto di vista del diritto internazionale, va osservato che il testo ufficiale in francese è spesso dissonante da quello in inglese. Dal punto di vista del diritto interno, va registrata l’inesistenza di una versione “ufficiale” in italiano. Come si è detto, la Gazzetta Ufficiale reca come *allegato* solo il testo ufficiale in inglese, non quello in francese, cui segue una “*traduzione non ufficiale in Italiano*”.

Del resto, è pressoché insuperabile il rilievo che il testo *ufficiale* (l’italiano è di suo una lingua ufficiale dell’UE) dell’art. 167 del *Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea*, ratificato con l. 2 agosto 2008, n. 130 (già art. 151 del *Trattato istitutivo della Comunità europea*) – cioè la massima fonte del diritto europeo - esordisce affermando: «*L’Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune*»: dove «*retaggio culturale comune*» nel testo ufficiale in inglese suona «*common cultural heritage*» e in quello in francese «*héritage culturel commun*». Eppure è lo stesso tema della Convenzione di Faro È difficile, dunque, pensare che ci sia un’Europa dove, a livello primario, «*cultural heritage*» si traduce (ufficialmente) in «*retaggio culturale*» e un’Europa dove, a un ben più modesto livello derivato, «*cultural heritage*» si traduce (ma non ufficialmente) in «*patrimonio culturale*». Di più: prima, all’art. 36 TFUE (già art. 30 TCE), a proposito della limitazione alla circolazione delle merci, si fa riferimento in italiano al «*patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale*» e in inglese a «*national treasures*

⁷ Com’è manifesto in diritto internazionale sin dalla Convenzione dell’Aja del 14 maggio 1954 «*for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*»: in Italia ratificata dalla l. 7 febbraio 1958, n. 279, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato*. Su questo linguaggio nel diritto internazionale pattizio, v. – in corso di pubblicazione - A. Lanciotti, *Cultural Heritage in International Law: (still) Looking for a Definition? The Taxonomy of cultural heritage across the Spectrum of Unesco conventions and beyond*, in *Transcultural Diplomacy and International Law in Heritage Conservation: A Dialogue between Ethics, Laws, and Culture*, edited by O. Niglio and E. Y. Joong Lee, Singapore 2020, che cita CGCE, 10 dicembre 1968, C. 7/68, Commissione v. Repubblica Italiana, sulla compatibilità comunitaria della tassa italiana sull’exportazione di beni culturali. Cfr. L. Casini, «*Italian Hours*»: *The Globalization Of Cultural Property Law*, New York University Jean Monnet Working Paper Series n. 10/2010 (the revised version is “*Italian Hours*”: *The globalization of cultural property law*, in *Symposium: The New Public Law in a Global Dis(Ord)er-A Perspective from Italy*, *Int J Constitutional Law* (2011) 9(2): 369-393 doi:10.1093/icon/mor040)..

*possessing artistic, historic or archaeological value» ...*⁸. È evidente dunque che «patrimonio» qui non è il corrispondente di «*heritage*»: anzi, corrisponde un concetto romanistico qui traslato dal diritto comune per derivazione francese e rivoluzionaria (il *patrimoine national* che origina dai confiscati beni di famiglia del re, incluse le collezioni d'arte)⁹ che non ha esatta corrispondenza nel *common law*.

Si deve comunque registrare che, all'atto dell'approvazione parlamentare, non esisteva – *et pour cause* - né può ormai più esserle una traduzione ufficiale. Quelle *non ufficiali* – per di più varie e divergenti tra loro - sono inidonee a fare da *littera legis*. In disparte i facili commenti, sta che la prima operazione dell'interprete - la rilevazione del testo normativo - è essa stessa resa difficile in sé, malgrado l'antica regola che *leges ab omnibus intelligi debent ...*.

È comunque un dato della realtà del diritto che, malgrado la comunicazione pubblica, questa Convenzione non si riferisce, né formalmente né sostanzialmente, al «patrimonio culturale». Assumere che riguardi davvero il «patrimonio culturale» poggia su una narrazione *post-fattuale*, cioè di *post-verità*, che dà per scontato un antecedente in realtà inesistente. Meglio perciò si farebbe o a usare direttamente l'espressione inglese *Cultural Heritage*, che corrisponde al testo allegato alla legge (una volta tanto l'anglicismo sarebbe giustificato, posto che qui l'inglese è la lingua del voluto legislativo), oppure, più appropriatamente dal punto di vista linguistico e terminologico nazionale, a usare la congrua espressione italiana *eredità culturale* (anche la lingua italiana è un bene culturale immateriale: e il suo buon uso è un bene in sé ...).

Prima che per una “traduzione” autonoma e astratta dal contenuto autentico della Convenzione, la ragione della critica deriva comunque da varie perplessità sullo stesso trattato e concerne sia il metodo che il merito ivi figurati, a muovere dalla concezione del diritto e del suo uso che vi presiede: elementi che già evidenziano l'improprietà formale del tentativo di contrastarvi il *corpus* normativo della tutela; e tali, nell'ipotesi, da porre la Convenzione in tensione con la Costituzione e prima ancora con le connotazioni essenziali dello Stato di diritto e del razionalismo giuridico.

A dissipare equivoci, è il caso di precisare preliminarmente che la critica non concerne affatto le politiche pubbliche di valorizzazione delle espressioni di identità culturale collettiva, come in generale quelle di ricomposizione di eredità culturali e memorie collettive reduci da conflitti passati. Anzi, queste politiche, che in sé sono libere e possono essere svolte a ogni livello in base al c.d. criterio dominicale della valorizzazione (per cui ognuno valorizza ciò di cui dispone), si esprimono in iniziative spesso particolarmente apprezzabili e comunque meritano aiuto a fronte dei tanti, crescenti depauperamenti e dissolvimenti derivanti dalla *Great Transformation* della società e dell'avvio all'oblio di valori storico-culturali che ne conseguono. È un

⁸ Considerazione già svolta in P. Carpentieri, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in *Federalismi.it*, n. 4/2017.

⁹ A. Hérítier, *Génèse de la notion juridique de patrimoine culturel, 1750-1816*, Paris 2003, *passim*; D. Poulot, *La nascita dell'idea di patrimoine in Francia tra Rivoluzione, Impero e Restaurazione*, in *Il patrimonio culturale in Francia*, a cura di M.L. Catoni, Milano 2007, 23.

indirizzo che merita sostegno e supporto: ma è di valorizzazione e di promozione della cultura, non di tutela.

La critica riguarda piuttosto il modo, il contenuto e, soprattutto, il non esplicitato fine pratico che seguirebbe alla singolare *giuridificazione* – dunque: sottrazione alla valutazione e scelta politica – che con questa via, almeno da taluni, si pretenderebbe percorrere: *giuridificazione* che comunque non pare corrispondere a un autentico *bisogno di diritto*¹⁰ giacché non si vede cosa giuridicamente ostacoli o contrasti quelle politiche pubbliche – se del caso anche in partenariato con privati - se non questioni di volontà decisionale, di disponibilità di bilancio o di adeguatezze di risorse; che però sono profili di altra natura, politica o finanziaria.

Prima ancora, però, va rilevato un basilare difetto di storicità e di concretezza, elementi indispensabili per lo spessore effettivo di un ordinamento giuridico e indicatori dell'improprietà sostanziale, per l'Italia, della Convenzione. Il linguaggio generico, polisemico, spesso contraddittorio e ricercatamente *politically correct* della Convenzione si spiega solo se viene collocato nel tempo e nello spazio. Come si è accennato, la sua ragione sta nella ricomposizione dei cruenti conflitti dell'ex-Jugoslavia, con pulizie etniche, atrocità e distruzioni di monumenti e memorie simboliche: al punto che venne coniata la parola *culturicidio*¹¹, in cui si andò specificando il precedente *etnocidio* o *genocidio culturale*¹², in un contesto di convivenze difficili per antiche commistioni di popolazioni diverse per origine, lingua, religione, tradizioni, spesso anche per condizioni economiche e sociali. Come evoca la distribuzione della maggior parte degli stati firmatari della Convenzione, è stata una realtà cronicamente conflittuale dei Balcani (le guerre jugoslave erano precedute da simili guerre interetniche e religiose in tutta l'area) come a suo tempo di pressoché l'intera Europa centro-orientale e – come purtroppo ancor oggi vediamo - caucasica.

Il punto è che, per dar maggiore legittimazione a questo positivo tentativo di ricomposizione regionale, si è tentata (invano, come visto) la via di un'estensione paneuropea, senza che ve ne fossero né i presupposti storici e culturali né le esigenze: con l'effetto di una decontestualizzazione e di un'omologazione incongrue e astraenti. Queste, anziché venire a risolvere questioni inesistenti, separano dalla storicità e dalla concretezza quei conflitti e pongono basi per nuovi contrasti lì dove l'apparato improntato per la ricomposizione nell'ex-Jugoslavia è non necessario e non confacente.

Così esportato e destoricizzato, lo strumento però smarrisce la ragion d'essere e diviene un catalogo polimorfico di enunciati redatto in un linguaggio esposto alle più varie eterogenesi dei fini: dalle questioni del c.d. *vivre ensemble* riguardo all'immigrazione non integrata né assimilata, alla salvaguardia di minoranze etniche

¹⁰ Il crescente *bisogno di diritto* è un modo “*nativo e continuo*” per una risposta alle nuove domande sociali: J. Krynen, *Le théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Paris 2018.

¹¹ Per l'intenzionale annientamento dell'altrui presenza storica nei territori, con la demolizione mirata delle sue vestigia: dal Vecchio Ponte di Mostar alle biblioteche nazionali di Sarajevo e di Belgrado; da centinaia di moschee storiche bosniache a centinaia di chiese e monasteri cattolici e ortodossi; da centri storici antichi e preziosi a torri a castelli vari che punteggiavano i territori contestati. Il monastero patriarcale di Peć, quelli di Dečani e Gračanica (Kosovo) sopravvivono solo perché presidiati da forze internazionali di interposizione.

¹² Le espressioni, e prima ancor quella di *genocidio*, sono del giurista polacco di origini ebraiche Raphael Lemkin (1900-1959) che, studiati gli immediati precedenti armeno e assiro, le coniò nel 1944 per l'Olocausto ebraico e poi le usò anche per la sovietizzazione dell'Ucraina con la grande carestia dell'*Holodomor* dei primi anni '30.

stanziali, alla preservazione delle tradizioni culturali che rischiano di essere dissolte dalla grande trasformazione. In pratica, diviene un'esposizione di genericismo *politically correct*, malcerto, spesso contraddittorio, buono per tutto. E che taluni - è la particolarità italiana -, giocando con le parole ("patrimonio culturale"), pretenderebbero utile a disarticolare il benemerito corpo normativo della tutela, vera legislazione di eccellenza per la salvaguardia del «*patrimonio culturale*».

Di questo ci occuperemo, posto che con la ratifica si vorrebbero far calare in Italia tali schemi.

Vanno allora svolte alcune considerazioni di fondo sul perché di un tale eccesso di mezzo rispetto al fine; come sull'uso della legge, e più in generale del diritto con la sua *imperatività*¹³, composta di comandi e divieti, obblighi e facoltà, che vi presiede. E va considerato se si corrisponde, piuttosto che a un bisogno di diritto, a un bisogno di uso di strumenti del diritto per finalità metagiuridiche: in pratica di validazione e consolidamento di proposizioni che riassumono assunti che si vorrebbero egemonici, e soprattutto come supporto a pretese disarticolazioni del sistema della tutela dei beni culturali.

È, invero, una connotazione generale che in un ordinamento a impronta liberaldemocratica si giuridifica, in virtù del principio di legalità, l'azione *amministrativa* con cui la legge articola una scelta politica; non già la scelta *politica* stessa, la quale resta tema della responsabilità politica e del libero confronto nello spazio pubblico dei vari orientamenti e in sé non è strumento di coazione giuridica.

La critica concerne dunque in primo luogo l'utilizzazione, eccedentaria e impropria, dello strumento giuridico: e con essa, in Italia, appunto il non celato da taluni o incautamente non previsto da tal'altri, tentativo di alterazione dell'esistente *corpus* normativo di salvaguardia del *valore culturale*. A un tale *valore*, che per l'ordinamento giuridico è elemento fondante di dettagliate procedure, già appropriatamente si riferiscono, in diretta attuazione dell'art. 9 della Costituzione, gli artt. da 1 a 6 del *Codice dei beni culturali e del paesaggio* e in particolare l'art. 1, comma 2, dove si afferma solennemente che: «*la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura*»¹⁴.

4. La Convenzione presa sul serio, come testo giuridico.

La critica giuridica presuppone comunque che si intenda prendere la ratifica della Convenzione per quello che - pur con tutte le relatività appena viste - si presenta

¹³ Per il fondatore della *dottrina imperativistica*, A. Thon (1839 - 1912), *Rechtsnorm und subjektives Recht* (1878), figura preminente tra i normativisti, l'intero diritto è un complesso di imperativi dettati da norme prescrittive il cui scopo è la modificazione di un comportamento altrui.

¹⁴ È chiaro l'uso dello strumento normativo per validare assunti che riecheggiano la lotta per le competenze della panurbanistica, quali: che la funzione di cura del patrimonio ora sia tolta al "vertice" (le soprintendenze?) per essere spostata "alla base" (a *chi?* alle giunte comunali?); che la tutela riguardi *tutto* e non solo i beni culturali (un vasto programma, degno di un *totale Staat*); che - soprattutto - si sostituisca la "museificazione" (cioè, par di capire, la *tutela*) con la valorizzazione. Il che esplicita la ragion pratica della pressata celebrazione di questa convenzione.

o dovrebb'essere, vale a dire come una *fonte di diritto*, seppure in quell'ambito ordinamentale che si è detto. Così, per abito mentale, è portato a fare il giurista, il quale tende a tralasciare un dato sociologico invece assai importante nella società della comunicazione: che una legge possa vedere la luce essenzialmente quale strumento comunicazionale, la cui ragione culmina nella diffusione del *messaggio* dell'avvenuta approvazione anche prescindendo dal reale impatto, amministrativo e giurisdizionale, dell'articolato. Eppure questa è una pratica crescente, come oggi più che mai si vede. Il che fa convergere nell'obiettivo approcci non approfonditi e approcci strumentali. Considerate anche alcune coeve innovazioni provenienti dal medesimo legislatore, che aprono significative deroghe alla canonica funzione di tutela dei beni culturali, questa potrebbe apparire una plausibile ragion pratica, nel secondo senso, della ratifica di un tale catalogo di enunciati, obiettivamente non chiari e non precisi, che lasciano il giurista, dagli occhiali spesso a protezione laterale, perplesso quando non incurante.

Nondimeno, a prenderla sul serio come per debito d'ufficio si deve e si intende fare, questa legge appare nella migliore ipotesi inutile, perché non introduce alcun nuovo istituto giuridico capace di una distinta idoneità precettiva per ipotesi che già non siano presenti nell'ordinamento italiano; ovvero, nella più seria, una legge potenzialmente dannosa.

La prima dannosità non emerge in termini compiuti se si considera la Convenzione solo in senso formale. Infatti vi prevale la valutazione di inutilità perché la lettura - da fare in inglese e francese per evitare la pluralità di traduzioni, comunque non ufficiali, in italiano - è sopravanzata dal rilievo di un singolare atecnicismo giuridico, tale da riflettere una fatale esiguità di spessore normativo. Il che può apparire già di suo risolutivo: nel senso stretto, cioè che risolve nel nulla ogni effetto dello strumento. La dannosità sta piuttosto, o meglio vorrebbe stare, nel paradossale assunto per cui, proprio grazie a quel linguaggio suggestivo e impreciso a partire dall'oggetto ma che si vorrebbe onnicomprensivo, viene immaginata - come si è accennato - atta a sovrapporsi, a condizionare e a depotenziare l'ordinamento vigente del «*patrimonio culturale*»: cioè l'articolazione dettagliata della funzione pubblica di *tutela dei beni culturali*, che dà diretta attuazione al *principio fondamentale* dell'art. 9 della Costituzione. Un ordinamento di particolare operatività ed efficacia, finalmente nato nel 1909 in eccezione agli assunti liberisti di allora e dopo mezzo secolo di deleteria dispersione di opere d'arte e demolizioni di immobili; perfezionato nel 1939 e nel 1999 e finalmente portato a unità organica nel 2004 con il *Codice dei beni culturali e del paesaggio*. Opponendovisi - come in passato con più espliciti e diretti mezzi si è fatto -, si tenta di indicare in questo documento la base di una "rivoluzione copernicana" di cui in verità avverte davvero il bisogno solo chi non distingue il campo della politica da quello del diritto o chi è insofferente verso la tutela ovvero verso i suoi assetti organizzativi. Quando invece, nella realtà, il "diritto" a godere del patrimonio culturale è assicurato *a chiunque* (e non soltanto di chi vi è interessato episodicamente) dalla cura pubblica della sua *integrità*, vale a dire dalla *funzione pubblica di tutela*: questa in tanto è praticabile in quanto esistono dettagliate norme di legge che ne regolano lo svolgimento e un corpo professionale istituzionalmente preposto e organizzativamente dotato, indifferente a percorsi, concorsi e aiuti di altri ambiti professionali.

L'incongruenza, in disparte la mala traduzione, è anzitutto di assetto di sistema. La formula dell'ordinamento del «*patrimonio culturale*» si basa, per la concreta funzione di tutela, sulla sequenza di due chiare e procedimentalizzate fattispecie - *qualificazione* (dichiarazione di interesse, c.d. vincolo) e *autorizzazione* all'intervento - basate su oggettive e stabili valutazioni tecnico-discrezionali affidate a quel corpo professionale specializzato di funzionari dello Stato cui è demandato di agire indifferentemente rispetto ai soggetti e alle loro preferenze ideali. La legge vi definisce con chiarezza il rapporto tra autorità e libertà. È uno schema essenzialmente liberale, non costruttivistico, paritario e costante, attuativo del principio di legalità e coerente con le esigenze generali di certezza delle situazioni giuridiche riguardo alle cose, di cui si occupa, e di giustiziabilità delle illegittimità secondo il diritto costituzionale di difesa riconosciuto a chi vi ha un interesse concreto e attuale.

Invece il mutevole, ampio panorama di attori e di ipotesi che si vede nella Convenzione è quello, idealizzato e astratto, eventuale, soggettivistico e variabile, essenzialmente immateriale, declinabile a seconda degli episodi, dei casi e delle capacità, in senso multiculturalista ovvero comunitarista; oppure – lo suggerirebbero gli indirizzi generali di diversi degli stati che hanno ratificato, dall'Ungheria alla Macedonia all'Ucraina –, in senso esclusivista, localista, populista, al limite etno-nazionalista. Ha per attori occasionali una pluralità indefinita di indefinite “comunità”, destatalizzate, anche deterritorializzate e comunque rese tra loro indifferenziate e pariordinate, ciascuna – per l'enunciato obiettivo di promozione della *diversità culturale* - dedita a una cura distinta, autonoma e autosufficiente dei propri valori culturali. Però (come si chiarirà al paragrafo 10), grazie a un tale relativismo di sistema, la *molteplicità culturale* può non risolversi e anzi, così evocata e sollecitata, può confermarsi in distinti e progressivi atteggiamenti di riqualificazioni, rivendiche reciproche, contenimenti altrui (e anche in luogo altrui) e infine restrizioni o difficili mediazioni: il tutto in capo non a persone fisiche o giuridiche ma a non meglio precisate “comunità”, dall'interesse evidentemente autocentrato.

Più che ribaltamento di rapporti nella stessa galassia, si direbbe dunque che si tratta di galassie diverse e lontane, per estensione e per apparenze. È comprensibile però che a un'analisi superficiale gli “entusiasti”, se non giuridicamente attrezzati - o se maliziosamente interessati -, vi possano intravedere la leva per un ribaltamento del sistema concettuale dell'azione pubblica e così per lo svilimento o l'ambita dismissione del *Codice*. Non a caso, tra costoro si sente dire che è l'occasione per “ripensare completamente l'idea di tutela”: forse a cominciare da quella archeologica, che pure data dall'Editto Pacca del 1820 e fa da matrice concettuale all'intero settore sottraendolo alla sovranità della proprietà quiritaria di chi scava. Ma a questo tentativo si oppongono l'inconferenza del mezzo e, all'ultimo, la barriera formale, innalzata nell'*iter* parlamentare, dell'art. 3, comma 2, della legge di ratifica che – come vedremo - nega che ne possano derivare limitazioni ai livelli di tutela.

5. L'impronta determinante del *politically correct* e i suoi effetti distorsivi sul piano giuridico.

Le due considerazioni possono essere associate. La rilevazione più immediata del lettore è che l'intero testo della Convenzione appare improntato, per scelta di linguaggio ed ellitticità di formule prima che per quei contenuti così variamente declinabili, alle espressioni formali e ai modi propri operativi del *politicamente corretto*. Il che è specchio del panorama relativistico che si è appena sintetizzato e appare talmente totalizzante, e altro da quanto connota l'usuale tecnica giuridica, che si può ravvisare nella Convenzione di Faro un caso paradigmatico di quella concezione e di quell'uso particolare del diritto. È un elemento che emerge a qualsiasi lettura: del resto, sarebbe arduo tradurre il documento in un linguaggio più usuale al diritto, perché – proprio a causa della difficile intelligibilità o perimetrabilità dei termini utilizzati e della conflittualità intrinseca delle proposizioni¹⁵ - ci si dividerebbe sui tanti significati dei generici significanti e ne emergerebbero contenuti diversi e spesso opposti.

Il punto è proprio questo: perché l'uso semplificatorio di quell'impronta che impone anzitutto selettivi codici di nuovo linguaggio (*speech codes*) atto a sostituire una *vecchia* visione e *vecchi* concetti, si presenta qui non come un elemento accidentale ma come scelta manifesta di un basilare tratto compositivo del documento¹⁶. È essenziale non prescindere da questa considerazione se si intende, appunto, prenderlo sul serio¹⁷.

Poiché si assume, grazie alla decezione che si è detta, che la questione vada a toccare un tema che si riflette direttamente sull'attuazione di un *principio fondamentale* dell'ordinamento costituzionale, occorre avvalersi di un approccio realistico, che prenda in esame sia gli elementi intrinseci che quelli estrinseci. Tra i primi, non si può non rilevare che il ruolo di questa formulazione lessicale e sintattica appare essere – ricordando l'orwelliana *neolingua* (*newspeak*)¹⁸ - quello qui esplicitato dagli "entusiasti": un'attitudine costruttivistica utile a sostituire una *vecchia* visione delle cose, dai concetti e parole da superare ed obliterare, con una nuova dove tutto, evocando un'età dell'oro (quella tra il 1865 e il 1909?), va rifondato sopra le macerie

¹⁵ V. l'ossimoro insito già, all'art. 2, lett. a), nella definizione di «*cultural heritage / patrimoine culturel*»: da un lato lo si dice come insieme di risorse «*ereditate dal passato*» dall'altro però «*in continua evoluzione*».

¹⁶ L'uso orientato e artificiale della lingua è stato consapevole arma del totalitarismo: cfr. V. Keleperer, *LTI. Notizbuch eines Philologen*, Berlin 1947 [*LTI. La lingua del Terzo Reich. Taccuino di un filologo*, a cura di Elke Fröhlich, Firenze 2010], esemplarmente messa in evidenza come *neo-lingua* (*newspeak*) da G. Orwell, 1984, Milano 1973 [*Nineteen Eighty-Four*, London 1949]. Cfr. M. Arcangeli, *La lingua imbrigliata: a margine del politicamente corretto*, in «*Italianistica Online*», 2004, in www.italianisticaonline.it. Si rimanda alla "guerra delle parole" dalla forte carica irrazionale e alla mistificazione terminologica mediante segni emotivi positivi e denominazioni a carica negativa, studiata con ampio anticipo dal magistrale G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, Bologna 1957-72, 294 ss..

¹⁷ Sul *politically correct* la letteratura è vasta. Si rimanda tra i tanti al primigenio R. Hughes, *The Culture of Complaint*, 1993, trad. it. di M. Antonielli, *La cultura del piagnisteo. La saga del politicamente corretto*, Milano 1994. Più recentem., E. Capozzi, *Politicamente corretto. Storia di un'ideologia*, Marsilio, 2018; E. Pennetta, E. Gotti Tedeschi, *Contro il politicamente corretto. La deriva della civiltà occidentale*, Cesena 2017; A. Dirakis, *Political Correctness: Implosion of Politics*, in *Philosophies*, Berlin, 3/2017; J. Friedman, *Politicamente corretto. Il conformismo morale come regime*, a cura di P. Zanini, Milano 2018 [*PC Worlds, Political Correctness and Rising Elites at the End of Hegemony*, New York 2018]; M. Bock-Cotè, *L'empire du politiquement correct. Essai sur la responsabilité politico-médiatique*, Paris 2019; I. Barbéris, *L'art du politiquement correct. Sur le nouvel académisme anti-culturel*, Paris 2019; P. Nora e F. Chandernagor, *Libertà per la storia. Inquisizioni postmoderne e altre aberrazioni*, a cura di V. Fidomanzo e F. Cardini, Marsala 2021 [*Liberté pour l'histoire*, Paris 2008]; G. Cerrina Feroni, *Imprigionare il pensiero. Fenomenologia giuridica del politicamente corretto*, in corso di pubblicazione.

¹⁸ Ci si riferisce, ovviamente, al ricordato romanzo di G. Orwell, 1984.

di quanto viene finalmente decostruito. È una scelta che corrisponde a un programma di ridefinizione del dicibile e dunque del reale in questo ambito. La si immagina infatti atta a delegittimare la consistenza stessa del *corpus* legislativo della tutela del «patrimonio culturale» per sostituirvi un nuovo paesaggio a tinta debole e a protagonisti forti, decostruito e depubblicizzante, dove si banalizza, per poi scomporre, la primaria funzione pubblica di tutela con le sue affinate articolazioni.

Al tempo stesso, questa formulazione è la connotazione che subito balza all'occhio del giurista, prima ancora che l'ellitticità e la contraddittorietà dei significati. La sedimentazione, la chiarezza e la precisione del linguaggio sono infatti elementi essenziali nella realtà dello Stato di diritto e nessuna pratica ne può prescindere, sia in sede amministrativa che in sede giudiziaria, se non ingenerando nuove insicurezze e imprevedibilità, dunque creando o dando seguito a poteri senza controlli. È un tema di sempre, oggi in particolare studiato dalle scuole tedesca e franco-canadese di linguistica giuridica (*Rechtslinguistik, jurilinguistique*), che si soffermano sulle peculiarità linguistiche, simboliche e semantiche della terminologia giuridica. La migliore dottrina italiana afferma icasticamente che, perché un testo possa essere realmente normativo, deve passare attraverso i rigorosi “*cancelli delle parole*”¹⁹.

La tecnica di formulazione della Convenzione è dunque il primo tema da esaminare. Sicché occorre svolgere qualche riflessione preliminare a questo proposito.

6. Rapporto tra *politically correct* e uso del diritto.

Può apparire eccedentario rispetto al tema di questo scritto, ma a questo punto non lo è in termini sostanziali aprire una digressione sul rapporto formale tra *politically correct* e uso del diritto, o meglio degli strumenti del diritto. È infatti di tale atteggiamento la tendenza a sollecitare qualificazioni legali e a farne un uso iconico riflesso. Il che si registra, e quasi in modo paradigmatico, anche per questa Convenzione e per l'assunto – non dimostrato dalla logica perché indimostrabile – che dalla sua ratifica derivi una *rivoluzione* dell'ordinamento italiano del patrimonio culturale.

Si tratta di una tendenza alla sovra-giuridificazione di simboli inerenti a rapporti culturali e sociali. Il modo consiste nel dispiegare disposizioni nuove e dal forte accento evocativo in spazi prima vuoti di diritto e propri del libero confronto della socialità primaria: spazi dove, in principio, non vi sono comandi o divieti e che – per il principio di libertà – sono di loro liberi²⁰. È l'ambito, aperto e mutevole in una società

¹⁹ Il linguaggio tecnico del diritto rifugge da “*parole solenni e vaghe, auspici e promesse*”, perché scende alla terminologia propria del diritto; “*l'ingresso di parole augurali ottative programmatiche, soffuse di stati d'animo e di desideri, all'interno delle leggi ordinarie, ne corrompe la precisione tecnica e ne promuove letture emozionali o arbitrarie [...]. Non c'è un linguaggio 'democratico' della legge, ma soltanto un linguaggio preciso o impreciso, forte nella nettezza dei contenuti o debole per vagheggiamento di propositi [...]. L'attuazione di principi e 'valori' mercé leggi ordinarie è traduzione da uno in un altro linguaggio, sicché l'interprete si trovi di fronte a un diverso 'discorso' normativo*”: N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 73. Cfr. Id., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna 2016, 17 ss.; Id., *Riconoscersi nella parola*, Bologna 2020.

²⁰ Per l'art. 5 della *Déclaration des Droits de l'Homme* del 1789, «*Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas*». Cfr. Corte cost., 20 luglio 2012, n. 200.

liberaldemocratica, dove si manifestano le opinioni e dove si svolge il loro libero confronto e dove normalmente valgono, per regolare i conflitti, le regole non giuridiche del buon senso e della comune creanza (*common decency*)²¹: lo spazio aperto della politica e della civilizzazione²², non del diritto e della prescrizione. Invece, questa nuova prospettiva di giuridificazione mira a sovrapporre al libero confronto, proprio dell'essere (*sein*), un dover-essere (*sollen*). La forma è quella della dilatazione dell'uso del diritto: non più quello normale e naturalmente necessario, d'impronta liberale, di previsioni sostanziali e dettagliate per regolare il potere pubblico e per risolvere conflitti reali; bensì quello di un mezzo che, in via categoriale e anticipata, enuncia valori e introduce linguaggi che codificano un'etica particolare e la convertono in precetti valoriali. Difficile non cogliervi tratti regressivi, primari, arcaici della forma del diritto, -quasi un subitaneo ritorno a tratti che evocano quello pontificale: atto a celebrare il dicibile ed esecrare l'indicibile, il *fas* e il *nefas*, e così comporvi un veicolo insuperabile per un nuovo pensiero.

Per tali percorsi si conferisce il crisma della legge a una narrazione che si vuole preferenziale²³, attribuendo la forza delle norme alla qualificazione censoria dell' 'inappropriatezza' delle affermazioni dissonanti. Di queste restringono gli spazi sociali, cui viene a sovrapporsi l'alternativa *giuridicità/antigiuridicità*. Per conseguenza, occasioni prima proprie del confronto delle idee e delle opinioni, o di apprezzamenti discrezionali, vengono indirizzate *sub iudice*, nella prospettiva, episodica ma poi da espandere, di giurisprudenze valoriali. In questo schema, un inesauribile strumento si presta a essere la qualificazione formale di *diritto umano*, che dismette la proporzionalità intrinseca alla funzione pubblica per assolutizzare pretese di particolari. Per tale percorso si apre l'ampia strada dell'ulteriore scomposizione dello Stato di diritto-lasciando seguire alla giuridificazione dei valori la giudiziarietà delle pretese e delle dissonanze. Le norme simboliche, in realtà prive di fattispecie²⁴, una volta estromesse dialettica e discrezionalità dal loro spazio naturale, pongono infatti le amministrazioni nelle condizioni di non riuscire a facilmente operare e, al loro posto, sollecitano il giudice meno attento alla propria soggezione alla legge a un'attività non ri-cognitiva ma creativa di diritto, vale a dire al creazionismo giudiziario²⁵: slittamento dalla politica e dell'amministrazione verso una giurisdizione occasionale ma proattiva e d'avanguardia²⁶. Anche se la genericità delle espressioni

²¹ Il concetto di *common decency* è di George Orwell e l'osservazione sulla tendenza al riguardo del politicamente corretto è ritornante in J.-C. Michéa: cfr. per tutti *Jean-Claude Michéa avec le MAUSS [Mouvement anti-utilitariste dans le sciences sociales]. Compte-rendu* del 16 febbraio 2008, in <http://www.journaldumauss.net/?Jean-Claude-Michea-avec-le-MAUSS>.

²² Cfr. N. Elias. *Il processo di civilizzazione*. Bologna 1988 [*Über den Prozeß der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*, Basel 1939].

²³ Si immagina debba essere così ad es. riguardo alle *leggi memoriali* o alle iniziative legislative contro le discriminazioni. Non è però così per il c.d. *linguaggio di genere*, che non è previsto da alcuna legge e che varia la denominazione dell'ufficio pubblico in ragione di chi al momento lo ricopre, come se l'immedesimazione organica sia a parti invertite (l'ufficio nella persona, non la persona nell'ufficio).

²⁴ Sulla crisi della fattispecie, N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., 19 ss.; 70.

²⁵ Cfr. L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena 2018, 10 ss..

²⁶ Cioè con "il superamento del ruolo della politica, l'abdicazione alle forme della democrazia rappresentativa e il tramonto dello stato di diritto basato sulla soggezione al diritto dei pubblici poteri": L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in www.questionegiustizia.it, n. 4 del 2016.

offre al giudice, con una certa dose di azzardo, spazi infiniti di interpretazione rendendolo in pratica *dominus* della fattispecie.

In un tale scenario di mutazione dei temi e soprattutto delle funzioni della giuridicità, le articolazioni del tecnicismo giuridico degradano a elementi secondari quando non di orpello²⁷. La funzione delle disposizioni in *neo-lingua* che enunciano valori anziché norme si sublima in quella lata, arcaica, terribile, dello *stigma*: il marchio, qualificante o dequalificante, che distingue dicibile e indicibile²⁸. La formula sta dunque nella dichiarazione classificatoria. Il che sovente avviene con collaterali supporti di alcuni non giuristi suggestionati da quel risultato e cedevoli alla tentazione di sopravanzare i più prudenti professionali. Così i valori vengono sottratti allo spazio del confronto sociale e costituiti in nuovi “*diritti*” enunciati, solennizzati e fatti irrevocabili perché avviati a una “normatività” di sistema, anche extragiuridica. In sintesi: una legificazione di stampo assiologico, arretrata sulla proclamazione del simbolico, che prescinde dai procedimenti giuridici attuativi, nucleo essenziale del diritto in uno Stato di diritto²⁹. Il resto è censura e sanzione.

Questa prospettiva simbolica si combina con la neo-lingua dalle espressioni suggestive quanto imprecise, disattende gli assunti sulla *qualità della legislazione* e la *better regulation*. In questi modi va a dismettere la geometria e l’articolazione tecnica dello strumento normativo, la chiarezza e la precisione delle proposizioni e delle metodiche. Ciò che importa è infatti la qualificazione e la sua immediatezza, il *label* categoriale elevato ad accertamento presuntivo. Tanto giova per poi – nel combinato di queste norme valoriali e delle tecnologie della comunicazione – uscire dallo spazio di questo “diritto” perché la normatività è ormai liquida e di sistema e aprire senz’altro alle *improving practices* contro gli *inappropriate behavior*, più o meno tacciabili di *violence* (morale o fisica non importa, quella morale non è meno *offensive*), mediante *naming and shaming*, *listing* e *restrictions* portabili all’emarginazione o alla rimozione dallo spazio pubblico (*call-out*, *cancel*, *ban* e ostracismi vari): insomma all’*esclusione*³⁰. Strumento operativo di questo *enforcement* sono le sanzioni mediatiche: più rapide e incisive delle procedure giuridiche con accertamenti e contraddittori. Teatro e mezzo ne sono, con il loro enorme potere, i *social media*: spazi pubblici reali autoregolamentati, accessibili subito e gratuitamente, consolidano questo “diritto” in parole d’ordine surrogando i tribunali; e sul versante opposto, grazie alla

²⁷ Invece, superfluo rammentarlo, insegna Max Weber che la razionalizzazione dei rapporti sociali attraverso la razionalità formale del diritto connota l’intera evoluzione della società occidentale: v. il noto capitolo VII della seconda parte, sulla sociologia del diritto, di *Economia e società*, Milano 1968 [*Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922].

²⁸ Il *fas* (e dunque il *nefas*) convertito in *ius*, per evocare il diritto romano delle origini: cfr. recentem. M. Bettini, *Fas*, in *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano*, a cura di A. McClintock, Bologna 2016, 17 ss..

²⁹ In senso inverso al processo evolutivo della *giuridificazione* descritto da J. Habermas, in *Teoria dell’agire comunicativo* [*Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981], per cui la legittimazione del diritto mediante procedimenti giustifica questi ma non se stessa, sicché occorre passare all’interventismo giuridico dello Stato sociale. Qui invece si avanza una legittimazione per simboli, per valori giuridificati, ma senza o quasi procedimenti. Del resto, Habermas steso aveva messo in guardia dal rischio di una sovradeterminazione normativa, ad es. nei rapporti familiari. Sulla giuridificazione, v. B. Marchetti e M. Renna (a cura di), *La giuridificazione*, Firenze 2016 e ivi *I processi di giuridificazione: soggetti, tecniche, limiti* (anche in *Giur. it.*, 2017, 2766); L. De Lucia e B. Marchetti, *The Juridification Process in Italy and the Influence of EU Law in The Changing Administrative Law of an EU Member State. The Italian Case*, a cura di D. Sorace, L. Ferrara, I. Piazza, Torino 2020, 147 ss..

³⁰ Cfr. A. Garapon, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, Milano 2012 [*La raison du moindre Etat: Le néolibéralisme et la justice*, Paris 2010], 124.

natura formale *privata* - come ora si vede ai massimi livelli - introducono sanzioni di censura sostanzialmente *pubbliche*, anche radicali, di espulsione dalla pubblica piazza virtuale, avverso espressioni che d'autorità bollano di *hating*. Così, a totale scapito della libertà del confronto, evidentemente non stimata un valore primario in sé, si cattura il dibattito e si porta un pensiero ad avere la supremazia sulle idee dissonanti.

In questo *modus operandi* un ruolo essenziale è svolto da creazione e controllo del linguaggio: all'impoverimento, alla decostruzione e alla riformulazione suggestiva della lingua³¹, corrisponde - con il suo potere performativo - la dismissione della logica giuridica con la sua matematica precisione linguistica che viene sostituita con una nuova narrazione: generica ma comunque imperativa. Linguaggio e "norma" vanno anche qui di pari passo. Ma in senso decettivo e artificiale. Si passa infatti dalla naturale normatività del linguaggio a solennizzate norme di linguaggio, si sottrae la norma alla razionalità del *logos* per riportarla a formule oracolari e mnemoniche da *mythos*³².

Insomma, il perno è l'*uso valoriale del mezzo normativo*. All'opposto della *ratio scripta* ereditata dal diritto romano e della geometria legale elogiata da Kelsen e dal positivismo giuridico, la norma viene dissociata dalla fattispecie per svolgere la funzione enunciativa di convertire i simboli in "parole della legge" senza recarne la sostanza: strumento per una trasformazione culturale che supera le dialettiche; e non solo per il d'ora in avanti ma in modo totalizzante, ora per allora, retroattivo: per biasimare - *online* come nella realtà - quanto resta dell'esistito perché traccia di valori del passato di una *culture* da cancellare: l'opposto della tutela dei beni culturali, che li salvaguarda perché testimonianze, non perché celebrazioni di civiltà.

L'approccio però sembra suscitare ormai più di una riconsiderazione, una volta constatato il riflesso sui beni culturali nella pratica del *cancel culture* con le statue storiche abbattute e rimosse, l'epurazione dalle università di classici della letteratura e altre cupe riedizioni di *damnatio memoriae*, iconoclastie, vandalismi, rivoluzioni culturali varie³³. L'intolleranza e l'annientamento attraversano i presupposti della Convenzione: e malgrado i buoni propositi per la "gestione" del *dissonant* (o: *transnational*) *heritage*, se è vero che - come già ribadito - nasce in reazione alle

³¹ Cfr. M. Onfray, *Théorie de la dictature*, Paris 2019 [Teoria della dittatura. Preceduto da «Orwell e l'impero di Maastricht», Firenze 2020], 59 ss. Del resto che "il linguaggio è l'organo formativo del pensiero" [Die Sprache ist das bildende Organ des Gedankens] sicché dai diversi linguaggi derivano diverse *Weltanschauungen* venne affermato già da W. von Humboldt, *La diversità delle lingue* [Einleitung über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluss auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts, Berlin 1836] trad. it. a cura di D. Di Cesare, Roma-Bari 1991, 42: nella stretta connessione tra linguaggio e pensiero si ravvisa l'origine del c.d. *relativismo linguistico*. La stretta connessione tra *linguaggio* è *diritto* quali proiezioni, autoctone e spontanee, della comune coscienza del popolo (*gemeinsame Bewußtsein des Volkes*) era già concetto centrale nello storicismo giuridico, evidenziato da F.C. von Savigny e J. Grimm. Il parallelismo tra diritto e linguaggio fu ripreso dall'istituzionalismo giuridico: S. Romano, *Consuetudine*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 1953, 41ss..

³² Con il passaggio dal *μῦθος* al *λόγος* (da *λέγω*: raccogliere, selezionare, ordinare, collegare, dire), dalla *fabula* alla *ratio*, ordine razionale del cosmo, accompagna la nascita del diritto scritto (*νόμος ἔγγραφος*, *lex*), certo, coerente, razionale e calcolabile: *lex* da *lḗgēre*, scegliere, dire, leggere (prima dell'approvazione e poi sulle tavole esposte al pubblico), radice in comune con *λέγω*.

³³ V. ad es. P. Battista, *La distruzione delle statue: dai «moretti» a Otello il fanatismo che azzerava la Storia*, in *Corriere della Sera*, 11 giugno 2020. A. Finkielkraut parla di "follia della *cancel culture* americana" (intervista a *La Lettura del Corriere della Sera*, 6 settembre 2020, di S. Montefoschi). Per un elenco del *Tear Down a Statue* v. en.wikipedia.org/wiki/List_of_monuments_and_memorials_removed_during_the_George_Floyd_protests#Others.

pulizie etniche e culturali delle guerre jugoslave di fine '900 e mira a riconciliazioni mediante un *dynamic pluralist heritage*. Ma la successiva vicenda delle statue abbattute disvela l'incongruenza di tali paesaggi ideali, fatalmente contraddittorii, dove si insidia il rischio di alimentare ed esportare, con espansione progressiva, conflitti da esclusioni identitarie reciproche: distruttivi finanche di beni culturali materiali. si partì dal ricordato Vecchio Ponte di Mostar, 1993; ma dieci anni dopo a migliaia di chilometri seguirono i Buddha di Bamiyan, Fatalmente, a questi riguardi, il *diritto* degli uni rischia di tradursi nel *non diritto* degli altri.

Si assiste comunque a un uso nuovo del diritto, debole nelle articolazioni quanto forzante nominalmente: orientato non più a contenere il potere e risolvere conflitti ma ad affermare nuovi *diritti* senza indicarne misura e composizioni. Come si è detto, è un bisogno non di diritto ma di legificazione di icone, capaci di condensare assunti, indurre deferenze e titolare biasimi espulsivi o demolitori. Il che aiuta a comprendere quale *compliance* induca taluni ad accantonare la coerenza della riflessione giuridica, separandola dall'esperienza di pratici del diritto quand'anche eccellente: sospesa a fronte di *idòla* innalzati da un'ideologia comportamentale che pretende intangibili gli assunti che vuole ufficialmente egemoni³⁴.

Tutto ciò urta non solo con la funzione del diritto nello Stato di diritto ma anche con il principio di legalità che ne è il pilastro³⁵: il potere previsto e regolato da norme quanto più chiare e precise che lo tipizzano per un uso uniforme, certo, prevedibile, calcolabile, applicato secondo regole e garanzie procedimentali.

Proseguendo nella digressione e guardando per un attimo alla storia, questo *habitus* sembrerebbe evocare – *si parva licet ...* - i modi dominanti dell'epoca barocca, dalle preminenze retoriche e dalle tridimensionalizzazioni del proscenio, con proclamazioni riprese da *gride* casistiche, indeterminate e confuse. Dove si associavano magnificenze e magniloquenze, ma al contempo simulazioni e dissimulazioni, *autodafé* e roghi di libri e di pertinaci: vertice della decezione da un lato, dell'intolleranza dall'altro³⁶.

Ma quella è forse un'epoca troppo lontana, perché precede il valico della normatività del diritto e del primato della legge, frutti del razionalismo giuridico e presupposti del tecnicismo. Sicché, continuando a prendere sul serio questo documento e a ricercare antecedenti storici meno risalenti, successivi a quei recuperi della logica applicata al diritto, si approda a schemi del secolo XX: assai più affinati, dall'ampio uso di clausole generali e di concetti indeterminati che limitano la norma all'enunciato valoriale e trasferiscono altrove la definizione reale delle fattispecie. E poiché qui l'oggetto concerne il vasto ambito della *cultura*, proiezione del pensiero collettivo, è facile rintracciare, in quest'obliterazione dei modi dello Stato di diritto, già visti segni

³⁴. Sul difficile rapporto dei valori con la norma, C. Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, 1960 [*La tirannia dei valori*, Milano 2008].

³⁵ R. Bin, *Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna 2017 (2004), 18 ss. Efficacemente, è stato detto che il principio di legalità è "il principio costitutivo della sintassi giuridica dello stato di diritto, indipendentemente dal livello e dal contenuto delle norme nella quale essa si articola": così L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in www.questionegiustizia.it, n. 4 del 2016.

³⁶ Cfr. per tutti I. Mereu, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Milano 1979.

di esperienze sull'uso libero ed extralegale del diritto, strumentale piuttosto che autonomo, che ebbero ampio terreno nei totalitarismi: non tecnica per regolare in modo impersonale ed eguale i rapporti, quanto leva anzitutto psicosociale per orientare la coscienza collettiva anche mediante la formulazione giudiziaria del diritto. Si abbandona la connessione dello Stato di diritto, tra chiarezza delle norme e sicurezza giuridica³⁷. E si avverte più di una vaga eco – quanto a concezione del diritto³⁸, del merito si dirà - dell'*Erneuerung des Rechts* (rinnovamento del diritto) dei giuristi nazionalsocialisti, per i quali il diritto non deve ridursi agli astratti paragrafi della legge scritta ma procedere direttamente dal *gesundes Volksempfinden*, il sano sentimento del popolo³⁹: ben oltre la politica del diritto, si va a rifondare la ragione stessa del diritto per procedere scomponendo il *Rechtsstaat* e le sue modalità espressive formali e professionali.

