RIVISTA GIURIDICA SEMESTRALE
n. 2/2023

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA

Editore Associazione

DIRITTO & CONTI
BILANCIO · COMUNITÀ · PERSONA

Comitato Scientifico

Vincenzo	Barba
Monica	Bergo
Chiara	Bergonzini
Gianluigi	Bizioli
Camilla	Buzzacchi
Guido	Calabresi
Ignacio	Calatyud Prats
Francesco	Capalbo
Elisa	Cavasino
Aldo	Carosi
Ines	Ciolli
Carlo	Colapietro
Giovanna	Colombini
Barbara	Cortese
Giacomo	D'Angelo
Marcello	Degni
Francesco	Fimmanò
Sergio	Foà
Loredana	Giani
Massimo	Luciani
Nicola	Lupo
Vanessa	Manzetti
Simone	Mezzacapo
Vittorio	Occorsio
Simone	Pajno
Giuseppe	Palmisano
Barbara	Pezzini
Eugenio	Picozza
Giovanna	Pistorio
Guido	Rivosecchi
Antonio	Saitta
Maria Alessandra	Sandulli
Gino	Scaccia
Vincenzo	Sforza
Riccardo	Ursi
Giuseppe	Verde

Direttore Responsabile
Laura d'Ambrosio

Vice Direttori
Francesco Sucameli
Giovanni Guida

La rivista applica la procedura di referaggio reperibile sul sito www.dirittoeconti.it
Pubblicazione registrata presso il Tribunale di Roma decreto 185 del 22 novembre 2018
CODICE ISSN: 2612-4912

INDICE

Editoriale a cura di Mario Pischedda ……p. 5

TEMI DI DISCUSSIONE

Può il diritto disciplinare l'Intelligenza Artificiale? Una conversazione preliminare
di Massimo Luciani……p.10
Post-fazione a cura di Francesco Sucameli……p.17

DOTTRINA

Il rapporto fra funzioni e risorse nell'attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione
di Giuseppe Verde.……p.22

Autonomia negoziale degli enti territoriali e vincoli di finanza pubblica
di Patrizio Ivo D'Andrea……p.37

La magmaticità degli "scudi" della responsabilità dei funzionari pubblici: la fragilità dell'abuso d'ufficio e la chimera della temporaneità dello "scudo erariale"
di Emanuela Andreis……p.64

Paradigmi normativi per la disciplina della tecnologia: auto-regolazione, co-regolazione ed etero-regolazione
di Antonio Iannuzzi……p.91

ATTUALITÀ

Contro la gogna mediatica: una salutare lezione della Corte dei Diritti dell'Uomo
di Giacinto Della Cananea ……p.109

Le SS.RR. In sede giurisdizionale in speciale composizione della Corte dei conti disapplicano, per incompatibilità con il diritto UE, la norma limitativa della giurisdizione contabile in materia di inserimento nell'elenco ISTAT (nota a Corte dei conti, SS.RR. In sede giurisdizionale in speciale composizione n. 17/2023/RIS).
di Marco Calaresu……p.115

Sulla riqualificazione del titolo d'imputazione del danno erariale da parte del giudice d'appello (Breve nota a C. conti, sez. app. III, 19 settembre 2023, n. 348)
di Emanuele Fratto Rosi Grippaudo……p.131

Le concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative alla luce della giurisprudenza europea e nazionale. Obbligo di evidenza pubblica e profili di danno erariale
di Roberto Viscomi……p.138

BILANCIO E TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI
Rubrica a cura di Giovanna Pistorio……p.151
*Commento alla sentenza Corte di Giustiza 563 del 13 luglio 2023 Ferrovie Nord v. ISTAT Cause riunite*C-363/21 e C-364/21

Sentenza n. 2 bvg 1/22 della Corte costituzionale tedesca sulla legittimità degli sfondamenti di bilancio Per il giudizio del secondo senato del 15 novembre 2023 - 2 bvf 1/22 –

Secondo bilancio suppletivo2021 (Traduzione a cura di Clemente Forte)
……...……p.153

Il divieto di indebitamento e il principio di annualità secondo il Tribunale Costituzionale tedesco
di Clemente Forte ……p.184

STORIA DELLA DOTTRINA

Diritto pratico e diritto teorico
Di Vittorio Scialoja
Già pubblicato in Rivista di diritto commerciale, 1911, I, p.63
Trascrizione a cura di Cristina Menale
……p.191

Editoriale
A cura di Mario Pischedda
(Presidente Emerito della Corte dei conti)

Questo numero di Bilancio, Comunità Persona, contiene scritti che offrono numerosi spunti di riflessione.