Ma anche senza risalire a tanto – noto agli storici, specialmente del diritto, ma non ai più: e certo remoto dalle intenzioni consapevoli dei suoi redattori e sostenitori - , a considerarla astrattamente a sé, per effetto di quest'impronta la Convenzione ingenera confusioni, cosparsa com'è di equivoci dissimulati da uno schieramento in parata di enunciati complessi e di formule ampollose e ambigue: come quelli concentrati nel rinvio a ellittiche *parole-chiave*, come *comunità patrimoniale* (o: *comunità di eredità culturale*). Eufemismi suggestivi, ma in realtà vaghi, primari, pregiudiziali: forieri non di certezze ma di sovrapposizioni e potenziali nuovi conflitti. È la negazione del metodo e delle civiltà giuridici, intesi come tecnica di redazione e stile di composizione secondo legge dei conflitti⁴⁰. Non a caso vi indulgono, spingendosi *ultra vires*, alcuni non giuristi non consapevoli di avere del diritto un'idea formulare e primitiva: l'analisi giuridica rifugge dal leggere una legge per “parole chiave” perché ciò nega alla radice il diritto, il che è invece ben presente ai più preparati. È piuttosto della legge il recare un contenuto quanto più articolato e preciso, capace di stabilire con rigore il solo significato possibile di una norma⁴¹.

³⁷ Eppure il tema della *sicurezza giuridica* è dei più attuali per lo Stato di diritto contemporaneo: esigenza primaria e immanente all'ordinamento, in funzione di certezza delle situazioni, prevedibilità delle decisioni, eguaglianza giuridica, chiarezza e coerenza dell'ordinamento, oggettività e stabilità delle regole e della loro interpretazione. Cfr. M.A. Sandulli, F. Francario (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018, 305 e ivi M.A. Sandulli, *Conclusioni di un dibattito sul principio della certezza del diritto*; Id., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018, 45 e ss.; 3. *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici*, in *Federalismi.it*, 2018.

³⁸ “La giuridificazione del non-giuridico, ovvero la neutralizzazione del conflitto politico in nome della ‘superiore’ ragione del giuridico-giudiziario, avviene sempre più attraverso la retorica dei diritti dell'uomo e l'idea che la costituzione sia un insieme di ‘valori’”: A. Carrino, *La costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Milano 2019, 52.

³⁹ La metafora dell'auspicata *morte del paragrafo* irrideva la ripartizione razionale della legge nelle proposizioni definite che noi chiamiamo *articoli*: celebre la foto di Hanns Kerrl, ministro della giustizia prussiano, *Paragraphen am Galgen* (paragrafi sulla forca): cfr. J. Chapoutot. *La legge del sangue. Pensare e agire da nazisti*, Torino 2016 [*La loi du sang; penser et agir en nazi*, Paris 2014], 116; Id., *La révolution culturelle nazie*, Paris 2017 [*La rivoluzione culturale nazista*, Torino 2019], 137 e 145.

⁴⁰ Cfr. F. Lanchester, *Civiltà del diritto e identità italiana*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 2020.

⁴¹ Cfr. J. Ellul, *Le bluff technologique*, Paris 1988, 768, che vede un'aberrazione nella formula dei «diritti dell'uomo», per la mancanza di contenuto preciso del “diritto alla felicità”, del “diritto alla salute”, del “diritto alla vita”, del “diritto all'informazione”, del “diritto allo svago”, del “diritto all'istruzione” e così via.

7. Il vizio giuridico di base: l'oggetto indeterminato e indeterminabile.

Chiusa la digressione e tornando alla Convenzione, il testo, come testo normativo, presenta insidie e difficoltà anzitutto quanto a concordanze linguistiche.

Pare opportuno, come di regola, muovere dalle teste di capitolo.

La più seria *aberratio ictus*, da matita “blu”, è che il testo “*non ufficiale*” in italiano, pur pubblicato in Gazzetta Ufficiale, di questa *Convention on the Value of Cultural Heritage for Society / Convention sur la valeur du patrimoine culturel pour la société*, usa la locuzione «*patrimonio culturale*»⁴² per tradurre il «*cultural heritage*» del testo ufficiale in inglese (che a sua volta era mal riflessa nel testo ufficiale in francese come «*patrimoine culturel*»: testo, questo, peraltro non pubblicato in G.U.). Quale sia questo “errore” è questione trattata in un precedente contributo, cui per sintesi si rinvia⁴³, salvo riprenderne alcuni punti essenziali per una miglior comprensione del tema.

Per quanto, per Statuto del Consiglio d'Europa, lingue ufficiali siano l'inglese e il francese conviene ora, posto che come visto l'analisi linguistica qui è importante, prendere le mosse dall'inglese: che, si ribadisce, è il solo testo *allegato* alla legge di ratifica.

Quanto comunque all'impropria locuzione del testo in francese, non va pretermesso un dato di fondo: che la Francia non ha sottoscritto la Convenzione. Ma – si vedrà – se anche lo avesse fatto varrebbero analoghe considerazioni.

7.1. In questa sede è da ricordare che il «*cultural heritage*» della Convenzione è (art. 2, *Definizioni*, lett. a) «*un insieme di risorse ereditate dal passato che alcune persone [così, seppure in modo “non ufficiale”, risulta tradotto «people / des personnes»] identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione. Esso comprende tutti gli aspetti dell'ambiente [così, seppure in modo “non ufficiale”, risulta tradotto «environment / environnement»] derivati dall'interazione nel tempo fra le persone e i luoghi», e che il «Patrimonio comune dell'Europa» consiste (art. 3) «in tutte le forme di patrimonio culturale [così, seppure in modo “non ufficiale”, risulta tradotto «all forms of cultural heritage / tous les patrimoines culturels»] in Europa che costituiscono, nel loro insieme, una fonte condivisa di ricordo, comprensione, identità, coesione e creatività», nonché «gli ideali, i principi e i valori, derivati dall'esperienza ottenuta grazie al progresso e nei conflitti passati, che promuovono lo sviluppo di una società pacifica e stabile, fondata sul rispetto per i diritti dell'uomo, la democrazia e lo Stato di diritto», ecc..⁴⁴*

⁴² In tedesco, dal sito del Consiglio d'Europa: *Rahmenkonvention des Europarats über den Wert des Kulturerbes für die Gesellschaft*.

⁴³ P. Carpentieri, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in *Federalismi.it*, n. 4/2017.

⁴⁴ Come si dice nel preambolo, la Convenzione ha per scopo la salvaguardia e la promozione di «*quegli ideali e principi, fondati sul rispetto dei diritti dell'uomo, della democrazia e dello stato di diritto, che costituiscono il loro [degli Stati membri del Consiglio d'Europa] patrimonio comune*».

Insomma, la Convenzione – emerge dal complesso dei suoi articoli, che in verità assai poco trattano di *beni culturali* - sembra riguardare piuttosto la *cultura* in tutte le sue manifestazioni; o meglio, il *lascito della cultura collettiva*. E così, fedelmente, qui avrebbe dovuto essere tradotto «*cultural heritage*»: o meglio, in *eredità culturale*⁴⁵. Tale era la predisposizione ministeriale a cura degli appositi uffici. Nondimeno, stando all'affermazione di chi fu tra il 2014 e il 2018 presidente del Consiglio superiore per i beni culturali e paesaggistici del Ministero per i beni e le attività culturali⁴⁶, questo è stato poi sostituito su iniziativa del medesimo con la conversione – alterante, come si spiega - in *patrimonio culturale*. Questa “traduzione”, giocando allo scambio tra significante e significato, vorrebbe lessicalmente ripetere, pur trattando di tutt'altro, la formulazione del *Codice*. È una “traduzione” rimasta però, per intuibili ragioni, “*non ufficiale*”. E vi è una ragione oggettiva perché sia così, posto l'importante principio, immanente alla pratica internazionale e diplomatica, di neutralità e fedeltà delle traduzioni. Più che mai – si è costretti a trarre - si dimostra qui vero il detto “*tradurre, tradire*”.

Ne segue comunque che, per l'intera Convenzione: *a)* la “*traduzione non ufficiale in Italiano*” è priva di valore normativo e di portata giuridica, perché non corrisponde alla Convenzione come ratificata; *b)* anche dal punto di vista della c.d. *traduzione di cortesia*, in caso di discordanza tra il detto testo “allegato” in inglese e quello in italiano, prevale senz'altro il testo in inglese e, nell'interpretazione, ogni sua significazione deve astrarre da questa.

Come si ricava da pressoché tutti i suoi enunciati, e pur mai menzionandolo direttamente, la Convenzione con l'aggettivo “culturale” si rifà a un concetto di “cultura” non nel senso, verticale, di prodotto eminente e irripetibile dello spirito umano da salvaguardare per l'«*interesse*», se del caso «*particolarmente importante*» o «*eccezionale*», come l'intende la legislazione di tutela dei *beni culturali* (che per sua natura e finalità - l'*integrità* del patrimonio - postula l'*irripetibilità*, perché pezzi unici o quasi unici, e *perciò* la *materialità* dei beni da tutelare); ma in un senso tendenzialmente socio-antropologico: lato, adespota, ripetibile all'infinito, e perciò oggetto possibile, e plausibile, di valorizzazione: ma non già di tutela⁴⁷. Vale a dire, nell'accezione orizzontale e soggettiva propria delle scienze sociali, cioè espressione di una società e del suo ambiente⁴⁸. Altrimenti detto, la Convenzione si riferisce non a

⁴⁵ In tali termini, opportunamente, l'espressione figurava tradotta al sito dell'Ufficio Studi del MIBACT: https://ufficiostudi.beniculturali.it/mibac/multimedia/UfficioStudi/documents/1362477547947_Convenzione_di_Faro.pdf. ».

⁴⁶ G. Volpe, così al webinar “*La Convenzione di Faro. Dal diritto del patrimonio culturale al diritto al patrimonio culturale*” organizzato dalle Scuole di Specializzazione in beni storico artistici e demotnoantropologici dell'Università degli studi di Perugia per il 1 dicembre 2020.

⁴⁷ Oltre a M. Tomasello, *Storia naturale della morale umana*, trad. it. di S. Parmigiani, Milano, 2016; v. anche AA.VV., *La cultura ci rende umani*, Torino 2018 (E. Albinati, S. Allovio, J.-L. Amselle, J. Eskenazi, V. Lingiardi, P. Mastrocola, M. Mosca, A. Favole), F. Remotti, *L'ossessione identitaria*, Roma-Bari 2017; Id., *Cultura*, Roma-Bari, 2011, Roy Wagner, *Invenzione della cultura*, trad. it. di M. Ariotti, Milano 1992, F. Remotti, in N. Abbagnano, G. Fornero, P. Rossi, *Filosofia – storia, parole, temi*, vol. 18, *La filosofia e le scienze umane*, a cura di P. Rossi, cap. I, *Filosofia e scienze sociali*, 35 ss..

⁴⁸ Filosofia e scienze storico-sociali insegnano che il tedesco *Kultur* (che si usa opporre a *Zivilisation*) tende a corrispondere all'italiano *civiltà* e questo al francese *civilisation*: che però, per la diversa concezione, viene contrapposto a *Kultur*.

vestigia ma al deposito storico complessivo, alla sedimentazione ideale che concorre a formare le identità collettive: attività culturali, quanto un tempo si chiamava “usi e costumi”, tradizioni e così via; vale a dire, ciò che precede le tracce stesse di quanto sul piano internazionale si usa chiamare *intangible cultural heritage* (spesso da noi mal tradotto in *patrimonio culturale immateriale*). Oggetto meritevole di cura, certo, che però nulla ha a che fare con le cose di interesse storico e artistico, che sono alla base della legislazione del settore. Ma qui non vi è alcunché di nuovo perché parrebbe riemergere quel tipo di contenuti, com’era riguardo alla convenzione del 2003 e come è stato poi assai bene risolto nel 2008 con l’art. 7-*bis* del *Codice*. Qui tuttavia si sale al livello massimo di tutte le «*risorse ereditate dal passato*»: e si apre, come si chiarirà al paragrafo 10, la via all’emergere di dissonanze, divergenze, opposizioni. Tale del resto è la storia dell’umanità e in essa dell’Europa, fatta di millenni di scambi proficui e di incontri, ma anche di scontri e conflitti, dalla lontana origine e dalla lunga, ritornante durata.

Quando dalla discorsività dell’antropologia si tenta di passare alla spigolosa matematicità del diritto, che di suo pretende l’esattezza, secca e rigida, del linguaggio tecnico⁴⁹ e non il prestito della genericità altrui, ci si avvede della negata realtà delle cose: l’inidoneo registro linguistico declina paradigmi intrinsecamente diversi e potenzialmente opposti, dunque inconciliabili. In mezzo vanno le tante attenuazioni, implicazioni, rinvii, derivazioni, frutto dalle ambiguità di questa *neolingua* che va ben oltre i normali artifici retorici.

Ma sono solo diverticoli o incidenti di percorso: si pretende che il sostrato concettuale sia quello del pluralismo paritario ma il *confronto interculturale* per gestire le diversità resta formula vaga ed esposta alla negazione reciproca o all’alternativa.

È così solo un infortunio tra i tanti che, quando gli entusiasti si affrettano a parlare di “*tutela*” sull’uno e sull’altro versante, ci si avvede solo dopo che mal si adatta il divieto di esportazione dei beni culturali a un antico canto popolare. Sicché chi fa incauto uso di questo lemma dovrebbe porsi, almeno una volta, la questione: il testo linguistico è il *limitare del diritto*⁵⁰, le parole hanno un significato non eludibile, sintetizzano un potere pubblico tipizzato e soggetto alla legge. Forse si intende allora ricerca, riedizione, valorizzazione o qualcosa del genere? E perché non usare queste altre, corrette parole? Si inverte la nota battuta - sia lecito ricordare - di un noto film, “*Chi parla male, pensa male e vive male. Bisogna trovare le parole giuste: le parole sono importanti!*”.

Nel diritto positivo italiano il «*patrimonio storico e artistico della Nazione*» è l’oggetto della «*tutela*» sancita dal *principio fondamentale* dell’art. 9, secondo comma, della Costituzione. Ed è l’oggetto della disciplina del *Codice* del 2004, che lo chiama appunto «*patrimonio culturale*», includendovi i beni culturali e i beni paesaggistici.

Poiché i testi normativi vanno analizzati nell’insieme delle norme che contemplano, è il caso di considerare una volta per tutte che tutti gli istituti giuridici contemplati dal *Codice* (quanto a tutela e quanto a valorizzazione) possono applicarsi ai soli beni culturali *materiali*. Il vincolo, gli obblighi di conservazione, il regime delle

⁴⁹ N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., 74.

⁵⁰ N. Irti, *ivi*, 84.

autorizzazioni, il prestito, il deposito, le misure cautelari, le prescrizioni indirette, l'espropriazione, ecc. sono semplicemente impossibili da applicare agli usi, ai costumi, alle tradizioni, insomma ai c.d. *beni culturali immateriali*⁵¹. È un dato incontenibile della realtà che travolge l'incantesimo della suggestione che la loro protezione autoritativa (tale è la «*tutela*») non potrebbe che misurarsi con la trasformazione sociale, lo Stato costituzionale di diritto e il diritto fondamentale alla libertà di opinione e d'espressione. Sicché, prudentemente, si addicono loro – e meritano auspicio e sostegno - le attività di *valorizzazione* piuttosto che le funzioni pubbliche di salvaguardia: non trattandosi di pezzi unici come le *cose d'arte* ma di *attività* ripetibili che anzi vivono grazie alla ripetizione, la salvaguardia è insita nella stessa valorizzazione, non già in atti autoritativi di *tutela* per, ad esempio, la cucina tradizionale, l'abbigliamento, la musica e il canto, le arti performative, le feste popolari e così via.

È fuor di discussione, si ripete, che siano elementi meritevoli di sostegno e promozione: ma trovano la *sedes materiae* in contingenti azioni di valorizzazione e, soprattutto, in misure di sostegno economico-finanziario. Nulla vi hanno a che vedere gli istituti che postulano la *materialità* dei beni *irripetibili*, con cui sono per logica non compatibili.

Allo stesso modo è un dato della realtà che gli istituti giuridici della fruizione e della valorizzazione della *Parte II* del *Codice* si riferiscono ai beni culturali *materiali*, riguardano la loro *gestione* e sono inapplicabili a usi, costumi, tradizioni, all'«*intangible cultural heritage*» come alle attività culturali che, anche qui, trovano appropriata collocazione in altri settori dell'ordinamento (per risorse e sostegni economici pubblici: poiché di questo, non già di precetti, necessita la *cultura*).

Assai bene l'art. 7-*bis*⁵² del *Codice*, in termini concettuali e di tecnica legislativa, si riferisce a questi elementi chiamandoli «*espressioni di identità culturale collettiva*»: per dissipare l'equivoco che si insidia nella traduzione di «*intangible cultural heritage*», che si vorrebbe prendere a prestito dall'ordinamento internazionale pretendendola senz'altro produttiva di riconcettualizzazioni nell'ordinamento interno

⁵¹ Categoria che va ben oltre, perché intrinsecamente diversa, dalla già critica dilatazione in senso «orizzontale», cioè sociologico, del concetto di *bene culturale*, comunque *materiale*: sul che v. l'icastico insegnamento di B. Cavallo, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano 1988, II, 111, per il quale, così procedendo, «*bene culturale*» degrada a sintesi verbale che copre una varietà effettiva e disomogenea di modelli; v. nello stesso senso T. Alibrandi, *L'evoluzione del concetto di bene culturale*, in *Il Testo unico in materia di beni culturali e ambientali*, *Foro amm.*, 1999, 2, che vi vede un concetto così dilatato da ormai richiedere una normativa apposita e diversa da quella delle cose d'arte; e T. Alibrandi e P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, 4^a ed., Milano 2001, 18. Si vedano anche, in generale, C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna 2017 e G. Clemente di San Luca, R. Savoia, *Elementi di diritto dei beni culturali*, Napoli, 2019.

⁵² «*Le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle Convenzioni UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate a Parigi, rispettivamente, il 3 novembre 2003 ed il 20 ottobre 2005, sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'articolo 10*». L'articolo venne inserito dall'art. 1, comma 1, lett. c) d.lgs. 26 marzo 2008, n. 52 (secondo decreto integrativo e correttivo del *Codice*). La prima delle due convenzioni, qui rilevante, venne redatta in occasione delle Conferenza Generale dell'UNESCO tenutasi a Parigi dal 29 settembre al 17 ottobre 2003 [come si noterà, l'attuale art. 1, comma 2, del *Code du patrimoine* francese vi fa riferimento con la data non del 3 novembre 2003 – della sottoscrizione della Convenzione -, ma del 17 ottobre 2003 - di chiusura della Conferenza].

rispetto all'esistente «*patrimoine culturel*»: ignorando così il dato basilare per il giurista della pluralità degli ordinamenti giuridici e della relatività delle qualifiche agli ordinamenti⁵³.

7.2. A questi riguardi è da ricordare che il *Codice* italiano tendenzialmente corrisponde a quello coevo francese, specie nel testo originario del 2004 (ord. n. 2004-178 del 20 febbraio 2004, ratificata dalla l. n. 2004-1343 del 9 dicembre 2004, art. 78-XIV), il cui art. 1 era composto dal solo attuale primo *alinéa*⁵⁴. Dunque nel 2005 nella conferenza del Consiglio d'Europa quando si redigeva il *draft* francese della Convenzione di Faro, anziché usare incautamente l'impropria traduzione francese letterale di «*cultural heritage*» («*patrimoine culturel*») si sarebbe dovuto utilizzare un'espressione come «*héritage de civilisation*» o «*héritage de mémoire collective*» o «*identité culturelle*»⁵⁵. Però si è tralaticciamente usato «*patrimoine culturel*», evidentemente riprendendolo dal testo francese della Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 2003, già contenente l'errore lessicale e nel 2016 poi acriticamente inserito nel *Code du patrimoine*: solo nel 2016 (con l'art. 55 l. n. 2016-925 del 7 luglio 2016 «*relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine*») venne introdotto, all'art. 1, il secondo *alinéa*, che dice che il patrimonio incorpora gli «*éléments du patrimoine culturel immatériel, au sens de l'article 2 de la convention internationale pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée à Paris le 17 octobre 2003*». Espressione dal contenuto equivalente, grazie al rinvio internazionale, a quella – di otto anni prima - del nostro art. 7-bis sulle «*espressioni di identità culturale collettiva*»: e come quella non seguita da specifiche norme nel *Code*. Sta di fatto comunque che nel 2005 quest'aggiunta era ben lungi a venire: sicché «*patrimoine culturel*» aveva un significato diverso da quello dell'art. 2 del *drafting* di Faro, e l'uso della medesima espressione era improprio.

⁵³ Sia consentito ricordare che in tal modo l'art. 7-bis, «*pur riconoscendo al patrimonio culturale immateriale [...] la dignità di un valore positivo per l'ordinamento, ne ha escluso la riferibilità alla disciplina del Codice, incongrua in ragione del carattere 'reale' e 'normativo' di bene culturale e del collegamento a questo degli strumenti della tutela. Si tratta infatti [...] di un settore contiguo, ma non coincidente, con quello di cui tratta il Codice con i suoi istituti giuridici che postulano la materialità (es., la dichiarazione, l'immodificabilità, la prelazione, l'espropriazione, i limiti all'esportazione, la tutela penale, ecc.). Ove il legislatore intenda disciplinare con precetti di tutela, vale a dire con istituti autoritativi ad attitudine ablatoria, cioè restrittiva di diritti, anche certe espressioni dovrà, per elementare logica e per adeguatezza e congruenza della strumentazione, introdurre un'apposita disciplina, e senza far venir meno questa. [...] Ove invece intenda disciplinarli, [...] con norme generali di salvaguardia del tipo da proteggere (che però, data la incoercibilità dell'immateriale, non riguarderanno uno specifico oggetto, ma la serialità della sua caratterizzazione) o di valorizzazione della sua conoscenza, si porranno altre ineludibili questioni: ad es., sulla perimetrazione delle fattispecie, sull'identificazione delle caratteristiche, sulla catalogazione, sulle amministrazioni competenti, sui centri di interessi cui imputare le cure, le responsabilità e le difese, sulla prerogativa delle denominazioni, sulle loro utilizzazioni, sugli usi impropri o deformanti, ecc.*»: così G. Severini, *Commento agli artt. 1-2, § 9, in Codice dei beni culturali e del paesaggio*, commentario a cura di M.A. Sandulli, 3^a ed., Milano 2019, 29; Id., *Immaterialità di patrimoni culturali?*, rel. al convegno *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Assisi 25-27 ottobre 2012, in www.aedon.mulino.it, n. 1/2014. Si veda anche il volume *Patrimonio culturale e soggetti privati*, a cura di A. Moliterni, Napoli, 2019.

⁵⁴ «*Le patrimoine s'entend, au sens du présent code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique*». È evidente che si tratta di beni materiali.

⁵⁵ Cfr. P.-L. Frier, voce *Patrimoine*, in D. Alland e S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris 2003, 1134.

7.3. Per scendere poi debitamente al dettaglio, va considerato che questo art. 2 della Convenzione UNESCO del 2003 per sul patrimonio culturale immateriale dice che «*per patrimonio culturale immateriale s'intendono le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale*». Quanto ciò possa avere a che fare con il «*patrimonio culturale*» della Costituzione e del Codice lo comprende chiunque. Era chiaro nel 2008 quando venne formulato l'art. 7-bis. Ma è un peccato che una decina d'anni dopo non fosse altrettanto chiaro ai traduttori “non ufficiali” in italiano quando nell'aprile 2018 fu presentata – reiterando la vana presentazione del maggio 2017 nella XVII legislatura – la proposta di legge di autorizzazione alla ratifica della Convenzione di Faro.

Avrebbe comunque dovuto essere ancora più chiaro solo a considerare che l'art. 2 della Convenzione definisce il «*cultural heritage / patrimoine culturel*» in modo ancor più lato, addirittura abbandonando il troppo stretto “*patrimonio culturale immateriale*” per mettere al suo posto una vaga entità presa dal linguaggio aziendalistico (*group of resources / ensemble de ressources*: l'impresa come insieme di risorse), di cui non si comprende se la si intenda singola o complessa, passata o presente, soggetto o oggetto, idee o energie: «*un insieme di risorse ereditate dal passato che alcune persone identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni costantemente in evoluzione. Esso comprende tutti gli aspetti dell'ambiente derivati dall'interazione nel tempo tra le persone e i luoghi*».

Ma *quid est* tutto ciò nel *lògos* del diritto cui ahimè amministratori e giudici debbono adeguarsi in uno Stato di diritto a garanzia dei cittadini e delle loro libertà? Tutto o il suo contrario?

Sono, lo si vede, espressioni di latitudine, circolarità e contraddittorietà tali da risultare prive del *minimum* di determinatezza, dunque di precettività.

Il livello di tanta inidentificabilità come comandi giuridici che caratterizza la più gran parte di queste previsioni riflette una fraseologia che consegna all'interprete non parametri generali e astratti cui rapportare fattispecie concrete, ma l'investitura all'interpretazione libera, cioè all'arbitrio di chi è depositario di un qualsiasi potere al riguardo⁵⁶. Questa indeterminatezza, e indeterminabilità, offre spazi sconfinati al *creazionismo giuridico*⁵⁷ e all'*interpretazione illimitata*⁵⁸, negazioni intrinseche dello Stato di diritto. Sono locuzioni che superano e di parecchio, in genericità e ambiguità, quelle testé ricordate della Convenzione UNESCO di appena due anni prima (2003): e

⁵⁶ La fraseologia normativa vaga e indeterminata su valori e principi è bersaglio di H. Kelsen, *La giustizia costituzionale* [La garantie juridictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle, in *Revue de Droit Public*, 1928], Milano 1981, 254 ss..

⁵⁷ M. Luciani, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Questione giustizia*, 2019, fasc. 3, 6.

⁵⁸ Cfr. B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Mohr Siebeck, Tübingen 1968; 8 ed. ampliata 2017, incentrato sulla realtà storica dell'*interpretazione illimitata*, caratteristica del regime nazionalsocialista che voleva il giudice svincolato dalla legge; Id., *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici, allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, a cura di G. Stella, Mucchi, Modena 2018 [Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden, Mohr Siebeck, Tübingen 2014].

che, ancor di più, quasi nulla hanno a che fare con il «*patrimonio culturale*» della Costituzione e del *Codice*. L'equivoco lessicale non potrebbe essere maggiore, l'illiberale tentativo di sottrazione alla certezza del diritto e alla sicurezza giuridica peggiore.

Tutto questo richiama un tema giuridico capitale: non solo per i contratti ma per tutto il diritto la mancanza di determinatezza, o di determinabilità, dell'oggetto delle fattispecie le vulnera alla radice perché rende il comando inidentificabile e dunque inesigibile⁵⁹ e così improduttive di effetti pratici. È del diritto come regola di condotta, dunque dello strumento giuridico come tecnica relazionale di comunicazione di comandi e divieti, obblighi e facoltà, di indicare al destinatario di cosa il suo agire può essere parte e cosa non. È per questo che si scrivono le leggi e a questo, insegna la storia, servono occupando lo spazio prima inaccessibile del mistero *repositum in penetralibus pontificum*. Dunque anche di fronte a fattispecie dal perimetro e dalla profondità indefinite tanto da restare ermetiche, si pone la questione pratica dell'utilità, prima ancora che della potenziale dannosità, della Convenzione.

7.4. Ma vi è ben di più: a prescindere dalle definizioni e ad arrestarsi al primo dato nominale della “*traduzione non ufficiale*” in italiano e a prenderla per buona (“*patrimonio culturale*”), la differenza risulta intrinseca. Sussiste già riguardo a quel primo *alinéa* del primo articolo del *Code* francese perché risiede nella nostra essenziale *storicità* dei beni culturali *materiali*, che in Italia – ma non in Francia – ha radici risalenti, ispirate alla libertà dell'artista⁶⁰ e letterale fondamento costituzionale (art. 9: «... *patrimonio storico e artistico* ...»); e che è presupposto indispensabile per il regime codicistico. Coerentemente, l'art. 10, comma 5, del *Codice* ne esclude le opere «*di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre settanta [o cinquanta] anni*». Il requisito della *storicità* è ciò che – preservando libero dall'ingerenza giuridica lo spazio temporale che la precede – evita di confondere la cura del *patrimonio culturale* con la *cultura* e questa con la propaganda e la comunicazione politica. Al tempo delle leggi Bottai, lo Stato autoritario voleva sì la seconda compito pubblico: però l'attribuiva a un ministero *ad hoc* (“*della cultura popolare*” già “*per la stampa e la propaganda*”), distinto da quello dell'educazione nazionale; al quale invece quello stesso ministro – per, in controtendenza, disconnettere *cultura* e *propaganda* - attribuì anche competenze (diremmo ora di valorizzazione) sull'arte contemporanea⁶¹. Oggi - in coerenza con gli

⁵⁹ Cfr. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, I, 36.

⁶⁰ Art. 17 dell'Editto Pacca (7 aprile 1820), ispirato da Antonio Canova, che assoggetta alle leggi per le antichità solo «*i Marmi scolpiti da Autori non viventi*». Su quella scia v. l'art. 1 l. 20 giugno 1909, n. 364 e l'art. 1 l. 1 giugno 1939, n. 1089. La *storicità* riflette la sedimentazione nella coscienza collettiva e l'oggettivazione del giudizio. Coerentemente, oggi non solo l'art. 10, comma 5, ma anche gli artt. 11, comma 1, lett. d); 12, comma 1; 54, comma 2, lett. a); 65, comma 2, lett. a), comma 3, lett. a) e comma 4, del *Codice* ripetono che non sono soggette alla sua disciplina le cose d'arte che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre quelle decine di anni: diversamente sarebbe leso il principio della libertà dell'arte (art. 33 Cost.) e turbato il mercato degli autori viventi: cfr. M. Grisolia, *La tutela delle cose d'arte*, Milano 1952, 269; Id., *Arte (profili costituzionali e organizzazione amministrativa)*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, 96, 108.

⁶¹ Creazione, nella *Direzione generale delle antichità e belle arti*, dell'*Ufficio per l'arte contemporanea*. Nel 2001 fu istituita la *Direzione generale per l'arte e l'architettura contemporanea*, per promozione, incentivo e valorizzazione della creatività contemporanea. Dopo vari passaggi nel 2007 e nel 2009, nel 2014 fu istituita la *Direzione generale arte e*

artt. 9, secondo comma, e 33, primo comma, della Costituzione – la pur sempre necessaria *storicità* del patrimonio è garanzia per la libertà culturale e per la produzione artistica.

In Francia invece – forse per minor presa dello storicismo, di matrice germanica, e per il lascito giacobino del primato del politico e della sua capacità trasformatrice – questa limitazione non è prevista e talvolta si appone il vincolo monumentale su istanza, ad esempio, dell’architetto che progettò l’edificio per non vederlo trasformare dai proprietari: il che spiega perché Oltralpe la materia sconfini sovente con la protezione del diritto d’autore. Già ciò rendeva non pienamente assimilabile la nostra locuzione «*patrimonio culturale*» a quella di «*patrimoine culturel*» usata nel (non recepito dalla legge di ratifica) testo in francese della Convenzione.

8. L’errore di traduzione e il rischio di confondere i concetti chiari e distinti del *Codice*.

Poiché ci si trova di fronte a una definizione senza contorni, che perciò non definisce perché non distingue, a muovere dal *testo* - come nel diritto è imprescindibile per non cedere all’arbitrio⁶² – occorre ancora rilevare che, come detto, da taluni s’intende figurare, mediante quest’approccio sintetico-simbolico, la Convenzione come strumento per una decostruzione o almeno una torsione applicativa delle norme sul patrimonio. La valorizzazione nominalistica della costruita omonimia della “non ufficiale” intitolazione («*patrimonio culturale*») vi farebbe, in dispetto della relatività degli ordinamenti giuridici e rispettivo lessico, da ponte tra *Codice* e Convenzione, investendo il primo per piegarlo a nuovi precetti come quelli ricavabili, ad esempio, dagli artt. 4 e 7 della seconda (di cui si vedrà la portata).

Secondo questa visione – che mette in disparte la ricordata barriera dell’art. 3, comma 2, della legge di ratifica – la Convenzione recherebbe una correzione in *politically correct* del *Codice*: dove la normatività di cui si pretende beneficino le trasposte *nuove parole* sarebbe una formula che trasforma l’ordinamento nazionale. Insomma, un nuovo genere, nominalistico, di formante normativo: che prescinde da legislazione, giurisprudenza, dottrina per ricorrere a una nuova fonte di produzione riposta nel linguaggio manifestamente atecnico e ricco di diplomatica – ma ben poco giuridica - *constructive ambiguity*, stimata utile per superare le terribili tensioni postbelliche dell’ex-Jugoslavia ma senza troppo preoccuparsi per la sua applicazione.

architettura contemporanea e periferie urbane. Il d.P.C.M. 19 giugno 2019, n. 76 la ha chiamata Direzione generale creatività contemporanea.

⁶² “La mediazione delle leggi ordinarie è [...] mediazione del linguaggio tecnico, poiché esse abbandonano parole solenni e vaghe, auspici e promesse [...] e scendono nella terminologia propria del diritto. L’ingresso di parole augurali ottative programmatiche, soffuse di stati d’animo e di desideri, all’interno delle leggi ordinarie, ne corrompe la precisione tecnica e ne promuove letture emozionali e arbitrarie. [...] È nell’interesse dei destinatari che diritti ed obblighi siano definiti con strenuo rigore, e che perciò le decisioni giudiziarie tornino in razionale calcolabilità. Non c’è un linguaggio ‘democratico’ della legge ma soltanto un linguaggio preciso o impreciso, forte nella nettezza dei contenuti o debole per vagheggiamento di propositi”: N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 73; cfr. Id., *Testo e contesto - Una lettura dell’art. 1362 Cod. civ.*, Padova 1996.

L'assunto è fallace e infondato: in disparte per un attimo il nullo valore della *traduzione di cortesia*, già di suo fatto risolutivo, nega le basi stesse del *ragionamento* giuridico, che è pensiero logico per antonomasia la cui tecnica sta a base dello Stato di diritto. Gli sostituisce una costruzione di altro conio, una pretesa nomopoiesi quale prodotto automatico di atti fonetici assunti a produttivi di norme per il solo fatto di intersorsi trasversalmente⁶³.

Ben di più: su queste basi la ratifica della Convenzione *venit contra factum proprium*, cioè abusa dello strumento per contraddirne i contenuti: un recepimento nel diritto interno tale da stravolgere i canoni logici del diritto, nega uno dei principali cardini del *cultural heritage* europeo, vale a dire la basilarità per la storia europea della civiltà giuridica⁶⁴ cadendo in un'irrisolvibile contraddizione.

Ma anche a tutto concedere, sta che in realtà, nella sistematica espositiva e ricostruttiva delle leggi, il ragionamento giuridico non opera *ante legem*, in termini nominalistico-deduttivi, ma *post legem*, in termini realistici e induttivi: *nomina sunt consequentia rerum*⁶⁵ (com'è appunto del pensiero logico, che connette i dati di esperienza) e non *res sunt consequentia nominum* (com'è del pensiero magico-simbolico, che attribuisce capacità performativa a formule e a nomi). L'intitolazione della legge non è legge essa stessa ma solo è una sintesi verbale di quanto la legge stessa analiticamente dice nell'articolato (e difatti, come ricordato, *rubrica legis non est lex*). Il metodo deduttivo, semmai, pertiene poi all'applicazione, mediante il sillogismo giuridico che rapporta la norma al fatto concreto da qualificare. Per queste ragioni, nell'identificazione riassuntiva di un *corpus* normativo, è decettivo l'approccio nominalistico, per simboli di intestazione cui indulgono quei non giuristi di cui si è detto, immaginandovi una coercitività a portata di mano: per cui si figura di creare un diritto senza il diritto e comunque senza pensiero giuridico; ci si illude di modificare la realtà con l'espedito, da pensiero magico, di nominarla con un termine che fa qualcosa perché dice qualcosa. Per raggiungere rapidamente l'immaginato risultato innovativo, ci si avvale così di enunciazioni simboliche anticipate⁶⁶ e onnicomprensive sottratte alla confutazione dialettica⁶⁷. Però poi, all'applicazione concreta, l'evanescenza della premessa maggiore del sillogismo rimette la vera definizione alla libertà dell'interprete. È un imbarbarimento da decostruzione, un'espressione di

⁶³ E non di metafore che sintetizzano autentici concetti giuridici, come la persona giuridica: cfr. F. Galgano, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna 2010, 7 ss.. Sulla capacità trasformatrice del linguaggio, per cui con certi *atti linguistici (atti performativi)* non solo si dichiara qualcosa, ma anche la si pone in essere, occorre muovere da J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford 1962 [*Come fare cose con le parole*, a cura di C. Penco e M. Sbisà, Genova, 1987].

⁶⁴ Cfr. ad es. P. Grossi, *L'Europa del diritto*. Roma/Bari, 2007; F. Lanchester, *Civiltà del diritto e identità italiana*, cit.; J. Krynen, *Le théâtre juridique.*, cit.; E. Stolfi, *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma 2020. È idea diffusa che il collante dell'Europa culturale sia il diritto. S. Cassese, *L'attualità della teoria giuridica di Schmitt*, *Domenica del Sole* 24 Ore del 13 settembre 2020, recensendo la riedizione del libro di Carl Schmitt, *La situazione della scienza giuridica europea*, (con introd. di A. Carrino), Macerata 2020, rileva come l'Autore, in quest'opera del 1943-44 pubblicata qualche anno dopo, affermi che l'Europa venne riunita dalla rinascita del diritto romano, che dettò il vocabolario e stabilì una comunanza di modi di pensare al di là dei confini statali

⁶⁵ Cfr. Giustiniano, *Institutiones*, II, 7, 3, così ricordato da Dante, *Vita Nuova* XIII, 4.

⁶⁶ Cfr. F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Bologna 2019.

⁶⁷ Cfr., per il linguaggio economico, J.-P. Fitoussi, *La neolingua dell'economia: ovvero come dire a un malato che è in buona salute*, Torino 2019 [*Comme on nous parle: l'emprise de la novlangue sur nos sociétés*, Paris 2020], per il quale la neolingua orwelliana dell'economia preclude il dissenso.

«*diritto liquido*» che ingenera insicurezze, imprevedibilità e arbitri⁶⁸. Una chimera, un gioco di specchi, una scorciatoia illusoria: una fallacia che scambia causa ed effetto, contenitore e contenuto⁶⁹.

È insomma vano il tentativo di chi si accampa a un Humpty Dumpty padrone del significato delle parole della legge⁷⁰ con l'intento di innovare all'ordinamento interno facendo leva sull'artificio della replica del *nomen*, immaginando che la ratifica della Convenzione ne irradi imperativamente i dettati nel *Codice* e ne orienti la lettura. E così portare finalmente nella *tutela* i *beni culturali immateriali* ... per modo che la cattiva riproduzione di un canto popolare o di una formula culinaria rischi la sanzione penale; e anzi di portarvi la *cultura* nel suo «*insieme di risorse ereditate dal passato*». Ma ancora una volta va sottolineato che l'uso improprio e non legittimato dal Parlamento del medesimo termine («*patrimonio culturale*») rimane un *flatus vocis*, un segno linguistico usato impropriamente che non riesce a confondere questa e quello.

Osta comunque alla contaminazione del *Codice* la ricordata barriera formale dell'art. 3, comma 2, della legge di ratifica, opportunamente introdotto da un emendamento del relatore al Senato, nel parere della Commissione Affari costituzionali e ivi su iniziativa di minoranza, per cui «*dall'applicazione della Convenzione [...] non possono derivare limitazioni rispetto ai livelli di tutela, fruizione e valorizzazione del patrimonio culturale garantiti dalla Costituzione e dalla vigente legislazione in materia*». L'ostacolo è dunque ben più radicale e concerne la materia stessa: che, al di là dell'apparente decezione lessicale, è altra per Convenzione e *Codice*⁷¹.

Per tutte queste ragioni, l'ignorare queste differenze essenziali di semantica giuridica è, a dir poco, un serio errore giuridico.

⁶⁸ H.P. Graver, *Community Law, Judicial Activism and Liquid Rules*, Oslo 2007; v. anche M.A. Quiroz Vitale, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Milano 2012; G. Messina, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano 2012.

⁶⁹ Segnala il conflitto che nasce dall'equivoco e i suoi rischi M. Cammelli, *La ratifica della convenzione di Faro: un cammino da avviare*, cit., quando parla di “*non semplice convivenza tra l'accezione assai più ampia dei beni (materiali e immateriali) che per la Convenzione rientrano nel patrimonio culturale [...] e quella che nel nostro ordinamento potremmo chiamare la "necessaria tipicità" del bene culturale e dei suoi elementi strutturali (istituti e luoghi) in ragione della disciplina giuridica e delle implicazioni che ne discendono sul piano della disponibilità, della titolarità, della circolazione, della riproducibilità delle immagini, della stessa loro attività*”; analogamente A. Gualdani, *L'Italia ratifica la convenzione di Faro*, cit., afferma che “*la "nuova" nozione di patrimonio culturale introdotta nel nostro ordinamento con la legge di ratifica non sia sostitutiva o assorbente di quella contenuta all'art. 2, del d.lg. n. 42/2004, ma vada semmai ad affiancarsi ad essa*”, e poi esprime il timore che “*l'utilizzo nei testi legislativi richiamati della medesima espressione "patrimonio culturale" possa in futuro ingenerare sovrapposizioni e fraintendimenti concettuali. [...] Per tali ragioni sarebbe stato dunque preferibile utilizzare l'espressione del testo originale in lingua inglese della Convenzione e cioè cultural heritage o, in alternativa, quella di eredità patrimonio culturale, al fine di operare un distinguo con la nozione di patrimonio culturale di cui all'art. 2 del Codice dei beni culturali e del paesaggio*”.

⁷⁰: “*«Quando io adopero una parola» ribatte Humpty Dumpty, «essa ha esattamente il significato che io le voglio dare, né più né meno». «Bisogna vedere» osserva allora Alice, «se voi potete fare in modo che le parole indichino cose diverse». «Bisogna vedere» replicò Humpty Dumpty, «chi è che comanda, ecco tutto»*”: L. Carroll, *Attraverso lo specchio e quel che Alice vi trovò, [Through the Looking-Glass, and What Alice Found There, London 1871]*, Cap. VI. Cfr. U. Scarpelli, *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 568 ss.; Id., voce *Metodo giuridico*, in *Diritto*, Enciclopedia Feltrinelli-Fischer, Milano 1972, 423.

⁷¹ D'altra parte l'art. 6, lett. b) della Convenzione dice che «*[Nessuna disposizione della presente Convenzione potrà in alcun modo essere interpretata in modo da] incidere su disposizioni più favorevoli riguardo al patrimonio culturale e all'ambiente, contenute in altri strumenti giuridici nazionali o internazionali*».

Trasporre dunque in un *non-allegato* della legge di ratifica, lo stesso termine giuridico di «*patrimonio culturale*» per significare una realtà diversa rispetto a quella significata dall'art. 9, secondo comma, della Costituzione e dal *Codice* del 2004 costituisce un artificio e un grave sviamento concettuale e giuridico. E – anche a collocarsi al di fuori del ragionamento giuridico - neppure le sottili distinzioni tra *sensu* e *denotazione* di Gottlob Frege, o tra *nominare* e *significare* di Willard Van Orman Quine, per non citare la più che nota dicotomia tra *langue* e *parole* di Ferdinand de Saussure, potrebbero aiutare a chiarirlo (la teoria degli insiemi di Georg Cantor dimostrerebbe la contraddizione in modo visivo: non si può identificare la parte con il tutto).

È dunque un *bias* concettuale e formale che precede, e di parecchio, la pur manipolativa “traduzione”⁷². Non si tratta infatti di mera traduzione lessicale ma di deformazione dell'oggetto della Convenzione e, conseguentemente, di rapporto alterato con il sistema concettuale della legislazione di tutela. In sintesi, questa traduzione “non ufficiale” in «*patrimonio culturale*», va comunque in irreparabile urto con l'art. 9 della Costituzione e non può che restare improduttiva di effetti.

Se mai poi si potessero superare i muri della relatività dei due ordinamenti (internazionale e interno) e della traduzione “non ufficiale”, in termini di apparenza il risultato sarebbe che a questo punto coesisterebbero due occorrenze della medesima espressione «*patrimonio culturale*»: ma resterebbero diverse per denotazione e per connotazione e tra loro inconciliabili sia per significato sia per riferimento. L'una, l'evanescente «*patrimonio culturale*» dell'adulterante traduzione “non ufficiale” che, in senso lato e antropologico, designa il *lascito della cultura collettiva*; l'altra, il solido «*patrimonio culturale*» dell'art. 9, secondo comma, della Costituzione⁷³ e del *Codice* per cui (art. 2) «*il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici*» e la cui tutela e valorizzazione «*concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura*».

Insomma, a fermarsi all'apparenza linguistica e a evocare distinzioni note già dalla filosofia antica, con un tale espediente nominalistico si pretenderebbe che con un medesimo termine (il significante: *φωνή*) si intendano come omologhi due oggetti in realtà intrinsecamente diversi (per significato: *λεκτόν*): che è quanto la buona tecnica normativa ha anzitutto cura di evitare, se si vuole che concetti e istituti giuridici abbiano un senso chiaro. L'idea stessa di *norma* postula che ne sia identificato il *limes* perché se ne abbia una effettiva e non arbitraria applicazione⁷⁴. Non basta, infatti, che i beni culturali siano essi stessi, com'è ovvio, un lascito della cultura del passato per rendere indistintamente – ma, in pratica, solo occasionalmente - l'intero lascito del passato un bene culturale e corrispondervi la, perciò “completamente ripensata” (*sic*), funzione di tutela. In realtà la tutela, con gli istituti in cui si dettaglia, è concepita per le irripetibili cose qualificate *beni culturali*, non per quanto è volatile e naturalmente ripetibile, che

⁷² V, diffusam. al par. 5 (È possibile una traduzione alternativa?) del citato P. Carpetieri, *La Convenzione di Faro ...*.

⁷³ Testualmente: «*paesaggio e [...] patrimonio storico e artistico della Nazione*».

⁷⁴ *Nómos* (νόμος) da *nèmein* (νέμειν), ripartire, misurare: per tutti C. Schmitt, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello Jus Publicum Europaeum*, Milano 1991 [*Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 1950], 22.

di altro abbisogna. Con la rammentata chiara tecnica normativa, il *Codice* si riferisce a quei lasciti distinguendoli (*vóμος* da *vέμειν*) con il ricordato art. 7-*bis* e il diverso *nomen* di «*espressioni di identità culturale collettiva*» e li assume solo se materializzati in cose: «*sono assoggettabili alle disposizioni del presente Codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'articolo 10*».

A stare a questa manipolazione lessicale, per qualsiasi nuova legge che parli di «*patrimonio culturale*» ci si dovrebbe interrogare se abbia inteso parlare dell'uno o dell'altro concetto.

Si gettano così le premesse per passare a una necessaria verifica di compatibilità di tutte le previsioni della Convenzione. La genericità del perimetro di applicazione genera una dissonanza di sistema che pregiudica non solo la sua applicabilità ma anche ogni rapporto con la tassonomia del *Codice*. Del resto, un vero testo normativo è “*manifestazione di una volontà e non deve dimostrare o spiegare, ma imporre degli obblighi. Per ottenere questo, deve risultare chiaro e univoco. Chiarezza e univocità che si ottengono grazie al fatto di essere assolutamente coerente, fondato su un linguaggio rigidamente codificato e definito, articolato in blocchi gerarchicamente ordinati. Anche per questo tipo di testi al grande rigore corrisponde un forte vincolo interpretativo per il destinatario*”⁷⁵.

9. La riproposizione dell'errore della pretesa “dematerializzazione” della nozione di bene culturale.

Ma perché questa insistita (e, abbiamo visto, talora rivendicata) scelta di questa traduzione impropria?

9.1. Vale anzitutto ribadire un dato di base, immeritevole di essere trascurato a stare in linea con i principali *partner* del Consiglio d'Europa: che, ad esempio, la Francia prudentemente non sottoscrisse la Convenzione perché certe sue disposizioni apparivano suscettibili di problemi riguardo alla legislazione e alla Costituzione francese, in termini di riconoscimento di diritti collettivi⁷⁶: è, all'evidenza, il timore di creare una base per il paventato *communautarisme*. Analogamente per la Germania, il Regno Unito, la Spagna, la Grecia, la Danimarca, la Finlandia, la Svezia, la Lituania, la Russia.

Da noi invece un impeto autoreferenziale che nulla ha a che fare con le guerre jugoslave, almeno degli anni'90, e che forse sarebbe eccessivo associare a un

⁷⁵ L. Lala, *Testo, tipi di*, in *Enciclopedia dell'Italiano* Treccani (2011). Cfr. T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia repubblicana dal 1946 ai nostri giorni*, Roma-Bari 2012, 227 ss..

⁷⁶ “*Certi articoli della Convenzione, in particolare gli articoli 2 [definizioni], 4 [diritti e responsabilità concernenti il patrimonio culturale] e 13 [patrimonio culturale e conoscenza], potrebbero condurre a riconoscere diritti collettivi su diversi fondamenti, in particolare la lingua e l'appartenenza etnica e religiosa. Il Conseil constitutionnel stima che non possono essere attribuiti diritti collettivi a gruppi, anche verso gli enti pubblici (décision n. 99-412 del 9 maggio 1999). Per altri versi, diverse previsioni di questa Convenzione hanno un carattere vago che non permette di determinare con certezza l'insieme delle implicazioni possibili di un'attuazione concreta delle Parti*”: così la risposta ministeriale del 1 dicembre 2018 al Senato a un'interrogazione (<https://www.senat.fr/questions/base/2017/qSEQ171202324.html>).

consapevole decostruzionismo, ha suggestionato taluni ad acquisire per le vie brevi un occasionale *brand* da *marketing* politico, mettendo a parte la tragica realtà che aveva mosso alla Convenzione e il tecnicismo giuridico: in ciò ignari - pur se dediti a discipline evocative del nome - della *piramide concettuale* (*Begriffspyramide*) a suo tempo icasticamente descritta dalla pandettistica o della costruzione a gradi dell'ordinamento (*Stufenbau*) di Hans Kelsen. E così tenere in non cale la meditata posizione dei principali Paesi europei, ricorrendo a parole nuove per imporre significanti che si vorrebbero rivoluzionari. Mossa immaginata *smart* perché abbinata all'attrattivo settore della "cultura". Però si trattava non di tradurre acriticamente, bensì di anzitutto vagliare la compatibilità costituzionale e logico-giuridica delle vaghezze della Convenzione. Una legge, quand'anche di ratifica, è in realtà un atto di produzione di regole di diritto, non un'occasione di privilegiata dissertazione socio-antropologica.

Una volta percorse queste vie e ingenerato nel lettore non attrezzato un fatale disorientamento, resta un prodotto irreparabilmente collegato a due vizi originari: una falsa presa in considerazione della teorica gianniniana del bene culturale come "bene immateriale" e la confusione tra quel valore immateriale del bene culturale e i c.d. beni culturali immateriali (e le attività culturali).

9.2. In realtà, bene ha insegnato M.S. Giannini, *bene culturale* non è la cosa (*res*) che lo rappresenta. È piuttosto la qualificazione giuridica che si dà a quella cosa: una connotazione immateriale, una qualità incorporea, un'attribuzione che riflette un apprezzamento sociale di capacità rappresentativa della cosa tangibile, accertato ufficialmente e riconosciuto *erga omnes*. La cosa tangibile è il supporto, il bene culturale è il suo valore pubblico⁷⁷. Insomma, la cosa materiale è il *corpus mechanicum*, il bene culturale è il *corpus mysticum*⁷⁸.

In senso lato, posto che l'ordinamento è specchio di una società e del suo sistema di valori, nel diritto non esiste *bene giuridico*, materiale o immateriale, che non sia preso in considerazione come tale e dunque regolato per un "valore" che *lato sensu* è comunque culturale: ossia per quanto questo esprime, e merita di essere disciplinato, nelle relazioni intersoggettive, che di loro sono "culturali" perché espressive di una data *Kultur*. La nozione di "bene" giuridico si incentra sull'utilità che la cosa materiale reca in sé ed esprime al punto da suscitare potenziali conflitti sulla sua appropriazione e sul suo uso: è ciò che ne basa la qualificazione giuridica e la ragione per la quale l'ordinamento se ne occupa. Difatti «*sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*» (art. 810 Cod. civ.). I beni, materiali (il fondo Corneliano, questo libro, quell'automobile) o immateriali (il diritto dell'autore, il diritto all'immagine personale, ecc.), esistono e rilevano per l'ordinamento solo in ragione del valore che hanno – e, dunque, dell'interesse che determinano – per e nei rapporti sociali, ossia per il loro lato valore "culturale" (se, appunto, tutte le relazioni sociali mediate dal linguaggio sono espressione di "cultura").

⁷⁷ M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, I, 24 ss..

⁷⁸ G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Atti del convegno di Assisi (25-27 ottobre 2012), a cura di A. Bartolini, D. Brunelli e G. Caforio, Napoli 2014, 173.

Un'idea accampata dai detrattori della nozione materiale di *bene culturale* sarebbe che il bene culturale è tutelato non in sé, ma solo per il valore immateriale che esprime. Ma è un'idea che non ha oppositori di sorta. È anzi talmente acquisita che, a trattarne ancora, vale come impegnarsi nella riscoperta della ruota. Del resto, dimostra l'immateriale valore culturale di beni materiali, sul che tutti concordano. Ma nulla dimostra circa il bisogno di *tutela*, vale a dire di inclusione nel *corpus* normativo della tutela (il *Codice*), delle «*espressioni di identità culturale collettiva*» non materializzate. E meno ancora dimostra circa la loro compatibilità con la funzione di tutela e la sua accettabilità sociale.

A riprendere Popper, l'errore prospettico di chi denuncia la nozione “materiale” di bene culturale è nel non considerare la distinzione tra “mondo 1” (il mondo della realtà fattuale, delle cose materiali) e “mondo 3”⁷⁹, ossia il mondo sociale, lo spirito oggettivo hegeliano; e nel non cogliere il dato elementare che il diritto è del “mondo 3”. Non esistono infatti norme e istituti giuridici che si occupino delle cose in sé, ma solo che si occupano degli interessi contrapposti degli uomini nei loro rapporti rilevanti, quando intendono appropriarsi – e dunque escludere altri - delle utilità prodotte dalle cose, dagli stati di fatto e dagli avvenimenti del “mondo 1”.

Eppure - a inutile polemica, data l'evidenza lapalissiana che la cosa qualificata bene culturale è tutelata non in sé ma per il suo valore culturale - si è eretta una letteratura⁸⁰ che si è scagliata contro la “coseità” della “vecchia” nozione “chiusa”, “proprietary”, “filatelica” e “da democratizzare” (*sic*) di bene culturale legata alla materialità. Percorrendo a vessilli spiegati la larga strada dei diritti fondamentali – chiusa tra alte barriere come per materia non relazionale - e lasciando il peso della tecnica a chi del diritto oggettivo deve *in corpore vili* fare responsabile applicazione,

⁷⁹ K. R. Popper, *I tre mondi. Corpi, opinioni e oggetti del pensiero*, Bologna, 2012; R. Rorty, *La filosofia e lo specchio della natura*, Milano, 2004; J. R. Searle, *Creare il mondo sociale*, Milano, 2010; *Id.*, *Il mistero della realtà (The Basic Reality and the Human Reality)*, trad. it. di P. De Lucia e L. Passerini Glazel, Milano, 2019.

⁸⁰ Ad es., A. Gualdani, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, in www.aedon.mulino.it, n. 1/2014; *Id.*, *Primi passi verso una disciplina di settore dei beni immateriali. Il caso del disegno di legge sulle manifestazioni, rievocazioni e giochi storici*, *ivi*, n. 3/2017; *Id.*, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, *ivi*, n. 1 del 2019; A. L. Tarasco, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, in *Foro amm. – Cons. di Stato*, 7-8/2008, 2261 ss.; F. Rimoli, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura* in *Riv. giur. ed.*, fasc. 5, 2016, 505 ss.; M. Brocca, *Cibo e cultura: nuove prospettive giuridiche*, in *Federalismi.it*, n. 19/2017, 11 ottobre 2017; L. Di Giovanni, *I centri storici quali critici punti d'incontro degli interessi culturali e commerciali*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1 del 2018, 168 e nota 17; A. Bartolini, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir. amm.*, n. 2 del 2019, 223 ss.; G. Soricelli, *Beni culturali immateriali e diritto al bene culturale: prospettive per una ricerca*, in *Federalismi.it*, n. 5/2019, 31 luglio 2019 (che significativamente fa confluire la tutela dei beni culturali immateriali tra i diritti costituzionali delle persona); A. Lupo, *La nozione positiva di patrimonio culturale alla prova del diritto globale*, in www.aedon.mulino.it, n. 2/2019; E. Picozza, D. Siclari, *Per una (ri)costruzione dei patrimoni culturali immateriali*, in *Federalismi.it.*, n. 21/2019, 13 novembre 2019, i quali da un lato traducono correttamente *cultural heritage* con *eredità culturale* e sintetizzano (pag. 4) gli eterogenei contenuti della Convenzione di Faro, ma dall'altro lato ripropongono a loro volta la critica di incompletezza al *Codice*, invocando “tutele” e riconoscimento giuridico ai beni culturali immateriali. Adde V. Gastaldo, *I beni culturali al tempo dell'infosfera. Problemi di tutela e prospettive di regolamentazione*, in *Giust. amm.*, n. 5 del 2020, che dice: “Nemmeno il diritto internazionale è stato in grado di scalfire completamente l'avversione materialista nei confronti dell'immaterialità, inducendo il legislatore nazionale a dare rilevanza, all'interno del Codice Urbani, ai soli beni intangibili aventi un supporto materiale chiamati “espressioni di identità culturale”. Sicché si ribadisce la necessità di una res e del legame indissolubile con il bene culturale, confermando ancora una volta la primazia della connotazione materiale e, conseguentemente, almeno ad avviso di chi scrive, una sostanziale elusione della normativa internazionale, nonostante la decisione dell'Italia di ratificare le Convenzioni Unesco del 2003 e del 2005”.

le ha contrapposto un'idea sublime, icastica per sostituire a quella "statica" una visione che si proclama aperta, dinamica e viva, incentrata sull'uomo e non sulle cose, un tempo addirittura chiamate elitariamente – orrore! - *cose d'arte*. Così, con le arti verbali del *blaming* e della retorica, che sopravanzano l'arida logica da soprintendenze e giudici, si proclama il diritto *al* patrimonio culturale, che chiuderebbe l'era del diritto *del* patrimonio culturale⁸¹: e con questa smagliante formula si cerca di piegare un sistema complesso e affinato – ma ... troppo pesante e limitativo - di diritto oggettivo⁸².

La nuova narrazione rovescia la piramide e mette al centro l'uomo, con i suoi inalienabili diritti; non più la *cosa* dalle meste, burocratiche e invasive funzioni amministrative. Il discorso vestito da norma accantona la materiale *res*, insieme alla cura autoritativa dell'interesse pubblico. Una tappa verso l'edificazione dell'*Impero del Bene*⁸³: da dove è per riflesso espunto il Male dell'intervento burocratico, perché limitativo di proprietà e commercio. E così, per implicito, si apre la piazza al libero *mercato dei diritti*, di matrice anglosassone: lo insegnano – in quello che una volta era l'autoritativo diritto *dell'*ambiente - le buone pratiche del mercato delle emissioni e dei "certificati verdi" (*Emissions Trading System*). Il *diritto al patrimonio culturale* dev'essere forse meno disponibile del *diritto all'ambiente*?

9.3. L'art. 1 della Convenzione di Faro è l'ologramma di questa visione. Decostruisce finanche il tradurre: *rights relating to cultural heritage / droit au patrimoine culturel*. Ma poco importa, sono/è comunque inerenti/e al diritto a partecipare alla vita culturale, così come definiti/o nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*⁸⁴. Il che si specificherebbe nel solenne diritto, individuale o di gruppo (*alone or collectively / seul[e] ou en commun*), «*di trarre beneficio dal patrimonio culturale e di contribuire al suo arricchimento*» (art. 4, lett. (a)). Il che, è noto, è stato ad oggi tristemente precluso dall'elitismo storico-artistico - sconosciuto ai sostenitori

⁸¹ Esalta il «*carattere rivoluzionario*» della Convenzione il comunicato del *Fondo per l'ambiente italiano* all'indomani dell'approvazione della legge di ratifica: «*si ribalta il punto di vista tradizionale: dell'autorità, spostata dal vertice alla base; dell'oggetto, dall'eccezionale al tutto; del valore, dal valore in sé al valore d'uso e, dunque, dei fini, dalla museificazione alla valorizzazione*»; si affida a «*tutti i cittadini, alle comunità locali, ai visitatori*» un «*nuovo ruolo nelle attività di conoscenza, tutela, valorizzazione e fruizione*»: *Corriere della Sera*, 24 settembre 2020. Su questa nuova nozione di "diritto al patrimonio culturale" cfr. R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale*, in *Dir. amm.*, 4/2016, 504, ma anche G. Volpe, *Un patrimonio italiano. Beni culturali, paesaggio e cittadini*, Novara, 2016, 25, 37 e 41, che richiama passi di P. Petrarola, *La Convenzione di Faro e la tradizione culturale italiana*, D. Manacorda, *La Convenzione di Faro e la tradizione culturale italiana*, e M. Montella, *La Convenzione di Faro e la tradizione culturale italiana*, tutti in P. Feliciati (a cura di), *La valorizzazione dell'eredità culturale in Italia. Atti del Convegno*, supplemento 5/2016 de *Il Capitale culturale. Studies on the Value of cultural heritage*, in *EUM*, al sito <http://riviste.unimc.it/index.php/cap-cult/issue/view/81>. Sulla nozione di *diritto soggettivo al patrimonio culturale* vedi anche P. Forte, G. Repetto, *Il diritto alla cultura*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione *Gruppo di Pisa*, Cassino, 10-11 giugno 2016, in www.gruppodipisa.it; M. Carcione, *Dal riconoscimento dei diritti culturali nell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, in www.aedon.mulino.it, n. 2/2013, n. 2; P. Bilancia, *Diritto alla cultura. Un osservatorio sulla sostenibilità culturale*, in *Id.* (a cura di), *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo*, Napoli 2016, spec. pp. 10 ss. La seconda premessa nel preambolo della Convenzione parla di riconoscimento della «*necessità di mettere la persona e i valori umani al centro di un'idea ampliata e interdisciplinare di eredità culturale*».

⁸² J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris 1996, 56 e 12° ss. denuncia così, icasticamente, la tendenza generale alla polverizzazione del diritto oggettivo in diritti soggettivi autonomi e non relazionali.

⁸³ Ph. Muray, *L'Empire du Bien*, Paris 1991 [*L'Impero del Bene*, Milano 2017], che sottolinea la ricerca strumentale di "nuove legittimazioni".

⁸⁴ art. 27: «*Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici*».

del “*carattere rivoluzionario*” della Convenzione - che ad esempio, in odio all’*access to heritage*, pretende ancora che il prezzo del biglietto del museo non sia traslato a carico dell’ignara fiscalità generale affrancandone chi del museo fruisce. E si specificherebbe nel nuovo dovere degli stati a finalmente prendere «*misure volte a: (a) incoraggiare ognuno a partecipare: - al processo di identificazione, studio, interpretazione, protezione, conservazione e presentazione del patrimonio culturale; - alla riflessione e al dibattito pubblico sulle opportunità e le sfide connesse al patrimonio culturale; [...] (d) migliorare l’accesso al patrimonio culturale, specialmente per i giovani e le fasce svantaggiate della popolazione, per sensibilizzarli riguardo il suo valore, la necessità di proteggerlo e conservarlo, e i benefici che possono derivarne.*» (art. 12)⁸⁵.

Le parole suggestive, tanto più facili a scriversi quanto meno tecniche sono, sulle prime seducono. Ma poi il giurista deve fare uso della razionalità e guardare ai dati della realtà. E allora quest’eufonia che eleva il diritto soggettivo a misura di tutte le cose porta a rammentare la parabola dell’analogia idea, cui si è accennato, del *diritto soggettivo all’ambiente salubre*⁸⁶: ha finito per portare alla frammentazione e contrattualizzazione del diritto *dell’ambiente*⁸⁷, facendone un diritto per lo più privatizzato, capace di nuocere non poco alla sua realtà amministrativa; dove la cura dell’interesse generale cede alla moltiplicazione a valanga dei diritti individuali o di gruppo e alla loro episodica e disponibile difesa giudiziale. Soggettivizzare, cioè relativizzare in tutele sostanzialmente civilistiche, questioni che sarebbero di interesse generale-pubblico non è spiegare alta al vento una nuova bandiera di salvezza: è piuttosto assumere un errore metodologico che scolora quella stessa insegna per lasciare spazi infiniti al tutto e al niente e soprattutto al possibile. La ricordata polverizzazione del diritto oggettivo in diritti soggettivi autonomi e non relazionali, all’atto pratico genera solo nuovi, episodici e paritari contenziosi civili (nuove pretese individuali tutelate o sulla base del contratto o sulla base dell’illecito extracontrattuale: e a onere probatorio dei soli interessati, se disposti ad agire in giustizia e a non demordere; e a preminente tutela risarcitoria per equivalente monetario, per la prevalenza della *liability rule*). Così si moltiplicano, non si risolvono i problemi di tutela e valorizzazione. Non è con l’azione risarcitoria del singolo individuo, o gruppo, che rivendica il soddisfacimento di una pretesa individuale che si può davvero affrontare il tema sociale del rapporto tra conservazione e sviluppo: questo vale sia per la tutela dell’ambiente che per la tutela del patrimonio culturale.

Questa orizzontalizzazione e banalizzazione dei rapporti degrada le questioni generali a misura variabile e occasionale: le relativizza *ad infinitum* indebolendo la funzione pubblica di tutela, dissolvendo le razionalità di sistema, spostandole dalla naturale sede amministrativa all’intervento, eventuale e frammentario, di giudici civili, per ufficio stretti alle specificità del caso e alle allegazioni delle parti, non attrezzati a

⁸⁵ Cfr. D. Campagna, *Strumenti internazionali sul diritto a prendere parte alla vita culturale*, in *Istituzioni e politiche dei diritti umani e della pace*, Università di Padova, unipd-centrodirittiumani.it.

⁸⁶ Su cui cfr., da ultimo, P. Colasante, *La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente*, in *Federalismi.it*, n. 20/2020.

⁸⁷ V. Monteillet, *La contractualisation du droit de l’environnement*, Paris 2017.

porsi come risolutori demiurgici delle irrazionalità. Parità di trattamento e buona amministrazione ne sono battute, la decostruzione della civiltà giuridica avanza evocando i vecchi e aprendo la via a nuovi illiberalismi, a poteri detipizzati e senza presupposti né limiti precostituiti. Un recente esempio della retorica dei nuovi “diritti” soggettivi inalienabili della persona fisica⁸⁸ è offerto dalla decisione dell’Unesco per cui la contemplazione del firmamento stellato è un diritto inalienabile di tutti⁸⁹.

Ancora una volta, comunque, si dimostra che dietro l’*escamotage* di cercare di tradurre «*cultural heritage*» con il nostro «*patrimonio culturale*» si cela il tentativo di riaprire, oltre i tempi supplementari e al prezzo di un’incauta scomposizione di un ordinamento settoriale di rara qualità e consolidata sperimentazione, la partita chiusa della nozione giuridica e reale di *bene culturale*. Salvo poi perdersi di strada e d’orientamento nella vasta prateria dei beni culturali immateriali, tra dieta mediterranea e pane di spezie della Croazia settentrionale: ma non Palio di Siena, così poco rispettoso della salute degli animali; o Giostra del Saracino di Arezzo, così poco “attenta al dialogo interculturale”⁹⁰.

9.4. L’altro serio *bias* prospettico, originario, è ancor meno comprensibile perché si incardina sull’equivoco linguistico: consiste nel confondere il preciso tema del valore immateriale del bene culturale materiale con l’imprecisa nozione – che abbiamo ricordato - di *beni culturali immateriali*: in definitiva, anche qui, con la cultura *tout court*. Ma, abbiamo visto, la Convenzione di Faro già da sola supera anche il c.d. patrimonio culturale immateriale, parlando in gran respiro, almeno da un punto di vista extragiuridico, di «*un insieme di risorse ereditate dal passato ...*».

Qui sembra inserirsi una spinta aggiuntiva di ordine diverso, piuttosto politica, che – come mossa da indignazione per l’asimmetria di trattamento – personifica nei *beni culturali immateriali* una minoranza discriminata esclusa dall’Olimpo supponente del *Codice dei beni culturali e del paesaggio*: una minoranza da difendere e in nome della quale mobilitarsi per una battaglia per la sua “inclusione”, per il riconoscimento di una sua “pari dignità” e finalmente la rimozione di discriminazioni e ostacoli che ingiustamente la restringono e umiliano.

Rispetto a quest’ordine di automatismi così poco euclidei, riduttivi, astratti dalla considerazione della realtà giuridica, appare vano, più che faticoso, spiegare ancora che i c.d. beni culturali immateriali nulla hanno a che vedere gli istituti giuridici disciplinati nel *Codice*: cioè con autorizzazioni, concessioni, esportazioni, ricostruzioni, restauri, alienazioni, espropriazioni, prelazioni, sanzioni, ecc. Basta passare in rassegna – si consiglia a ritroso, per meglio comprendere - gli articoli del *Codice*⁹¹ per vedere come nessuno possa trovare un’applicazione per quest’impalpabile, pretesa categoria. Come ricordato, l’art. 7-*bis* è opportunamente sopravvenuto a mettere ordine all’opposto, illogico e illiberale assunto. Ad oggi,

⁸⁸ Cfr. F. Rimoli, *Sulla retorica dei diritti*, Modena 2018.

⁸⁹ Da D. Di Cesare, *Che disastro la scomparsa delle tenebre*, recensione del libro di F. Rigotti Buio, Il Mulino, 2020, in *La Lettura, Corriere della Sera*, n. 455 del 17 agosto 2020, pagg. 20-21.

⁹⁰ cfr. L. Mariotti, *Valutazione d’insieme del patrimonio culturale italiano*, in *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di T. Scovazzi, B. Ubertazzi, e L. Zagato, Milano 2012, 205.

⁹¹ Se veda a tal proposito il par 3.2 del precedente scritto di P. Carpentieri del 2017.

comunque, nessuno risulta essersi mai confrontato con un contenzioso a questi riguardi: a dimostrazione pratica che la concretezza dell'ordinamento non dà spazi a licenze smerciabili in sedi diverse da quelle dell'esperienza giuridica.

In effetti i c.d. *beni culturali immateriali* possono tutt'al più avvalersi di azioni di ripetizione-valorizzazione, o di un *label*⁹², ove possibile di una sorta di "protezione di origine controllata". Del che – si ripete ancora una volta - nessuno pone in dubbio la meritevolezza: ma questo è quanto. Più in generale, la cultura ha bisogno di libertà e di sostegni, cioè di contributi economici: ma dell'una si occupano le Costituzioni, degli altri (pochi, per l'esperienza) si occupano le leggi speciali di autorizzazione di spesa per sussidi e sovvenzioni o opportune norme tributarie per esenzioni, detrazioni o deduzioni. Ma cosa c'entra il *Codice dei beni culturali e del paesaggio*? Nulla, se non, al limite, la (tanto ambita, quanto inutile) "inclusione" nel "Gran Libro del Patrimonio Culturale".

10. L'errore culturale.

Naturalmente, si è detto più volte, al di là della vaghezza del linguaggio non è da mettere in dubbio il valore intrinseco dell'«*insieme di risorse ereditate dal passato*», vale a dire dell'*eredità culturale* di un popolo: anzi, alla base dell'art. 9 della Costituzione e della sua formazione storica vi è proprio questa consapevolezza, che si proietta in norme di *tutela* per le cose materiali⁹³. Se fosse solo in questi sensi l'attenzione della Convenzione sarebbe di suo positiva nei termini in cui fosse – ma non lo è - orientata ad un ruolo pubblico attivo a supporto di conservazione e valorizzazione del lascito collettivo.

Ciò nondimeno, è lecito avanzare seri dubbi in ragione del riferimento centrale, in tutta la Convenzione, ai concetti sfuggenti di *comunità* e, dunque, di *identità collettiva*: messi per di più nel testo in tensione nel loro rapporto di contiguità e reciprocità.

Al di là del sociologismo "pre-" e "a-giuridico" del testo della Convenzione, il tratto che soprattutto caratterizza il testo è l'irrisolvibile polisemia dei principali lemmi ed espressioni. Lungi dal formulare prescrizioni chiare, precise e univoche, come sarebbe ufficio dei testi che pretendono di essere normativi, l'articolato sviluppa un discorso in linguaggio ellittico, onnicomprensivo, polivalente ben oltre l'usuale

⁹² Basti pensare ai marchi d'area territoriale, al *branding* o *marketing* territoriale, al progetto di marchio europeo, ai marchi Unesco dei siti, alla previsione aggiunta - nel comma 3 dell'art. 19 del *Codice della proprietà industriale* di cui al d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 - dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131 (in base al quale anche le amministrazioni dello Stato, delle regioni, delle province e dei comuni possono ottenere registrazioni di marchio, anche aventi ad oggetto elementi grafici distintivi tratti dal patrimonio culturale, storico, architettonico o ambientale del relativo territorio): v. L. Moreschini, G. B. Ramello, W. Santagata (a cura di), *Un marchio per la valorizzazione dei territori di eccellenza: dai siti Unesco ai luoghi italiani della cultura, dell'arte e del paesaggio*, Soveria Mannelli 2016 (v. sito della D.G. Musei del MiBACT, *Quaderni della valorizzazione - Nuova Serie*, 3).

⁹³ F. Rimoli, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Riv. giur. ed.*, fasc. 5, 2016, 505 ss., parla di *identità* in senso dinamico-evolutivo e non statico-conservativo. Sul rilievo costituzionale del carattere identitario del patrimonio culturale, v. S. Cattaneo, *Cultura e patrimonio culturale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, XXXIII, diretto da G. Santaniello, Padova 2002; 183 ss.; F.S. Marini, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*. Milano 2002, 183 ss.; R. Chiarelli, *Profili costituzionali del patrimonio culturale*, Torino 2010, 310 ss..

constructive ambiguity degli accordi internazionali; e così aperto a letture plurime, diverse, ove occorra opposte. Il che è l'ampio quanto confuso deposito dell'approccio concettuale che ispira il documento, improntato alla post-verità del post-moderno: la moltiplicazione delle verità possibili portate a disposizione del lettore e delle sue opzioni del momento, la preclusione alla radice dell'interpretazione univoca e stabile che si imponga come regola guida.

Non si intende in questa sede condurre un'analisi approfondita e completa del testo della Convenzione perché ci si limita a evidenziare due aspetti critici dell'impostazione generale, la logica e la filosofia di fondo sottese. Sono aspetti per un verso i più evidenti, e per un altro quelli che ne connotano in maniera profonda e marcata l'intera fisionomia: il maldestro riferimento implicito al concetto di *identità* (legato intimamente a quelli espliciti di *cultura* e di *comunità*) e il correlativo *milieu* filosofico di sfondo, assunto a presupposto ispiratore.

10.1. La scheda della Convenzione postata *on line* in inglese, francese, tedesco, italiano e russo ad opera dell'Ufficio dei Trattati del Consiglio d'Europa afferma: “*Il testo presenta il patrimonio culturale come fonte utile sia allo sviluppo umano, alla valorizzazione delle diversità culturali e alla promozione del dialogo interculturale che a un modello di sviluppo economico fondato sui principi di utilizzo sostenibile delle risorse*”⁹⁴.

La scheda, evidentemente, va addirittura oltre il testo della Convenzione e propone, sotto l'apparente rendicontazione di sintesi, asserti interpretativi che ne farebbero un testo di riferimento del multiculturalismo, cui si dovrebbe misurare l'«*insieme di risorse ereditate dal passato*».

Per il vero, questa enfattizzazione è manipolatrice, la Convenzione non fa di ciò il suo fulcro. Nondimeno, nel testo della Convenzione sono presenti diversi passaggi in contraddizione intrinseca: rinnegano la declamata protezione di quelle «*risorse*» per indirizzarle a schemi di «*dialogo*» nel «*rispetto della diversità delle interpretazioni*» (art. 7) e «*limitazioni*» (*restrictions*) «*per la protezione [...] degli altrui diritti e libertà*» (art. 4). Per quanto a fronte delle polemiche sorte a questo riguardo si sia, sul piano comunicazionale, affermato che queste «*limitazioni*» possano essere solo quelle igienico-sanitarie⁹⁵, resta che ahimè questo è un contenimento non oggettivamente ricavabile da questi articoli della Convenzione: che appunto equipara le «*restrictions [...] necessary for the protection of the public interest*» a quelle [*necessary for the protection of*] «*the rights and freedoms of others*».

Vero è che questo è «*in a democratic society*» e dunque - si dovrebbe intendere - nei termini ampi della democrazia: ma è anche vero che il riferimento resta indeterminato e prima ancora che l'espressione “*democrazia*” si presta a molte declinazioni, inclusa quella del multiculturalismo; il cui *proprium* è negare che una identità culturale possa prevalere su altre mediante l'assimilazione, perché l'assunto di base *diversitario* è l'eguale valore delle diverse culture. Del resto, l'accenno testuale

⁹⁴ <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/199>.

⁹⁵ Così il ministro per i beni culturali, Dario Franceschini: *Corriere della Sera*, 24 settembre 2020.

all'Altro⁹⁶ è significativa di questa latenza multiculturalista che reca con sé il “culto dell'Altro”.

Al giurista che si occupa di cose del mondo reale resta d'obbligo una riflessione oggettiva sul «*significato proprio delle parole*», come gli impone la regola da noi espressa all'art. 12 delle Preleggi. Così, va segnalata, in primo luogo, l'ambigua tensione dialettica che corre, nel testo della Convenzione, tra i concetti di “*comunità patrimoniale*” o “*comunità di patrimonio*” (*heritage community / communauté patrimoniale*) e di “*identità*” (*identity / identité*), con non pochi rischi di corto circuito.

Anzitutto va sgombrato il campo da un equivoco ove mai lo si figurasse: l'art. 9 della Costituzione parla in modo netto e preciso di «*patrimonio storico e artistico della Nazione*». È dunque insuperabile *principio fondamentale* costituzionale che la sola “*comunità patrimoniale*” nel nostro ordinamento è «*la Nazione*», nella sua accezione soggettiva e culturale, evidentemente personificata nella Repubblica, davanti alla quale le altre cedono⁹⁷. E coerentemente, come si è ricordato, il *Codice* dice all'art. 1, comma 2: «*la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura*». Sicché, per Costituzione e per Codice, la *comunità* che ha rilievo e comunque prevale è solo la «*comunità nazionale*»⁹⁸. Il che preclude la via a retropensieri che – mossi dell'eguale valore delle cultura e dunque dal “rispetto” della *diversità culturale*, cioè di differenti culture confrontatesi tra loro – pretendano vedere in un tale riferimento un appoggio per assumere che il «*patrimonio storico e artistico*» è a piacimento della regione, della provincia, della comunità montana, di un comitato, della “comunità di lavoro” transnazionale e così via fino a giungere, finalmente, alle “minoranze” culturali, etniche, religiose, ecc. (negate dall'art. 5 della Costituzione, che conosce solo quelle linguistiche): la base non detta del devastante *comunitarismo* – vale a dire della *personalità* di costumi e di diritto in luogo della loro *territorialità* – cui (grazie a *relativismo* e *soggettivismo*) si giunge muovendo dal *diversitarismo* e dal

⁹⁶ Cfr. P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris 1990; J. Habermas, *L'inclusione dell'altro*. *Studi di teoria politica*, Milano 1998; R. Kapuściński, *L'Altro*, Milano 2007 [*Ten Inny*, Warszawa 2006].

⁹⁷ L'obiettivo di preservazione della memoria della comunità nazionale segna il livello unificante del patrimonio culturale. Coerentemente, il *Codice dei beni culturali e del paesaggio* collega alla memoria l'identità della Nazione e vi individua un elemento della riconoscibilità di quest'ultima (S. Settis, *La tutela del patrimonio culturale e paesaggistico e l'art. 9 Cost.*, Napoli 2008, 23, che ricorda P. Häberle (*Lo Stato costituzionale*, trad. it. di Politi, Roma 2005), per cui la centralità della cultura di una Nazione è un quarto elemento costitutivo dello Stato (insieme a popolo, governo e territorio). In quanto “eredità dei padri”, custodisce la memoria della comunità nazionale e le sue radici ideali e materiali, in particolare del territorio dove si è sviluppata: cfr. G. Famiglietti e D. Carletti, sub art. 1, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di R. Tamiozzo, Milano, 2005, 5.

⁹⁸ Non cambia le cose che questa unitarietà e onnicomprensività del patrimonio nazionale la circostanza che, in ragione della storia nazionale, sia composta per ideali cerchi concentrici e da pluralità di tradizioni e scuole storico-artistiche, o architettoniche: è la loro sommatoria che concorre in modo nazionalizzante alla definizione di un patrimonio unitario, che le riassume. Infatti “*la stretta connessione con la preservazione della memoria della comunità nazionale evidenzia [...] l'unitarietà e l'onniscoprensività del patrimonio culturale*”: G. Severini, *Commento agli artt. 1-2, § 6, in Codice dei beni culturali e del paesaggio*, commentario a cura di M.A. Sandulli, 3^a ed., Milano 2019. Sia consentito ricordare: “*La memoria collettiva ha funzione identitaria: perciò il patrimonio è fattore fondativo dell'identità nazionale e suo termine di riconoscimento. Il valore identitario [è] implicito nei beni culturali [...], il patrimonio culturale, eredità di affetti e di memoria analoga a lingua e storia – costante nella tradizione civile e giuridica italiana, con controllo pubblico dell'identità civica -, è parte costitutiva e irrinunciabile dell'identità nazionale*”: G. Severini, *La tutela costituzionale del paesaggio (art. 9 Cost.)*, § 5, in *Codice di edilizia e urbanistica*, a cura di S. Bettini, L. Casini, G. Vesperini e C. Vitale, Torino 2013.

“culto dell’altro”, cardini del *politically correct*. Ma foriera di una regressiva *comunitarizzazione* dell’intera società, dunque di frammentazioni sociali e di rischi di contrasti reciproci: per approdare agli esiti rinneganti dell’*etno-nazionalismo*, almeno altrui.

Ma il “culto dell’altro” è comunque il punto di paradosso. L’*identità* è autorappresentazione ed è intimamente connessa alla *cultura*: e come tale è un elemento essenziale e costitutivo di una *comunità*. La Convenzione parla ripetutamente di *comunità*, quasi nulla di *identità*: la presuppone insita in quella, ma la formula è a moltiplicazione indefinita. Qui sta il problema: la Convenzione può divenire il detonatore di una sorta di bomba a orologeria, perché *identità*, e più ancora *identitario*, riferito a una *comunità*, è di suo concetto fatalmente escludente e non inclusivo perché va ad essere la base fondante dell’*identitarismo*⁹⁹: o si è questo, o non si è. Sennonché la Convenzione predica la tutela delle *heritage communities* sì per la loro *identità*, ma al tempo stesso – pur se non lo afferma: ma si è vista la scheda dell’Ufficio dei Trattati – il suo opposto, vale a dire l’inclusione *multiculturale*. Tuttavia non indica strumenti, né concettuali, né giuridico-procedurali, per risolvere la tensione di cui assume e valorizza i termini, discostandosi dal rapporto storico tra *territorio* e *patrimonio culturale*, di cui l’infinita quantità di beni culturali immobili è – per utilizzare la nota formula della Commissione Franceschini (1966) – “*testimonianza materiale di civiltà*”.

Come abbiamo visto, l’art. 2 (*Definizioni*), lett. a), della Convenzione definisce il «*cultural heritage*» come «*un insieme di risorse ereditate dal passato che le popolazioni identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione*». Il «*cultural heritage*» è dunque ciò che le popolazioni (di un determinato territorio, deve ritenersi, tendenzialmente le «*comunità patrimoniale*» di cui parla l’art. 2 della Convenzione) identificano come tale, in quanto riflesso ed espressione (prodotto e causa) dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, ecc. Sempre l’art. 2 afferma, alla lett. b), che la «*comunità patrimoniale*» è «*costituita da un insieme di persone che attribuisce valore ad aspetti specifici del patrimonio culturale, e che desidera, nel quadro di un’azione pubblica, sostenerli e trasmetterli alle generazioni future*». L’art. 3 afferma poi che il *cultural heritage* comune dell’Europa comprende tutte le forme di cultura che, nel loro insieme, costituiscono «*una fonte condivisa di ricordo, comprensione, identità, coesione e creatività, nonché gli ideali, i principi e i valori, derivati dall’esperienza ottenuta grazie al progresso e facendo tesoro dei conflitti passati*». L’art. 12 (*Accesso all’eredità culturale e partecipazione*

⁹⁹ Cfr. A. de Benoist, *Identità e comunità*, Napoli 2005; Id., *Nous et les autres: problématique de l’identité*, Paris 2007. Sul tema dell’*identità* v. Z. Bauman, *Intervista sull’identità*, a cura di B. Vecchi, Roma-Bari 2009 [*Identité*, Paris 2004]; F. Fukuyama, *Identità: La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Torino 2019 [*Identity: Contemporary Identity Politics and the Struggle for Recognition*, London 2018]; C. Crouch, *Identità perdute. Globalizzazione e nazionalismo*, trad. it. di D. Ferrante, Roma-Bari 2020 [*The Globalization Backlash*, Cambridge 2018]. In senso fortemente critico verso il concetto di *identità* v. T. Montanari, *L’identità inventata degli italiani*, in *Il Fatto quotidiano*, 10 settembre 2018 e M. Bettini, *Hai sbagliato foresta. Il furore dell’identità*, Bologna 2020. Per altro verso, L. Dubreuil, *La dictature des identités*, Paris 2019 ravvisa nelle politiche d’*identità* (*identity politics*), di matrice statunitense, l’avvento di un “dispotismo democratizzato”.

democratica) impegna le Parti a (lett. *b*) «*prendere in considerazione il valore attribuito da ogni comunità patrimoniale all’eredità culturale in cui si identifica*».

La Convenzione, dunque, afferma un legame stretto tra la *comunità* insediata in un determinato territorio e l’*identità* culturale che la definisce.

Però la Convenzione, nel contempo, al sesto periodo del preambolo, afferma la convinzione degli stati firmatari della «*fondatezza dei principi di quelle politiche per il patrimonio culturale e delle iniziative educative che trattano equamente tutte le eredità culturali, promuovendo così il dialogo fra le culture e le religioni*»¹⁰⁰; in più punti la Convenzione parla poi di *diversità culturale* (ad es. nell’art. 1, lett. *d*), dove si parla del «*ruolo dell’eredità culturale nella costruzione di una società pacifica e democratica, nei processi di sviluppo sostenibile e nella promozione della diversità culturale*»; così anche nelle lettere *e*) ed *f*) dell’art. 5, dove si parla dell’eredità culturale «*quale elemento centrale di obiettivi che si rafforzano reciprocamente: lo sviluppo sostenibile, la diversità culturale e la creatività contemporanea*» e dell’impegno delle Parti di «*riconoscere il valore del patrimonio culturale sito nei territori che ricadono sotto la propria giurisdizione, indipendentemente dalla sua origine*». L’art. 6 (*Effetti della Convenzione*) afferma che «*nessuna misura di questa Convenzione potrà in alcun modo essere interpretata al fine di limitare o mettere in pericolo i diritti dell’uomo e le libertà fondamentali*». Nell’art. 7 (*Eredità culturale e dialogo*) la Convenzione parla di «*rispetto per la diversità delle interpretazioni*» (e prefigura meccanismi di conciliazione in caso di conflitto, su cui dovremo dire qualcosa nei prossimi paragrafi).

Tutti però sanno che una *comunità* si costruisce, si consolida e si identifica attorno alla sua propria cultura, composta di usi, costumi, tradizioni, credenze, valori, beni culturali materiali e immateriali, prodotti da quella tradizione culturale e da quelle pratiche e attività culturali; e che in tal modo la comunità si auto-riconosce, si definisce, affermando la propria *identità* in confronto dialettico e in contrasto con le *diversità*, con *l’altro* da sé, con le altre comunità di cultura, ciascuna identificantesi attorno alla propria cultura, diversa dalle altre.

In questi modi, la strumentazione indicata dalla Convenzione la porta fatalmente, nel suo malcerto panorama, verso difficoltà e contraddizioni, pur se lo scenario suo ultimo immaginato pretende essere quello utopico e ossimorico del *pluralismo identitario* e del *multiculturalismo*. L’esperienza insegna che le *comunità* che ne hanno la capacità si spingono a rivendicare diritti identitari accampano se occorre il veto o l’opposizione su quanto di altrui stimano toccarli. Sicché è purtroppo nella realtà delle cose che la tensione finisce per riemergere – come con la scopa spezzata dell’*Apprendista stregone* - come inevitabile; e che, in luogo della composizione, si vadano a dischiudere le porte alla *società dei conflitti* seppure in nome del valore delle *diversità*. Realisticamente, il *diversitarismo* che astraie da territorialità e storicità delle espressioni culturali si risolve in disorientamento e nel pericolo concreto di frizioni e tensioni irrimediabili, all’opposto della c.d. *interculturalità* che qualcuno vorrebbe vedere in questa Convenzione il cui testo però non vi fa alcun riferimento (e men che

¹⁰⁰ F. Rimoli parla di *identità* in senso dinamico-evolutivo e non statico-conservativo (*Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, in E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma 2017, 97).

mai alla *transculturalità*): a dispetto del «rispetto per la diversità delle interpretazioni», cioè dell’«Altro», e malgrado i declamati percorsi di «risoluzione e composizione dei conflitti» mediante i vagheggiati «procedimenti di conciliazione per gestire equamente le situazioni dove valori contraddittori siano attribuiti allo stesso patrimonio culturale da comunità diverse», dell’art. 7. Nulla in realtà sembra riuscire a contrastare senza riserve che nella Convenzione possa trovare un nuovo appoggio, come si è accennato, il pensiero etno-nazionalista: superata la *statualità* «della Nazione», cioè lo Stato-Nazione (che è quello cui fa riferimento generale la nostra Costituzione), riemerge l’*etnicità* infra e trans-nazionale sotto il nome – sostituzione eufemistica tutta *politically correct* - di “cultura”. L’elenco degli stati che la hanno firmata e ratificata, danubiano-balcanici e caucasici, e la storia delle reciproche rivendicazioni “culturali”, lì intese anzitutto come *etniche*, attraverso conflitti armati indica la realtà delle cose. Da ultimo (novembre 2020), la violazione azera dei luoghi di culto armeni nelle regioni riconquistate del Nagorno-Karabakh mostra come la si intenda da parte dell’Azerbaijan per il *cultural heritage* materiale e immateriale del popolo dell’Armenia in quella regione di contestata appartenenza: nel silenzio del Consiglio d’Europa di cui entrambi sono membri.

Gli eufemismi confondono ma non bastano a contrastare il pericolo di uso escludente e rivale, in fondo al quale vi è la balcanizzazione del valore culturale. Le parole non hanno il potere di alterare la realtà. Il linguaggio nuovo è al tempo stesso veicolo e specchio di questo azzardo.

Da un diverso angolo di visuale, l’antropologia insegna – a proposito dell’altruismo cooperativo infragruppo e dell’aggressività extragruppo - che il profilo identitario del gruppo può innescare dinamiche conflittuali escludenti, poiché il gruppo è esso stesso fattore dell’evoluzione competitiva, che opera non solo a livello di individui, ma anche a livello di gruppi sociali geneticamente omogenei al loro interno, che divengono in tal modo essi stessi unità di selezione naturale a tutti gli effetti¹⁰¹. D’altra parte “non c’è identità senza alterità”¹⁰². Lo stesso senso di appartenenza, che è il lievito di una comunità culturale, che si consolida e si riconosce attorno a una sua identità (culturale), esprime “il sentimento o la condizione di chi si riconosce in uno status sociale o in un gruppo ben definito, grazie a un universo di valori, di interessi o di progettualità condivisi”¹⁰³.

L’insistito uso nella Convenzione, di particolare implicazione, del termine *comunità* (*community / communauté*) evoca il *comunitarismo*, orientamento di pensiero anti-liberale e anti-universalistico, sorto negli Stati Uniti negli anni ’80

¹⁰¹ M. Tomasello, *op. cit.*, 15; R. C. Berwick, N. Chomsky, *Perché solo noi. Linguaggio ed evoluzione*, trad. it. di A. De Palma, Torino, 2016, 57 ss..

¹⁰² S. Allovio e A. Favole, nel presentare il volume di AA.VV., *La cultura ci rende umani*, Torino 2018, nel n. 327 de *La Lettura del Corriere della Sera* del 4 marzo 2018, 1 ss., a proposito del concetto di “cultura in senso antropologico”, che pensa “le culture come organiche e sistemiche”, evidenziano il rischio, segnalato dagli antropologi culturali, insito “nell’uso analitico dell’idea di cultura che, nel senso comune e secondo un certo uso, diverrebbe un altro modo per dire «razza»”.

¹⁰³ Mons. N. Galatino, *Far parte degli altri (Abitare le parole / Appartenenza)*, in *Domenica del Sole-24 Ore*, 14 giugno 2020, pag. XIV, osserva efficacemente: «oltre a coltivare il senso di appartenenza “per” realizzare sogni in comune, si può coltivare un forte senso di appartenenza “contro” chi mette a repentaglio i miei interessi, le mie sicurezze, la mia fragile identità e i miei confini, spingendomi a espellere l’altro dal mio orizzonte e a coltivare sentimenti di chiusura».