Si apre con una nuova rubrica che vede la pubblicazione di una conversazione sull'intelligenza artificiale, definita dallo stesso autore, il Prof Massimo Luciani, conviviale, che contiene spunti di riflessione sull'applicabilità della nuova tecnologia nel campo del diritto. Per più che fondate ragioni logiche e giuridiche, l'Autore esclude che si possa chiedere o permettere all'IA di sostituire, anche solo parzialmente, il lavoro del giudice nel sillogismo giuridico, almeno per quanto riguarda l'aspetto del giudizio *in ius*. Tuttavia, il cambiamento tecnologico offre possibilità nuove sul piano della prova per presunzioni, che è opportuno, direi quasi necessario, esplorare attraverso una meditata riflessione degli studiosi e degli esperti di vari settori, e disciplinare, ponendo presidi legali di garanzia per il diritto di difesa, che finirebbe inevitabilmente con l'essere compromesso: come ci si potrebbe difendere, ad esempio, dai *bug* dell'algoritmo decisionale (sia pure limitato al fatto e alla presunzione?).

Questa esigenza è alla base della *call for papers* lanciata dalla Rivista e che chiosa l'articolo, considerato che nella contabilità pubblica, anche a livello europeo, si fa da tempo ricorso ad algoritmi decisionali per formulare giudizi di affidabilità dei conti (un giudizio, si badi, di fatto, e solo di riflesso, di legittimità). Questi algoritmi si trovano codificati in "norme tecniche" (invero prassi e atti di *soft law*) che evocano altri temi trattati nell'odierno numero. Direi perciò che il tema vero sia di individuare i confini che la decisione robotica non può e non deve superare, a tutela del senso umano della giustizia.

Nello specifico campo della contabilità pubblica, occorre considerare che lo Stato e gli enti territoriali operano per soddisfare i bisogni della collettività attraverso un sistema di allocazione delle risorse e che il bilancio è un sistema di informazioni che rende conto delle scelte allocative (e perciò è un «*bene pubblico*»), sicché vi un concreto rischio che la robotizzazione dei controlli sui bilanci di previsione e sui rendiconti non sia concretamente in grado di cogliere il senso dei principi costituzionali che costituiscono il limite e l'obiettivo finale di tali scelte.

In questo stesso numero, del resto, l'articolo del prof. Antonio Iannuzzi si occupa di affrontare il delicato rapporto tra tecnologie emergenti e diritto, attraverso la c.d. normazione tecnica, distinguendo tra norme tecniche private (auto-regolazione), regole tecniche o norme tecniche pubbliche (co-regolazione) e leggi tecniche (etero-regolazione).

La contabilità pubblica contiene tutte le fattispecie classificatorie menzionate, grazie alla diffusa presenza di norme giuridiche aventi la struttura di clausole generali: si pensi alle regole elaborate dall'ordine dei commercialisti per i revisori dei conti di enti pubblici (l'auto-regolazione), le norme di *soft-law* pubblico che hanno il crisma della co-regolazione (circolari e pareri di Arconet), le norme di etero-regolazione di contabilità "armonizzata" (l. cost. n.

1/2012 e l. n. 196/2022, d.lgs. 118/2011, l. n. 243/2012). Resta profondamente dubbio la costituzionalità della delegificazione ai sensi dell'art. 3, comma 6, del d.lgs. n. 118/2011, che consente ad un semplice decreto ministeriale sia di appropriarsi degli spazi di regolazione riservati alla legge dall'art. 81 comma 6 Cost e dall'art. 5 della l. cost. n. 1/2012, sia di aggirare i limiti alla stessa delega, che erano stati fissati ai sensi l'art. 76 Cost., violando il principio *delegatus non potest delegare*.