(*communitarianism*) e affermatosi in vari ambienti europei, che si incentra sui corpi di tradizioni identitarie (etniche, linguistiche, religiose, culturali, ecc.): questi trascendono gli individui, che anzi a quelle tradizioni non possono che conformarsi perché l'individuo non esiste indipendentemente dalle sue appartenenze. L'*identità collettiva* è elemento costitutivo della *comunità*. Anche se il testo della Convenzione, a questi riguardi, non la menziona espressamente, è patente che vi faccia riferimento. Nel dibattito pubblico francese, è concetto di riferimento per le comunità di immigrati ma è fortemente contrastato perché nega il principio di eguaglianza, la libertà morale dell'individuo, la neutralità dello spazio pubblico e la laicità dello Stato. Nemmeno è senza realtà la connessione, da taluni additata, con le ideologie *völkisch* sorte al tempo del nazionalismo romantico, che influenzarono le basi del nazionalsocialismo e il suo assunto che solo nel *Volk* e nel suo "sano sentimento" e non nelle astratte norme poste dallo Stato, sta il fondamento autentico del diritto, per cui ogni giurista che si rispetti dev'essere anche etnologo¹⁰⁴ (il che aiuta a comprendere per quali più profonde ragioni Francia e Germania si siano discostate dalla Convenzione di Faro al punto di nemmeno firmarla). Insomma, la nozione organica e soggettiva di *comunità* (*Gemeinschaft*) è stata eponima di un ampio orientamento di pensiero: dalla sociologia organicistica di Ferdinand Tönnies¹⁰⁵, al ricordato *communitarianism* americano (Charles Taylor, Alasdair MacIntyre, Michael Sandel), fino alle riletture decostruzioniste di Jean Luc Nancy e di Maurice Blanchot, nonché (in Italia) di Giorgio Agamben e Roberto Esposito¹⁰⁶ che hanno proposto il superamento della nozione sostanzialistica di *comunità* ("*sostanza che conferisce un'appartenenza comune a diversi soggetti*"¹⁰⁷) e hanno contrapposto alla declinazione appropriativa tradizionale della *comunità* (possesso di qualcosa di comune) l'idea di una *comunità* consistente nella condivisione di un impegno comune, nell'essere in comune, più che nel possedere qualcosa in comune.

Qui basta riflettere sul fatto che il concetto di *comunità* è comunque oggetto di una pluralità di interpretazioni, a volte conciliabili a volte antitetiche, sicché ne è impossibile una lettura unitaria e incontrovertibile.

Il punto è tuttavia che la Convenzione di Faro non fornisce indicazioni utili su quale di queste diverse, possibili letture vada preferita. Il che è in sé un problema, perché delle due l'una: la Convenzione di Faro, in questa sua irrisolta e radicale ambiguità, che alimenta direttamente le *politiche identitarie* (*identity politics*), va a creare conflitti, anche gravi, perché pone potenzialmente *comunità* contro *comunità*; ovvero resta documento senza seguito pratico, privo di conseguenze effettuali.

¹⁰⁴ cfr. J. Chapoutot, *La révolution culturelle nazie*, cit., 138.

¹⁰⁵ Autore del fondamentale *Comunità e società* (*Gemeinschaft und Gesellschaft*), 1887, trad. it. di G. Giordano, a cura di M. Ricciardi, Roma-Bari 2011, cui si deve la ormai generalmente recepita contrapposizione tra *comunità* e *società*.

¹⁰⁶ R. Esposito, *Da fuori (una filosofia per l'Europa)*, Torino 2016, 179 ss. [dove sono richiamati J.L. Nancy, *La communauté désœuvrée*, Paris 1986 [*La comunità inoperosa*, Napoli, 1992]; M. Blanchot, *La communauté inavouable*, Paris 1983 [*La comunità inconfessabile*, Feltrinelli, Milano, 1984]; G. Agamben, *La comunità che viene*, Torino 1990, nonché dello stesso R. Esposito, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino 2002, poi 2015, dove l'A. rileva come *immunitas* sia il contrario di *communitas*: *communitas* viene da *cum* e *munus*, condividere un impegno, un *munus*, ed è il contrario di *immunitas*, negazione di tale condivisione].

¹⁰⁷ R. Esposito, *op. loc. cit.*.

10.2. Non si può non osservare come sia quasi impossibile, e comunque sconsigliabile, accampare una definizione giuridica di siffatte nozioni (*comunità-identità-alterità*): sono concetti comunque sfuggenti, di difficile quando non impossibile perimetrazione e rappresentazione, inadattabili a riduzioni e ipostasi normative. Il che riflette il più basilare errore di fondo della Convenzione, quello dell'impossibile pretesa di giuridificare, in termini dunque di diritti e poteri, la *cultura* e le sue aggregazioni.

È dunque chiaro che innescare in una costruzione normativa la dialettica tra comunità, identità, alterità è un gioco pericoloso. Al di là dell'idea ispiratrice *politically correct*, comunque incombe il rischio serio e concreto di una lettura oppositiva, e non inclusiva, della nozione di *cultural heritage*¹⁰⁸. Non è consigliabile né auspicabile che questo tipo di problemi debba e possa essere affrontato e risolto in riduttivi, e restrittivi, termini giuridico-normativi¹⁰⁹.

Conviene portare a riprova di questa considerazione qualche eloquente esempio pratico, tratto dalla cronaca e dall'attualità.

Emblematica della difficoltà e della contraddizione è la polemica, sviluppata in Germania nel febbraio-marzo del 2018, all'indomani della formazione del nuovo governo di *Grosse Koalition* (con Cdu e Spd) nell'ambito del quale il Ministro degli interni, il leader cristiano-sociale bavarese Horst Seehofer, ha voluto ridenominare quel Ministero (allargandone le competenze) *Ministerium für Inneres, Bau und Heimat*, dove il termine *Heimat* evoca le "piccole patrie" (il significato letterale dovrebbe essere "un Paese, una regione, un villaggio dove si è nati, cresciuti o ci si sente a casa"). *Heimat* è però termine dai plurimi significati e dalle molte sfumature semantiche: ha svolto un ruolo di rilievo nella crescita e nello sviluppo della tutela paesaggistica in Germania¹¹⁰, può significare rivitalizzazione dei borghi storici, ma può significare anche nostalgia per un mondo particolare travolto dal multiculturalismo e può essere in contrasto alla globalizzazione: il concetto è del resto caro al partito *AfD*¹¹¹. La

¹⁰⁸ M. Tarchi, *L'impatto di culture diverse è insostenibile*, de *La Lettura del Corriere della Sera* del 3 giugno 2018, muovendo dalla nozione di *patrimonio immateriale* dell'Unesco, sostiene che "difendere questo patrimonio significa perciò anche preservare i popoli che lo coltivano dalle minacce di sradicamento e snaturamento culturale cui devono far fronte" e cita il politologo D. Reynié, per il quale i populismi promettono di difendere due patrimoni: quello materiale del tenore di vita e quello immateriale del modo di vita.

¹⁰⁹ Y. Tamir, attivista israeliana, fondatrice nel 1978 del movimento *Pace Adesso* contro l'occupazione della striscia di Gaza, già politico laburista, oggi docente universitaria, autrice di *Le ragioni del nazionalismo*, trad. di M. Cupellaro, Milano 2020, intervistata da L. Cremonesi sulla *Lettura del Corriere della Sera* del 2 agosto 2020 (*Il vantaggio di essere una Nazione*, 6-7) afferma che "un moderato nazionalismo trasforma lo Stato in patria, dà forza e sostanza al Welfare State, crea la solidarietà comunitaria" e aggiunge: "Nel nazionalismo si ritrovano l'amore per la storia e la natura del luogo in cui si vive"; "Il nazionalismo aiuta a dare un senso alla propria esistenza in un mondo secolarizzato".

¹¹⁰ Non va dimenticato che le leggi sulla difesa del paesaggio nascono negli stati germanici a cavallo del 1900 grazie al vasto movimento delle associazioni *Heimatschutz*. Sul significato e il ruolo del concetto di *Heimat* nell'evoluzione della nozione di paesaggio e di tutela del paesaggio cfr. C. Tosco, *Il paesaggio come storia*, Bologna, 2007, e S. Settis, *Architettura e democrazia*, Torino, 2017. Si veda anche F. Giubilei, *Conservare la natura (Perché l'ambiente è un tema caro alla destra e ai conservatori)*, Roma-Cesena, 2020, 102, che richiama la nozione di *oikophilia*, amore per la casa, che Roger Scruton pone a base di un ambientalismo non globalista: R. Scruton, *La Bellezza. Ragione ed esperienza estetica*, Milano 2010 [*Beauty: A Very Short Introduction*, Oxford 2009].

¹¹¹ Su queste dinamiche, proprie di odierni "populismi", v. D. Reynié, *Les nouveaux populismes*, Paris 2013 e, da ultimo, 2022, *le risque populiste en France*, Paris 2020 [ha introdotto il concetto del populismo patrimoniale (immateriale), per cui "l'identità è il tema che conta nell'ascesa del populismo, non la disoccupazione, o il livello di retribuzione" (così nella conversazione con M. Tarchi pubblicata su *Lettura del Corriere della Sera*, n. 446 del 14 giugno 2020, 17-19, *Il*

nozione di «*comunità di patrimonio*» (di cui alla lett. *b*) dell'art. 2 della Convenzione) ben si presta ad esplicitare la nozione di *Heimat* con le sue, connesse ambiguità. Le *identità* si *identificano* perché si contrappongono differenziandosi, altrimenti scompaiono nell'indistinzione. È questa la nozione di «*comunità patrimoniale*» immaginata dai redattori della Convenzione e voluta dai suoi sostenitori? O è l'opposto di questa? È dato, al di là dell'*intentio legislatoris*, ricavare dal testo della Convenzione o della legge di ratifica un elemento utile per sciogliere questo dubbio? La risposta è negativa. Il che significa che, alla prova pratica, la Convenzione è inapplicabile; ovvero, come detto, reca un'ambiguità dalla carica irrisolta che può innescare e esplodere in aspri conflitti, tra chi ne proporrà una lettura *identitaria* e chi ne sosterrà una lettura *multiculturalista*.

Gli esiti, paradossali e potenzialmente pericolosi, di questa ambigua combinazione sono esemplificati dal recente caso della domanda di riconoscimento presso l'Unesco della medicina tradizionale tibetana, contesa tra Cina e India¹¹².

Un ulteriore campanello di allarme sulle prospettive della pretesa di giuridificare a tutti i costi la “cultura” in senso antropologico è rappresentato dal fenomeno, che si va diffondendo negli Stati Uniti, della *cultural appropriation* e della *own voice*, per cui solo chi appartiene a una certa minoranza o etnia o condizione sociale sarebbe legittimato a interpretarne artisticamente le identità; sarebbe irrispettoso che lo facessero anche soggetti che appartengono alla cultura “dominante”, ciò che costituirebbe una forma di oppressione e spoliazione: sicché si nega a questi il titolo a cimentarsi in generi o modi artistici che apparterrebbero in via esclusiva ai membri di quella particolare *comunità*, unici interpreti autentici autorizzati. Si è già ricordata l'inquietante *cancel culture* che dilaga negli USA (e non solo), con la tendenza di gruppi etnici e politici a *cancellare il passato* abbattendo iconoclasticamente statue, come quella di Cristoforo Colombo reso emblema di colonialismo e razzismo.

Ma tutela delle *identità* e multiculturalismo quasi mai vanno d'accordo. Il punto sta nell'ambiguità dell'identità da difendere: cioè quale tra le diverse identità culturali di una società che vuole essere multiculturale, abbia il diritto di prevalere.

Il tema della *comunità* (in relazione alla sua *identità* culturale), se rapportato – per quanto impropriamente - all'art. 9 della Costituzione, mette alla prova anche il concetto di *Nazione*¹¹³.

populismo patrimoniale], nonché C. Mudde e C. Rovira Kaltvasser, *Populismo*, trad. di M. Zulianello, Sesto San Giovanni 2020.

¹¹² V. la critica di C. Rovelli sul *Corriere della Sera* del 30 luglio 2017, *Tutelare la medicina tibetana? L'Unesco non calpesti la scienza*, pag. 20. Un altro esempio di conflitti difficili: R. Leakey (autore con R. Lewin di *The Sixth Extinction*, 1995), intervistato da T. Pievani su *La Lettura del Corriere della Sera* del 21 giugno 2020, osserva: “Trovo assurdo che molti animali siano in via di estinzione a causa di superstizioni umane e di dettami di “medicine tradizionali” privi di qualsiasi fondamento. Fino a che punto dobbiamo rispettare le diversità culturali se, come in questo caso, sono così distruttive per la biodiversità?”. Il tema evoca problematiche analoghe e irrisolte, come l'uso degli animali selvatici nei circhi, nella corrida, per il Palio di Siena, ecc..

¹¹³ La letteratura sul tema, anche nel riflesso giuridico, è infinita, a muovere, caposaldo dell'approccio soggettivistico italiano (opposto a quello naturalistico tedesco), dalla prolusione di P.S. Mancini, *Della nazionalità come fondamento del dritto delle genti prelezione al corso di dritto internazionale e marittimo*, Torino 1851. Cfr. F. Chabod, *L'idea di nazione*, Roma-Bari 1961. Cfr. G. Mazzini, *Cosmopolitismo e nazione*, a cura di N. Urbinati e S. Recchia, Roma 2011. V. anche E. Galli della Loggia, *L'identità italiana*, Bologna 1998; G. Pescosolido, *Nazione, sviluppo economico e questione meridionali in Italia*, Soveria Mannelli 2017, cap. I, *Nazione e Stato nella storia d'Italia*, 35 ss.; D. Nocilla, voce *Nazione*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano 1985; Id., voce *Popolo (dir. cost.)*, *ivi*, XXXIV, Milano 1985; A.D. Smith, *La nazione. Storia*

È dunque sbagliata l'idea avanzata per giustificare l'adesione alla Convenzione di Faro, ossia che la giuridificazione della *cultura* (e del rispetto multiculturale) possa costituire una soluzione di problemi. È invece evidente che l'idea di risolvere i problemi (per di più in un ambito internazionale) con la formalizzazione giuridica è, nella migliore delle ipotesi, un'illusione, un inganno, un modo per complicare e aggravare i problemi anziché risolverli.

10.3. Traspare dunque, dietro queste tante ambiguità, l'imprimitura concettuale della Convenzione: il decostruzionismo postmoderno, il relativismo e il "pensiero debole". L'insistenza della Convenzione di Faro sul concetto di «*comunità patrimoniale*» e così sull'idea plurale di *identità*, in fatale tensione con l'opposta idea di difesa delle *diversità*, e la stessa non ben definita nozione di *comunità*, sembrano segnalare la presenza nella Convenzione di un'*arrière-pensée* che da un lato ne fa emergere contraddizioni e flessibilità, dall'altro la distacca ancor di più dalla funzione ordinatrice del diritto e dai suoi obiettivi ontologici di certezze e calcolabilità.

Non è infatti difficile rinvenirvi reviviscenze di quella che è stata chiamata la *French Theory*¹¹⁴: orientamento – ormai recessivo in Francia ma non nel mondo anglosassone - incentrato sul metodo della *decostruzione*. La pratica della rilettura dei testi finalizzata - mediante la ricerca dei postulati sottintesi, delle omissioni, dei pregiudizi nascosti, delle contraddizioni latenti – non a identificare un significato di sistema ma a disvelarne le confusioni di senso: caratterizzata in sostanza dalla ricerca di una reversibilità reciproca tra opposti – dentro e fuori, testo e contesto, identità e differenza – nel tentativo di cogliere un "neutro" (*ne uter*, né l'uno, né l'altro) tra il positivo e il negativo; una linea di pensiero che, pur con diverse connotazioni e percorsi, va da J.-F. Lyotard a J. Braudillard, da J. Derrida a M. Foucault. L'idea di fondo sembra essere quella (nietzschiana, ripresa da Lyotard¹¹⁵) per cui *non ci sono fatti, ma solo opinioni*, tutte "rispettabili", nessuna più "vera" o più "giusta" delle altre. E difatti la Convenzione di Faro difende l'identità locale, *ma anche* la diversità del *fuori*, dell'*altro*, secondo un "debolismo" molto politicamente corretto¹¹⁶. Nulla, comunque, di più opposto all'organica sistematicità, assai bene espressa dal *Codice*, dell'ordinamento giuridico del patrimonio culturale.

Elementi del retroterra culturale della Convenzione possono essere rintracciati anche nel recente dibattito sul progetto di Unione Europea e nella correlata ricerca di una *sintesi delle diversità*¹¹⁷. E, a tutto indagare, vi è anche l'*humus* da quella

di un'idea, Soveria Mannelli 2007; cfr. sull'oggi M. Billig, *Nazionalismo banale*, Soveria Mannelli 2018. Sul tema dell'art. 9 Cost., sia consentito richiamare G. Severini, *La tutela costituzionale del paesaggio (art. 9 Cost.)*, § 5, cit.. Sul rapporto tra art. 9 Cost e il fondamento culturale nazionale, v. le colte considerazioni di T. Montanari, *Costituzione italiana: articolo 9*, Roma 2018, 91 ss..

¹¹⁴ R. Esposito, *Da fuori (una filosofia per l'Europa)*, cit..

¹¹⁵ Il detto, da taluni attribuito a J.-F. Lyotard, risalirebbe in realtà a Nietzsche, in *Frammenti postumi*, 7, VIII, 1, p. 299 (così G. Fornero, *Introduzione*, in N. Abbagnano, G. Fornero, P. Rossi, *Filosofia – storia, parole, temi*, vol. 8, *Da Gadamer alla filosofia analitica*, cap. V, 10; ma si veda anche R. Bodei, *Limiti*, Bologna 2016, 79 e nota 35).

¹¹⁶ V. Possenti, *Il realismo e la fine della filosofia moderna*, Roma, 2016.

¹¹⁷ Cfr. E. Morin (*Unitas multiplex*: tratto tipico dell'Europa) o M. Cacciari, *Geo-filosofia dell'Europa* (Milano 1994) e *L'arcipelago* (Milano 1997): evidenziano la connessione tra unità e differenza, per cui, per il farsi dell'Europa, occorrerebbe un punto di sintesi e di mediazione tra gli opposti; ma "in nessun momento i molti possono farsi Uno – senza perdersi come tali. Ma essi vanno sempre penati come una molteplicità, un'unità di distinti che, proprio restando tali,

Repubblica delle Lettere (studiata a fondo da Marc Fumaroli¹¹⁸) che ha rappresentato sin dal Medio Evo l'alimento comune e il cemento della cultura europea¹¹⁹.

11. I conseguenti problemi applicativi irrisolti.

Restano sul campo i nodi da sciogliere nel groviglio dei riflessi applicativi problematici della Convenzione. Rimane, in particolare, aperta e senza risposta la domanda su chi – e come - debba dirimere i conflitti. Un panorama concettuale dai tanti e contraddittori volti annulla le gerarchie e il concetto di sistema unificante; per il presente discorso, dissolve la funzione ordinatrice e gerarchizzante del *Nómos*, la sua capacità predittiva per la calcolabilità dei comportamenti futuri. È la più immediata improprietà giuridica.

Qui si cerca di metterne in evidenza alcuni tratti e la difficoltà di sussunzione nella pratica.

Si prenda, ad esempio, l'art. 5, lett. e), della Convenzione, per cui – nella creativa traduzione “non ufficiale” in italiano - le Parti si impegnano a «*promuovere la protezione del patrimonio culturale quale elemento prioritario di quegli obiettivi, che si rafforzano reciprocamente, di sviluppo durevole, di diversità culturale e di creatività contemporanea*». Considerando la ricordata definizione di *cultural heritage* dell'art. 2, lett. a) («*un insieme di risorse ereditate dal passato che le popolazioni identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione*»), si ha difficoltà a comprendere i perimetri e risolvere le asimmetrie. È, in pratica, la via del nichilismo giuridico: il diritto che non conosce più un ‘dove andare’ perché ha perduto il suo centro e le linearità che vi fanno capo¹²⁰.

Si è visto comunque sopra quale sia l'intima contraddizione tra l'idea di una protezione e valorizzazione delle «*comunità di patrimonio*» e della loro *identità culturale* e la latente giuridificazione del *multiculturalismo* presente in più tratti della stessa Convenzione. Non solo la «*diversità culturale*» appena vista, ma anche l'assai scivoloso (e rinnegante per l'integrità del patrimonio materiale) art. 7, lett. b) («*stabilire i procedimenti di conciliazione per gestire equamente le situazioni dove*

disegnano una figura comune». Per R. Esposito, *Da fuori*, cit., 205, il maggior pericolo per il progetto europeo è costituito “*In termini filosofici, dalla incapacità di pensare insieme identità e differenza, uno e molti, essere e divenire, contrapponendo in maniera definitiva i principi di Parmenide e di Eraclito*”, sicché “*L'Europa, se non vuole perdersi, deve tenersi dentro questa dialettica – volersi una nella tensione della sua costituzione plurale*”.

¹¹⁸ M. Fumaroli, *Le api e i ragni. La disputa degli Antichi e dei Moderni*, trad. it. di G. Cillario e M. Scotti, Milano, 2005: parla di “diplomazia dello spirito”, come insieme delle credenze che fanno di una popolazione una comunità naturale. M. Fiorillo, *Verso il patrimonio culturale dell'Europa unita*, in *AIC, Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4/2011 (4 ottobre 2011); Id., “*Patrimonio culturale, nation building e cittadinanza: alla ricerca di un'anima per l'Europa*, in *I quaderni della ricerca*, n. 39, 2018, cap. 1.4, rileva che uno “*spazio culturale comune si qualifica decisivo per l'affermazione di uno status civitatis della democrazia europea, nel suo faticoso consolidarsi in nazione*”.

¹¹⁹ R. Esposito, *op cit.*, 218, richiama la discussione tenuta a Strasburgo nel 1992 cui parteciparono J. Derrida, A. Badiou, E. Balibar, J.-L. Nancy, Ph. Lacoue-Labarthe, P. Virilio e altri, dal titolo *L'Europe à ses frontières* (annotando che “*il significato dell'Europa futura non va cercato nel suo centro, secondo il dispositivo heideggeriano della crisi, ma ai suoi bordi, là dove incontra la propria alterità, sfumando in essa fino a dissolversi in quanto tale*”).

¹²⁰ Cfr. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, in *Enc.. Italiana*, VII Appendice (2007).

valori contraddittori siano attribuiti allo stesso patrimonio culturale da comunità diverse»), che segue la lett. a), dove le Parti si impegnano al «rispetto per le diversità delle interpretazioni». Con disarmante leggerezza, vi si assume per acquisito un inedito bisogno di «conciliazione» da *dissonant (conflicted, uncomfortable, undesirable) heritage*: ciò che fu occasione di tensioni e atrocità belliche balcaniche, sconosciute alla grande realtà italiana. Ed è paradossale che, come si è ricordato già all'inizio, l'elaborazione della Convenzione è nata anche dopo le terribili guerre jugoslave. Si pretenderebbe così cedere a un'astratta idea di “confronto interculturale”¹²¹ per “gestire la diversità culturale”, basata sull'imposizione, non costituzionalmente compatibile, dell'assunto dell'equiordinazione delle culture: forse un'applicazione del non esplicitato nuovo assunto del “vivre ensemble”. In tal modo, testimonianze materiali pacifiche e anzi ammirate da secoli in Italia, diverrebbero possibile ragione di conflittualità da affrontare fino *in iure*, e prima con mezzi amministrativi preventivi di malcerta compatibilità costituzionale: davanti ai quali interessi e diritti, anche principi fondamentali costituzionali, come quelli del libero sviluppo della cultura, della tutela del patrimonio storico e artistico e la stessa libertà d'espressione sarebbero relativizzati. Il pensiero va, tra i tanti, al noto affresco di Giovanni da Modena in San Petronio a Bologna o ai passi di Dante non in linea con il *politically correct* e la pretesa odierna di riscrivere la storia, o agli infiniti nudi delle statue classiche e rinascimentali: vicenda in Italia sperimentata *ante litteram* nel 2016 con la spontanea copertura¹²² delle statue di nudi dei Musei capitolini in occasione della visita a Roma del presidente iraniano quale “forma di rispetto” alla sua cultura e sensibilità, evidentemente – si direbbe - «per le diversità delle interpretazioni» da «valori contraddittori»: fatto assai serio della realtà - non dell'immaginario ... - inscenato a pochi metri dal monumento equestre allo stoico Marco Aurelio. Per non dire dei ricordati esempi della Giostra del Saracino di Arezzo o del Palio di Siena: anch'essi variamente toccati. Tutto questo è difesa delle «risorse ereditate dal passato» o loro negazione?

Difficile non cogliere la curvatura costruzionistica verso un obiettivo totalizzante: così come già nell'uso del precetto indeterminato orientato al fine di stigma. Una risposta corretta deve assumere questi elementi nella valutazione. La debbono i giuristi, cui spetta perché questo è un testo normativo.

Il punto di soluzione sta nell'urto insanabile, già rispetto agli artt. 9, 21 e 33 della Costituzione, di una lettura dell'art. 7 della Convenzione che arrivasse a pretendere di attivare tali *procedure di conciliazione* per questi e analoghi casi. Tanto più se pretendesse - per “storicizzare e depotenziare” siffatte dissonanti «risorse ereditate dal passato» - trarre supporto sostanziale dall'art. 4, per cui l'esercizio del *diritto al patrimonio culturale* può «essere soggetto [...] a quelle limitazioni che sono necessarie in una società democratica, per la protezione [...] degli altrui diritti o libertà». Un

¹²¹ Secondo l'auspicio di G. Azzariti, *Multiculturalismo e Costituzione*, in *Questione giustizia*, n. 1/2017. Ma v. G. Cerrina Feroni, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 3 ss.; G. Cerrina Feroni e V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli 2018. Ivi v. anche T. Groppi, *Multiculturalismo 4.0*.

¹²² Come la *Venere Capitolina*: fatto evocativo dei *braghettoni* apposti nel 1565 per mano di Michele da Volterra alle pudenda del *Giudizio Universale* di Michelangelo, dopo che il Concilio di Trento aveva condannato le nudità nell'arte a soggetto religioso.

prospettiva da *Big Brother* che investirebbe espressioni della cultura e della libertà del pensiero.

Poiché – si è ricordato - il diritto in realtà è ripartizione, limite, regolamento di confini, spettanza di beni, distribuzione di diritti e di doveri, è naturale che approntare protezioni giuridiche in tutela di culture antropologicamente intese (con usi, costumi, tradizioni, attività culturali, beni culturali immateriali, stessa storia di una comunità, ecc.) può suggestionare verso pretese coercitive di autenticità, unicità, originalità da erigere, con la forza della legge o con lo *shaming* e l'esclusione sociale, *contro* quanto si pretende non autentico, non originale, diverso, *fake*: e così generare effetti preclusivi, selettivi, neo-discriminatori; per paradosso, a loro volta esclusivi e non già di inclusione, dunque rinneganti. L'opposto, circolare, di quanto la Convenzione sembrerebbe a prima vista assumere come obiettivo politico, a stare al suo preambolo.

Bisogna riflettere seriamente sulle conseguenze, pur se indesiderate, di un tale strumentario giuridico. È infatti possibile che queste ambiguità, invece di restare nel campo delle questioni teoriche e astratte, sollevino problemi e conflitti applicativi concreti. Si pensi a rievocazioni storiche e a beni culturali immateriali inclusi nell'apposita lista dell'Unesco, per cui siano stanziati fondi pubblici come contributi, sussidi, sovvenzioni. A chi devono andare questi fondi? Se ci sono più candidati (comitati, associazioni, fondazioni, singoli o gruppi variamente tra loro associati, con o senza la partecipazione di partner pubblici) e se non c'è intesa o accordo, a chi spettano? A tutti un po' per ciascuno o solo a quella espressione della "comunità" che "legittimamente" rappresenta una certa tradizione? Alla stessa stregua, cosa potrebbe accadere nel caso in cui, in una medesima realtà, possano – contro l'art. 9 Cost. - sorgere più sedicenti «comunità di patrimonio», magari una neoliberalista (per lo sviluppo e la crescita), una neokeynesiana (dei sindacati, per l'occupazione e la tutela dell'artigianato e della produzione locali) e una terza ambientalista (per la conservazione integrale di ciò che esiste)? *Quid iuris* ? Quale sarà mai la *true holy*, la vera e autentica «comunità patrimoniale» se non la si circoscrive alla *Nazione* dell'art. 9 della Costituzione e alle sue articolazioni amministrative? Quale l'autentica portatrice dei valori e del titolo scaturenti dalla Convenzione? Tutte le tre candidate benché in lite su quale sia l'*identità* da difendere e i valori e gli interessi da privilegiare? Chi e come potrà essere chiamato a dirimere il conflitto? Con quali mezzi, criteri e forza giuridica? Quale "comunità" avrà titolo a ricevere contributi pubblici, europei, statali o regionali? Quale sarà legittimata a partecipare ai procedimenti amministrativi? Quale potrà difendere l'emblema dagli abusi altrui? Tutte ? Nessuna ?

In proposito viene in rilievo il rammentato art. 7 (*Eredità culturale e dialogo*) della Convenzione, per la quale «*Le Parti si impegnano, attraverso autorità pubbliche ed altri enti competenti a incoraggiare la riflessione sull'etica e sui metodi di presentazione dell'eredità culturale, così come il rispetto per la diversità delle interpretazioni, a stabilire i procedimenti di conciliazione per gestire equamente le situazioni dove valori tra loro contraddittori siano attribuiti alla stessa eredità culturale da comunità diverse, a sviluppare la conoscenza dell'eredità culturale come risorsa per facilitare la coesistenza pacifica, attraverso la promozione della fiducia e della comprensione reciproca, in un'ottica di risoluzione e di prevenzione dei conflitti,*

a integrare questi approcci in tutti gli aspetti dell'educazione e della formazione permanente».

La Convenzione porta insomma con sé l'eterogenesi dei suoi stessi fini: un serio rischio di conflitti dopo averli incautamente favoriti. È posto, solo in termini generici e indeterminati, come fronteggiarli in modo "conciliativo", con un risultato di *mediazione*: ammesso che sia praticabile – si immaginano le resistenze - quanto esiste dovrebbe essere sottoposto a un *aliquid dare* per ridurre in concreto i temi di contrasto culturale. E così appunto il nuovo *diritto* di alcuni diverrebbe, improvvisamente, *non diritto* di altri: immaginabilmente, di chi quel "diritto" dispone pacificamente da sempre. Ed è inquietante che qui il bene della vita che si va a disputare sia non la *titolarità* di una cosa, ma un preteso suo significato culturale: a nessuno, in realtà, appartenente, se non alle intenzioni dell'autore e del committente, o di chi la cosa da sempre ha posseduto ed esposto al godimento del pubblico e perciò, ad oggi, giustamente lasciato alla capacità di lettura e alla libertà di interpretazione del fruitore.

Nondimeno, è un dato che la legge di ratifica non accenna a discipline applicative né indica chi – amministrazione, giudice, arbitri - avrà il terribile potere di apporre arretramenti all'esistente espressione di cultura: per modo che sia ristretto lo spazio delle interpretazioni dissonanti. La reticenza ancora una volta testimonia il carattere simbolico e comunicativo di questi enunciati: ma, per quanto interessa il giurista, schiude la porta a restrizioni che vanno in diretto urto con la Costituzione.

A fronte di immaginabili sollevazioni intellettuali, ci si deve dunque domandare seriamente se sia davvero costituzionalmente compatibile e realmente praticabile introdurre nel nostro ordinamento, in pretesa attuazione della ratifica, mezzi giuridici con cui si pretenda stabilire *chi decide se e quali* elementi, secondo i caratteri della Convenzione, possano essere riconosciuti come «*comunità patrimoniale*».

Ognun vede come, anziché comporre, così si rischia di generare e alimentare *ad infinitum* conflitti e radicalizzare contrapposizioni identitarie, dopo avere incautamente posto le basi della loro simultanea enfaticizzazione. E, andando al pratico, a quale livello territoriale di governo dovrebbe riconoscersi la competenza a disciplinare questo tema, alla legge statale o quella regionale? E a quale livello amministrativo ne spetterebbe l'attuazione? E quale giurisdizione sarebbe competente?

L'art. 16, lett. *b*), terzo punto, della Convenzione prevede che l'apposito comitato nominato dal comitato dei ministri, in conformità all'art. 17 dello statuto del Consiglio d'Europa, «*dovrà fornire un parere consultivo, su richiesta di una o più Parti, su ogni domanda concernente l'interpretazione della Convenzione, prendendo in considerazione tutti gli strumenti giuridici del Consiglio di Europa*». Il che pone la questione delle asimmetrie all'interno dei suoi membri, da cui siamo partiti.

Sono problemi infiniti che vengono aperti: e già di loro avvalorano l'idea che la ratifica della Convenzione ponga una legge non solo inutile ma anche e soprattutto dannosa.

Come si sia partiti dalla scelerata distruzione del Vecchio Ponte di Mostar per puntare, attraverso un tortuoso passaggio a ovest, a un altrettanto demolitorio attacco al sistema italiano della tutela dei beni culturali è quanto abbiamo tentato di descrivere.

Giuseppe Severini

Paolo Carpentieri

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Consigliere di Stato

Publicato il 14 maggio 2021

19 MAGGIO 2021

Il piano di riequilibrio finanziario
pluriennale e le modifiche
(d)all'amministrazione dell'ente locale

di Nunzio Mario Tritto
Magistrato della Corte dei conti

Il piano di riequilibrio finanziario pluriennale e le modifiche (d)all'amministrazione dell'ente locale*

di Nunzio Mario Tritto

Magistrato della Corte dei conti

Abstract [It]: L'insorgere di situazioni tendenzialmente irreversibili a livello delle finanze degli enti locali, con gravi squilibri strutturali, richiede puntuali interventi legislativi. La legislazione in materia di procedura di riequilibrio finanziario pluriennale, tuttavia, deve tener conto del contesto amministrativo di riferimento, in quanto la necessità di far fronte agli squilibri strutturali dell'ente locale non deve comunque far passare in secondo piano i principi fondamentali dell'ordinamento, specie in relazione al collegamento tra elettori, organi di governo dell'ente locale e necessità di risanamento delle finanze territoriali. L'obiettivo del lavoro è quello di analizzare la disciplina del sistema della legislazione in materia, soprattutto in relazione alla rimodulazione del piano di riequilibrio finanziario pluriennale da parte delle nuove amministrazioni degli enti locali, anche alla luce delle soluzioni operative fornite dalla giurisprudenza costituzionale.

Abstract [En]: The rising of situations which tend to be irreversible in the finances of local authorities, with serious structural lack of balance, requires specific legislative actions. However, the legislation on the multiannual financial rebalancing procedure must take account of the administrative background, since the need to address the structural lack of balance of the local authority must not, however, forget the fundamental principles of the system, especially in relation to the link between voters, local authority governing bodies and the need to improve territorial finances. The aim of this article is to analyse the regulation of the system of legislation in this field, especially in relation to the remodulation of the multiannual financial rebalancing plan by the new administrations of local authorities, also in the light of the operational solutions provided by constitutional jurisprudence.

Parole chiave: riequilibrio finanziario; enti locali; amministrazione; giurisprudenza costituzionale; territorio

Keywords: financial rebalancing; local authorities; administration; constitutional jurisprudence; territory

Sommario: 1. Considerazioni preliminari. 2. La normativa di riferimento. 3. Le questioni problematiche relative alla rimodulazione del piano di riequilibrio finanziario pluriennale da parte della nuova amministrazione dell'ente locale. 4. Conclusioni.

1. Considerazioni preliminari

Il piano di riequilibrio finanziario pluriennale si pone quale elemento fondamentale all'interno delle situazioni di (tendenziale) *default* degli enti locali, proprio al fine di scongiurare tali eventualità.

In effetti, *“la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale è uno strumento straordinario, previsto per gli enti locali in condizione di grave squilibrio strutturale, volto a prevenire il dissesto ed a ripristinare gli equilibri finanziari”*¹.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Corte conti, Sezione delle Autonomie, deliberazione n. 5/SEZAUT/2018/INPR.

La necessità di porre in essere il “salvataggio” dell’ente locale di solito consegue a situazioni di grave illiquidità causate o da una sovrastima dell’attivo (in presenza, ad esempio, di crediti di dubbia esigibilità) o, viceversa, da problematiche relative alle poste passive (che possono essere sottovalutate o presentarsi in modo inaspettato per l’ente locale).

Tali gravi criticità impediscono il regolare adempimento delle obbligazioni mediante le procedure contabili ordinarie e rendono necessario un intervento *extra ordinem* che consenta di scongiurare situazioni di (potenziale) dissesto.

Com’è stato correttamente evidenziato, l’ordinamento prevede diversi strumenti per far fronte alle situazioni di squilibrio delle gestioni degli enti locali e la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale, in particolare, “*favorisce l’emersione di disavanzi occulti, offrendo agli amministratori un utile strumento di autorisanamento volto a scongiurare la più grave situazione di dissesto finanziario. In tal modo la gestione della crisi resta affidata agli organi ordinari dell’ente e nel contempo le iniziative di riequilibrio vengono sottoposte alla costante vigilanza delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della verifica della piena sostenibilità economico-finanziaria delle misure indicate dal piano allo scopo di garantire l’effettivo raggiungimento del risanamento dell’ente*”².

La previsione di un tale strumento si giustifica pertanto con la considerazione, in presenza di situazioni di squilibrio economico-finanziario all’interno dell’ente locale, della necessità di un intervento istruttorio e sostitutivo da parte delle autorità centrali e di controllo, pur all’interno di un assetto istituzionale – quale quello italiano odierno – caratterizzato dal riconoscimento di notevole autonomia agli enti locali³.

Nel prosieguo del presente lavoro verrà analizzata la normativa di riferimento in materia di piani di riequilibrio finanziario pluriennale, con particolare riguardo alle problematiche emerse nella prassi in relazione alle modifiche apportabili agli stessi da parte delle (nuove) amministrazioni locali ed alle soluzioni elaborate – soprattutto a livello giurisprudenziale – al fine di consentire la migliore operatività di tale imprescindibile strumento di “sopravvivenza” degli enti locali gravati da situazioni strutturalmente deficitarie.

2. La normativa di riferimento

Il discorso deve partire necessariamente dall’esame dell’art. 243-*bis* del d.lgs. n. 267 del 2000 e ss.mm.ii. recante il Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali (T.U.E.L.); l’art. 243-*bis*, introdotto dall’art. 3, comma 1, lettera r), della legge n. 213 del 2012, disciplina nello specifico la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale nella sua fase iniziale.

² Corte conti, Sezione delle Autonomie, *cit.*

³ Cfr. A. BALDANZA, *L’intervento della Corte dei conti nelle procedure di approvazione del piano di riequilibrio finanziario e del c.d. “dissesto guidato”*, in V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2018, pp. 1542 ss..

In primo luogo, viene disposto che i comuni e le province che si trovino in situazione di squilibrio strutturale del bilancio in grado di provocarne il dissesto finanziario, possono ricorrere alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale. Una prima condizione prevista dal legislatore per potersi avvalere della detta procedura, tuttavia, è costituita dalla insufficienza delle misure di cui agli artt. 193⁴ e 194⁵ T.U.E.L.: ossia, tali misure non devono essere (o meglio, non devono ritenersi) sufficienti a poter evitare il dissesto o, come afferma l'art. 243-bis, comma 1, “*non siano sufficienti a superare le condizioni di squilibrio rilevate*”. Oltre a tale condizione sostanziale, la norma prevede la sussistenza pure di condizioni formali, consistenti

⁴ L'art. 193 T.U.E.L. (*Salvaguardia degli equilibri di bilancio*), modificato dall'art. 74 del d.lgs. n. 118 del 2011, introdotto dal d.lgs. n. 126 del 2014, così dispone:

1. *Gli enti locali rispettano durante la gestione e nelle variazioni di bilancio il pareggio finanziario e tutti gli equilibri stabiliti in bilancio per la copertura delle spese correnti e per il finanziamento degli investimenti, secondo le norme contabili recate dal presente testo unico, con particolare riferimento agli equilibri di competenza e di cassa di cui all'articolo 162, comma 6.*

2. *Con periodicità stabilita dal regolamento di contabilità dell'ente locale, e comunque almeno una volta entro il 31 luglio di ciascun anno, l'organo consiliare provvede con delibera a dare atto del permanere degli equilibri generali di bilancio o, in caso di accertamento negativo, ad adottare, contestualmente:*

a) *le misure necessarie a ripristinare il pareggio qualora i dati della gestione finanziaria facciano prevedere un disavanzo, di gestione o di amministrazione, per squilibrio della gestione di competenza, di cassa ovvero della gestione dei residui;*

b) *i provvedimenti per il ripiano degli eventuali debiti di cui all'articolo 194;*

c) *le iniziative necessarie ad adeguare il fondo crediti di dubbia esigibilità accantonato nel risultato di amministrazione in caso di gravi squilibri riguardanti la gestione dei residui.*

La deliberazione è allegata al rendiconto dell'esercizio relativo.

3. *Ai fini del comma 2, fermo restando quanto stabilito dall'articolo 194, comma 2, possono essere utilizzate per l'anno in corso e per i due successivi le possibili economie di spesa e tutte le entrate, ad eccezione di quelle provenienti dall'assunzione di prestiti e di quelle con specifico vincolo di destinazione, nonché i proventi derivanti da alienazione di beni patrimoniali disponibili e da altre entrate in c/capitale con riferimento a squilibri di parte capitale. Ove non possa provvedersi con le modalità sopra indicate è possibile impiegare la quota libera del risultato di amministrazione. Per il ripristino degli equilibri di bilancio e in deroga all'articolo 1, comma 169, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, l'ente può modificare le tariffe e le aliquote relative ai tributi di propria competenza entro la data di cui al comma 2.*

4. *La mancata adozione, da parte dell'ente, dei provvedimenti di riequilibrio previsti dal presente articolo è equiparata ad ogni effetto alla mancata approvazione del bilancio di previsione di cui all'articolo 141, con applicazione della procedura prevista dal comma 2 del medesimo articolo.*

⁵ L'art. 194 T.U.E.L. (*Riconoscimento di legittimità di debiti fuori bilancio*), il cui ultimo comma è stato modificato dall'art. 53, comma 6 della legge n. 126 del 2020, così dispone:

1. *Con deliberazione consiliare di cui all'articolo 193, comma 2, o con diversa periodicità stabilita dai regolamenti di contabilità, gli enti locali riconoscono la legittimità dei debiti fuori bilancio derivanti da:*

a) *sentenze esecutive;*

b) *copertura di disavanzi di consorzi, di aziende speciali e di istituzioni, nei limiti degli obblighi derivanti da statuto, convenzione o atti costitutivi, purché sia stato rispettato l'obbligo di pareggio del bilancio di cui all'articolo 114 ed il disavanzo derivi da fatti di gestione;*

c) *ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali;*

d) *procedure espropriative o di occupazione d'urgenza per opere di pubblica utilità;*

e) *acquisizione di beni e servizi, in violazione degli obblighi di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 191, nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente, nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza.*

2. *Per il pagamento l'ente può provvedere anche mediante un piano di rateizzazione, della durata di tre anni finanziari compreso quello in corso, convenuto con i creditori.*

3. *Per il finanziamento delle spese suddette, ove non possa documentalmente provvedersi a norma dell'articolo 193, comma 3, l'ente locale può far ricorso a mutui ai sensi degli articoli 202 e seguenti, nonché, in presenza di piani di rateizzazioni con durata diversa da quelli indicati al comma 2, può garantire la copertura finanziaria delle quote annuali previste negli accordi con i creditori in ciascuna annualità dei corrispondenti bilanci, in termini di competenza e di cassa. Nella relativa deliberazione consiliare viene dettagliatamente motivata l'impossibilità di utilizzare altre risorse.*

nell'adozione di una apposita deliberazione consiliare (da parte dell'organo assembleare dell'ente locale) e nella mancata scadenza del termine assegnato dal Prefetto, con lettera notificata ai singoli consiglieri, per la deliberazione del dissesto *ex art. 6, comma 2 del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 149*⁶. Va poi aggiunto che l'avvio della procedura può aversi anche a seguito delle pronunce delle competenti Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti sui bilanci degli enti, quando ovviamente vengano rilevate situazioni di grave squilibrio strutturale. Il ruolo della Corte dei conti, com'è ovvio, non si limita a tale rilevazione iniziale dello stato deficitario delle finanze dell'ente locale, in quanto la deliberazione consiliare di ricorso alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale va trasmessa, entro il brevissimo termine di cinque giorni dalla data di relativa esecutività, alla medesima Sezione regionale di controllo (territorialmente competente) della Corte dei conti (oltre che alla Direzione Centrale per la Finanza Locale del Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno).

Per quanto attiene agli effetti dell'avvio della procedura in esame, essa:

- 1) sospende temporaneamente la possibilità per la Sezione regionale di controllo della Corte dei conti di assegnare un termine per l'adozione di misure correttive *ex art. 6, comma 2 del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 149*;
- 2) sospende le procedure esecutive poste in essere nei confronti dell'ente locale; in particolare, tali procedure rimangono in *stand-by* dalla data dell'adozione della deliberazione consiliare sino alla data di approvazione (o di diniego dell'approvazione) del piano di riequilibrio finanziario pluriennale.

Entro novanta giorni dalla data di esecutività della deliberazione consiliare di ricorso alla procedura in esame, l'organo assembleare dell'ente locale è chiamato a deliberare sulle concrete modalità di salvataggio

⁶ “Qualora dalle pronunce delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti emergano, anche a seguito delle verifiche svolte ai sensi dell'articolo 5 del presente decreto e dell'articolo 14, comma 1, lettera d), secondo periodo, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria, violazioni degli obiettivi della finanza pubblica allargata e irregolarità contabili o squilibri strutturali del bilancio dell'ente locale in grado di provocarne il dissesto finanziario e lo stesso ente non abbia adottato, entro il termine assegnato dalla Corte dei conti, le necessarie misure correttive previste dall'articolo 1, comma 168, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, la competente sezione regionale, accertato l'inadempimento, trasmette gli atti al Prefetto e alla Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica. Nei casi previsti dal periodo precedente, ove sia accertato, entro trenta giorni dalla predetta trasmissione, da parte della competente sezione regionale della Corte dei conti, il perdurare dell'inadempimento da parte dell'ente locale delle citate misure correttive e la sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 244 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, il Prefetto assegna al Consiglio, con lettera notificata ai singoli consiglieri, un termine non superiore a venti giorni per la deliberazione del dissesto. Decorso infruttuosamente il termine di cui al precedente periodo, il Prefetto nomina un commissario per la deliberazione dello stato di dissesto e dà corso alla procedura per lo scioglimento del consiglio dell'ente ai sensi dell'articolo 141 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000”. Sull'applicabilità di tale disposizione, l'art. 17, comma 2, D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120 (recante “Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale”) ha stabilito che “nei casi di cui al comma 7 dell'articolo 243-quater del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, l'applicazione dell'articolo 6, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 149, è sospesa fino al 30 giugno 2021, qualora l'ente locale abbia presentato, in data successiva al 31 dicembre 2017 e fino al 31 gennaio 2020, un piano di riequilibrio, ancorché in corso di approvazione a norma delle leggi vigenti in materia, o lo abbia riformulato o rimodulato nel medesimo periodo”.

dell'ente stesso⁷: le iniziative da intraprendere dovranno trasfondersi nel piano di riequilibrio finanziario pluriennale che, com'è facile intuire, avrà una durata di lungo termine (da quattro a vent'anni, a seconda della gravità e complessità della situazione, come si vedrà nel prosieguo). Tale piano, corredato del parere dell'organo di revisione economico-finanziario dell'ente locale, andrà trasmesso entro dieci giorni dalla data della relativa adozione alla Sezione regionale di controllo della Corte dei conti territorialmente competente ed alla Commissione per la finanza e gli organici degli enti locali operante presso il Ministero dell'Interno⁸.

In relazione alla durata del piano, va evidenziato che la stessa viene parametrata considerando il rapporto tra le passività da ripianare e l'ammontare degli impegni di cui al titolo I della spesa del rendiconto dell'anno precedente a quello di deliberazione del ricorso alla procedura di riequilibrio o dell'ultimo rendiconto approvato dall'ente locale; in particolare:

- 1) qualora il rapporto passività/impegni di cui al titolo I della spesa non superi il 20%, il relativo piano potrà avere durata massima di quattro anni;
- 2) qualora il rapporto passività/impegni di cui al titolo I della spesa sia superiore al 20% ma inferiore al 60%, il relativo piano potrà avere durata massima di dieci anni;
- 3) qualora il rapporto passività/impegni di cui al titolo I della spesa superi il 60% (e fino al 100% per i comuni fino a 60.000 abitanti) il relativo piano potrà avere durata massima di quindici anni;
- 4) qualora il rapporto passività/impegni di cui al titolo I della spesa superi il 60% per i comuni con più di 60.000 abitanti (ed oltre il 100% per tutti gli altri comuni) il relativo piano potrà avere durata massima di vent'anni.

Dal punto di vista contenutistico e teleologico, il piano deve necessariamente indirizzarsi al superamento delle condizioni di squilibrio emerse e deve contenere pertanto misure correttive di (eventuali)

⁷ Le operazioni preliminari rispetto all'adozione del piano, per Corte cost., 23 giugno 2020, n. 115, richiedono: “a) la puntuale ricognizione, con relativa quantificazione, dei fattori di squilibrio rilevati, dell'eventuale disavanzo di amministrazione risultante dall'ultimo rendiconto approvato e di eventuali debiti fuori bilancio; b) l'individuazione, con relativa quantificazione e previsione dell'anno di effettivo realizzo, di tutte le misure necessarie per ripristinare l'equilibrio strutturale del bilancio, per l'integrale ripiano del disavanzo di amministrazione accertato e per il finanziamento dei debiti fuori bilancio a partire da quello in corso alla data di accettazione da parte dei creditori del piano; c) l'indicazione, per ciascuno degli anni del piano di riequilibrio, della percentuale di ripiano del disavanzo di amministrazione da assicurare e degli importi previsti o da prevedere nei bilanci annuali e pluriennali per il finanziamento dei debiti fuori bilancio. È altresì previsto [...] che, ai fini della predisposizione del piano, l'ente è tenuto a effettuare una ricognizione di tutti i debiti fuori bilancio riconoscibili ai sensi dell'art. 194 del TUEL. Il perimetro costituzionale disegnato da tali disposizioni consiste nella funzionalità della procedura a ridurre il deficit fino ad azzerarlo nel tempo prescritto. Ciò mediante la scansione del percorso attraverso i risultati conseguiti nei singoli esercizi attinenti al piano e la definizione di una proporzione accettabile dei sacrifici imposti alle future generazioni di amministrati affinché l'oneroso rientro dal disavanzo sia comunque compensato dal traguardo dell'equilibrio, presupposto necessario per la sana amministrazione”.

⁸ La detta Commissione è disciplinata dal D.P.R. 8 novembre 2013, n. 142 recante il “Regolamento concernente la composizione e le modalità di funzionamento della Commissione per la stabilità finanziaria degli enti locali, a norma dell'articolo 155, comma 2, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267”.

comportamenti difforni dalla sana gestione finanziaria⁹ (oltre che nel caso in cui venga rilevato il mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto di stabilità interno – finchè era vigente – accertato dalla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti), la puntuale ricognizione e quantificazione dei fattori dello squilibrio (oltre che dell'eventuale disavanzo di amministrazione risultante dall'ultimo rendiconto approvato e di eventuali debiti fuori bilancio), l'individuazione e quantificazione (con l'anno di realizzo) delle misure necessarie per il ripristino dell'equilibrio strutturale del bilancio (oltre che per l'integrale ripiano del disavanzo di amministrazione accertato e per il finanziamento dei debiti fuori bilancio, entro un periodo massimo di dieci anni), l'indicazione (anno per anno) della percentuale di ripiano del disavanzo di amministrazione da assicurare e degli importi previsti o da prevedere nei bilanci annuali e pluriennali per il finanziamento dei debiti fuori bilancio¹⁰.

Com'è evidente, il piano si compone sostanzialmente di due macro-sezioni: l'analisi (e quantificazione) delle cause che hanno determinato lo squilibrio strutturale e l'esposizione (e quantificazione) delle misure programmate per superarlo.

Proprio in relazione al raggiungimento dell'obiettivo del risanamento per il tramite del piano, si prevede che negli anni di durata dello stesso, l'ente locale possa deliberare le aliquote o tariffe dei tributi locali nella misura massima consentita (anche in deroga ad eventuali limitazioni normative), sia soggetto ai controlli centrali in materia di copertura di costo di alcuni servizi e debba assicurare la copertura dei costi della gestione dei servizi a domanda individuale *ex art.* 243, comma 2, lett. a) T.U.E.L.¹¹, sia tenuto ad

⁹ V. R. CAMELI, *La difficile ricostruzione della funzione di controllo della Corte dei conti nella «Repubblica delle autonomie», tra normative disorganiche ed interventi della giurisprudenza costituzionale*, in *Foro amm. Cons. St.*, n. 7-8/2007.

¹⁰ Ai sensi dei commi 7-7-*quater* dell'art. 243-*bis* del T.U.E.L. “*Ai fini della predisposizione del piano, l'ente è tenuto ad effettuare una ricognizione di tutti i debiti fuori bilancio riconoscibili ai sensi dell'articolo 194. Per il finanziamento dei debiti fuori bilancio l'ente può provvedere anche mediante un piano di rateizzazione, della durata massima pari agli anni del piano di riequilibrio, compreso quello in corso, convenuto con i creditori.*”

*Al fine di pianificare la rateizzazione dei pagamenti di cui al comma 7, l'ente locale interessato può richiedere all'agente della riscossione una dilazione dei carichi affidati dalle agenzie fiscali e relativi alle annualità ricomprese nel piano di riequilibrio pluriennale dell'ente. Le rateizzazioni possono avere una durata temporale massima di dieci anni con pagamenti rateali mensili. Alle rateizzazioni concesse si applica la disciplina di cui all'articolo 19, commi 1-*quater*, 3 e 3-*bis*, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Sono dovuti gli interessi di dilazione di cui all'articolo 21 del citato decreto del Presidente della Repubblica n. 602 del 1973.*

*Le disposizioni del comma 7-*bis* si applicano anche ai carichi affidati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatoria. Le modalità di applicazione delle disposizioni dei commi 7-*bis* e 7-*ter* sono definite con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione”. Il D.M. 12 giugno 2019 contiene “Modalità per la concessione in favore degli enti locali, che hanno deliberato il ricorso alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale, della rateizzazione dei carichi delle agenzie fiscali e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatoria affidati all'agente della riscossione”.*

¹¹ “*Gli enti locali strutturalmente deficitari sono soggetti ai controlli centrali in materia di copertura del costo di alcuni servizi. Tali controlli verificano mediante un'apposita certificazione che:*

a) il costo complessivo della gestione dei servizi a domanda individuale, riferito ai dati della competenza, sia stato coperto con i relativi proventi tariffari e contributi finalizzati in misura non inferiore al 36 per cento; a tale fine i costi di gestione degli asili nido sono calcolati al 50 per cento del loro ammontare;

b) il costo complessivo della gestione del servizio di acquedotto, riferito ai dati della competenza, sia stato coperto con la relativa tariffa in misura non inferiore all'80 per cento;

assicurare, con i proventi della relativa tariffa, la copertura integrale dei costi della gestione del servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani e del servizio di acquedotto, sia soggetto al controllo sulle dotazioni organiche e sulle assunzioni di personale *ex art.* 243, comma 1 T.U.E.L.¹², sia tenuto ad effettuare una revisione straordinaria di tutti i residui attivi e passivi conservati in bilancio (stralciando i residui attivi inesigibili o di dubbia esigibilità da inserire nel conto del patrimonio fino al compimento dei termini di prescrizione) ed una sistematica attività di accertamento delle posizioni debitorie aperte con il sistema creditizio e dei procedimenti di realizzazione delle opere pubbliche ad esse sottostanti ed una verifica della consistenza ed integrale ripristino dei fondi delle entrate con vincolo di destinazione, sia tenuto ad effettuare una rigorosa revisione della spesa con indicazione di precisi obiettivi di riduzione della stessa, nonché una verifica e relativa valutazione dei costi di tutti i servizi erogati e della situazione di tutti gli organismi e delle società partecipati e dei relativi costi e oneri, possa procedere all'assunzione di mutui per la copertura di debiti fuori bilancio riferiti a spese di investimento in deroga ai limiti di cui all'art. 204, comma 1 T.U.E.L.¹³ nonché accedere al Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali (*ex art.* 243-*ter* T.U.E.L.¹⁴, a condizione che l'ente si sia avvalso della facoltà di deliberare le aliquote o tariffe nella misura massima, che abbia previsto l'impegno ad alienare i beni patrimoniali disponibili non indispensabili per i fini istituzionali dell'ente e che abbia provveduto alla rideterminazione della

c) il costo complessivo della gestione del servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani interni ed equiparati, riferito ai dati della competenza, sia stato coperto con la relativa tariffa almeno nella misura prevista dalla legislazione vigente”.

¹² “Gli enti locali strutturalmente deficitari, individuati ai sensi dell'articolo 242, sono soggetti al controllo centrale sulle dotazioni organiche e sulle assunzioni di personale da parte della Commissione per la finanza e gli organici degli enti locali. Il controllo è esercitato prioritariamente in relazione alla verifica sulla compatibilità finanziaria”.

¹³ “Oltre al rispetto delle condizioni di cui all'articolo 203, l'ente locale può assumere nuovi mutui e accedere ad altre forme di finanziamento reperibili sul mercato solo se l'importo annuale degli interessi, sommato a quello dei mutui precedentemente contratti, a quello dei prestiti obbligazionari precedentemente emessi, a quello delle aperture di credito stipulate e a quello derivante da garanzie prestate ai sensi dell'articolo 207, al netto dei contributi statali e regionali in conto interessi, non supera il 12 per cento, per l'anno 2011, l'8 per cento, per gli anni dal 2012 al 2014, e il 10 per cento, a decorrere dall'anno 2015, delle entrate relative ai primi tre titoli delle entrate del rendiconto del penultimo anno precedente quello in cui viene prevista l'assunzione dei mutui. Per gli enti locali di nuova istituzione si fa riferimento, per i primi due anni, ai corrispondenti dati finanziari del bilancio di previsione. Il rispetto del limite è verificato facendo riferimento anche agli interessi riguardanti i finanziamenti contratti e imputati contabilmente agli esercizi successivi. Non concorrono al limite di indebitamento le garanzie prestate per le quali l'ente ha accantonato l'intero importo del debito garantito”.

¹⁴ “1. Per il risanamento finanziario degli enti locali che hanno deliberato la procedura di riequilibrio finanziario di cui all'articolo 243-bis lo Stato prevede un'anticipazione a valere sul Fondo di rotazione, denominato: "Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali".

2. Con decreto del Ministero dell'interno, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, da emanare entro il 30 novembre 2012, sono stabiliti i criteri per la determinazione dell'importo massimo dell'anticipazione di cui al comma 1 attribuibile a ciascun ente locale, nonché le modalità per la concessione e per la restituzione della stessa in un periodo massimo di 10 anni decorrente dall'anno successivo a quello in cui viene erogata l'anticipazione di cui al comma 1.

3. I criteri per la determinazione dell'anticipazione attribuibile a ciascun ente locale, nei limiti dell'importo massimo fissato in euro 300 per abitante per i comuni e in euro 20 per abitante per le province o per le città metropolitane, per abitante e della disponibilità annua del Fondo, devono tenere anche conto:

- a) dell'incremento percentuale delle entrate tributarie ed extratributarie previsto nell'ambito del piano di riequilibrio pluriennale;
- b) della riduzione percentuale delle spese correnti previste nell'ambito del piano di riequilibrio pluriennale”.

dotazione organica ai sensi dell'art. 259, comma 6 T.U.E.L.¹⁵, la quale, tuttavia, non può essere variata in aumento per la durata del piano di riequilibrio)¹⁶.

Successivamente all'adozione della delibera consiliare contenente le concrete modalità di salvataggio dell'ente locale (ossia il piano di riequilibrio finanziario pluriennale), inizierà il procedimento di esame e valutazione delle misure proposte dal medesimo ente. Tale esame si compone dell'istruttoria¹⁷ della Commissione per la finanza e gli organici degli enti locali operante presso il Ministero dell'Interno (da svolgersi entro sessanta giorni dalla data di presentazione del piano, ma nella prassi richiedente periodi di tempo ben più lunghi): in effetti, quasi mai il piano di riequilibrio finanziario pluriennale *tout court* consente di esprimere un giudizio sull'effettiva realizzabilità degli obiettivi in esso contenuti e pertanto la competente Commissione formula rilievi o richieste istruttorie all'ente, al fine di rendere più intelleggibili le previsioni del piano stesso. I chiarimenti dell'ente devono essere resi entro trenta giorni dalla ricezione delle richieste/rilievi. L'istruttoria svolta dalla Commissione, eventualmente integrata nel modo rappresentato, viene trasfusa in una relazione finale (corredata quasi sempre da numerosi allegati) che è trasmessa alla Sezione regionale di controllo della Corte dei conti territorialmente competente.

¹⁵ “L'ente locale, ugualmente ai fini della riduzione delle spese, ridetermina la dotazione organica dichiarando eccedente il personale comunque in servizio in sovrannumero rispetto ai rapporti medi dipendenti-popolazione di cui all'articolo 263, comma 2, fermo restando l'obbligo di accertare la compatibilità di bilancio. La spesa per il personale a tempo determinato deve altresì essere ridotta a non oltre il 50 per cento della spesa media sostenuta a tale titolo per l'ultimo triennio antecedente l'anno cui l'ipotesi si riferisce”.

¹⁶ Qualora l'ente decida di accedere al Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali, andranno adottate, entro il termine dell'esercizio finanziario di riferimento, alcune misure di riequilibrio della parte corrente del bilancio. Nello specifico:

- 1) a decorrere dal primo esercizio finanziario successivo a quello di adesione, vi dovrà essere una riduzione delle spese di personale, da realizzare in particolare attraverso l'eliminazione dai fondi per il finanziamento della retribuzione accessoria del personale dirigente e di quello del comparto, delle risorse di cui agli articoli 15, comma 5 e 26, comma 3 dei Contratti collettivi nazionali di lavoro del 1° aprile 1999 (comparto) e del 23 dicembre 1999 (dirigenza), per la quota non connessa all'effettivo incremento delle dotazioni organiche;
- 2) entro i 5 anni successivi all'adesione, vi dovrà essere una riduzione di almeno il 10% delle spese per acquisti di beni e prestazioni di servizi di cui al macroaggregato 03 della spesa corrente, finanziate attraverso risorse proprie;
- 3) entro i 5 anni successivi all'adesione, vi dovrà essere una riduzione di almeno il 25% delle spese per trasferimenti di cui al macroaggregato 04 della spesa corrente, finanziate attraverso risorse proprie.
- 4) vi sarà un blocco dell'indebitamento, salvo che per mutui connessi alla copertura di debiti fuori bilancio pregressi e per mutui necessari alla copertura di spese di investimento relative a progetti e interventi che garantiscano l'ottenimento di risparmi di gestione funzionali al raggiungimento degli obiettivi fissati nel piano di riequilibrio finanziario pluriennale, per un importo non superiore alle quote di capitale dei mutui e dei prestiti obbligazionari precedentemente contratti ed emessi, rimborsate nell'esercizio precedente, nonché alla copertura, anche a titolo di anticipazione, di spese di investimento strettamente funzionali all'ordinato svolgimento di progetti e interventi finanziati in prevalenza con risorse provenienti dall'Unione europea o da amministrazioni ed enti nazionali, pubblici o privati.

Ferma restando l'obbligatorietà delle riduzioni indicate nei precedenti punti nn. 2 e 3, l'ente locale ha facoltà di procedere a compensazioni, in valore assoluto e mantenendo la piena equivalenza delle somme, tra importi di spesa corrente, ad eccezione della spesa per il personale e ferme restando le esclusioni di cui ai detti punti nn. 2 e 3. Tali compensazioni vanno puntualmente evidenziate nel piano di riequilibrio approvato.

¹⁷ Tale istruttoria “consiste nella ponderazione dei dati di natura finanziaria, storici e previsionali, per la valutazione delle misure previste nel piano ai fini del riequilibrio” per Corte cost., 11 marzo 2021, n. 34.

A questo punto, entro trenta giorni dalla ricezione della documentazione di cui si è detto, la competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti delibera sull'approvazione o sul diniego del piano¹⁸. Il giudizio della Sezione si basa fundamentalmente sull'esame delle misure contenute nel piano, valutate soprattutto nella loro congruenza in relazione agli obiettivi di risanamento e riequilibrio posti dall'ente locale¹⁹. L'esito potrà essere positivo (con l'approvazione del piano ed il conseguente monitoraggio

¹⁸ L'esame del piano di riequilibrio finanziario pluriennale avviene sulla base di linee guida e schemi istruttori predisposti della Sezione delle Autonomie della Corte dei conti.

¹⁹ La Sezione regionale di controllo della Corte dei conti territorialmente competente si esprime “sulla legittimità del piano di riequilibrio, ossia sulla sua congruità rispetto al fine di ripristinare l'equilibrio del bilancio, sulla copertura della spesa nell'intero periodo di rientro, sul rispetto dei limiti di indebitamento che vietano di utilizzare i prestiti per la copertura della spesa corrente e, più in generale, sul rispetto dei vincoli di finanza pubblica nazionali, eurounitari e convenzionali” per Corte cost., cit.. Secondo Corte conti, Sez. Autonomie, delib. n. 5/SEZAUT/2018/INPR “la valutazione di congruenza va effettuata alla stregua del principio contabile generale degli enti locali (All. 1, d.lgs. n. 118/2011) così definito: «la congruità consiste nella verifica dell'adeguatezza dei mezzi disponibili rispetto ai fini stabiliti. Il principio si collega a quello della coerenza, rafforzandone i contenuti di carattere finanziario, economico e patrimoniale, anche nel rispetto degli equilibri di bilancio. La congruità delle entrate e delle spese deve essere valutata in relazione agli obiettivi programmati, agli andamenti storici ed al riflesso nel periodo degli impegni pluriennali che sono coerentemente rappresentati nel sistema di bilancio nelle fasi di previsione e programmazione, di gestione e rendicontazione». Particolare importanza assume, sotto il profilo valutativo, il giudizio sulla congruità dei mezzi, che potrebbe essere compromesso dall'accertata scarsa capacità di riscossione dei crediti da parte dell'ente, dal costante aumento delle spese correnti, oppure da una riscontrata cronica situazione di illiquidità con ricorso sistematico ad anticipazioni di tesoreria di notevole entità, che possono diventare veri e propri finanziamenti qualora non restituite alla fine dell'esercizio di riferimento. La valutazione del piano impone un giudizio in termini di veridicità (c.d. principio della contabilità privatistica della rappresentazione veritiera e corretta – c.d. true and fair view – secondo la direttiva 78/660/CEE) e attendibilità delle previsioni (parametro normativo anche del bilancio di previsione ai sensi dell'art. 162, co. 5, d.lgs. n. 267/2000) e, quindi, di sostenibilità finanziaria del riequilibrio in base alle previsioni ritenute veritiere e attendibili. Previsioni veritiere e, dunque, realmente rappresentative e attendibili costituiscono presupposti indefettibili per poter formulare compiute conclusioni in ordine alla sostenibilità, in concreto, del percorso di riequilibrio ed alla effettività dello stesso. Quanto al principio di attendibilità giova rimarcare come lo stesso implichi una “informazione scevra da errori e distorsioni”; a tal fine è precisato che «le previsioni e in generale tutte le valutazioni a contenuto economico-finanziario e patrimoniale, devono essere sostenute da accurate analisi di tipo storico e programmatico o, in mancanza, da altri idonei ed obiettivi parametri di riferimento, nonché da fondate aspettative di acquisizione e di utilizzo delle risorse». Per le valutazioni in sede istruttoria così come in sede procedimentale (Commissione ministeriale e Sezione regionale di controllo) vanno tenute in considerazione le indicazioni offerte dalla giurisprudenza delle Sezioni riunite in speciale composizione circa la necessità di una “visione dinamica” della situazione contabile dell'ente. Di conseguenza le prospettive di recupero, in quanto correlate al concetto stesso di strutturalità dello squilibrio, devono essere individuate tenendo in considerazione la situazione presente al momento delle valutazioni conclusive. In tale contesto, va tenuto conto anche della necessità che lo strumento di risanamento sia efficace al suo scopo. Pertanto, in questa prospettiva, al fine di superare le criticità correlate all'insorgenza di debiti fuori bilancio, maturati nelle more della procedura, che vanno ad incidere aggravando la massa passiva, ed in vista di una compiuta emersione di oneri latenti e di passività potenziali anche con riferimento agli organismi partecipati, sia in sede istruttoria che procedimentale, vanno operati specifici “focus” istruttori dei quali deve essere data evidenza formale, sì da favorire l'emersione e l'inclusione di tali elementi patrimoniali negativi nell'ambito dell'azione di risanamento. Gli effetti di una puntuale ricognizione di tutti i debiti rende chiaro e leggibile il percorso di risanamento, evitando che questo si incagli in improvvise ed intempestive emersioni di ulteriori passività che rendono impossibile il riequilibrio con le conseguenti responsabilità per i vari profili di rilevanza. Appare evidente come un corretto dimensionamento delle passività da iscrivere nel piano rappresenti il necessario antecedente per una applicazione non strumentale del nuovo regime, risultando ancora attuali le indicazioni rese dalla Sezione delle autonomie, in occasione delle prime linee guida (cfr. deliberazione n. 16/INPR/2012) circa la auspicabile coincidenza tra l'amministrazione che ha presentato il piano e quella destinata a darvi attuazione. Il piano di riequilibrio, inoltre, deve necessariamente risultare coerente con le misure di razionalizzazione delle società partecipate, con i contratti di servizio e gli impegni assunti dall'ente nei confronti degli organismi partecipati, ovvero imposti ex lege quale socio, committente, finanziatore, garante, e ad ogni altro titolo. Circa la valutazione della congruità delle misure di risanamento e la sostenibilità del percorso di riequilibrio vanno tenute in particolare evidenza le indicazioni offerte dalle pronunce rese dalle Sezioni regionali di controllo in sede di monitoraggio infrannuale, secondo le quali gli scostamenti rispetto alle previsioni formulate si sono riscontrati soprattutto con riferimento alla mancata realizzazione di entrate relative a dismissioni immobiliari ed al recupero dell'evasione tributaria. In merito alla sostenibilità del piano di riequilibrio sia in sede di Commissione che nelle Sezioni regionali di controllo va ponderata l'adeguatezza della quota di ripiano stimata rispetto alle risorse correnti disponibili ed agli altri fattori determinanti quali i coefficienti di rigidità del bilancio (debito, spesa del personale). Infatti, un piano di rientro basato su misure non sostenibili non risulta efficace, aggravando

semestrale²⁰ ai fini del raggiungimento del riequilibrio²¹, poi eventualmente certificato con il c.d. monitoraggio finale) o, viceversa, negativo (con consequenziale “bocciatura” del piano): in entrambi i casi, vi potrà essere l’impugnazione della relativa delibera, entro trenta giorni, innanzi alle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione²². In caso di diniego dell’approvazione del piano, troverà applicazione l’art. 6, comma 2 del d. lgs. n. 149 del 2011, con l’assegnazione al Consiglio dell’ente locale, da parte del Prefetto territorialmente competente, di un termine non superiore a venti giorni per la deliberazione del dissesto.

La medesima fattispecie (ossia l’assegnazione del termine all’assemblea consiliare per deliberare il dissesto) si verificherà anche qualora non venga adottato il piano di riequilibrio finanziario pluriennale entro il termine di novanta giorni dalla data di esecutività della deliberazione consiliare di ricorso alla procedura in esame, qualora la Sezione regionale di controllo della Corte dei conti accerti il grave e reiterato mancato rispetto degli obiettivi intermedi fissati dal piano o qualora la medesima Sezione accerti il mancato raggiungimento del riequilibrio finanziario dell’ente al termine del periodo di durata del piano stesso (all’esito, cioè, del c.d. monitoraggio finale)²³.

L’ordinamento non prevede una intangibilità assoluta del piano di riequilibrio finanziario pluriennale, tant’è che vi sono alcune ipotesi nelle quali è espressamente contemplata la possibilità di apportare modifiche al piano stesso.

lo squilibrio finanziario dell’ente. Ai fini dell’effettiva sostenibilità del piano di risanamento è opportuno privilegiare, specie nei piani di durata ultradecennale, l’impiego di mezzi di riequilibrio di carattere ordinario che favoriscano la formazione di un adeguato saldo di parte corrente anche in vista della costituzione di appositi accantonamenti idonei a far fronte ad eventi imprevisi nell’arco della durata del piano”.

²⁰ A fronte della situazione emergenziale dovuta all’epidemia da Covid-19 il legislatore ha introdotto, tra l’altro, l’art. 53, comma 8 del decreto legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito nella legge n. 126/2020, nel quale si prevede che «*In considerazione della situazione straordinaria di emergenza sanitaria derivante dalla diffusione dell’epidemia da COVID-19, per gli enti locali che hanno avuto approvato il piano di riequilibrio finanziario pluriennale di cui all’articolo 243-bis del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, i termini disposti ed assegnati con deliberazione e/o note istruttorie dalle Sezioni Regionali di controllo della Corte dei conti, sono sospesi fino al 30 giugno 2021, anche se già decorrenti*». E ancora, sempre in considerazione della citata situazione scaturente dall’emergenza epidemiologica, in particolare per quel che attiene al monitoraggio in esame, il legislatore ha introdotto l’art. 114-bis, comma 2 del decreto legge n. 34/2020 convertito nella legge n. 77/2020, con il quale ha disposto che «*La verifica sullo stato di attuazione del piano di riequilibrio finanziario pluriennale relativa al primo semestre dell’anno 2020, prevista dal comma 6 dell’articolo 243-quater del testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, è effettuata nell’ambito della verifica relativa al secondo semestre del medesimo anno, la quale riguarda l’intero anno e tiene conto degli effetti dell’emergenza epidemiologica da COVID-19*».

²¹ In fase di monitoraggio, la Sezione regionale di controllo della Corte dei conti territorialmente competente di solito svolge una funzione di indirizzo sia nei confronti dell’ente locale che del relativo organo di revisione economico-finanziaria. V., ad esempio, Corte conti, Sezione regionale di controllo per la Puglia, deliberazione n. 39/PRSP/2021.

²² Su tale giudizio, in generale, V. A. ROMANO, *I rapporti tra giurisdizione contabile e amministrativa nei giudizi sui piani di riequilibrio finanziari pluriennali*, in *Il diritto amministrativo*, n. 1/2021.

²³ Va ricordato, in generale, che “*i controlli di legittimità-regolarità – sia quelli inerenti al dissesto, sia quelli sui bilanci preventivi e successivi – ove tempestivamente attivati, potrebbero interdire [le] disfunzioni degenerative dell’equilibrio dei bilanci*” secondo Corte cost., 23 giugno 2020, n. 115.

Un primo caso è quello previsto dal secondo periodo del comma 5 dell'art. 243-*bis* del T.U.E.L. laddove si afferma che “*qualora, in caso di inizio mandato, la delibera di [adozione del piano] risulti già presentata dalla precedente amministrazione, ordinaria o commissariale, e non risulti ancora intervenuta la delibera della Corte dei conti di approvazione o di diniego ... , l'amministrazione in carica ha facoltà di rimodulare il piano di riequilibrio*” entro sessanta giorni dalla sottoscrizione della relazione di inizio mandato di cui all'art.4-*bis* del d. lgs. n. 149 del 2011²⁴. Si tratta, com'è evidente, del caso di un piano adottato da un'amministrazione (ordinaria o commissariale) alla quale – in seguito alle elezioni amministrative – è subentrata una nuova compagine di governo dell'ente locale; poiché il piano costituisce strumento di sintesi delle decisioni dell'ente territoriale in ordine all'acquisizione delle entrate e all'individuazione degli interventi necessari a garantire l'erogazione dei servizi pubblici alla collettività e dato che il piano rappresenta anche un mezzo di verifica dei risultati conseguiti e di valutazione dell'operato degli amministratori nella gestione della crisi²⁵, si ritiene corretto e necessario dare la possibilità alla nuova compagine amministrativa di rimodulare il piano, in modo da renderlo conforme, ad esempio, a quello che è stato il programma presentato agli elettori e da essi approvato, tant'è che tale fattispecie si è tradotta nel successo elettorale (con conseguente assunzione della responsabilità di gestione) della nuova amministrazione dell'ente locale.

Altra ipotesi riguarda i piani già adottati dagli organi consiliari degli enti locali ed approvati dalla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti.

In effetti, ai sensi dell'art. 243-*quater*, comma 7-*bis* del T.U.E.L., qualora in fase di attuazione del piano, e nello specifico in sede di monitoraggio, dovesse emergere il c.d. *overshooting*, ossia un livello di raggiungimento degli obiettivi intermedi superiore a quello inizialmente previsto, l'ente locale avrà la possibilità di rimodulare il piano, anche in termini di riduzione della durata dello stesso.

La relativa deliberazione, unitamente al parere positivo dell'organo di revisione economico-finanziaria, andrà indirizzata alla Sezione regionale di controllo della Corte dei conti territorialmente competente che dovrà pronunciarsi sulla richiesta rimodulazione nel termine di trenta giorni dalla data di ricezione della stessa. La decisione della Sezione, sia di accoglimento che di diniego della prospettata modifica del piano, andrà trasmessa al Ministero dell'interno e potrà impugnarsi entro trenta giorni innanzi alle Sezioni riunite

²⁴ L'art. 4-*bis* del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 149 (recante la previsione di “*Meccanismi sanzionatori e premiali relativi a regioni, province e comuni, a norma degli articoli 2, 17 e 26 della legge 5 maggio 2009, n. 42*”) così dispone: “1. *Al fine di garantire il coordinamento della finanza pubblica, il rispetto dell'unità economica e giuridica della Repubblica e il principio di trasparenza delle decisioni di entrata e di spesa, le province e i comuni sono tenuti a redigere una relazione di inizio mandato, volta a verificare la situazione finanziaria e patrimoniale e la misura dell'indebitamento dei medesimi enti.*

2. *La relazione di inizio mandato, predisposta dal responsabile del servizio finanziario o dal segretario generale, è sottoscritta dal presidente della provincia o dal sindaco entro il novantesimo giorno dall'inizio del mandato. Sulla base delle risultanze della relazione medesima, il presidente della provincia o il sindaco in carica, ove ne sussistano i presupposti, possono ricorrere alle procedure di riequilibrio finanziario vigenti.*”.

²⁵ In tal senso, Corte cost., 20 luglio 2016, n. 184.

della Corte dei conti in speciale composizione (che a loro volta si pronunceranno entro trenta giorni dal deposito del ricorso).

Com'è ovvio, l'accoglimento della richiesta rimodulazione del piano determina in capo all'ente locale richiedente la necessità di porre in essere tutte le iniziative necessarie a dare attuazione al “nuovo” piano, soprattutto in relazione all'eventuale minore durata dello stesso. Durante il periodo di vita del piano rimodulato, l'organo di revisione economico-finanziaria dell'ente locale continuerà a predisporre le relazioni semestrali e la relazione finale circa il raggiungimento degli obiettivi programmati, che andranno trasmesse alla Sezione regionale di controllo della Corte dei conti territorialmente competente, ai fini del monitoraggio (semestrale e finale) del piano in esame.

3. Le questioni problematiche relative alla rimodulazione del piano di riequilibrio finanziario pluriennale da parte della nuova amministrazione dell'ente locale

Come si è accennato, qualora dopo l'adozione di un piano di riequilibrio finanziario pluriennale ed in pendenza del relativo giudizio della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti sul piano medesimo, si insedi una nuova compagine di governo dell'ente locale (a seguito di elezioni amministrative), sarà possibile la rimodulazione del piano.

Un problema si pone(va) invece nel caso delle compagini amministrative insediate in pendenza del termine (novanta giorni dall'esecutività della delibera di ricorso alla procedura di riequilibrio pluriennale) per la concreta redazione del piano (non predisposto né deliberato), specie in relazione alla (eventuale applicabilità della) previsione normativa circa la possibilità di avvalersi del termine (sessanta giorni dalla sottoscrizione della relazione di inizio mandato) per l'eventuale rimodulazione del piano già deliberato dall'amministrazione precedente.

Tale eventualità ha formato oggetto di esame da parte delle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione le quali, con ordinanza n. 16/2019/EL, hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 243-*quater*, comma 7 del T.U.E.L. nella parte in cui prevede l'automatico avvio della procedura di dissesto, nel caso di mancata adozione del piano di riequilibrio finanziario pluriennale entro novanta giorni dall'esecutività della delibera di ricorso alla procedura di riequilibrio pluriennale, senza consentire alle amministrazioni che inizino il nuovo mandato in pendenza del predetto termine, di avvalersi della facoltà di rimodulazione del piano, anche in assenza di una previa deliberazione dello stesso e comunque senza tener conto della reale situazione finanziaria dell'ente, in relazione agli artt. 81, 119, comma 1, 97, commi 1, anche in combinato disposto con gli artt. 1 e 2 Cost., nonché all'art. 3 Cost..

In effetti, appare evidente la disparità di trattamento nelle fattispecie in esame.

Per le amministrazioni riconfermate con il turno elettorale amministrativo di riferimento, non si verificano problematiche di sorta in quanto esse elaborano il piano a seguito del ricorso alla procedura di riequilibrio da esse stesse deliberato; viceversa, nel caso di modifica della compagine di governo dell'ente locale, quest'ultima si trova a dover far fronte ad una situazione di grave squilibrio economico-finanziario e di assenza del piano, dovendo intervenire in un intervallo di tempo assai ridotto, in quanto il termine per deliberare sul progetto di risanamento decorre da un momento anteriore al proprio insediamento (ossia dalla data della delibera di ricorrere alla procedura di riequilibrio assunta dalla precedente amministrazione).

Pertanto, a fronte di chiare previsioni normative relative alla rimodulazione del piano di riequilibrio finanziario pluriennale in caso di successione a livello di amministrazione dell'ente locale in presenza di un piano precedentemente approvato, non altrettanto chiare previsioni sono riscontrabili nel caso di fattispecie attinenti a procedure di riequilibrio finanziario pluriennale prive del relativo piano, "ereditate" da una nuova compagine amministrativa subentrata nella gestione dell'ente locale.

Sia nell'ipotesi di subentro di una nuova amministrazione in pendenza del giudizio della Sezione regionale della Corte dei conti sul piano (regolata dall'art. 243-*bis*, comma 5, secondo periodo del T.U.E.L. consentendo la rimodulazione) sia in quella di subentro di una nuova amministrazione a fronte della mera deliberazione di adozione della procedura ma in assenza del piano (sussumibile nella previsione di cui all'art. 243-*quater*, comma 7 del T.U.E.L. nel caso del decorso dei termini previsti per la presentazione del piano) sono presenti le medesime esigenze di fondo; ossia, quelle di verificare una situazione contabile dell'ente *up to date*, con riferimento ad ogni aspetto del rilevato squilibrio, proprio al fine di poter predisporre delle soluzioni affidabili, credibili e sostanzialmente in grado di riportare l'ente in equilibrio alla fine del percorso di risanamento.

Conseguentemente, non si vede perché dovrebbe essere preclusa alla nuova compagine amministrativa l'adozione di un piano in grado di "salvare" dal *default* l'ente locale.

Proprio nella considerazione di tali elementi, la Corte costituzionale, con la sentenza 11 marzo 2021, n. 34 ha espressamente affermato che viola "*i principi dell'equilibrio di bilancio e della sana gestione finanziaria dell'ente, nonché il mandato conferito agli amministratori dal corpo elettorale, l'automatico avvio al dissesto quando una nuova amministrazione sia subentrata alla guida dell'ente e, chiamata a farsi carico della pesante eredità ricevuta dalle precedenti gestioni, non sia stata messa nella condizione di predisporre il [piano di riequilibrio finanziario pluriennale] per l'assegnazione di un termine che decorre da epoca anteriore al suo insediamento ed è sganciato dal momento in cui acquisisce, con la sottoscrizione della relazione di inizio mandato, piena contezza della situazione finanziaria e patrimoniale dell'ente e della misura dell'indebitamento. Ciò finisce inevitabilmente per pregiudicare il potere programmatico di risanamento della situazione finanziaria ereditata dalle gestioni pregresse con violazione dell'art. 81, Cost., e impedisce di esercitare pienamente*

il mandato elettorale, confinando la posizione dei subentranti in una condizione di responsabilità politica oggettiva, con pregiudizio dell'art. 1 Cost.”.

Secondo la Corte, inoltre, *“il meccanismo delineato dalla normativa censurata collide, altresì, con il principio di ragionevolezza (sotto un ulteriore profilo) e con l'interdipendente principio di buon andamento (art. 97, secondo comma, Cost.), in quanto costituisce conseguenza sproporzionata e non coerente con la ratio sottesa alla procedura di riequilibrio, che è proprio quella di porre rimedio alla situazione deficitaria dell'ente locale ove sia concretamente possibile, mettendo i nuovi depositari del mandato elettorale nella condizione di farsene pienamente carico”.*

Con pregevole chiarezza, dunque, tale decisione contribuisce *“a semplificare la tormentata evoluzione legislativa delle norme regolanti l'endemico fenomeno del dissesto degli enti locali. In questo modo, gli enti locali possono operare in coerenza con la situazione finanziaria in cui attualmente versano, permettendo alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti di valutare la congruità del piano. Inoltre, la pronuncia consente di collegare – in ragione del principio di continuità dei bilanci e della gestione finanziaria – l'eventuale redazione del [piano di riequilibrio finanziario pluriennale] con la situazione giuridico-economica esistente al momento dell'effettiva assunzione del mandato realizzando la doverosa tensione verso un equilibrio strutturale che si conservi nel tempo, in ossequio al principio dell'equilibrio tendenziale”.*

Appaiono evidenti le (benefiche) ricadute pratiche di tale intervento chiarificatore: d'ora in avanti, anche le amministrazioni subentranti – in caso di avvio della procedura di riequilibrio finanziario pluriennale da parte della precedente compagine di governo dell'ente locale, senza tuttavia l'approvazione del piano – potranno usufruire della possibilità di adozione del piano stesso entro il termine di sessanta giorni dalla sottoscrizione della relazione di inizio mandato, ovviamente tenendo conto delle condizioni economico-finanziarie e patrimoniali dell'ente locale nel medesimo momento in cui il progetto di risanamento veda la luce.

Oltre che in assoluta sintonia con la *ratio* che complessivamente innerva l'intero istituto, la decisione della Corte costituzionale consente anche un maggior coinvolgimento dell'amministrazione nel percorso di risanamento pluriennale che dovrà essere intrapreso dall'ente locale.

Non vi è chi non veda, infatti, l'importanza della fissazione degli obiettivi (intermedi e finali) da raggiungere con il piano nell'ottica di un costante stimolo alla concreta e quotidiana attività amministrativa dell'ente locale, avendo quale stella polare dell'*agere* il traguardo del riequilibrio. Traguardo che può anche richiedere un periodo assai lungo (ben vent'anni) per la relativa realizzazione; anzi, può correttamente rilevarsi come più lungo sia il periodo di durata del piano (e dunque maggiori siano gli squilibri e le patologie economico-finanziarie che connotano l'ente), maggiore dovrà essere lo sforzo posto in essere dall'amministrazione (o dalle amministrazioni che si succederanno nel tempo) per “centrare” gli obiettivi di risanamento strutturale.

Ciò in quanto il rientro nell'alveo della "normalità" amministrativo-gestionale, con la positiva archiviazione del piano ed il conseguente superamento dello squilibrio strutturale, costituisce il *main target* dell'intera procedura.

4. Conclusioni

Al termine dell'esame delle questioni in materia di piani di riequilibrio finanziario pluriennale, specie in relazione alla possibilità di adozione dei piani stessi da parte delle nuove amministrazioni degli enti locali, può conclusivamente affermarsi come, a fronte di un non chiaro impianto legislativo, l'intervento della Corte costituzionale abbia garantito coerenza al sistema.

Appare evidente, infatti, che l'aver consentito l'adozione del piano di riequilibrio finanziario pluriennale anche alle amministrazioni neo-elette nei sessanta giorni dalla sottoscrizione della relazione di inizio mandato, in caso di avvio della relativa procedura da parte delle precedenti amministrazioni senza l'approvazione del piano, rappresenta un elemento di chiarezza e responsabilizzazione delle amministrazioni stesse, specie in un periodo come quello attuale, definito di "*Nuova Ricostruzione [con la] nostra missione di italiani: consegnare un Paese migliore e più giusto ai figli e ai nipoti?*" e laddove ci si chiede "*se noi ... abbiamo fatto e stiamo facendo per loro tutto quello che i nostri nonni e padri fecero per noi, sacrificandosi oltre misura. [...] Una domanda che non possiamo eludere quando aumentiamo il nostro debito pubblico senza aver speso e investito al meglio risorse che sono sempre scarse. Ogni spreco oggi è un torto che facciamo alle prossime generazioni, una sottrazione dei loro diritti*"²⁶.

Anche la predisposizione di strumenti operativi maggiormente rispondenti al generale obiettivo della tutela degli equilibri di finanza pubblica generale²⁷ – cui indubabilmente contribuisce poderosamente la componente locale – consente infatti una più concreta realizzazione dei principi costituzionali.

²⁶ Dichiarazioni programmatiche del Presidente del Consiglio dei Ministri al Senato della Repubblica di mercoledì 17 febbraio 2021: <https://www.governo.it/it/articolo/le-comunicazioni-del-presidente-draghi-al-senato/16225>.

²⁷ Nell'accezione dinamica ed intergenerazionale. V. M. FRANCAVIGLIA, *La Corte ritorna sulla sostenibilità intergenerazionale dei piani di riequilibrio finanziario degli enti locali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2020.

Contratti pubblici

La gestione contabile degli incentivi per funzioni tecniche negli accordi quadro e negli appalti pluriennali

di Vincenzo Cordaro - Istruttore direttivo dei servizi economico-finanziari del comune di Milano, docente presso istituto di formazione e assegnista di ricerca in materia di contabilità e bilanci delle aziende pubbliche

La gestione contabile degli incentivi per funzioni tecniche nonostante sia stata disciplinata, nei suoi aspetti generali, con il resoconto della riunione della commissione ARCONET del 20 marzo 2019, presenta ancora diversi aspetti particolari che sono lasciati alla discrezionalità dei singoli Enti locali a discapito dell'armonizzazione contabile.

Tra le tematiche che presentano una più complessa gestione contabile degli incentivi, sia in riferimento al "tempo" che allo "spazio", vi sono: i lavori servizi e forniture di durata pluriennale e gli accordi quadro con i relativi contratti applicativi.

Con il presente contributo si vuole suggerire una gestione contabile dei medesimi più coerente con il principio della competenza finanziaria potenziata, auspicando al contempo un intervento normativo volto a meglio disciplinare gli aspetti particolari inerenti alla contabilizzazione degli incentivi per funzioni tecniche.

Inquadramento della tematica

La tematica relativa alla contabilizzazione degli incentivi per funzioni tecniche di cui all'art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016, ha subito nel corso degli ultimi anni diversi interventi sia da parte della commissione ARCONET che dalla Corte dei conti, volti a chiarire e meglio disciplinare la gestione contabile.

Nel resoconto della riunione della commissione ARCONET del 20 marzo 2019, sulla proposta da parte dell'ANCI concernente le modalità di contabilizzazione degli incentivi tecnici di cui all'art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016 si legge che "Gli impegni di spesa riguardanti gli incentivi per le funzioni tecniche di cui all'articolo 113 del D.Lgs. n. 50 del 2016, compresi i relativi oneri contributivi ed erariali, sono assunti a carico degli stanziamenti di spesa riguardanti i medesimi lavori, servizi e forniture cui si riferiscono, nel titolo II della spesa ove si tratti di opere o nel titolo I, nel caso di servizi e forniture. L'impegno è registrato, con imputazione all'esercizio in corso di gestione, a seguito della formale destinazione al fondo delle risorse

stanziato in bilancio, nel rispetto dell'articolo 113, comma 2 e seguenti ed è tempestivamente emesso il relativo ordine di pagamento a favore del proprio bilancio, al Titolo terzo delle entrate, tipologia 500 'Rimborsi e altre entrate correnti', categoria 3059900 'Altre entrate correnti n.a.c.', voce del piano dei conti finanziario E.3.05.99.02.00 Fondi incentivanti il personale (legge Merloni). La spesa riguardante gli incentivi tecnici è impegnata anche tra le spese di personale, negli stanziamenti riguardanti il fondo per la contrattazione integrativa, nel rispetto dei principi contabili previsti per il trattamento accessorio e premiale del personale. La copertura di tale spesa è costituita dall'accertamento di entrata di cui al periodo precedente, che svolge anche la funzione di rettificare il doppio impegno, evitando gli effetti della duplicazione della spesa. Tali modalità di registrazione sono adottate anche per la quota del 20% prevista dal comma 4 dell'art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016 (c.d. 'fondo innovazione') destinata all'acquisto beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione nonché per l'attivazione di tirocini formativi e di orientamento, che, a

seguito della formale destinazione al fondo delle risorse stanziare in bilancio, nel rispetto dell'articolo 113, comma 2 e seguenti, è impegnata a carico degli stanziamenti di spesa riguardanti i lavori, servizi e forniture con imputazione all'esercizio in corso di gestione, ed è tempestivamente emesso il relativo ordine di pagamento a favore del proprio bilancio, al Titolo terzo delle entrate, tipologia 500 'Rimborsi e altre entrate correnti', categoria 3059900 'Altre entrate correnti n.a.c.'. Tale quota del 20% è impegnata anche tra le spese correnti o di investimento in base alla natura economica della spesa, nel rispetto del principio contabile della competenza finanziaria. La copertura di tale spesa è costituita dall'accertamento di entrata di cui al periodo precedente, che svolge anche la funzione di rettificare il doppio impegno, evitando gli effetti della duplicazione della spesa".