Il Prof. Giuseppe Verde, membro del CLEP (i cui lavori sono per l'attuazione dell'art. 116 comma 3 Cost. sono in corso) e autorevole studioso delle autonomie, si sofferma sul tema della autonomia differenziata da due punti di vista: il problema delle fonti (quali spazi di attuazione "*praeter legem*" o "*secundum legem*") e di risorse, nell'ottica dell'art. 11 Cost. evidenziando il rischio di sottovalutare gli effetti sperequativi di riforme che "riallocano" risorse a regime, marginalizzando il ruolo compensativo del Parlamento e delle sue decisioni (come organo di garanzia dell'uguaglianza).

Patrizio Ivo D'Andrea si occupa della capacità conformativa del bilancio sulla attività contrattuale della p.a., trattando dell'autonomia privata della amministrazione di diritto privato.

L'Autore si sofferma sul vincolo funzionale che intercorre tra l'autonomia contrattuale ed il perseguimento delle finalità istituzionali della pubblica Amministrazione, adesso legislativamente codificato (art. 8 c. 3 codice contratti), cercando un'interpretazione che abbia un rilievo pratico e che non si appiattisca sul rinvio ai divieti espressi fissati dal legislatore e ritiene che per riscontrare tale collegamento possa farsi ricorso agli indici di valutazione della *performance* dell'Amministrazione, nel senso che l'Amministrazione può arrivare a spendere la sua autonomia contrattuale solo dopo aver definito gli obiettivi da raggiungere, le risorse da impiegare, i risultati medio tempore attesi e le modalità di rendicontazione dei risultati.

In tal modo il bilancio costituisce un indice di proporzionalità rispetto a quei fini, perché crea un vincolo funzionale tra la fase preliminare pubblicistica e quella successiva negoziale, regolata dall'autonomia privata. Tramite il bilancio è infatti possibile definire gli obiettivi possibili da raggiungere, le risorse da impiegare, i risultati medio tempore attesi e le modalità di rendicontazione dei risultati.

La questione coinvolge il tema del c.d. «principio del risultato», da perseguire «*con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*» e che, «*costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità*».

L'articolo di Emanuela Andreis esamina gli «*scudi*» introdotti con il cd. Decreto Semplificazioni sulla responsabilità erariale e penale e dei funzionari pubblici.

L'Autrice auspica un «*confronto tra saperi giuridici differenti*», per superare una situazione di stallo che lascia dei pericolosi vuoti di tutela per gli interessi pubblici finanziari, anche comunitari e ritiene che una possibile soluzione alla c.d. paura della firma potrebbe essere quella di attribuire ad un'Autorità indipendente il compito di elaborare un supporto interpretativo e/o

linee guida, prevedendo una causa di non punibilità in favore del pubblico agente che le abbia rispettate, analogamente a quanto previsto in materia di colpa medica.

L'impostazione del dibattito, in generale, risente della tendenza a dare della responsabilità erariale una nozione sanzionatoria, mentre la sua natura squisitamente risarcitoria deriva dal suo intrinseco collegamento all'esistenza di un danno economico (peraltro, nient'affatto punitivo) e dal c.d. potere riduttivo attribuito al giudice contabile.

Se dunque in materia penale è auspicabile una formulazione della norma incriminatrice più aderente al principio di tassatività, per la responsabilità amministrativa si potrebbe procedere ad una tipizzazione della colpa grave, senza incidere in alcun modo sul suo carattere risarcitorio.

In ogni caso, sarebbe auspicabile che magistratura ordinaria e magistratura contabile elaborassero delle serie proposte di riforma, invece di trincerarsi in una sterile e preconcetta opposizione a qualsiasi modifica legislativa, che tenta di risolvere un problema reale. In altre parole, si tratta di dare concreta attuazione al monito della Corte costituzionale, contenuto nella sentenza 371/1998, trovando un punto di equilibrio «*tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo*».

Nella Sezione attualità, il Prof. Giacinto della Cananea commenta una recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, riguardante la legislazione antievasione dell'Ungheria. La CEDU ha ritenuto che la pubblicazione del codice fiscale e dell'indirizzo di residenza del colpevole di evasione fiscale sia sproporzionata rispetto all'intento punitivo anche in relazione alla possibile diffusione dei dati tramite internet. Si tratta di un caso interessante di bilanciamento non proporzionato tra pubblicità delle risorse e del bilancio e dignità umana che evoca la massima interna secondo cui il bilancio è uno strumento di protezione e non di oppressione della persona e della sua dignità (C. cost. sent. n. 275/2016).