A seguire, sempre nel medesimo resoconto si legge "Gli accertamenti effettuati a valere della voce del piano finanziario E.3.05.99.02.001 'Fondi incentivanti il personale (legge Merloni)' non determinano la formazione di ricavi. La liquidazione degli impegni correlati a tale entrate, assunti a carico degli stanziamenti di spesa riguardanti gli incentivi tecnici e il fondo risorse finanziarie di cui all'articolo 113, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016, non determina la formazione di costi."

Nel presente contributo non verranno affrontate, se non per alcuni brevi cenni, le condizioni di applicabilità degli incentivi. L'attenzione verrà limitata solamente alla contabilizzazione dei medesimi.

Ad una prima lettura, il principio contabile sembra essere molto chiaro sulle modalità di procedere in merito alla contabilizzazione degli incentivi. Ma alcuni dubbi interpretativi sulla gestione contabile dei medesimi sorgono quando le opere, servizi e forniture sulle quali dovranno essere calcolati:

- sono più di una e sono imputate su più capitoli di bilancio;
- hanno una esigibilità pluriennale.

Il primo punto può essere agilmente risolto, anche se in assenza di un criterio ben definito dal punto di vista normativo, individuando uno dei capitoli tra quelli utilizzati per l'imputazione contabile del quadro economico delle opere o dei servizi, dove l'importo imputato è sufficiente a comprendere quello degli incentivi. Successivamente verrà effettuato il giro contabile previsto dal principio contabile descritto in precedenza.

Tale soluzione, tuttavia, seppur agevole dal punto di vista contabile, non risulta totalmente coerente con il dettato del principio nel punto in cui dice che "Gli impegni di spesa riguardanti gli incentivi per le funzioni tecniche di cui all'articolo 113 del D.Lgs. 50 del 2016, compresi i relativi oneri contributivi ed erariali, sono

assunti a carico degli stanziamenti di spesa riguardanti i medesimi lavori, servizi e forniture cui si riferiscono".

Il principio contabile lascia intendere che, su un quadro economico comprendente diversi interventi (opere o servizi), gli incentivi per funzioni tecniche, anche se inseriti per il loro importo complessivo all'interno del quadro medesimo, devono essere calcolati e imputati proporzionalmente (modulati) alle opere ed ai servizi ai quali si riferiscono.

Il D.Lgs. n. 50/2016 individua in modo tassativo le seguenti attività che, svolte dai dipendenti delle stesse amministrazioni aggiudicatrici, sono idonee a far confluire in un apposito fondo per incentivi per funzioni tecniche risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulato sull'importo posto a base di gara:

- programmazione della spesa per investimenti;
- valutazione preventiva dei progetti;
- predisposizione e controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici;
- RUP;
- direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità;
- collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti.

Le attività suddette dovranno essere appunto "modulate" in base ai singoli lavori, servizi e forniture, compresi nel quadro economico.

Ci si è chiesti come gestire tale "modulazione" quando le opere servizi e forniture, comprese nel quadro economico, sono più di una e/o articolate su più anni.

Accordi quadro e contratti applicativi

Modulare il calcolo del fondo per gli incentivi assume particolare rilevanza con riferimento ai contratti applicativi nell'ambito degli accordi quadro ex art. 54 del D.Lgs. n. 50/2016. L'importo complessivo degli incentivi, calcolato sull'importo messo a base di gara dell'accordo quadro, si ritiene vada poi modulato sui singoli contratti applicativi sulla base delle specifiche attività nomenclate dal Legislatore imputabili ad ogni specifico contratto. Il Legislatore, nel merito, non specifica alcun criterio da utilizzare per la suddetta modulazione, lasciando pertanto ampi margini di discrezionalità nel modo di procedere.

Diversi sono i criteri con i quali i singoli enti procedono alla modulazione degli incentivi sui vari contratti applicativi scaturenti da un accordo quadro:

- in base all'incidenza dell'importo del contratto rispetto all'importo complessivo dell'accordo quadro;
- in base alle attività di cui all'art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016 effettivamente imputabili al singolo contratto applicativo.

La seconda ipotesi, ad evidenza, prevede un livello di analisi e dettaglio, per l'imputazione degli incentivi al singolo contratto, maggiore rispetto alla prima. Sarà pertanto cura delle stazioni appaltanti individuare il criterio analitico da adottare per effettuare questo riparto.

Ad evidenza, la modalità di calcolo più corretta, tra quelle indicate, risulta essere la seconda. Anche se, probabilmente, la maggior parte degli enti, per via della maggiore semplicità e velocità di attuazione ed in assenza di una specifica previsione normativa, opereranno per la prima.

Prassi contabile

La prassi contabile è spesso ben lontana dalle corrette modalità di procedere che la tecnica ragionieristica invece suggerirebbe.

In nome della "semplificazione contabile", accade che gli incentivi vengano totalmente imputati sull'impegno di spesa (o più correttamente, sulla prenotazione di impegno) relativo all'accordo quadro, piuttosto che sugli impegni dei singoli contratti applicativi.

Al riguardo la Corte dei conti della Sezione Regionale di Controllo per la Campania (Del/Par n. 77/2018) ha chiaramente specificato che *"la stipulazione dell'accordo quadro o la previsione di una sua stipulazione, in quanto non costituisce titolo per il sorgere di obbligazioni pecuniarie, non consente di impegnare e pagare con imputazione all'esercizio cui lo stanziamento si riferisce (art. 183 TUEL)"*.

Suddetta sezione regionale della Corte dei conti tiene a ricordare che *"dal punto di vista del diritto comune, l'accordo-quadro realizza un pactum de modo contrahendi, consiste cioè in un contratto 'normativo' dal quale non scaturiscono effetti reali o obbligatori, ma la cui efficacia consiste nel 'vincolare' la successiva manifestazione di volontà contrattuale delle stesse parti (ANAC, AG n. 8, 22 giugno 2011)"*. Mentre *"dal punto di vista del diritto amministrativo, esso corrisponde ad una procedura ad evidenza pubblica che individua il soggetto di tali future contrattazioni e le condizioni della piattaforma preparatoria all'affidamento di uno o più appalti successivi"*. Al contempo *"non è la stipulazione dell'accordo quadro o la procedura di scelta del contraente a fare sorgere l'obbligo di adempimenti contabili, bensì il correlato contratto attuativo"*.

La Corte dei conti esprime in modo chiaro e inequivocabile che l'impegno di spesa va assunto al momento effettivo in cui sorge l'obbligazione giuridica, quindi al momento della stipula dei contratti applicativi.

A ribadire che gli incentivi per funzioni tecniche debbano confluire, opportunamente "modulati", nei quadri economici dei singoli contratti applicativi (cosa che non sempre viene fatta) è la Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia (Lombardia/110/2020/PAR) *"Ove, dunque, oggetto dell'accordo quadro è una delle attività previste dal legislatore (lavori, servizi e forniture), sia stata effettuata a monte una procedura di gara e i relativi incentivi sono individuati nel quadro economico di ogni singolo contratto affidato per mezzo dell'accordo quadro in questione, il collegio ritiene che non sussistono motivi ostativi all'applicazione dello strumento degli incentivi anche a tale schema negoziale"*.

Accade anche che il quadro economico dell'accordo quadro venga impegnato (piuttosto che prenotato) al lordo del ribasso di gara e rimanga tale per tutta la durata dell'accordo, salvo poi essere rimodulato al momento della stipula dell'ultimo contratto applicativo. Siffatta situazione, si verifica in quegli enti che non dispongono di gestionali di contabilità in grado di distinguere contabilmente la "prenotazione di impegno" dall'impegno vero e proprio.

Questo modo di procedere determina due ordini di conseguenze:

1. complica il monitoraggio della gestione contabile dei contratti applicativi, i quali dovranno comunque essere compresi entro il valore dell'accordo quadro al netto del ribasso di gara (salvo tener conto di eventuali varianti in corso d'opera che incrementano il quadro economico);
2. ritarda la formazione delle economie da ribasso di gara, destinabili al finanziamento di altre opere, servizi e forniture, posticipando pertanto le medesime ad un momento successivo rispetto a quello della loro effettiva formazione.

Le fasi da seguire per dare una corretta impostazione contabile alla tematica degli accordi quadro, e dei relativi contratti applicativi, potrebbe essere individuata nella seguente:

1. **Indizione gara accordo quadro:** prenotazione di impegno al lordo dell'importo del quadro economico;
2. **Aggiudicazione gara dell'accordo quadro:** variazione della prenotazione di impegno che tenga conto del ribasso di gara, previa rimodulazione del quadro economico che ne recepisca il ribasso;

3. Stipula contratti applicativi: impegno di spesa a valere dell'importo del quadro economico, comprensivo della quota di incentivi, relativo al contratto stipulato. La stipula dei contratti, e le relative assunzioni di impegno, trovano come limite la prenotazione di impegno a valere dell'accordo quadro al netto del ribasso di gara;

4. Conclusione contratti applicativi: rilevazioni delle eventuali economie di spesa riconducibili al singolo contratto applicativo e rimodulazione dei relativi quadri economici.

Si ha la consapevolezza che quanto appena esposto contrasta parzialmente con il dettato del principio contabile applicato n. 4/2 concernente la contabilità finanziaria nel punto 5.4.10 dove *“A seguito della stipula del contratto di appalto, le spese contenute nel quadro economico dell'opera prenotate, ancorché non impegnate, continuano ad essere finanziate dal fondo pluriennale vincolato, mentre **gli eventuali ribassi di asta costituiscono economie di bilancio e confluiscono nel risultato di amministrazione disponibile, destinato o vincolato in relazione alla fonte di finanziamento, se entro il secondo esercizio successivo alla stipula del contratto non sia intervenuta formale rideterminazione del quadro economico progettuale da parte dell'organo competente che incrementa le spese del quadro economico dell'opera stessa finanziandole con le economie registrate a seguito della stipula del contratto. Quando l'opera è completata, o prima, in caso di svincolo da parte del Responsabile Unico del Progetto, le spese previste nel quadro economico dell'opera e non impegnate costituiscono economie di bilancio e confluiscono nel risultato di amministrazione coerente con la natura dei finanziamenti.**”*

A rigor del vero, il principio contabile non obbliga le stazioni appaltanti ad incrementare necessariamente le spese del quadro economico dell'opera finanziandole con le economie registrate a seguito della stipula del contratto. Infatti, le medesime possono essere svincolate da parte del RUP, anche prima che l'opera sia completa confluendo a fine esercizio nel risultato di amministrazione coerente con la natura dei finanziamenti.

Sulla medesima linea si collocano le delibere ANAC 28 marzo 2018, n. 404 e 18 settembre 2019, n. 805 nelle quali viene denunciata la prassi spesso adottata dagli enti di adottare varianti in corso d'opera che comportano un totale assorbimento delle economie da ribasso d'asta.

Come disposto dall'art. 54 del D.Lgs. n. 50/2016 gli accordi quadro possono avere una durata fino a

quattro anni per i settori ordinari e otto per quelli speciali. Attendere la conclusione del periodo dell'accordo quadro per far confluire le economie (ammesso che nel frattempo non siano state assorbite da varianti in corso d'opera) nel risultato di amministrazione risulta in contrasto con il principio dell'equità intergenerazionale.

Esigibilità pluriennale

Per quanto riguarda l'esigibilità pluriennale, il principio contabile non detta una regola precisa da seguire a riguardo, lasciando ampia discrezionalità agli enti nel criterio da utilizzare. All'interno di questa discrezionalità, emergono delle modalità operative di contabilizzazione che contrastano con l'istituto della esigibilità, per quanto riguarda l'imputazione della spesa degli incentivi per funzioni tecniche.

Consideriamo il caso classico di un lavoro, servizio o fornitura che si protrae per più anni (supponiamo tre). In questi casi, il *modus operandi* sovente utilizzato dagli enti è quello di imputare gli incentivi per funzioni tecniche totalmente sul primo anno, salvo poi farli confluire nel FPV (per la parte di incentivo destinata al personale) e in avanzo accantonato (per la parte relativa al fondo innovazione) a consuntivo. A ben vedere questo meccanismo contabile porta a due tipi di conseguenze:

1. non rispetta l'imputazione della spesa nell'esercizio di effettiva esigibilità, come invece previsto dal principio della competenza finanziaria potenziata;
 2. anticipa l'imputazione in avanzo di amministrazione di somme di competenza di esercizi successivi.
- Si consideri la seguente esemplificazione con un importo complessivo degli incentivi pari a 120. Supponendo di utilizzare il metodo appena indicato l'imputazione contabile sarà la seguente:

Rilevazione concomitante

	x	x+1	x+2
80%	96		
20%	24		

Rilevazione consuntiva

	x	x+1	x+2
80%	96 - FPV		
20%	24 - AVANZO ACCANT.		

Nel precedente schema è stato omissso l'importo del lavoro, servizio o fornitura che evidentemente sarebbe stato articolato sul triennio, sulla base di un cronoprogramma predisposto dalla stazione appaltante.

A consuntivo avremo 96 (nel caso non sia stato liquidato nessun incentivo al personale nel corso dell'anno x) che confluirà nel FPV e 24 (nel caso non si sia formalizzato alcuna obbligazione giuridica a valere del "fondo innovazione") che confluirà in avanzo accantonato. Non mancano enti che a consuntivo gestiscono entrambe le quote accantonate (80% e 20%) mediante FPV oppure con reimputazioni contabili all'esercizio successivo. La gestione contabile mediante FPV trova il suo fondamento qualora vi siano alla base delle obbligazioni giuridiche perfezionate, cosa non sempre esistente per la quota del fondo innovazione, nell'esercizio relativo di formazione.

È lo stesso principio contabile a dire che "L'impegno è registrato, con imputazione all'esercizio in corso di gestione ...". Seguendo questa impostazione, però, nel caso di lavori, servizi e forniture pluriennali l'imputazione della spesa non coinciderebbe con l'esercizio di effettiva esigibilità.

Tuttavia, mentre per la parte relativa all'incentivo al personale si potrebbe fare una "finzione contabile" (similmente a ciò che avviene per le spese degli incarichi legali) imputando la spesa interamente all'esercizio in corso di gestione e spostarne, a consuntivo, l'esigibilità negli esercizi successivi mediante FPV; diverso è invece il caso per la quota di cui al fondo per l'innovazione. A quest'ultimo, spesso, non corrisponde nel corso dell'esercizio in corso di gestione alcuna obbligazione giuridica tale da legittimare l'assunzione dell'impegno di spesa e non presenta una natura tale da poter effettuare una finzione contabile.

Pare, pertanto, inopportuno adottare una differenza di trattamento contabile, anche se legittimata dal principio, tra aspetti così inscindibilmente correlati che, oltre a far parte del medesimo quadro economico, seguono il medesimo periodo di maturazione della relativa esigibilità dettata dal cronoprogramma dell'opera, servizio o fornitura.

Ipotizzando una ripartizione equa degli incentivi nei diversi esercizi, correlata al cronoprogramma, la corretta imputazione contabile, volta a risolvere le problematiche sopra evidenziate può essere così sintetizzata:

Rilevazione concomitante (riparto su esercizi successivi mediante FPV)

	x	x+1	x+2
80%	32	32	32
20%	8	8	8

Rilevazione consuntiva

	x	x+1	x+2
80%	32	32	32
20%	8	8	8

Questa impostazione contabile evidenzia la maturazione della esigibilità degli incentivi parallelamente a quella dell'opera, servizio o fornitura alla quale si riferiscono. Presenta una maggiore coerenza con il principio della competenza finanziaria potenziata che ha appunto il fine di "avvicinare" la competenza finanziaria a quella economica.

In questo modo, nell'esercizio x verrebbe accantonata solamente la quota di incentivi maturata in relazione alle attività tassativamente indicate dal D.Lgs. n. 50/2016 e direttamente correlate con l'effettivo stato di avanzamento dei lavori servizi e forniture.

L'esigibilità degli incentivi riferiti alla quota del 20%, il c.d. fondo per l'innovazione, sarà nell'esercizio in cui l'ente deciderà di impegnare tali somme assumendo le relative obbligazioni giuridiche, per le finalità suddette. La gestione mediante FPV ha il solo fine di articolare la somma su più esercizi e consentire di individuare il corretto importo da accantonare in avanzo di amministrazione al termine dei vari esercizi.

La "maturazione" di entrambe le quote (80% e 20%) non può che ritenersi correlata, considerato che il D.Lgs. n. 50/2016 detta una unitaria disciplina a valere dell'accantonamento del fondo incentivi per funzioni tecniche non superiore al 2% dell'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara.

Ne deriva che, con riferimento alla quota del 20%, la parte accantonabile in avanzo di amministrazione a consuntivo sarà quella effettivamente "maturata" nel corso dell'esercizio. Nell'esempio di cui sopra a fine esercizio x confluirà in avanzo accantonato solamente l'importo pari a 8. Con gli accantonamenti dei successivi esercizi, qualora non venisse utilizzato il fondo innovazione, al termine dell'esercizio x+2 si avrà un avanzo accantonato pari a 24.

Conclusioni

Volendo ribadire che la maturazione contabile degli incentivi per funzioni tecniche cui all'art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016, con riferimento alla loro esigibilità nell'esercizio di formazione, debba seguire l'effettivo stato di avanzamento dei lavori, servizi e forniture, si ritiene che la disciplina della gestione contabile dei medesimi vada riesaminata alla luce delle diverse gestioni contabili attuate dai vari Enti locali.

Si rende opportuno un intervento normativo che, volto ad armonizzare il trattamento contabile degli incentivi per funzioni tecniche, segua la logica della competenza finanziaria potenziata. In tale processo di revisione particolare attenzione meritano le tematiche che presentano una maggiore complessità gestionale, sia con riferimento al tempo (pluriennali) che allo spazio (pluralità di interventi): i lavori, servizi e forniture di durata pluriennale e gli accordi quadro con i relativi contratti applicativi.

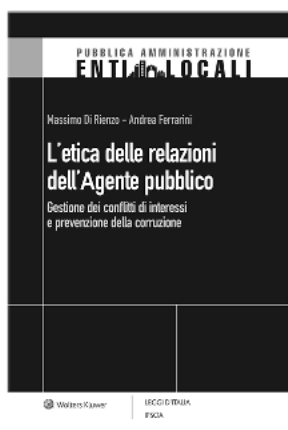
E-BOOK

COLLANA: Pubblica amministrazione ed Enti locali

Etica delle relazioni dell'Agente pubblico

Gestione dei conflitti di interessi e prevenzione della corruzione

di Massimo Di Rienzo - Andrea Ferrarini



Il **conflitto di interessi** è una frontiera ancora piuttosto inesplorata della **prevenzione della corruzione**. Al di là del **conflitto di interessi** c'è l'**azzardo morale**, cioè il comportamento opportunistico dell'**Agente pubblico** che viola il patto stretto con la collettività. Al di qua del conflitto di interessi c'è una fitta trama di **relazioni e di interessi che corrono sulle relazioni** che non è stata mai esplorata prima d'ora.

Nell'e-book vengono proposti tutti gli **strumenti di analisi delle relazioni a rischio** e i **metodi per identificare i conflitti di interessi**. Avvalendosi di numerosi **casi concreti**, gli autori gettano uno sguardo

del tutto nuovo ed originale sul conflitto di interessi e sulla "**dimensione relazionale**" del **fenomeno corruttivo**, fondando su di esso un nuovo **Modello (Evolutivo)** di **prevenzione della corruzione**.

Wolters Kluwer, aprile 2020
pagg. 366, € 23,90
Codice e-book: 00243935
ISBN (ebook): 978-88-217-7349-5

Per informazioni e acquisti
• **On line www.shopwki.it**



19 MAGGIO 2021

La Commissione di vigilanza sulla
Cassa depositi e prestiti: il Parlamento
e le nuove forme di intervento
pubblico nell'economia

di Antonio Zito

Consigliere parlamentare del Senato della Repubblica

La Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti: il Parlamento e le nuove forme di intervento pubblico nell'economia*

di Antonio Zito

Consigliere parlamentare del Senato della Repubblica

Abstract [It]: La Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti, istituita nel 1850, ha accompagnato l'istituto vigilato lungo tutta la sua evoluzione e le sue trasformazioni. Muovendo dalle vicende storiche, il saggio analizza la struttura, la natura e le finalità della Commissione di vigilanza, mediante la valutazione dell'attività, delle opinioni dottrinali, degli elementi di comparazione. Sono quindi approfonditi i temi della tutela del risparmio postale e il controllo sulle nuove forme di intervento dello Stato nell'economia. Infine lo scritto delinea le possibili prospettive della Commissione di vigilanza.

Abstract [En]: The Parliamentary Supervisory Committee, established in 1850, has supervised Cassa depositi e prestiti throughout its developments and its transformations. Moving from historical events, the essay analyzes the structure, role and purposes of the Committee, through the assessment of practices, doctrinal opinions and comparison elements. Hence, particular attention is paid to two functions: the protection of postal savings and the overview on the new forms of State intervention in the economy. In conclusion, the essay outlines the possible reforms of the Supervisory Committee.

Parole chiave: Cassa depositi e prestiti; Commissione di vigilanza; controllo parlamentare; risparmio postale; intervento pubblico nell'economia

Keywords: Cassa depositi e prestiti; Supervisory Committee; Parliamentary Oversight; Postal Savings; State intervention in the economy

Sommario: **1.** L'evoluzione di Cassa depositi e prestiti. **2.** Le origini della Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti. **3.** La struttura della Commissione di vigilanza: composizione e durata. **4.** Le funzioni della Commissione di vigilanza. **5.** La Commissione di vigilanza nelle legislature XVII e XVIII. **6.** Il dibattito nella dottrina di diritto parlamentare. **7.** Elementi di comparazione: il controllo parlamentare negli altri Istituti nazionali di promozione. **8.** La Commissione di vigilanza in ausilio al Parlamento a tutela del risparmio postale. **9.** Il controllo parlamentare sull'intervento pubblico nell'economia. **10.** La Commissione di vigilanza in prospettiva.

1. L'evoluzione di Cassa depositi e prestiti

È un dato di fatto - accolto, a seconda dei commentatori, con entusiasmo, con favore, con preoccupazione o con fatalità - che la Cassa depositi e prestiti (Cdp) ha assunto, negli ultimi vent'anni e ancor più nei tormentati mesi dell'emergenza sanitaria da Covid-19, un ruolo centrale nel quadro cangiante delle forme di intervento dello Stato nell'economia.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Grande attenzione ha ricevuto, sui mezzi di comunicazione, il coinvolgimento di Cdp in alcuni dei *dossier* al centro della vicende economiche e delle discussioni politiche del nostro Paese: il confronto tra Tim e Open Fiber per la realizzazione di un'infrastruttura unica di rete a banda ultra larga per le comunicazioni elettroniche; la complessa procedura di vendita della società Autostrade per l'Italia (Aspi); l'acquisto da parte della *holding* Euronext del controllo di Borsa Italiana; la fusione tra Nexi e Sia per la creazione di un campione europeo dei pagamenti digitali. Tutto ciò, senza considerare i compiti di sostegno alla liquidità delle imprese e alla stabilità finanziaria degli enti territoriali assegnati a Cdp dai provvedimenti adottati nel 2020 per fronteggiare gli effetti della pandemia.

Peraltro, il prevalente utilizzo, da parte della Cassa, di risorse coperte dalla garanzia dello Stato, ovvero del risparmio postale, pone la questione della definizione dei criteri di intervento e delle forme di vigilanza sulle modalità di impiego, a tutela della pubblica fiducia, e dà l'occasione per compiere una riflessione sul ruolo, attuale e potenziale, del Parlamento in tale quadro. Tuttavia, prima di addentrarsi in questo esame, è opportuno chiarire, con sintesi estrema, cos'era e cos'è diventata Cassa depositi e prestiti.

Un attivo, in base al bilancio d'esercizio 2020, di 410 miliardi di euro; risorse, sul lato passivo, per 275 miliardi di risparmio postale, a cui vanno aggiunti ulteriori 104 miliardi di altra raccolta sul mercato; risorse mobilitate dal Gruppo nel corso dell'anno, secondo il bilancio consolidato, per 38,6 miliardi¹: i meri dati quantitativi bastano a rendere l'idea della consistenza finanziaria e della rilevanza sistemica della Cassa.

La Cassa depositi e prestiti², istituita in forma permanente nel 1850 dopo una sperimentazione decennale, ha avuto nei suoi primi centocinquanta anni di storia, essenzialmente, il compito di impiegare le risorse depositate - sotto forma di libretti di risparmio e di buoni fruttiferi postali - presso le casse di risparmio postali³ sorte nel 1875, per due finalità principali: l'erogazione di mutui e prestiti agevolati agli enti locali, diretti alla realizzazione di infrastrutture e alla copertura dei disavanzi di bilancio⁴, da un lato, e il finanziamento del debito pubblico mediante la liquidità collocata sul conto corrente di tesoreria e l'acquisto di titoli di Stato, dall'altro⁵.

¹ Cfr. *CDP: Bilancio d'esercizio e consolidato al 31 dicembre 2020 e risultati di Piano Industriale 2019-2021*, Comunicato stampa del 31 marzo 2021, www.cdp.it

² Per una ricostruzione accurata dell'evoluzione della Cassa, cfr. M. DE CECCO, G. TONIOLO (a cura di), *Storia della Cassa depositi e prestiti. Dalle origini alla fine del novecento*, Laterza, Roma-Bari, 2000, nonché, di recente, P. BRICCO, *Cassa depositi e prestiti. Storia di un capitale dinamico e paziente*, Il Mulino, Bologna, 2020.

³ La legge 27 maggio 1875, n. 1875, infatti, nell'istituire le casse di risparmio postali, stabiliva che operassero come succursali di una cassa centrale, compenetrata nella Cassa depositi e prestiti.

⁴ La Cassa svolge così il ruolo di trasformatore del risparmio a breve termine in finanziamenti a medio e lungo termine per sostenere la crescita e l'infrastrutturazione del Paese: una funzione che, pur nelle varie metamorfosi, non verrà mai meno.

⁵ Sulla configurazione tradizionale della natura e delle funzioni della Cassa, cfr. L. GALLI, *La Cassa depositi e prestiti (1863-1925)*, in *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*, vol. 103, fasc. 396, 655 ss.; S. BOCHICCHIO, *Cassa depositi e prestiti* (voce), *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 411 ss.; A. ALLEGRI, *La Cassa depositi e prestiti nella legislazione e nella pratica*, Cedam, Padova, 1964.

Nel 2003 si è però determinato un cambiamento radicale: il decreto-legge 20 settembre 2003, n. 269, ha trasformato la Cassa da soggetto pubblico in società per azioni, partecipata - secondo le attuali percentuali - per l'82,77 per cento dal Ministero dell'economia e delle finanze e per il 15,93 per cento da una serie di fondazioni di origine bancaria (oltre all'1,30 per cento di azioni proprie)⁶. La nuova società viene quindi classificata come intermediario finanziario iscritto nell'elenco di cui all'articolo 107 del Testo unico bancario, sottoposta per questo profilo alla vigilanza informativa della Banca d'Italia, e viene collocata da Eurostat al di fuori del Conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche, che rileva - come noto - ai fini del rispetto dei parametri di finanza pubblica stabiliti a livello europeo⁷. Inoltre, la legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016) ha riconosciuto a Cdp la qualifica di Istituto nazionale di promozione, attribuendole un ruolo chiave, a livello nazionale, per l'attuazione del "Piano Juncker", attraverso la strutturazione di piattaforme d'investimento volte allo sviluppo delle attività imprenditoriali. A seguito della trasformazione della Cassa in società, è stata anche operata la separazione organizzativa e contabile tra una "gestione separata", alimentata principalmente dal risparmio postale e coperta dalla garanzia dello Stato, e una "gestione ordinaria", ossia l'attività che attinge alle risorse reperite sul mercato e prive di garanzia pubblica.

Dal 2003, e ancora di più a seguito della crisi finanziaria iniziata nel 2008, ha preso avvio un processo evolutivo, lungo il quale Cdp S.p.A. ha dato vita a un articolato gruppo societario e, al di là del tradizionale sostegno agli enti territoriali e al settore pubblico, ha allargato il perimetro d'azione al supporto dei processi di crescita e di internazionalizzazione delle imprese, agli investimenti immobiliari e alla valorizzazione del patrimonio pubblico, all'acquisizione di partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale, secondo un approccio orientato allo sviluppo di medio-lungo termine. Nel piano industriale 2019-2021, approvato a dicembre 2018, sono state quindi individuate quattro principali linee di intervento a cui possono essere ricondotte le molteplici iniziative attivate e gestioni assunte da Cdp, e alle quali corrispondono altrettante Direzioni: "Infrastrutture, Pubblica Amministrazione e Territorio", per

⁶ Sulla trasformazione della Cdp in società per azioni, cfr. *Relazione della Corte dei conti al Parlamento sulla Cassa depositi e prestiti S.p.A. (Esercizi dal 2004 al 2006)*, Senato della Repubblica, XVI legislatura, Doc. XV n. 38, nonché, in dottrina, M. DE CECCO, G. TONIOLO (a cura di), *Storia della Cassa depositi e prestiti. Un nuovo corso: la società per azioni*, Laterza, Roma-Bari, 2013, nonché F. M. MUCCIARELLI, *Ma cos'è diventata la Cassa depositi e prestiti?*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2/2004, p. 355 ss.; G. DELLA CANANEA, *La società per azioni Cassa depositi e prestiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2004, p. 366; A. MACCHIATI, *La Cassa Depositi e Prestiti dopo la trasformazione: ovvero «ai posteri l'ardua sentenza»*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2/2013, p. 287 ss.; A. TONETTI, *Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2016, p. 573 ss.

⁷ Sulla classificazione di Cdp come *market unit*, cfr. D. COLACCINO, *La dismissione e la razionalizzazione di partecipazioni societarie dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 12/2012, p. 1189 ss., il quale chiarisce che, per il tipo di attività svolta, Cassa viene qualificata come "intermediario finanziario" che, tra l'altro, si sottopone a un rischio acquistando attività finanziarie ed assumendo passività in conto proprio, elementi tipici dell'intermediazione finanziaria secondo la definizione fornita dal Sec95. Cfr., altresì, S. GATTESCHI, *Cdp e i conti pubblici*, in *Osservatorio CPI*, www.osservatoriocpi.unicatt.it, ove si rimarca come elemento chiave sia l'assunzione del rischio insieme alla conduzione delle attività a condizioni (prevalentemente) di mercato, soprattutto riguardo alla concessione di crediti.

supportare gli enti territoriali nella realizzazione delle infrastrutture e nel miglioramento dei servizi di pubblica utilità, che rappresenta l'evoluzione dell'originaria *mission* della Cassa; “Imprese”, per favorire l'innovazione e la crescita domestica⁸ e internazionale⁹ delle attività produttive; “Grandi partecipazioni strategiche”, per creare sinergie e supportare i percorsi di sviluppo in una prospettiva di lungo termine¹⁰; “Cooperazione internazionale allo sviluppo”, per sostenere la realizzazione di progetti nei Paesi in via di sviluppo e nei mercati emergenti¹¹.

L'attività della Cdp è sottoposta alla vigilanza di una Commissione a composizione mista, politica e tecnica. Il presente saggio è volto ad esaminare la storia, la struttura, le funzioni e le prospettive della Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti.

2. Le origini della Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti

L'istituzione della Commissione di vigilanza risale alla stessa fondazione, come entità permanente, della Cassa depositi e prestiti, stabilita dalla citata legge del 18 novembre 1850.

La previsione di un organo di controllo venne ripresa dalla legge francese del 28 aprile 1816, istitutiva della *Caisse des dépôts et consignations*, che diede ispirazione, più in generale e con gli opportuni adattamenti, a tutta la disciplina della Cassa subalpina. La legge francese poneva la *Caisse* sotto la sorveglianza e la garanzia dell'autorità legislativa, nell'ambito di un intervento volto a restaurare e garantire la fiducia collettiva nella gestione pubblica delle finanze, dopo gli impieghi spregiudicati degli ultimi tempi dell'Impero e le dure condizioni d'occupazione degli eserciti alleati. A tale scopo, l'articolo 99 della legge del 1816 istituiva infatti una *Commission de surveillance*, composta da sei membri: un Pari di Francia, che assumeva la presidenza; due componenti della Camera dei deputati; uno dei tre Presidenti della Corte dei conti designato dal Re; il Governatore della Banca di Francia; il Presidente della Camera di commercio di

⁸ Nell'ambito dell'attività a supporto delle imprese vanno assumendo un ruolo portante due settori: il *Venture Capital*, diretto ad accompagnare il ciclo di crescita delle *start up*, con il recente lancio del Fondo nazionale Innovazione, e il *Private Equity*, volto a fornire capitale paziente alle piccole e medie imprese, soprattutto attraverso l'acquisizione del controllo del Fondo Italiano d'Investimento SGR S.p.A.

⁹ Tale attività si svolge, principalmente, attraverso il gruppo SACE-SIMEST, polo italiano dell'export e dell'internazionalizzazione delle imprese.

¹⁰ Basti citare le partecipazioni detenute direttamente in ENI (25,76 per cento) e Poste italiane (35 per cento), nonché tramite Cdp Reti in TERNA (29,85 per cento), SNAM (31,04 per cento), ITALGAS (26,04 per cento), e tramite Cdp industria in Fincantieri (71,32 per cento) e SAIPEM (12,55 per cento).

¹¹ Si fa riferimento alla gestione, in coordinamento con il Ministero degli affari esteri, del Fondo rotativo per la cooperazione allo sviluppo, nonché al lancio di ulteriori iniziative consistenti in finanziamenti a favore di istituzioni multilaterali e a supporto di imprese private.

Parigi. A tale Commissione erano attribuiti poteri di controllo sulla regolare gestione contabile e l'obbligo di riferire annualmente per iscritto alle Camere¹².

Tornando al quadro piemontese, evidentemente la prima, provvisoria Cassa dei depositi e delle anticipazioni, istituita con il regio brevetto del 1840, non poteva contemplare una Commissione di sorveglianza analoga a quella francese, mancandone il presupposto, ossia l'esistenza di Istituzioni rappresentative. Con la decisione legislativa del 1850 di rendere permanente l'istituto, ora denominato Cassa dei depositi e dei prestiti, veniva introdotta anche una Commissione di vigilanza analoga a quella francese, resa possibile dal passaggio *medio tempore* a un regime costituzionale e alla creazione di un Parlamento bicamerale¹³.

La legge del 1850, infatti, all'articolo 23 prevedeva che la Cassa fosse sorvegliata da una commissione composta da due senatori e da due membri della Camera dei deputati, nominati annualmente dalle rispettive Camere, da due Consiglieri di Stato designati dal Re su proposta formulata di concerto dai Ministri dell'interno, dei lavori pubblici e delle finanze, da un membro della Camera dei conti indicato dal primo Presidente, dal Presidente della Commissione dei prestiti, chiamata ai sensi dell'articolo 18 della medesima legge a dare parere sulle proposte di prestiti, nonché dal Direttore Generale del debito pubblico, amministratore della Cassa. Si stabiliva altresì che la Commissione provvedesse a eleggere il Presidente tra i propri membri¹⁴.

Nella legge del 1850 sono già sostanzialmente presenti le principali attribuzioni che caratterizzeranno la Commissione di vigilanza fino alla trasformazione della Cassa in società per azioni: la periodica (all'epoca mensile) resa dei conti dell'amministratore della Cassa alla Commissione; la facoltà della Commissione di procedere a tutte le "verificazioni" ritenute necessarie per assicurare l'esattezza delle scritture contabili e il buon andamento del servizio; la presentazione al Parlamento, ad ogni sessione annuale, di una relazione scritta sulla direzione morale e sulla situazione materiale della Cassa¹⁵.

¹² Cfr. AA.VV., *La Caisse des dépôts et consignations. 175 ans, Revue d'économie financière*, numéro spécial hors-série, novembre 1991, p. 41, ove si legge che la legge del 1816 pose la *Caisse* "de la manière la plus spéciale... sous la surveillance et la garantie de l'autorité législative".

¹³ Per un'articolata ricostruzione e riflessione sulle vicende fondanti dell'ordinamento costituzionale subalpino, che portano in evidenza i caratteri di duttilità e di "spontaneità" della prima applicazione dello Statuto e delle relative prassi parlamentari, cfr. R. FERRARI ZUMBINI, *Tra norma e vita. Come si forma una Costituzione tra diritto e sentire comune*, Luiss University Press, Roma, 2019.

¹⁴ Nella tornata della Camera dei deputati del 16 novembre 1850, nel corso della discussione che conduceva all'approvazione del disegno di legge, intervenne l'allora Ministro dell'agricoltura e commercio e della marina Cavour in replica a un'obiezione sulla portata normativa di un articolo. Va rilevato peraltro che gli interventi non toccarono esplicitamente il tema della Commissione di vigilanza, che si può ritenere sostanzialmente condiviso.

¹⁵ Va precisato che, durante il periodo statutario, l'istituzione di commissioni di vigilanza a composizione mista non rappresentò un'eccezione: in diversi casi, organi collegiali composti di parlamentari e di funzionari dello Stato nominati dal Governo furono introdotti da specifiche leggi con l'incarico di sorvegliare alcuni servizi pubblici "in ossequio al principio dell'esercizio del potere di controllo del Parlamento in materia di finanza statale". Esempi ne furono la Commissione di vigilanza

La prima relazione alle Camere della Commissione di vigilanza, presentata il 9 dicembre 1856 dal suo presidente, il ministro della Real Casa e senatore Giovanni Nigra, si riferiva esplicitamente all'esercizio finanziario del 1855 e alle quattordici antecedenti annate d'esistenza della Cassa. Essa dava conto, in sintesi e in modo comparativo, dei risultati dell'attività dei primi tre quinquenni dell'Istituto, quindi sia per il periodo "ad esperimento" che per il primo lustro di stabile costituzione. Merita di essere citato il passo in cui si afferma che *"Colla nuova istituzione (...) si migliorò il sistema d'amministrazione, ponendosi sotto il controllo della pubblicità e del potere legislativo colla creazione d'una Commissione d'alta sorveglianza"*¹⁶.

Un passaggio rilevante per l'evoluzione della Commissione di vigilanza è stato segnato dalla legge 30 giugno 1857 n. 2256, recante la "ricostruzione" della Cassa depositi e prestiti, in realtà una profonda riforma approvata su iniziativa di Cavour in qualità di Ministro delle finanze (incarico ricoperto insieme a quello di Presidente del Consiglio). In particolare, la relazione presentata alla Camera dei deputati nella tornata del 28 marzo 1857 (41-A) proponeva di portare i componenti della Commissione di vigilanza di nomina parlamentare a tre per ciascuna Camera *"affinché la maggioranza sia composta di membri del Parlamento, e non sia preponderante l'elezione governativa"*. Si proponeva altresì che il Direttore del debito pubblico, Amministratore della Cassa, non facesse più parte della suddetta Commissione *"affinché la vigilanza che è chiamata ad esercitare abbia luogo separatamente, indipendentemente da chi concorre all'amministrazione e ne ha la direzione"*. Tuttavia, per non ridurre il numero dei componenti, si portava a tre il numero dei Consiglieri di Stato. La Camera, con qualche modifica, confermava l'impostazione proposta nel testo presentato all'esame dell'Assemblea¹⁷.

sulla Cassa ecclesiastica (dal 1855), quella di vigilanza sull'amministrazione del debito pubblico (dal 1863), la Commissione sull'amministrazione della Cassa militare che gestisce le somme ricavate dall'affrancazione dal servizio di leva (dal 1866), quella sulla giunta liquidatrice dell'Asse ecclesiastico di Roma (dal 1873), nonché quella sull'esecuzione della legge di abolizione del corso forzoso (dal 1881). La Camera, nel regolamento del 1888, all'articolo 13, secondo comma, richiamerà in modo espresso "le altre commissioni prescritte da leggi speciali", mentre il Senato le disciplinerà solo in via di prassi. Cfr. F. SODDU, *The "Commissioni di vigilanza" in the Nineteenth Century Italian Parliament*, in *Assemblee rappresentative, autonomie territoriali, culture politiche. Representative Assemblies, territorial autonomies, political cultures*, Sassari, 2011, pp. 316-328, nonché F. ROSSI, *I regolamenti del Senato regio (1848-1900). Storia norme e prassi*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012, pp. 194-195.

¹⁶ *Relazione della Commissione di vigilanza della Cassa dei depositi e dei prestiti per l'Esercizio Finanziario 1855 e per le 14 antecedenti annate d'esistenza della Cassa*, Torino, 1857, p. 11.

¹⁷ Durate la discussione in Assemblea, nella tornata del 24 aprile 1857, si svolgeva, tra l'altro, un confronto tra il relatore Domenico Arnulfo e il deputato Matteo Pescatore sui poteri della Commissione di vigilanza. Pescatore, in particolare, si opponeva alla soppressione, proposta dalla Commissione, di un articolo del progetto di legge governativo, che attribuiva all'organo di vigilanza la facoltà di procedere a tutte le verificazioni ritenute necessarie per assicurarsi dell'esattezza delle scritturazioni e del buon andamento del servizio. Alla tesi del relatore, che riteneva superflua la disposizione, ricompresa nell'ambito delle funzioni di vigilanza, Pescatore replicava che vi fossero diverse tipologie e gradi di vigilanza, pertanto la specificazione appariva tutt'altro che inutile. All'esito del dibattito, la Camera approvava l'emendamento di Pescatore, che manteneva l'originaria disposizione, seppure riformulata con l'eliminazione delle finalità dell'attività di verifica. Cfr. Camera dei deputati, V legislatura del Regno di Sardegna, Sessione del 1857, Tornata del 24 aprile 1857, 1614-1615.

Proclamato il Regno d'Italia, nel quadro dell'ordinamento unitario la legge 17 maggio 1863, n. 1270,¹⁸ rifondando nuovamente la Cassa su base decentrata, istituiva una pluralità di Casse, una presso ciascuna città sede di una direzione del debito pubblico, riproponeva all'articolo 6 la Commissione di vigilanza come organo unico di controllo di tutte le Casse neoistituite, e ne confermava la composizione. Si stabiliva inoltre il rinnovo annuale della Commissione, con la precisazione che nell'intervallo delle sessioni e delle legislature i senatori e i deputati continuavano a farne parte fino a nuova elezione. Tale disposizione sarà destinata a confluire, con qualche modifica, nel testo unico approvato con il regio decreto 2 gennaio 1913, n. 453, che per questa parte rappresenta, con qualche ulteriore modificazione, disciplina tuttora vigente della Commissione di vigilanza.

Nella *governance* della Cassa depositi e prestiti delineata dalle leggi del 1850, del 1857 e del 1863, e confermata dal testo unico del 1913, la Commissione di vigilanza ricopriva una posizione che andava oltre il mero controllo sulla gestione dei conti: era infatti previsto che il collegio venisse sentito in sede di determinazione, da parte del Ministro delle finanze, del tasso di interesse annuo da corrispondere per i depositi e da incassare per i prestiti, nonché per le assegnazioni alle Casse nella forma di anticipazioni del Tesoro. Si trattava quindi di un organo essenzialmente interno alla Cassa, di controllo attivo dell'amministrazione¹⁹.

Tuttavia, la legge n. 1270 del 1863 assume anche rilievo per comprendere l'evoluzione del ruolo della Commissione di vigilanza: all'articolo 3 veniva infatti introdotto, oltre all'amministratore già previsto nella normativa subalpina, un ulteriore organo, il consiglio permanente di amministrazione²⁰. Ebbene, si tratta della prima importante deviazione rispetto al modello francese del 1816, che resta, fino ai nostri giorni, caratterizzato essenzialmente da due organi, un direttore generale in funzione di amministratore e un consiglio di sorveglianza, a composizione mista parlamentare e tecnica, che svolge una funzione, si può dire, di controllo e di indirizzo della gestione, in assenza di un consiglio di amministrazione e di un'assemblea²¹.

¹⁸ La legge fu approvata su progetto di legge presentato il 24 novembre 1862 dal Ministro delle finanze Quintino Sella, dopo il naufragio, in Senato, di un primo tentativo intrapreso il 17 giugno 1861 dal precedente Ministro delle finanze Pietro Bastogi, lo stesso che aveva operato l'unificazione dei debiti pubblici degli stati preunitari, istituendo il Gran Libro del debito pubblico. Cfr. L. EUSEBIO, *Depositi e Prestiti (Cassa dei)* (voce), in L. LUZZATTI (a cura di) *Il Digesto italiano*, volume IX, parte seconda, Utet, Torino, 1898-1901, p. 11 ss.

¹⁹ Sull'evoluzione amministrativa e funzionale della Cassa in questo periodo, cfr. L. CONTE, *Amministrare il risparmio: la Cassa depositi e prestiti da azienda a impresa-organo nel Ministero del tesoro, 1850-1913*, in M. DE CECCO, G. TONIOLO (a cura di), *Storia della Cassa depositi e prestiti. Dalle origini alla fine del novecento*, cit., p. 91 ss.

²⁰ Inizialmente, furono previsti tanti consigli di amministrazione quante erano le varie Casse decentrate presso le sedi di direzione del debito pubblico: con la soppressione nel 1870 delle direzioni periferiche, rimase solo il consiglio permanente di amministrazione presso l'unica sede della Cassa, a Roma.

²¹ È un caso interessante di divaricazione nella natura e nella funzione di due organi all'origine sostanzialmente corrispondenti, a conferma dell'ovvia osservazione che il trapianto di istituti da un ordinamento a un altro ha effetti limitatamente prevedibili, in relazione alla diversità del contesto sociale, del quadro normativo, delle prassi applicative.

Va fatta menzione, in questa ricostruzione, anche della legge 27 maggio 1875, n. 2779, voluta da Quintino Sella e realizzata da Marco Minghetti, la quale istituiva le casse di risparmio postali, segnando – come già ricordato - una svolta storica nell’attività della Cdp, da allora innanzi alimentata principalmente dal risparmio postale garantito dallo Stato. Ebbene, l’articolo 19 della legge poneva l’esecuzione della nuova disciplina espressamente sotto la vigilanza della Commissione istituita dall’articolo 6 della legge n. 1270 del 1863, la quale nella sua relazione annua al Parlamento era chiamata a dare conto anche dello sviluppo del risparmio e degli impieghi dei fondi.

Per inquadrare correttamente il ruolo della Commissione di vigilanza, va fatta menzione della sentenza della Corte costituzionale n. 165 del 6 dicembre 1962, che decise la questione di legittimità costituzionale sollevata dalle Sezioni Unite della Corte dei conti in sede di parificazione dei rendiconti della Cassa depositi e prestiti per gli anni 1955, 1956 e 1957, con riguardo all’articolo 5 del testo unico del 1913 e dell’articolo 1 del regio decreto-legge n. 241 del 1933²². La Corte dei conti contestava la legittimità delle norme che attribuivano alla Commissione di vigilanza la competenza ad approvare in via definitiva i rendiconti della Cassa, ritenendole in contrasto con l’articolo 81, primo comma, della Costituzione, nella parte in cui indica nel Parlamento l’unico destinatario della rendicontazione in ambito statale²³. La Corte dichiarò non fondata la questione, ritenendo che l’approvazione dei rendiconti attribuita alla Commissione di vigilanza fosse giustificata dalla peculiarità e dalla rilevanza del bene tutelato, ossia la tutela del risparmio pubblico e dell’interesse dei depositanti, con *“l’istituzione di un controllo peculiare, altrettanto rigoroso di quello che l’ordinamento prevede sulla pubblica spesa, ma distinto da questo in quanto diretto al fine di impedire che l’approvazione dei rendiconti perdesse rilievo nell’ambito della generale approvazione dei rendiconti statali da parte del Parlamento”*²⁴.

La disciplina della Commissione di vigilanza subì poi un’importante modifica con la legge 6 giugno 1973, n. 327, che sostituisce integralmente l’articolo 3, al fine di aggiornare la disposizione ai tempi e assicurare la continuità dell’organo: in particolare, ai sei componenti di nomina parlamentare, tre per ciascun ramo, furono aggiunti sei componenti supplenti, scelti contestualmente ai titolari, e il rinnovo della

²² Cfr. Senato della Repubblica, V legislatura, Doc. X, n. 1, *Relazione sui rendiconti della Cassa depositi e prestiti e degli istituti di previdenza per l’anno finanziario 1967, presentata dalla Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti*, in *Atti interni, Documenti, Volume II*, Roma, 1972. Cfr. altresì S. BATTILOSSI, *Dalla ricostruzione agli anni novanta*, in M. DE CECCO, G. TONIOLO (a cura di), *Storia della Cassa depositi e prestiti. Dalle origini alla fine del novecento*, cit., pp. 289-290.

²³ A seguito della trasformazione della Cassa in società, è venuto meno, naturalmente, il presupposto della questione sollevata dinanzi alla Corte costituzionale, ossia l’approvazione dei rendiconti da parte della Commissione di vigilanza e la sua parificazione da parte della Corte dei conti. Tuttavia, restano valide molte delle considerazioni espresse nella sentenza sulla natura, sulle funzioni e sulla tipologia del controllo spettante all’organo in esame.

²⁴ Per la Corte costituzionale, infatti, la Cassa costituiva un’Amministrazione statale che, tuttavia, *“per la natura delle operazioni che compie, segnatamente nel campo del risparmio pubblico, nel quale la legge l’assimila ad una cassa di risparmio, e in quello della “previdenza” attua una forma particolare di decentramento funzionale che non può non riflettersi anche nel campo della gestione contabile e dei controlli”*.

Commissione, da annuale, venne previsto all'inizio di ogni legislatura, portandone la durata a cinque anni, salvo scioglimento anticipato²⁵. Qualche anno dopo, con il decreto-legge 10 novembre 1978, n. 702, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 gennaio n. 3, i componenti parlamentari furono portati a quattro per ogni Camera²⁶.

Nella storia della Cassa, un altro passaggio di notevole rilevanza è rappresentato dalla legge 13 maggio 1983, n. 197, che ha trasformato la Cdp da Direzione generale del Tesoro in un'Amministrazione autonoma, dotata di organizzazione, patrimonio e bilanci separati da quelli dello Stato, a cui successivamente il decreto-legge 18 gennaio 1993, n. 8 ha riconosciuto la personalità giuridica²⁷. La legge n. 197 del 1983 ha quindi riorganizzato la *governance* della Cassa, individuando all'articolo 5 come organi dell'Istituto il presidente del consiglio di amministrazione, il consiglio di amministrazione, il direttore generale e il collegio dei revisori. Per quanto riguarda invece la Commissione di vigilanza, invece, l'articolo 1, terzo comma - tuttora vigente - stabilisce espressamente che "Il Parlamento esercita il controllo sull'attività della Cassa depositi e prestiti per il tramite della Commissione parlamentare di vigilanza", alla quale continuano ad applicarsi le disposizioni del testo unico del 1913. Possono quindi individuarsi due profili interessanti: la Commissione di vigilanza non è più un organo della Cdp, e ad essa viene

²⁵ Nella seduta della Commissione Finanze e Tesoro del 21 febbraio 1973, all'inizio dell'esame in prima lettura del provvedimento (A.S. 564) in sede deliberante, il relatore Segnana chiariva che l'estensione a cinque anni del periodo di durata in carica, allora fissato in un anno, dei componenti della Commissione in questione si era "*resa necessaria in quanto il periodo di un anno (era) apparso insufficiente a causa dei vari adempimenti connessi al perfezionamento delle nomine dei singoli membri, con riflessi negativi sulla funzionalità della Commissione di vigilanza*". Cfr. Senato della Repubblica, VI legislatura, Bollettino n. 62 delle Commissioni permanenti, 11-12.

²⁶ Il decreto-legge n. 702 del 1978, in materia di finanza locale, presentato dall'allora Ministro del tesoro Pandolfi, tra l'altro ampliava il ruolo della Cdp nel sostegno finanziario agli enti locali. La modifica nella composizione della Commissione di vigilanza fu dovuto all'approvazione di un emendamento presentato dalla Commissione (finanze e tesoro) in Assemblea, in assenza peraltro di alcuna specifica motivazione emergente dal dibattito. Si può presumibilmente ricondurre all'esigenza di un ampliamento della rappresentanza parlamentare nel quadro della "solidarietà nazionale".

²⁷ Sulla legge n. 197 del 1983, cfr. V. BARNATO, *La ristrutturazione della Cassa Depositi e Prestiti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/1986, p. 1084 ss. L'Autore ricostruisce le vicende che condussero al riassetto della Cassa, reso necessario dai cambiamenti intervenuti nel corso degli anni settanta nel ruolo di Cdp, soprattutto in merito al rapporto con gli enti locali: nuove funzioni furono attribuite alla Cassa, ad esempio, dai due "decreti Stammati" del 1977, diretti ad affrontare la grave situazione finanziaria del settore pubblico locale. Fu pertanto istituita, il 1° febbraio 1977, una Commissione di studio presieduta dal senatore Siro Lombardini, con il compito di elaborare il progetto di riforma della Cassa. Il progetto, predisposto nell'ottobre 1977, prevedeva, tra le altre cose, l'eliminazione della Commissione di vigilanza, ritenuta superflua a fronte del rafforzamento dei controlli della Corte dei conti. Il successivo progetto di legge, presentato alla Camera dei deputati il 22 settembre 1980, ricalcava le linee tracciate dalla Commissione Lombardini ma reintroduceva la Commissione di vigilanza. Nel corso dell'esame parlamentare in Commissione, un comitato ristretto elaborava un nuovo testo, che veniva successivamente approvato in poche sedute, in sede legislativa sia alla Camera che al Senato, nell'aprile 1983. Sull'attività e le conclusioni della Commissione Lombardini, cfr. M. T. SALVEMINI, *La Cassa depositi e prestiti. Appunti per una discussione*, Giuffrè, Milano, 1978, ove si illustrano in modo approfondito i rapporti della Cassa con il Tesoro e con gli enti territoriali, e si riporta in appendice un documento delle federazioni sindacali dei dipendenti sulla ristrutturazione dell'Istituto che chiedeva, tra l'altro, il rafforzamento del controllo esercitato dalla Commissione di vigilanza, superando gli inconvenienti derivanti dalla limitata rappresentatività degli schieramenti politici (114-115).

riconosciuta la funzione di controllo sulla Cassa per conto del Parlamento, rimarcata dall'aggiunta dell'aggettivo "parlamentare" alla sua denominazione²⁸.

All'esito di questa parabola, il decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni dalla legge 30 novembre 2003, n. 326, nel sancire la trasformazione della Cdp in società per azioni, all'articolo 5, comma 9, nella sostanza ribadisce, ha confermato la Commissione di vigilanza per quanto riguarda la gestione separata²⁹. Tale gestione, oltre ad essere assistita dalla garanzia dello Stato³⁰, è espressamente sottoposta al potere di indirizzo del Ministro dell'economia e delle finanze³¹; va aggiunto che per la gestione separata, il consiglio di amministrazione della Cdp è integrato, ai sensi del comma 10 del citato articolo 5, dal Ragioniere generale dello Stato, dal Direttore generale del Tesoro e da tre esperti in materia finanziaria, scelti sulla base di indicazioni formulate dalle autonomie territoriali (regioni, provincie, comuni)³². Permane pertanto in tale settore una connotazione pubblicistica nell'amministrazione, evidentemente correlata alla presenza della garanzia dello Stato per il risparmio postale.

Dopo questo fondamentale passaggio, la veste privatistica assunta dalla Cdp ha determinato un netto cambiamento nel ruolo e nell'attività svolta dalla Commissione di vigilanza. Come si è già rilevato, a

²⁸ Per fare un confronto, gli articoli 3, 4 e 5 del testo unico del 1913, che disciplinano la Commissione di vigilanza, sono inseriti nel Titolo I, recante la rubrica "Amministrazione".

²⁹ Peraltro, l'articolo 1, comma 253, della legge 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015) ha modificato tale disposizione per riconoscere alla Commissione parlamentare per il controllo degli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza sociale la vigilanza sulla gestione separata relativamente alle operazioni di finanziamento e sostegno del settore pubblico realizzate con riferimento all'intero settore previdenziale e assistenziale. La modifica è stata introdotta a seguito dell'approvazione, nel corso dell'esame in prima lettura presso la Camera dei deputati, di un emendamento presentato dall'onorevole Di Gioia, allora Presidente della Commissione parlamentare di controllo sugli enti gestori. La nuova disposizione fa espressamente salve le attribuzioni della Commissione di vigilanza sulla Cdp, ma obiettivamente la formulazione risultante, per quanto riguarda il fondamento normativo e l'ambito operativo dell'organo in esame, appare meno chiara e intellegibile di quella originaria.

³⁰ La separazione è prevista ai soli fini contabili e organizzativi, come risulta dall'articolo 5, comma 8, del decreto-legge n. 269 del 2003: si tratta quindi di una segmentazione delle risorse all'interno di un'unica attività e non di una vera e propria segregazione, tant'è vero che viene redatto un unico bilancio di esercizio. La separazione delle due gestioni è volta ad assicurare la compatibilità con la normativa europea in materia di aiuti di Stato, concorrenza e trasparenza, la quale richiede che le attività che beneficiano di una compensazione da parte dello Stato abbiano una contabilità autonoma. Cfr. G. DELLA TORRE, *Verso e dopo la privatizzazione: alcune note dai rendiconti annuali*, in M. DE CECCO, G. TONIOLO (a cura di), *Storia della Cassa depositi e prestiti. Un nuovo corso: la società per azioni*, cit., pp. 236-238.

³¹ Sul potere di indirizzo del Ministro dell'economia e delle finanze, cfr. D. COLACCINO, *Dallo Stato azionista allo Stato investitore*, in M. MACCHIA (a cura di) Rapporto IRPA, n. 1, 2015, *Le società pubbliche a partecipazione statale*, www.irpa.eu, nonché G. M. CARUSO, *Il socio pubblico tra ruolo e funzione*, in *Amministrare*, n. 1, 2018, p. 7 ss. Va evidenziato che il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 18 giugno 2004, nel fissare i criteri per la determinazione da parte di Cdp delle condizioni di raccolta e di impiego delle risorse nell'ambito della gestione separata, ha qualificato, all'articolo 1, comma 2 e all'articolo 10, comma 1, il risparmio postale e il finanziamento alla Pubblica Amministrazione come "servizi di interesse economico generale", dato che conferma lo spiccato carattere pubblicistico di tale gestione. Il successivo decreto ministeriale del 27 gennaio 2005 ha stabilito i criteri di acquisizione di nuove partecipazioni da parte di Cdp.

³² Si tratta di una parte dei componenti del Consiglio di amministrazione della Cassa indicati dall'articolo 7, primo comma, della già menzionata legge n. 197 del 1983, a conferma della persistenza, nella gestione separata, di istanze di diritto pubblico.

partire dalla fine della XIV legislatura, è cessata la predisposizione della relazione annuale al Parlamento sulla situazione della Cdp, ritenuta presumibilmente incompatibile con la disciplina di una società per azioni, pur in mancanza di un'esplicita abrogazione della relativa disposizione.

3. La struttura della Commissione di vigilanza: composizione e durata

La Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti trova la propria disciplina fondamentale negli articoli 3, 4 e 5 del testo unico approvato con il regio decreto 2 gennaio 1913, n. 453.

Sotto il profilo strutturale, si tratta di una commissione mista, composta da otto parlamentari - quattro senatori e quattro deputati - da tre consiglieri di Stato³³ e da un consigliere della Corte dei conti. I parlamentari sono scelti dalle rispettive Camere all'inizio di ogni legislatura e nell'intervallo tra una legislatura e l'altra continuano a far parte della Commissione. Oltre ai quattro titolari, vengono designati altrettanti supplenti, chiamati a sostituirli in caso di cessazione dell'incarico. I componenti "laici", nominati dal presidente del Consiglio di Stato o dal presidente della Corte dei conti, in relazione all'organo di appartenenza, restano in carica per lo stesso periodo previsto per i parlamentari e possono essere riconfermati, cessando comunque in caso di collocamento a riposo. Si stabilisce inoltre che la Commissione nomina tra i propri componenti il presidente e il vicepresidente.

La scelta dei componenti della Commissione di vigilanza da parte dei due rami del Parlamento avviene mediante elezione a scrutinio segreto, che si svolge in modo distinto, per i titolari da un lato e per i supplenti dall'altro. Il voto è limitato, secondo le modalità previste, rispettivamente, dall'articolo 25, comma 1, del regolamento del Senato e dall'articolo 56, comma 1, di quello della Camera: è infatti possibile indicare fino a un massimo di tre nomi, così da rendere possibile anche alle minoranza di esprimere (almeno) un componente della Commissione per ramo del Parlamento³⁴.

L'inserimento nel calendario dei lavori delle Assemblee del Senato e della Camera dei deputati, dell'elezione dei componenti della Commissione di vigilanza, viene stabilito dalle rispettive Conferenze dei capigruppo, una volta raggiunte le intese tra i gruppi parlamentari dei due rami del Parlamento,

³³ A proposito dei consiglieri di Stato, la stampa ha dato notizia di una presunta polemica, nell'ambito dell'organo di autogoverno della magistratura amministrativa, sulla legittimazione di un magistrato di Tar a ricoprire la posizione di componente della Commissione di vigilanza sulla Cdp: "*a dispetto dell'equiparazione delle due qualifiche, si insisteva a dire che l'incarico doveva toccare per forza a un consigliere di Stato in base a prerogativa prevista da una legge del 1913*". Cfr. l'articolo di Ilaria Proietti su *il Fatto Quotidiano* del 13 maggio 2021.

³⁴ Nella XVIII legislatura le votazioni presso i due rami del Parlamento si sono svolte nello stesso giorno, il 3 aprile 2019. Può essere interessante notare che, mentre in Senato è stata utilizzata un'unica scheda con una sezione per i titolari e un'altra per i supplenti, alla Camera ciascun deputato ha ricevuto, allo scopo, due schede distinte. Cfr. Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Assemblea, res. sten. 3 aprile 2019, 106^a seduta, p. 71, e Camera dei deputati, XVIII legislatura, Assemblea, res. sten. seduta 3 aprile 2019, 155^a seduta, p. 27.

ovviamente di natura prettamente “politica”, in assenza di formali candidature e di un voto bloccato o di lista.

Sotto il profilo strutturale, una prima peculiarità della Commissione attiene alla durata in carica dei componenti.

Si è già rilevato che i membri di nomina parlamentare, nell’intervallo tra una legislatura e l’altra, continuano a far parte della Commissione di vigilanza. La disposizione è evidentemente volta ad assicurare la continuità delle funzioni di vigilanza. Ciò si desume, oltre che dal citato articolo 3 del testo unico del 1913, anche dal più esplicito articolo 14, quarto comma, del regolamento di esecuzione del suddetto testo unico, approvato con decreto luogotenenziale 23 marzo 1919 n. 1058, secondo cui “nell’intervallo delle sessioni e legislature i senatori e i deputati continueranno a far parte della Commissione fino a nuova elezione”.

Sulla base di tali disposizioni, la Commissione di vigilanza non viene meno a seguito dell’avvio della nuova legislatura, ossia con la prima seduta delle nuove Camere, ma la *prorogatio* prosegue sino all’insediamento della nuova Commissione. Infatti, è il Presidente “uscente” che si attiva, dopo l’elezione dei componenti di nomina parlamentare per l’integrazione del collegio, richiedendo ai Consigli di Presidenza della giustizia amministrativa e della Corte dei conti la designazione dei componenti di loro spettanza³⁵, ed è sempre il Presidente “uscente” a convocare la prima seduta della nuova Commissione recante all’ordine del giorno il primo adempimento, ossia l’elezione del nuovo ufficio di Presidenza³⁶.

Si tratta di una significativa differenza rispetto alle Commissioni parlamentari bicamerali: esse, al pari delle Commissioni permanenti, cessano con la fine della legislatura, ossia il giorno precedente la prima riunione delle nuove Camere, e per la loro ricostituzione l’iniziativa è assunta dai Presidenti dei due rami del Parlamento³⁷.

³⁵ Le successive fasi procedurali saranno disciplinate dal regolamento sugli incarichi dei magistrati della Corte dei conti (ai sensi del d.P.R. 27 luglio 1995, n. 388), nonché dal regolamento sugli incarichi dei magistrati amministrativi (ai sensi del d.P.R. 6 ottobre 1993, n. 418), secondo cui i consigli di presidenza rispettivamente della Corte dei conti e della giustizia amministrativa provvedono alle designazioni di competenza.

³⁶ Cfr. Camera dei deputati, XIV legislatura, Assemblea, seduta del 18 dicembre 2001, n. 80, quando il Presidente ricorda che “l’iniziativa per la convocazione della predetta Commissione (...) spetta per prassi al presidente uscente”. Sul punto, cfr. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 395.

³⁷ Questa sorta di ultra-*prorogatio*, che rappresenta un’eccezione rispetto al principio desumibile dall’articolo 61 della Costituzione, accomuna la Commissione di vigilanza ai componenti delle delegazioni parlamentari internazionali che, in base ai regolamenti dei rispettivi organismi internazionali, restano in carica fino alla ricostituzione della delegazione (non oltre, però, un semestre dalla data delle elezioni), nonché agli organi dell’autodichia del Senato, secondo quanto previsto dalla deliberazione del Consiglio di Presidenza del 5 dicembre 2005, n. 180, a garanzia della continuità della tutela giurisdizionale. Per un inquadramento della *prorogatio* e delle differenze rispetto alla proroga, che si riferisce, com’è noto, alla possibilità di allungare la durata della legislatura in caso di guerra, cfr. S. TRAVERSA, *Proroga e prorogatio*, Colombo, Roma, 1984.

Peraltro, si potrebbe al riguardo porre la questione se la Commissione di vigilanza “uscente” possa svolgere la propria attività ordinaria di controllo anche dopo l’inizio della nuova legislatura e fino all’insediamento della nuova Commissione. In linea di massima, sembra più corretto e in linea con i principi generali che, a seguito dell’insediamento delle nuove Camere, l’attività della Commissione uscente sia limitata agli adempimenti del Presidente necessari per la costituzione della nuova Commissione. Tuttavia può ammettersi in via eccezionale, per assicurare la continuità della vigilanza, che la Commissione eserciti alcune delle proprie funzioni - essenzialmente quelle di carattere cognitorio, forse quelle valutative, certamente non le attività deliberative - al fine di trasmettere alla Commissione in via di insediamento gli elementi e le indicazioni di vigilanza, così da salvaguardare le istanze di tutela connesse al risparmio postale gestito da Cdp.

La prospettiva può peraltro mutare se si configura la Commissione di vigilanza come organo non parlamentare (questione su cui si tornerà più avanti): in tal caso, piuttosto che *prorogatio*, può parlarsi più propriamente di continuità dell’organo con avvicendamento dei componenti, che se parlamentari permangono in carica quali componenti del collegio.

Altra questione problematica emersa nella prassi concerne la posizione dei componenti supplenti, secondo quanto si è verificato all’inizio della XVIII legislatura. Il senatore Turco (M5S), componente effettivo della Commissione di vigilanza dal 3 aprile 2019, è stato nominato, il 13 settembre 2019, sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri nel Governo Conte II³⁸. A seguito delle dimissioni del senatore Turco da componente titolare della Commissione di vigilanza, si è posta la questione della individuazione della procedura da seguire per la sua sostituzione.

Con riguardo ai precedenti, in Senato nella XIII legislatura, a seguito della cessazione dall’incarico di membro effettivo della Commissione della senatrice Bianca Maria Fiorillo, appartenente al gruppo parlamentare “Rinnovamento italiano”, nominata sottosegretaria del Governo D’Alema, si è proceduto all’elezione suppletiva, all’esito della quale è risultato eletto componente effettivo il senatore Vittorio Mundi, dello stesso gruppo³⁹. Presso la Camera, invece, nella XIV legislatura, nella seduta del 16 maggio 2005, il Presidente ha dato annuncio della sostituzione del deputato Francesco Saverio Romano (Udc), membro effettivo della Commissione Cdp, con il deputato Ettore Peretti (Udc), che peraltro non risultava essere componente supplente. Nella XVII legislatura, invece, nella seduta dell’11 giugno 2014, il

³⁸ Dalla nomina a Sottosegretario, tuttavia, non consegue automaticamente la cessazione dall’incarico di componente della Commissione di vigilanza, in quanto la legge non prevede espressamente, in tale ipotesi, l’incompatibilità o la decadenza, mentre, ad esempio, nella Commissione parlamentare di vigilanza RAI il regolamento interno stabilisce in modo esplicito che i componenti del Governo cessano di appartenere al Collegio: pertanto può procedersi alla sostituzione solo a fronte di dimissioni, come appunto è accaduto.

³⁹ Cfr. Senato della Repubblica, XIII legislatura, Assemblea, Resoconto stenografico del 18 novembre 1998, 2 e 31.



Presidente ha chiamato a far parte della Commissione, in sostituzione del deputato Angelo Rughetti (Pd), membro effettivo entrato a far parte del Governo Renzi, la deputata Raffaella Mariani (Pd), già componente supplente della Commissione. Non si sono quindi svolte, nei due casi considerati, elezioni suppletive.

A livello normativo, il suddetto testo unico del 1913, all'articolo 3, terzo comma, prevede che: "Per ciascun parlamentare membro effettivo è designato un supplente, chiamato a sostituirlo in caso di cessazione dall'incarico".

Alla fine, il Presidente del Senato ha nominato componente effettivo della Commissione, in sostituzione del senatore Turco, il senatore Presutto⁴⁰. È stata così accolta l'interpretazione che prevede il subentro del supplente al titolare senza ricorso a elezioni suppletive; va tuttavia notato che la sostituzione potrebbe diventare controversa nel caso di assenza di un supplente appartenente al medesimo gruppo parlamentare del titolare, anche perché, al di là della lettera della disposizione, i componenti supplenti non si riferiscono a specifici componenti titolari. In assenza di una comune appartenenza politica, quale criterio sussidiario si potrebbe ricorrere, per individuare il supplente, al numero dei voti conseguiti. In caso di cessazione del titolare appartenente all'opposizione, tuttavia, il ricorso a un criterio quantitativo potrebbe determinare l'eliminazione dalla delegazione delle minoranze: in tal caso, sarebbe quindi preferibile far subentrare, indipendentemente dai voti conseguiti, il supplente appartenente ad un gruppo di opposizione.

Infine, sempre sotto il profilo strutturale, va rilevato che, pur in assenza di una espressa disposizione in tal senso, per regola assolutamente consolidata alla Presidenza della Commissione è eletto uno dei componenti di nomina parlamentare, mentre non è stabilito, né in via normativa né per prassi, che essa spetti a un esponente dell'opposizione. Si registra invece, nelle ultime tre legislature, un'alternanza nella Presidenza tra senatori e deputati, ma si tratta di una regolarità ancora in fase di consolidamento⁴¹.

Va infine fatto presente che la Commissione di vigilanza ha sede, principalmente, presso la Cassa depositi e prestiti, ma può riunirsi anche in altro luogo: è accaduto di frequente, nel corso delle ultime due legislature, che le riunioni si tenessero presso i locali del Parlamento. La segreteria della Commissione è svolta dagli uffici della Cdp, con il supporto di funzionari parlamentari.

⁴⁰ Nella seduta del Senato del 3 aprile 2019, sono stati eletti componenti supplenti della Commissione i seguenti senatori: Mollame (M5S), Pazzagliani (L-SP) e Presutto (M5S), tutti e tre con 146 voti, e Grimani (all'epoca Pd, ora Iv-Psi), con 49 voti.

⁴¹ Si riportano, a riscontro, i Presidenti della Commissione di vigilanza a partire da 1994: XII legislatura: on. Giovanni Pace, Msi; XIII legislatura: sen. Sartori, Ds; XIV legislatura on. Patarino, An; XV legislatura: on. Fundarò, Verdi; XVI legislatura: on. Foti, Pdl; XVII legislatura: sen.ce Bonfrisco –Pdl poi Conservatori, riformisti; XVIII legislatura: on. Giacomoni, Fi.

4. Le funzioni della Commissione di vigilanza

Definiti i caratteri essenziali, sotto il profilo strutturale, della Commissione di vigilanza, occorre determinarne le funzioni. Il tema si rivela subito problematico, in presenza di una marcata discrasia tra quanto previsto dalla normativa di riferimento e la prassi delle ultime legislature.

L'articolo 4 del testo unico del 1913, riporta una serie di disposizioni sulla sfera di competenza della Commissione di vigilanza: si prevede che, al termine di ogni quadrimestre, sia sottoposta al collegio, oltre che al Ministro del tesoro, la situazione contabile delle varie aziende componenti l'amministrazione della Cdp; è attribuita alla Commissione la facoltà di disporre o di procedere a tutte le verifiche reputate necessarie; si stabilisce che il presidente della Commissione presenti ogni anno al Parlamento una relazione "sulla direzione morale e sulla situazione materiale" dell'amministrazione della Cassa e degli istituti di previdenza⁴². Il successivo articolo 5 attribuisce alla Commissione di vigilanza l'approvazione dei rendiconti consuntivi della Cassa, delle gestioni annesse e degli istituti di previdenza: si aggiunge che i rendiconti, parificati dalla Corte dei conti, vanno pubblicati in allegato alla menzionata relazione al Parlamento entro l'anno successivo a quello a cui si riferiscono.

Il regolamento di esecuzione del testo unico, approvato con decreto luogotenenziale 13 marzo 1919, n. 1058, all'articolo 15 specifica che ogni anno l'Amministrazione della Cdp deve presentare annualmente alla Commissione di vigilanza una relazione sulla gestione dell'anno precedente, che metta in evidenza l'attivo e il passivo finale e ogni altro elemento occorrente ai fini della predisposizione della relazione annuale al Parlamento.

Si tratta di disposizioni che non risultano esplicitamente abrogate⁴³, ma che in gran parte hanno cessato di avere applicazione, a seguito delle trasformazioni a cui è andata incontro la *governance* della Cassa nella seconda metà del novecento, fino alla trasformazione in società per azioni, ad opera del citato decreto-legge n. 269 del 2003, che ha determinato un radicale processo di riorganizzazione strutturale, in senso privatistico, della Cassa, incidendo inevitabilmente anche sulla posizione e sulle funzioni della Commissione di vigilanza.

⁴² Di tali relazioni è prevista la pubblicazione sui siti *Internet* dei due rami del Parlamento, nell'ambito degli atti non legislativi, al Doc. X, intitolato appunto "Relazione della Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti". Si aggiunge che sul sito dell'Archivio storico del Senato, una sezione è specificamente dedicata alla stessa Commissione, con l'indicazione - per ciascuna legislatura - della composizione e dei documenti pubblicati.

⁴³ A differenza del regio decreto-legge 26 gennaio 1933, n. 241, recante disposizioni in materia di documenti contabili della Cassa depositi e prestiti, che all'articolo 1 ribadiva l'approvazione da parte della Commissione di vigilanza dei rendiconti consuntivi predisposti dall'amministrazione, da presentare al Parlamento in allegato alla relativa relazione, dopo la parificazione da parte della Corte dei conti. L'atto è stato abrogato dal decreto-legge 22 dicembre 2008, n. 200, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2009, n. 9 (uno dei provvedimenti "taglia-leggi").



La Commissione ha infatti cessato, dalla XV legislatura, di trasmettere alle Camere la relazione annuale sulla gestione, anche in relazione alla riorganizzazione del sistema dei controlli a seguito della privatizzazione della Cassa.

In ogni caso, la permanente operatività della Commissione di vigilanza, da un lato, e l'evoluzione del ruolo della Cassa, dall'altro, hanno reso progressivamente manifesta l'esigenza di adeguamento delle modalità con le quali la Commissione svolge le proprie funzioni, certamente nell'ambito di quanto stabilito dalla legge, ma sulla base della corretta determinazione della natura e del ruolo riconosciuto a quest'organo.

5. La Commissione di vigilanza nelle legislature XVII e XVIII

A partire dalla XVII legislatura, comunque, la Commissione di vigilanza, sotto la presidenza della senatrice Bonfrisco, ha mostrato una rinnovata vitalità, confermata nella XVIII con la Commissione presieduta dall'onorevole Giacomoni.

In particolare, nella XVII legislatura, la Commissione di vigilanza ha deliberato lo svolgimento di una serie di attività conoscitive, condotte mediante audizioni e approfondimenti, aventi ad oggetto diversi settori di operatività della Cdp. All'esito di tali attività, sono state approvate quattro distinte relazioni: sulla gestione separata e sull'evoluzione del risparmio postale (22 marzo 2016); sul ruolo di Cdp per lo sviluppo infrastrutturale del Paese (18 dicembre 2017); sul ruolo di Cdp per lo sviluppo sostenibile dei territori (22 marzo 2018); all'esito della seconda indagine sull'evoluzione del risparmio postale (22 marzo 2020).

Tali relazioni sono state trasmesse al Parlamento e quindi pubblicate sul relativo sito *internet*, nonché su quelli delle due Camere, nell'ambito dei documenti "numerati". È da notare che, a tale scopo, le relazioni conclusive delle indagini conoscitive sono state inserite nella stessa categoria (doc. X), ove fino alla XIV legislatura venivano pubblicate, in base alla legge, le relazioni annuali sulla direzione morale e sulla situazione materiale della Cassa, poi cadute in desuetudine. In effetti, questa forma di pubblicità delle nuove relazioni si pone in coerenza con quanto previsto dal citato articolo 4 del testo unico del 1913, dal momento che mira a rendere attuale ed efficace, aggiornandone le modalità operative, la funzione di controllo alla luce dei significativi mutamenti intervenuti nella natura, nei compiti e nell'attività della Cdp. Nella XVIII legislatura, la Commissione di vigilanza ha ripreso il metodo delle procedure conoscitive per filoni tematici e ha proseguito nel rafforzamento delle forme di pubblicità delle proprie riunioni. Per il primo aspetto, a luglio 2020 sono state avviate attività di indagine in materia di misure attivate da Cdp nel contesto dell'emergenza da Covid-19; sul ruolo di Cdp a supporto del sistema delle imprese; in materia

di sviluppo infrastrutturale del Paese; sul ruolo di Cdp a supporto della finanza locale; in tema di evoluzione del risparmio postale.

Nella riunione del 18 marzo 2021, la Commissione di vigilanza ha approvato la relazione sulle misure attivate da Cassa depositi e prestiti nel contesto dell'emergenza Covid-19, presentata dalla senatrice Ferrero e dall'onorevole Dal Moro in qualità di relatori⁴⁴.

Per quanto concerne la trasparenza, in primo luogo è stata attivata, sul sito istituzionale della Cdp, una sezione dedicata alla Commissione di vigilanza, destinata a contenere la documentazione relativa all'attività dell'organo, con particolare riguardo alle indagini conoscitive. Inoltre, si è stabilito di pubblicare in tale sezione una sintesi illustrativa dei verbali della Commissione, che rappresenta una rilevante innovazione per riunioni caratterizzate, fino ad oggi, da riservatezza anche sulla stessa convocazione. In più, nell'ottobre 2020 la Commissione di vigilanza ha approvato una modifica al proprio regolamento interno, risalente al 2009, per consentire, analogamente a quanto previsto per le Commissioni parlamentari permanenti e bicamerali, la pubblicità delle riunioni mediante l'attivazione di impianti audiovisivi, anche a carattere telematico, con una serie di limiti e di prescrizioni a tutela della riservatezza delle informazioni e dei dati sensibili, in relazione al possibile impatto sui mercati e sulle società quotate o emittenti strumenti finanziari, nonché a salvaguardia delle funzioni di vigilanza della Commissione.

Peraltro, nel corso del 2020, il ruolo e le funzioni della Commissione di vigilanza sono state oggetto di attenzione e di discussione direttamente in Parlamento, nell'ambito dell'esame di alcuni dei provvedimenti d'urgenza adottati per affrontare le gravi ricadute economiche e sociali correlate alle misure di contenimento dell'emergenza pandemica.

In primo luogo, in sede di conversione, presso la Camera dei deputati, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (cd. decreto "liquidità"), è stato approvato un emendamento presentato dal presidente Giacomoni, che ha introdotto all'articolo 3, recante disposizioni sulla SACE S.p.A., un comma 3-*bis*, ai sensi del quale la Commissione di vigilanza su Cdp può avvalersi, d'intesa con i Presidenti di Senato e Camera, delle necessarie risorse strumentali a supporto delle funzioni ad essa attribuite⁴⁵.

⁴⁴ La relazione si articola in due parti, la prima dedicata alle iniziative adottate da Cdp a supporto degli enti territoriali, la seconda focalizzata sulle misure a sostegno del settore produttivo, che vengono distinte in interventi indiretti, attivati mediante il canale bancario, e operatività diretta nei confronti delle imprese. La relazione rimarca che, nel corso del 2020, gli interventi a sostegno del tessuto imprenditoriale hanno registrato, nel complesso, volumi per oltre 6 miliardi di euro.

⁴⁵ Può essere interessante notare che, al momento della votazione dell'emendamento (3.7), il relatore ha subordinato il parere favorevole alla sua riformulazione, mentre il rappresentante del Governo si è rimesso alla Commissione, posto che l'emendamento "*attiene ad una questione di competenza prettamente parlamentare*". Cfr. Camera dei deputati, Commissioni riunite VI e X, seduta del 21 maggio 2020. La versione originaria della proposta emendativa aveva una portata molto più ampia, sia dal punto di vista funzionale, estendendo la vigilanza della Commissione sui programmi generali di sostegno all'esportazione e all'esternalizzazione adottati da Cdp e Sace, sia dal punto di vista strutturale, prevedendo la fruizione di personali, locali e strumenti messi a disposizione dalle due Camere, che avrebbero ripartito tra loro le spese

Successivamente, nel corso dell'esame del disegno di legge di conversione del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 23 (cd. decreto "Rilancio"), l'articolo 27, concernente la costituzione del "Patrimonio destinato" presso la Cdp, le cui risorse, pari a 44 miliardi di euro, sono destinate all'attuazione di interventi e operazioni di sostegno e rilancio del sistema economico-produttivo italiano, ha offerto l'occasione di una discussione sul ruolo e le funzioni della Commissione di vigilanza⁴⁶.

L'onorevole Giacomoni, insieme ad altri deputati, ha presentato infatti un emendamento, il 27.4, volto ad attribuire alla Commissione di vigilanza le funzioni di controllo anche sui programmi generali adottati da Cdp in relazione al Patrimonio destinato, emendamento che alla fine è stato ritirato a seguito della posizione assunta dai relatori. Da parte dei sostenitori della proposta, è stata rimarcata l'esigenza di predisporre una vigilanza adeguata sulla Cassa, in considerazione del poderoso stanziamento assicurato al nuovo strumento di intervento; si è inoltre sottolineata la differenza tra le funzioni di indirizzo, attribuite alle competenti Commissioni parlamentari in sede consultiva sulla normativa di attuazione del Patrimonio destinato, dalle funzioni prettamente di controllo, già riconosciute alla Commissione di vigilanza, che avrebbe potuto assolvere ai nuovi compiti in modo appropriato, anche in considerazione della nomina dei suoi componenti parlamentari con voto delle Assemblee. A tali argomenti si è replicato richiamando la composizione mista della Commissione di vigilanza, che la pone in una posizione peculiare rispetto al Parlamento, nonché la separatezza del nuovo Patrimonio rispetto alle risorse provenienti dal risparmio postale: di conseguenza, la ridefinizione delle competenze di tale Commissione avrebbe dovuto perseguirsi non mediante la decretazione d'urgenza ma con uno specifico provvedimento di natura ordinaria⁴⁷.

6. Il dibattito nella dottrina di diritto parlamentare

Dopo aver illustrato la composizione e le funzioni della Commissione di vigilanza, nonché le origini e gli sviluppi della sua attività, occorre dare conto delle posizioni assunte dagli studiosi di diritto parlamentare sulla natura di questo organo, così da raccogliere ulteriori elementi utili a tracciare alcune considerazioni di sintesi.

di funzionamento. Si trattava, in effetti, di un passo sostanziale verso la piena "parlamentarizzazione" della Commissione.

⁴⁶ Cfr. Camera dei deputati, XVII legislatura, V Commissione permanente, resoconto della seduta del 2 luglio 2020, 38-39.

⁴⁷ Il Presidente Giacomoni si è fatto inoltre sostenitore della proposta di istituire un fondo sovrano italiano pubblico-privato che, una volta individuate le priorità in Parlamento, operi con logiche privatistiche di investimento, analoghe a quelle delle società di gestione del risparmio private. Il fondo sarebbe gestito da Cdp e vedrebbe il coinvolgimento delle Sgr italiane e di altre istituzioni finanziarie, con la finalità di sostenere la patrimonializzazione e la capacità di investimento del *Made in Italy*. Cfr. S. GIACOMONI, *Urge un fondo sovrano*, Milano finanza, 12 settembre 2020.

In epoca statutaria, la dottrina non ha prestato attenzione particolare alla questione della natura parlamentare o meno della Commissione di vigilanza, soffermandosi invece sulla classificazione delle sue funzioni, ricondotte per lo più all'ambito dei controlli di carattere sostanzialmente amministrativo su determinati servizi pubblici, per i quali si poneva un'esigenza di garanzia della pubblica fede⁴⁸.

Durante il periodo repubblicano, una parte degli studiosi ha negato decisamente il carattere parlamentare della Commissione, sulla base di una impostazione molto esigente, che considera come organi bicamerali in senso proprio solo *“quei collegi ad esclusiva, integrata e paritetica composizione con deputati e senatori appartenenti al maggior numero di gruppi, che sono raccordati alle due Camere, nell'esercizio di funzioni ad esse intestate, mediante meccanismi analoghi a quelli stabiliti per le Commissioni permanenti”*⁴⁹.

Una diversa impostazione, individuando quale criterio di discriminare più certo e convincente la natura delle funzioni esercitate, ha ritenuto che la composizione mista non costituisse argomento sufficiente ad escludere il carattere parlamentare di una Commissione, soffermandosi in particolare sulle tre Commissioni di vigilanza (allora esistenti) sopravvissute all'epoca statutaria (sulla Cassa depositi e prestiti, sul debito pubblico, sull'istituto di emissione). All'esito di un articolato ragionamento, tale orientamento ha ascrivuto solo le Commissioni di vigilanza alla categoria degli organi parlamentari, sulla base della funzione di controllo esercitata in ausilio al Parlamento, e di una serie di elementi esegetici sussidiari, in particolare per il fatto che tali collegi eleggono direttamente i propri organi direttivi e sono provvisti di un meccanismo di raccordo con le Camere (ossia la presentazione al Parlamento di una relazione annuale)⁵⁰.

⁴⁸Cfr. M. MANCINI, U. GALEOTTI, *Norme e usi del Parlamento italiano. Trattato pratico di diritto e procedura parlamentare*, Tipografia della camera dei deputati, Roma, 1887, pp. 408-409, ove le Commissioni di vigilanza sono ricondotte alla “funzione ispettiva amministrativa” del Parlamento, considerato che *“tutte queste Commissioni esercitano, per delegazione del Parlamento, un'alta vigilanza sulle anzidette amministrazioni; e dell'ufficio loro danno conto con relazioni annuali, che vengono comunicate alle due Camere, nelle quali esse portano un giudizio piuttosto morale che contabile delle gestioni vigilate. Ond'è che l'opera loro non esclude per nulla l'esame e il riscontro della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato sugli atti di dette amministrazioni; anzi per alcune di esse questo riscontro è dalla legge stessa espressamente richiesto”*. In senso solo in parte analogo A. BRAGAGLIA, *Il sindacato parlamentare. Principii – norme – forme*, Roux e Viarengo, Torino-Roma, 1903, che inserisce la Commissione di vigilanza sulla Cdp tra quelle che partecipano della funzione ispettiva finanziaria, specificando che essa *“è guarentigia ai diritti e ai patrimoni degli enti amministrativi e dei privati”*. Cfr. altresì V. MICELI, *Principii di diritto parlamentare*, Società editrice libraria, Milano, 1910, p. 107 ss., in cui si osserva che *“come conseguenza del potere attribuito alle Camere in materia di finanze pubbliche, viene poi ad esse accordato il diritto di una speciale vigilanza su certi servizi pubblici che esercitano maggiore influenza sull'ordinamento economico e sul credito dello Stato”*, esprimendosi peraltro un certo scetticismo sull'efficacia della sorveglianza svolta da tali Commissioni, giacché le relazioni annuali *“costituiscono piuttosto dei documenti d'informazione anzi che un mezzo per dare alle Camere l'opportunità di esercitare su quei servizi un'azione efficace. Esse infatti non danno luogo a discussione e a votazione nelle assemblee”*.

⁴⁹ Cfr. C. CHIMENTI, *Gli organi bicamerali nel Parlamento italiano*, Edizioni di Comunità, Milano, 1979, p. 109. L'Autore, sulla base dello stesso, criterio nega il carattere parlamentare alla (allora esistente) Commissione di vigilanza sul debito pubblico.

⁵⁰ Cfr. G.F. CIAURRO, *Le Commissioni bicamerali nell'esperienza parlamentare italiana*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, n.1, 1981, p. 295 ss. Delle altre due Commissioni miste di vigilanza, quella sull'istituto di emissione era presieduta per legge dal Ministro del tesoro e risultava sfornita di specifici raccordi con le Camere, mentre in quella sull'Amministrazione del debito pubblico il Presidente era nominato con atto governativo. La prima Commissione citata

Nello stesso senso si pronuncia un altro autorevole studioso, per il quale "*una semplice attività ispettiva è svolta (...) dalle commissioni bicamerali di vigilanza che, benché talora integrate da membri non parlamentari, si caratterizzano comunque come strumenti parlamentari, per la prevalenza della loro funzione di referenti delle Camere*"⁵¹. Esse, si aggiunge, "*conservano bene netto il loro profilo ispettivo: la loro attitudine a riferire con relazione alle Camere*"⁵². Le più recenti impostazioni si pronunciano, comunque, in senso negativo sulla questione⁵³: in tal senso appaiono deporre, oltre alla composizione mista, anche la sede logistica, lo staff tecnico, le fonti informative e la documentazione.

Argomenti a sostegno di tale conclusione si traggono anche dal dibattito svoltosi in dottrina sulle commissioni bicamerali consultive, ove si è discussa anche la questione della natura parlamentare o meno di tali organi. Al riguardo, è stato posto l'accento (Chimenti) non solo sulla composizione esclusivamente parlamentare, ma anche sulla necessità di un collegamento operativo in virtù del quale l'attività dell'organo diviene giuridicamente "imputabile" all'una o all'altra Camera, in quanto l'una o l'altra o entrambe restano sempre in grado di disporre di quell'attività. È stata inoltre sottolineata (Manzella) l'importanza della pubblicità dei lavori, secondo quanto prevede l'articolo 64, secondo comma, della Costituzione, principio che sancisce la garanzia costituzionale della non separatezza tra assemblee elettive e popolo e che rappresenta la conferma del rapporto organico che lega Parlamento e corpo elettorale⁵⁴.

Tuttavia, al di là della questione della natura parlamentare o meno dell'organo, tutti gli interventi concordano sul fatto che la Commissione di vigilanza ha una funzione di ausilio al Parlamento, che emerge da elementi univoci, con particolare riguardo al ruolo storicamente riconosciuto e alla composizione a netta maggioranza parlamentare.

è stata soppressa dall'articolo 41 della legge 28 dicembre 2005, n.262 (cd. legge sul risparmio), la seconda dall'articolo 1, comma 23, della legge 24 dicembre 1993, n. 537.

⁵¹ Cfr. A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 118, ove le tre commissioni di vigilanza sull'istituto di emissione e la circolazione dei biglietti di banca; sulla cassa depositi e prestiti; sull'amministrazione del debito pubblico, "*con origini risalenti al parlamento statutario*", vengono definite "*gloriose*".

⁵² *Ibidem*, p. 197.

⁵³ Cfr. L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 146-147, nonché R. MORETTI, *Attività informative, di ispezione, di indirizzo e di controllo*, in T. MARTINES, G. SILVESTRI, C. DECARO, V. LIPPOLIS, R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 376 ss., ove si richiede, perché venga riconosciuto il carattere parlamentare, che il collegio abbia sede presso i due rami del Parlamento e sia coadiuvato dalle strutture amministrative serventi le due Camere.

⁵⁴ Tale dibattito è stato ricostruito, anche con rinvio alle fonti, ne *La dottrina davanti al problema delle commissioni consultive senza presidente. Brevi note*, in *MemoriaWeb – Trimestrale dell'Archivio storico del Senato della Repubblica*, n. 32 (Nuova Serie), dicembre 2020. Ai fini del presente scritto, interessante è anche l'osservazione, fatta a pagina 2, secondo cui "*Dopo la Costituente, il principio della separazione dei poteri ha iniziato ad essere declinato in guisa tale da non guardare più con la medesima tolleranza alla commistione Esecutivo-Legislativo con cui, in epoca statutaria, si registravano compresenze parlamentari in organi (per lo più speciali) di controllo dell'amministrazione attiva*".

7. Elementi di comparazione: il controllo parlamentare negli altri Istituti nazionali di promozione

Può essere utile, per chiarire meglio il ruolo e i compiti della Commissione di vigilanza, passare rapidamente in rassegna i più importanti Istituti di promozione nazionale operanti a livello europeo, per verificare l'esistenza e le modalità del controllo parlamentare. Si prenderanno quindi in considerazione la già menzionata *Caisse des dépôts et consignations* (Cdc) francese, la *Kreditanstalt fuer Wiederaufbau* (KfW) tedesca e l'*Instituto de Crédito Oficial* (ICO) spagnolo⁵⁵.