Restando, in ambito europeo, il commento di Marco Caralesu sulla sentenza 17/2023/Ris della Sezioni Riunite della Corte dei conti, in sede giurisdizionale in speciale composizione, ci introduce alla dimensione europea del bilancio nazionale, che merge dalla sentenza della CGUE, prima Sezione, dello scorso 13 luglio (caso *Ferrovienord*, presente nella rubrica curata da Giovanna Pistorio). Gli spunti di riflessione, però, riguardano anche il nostro diritto interno, dove la Corte dei conti ha dovuto fare fronte ad eccezioni concernenti l'asserita configurabilità di una doppia giurisdizione sulla perimetrazione del conto economico consolidato, come sostenuto dall'Avvocatura dello Stato e dalla stessa Procura Generale; quest'ultima ha invocato la necessità di sollevare una questione di costituzionalità per violazione dell'art. 103 Cost. In proposito, le parti sembrano del tutto ignorare la doverosità per il giudice, dinanzi a testi ambigui, di seguire un'interpretazione conforme a costituzione, tanto più se l'ambiguità non è frutto della legislazione, ma di interpretazioni di discutibile razionalità.

Chiudono la rivista la nota di commento alla sentenza della sez. app. III, 19 settembre 2023, n. 348 sulla riqualificazione del titolo d'imputazione del danno erariale da parte del giudice d'appello di Emanuele Fratto Rosi Grippaudo e l'articolo di Roberto Viscomi sulle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative alla luce della giurisprudenza europea e nazionale.

Infine per la storia della dottrina viene ripubblicato lo scritto di Vittorio Scialoja «Diritto pratico e diritto teorico», pubblicato nel 1911 la cui attualità è palese alla luce di quanto detto sopra sull'IA e sulle regole tecniche

Per ultimo un ringraziamento al Pres. Clemente Forte per la traduzione (ed un primo commento) della sentenza n. 2 bvg 1/22 della Corte costituzionale tedesca sulla legittimità degli sfondamenti di bilancio, con la quale rende – con la solita puntualità – l'ennesimo servizio comparatistico e di dialogo tra la cultura costituzionale tedesca ed italiana.

Il Tribunale costituzionale tedesco ha annullato gli art. 1 e l'art. 2 della legge sul secondo bilancio suppletivo 2021 che hanno autorizzato il ricorso al debito, in violazione degli articoli 109, comma 3, 110, comma 1, primo periodo, e comma 2, primo periodo, nonché, con l'articolo 115, comma 2, della Legge Fondamentale. La sentenza comporta l'obbligo per il Parlamento di trovare coperture legittime diverse dal debito, con l'apertura di un buco di bilancio di grandezza inusuale.

C'è da chiedersi cosa succederebbe nel nostro Paese se, in applicazione di diposizioni simili contenute nell'art. 81 Cost, del principio di equità intergenerazionale, nonché, del principio di annualità di bilancio, (come declinato dalla Corte tedesca) una analoga pronunzia venisse emessa dalla nostra Corte costituzionale. Invero, la possibilità di una simile tutela della legalità costituzionale del bilancio statale è ad oggi inimmaginabile, mancando un ricorso diretto alla giustizia costituzionale, mentre la possibilità di un giudizio incidentale da sollevarsi nel giudizio di parificazione del bilancio statale, analogamente a quanto è pacificamente ammesso dalla giurisprudenza costituzionale per i giudizi di parificazione dei bilanci regionali (C. cost. sent. n. 184/2022) è destinata ad arenarsi nelle secche di un giudizio di parificazione concepito come un mero referto e senza alcun raccordo con la relazione sulla tipologia delle coperture finanziarie delle leggi e dei decreti legislativi (articolo 17, comma 9, della legge 31 dicembre 2009, n. 196); relazione che pur inquadrandosi tra i controlli collaborativi è «*comunque funzionale a prevenire squilibri di bilancio*» (C. cost. sent. n. 39/2014).

L'augurio per le prossime festività e che questa rivista continui a crescere avendo l'indubbio merito, dimostrato anche da questo numero, di attirare l'attenzione degli studiosi e degli operatori, sui problemi reali dei bilanci pubblici contribuendo a quella che è stata felicemente definita l'«umanizzazione» della contabilità pubblica.

Mario Pischedda

TEMI DI DISCUSSIONE

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E BILANCI PUBBLICI
UNA CALL FOR PAPERS

Riceviamo e volentieri pubblichiamo l'intervento del prof. Luciani al Convegno al Circolo dei Magistrati della Corte dei conti, il 16 novembre 2023, in un incontro denominato "Introduzione all'intelligenza artificiale: tecnologia e diritto".

Segue, in post-fazione, una proposta di discussione.

Può il diritto disciplinare l'intelligenza artificiale? Una conversazione preliminare

di Massimo Luciani
Professore Emerito di Istituzioni di diritto pubblico – Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Roma "La Sapienza"
Accademico dei Lincei

SOMMARIO

1. A mo' di premessa (e di giustificazione...).
2. Un dio generato dalle sue creature?
3. Il ritardo logico del diritto davanti alla ricerca scientifica.
4. I giuristi e l'innovazione scientifica.
5. L'utilizzazione dell'intelligenza artificiale nel diritto.
6. Due (davvero due) parole di conclusione

ABSTRACT

La conversazione esamina la questione della ricerca in tema di Intelligenza Artificale e sollecita riflessioni sull'applicabilità dei suoi esiti nell'attività giudiziaria

The conversation examines the question of research on the subject of Artifical Intelligence and calls for reflection on the applicability of its results in judicial activity.

1.- A mo' di premessa (e di giustificazione...).

Come il titolo esplicita, quella che qui si pubblica è una semplice conversazione. Per l'esattezza, è una conversazione tenuta in Roma, al Circolo dei Magistrati della Corte dei conti, il 16 novembre 2023, in un incontro denominato "Introduzione all'intelligenza artificiale: tecnologia e diritto", organizzato da Marcello D'Amore e cui hanno partecipato Luigia Carlucci Aiello (che ha parlato di "Intelligenza artificiale: i primi settant'anni"), Roberto Navigli ("Prestazioni sovrumane e limiti dell'intelligenza artificiale generativa") e l'autore di queste poche pagine. Una conversazione tenuta in un'occasione conviviale non è un saggio scientifico e questo spiega la sommarietà dei ragionamenti, il tono relativamente colloquiale e l'esiguità degli apparati documentali. Chi la leggesse con l'aspettativa di trovarvi una riflessione compiuta su un tema di tale importanza e così cruciale per il nostro futuro resterebbe, dunque, fatalmente deluso. La Rivista, nondimeno, ha cortesemente deciso di ospitarla.

Ritengo che la decisione, oltre che a un'ormai risalente consuetudine (ebbi l'onore di scrivere l'Editoriale che apriva il secondo numero), si debba alla volontà di aprire, sia pure con una certa "leggerezza" di penna, una discussione all'interno di *Bilancio – Comunità – Persona*, nella consapevolezza che nemmeno i temi che le sono cari possono ritenersi estranei all'impatto dell'intelligenza artificiale, che ormai (e da tempo!) è pervasivamente presente in tutti gli aspetti della nostra vita quotidiana. Staremo a vedere se le pagine che seguono serviranno in qualche modo a questo scopo.

2.- Un dio generato dalle sue creature?

Cominciamo con una narrazione. I massimi scienziati dell'universo sono riuniti attorno al più potente elaboratore elettronico di sempre, realizzato mettendo in rete tutti gli elaboratori di tutti i pianeti di tutte le galassie. Il capo del progetto pone alla macchina una domanda cui mai altra macchina aveva saputo rispondere. Leggo:

"C'è, Dio?

L'immensa voce rispose senza esitazione, senza il minimo crepitio di valvole e condensatori.

Sì: *adesso*, Dio c'è.

Il terrore sconvolse la faccia di Dwar Ev, che si slanciò verso il quadro di comando.

Un fulmine sceso dal cielo senza nubi lo incenerì, e fuse la leva inchiodandola per sempre al suo posto".