Per quanto riguarda la Cdc⁵⁶, il modello organizzativo è rimasto, almeno sotto il profilo formale, grosso modo inalterato dalla fondazione nel 1816: gli organi di vertice sono rappresentati dalla *Commission de surveillance*, con funzioni di indirizzo e di controllo, e dal *Directeur général*, assistito da un *Comité exécutif*, con compiti di gestione. La recente riforma operata dalla “*Loi Pacte*” del 22 maggio 2019 ha rafforzato il ruolo della *Commission de surveillance* come organo deliberante, che adotta i bilanci della Cdc, delibera gli indirizzi strategici e approva i rendiconti sociali e consolidati. Tale riforma ha portato inoltre i membri della *Commission* da tredici a sedici, preservando comunque la componente parlamentare o di nomina parlamentare, che ha così mantenuto la maggioranza assoluta: tre deputati, due senatori, nonché cinque persone qualificate nominate, distintamente, dai Presidenti di ciascun ramo del Parlamento⁵⁷.

Con riferimento alla KfW⁵⁸, la *governance* è articolata in due organi di vertice: il Consiglio di sorveglianza (*Verwaltungsrat*) e il Comitato esecutivo (*Vorstand*). Del Consiglio di sorveglianza fanno parte sette componenti nominati dal *Bundesrat* e altri sette componenti nominati dal *Bundestag*, su un totale di quaranta membri⁵⁹. Il Consiglio di sorveglianza è l'effettivo organo direttivo dell'ente, che oltre a vigilare sull'andamento delle attività e sull'amministrazione delle risorse, nomina e revoca i membri del Comitato esecutivo e approva le determinazioni in materia finanziaria.

⁵⁵ Le banche o istituti nazionali di promozione sono stati introdotti dal Regolamento (UE) 2015/1017 del 25 giugno 2015, in relazione alle modalità di implementazione del Fondo europeo per gli investimenti strategici (FEIS). Nel 2009, Cdp, Cdc, KfW, insieme alla Banca europea degli investimenti (Bei), avevano già fondato il *Long-term Investors Club*, a cui hanno aderito successivamente numerose altre entità simili, tra cui l'Ico. Per uno studio approfondito sui quattro principali istituti nazionali di promozione, cfr. O. HAGI KASSIM, *Le nuove forme di intervento dello Stato nell'economia. Gli investitori pubblici di lungo periodo*, tesi di dottorato, 2016, testo consultabile sul sito www.arcadia.sba.uniroma3.it

⁵⁶ Soggetto pubblico, si ricorda, integralmente posseduto dallo Stato francese, si finanzia mediante il risparmio postale e l'emissione di titoli.

⁵⁷ I restanti componenti sono rappresentati da tre esperti nominati dal Governo, dal Direttore generale del Tesoro e due rappresentati del personale di Cdc. Cfr. www.caissedesdepots.fr/modele-unique/gouvernance

⁵⁸ L'ente, fondato nel 1948 per amministrare le risorse stanziare nell'ambito del Piano Marshall per la ricostruzione della Germania, è di proprietà per l'ottanta per cento dello Stato federale e per il restante venti per cento dei Länder. Si finanzia mediante emissioni pubbliche che rappresentano la provvista per l'erogazione di prestiti.

⁵⁹ Gli altri componenti sono costituiti da sette ministri del Governo federale (di cui il Ministro delle finanze e il Ministro dell'economia e dell'energia ricoprono, alternativamente, l'incarico di Presidente e di vice Presidente del Consiglio), cinque rappresentanti delle varie tipologie di istituti di credito; sette esponenti dei datori di lavoro e delle attività autonome e sette rappresentati dei sindacati. Cfr. www.kfw.de

Infine, in relazione all'ICO spagnolo⁶⁰, il modello organizzativo contempla un Presidente, nominato dal Governo, con funzioni di gestione, e un Consiglio generale, composto dal Presidente e dieci membri, di cui quattro indipendenti⁶¹, tutti nominati dal Governo. Il Consiglio generale ha funzioni di approvazione dei conti annuali, nonché di decisione e di implementazione delle linee di politica adottate dal Governo. Non risulta quindi presente, nella *governance* dell'ICO, una rappresentanza del Parlamento, che quindi esercita il proprio controllo nell'ambito del rapporto fiduciario e attraverso le relazioni del *Tribunal de Cuentas*, la Corte dei conti spagnola.

In sintesi, dei tre istituti esaminati, solo nel caso spagnolo non risulta la presenza di parlamentari o di esperti di nomina parlamentare con funzioni di direzione o di vigilanza, mentre negli altri due - Cdc e KfW – che per struttura, attribuzioni e dimensioni dell'attivo, appaiono più vicini a Cdp, è fin dalle origini prevista una rappresentanza parlamentare o di nomina parlamentare, che nel caso francese arriva alla maggioranza assoluta dei componenti, nel principale organo di indirizzo dell'ente.

8. La Commissione di vigilanza in ausilio al Parlamento a tutela del risparmio postale

Occorre a questo punto tirare le fila dell'esame condotto, cercando di enucleare le funzioni della Commissione di vigilanza alla luce della prassi successiva alla trasformazione della Cassa in società per azioni. Si può dire anzitutto che la disciplina vigente (basti richiamare il citato terzo comma dell'articolo 1 della legge n. 197 del 1983), l'evoluzione normativa, le posizioni della dottrina, al di là delle differenti ricostruzioni dogmatiche, nonché il dato comparativo, convergono nell'assegnare alla Commissione di vigilanza un ruolo di ausilio al Parlamento⁶², pur nell'estraneità rispetto all'ordinamento parlamentare inteso in senso proprio. Tale conclusione differenzia la Commissione in esame dagli altri organismi bicamerali misti attualmente esistenti, ossia la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi⁶³ e

⁶⁰ Si tratta di una banca pubblica, integralmente di proprietà dello Stato, creata nel 1971 dalla legge 13/1971 del 19 giugno 1971, come istituto responsabile di coordinare le banche statali esistenti al tempo. A seguito della riforma del settore bancario pubblico nel 1991, ICO è diventato Agenzia finanziaria di Stato e istituto di credito pubblico, indipendente e separato dal resto del sistema bancario statale. Attualmente, l'Istituto è dotato di personalità giuridica, patrimonio e risorse finanziarie proprie, con autonomia di gestione per il perseguimento dei propri obiettivi. Esso è soggetto al principio dell'equilibrio finanziario e si finanzia sul mercato finanziario interno ed internazionale; i debiti e le obbligazioni che contrae beneficiano di una garanzia esplicita, irrevocabile, incondizionata e diretta dello Stato spagnolo.

⁶¹ I restanti sei risultano essere, allo stato, alti dirigenti dei ministeri economici. Cfr. www.ico.es/ico_en/governing-bodies

⁶² Mortati, nel tentativo di pervenire ad un concetto unitario di ausiliarità, in termini comprensivi ma necessariamente generici, lo individua nell' "*organico e stabile collegamento di una funzione non attiva (e quindi di solito di consulenza o di controllo) con una attiva, allo scopo di meglio assicurare il conseguimento dei fini di pubblico interesse cui quest'ultima è rivolta*". Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova 1969, pp. 548-549.

⁶³ Istituita ai sensi dell'articolo 27 della legge n. 241 del 1990 presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, tale Commissione è composta da dodici membri, di cui due senatori e due deputati, ed è presieduta dal Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio. Ha competenze in materia di contenzioso amministrativo sul diritto di accesso.

la Commissione consultiva per la concessione di ricompense al valore e al merito civile⁶⁴, la cui attività è essenzialmente rivolta all'Esecutivo.

Il ruolo di ausilio della Commissione di vigilanza è, in particolare, funzionale all'attività di conoscenza, di ispezione e di controllo spettante al Parlamento. In tal senso depone espressamente l'articolo 134 del regolamento del Senato, che riconosce alle Commissioni permanenti la facoltà di richiedere al Presidente del Senato di invitare le Commissioni di vigilanza, di cui facciano parte Senatori eletti dall'Assemblea, a fornire informazioni, chiarimenti e documenti, nel rispetto delle competenze loro attribuite dalle leggi vigenti. In primo luogo, da un punto di vista letterale, va notato che la disposizione sembra riferirsi proprio ai collegi analoghi alla Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti, i cui membri parlamentari sono eletti dall'Assemblea, a differenza delle Commissioni bicamerali a composizione esclusivamente parlamentare, i cui membri sono invece di regola nominati dai Presidenti delle due Camere. In secondo luogo, da un punto di vista storico, la norma risale al momento dell'adozione del nuovo regolamento, ossia al 1971, quando, a parte la Commissione di vigilanza sulla Rai, le uniche commissioni di vigilanza erano le tre storiche sopra richiamate a composizione mista. Infine, sotto il profilo sistematico, si rileva che l'articolo 134 si inserisce nel capo XV del regolamento (articoli 125-134), in tema di procedura di esame dei bilanci e del controllo finanziario, economico e amministrativo⁶⁵.

Occorre quindi dare conto dei caratteri essenziali della vigilanza esercitata oggi dall'organo in esame, in relazione all'oggetto, al parametro, alle modalità e alla natura del controllo.

Con riguardo all'oggetto, la funzione di controllo concerne la gestione separata: atteso che le risorse provenienti dal risparmio postale costituiscono ancora la parte prevalente della provvista finanziaria, si fa riferimento a una buona parte del campo di operatività della Cassa. Si è già ricordato che non è stata invece accolta la proposta di estendere espressamente la vigilanza della Commissione al Patrimonio Destinato, coperto anch'esso da garanzia dello Stato; tuttavia l'attività informativa dell'organo ha toccato

⁶⁴ Detta Commissione, prevista dall'articolo 7 della legge n. 13 del 1958, è formata da sette componenti, di cui un senatore e un deputato. Presieduta di diritto da un Prefetto, ha competenze istruttorie e consultive in tema di concessione di ricompense al merito civile.

⁶⁵ Sull'articolo 134 del regolamento del Senato, cfr. S. TOSI, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 188, ove viene notato che non si rintraccia una norma corrispondente nel regolamento della Camera dei deputati, tuttavia si tratta di una regola di diritto parlamentare comune. L'Autore approfondisce quindi il tema del seguito procedurale che, presso la Commissione di merito, può darsi all'acquisizione della documentazione dall'organo collegiale *ad hoc*, prefigurando la possibilità di instaurare un dibattito e di concluderlo anche con il voto di uno strumento decisorio come la risoluzione. Cfr. altresì R. MORETTI, *Attività informative, di ispezione, di indirizzo e di controllo*, cit., p. 356, che definisce l'art.134 significativo, in quanto "*giòva a ricondurre nell'alveo parlamentare organi di natura eterogenea e spesso mista (...) ma che esercitano funzioni specializzate, con possibilità quindi di recare un qualificato contributo conoscitivo*".

anche questo ambito, a riprova che, quando si tratta di risorse pubbliche, appare difficile porre una limitazione alla supervisione di marca parlamentare⁶⁶.

In merito alle modalità di esercizio del controllo, si è già illustrato come, dopo il 2003 e soprattutto nelle ultime due legislature, la Commissione di vigilanza abbia progressivamente adattato il proprio strumentario alla "nuova" Cassa e alle esigenze emergenti, facendo tesoro dell'esperienza delle Commissioni permanenti. Si va quindi dalle attività conoscitive, come le indagini conoscitive, le audizioni e le altre procedure informative, alle attività ispettive, con richiesta di informazioni e di documenti, fino all'adattamento dell'attività referente, con la ripresa delle relazioni al Parlamento, già cadute in desuetudine, ora utilizzate come mezzo di raccordo tra l'attività conoscitiva della Commissione e le due Camere. In questa prospettiva va letto anche il potenziamento delle forme di pubblicità delle riunioni del collegio.

Con riguardo al parametro dell'attività, sembra improprio configurare paradigmi o canoni prestabiliti quali termini di raffronto per un'attività che si svolge sulla base di valutazioni e giudizi di natura essenzialmente politica, per natura discrezionale e mutevole nel tempo⁶⁷: appare più proficuo, invece, definire i principi, i valori e gli interessi tutelati dal controllante.

A tal fine, l'oggetto del controllo, la gestione separata, consente di individuare come principale bene giuridico sotteso alla vigilanza la tutela del risparmio postale, che trova una diretta base costituzionale nell'articolo 47, primo comma, della Costituzione, nella parte in cui "incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme". Tale disposizione per lungo tempo è stata interpretata in modo piuttosto riduttivo⁶⁸, ed è stata intesa in senso prevalentemente oggettivo, come principio di difesa del valore della moneta contro

⁶⁶ Cfr. il comunicato stampa della Commissione di vigilanza del 3 settembre 2020: "CDP, Commissione vigilanza: audizione Ministro Gualtieri su Patrimonio Rilancio e operazione Aspi", disponibile nella sezione dedicata alla Commissione del sito www.cdp.it.

⁶⁷ Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Parlamento: a) principi generali e funzioni*, in *Enc. dir.*, vol. 31, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 800-801, (che peraltro riconduce l'attività delle Commissioni di vigilanza all'ambito della funzione ispettiva del Parlamento più che a quella di controllo politico), nonché S. SICARDI, *Controllo e indirizzo parlamentare*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. 4, Utet, Torino, 1989, p. 105.

⁶⁸ Basti pensare che nessuna disposizione di legge è stata dichiarata incostituzionale per contrasto con l'articolo 47. Cfr. P. GROSSI, *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 47 della Costituzione*, Roma, 2017, www.cortecostituzionale.it. La giurisprudenza costituzionale ha parlato, al riguardo, di norma programmatica, di mero indirizzo generale, di principio politico: per i riferimenti alle pronunce, cfr. S. BARONCELLI, *Art. 47*, in *Commentario alla Costituzione*, volume primo, (a cura di A. CELOTTO, M. OLIVETTI, R. BIFULCO), Milano, 2006, p. 952. Va comunque segnalato, con specifico riguardo al risparmio postale, che di recente la Corte costituzionale, con la sentenza 26/2020, in tema di variazioni *in peius* dei tassi di interesse riconosciuti per i buoni postali fruttiferi, nel dichiarare non fondata la questione di costituzionalità, ha ritenuto legittimo il bilanciamento tra la tutela del risparmio di cui all'articolo 47 e un'esigenza di contenimento della spesa pubblica, contenimento che, in caso di titoli emessi da enti (all'epoca) a soggettività statale, implicava la previsione di strumenti di flessibilità atti ad adeguare la redditività dei buoni all'andamento dell'inflazione e dei mercati.

i rischi di svalutazione determinati dall'inflazione⁶⁹. Successivamente, soprattutto a partire dagli anni ottanta, anche per effetto della progressiva adozione, a livello comunitario, di direttive in materia di servizi finanziari, si è verificato uno spostamento del focus, nella lettura della norma, dal profilo oggettivo, ovvero la stabilità la sistema creditizio, alla dimensione soggettiva, ossia la tutela dei risparmiatori⁷⁰. Tale impostazione, per quanto qui rileva, appare in sintonia con i compiti di vigilanza attribuiti alla Commissione sulla gestione separata⁷¹.

L'assistenza della garanzia dello Stato sul risparmio postale, con il rischio remoto ma esistente di un possibile impatto sulla finanza pubblica, chiama in causa anche un altro principio costituzionale, quello dell'equilibrio di bilancio, sancito dall'articolo 81 della Costituzione, soprattutto alla luce della riforma operata dalla legge costituzionale n. 1 del 2012.

È possibile a questo punto inquadrare meglio la tipologia di controllo: facendo applicazione alle funzioni in esame, con una qualche approssimazione derivante dall'ovvia estraneità di esse al circuito fiduciario, dell'alternativa tra controllo-indirizzo e controllo-verifica⁷², formulata in termini generali per le attività prettamente parlamentari, deve preferirsi senza dubbio la seconda configurazione. Compito della Commissione, infatti, non è dare direttive o indicazioni agli organi di amministrazione della Cassa - come accade invece agli organi di amministrazione di nomina (anche) parlamentare in Cdc e KfW, secondo quanto si è visto - ma svolgere un'attività di sorveglianza sulla gestione mediante acquisizione di informazioni e forme di referto indirizzate alle Camere. Questa perimetrazione del controllo è connessa, oggi, anche alla natura societaria di Cdp, e al complesso equilibrio che regge il rapporto tra la natura di diritto privato della società e le istanze pubbliche che tuttora condizionano, almeno in parte, la sua azione. Si tratta di un controllo di natura essenzialmente politica, con innesti e contributi tecnici assicurati, in una materia che richiede anche competenza di carattere amministrativo, finanziario e contabile, dalla componente non parlamentare della Commissione: un controllo che, su una base tecnica, è il risultato del

⁶⁹ Cfr. F. MERUSI, *Commento all'art. 47*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di G. Branca), Zanichelli, Bologna, 1980, nonché ID., *Credito e moneta nella Costituzione*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n.2. Seminario 1991*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 171 ss. L'Autore fonda su questa interpretazione la posizione di autonomia della Banca d'Italia nell'ordinamento costituzionale.

⁷⁰ Cfr. R. COSTI, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, in *Banca Impresa Società*, n. 3, 2018, p. 393 ss., ove l'Autore nega che l'articolo 47 detti un principio supremo dell'ordinamento, tale da fungere da controlimito per la normativa dell'Unione europea: Cfr. altresì F. ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, volume secondo, Jovene, Napoli, 2010, p. 1469 ss.

⁷¹ Già Tosi aveva definito le commissioni di vigilanza come quelle "istituite per legge generalmente in vista di uno speciale controllo parlamentare da portare su talune branche della pubblica amministrazione o su attività comunque di forte rilevanza pubblicistica, se non addirittura costituzionale", connettendo l'attività di controllo non necessariamente alla natura pubblica del soggetto vigilato, ma anche al rilievo costituzionale del bene tutelato. Cfr. S. TOSI, *Diritto parlamentare*, cit., p. 182.

⁷² Una dottrina distingue tra controllo nel senso di ingerenza-dominio e nel senso di verifica-riscontro, ma si tratta sostanzialmente di concetti affini. Cfr. C. CHIMENTI, *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 25 ss.

confronto e della sintesi tra le istanze rappresentative dei valori, degli interessi e delle opinioni generali sulla direzione e sui fini della vita associata della comunità nazionale.

Questa forma di vigilanza si inserisce peraltro in un quadro caratterizzato dalla presenza di controlli interni, modellati dall'autonomia statutaria e dalle regole del diritto societario⁷³, e di controlli esterni, che fanno capo alla Corte dei conti⁷⁴ e all'autorità di vigilanza in materia creditizia⁷⁵.

9. Il controllo parlamentare sull'intervento pubblico nell'economia

Passando dall'ottica della provvista alla dimensione degli impieghi⁷⁶, il controllo svolto dalla Commissione di vigilanza deve essere vagliato anche in relazione alle attività finanziabili con le risorse della gestione separata. Al momento del mutamento di Cdp in società per azioni, nella versione originaria dell'articolo 5, comma 7, del decreto-legge n. 269 del 2003, la gestione separata era destinata essenzialmente al tradizionale finanziamento delle operazioni di investimento degli enti locali, rimettendosi alla gestione ordinaria ogni ulteriore attività, a partire dalla realizzazione di opere destinate a servizi di pubblica utilità. Dopo la stagione delle privatizzazioni delle imprese pubbliche degli anni Novanta, che ha comportato una forte diminuzione della presenza dello Stato nell'economia, motivata principalmente dalla necessità di risanamento della finanza pubblica e dalla finalità di aumentare l'efficienza e la competitività delle

⁷³ I controlli interni sono articolati su tre livelli: quelli di primo livello svolti dalle strutture operative e amministrative e diretti ad assicurare il corretto svolgimento delle operazioni; i controlli di secondo livello relativi alla gestione dei rischi; i controlli di terzo livello attuati dall'*Internal Auditing*, funzione permanente, autonoma e indipendente volta a verificare l'idoneità del complesso dei controlli. Cfr. Corte dei conti, *Determinazione e relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria della Cassa depositi e prestiti S.p.A. – esercizio 2019*, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, doc. XV n. 335, pp. 19-20.

⁷⁴ L'articolo 5 del decreto-legge n. 269 del 2003, al comma 17, stabilisce che il controllo della Corte dei conti sulla Cdp S.p.A. si svolge con le modalità previste dall'articolo 12 della legge n. 259 del 1957, ovvero come controllo sulla gestione finanziaria degli enti sovvenzionati, di cui all'articolo 100, secondo comma, Cost.: tale controllo si estrinseca in una relazione redatta al termine di ciascun esercizio finanziario e trasmessa al Parlamento. I regolamenti parlamentari del 1971 hanno previsto un seguito procedurale per tali relazioni della Corte dei conti, che tuttavia un riscontro minimo se non nullo (ad eccezione di una antesignana sperimentazione in Senato, nella seconda metà degli anni sessanta, su cui cfr. E. ZAMPETTI, *L'evoluzione dei regolamenti parlamentari nelle prime quattro legislature repubblicane*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, 5, Vallecchi, Firenze, 1969, pp. 683-684). Sui controlli della Corte dei conti prima della trasformazione della Cassa in S.p.A., cfr. Senato della Repubblica, IX legislatura, Doc. X, n. 1, *Relazione sui rendiconti della Cassa depositi e prestiti e degli istituti di previdenza per l'anno finanziario 1983, presentata dalla Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti*, in *Atti interni, Documenti, Volume III*, Roma, 1987, ove si dà conto delle modifiche nelle forme di controllo della Corte dei conti a seguito della ristrutturazione del 1983. Cfr., per la dottrina, G. L. RINALDI, *Cassa depositi e prestiti* (voce), in *Enc. giur.*, p. 3.

⁷⁵ Con decorrenza dal settembre 2006 Cdp, a seguito della classificazione tra le Istituzioni Finanziarie monetarie dell'Unione europea, è stata assoggettata al regime di riserva obbligatoria e all'obbligo di fornire un'informativa patrimoniale mensile alla Banca Centrale europea. Successivamente, con nota n. 510894 del 7 maggio 2008 della Banca d'Italia, è stata sottoposta al regime di vigilanza informativa previsto per le banche italiane. Peraltro, l'esclusione della qualifica di banca – nonostante diversi elementi oggettivi che avrebbero consentito tale classificazione – ha consentito di sottrarre la Cassa all'applicazione di alcune regole in materia di vigilanza prudenziale che avrebbero potuto ostacolare il suo ruolo di *holding* di partecipazioni.

⁷⁶ Una distinzione convenzionale dovuta a ragioni di comodità di esposizione, trattandosi di aspetti strettamente collegati e interconnessi.

aziende da dismettere⁷⁷, si manifestava l'esigenza, soprattutto per effetto della crisi finanziaria del 2008, di definire misure e strumenti nuovi di sostegno e di crescita delle attività produttive di carattere strategico o in difficoltà congiunturale, a fronte del gravissimo razionamento del credito bancario e anche per affrontare storici nodi critici dell'economia italiana, a partire dalla scarsa capitalizzazione delle imprese e dalla carenza di investimenti. Tali forme di intervento dovevano tuttavia essere apprestate nel quadro dei vincoli di finanza pubblica imposti a livello europeo per assicurare la convergenza degli Stati membri dell'Unione europea, e operare secondo una logica di mercato, nel rispetto delle regole sulla concorrenza e gli aiuti di Stato. Il potenziamento e l'estensione delle attività della Cdp hanno rappresentato una delle risposte più significative a tali istanze⁷⁸.

In particolare, tra il 2008 e il 2012 è stata notevolmente ampliata l'area di operatività della gestione separata⁷⁹ che, per l'elevata liquidità e i contenuti costi di gestione, è apparsa più idonea a veicolare iniziative di supporto al sistema industriale italiano in difficoltà o volte a promuovere la crescita dell'economia, rispetto alla gestione ordinaria dotata, anche per la complessa fase congiunturale, di risorse

⁷⁷ Nell'ambito della stagione delle privatizzazioni si inserisce, in effetti, la stessa vicenda della trasformazione della Cassa in società per azioni, come anche la cessione a suo favore, da parte dello Stato, del controllo di una serie di imprese strategiche. Al riguardo, la relazione sulle privatizzazioni, redatta dal Ministero dell'economia e delle finanze nel luglio 2004, afferma che la ristrutturazione della Cdp “*ha inteso rendere compatibile la sua tradizionale missione di interesse pubblico con gli obiettivi di equilibrio economico-finanziario tipici di una società per azioni*”: cfr., sul punto, T. DI NITTO, *Cassa depositi e prestiti* (voce), *Dir. dir. pubbl.*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. II, p. 806 ss. Per una ricostruzione, sotto il profilo giuridico, delle operazioni di privatizzazione, cfr. M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Privatizzazioni* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. I, Utet, Torino, 2000, p. 432 ss.; F. BONELLI, M. ROLI, *Privatizzazioni* (voce), in *Enc. dir.*, Agg. IV, Giuffrè, Milano, 2000, p. 994 ss. Per un bilancio economico e finanziario delle dimissioni, cfr. E. BARUCCI, F. PIEROBON, *Stato e mercato nella seconda Repubblica*, Il Mulino, Bologna, 2010, in particolare p. 75 ss.

⁷⁸ In via esemplificativa, cfr. a sostegno dell'azione pubblica per lo sviluppo economico, M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Laterza, Roma-Bari, 2014; F. ONIDA, G. VIESTI (a cura di), *Una nuova politica industriale in Italia. Investimenti, innovazione, trasferimento tecnologico*, Passigli, Bagno a Ripoli (Firenze), 2016. In senso critico su tale tendenza, e per riaffermare il carattere decisivo dell'iniziativa privata, cfr. A. MINGARDI, *L'intelligenza del denaro. Perché il mercato ha ragione anche quando ha torto*, Marsilio, Venezia, 2013; F. DEBENEDETTI, *Scegliere i vincitori, premiare i perdenti. L'insana idea della politica industriale*, Marsilio, Venezia, 2016.

⁷⁹ In particolare, l'articolo 22 del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, ha consentito l'impiego dei fondi della gestione separata “*anche per il compimento di ogni altra operazione di interesse pubblico prevista dallo statuto speciale*”. Poco dopo, l'articolo 3, comma 4-bis, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con modificazioni dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, ha previsto per tali operazioni la possibilità di impiegare le risorse della gestione separata “*in qualsiasi forma*”, consentendo concessioni di finanziamenti, rilascio di garanzie, assunzione di partecipazioni di rischio e di debito a sostegno delle imprese. Successivamente, l'articolo 7 del decreto-legge 31 marzo 2011, n. 34, convertito con, modificazioni, dalla legge 26 maggio 2011, n. 75, ha inserito nell'articolo 5 del decreto-legge n. 269 del 2003 il comma 8-bis, in base al quale Cdp può assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale in termini di strategicità, a condizione che risultino in una stabile situazione di equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico e siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività. Per un esame approfondito delle diverse tipologie di gestione delle partecipazioni da parte di Cdp, cfr. A. DONATO, *Il ruolo di holding di Cassa depositi e prestiti S.p.A: profili giuridici attuali della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale*, in *An. giur. econ.*, n. 2, 2015, p. 367 ss., ove si dà conto anche delle differenze rispetto agli enti di gestione del passato, a partire dall'IRI, in termini di modalità di finanziamento, assetto proprietario, logiche operative. Per un paragone critico dell'attività svolta da Cdp ai risalenti istituti di credito mobiliare, cfr. altresì C. BRESCIA MORRA, *La Cassa depositi e prestiti: una nuova banca d'affari pubblica?*, in www.nelmerito.com, 21 aprile 2011, che mette in risalto il rischio di distorsioni della concorrenza.

molto inferiori. La gestione separata è quindi divenuta l'asse portante della mutazione della Cassa in uno dei principali strumenti di politica industriale a disposizione dello Stato⁸⁰. In estrema sintesi, si può dire che nel gruppo Cdp convivono oggi due modelli di politica industriale: da una parte, la Cassa opera come una banca di sviluppo, che finanzia iniziative di innovazione e di internazionalizzazione, spesso insieme ad altri soggetti nazionali ed europei, rivolte in particolare alle piccole e medie imprese; nel secondo modello, Cdp opera come una *holding* di partecipazioni azionarie dirette o indirette in alcune delle più grandi imprese italiane in settori definiti strategici⁸¹.

Alla luce di questa evoluzione, non sembra inappropriata la definizione data a Cdp di “istituzione di mercato con missione pubblica”, ossia di strumento di sostegno della crescita e degli investimenti in grado di mobilitare a tale scopo – in presenza di forti vincoli di finanza pubblica - risorse private e capitali nazionali e stranieri che incidano solo marginalmente sul debito delle pubbliche amministrazioni⁸². Il ruolo di strumento di politica industriale si esercita con un'operatività di carattere privatistico nell'ambito di un perimetro di interventi definito dal legislatore: si intende così distinguere nettamente tra indirizzo di *policy*, rimesso al decisore politico⁸³, e scelta di investimento, compiuta secondo le regole di mercato in base a una valutazione di redditività dell'intervento⁸⁴.

Tuttavia, la configurazione di una missione pubblica pone un problema duplice, ossia la sua definizione e il successivo controllo sull'attuazione⁸⁵.

⁸⁰ Cfr. M. GIACHETTI FANTINI, *La “straordinaria mutazione del ruolo della Cassa Depositi e Prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore*, in federalismi.it, numero speciale, n. 6, 2018.

⁸¹ Per tale sintetica classificazione, cfr. A. NINNI, *La Cassa depositi e prestiti: il ritorno dello Stato-guida (e oltre) in politica industriale*, in *Economia e politica industriale – Journal of Industrial and Business Economics*, 2013 vol. 40 (3), p. 141 ss. Si tratta, ovviamente, di una semplificazione di una pluralità di attività variegate: per una catalogazione più articolata, cfr., ad esempio, M. D'ANTONI, *Il nuovo ruolo della Cassa depositi e prestiti*, in A. ZANARDI (a cura di), *La finanza pubblica italiana. Rapporto 2014*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 222 ss., che distingue, tra le nuove attività, le partecipazioni dirette in attività industriali, i veicoli destinati all'investimento immobiliare (*housing* e *dismissioni*), e il sostegno alla crescita e all'internazionalizzazione delle imprese.

⁸² Per questa definizione, cfr. F. BASSANINI, *La politica industriale dopo la crisi: il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti*, in *L'Industria*, n. 3, 2015, p. 435 ss.

⁸³ È stato peraltro rilevato come il potere d'indirizzo, nel momento in cui esso dovrebbe tradursi in concreto, tenda a evaporare, con il rischio di autoreferenzialità della gestione. Cfr. M. MACCHIA, *La parabola delle partecipazioni statali: paradigmi e tendenze*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 445 ss.

⁸⁴ Parte della dottrina ha sottolineato al riguardo come la dimensione privatistica, ossia l'operatività a condizioni di mercato, di Cdp e la sua caratterizzazione istituzionale tendano a intrecciarsi secondo linee non del tutto definite: cfr. A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, Jovene, Napoli, 2018, pp. 190-191, ove si rileva inoltre come la distinzione tra gestione separata e gestione ordinaria sia diventata, a seguito dell'ampliamento dell'ambito operativo della Cassa, molto più porosa.

⁸⁵ A questo proposito, si deve notare che la giurisprudenza amministrativa, seguendo un orientamento sostanzialistico maturato negli anni Novanta in contrapposizione all'impostazione della Cassazione, più attenta ai profili formali, ha qualificato Cdp come organismo di diritto pubblico (cfr. Cons. St., sez. VI, sentenza 12 febbraio 2007, n. 550, con nota critica di S. SIMONE, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2, 2008, p. 160 ss.). Tale approccio è stato confermato, in sede consultiva, da Con. St., comm. spec., parere 7 novembre 2012, n. 8178, in relazione al tema della valorizzazione delle azioni privilegiate ai fini dell'esercizio del recesso di alcune fondazioni in alternativa alla loro conversione in azioni ordinarie

In relazione all'individuazione degli obiettivi, ossia della missione, occorre fare riferimento al già richiamato potere di indirizzo del Ministro dell'economia e delle finanze per la gestione separata e all'identificazione dei settori strategici da parte del legislatore per l'assunzione di partecipazioni, attività che, per il loro carattere di scelte eminentemente politiche, non possono che inquadarsi nell'ambito del rapporto fiduciario⁸⁶.

Per il controllo sulle modalità di attuazione della missione di Cdp, viene appunto in rilievo l'attività della Commissione di vigilanza, quale tramite del Parlamento. In questa tematica potrebbe sentirsi l'eco di passati dibattiti sul "controllo democratico" delle partecipazioni statali⁸⁷: al riguardo, va subito sgombrato il campo da richiami anacronistici a esperienze che, nonostante le intenzioni, non hanno dato buona prova⁸⁸.

(cfr. il commento critico di K. PECCI, *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 2013, p. 623 ss.). Da ultimo il Consiglio di Stato, con la sentenza 7 febbraio 2020, n. 964, ha qualificato come organismo di diritto pubblico anche Cdp investimenti SGR S.p.A., società di gestione del risparmio costituita e posseduta da Cdp S.p.A., sulla base della "teoria del contagio" in relazione al momento genetico (cfr. L. ZANGHI BUFFI, *La nozione di organismo di diritto pubblico: alcune incertezze alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 964/2020*, www.lab-ip.net, 23 marzo 2020). La dottrina ha criticato tale indirizzo, osservando che il perseguimento di obiettivi di interesse generale non esclude il carattere commerciale e industriale dell'attività e il suo svolgimento secondo criteri imprenditoriali. Una impostazione panpubblicistica rischia in effetti di mettere a rischio la distinzione tra indirizzo e gestione, fondamentale per assicurare l'equilibrio economico-finanziario della società, e di attrarre Cdp nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, in contrasto con la volontà del legislatore del 2003, le esigenze della finanza pubblica, le disposizioni dello statuto e l'interesse degli azionisti, in particolare delle fondazioni bancarie.

⁸⁶ Alcuni studiosi, in relazione all'ampliamento delle funzioni di Cdp come *holding* pubblica, hanno posto in rilievo l'esigenza di rivedere l'assetto organizzativo della Cassa, al fine di rendere espliciti e controllabili gli obiettivi di sistema perseguiti, conciliando due vincoli tra loro divergenti: da un lato, garantire un legame chiaro e formale con il circuito politico-democratico, che è l'unico titolato a individuare le politiche pubbliche e gli obiettivi; dall'altro, evitare che le scelte di investimento e industriali della *holding* siano assoggettate a interessi di breve termine, elettoralistici o clientelari. A tale scopo, anche sulla base di una comparazione internazionale, vengono delineati diversi meccanismi alternativi, volti ad assicurare la stabilità e la trasparenza nella definizione degli obiettivi, che prevedono tra l'altro il rafforzamento del ruolo della Commissione di vigilanza, chiamata a svolgere non più solo una funzione di controllo ma anche un ruolo propulsivo, anche in forme di intervento consultivo vincolante sugli indirizzi del Governo. Cfr. L. ENRIQUES, F. M. MUCCIARELLI, *Governance pubblica e privata delle politiche pubbliche per obiettivi: una proposta di riforma della governance della Cassa Depositi e Prestiti*, in *Giur. comm.*, n. 6, 2019, p. 1014 ss.

⁸⁷ In generale, sul ruolo del Parlamento in relazione al sistema delle partecipazioni statali, cfr. F. ROVERSI-MONACO, *La direzione e il controllo delle imprese pubbliche*, in AA.VV. *La costituzione economica*, Cedam, Padova, 1977, in particolare p. 505 ss.; S. CASSESE, *Il controllo delle partecipazioni statali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, p. 1215 ss.

⁸⁸ Si può fare riferimento, ad esempio, alla Commissione bicamerale per la ristrutturazione e la riconversione industriale e per i programmi delle partecipazioni statali, istituita dall'articolo 12 della legge 12 agosto 1977, n. 675, costituita da 15 senatori e 15 deputati, con competenze di carattere conoscitivo, ispettivo, consultivo, di controllo e di indirizzo in materia di politiche industriali. Cfr. G. GALA, *La Commissione parlamentare per la ristrutturazione e la riconversione industriale e per i programmi delle Partecipazioni statali: istituzione, poteri e attività svolta*, in *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Camera dei deputati, Roma, 1987, pp. 203-214, in cui l'Autore dà conto del contesto, nella stagione della "solidarietà nazionale" e della "centralità del Parlamento", nonché dei problemi di competenza rapidamente insorti con le Commissioni permanenti, in particolare la Commissione bilancio. Cfr., per un bilancio molto critico, sostanzialmente fallimentare, dell'esperienza, M. MORISI, *Parlamento e politiche pubbliche. Saggio su un caso italiano*, Edizioni Lavoro, Roma, 1988, che si sofferma dettagliatamente sia sulla gestazione della normativa sia sui profili applicativi. Peraltro, la legge n. 675 del 1977 rappresentò il punto di arrivo di un'ampia attività informativa condotta dalle Commissioni parlamentari competenti in quegli anni sullo stato delle imprese pubbliche: cfr. G. MAROTTA, *Indagini conoscitive e politica industriale: l'esperienza parlamentare della VI e della VII legislatura*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 1981, p. 877 ss.

La Commissione di vigilanza non può, per la sua natura mista, assumere funzioni di indirizzo della missione di Cdp; tuttavia essa, se opportunamente valorizzata, è in grado di assicurare quella continuità nella supervisione di un settore in forte espansione, a paragone con l'ampiezza delle attribuzioni e l'inevitabile attenzione intermittente che le Commissioni parlamentari permanenti possono prestare a un tema specifico, senza peraltro che il ruolo svolto dal collegio misto comporti un alto rischio di conflitti o sovrapposizioni di competenze, attesa l'eterogeneità di composizione e di funzioni degli organi interessati⁸⁹. Va quindi sottolineato come appaiano strumenti particolarmente idonei per tale funzione di controllo le relazioni tematiche approvate dalla Commissione di vigilanza all'esito di indagini conoscitive, avviate – come si è sopra illustrato – nella XVII legislatura e portate avanti nella XVIII, per la capacità di mettere a fuoco i vari filoni di attività della Cassa.

A proposito di anacronismi, già Mancini e Galeotti affermarono che *“L'importanza particolare di alcuni servizi pubblici, e la natura dei rapporti che essi creano fra la pubblica amministrazione e i privati, indussero il legislatore ad ordinare uno speciale e continuo servizio di vigilanza nell'andamento delle amministrazioni a cui quei servizi sono demandati; e ciò senza pregiudizio dell'ordinario e più alto sindacato che il Parlamento esercita su di essi, come su tutti gli altri servizi dello Stato”*⁹⁰. Si tratta di una considerazione ancora valida, tenendo presente che l'amministrazione pubblica è stata sostituita da una società per azioni ma perdurano le ragioni di tutela che giustificano un presidio connesso alla rappresentanza parlamentare.

Tale controllo, peraltro, deve essere modulato ricordando sempre che l'esclusione del passivo di Cdp dal debito pubblico dipende dalla sua classificazione come *market unit*. La vigilanza non può quindi tradursi in forme di ingerenza nella direzione e gestione della società, per evitare di mettere a rischio la classificazione di operatore di mercato della Cassa, per salvaguardare il ruolo delle fondazioni di origine bancaria, azioniste di minoranza con una posizione riconosciuta nello statuto della società, per garantire il rispetto della disciplina europea sugli aiuti di Stato.

10. La Commissione di vigilanza in prospettiva

Si è cercato di mostrare la persistente validità delle funzioni svolte dalla Commissione di vigilanza, sia dal lato della tutela del risparmio postale che in relazione all'espansione delle attività della Cassa. Tale ricostruzione pone, a confronto con la situazione di fatto, l'esigenza di una messa a punto e di un rafforzamento del ruolo dell'organo in esame, che consenta anche di sciogliere le ambiguità connesse alla

⁸⁹ Al riguardo, può essere utile richiamare la definizione di vigilanza data da un Autore al concetto di vigilanza come attività non episodiche ma sistematicamente e continuativamente organizzate e predisposte e finalizzate all'esercizio delle funzioni di controllo. Cfr. S. SICARDI, *Controllo e indirizzo parlamentare*, cit., p. 107.

⁹⁰ M. MANCINI, U. GALEOTTI, *Norme e usi del Parlamento italiano. Trattato pratico di diritto e procedura parlamentare*, cit., p. 408.

sua natura e di adattare il modello di funzionamento alla configurazione assunta da Cdp dopo la trasformazione in società per azioni.

Appare utile, quindi, valutare le diverse opzioni di sviluppo.

Una prima prospettiva potrebbe essere quella della piena "parlamentarizzazione" della Commissione, analogamente a quanto accaduto ad analoghi organi collegiali a composizione mista⁹¹, così da inserire integralmente la sua attività nell'ordinamento parlamentare e rendere più fluido e strutturale l'apporto di conoscenza e di controllo condotto in ausilio al Parlamento. Per certi aspetti, un utile termine di paragone può trovarsi nella Commissione parlamentare di controllo sull'attività degli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza sociale, istituita dall'articolo 56 della legge 9 marzo 1989, n. 88 e composta da nove senatori e nove deputati nominati dai Presidenti delle due Camere in rappresentanza e proporzionalmente ai vari gruppi parlamentari. Tale Commissione, infatti, ha assunto le attribuzioni prima spettanti proprio alla Commissione di vigilanza sulla Cdp relativamente al controllo sugli istituti di previdenza⁹².

La soluzione della "parlamentarizzazione" può tuttavia avere qualche controindicazione: in primo luogo, si perderebbe il contributo di esperienza assicurato all'interno della Commissione dalla componente espressione delle giurisdizioni amministrativa e contabile, in una materia piuttosto tecnica come quella oggetto di vigilanza. In secondo luogo, una trasformazione del genere potrebbe essere efficace a condizione di mantenere entro limiti contenuti il numero dei componenti,⁹³ al fine di evitare che un'eccessiva ampiezza ne pregiudichi l'azione di controllo e crei problemi di funzionamento nel rapporto con le Commissioni permanenti.

In alternativa, potrebbero essere apportati alcuni correttivi alla Commissione mantenendo la sua attuale configurazione mista, ad esempio con riguardo alle modalità di nomina dei parlamentari, secondo quanto

⁹¹Sul fenomeno della "parlamentarizzazione" delle Commissioni miste, cfr. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., p. 392.

⁹²Sulla Commissione parlamentare di controllo sugli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza sociale, cfr. D. TESTINI, *Il controllo del Parlamento sugli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza sociale: la commissione bicamerale istituita ai sensi dell'articolo 56 della legge 9 marzo 1989, n. 88*, in *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Camera dei deputati, Roma, 1996, p. 365 ss. L'Autore, nell'illustrare le ragioni sottese all'istituzione del nuovo organo, sottolinea "la necessità di stabilire una funzione di controllo non episodica ma costante e capace di raccordare il Parlamento in modo organico all'intero settore della previdenza per verificare l'effettiva capacità di risposta alle esigenze sociali e di attuazione delle prescrizioni legislative". Come già si è detto sopra, tale Commissione con la legge di stabilità 2015 ha assunto anche alcuni compiti di vigilanza sulla gestione separata, limitatamente ai profili concernenti forme di finanziamento al settore pubblico della previdenza e assistenza e sociale, anche se, almeno finora, tali poteri non paiono avere avuto una significativa attivazione. Peraltro, nella prospettiva della "parlamentarizzazione", potrebbe valutarsi, secondo un principio di economia, di concentrare in questo collegio entrambi gli ambiti di attribuzione.

⁹³ Si può richiamare al riguardo, ad esempio, la composizione della Commissione di controllo per la sicurezza della Repubblica (Copasir), per la cui configurazione e attività cfr. A. PERRONE, *Le prospettive del controllo parlamentare nella recente attività del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica*, in *Federalismi.it*, n. 11, 2018.

proposto da alcuni disegni di legge presentati nella XVII e nella corrente legislatura⁹⁴, al fine di assicurare la rappresentatività e la proporzionalità dei gruppi parlamentari (tema che non si poneva quando fu istituita la Commissione e prevista la designazione per elezione) nel caso di modifiche dei rapporti parlamentari in corso di legislatura. La questione non merita tuttavia di essere enfatizzata, come dimostra la vigenza, nelle Commissioni parlamentari bicamerali, di una regola di tendenziale "continuismo", vale a dire che permane il calcolo effettuato a inizio legislatura, fatta salva l'alterazione completa dei rapporti tra maggioranza e opposizione⁹⁵.

Si potrebbe inoltre valutare un intervento per descrivere, più chiaramente di quanto fa l'inciso di cui all'articolo 5, comma 9, del decreto-legge n. 269 del 2003, le funzioni di controllo della Commissione di vigilanza, aggiornandole alla conformazione assunta dalla Cassa negli ultimi venti anni.

Può essere poi opportuno dare un'interpretazione ampia al sopra citato articolo 3, comma 3-*bis*, del decreto-legge n. 23 del 2020 ("liquidità"), al fine di rafforzare il supporto documentale e di studio all'attività della Commissione di vigilanza, anche in considerazione dei crescenti ambiti di intervento di Cdp. In ogni caso, al di là delle varie prospettive *de iure condendo*, è importante che prosegua l'indirizzo di potenziamento delle forme di pubblicità delle attività della Commissione di vigilanza, in quanto le funzioni di controllo "*basano gran parte della loro efficacia sostanziale sulla notizia della loro esistenza attraverso la pubblicità dei lavori parlamentari e la loro divulgazione mediatica*"⁹⁶.

⁹⁴ Si fa riferimento alla proposta di legge A.C. n. 1829/XVII (Daga e altri), ripresentata nella presente legislatura identica nel contenuto come A.C. n. 47/XVIII, volta a sostituire l'elezione dei componenti parlamentari con la scelta da parte dei Presidenti delle rispettive Camere, su indicazione dei Gruppi parlamentari, in modo da garantire la rappresentanza paritaria della maggioranza e dell'opposizione, nonché a stabilire tempi certi – novanta giorni dall'inizio della legislatura – per il rinnovo dell'organo. Alla XIV legislatura risale la proposta di legge A.C. n. 3608 (Vicini e Guerzoni), diretta a dare una disciplina organica, a seguito della trasformazione della Cdp in società per azioni, alla composizione, ai poteri e ai compiti della Commissione di vigilanza.

⁹⁵ Cfr. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica, cit.*, pp. 390-391. Non va neanche trascurato che la riduzione del numero dei parlamentari operata dalla legge 19 ottobre 2020, n. 1, potrebbe avere l'effetto di innalzare, a partire dalla prossima legislatura, la rappresentatività della Commissione di vigilanza.

⁹⁶ Cfr. G. MALINCONICO, *La politica in televisione: il difficile ruolo del Parlamento*, in *federalismi.it*, n. 2, 2012, p. 2.