Sono le ultime righe di un brevissimo e folgorante racconto che Frederic Brown, maestro indiscusso della letteratura fantascientifica, pubblicò nell'ormai lontano 1954. Inutile tornare una volta di più sulle doti narrative di uno degli scrittori più intriganti del Novecento, ingiustamente sottovalutato a causa della scarsa considerazione dei generi letterari che praticò. Utile, invece, interrogarsi sul problema sotteso a "*The Answer*" – "La risposta" (questo il titolo del racconto che ho appena ricordato).

L'atteggiamento dei giuristi di fronte al progresso scientifico tende spesso a evocare il catastrofismo e altrettanto spesso non è razionalmente fondato. Quel che sta accadendo nel dominio dell'intelligenza artificiale (che, in accordo con l'*executive order* del Presidente degli Stati Uniti di cui poi dirò, potremmo definire "*a machine-based system that can, for a given set of human-defined objectives, make predictions, recommendations, or decisions influencing real or virtual environments*"), tuttavia, legittima un supplemento di ansiosa prudenza.

In un'intervista pubblicata *online* da *La Repubblica* lo scorso 3 novembre, Yoshua Bengio, vincitore del Premio Turing nel 2018, osserva che "Poi c'è un altro rischio, quello capitale: perdere il controllo dell'intelligenza artificiale. Se permettiamo lo sviluppo di sistemi AI che non rispettano le nostre intenzioni, allora permetteremo anche che possano auto replicarsi e dunque eludere ogni nostro controllo o tentativo di spegnerli".

Mustafa Suleyman, cofondatore di *Deep Mind* e di *Inflection AI*, nel suo recentissimo *The Coming Wave* (New York, Crown, 2023), scrive, in apertura, che "*With AI, we could create systems that are beyond our control and find ourselves at the mercy of algorithms that we don't understand*" (pp. 3 sg.)

L'immagine apocalittica di Frederic Brown e la ribellione di HAL 9000 in *2001, Odissea nello spazio*, come si vede, non sono più ipotesi narrativa, ma bruciante attualità. E di questa attualità il diritto dovrebbe saper fare governo, perché al diritto – l'ha efficacemente ricordato Giuliano Amato in un'intervista sempre a *La Repubblica* del 4 novembre – compete la regolazione sia delle attività umane che di quelle che umane non sono, ma dall'essere umano sono state consentite. Qui, però, abbiamo una grave difficoltà.

3.- Il ritardo logico del diritto davanti alla ricerca scientifica.

Permettetemi altre due citazioni da altrettante, notissime, opere.

La prima è da José Ortega y Gasset. Nel 1929 egli pubblicava *La rebelión de la masas*, un libro che avrebbe fatto discutere per decenni e che avrebbe ricevuto più critiche che consensi, sembrando a sinistra eccessivamente individualista e a destra eccessivamente libertario. Ortega registrava l'avvento delle grandi masse sul palcoscenico della storia, un avvento accompagnato da un inusitato sviluppo della scienza e della tecnica. E questa era la sua riflessione su quello sviluppo: "vivimos en un tiempo que se siente fabulosamente capaz para realizar, pero no sabe qué realizar" ("viviamo in un tempo che si sente meravigliosamente in grado di realizzare, ma non sa cosa realizzare").

La seconda è da *L'Éve future*, il celebre romanzo che Auguste de Villiers de l'Isle-Adam concepì già nel 1877 e che costituisce il capostipite di tutti i libri di narrativa sulla robotica e sull'intelligenza artificiale. Chiave del libro è Edison, il mago di Menlo Park, o per essere precisi il "personaggio" che, col medesimo nome, il romanziere distillò dal vero e storico Thomas Alva Edison. Ebbene: nel corso dell'azione l'Edison finzionale, dopo essersi a lungo interrogato sull'utilità che le sue invenzioni possono avere nel mondo moderno, taglia corto esclamando: "Après tout, que m'importe! Inventons! Inventons!" ("Dopo tutto, che m'importa! Inventiamo! Inventiamo!": A. DE VILLIERS DE L'ISLE-ADAM, *L'Éve future*, ed. a cura di A. Raitt, Paris, Gallimard, 1993, 50).

Il pensiero sotteso a queste due citazioni è prezioso per il giurista non meno che per lo scienziato o per il filosofo. L'invenzione, così come la scoperta, a prescindere dalla sua funzionalizzazione e dalla sua stessa intenzionalità, *ha un senso in sé*, in quanto invenzione. Il sol fatto di esistere in quanto tale, di *venire alla luce*, la legittima, ne attesta la novità per rapporto a ciò che la precedeva. Non si sa se servirà a qualcosa oppure no; non si sa se sarà un bene o un male per l'umanità: essa *è* e l'aver trasformato una *possibilità* in *essere* è ciò che le basta per essere legittimata in quanto invenzione (e, si badi, "our appetite for invention is insatiable": M. SULEYMAN, *The Coming Wave*, cit., 41). Non è quanto basta, invece, al diritto.

Il diritto è attribuzione di senso. È senso sociale formalizzato in fonti, atti provvedimenti, comportamenti. Non gli basta trasformare una possibilità in essere per assolvere alla propria funzione sistemica, poiché la trasformazione deve essere conforme all'interesse della comunità giuridicamente regolata. Anche quando si trova di fronte all'invenzione scientifica, pertanto, il diritto dovrebbe – teoricamente – razionalizzarla dandole un senso sociale. Come può, tuttavia,

farlo se l'invenzione scientifica pretende legittimazione pel solo fatto di esistere, pel solo fatto che – ormai – "è" ciò che "poteva essere"?

Il diritto si trova dunque in una condizione di *logico* ritardo. *Logico*, insisto, non semplicemente *crono-logico* (ciò che – pure – è evidente), perché il suo asse è spostato rispetto a quello del processo inventivo. E il diritto incontra anche la supplementare difficoltà di essere assoggettato, nei sistemi democratico-liberali, a limiti posti a presidio delle libertà. Da noi, ad esempio, una regolazione giuridica che pretendesse di ammettere le sole innovazioni dotate di senso (sociale) sarebbe in problematica armonia con la garanzia della libertà della ricerca scientifica apprestata dall'art. 33 Cost. In via di principio, dunque, il diritto è costretto a riconoscere una libertà innominata, riservandosi di regolarla quando ne emergerà, se ne emergerà, il senso. Così facendo, però, abdica all'esercizio dell'attività di regolazione preventiva, che è sempre quella più efficace nel dominio dei comportamenti giuridici, perché è la sola capace di *orientarli*.

Certo, si possono presidiare i confini estremi dell'innovazione (pensiamo – in un campo diverso da quello che stiamo discutendo, ma ad esso intimamente connesso qual è quello delle biotecnologie – al caso di scuola di un divieto di creazione artificiale di corpi umani di sintesi destinati a fungere da magazzini d'organi da trapiantare), ma si tratta di presidî di confine. Si potrebbe forse fare lo stesso per i sistemi intelligenti vietando almeno i percorsi di ricerca che conducessero a una loro autonomizzazione, alla loro capacità di non accettare uno "spegnimento", ma gli stessi operatori del settore non nascondono "how hard it will be" (M. SULEYMAN, *The Coming Wave*, cit., 245). In genere, quel che la scienza può ricercare e fare la scienza ricerca e fa, quali che siano le *contraintes* giuridiche che le si oppongono.

Questo non vuol dire, tuttavia, che di fronte alla ricerca scientifica il diritto sia interamente disarmato: può sempre sottoporre certe attività a una licenza; può usare la leva degli incentivi, del finanziamento o della tassazione; può stabilire un sistema di controlli e ispezioni; può colpire le maglie deboli della catena della ricerca (pensiamo alla limitazione delle forniture di superconduttori), etc. (una rassegna delle principali risorse della regolazione pubblica è in M. SULEYMAN, *The Coming Wave*, cit., Cap. 14). Nondimeno, i costi sempre decrescenti di alcune attrezzature, la vastità del campo di giuoco e altri condizionamenti di sistema rendono il suo compito assai difficile. Prendiamo l'esempio di una regolazione *ex ante* di tipo "morbido" come la politica di finanziamento. Si potrebbe cercare, certo, di finanziare la sola ricerca – diciamo così – "buona", ma lo si potrebbe solo parzialmente, poiché occorre considerare quattro cose: a) che a investire in ricerca ci pensano soprattutto dei giganti privati che non sempre necessitano del sostegno dello Stato; b) che i Paesi più piccoli possono orientare ben poco, in uno scenario globale che li vede marginalizzati; c) che incentivare la ricerca "buona" non risolve appieno il problema del contrasto alla ricerca "cattiva"; d) che, al di là di tutto questo, la qualificazione preventiva di "buona" o "cattiva" è ardua e si presta a preoccupanti abusi della discrezionalità politica.

È più facile, allora, che *ex ante* il diritto detti al più un complesso di precetti di *metodo* e una serie di *guidelines*, mentre dettare precetti di *contenuto* gli risulta meno agevole: come abbiamo

visto, dare un senso *a priori* a un'invenzione scientifica che lo possiede solo *a posteriori* è difficile; resecare lo spazio della ricerca è discutibile, a fronte della libertà da cui essa è assistita; predeterminare ciò che è bene e ciò che è male ricercare non è compito semplice.

Se non soltanto, la regolazione dell'innovazione scientifico-tecnologica è dunque soprattutto regolazione di conseguenze, regolazione successiva, regolazione di utilizzazioni. Sia in Europa che negli Stati Uniti questa sembra essere – del resto – la direzione nella quale si stanno incamminando i tentativi di regolazione.

Al 16° *Considerando* della bozza dell'*Artificial Intelligence Act* che l'Unione dovrebbe approvare entro l'anno, si legge che "*È opportuno vietare l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di determinati sistemi di IA intesi a distorcere il comportamento umano e che possono provocare danni fisici o psicologici*", aggiungendo che "*Tale divieto non dovrebbe ostacolare la ricerca per scopi legittimi in relazione a tali sistemi di IA, se tale ricerca non equivale a un uso del sistema di IA nelle relazioni uomo-macchina che espone le persone fisiche a danni e se tale ricerca è condotta conformemente a norme etiche riconosciute per la ricerca scientifica*". L'emendamento n. 3 del Parlamento europeo al testo proposto dalla Commissione presenta l'Atto come "*a uniform legal framework in particular for the development, the placing on the market, the putting into service and the use of artificial intelligence*". E l'emendamento n. 11 afferma esplicitamente che "*This Regulation should help in supporting research and innovation and should not undermine research and development activity and respect freedom of scientific research. It is therefore necessary to exclude from its scope AI systems specifically developed for the sole purpose of scientific research and development and to ensure that the Regulation does not otherwise affect scientific research and development activity on AI systems. Under all circumstances, any research and development activity should be carried out in accordance with the Charter, Union law as well as the national law*". Ipotesi di divieto sono previste dall'emendamento n. 38 in relazione ai sistemi di intelligenza artificiale capaci di distorcere il comportamento umano ("*Research for legitimate purposes in relation to such AI systems should not be stifled by the prohibition, if such research does not amount to use of the AI system in human-machine relations that exposes natural persons to harm and such research is carried out in accordance with recognised ethical standards for scientific research and on the basis of specific informed consent of the individuals that are exposed to them or, where applicable, of their legal guardian*"), ma si tratta di ipotesi marginali. L'emendamento n. 163 stabilisce che "*This Regulation shall not apply to research, testing and development activities regarding an AI system prior to this system being placed on the market or put into service, provided that these activities are conducted respecting fundamental rights and the applicable Union law. The testing in real world conditions shall not be covered by this exemption*", confermando che non la ricerca, ma l'immissione sul mercato dei suoi prodotti, è il vero *target* della regolazione. Semmai, l'Unione sembra intenzionata a incidere nella ricerca soprattutto promuovendo meccanismi di controllo interni alla comunità scientifica (v. le Osservazioni della Presidente von der Leyen al *Bletchley Park AI Safety Summit* del 2 novembre, tenutosi nel luogo più simbolico che si potesse scegliere, nella memoria di Alan Turing).

Quanto all'*executive order* che il Presidente degli Stati Uniti ha emanato lo scorso 30 ottobre ("Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence"), esso si occupa, a monte, della ricerca essenzialmente per i più periferici profili della comprensione dell'impatto che su di essa ha l'intelligenza artificiale (p. 31), del suo finanziamento e dell'attrazione di cervelli da altre parti del mondo (v. spec. pp. 2; 20; 24 sgg.), della *partnership* pubblico-privato (pp. 26 sgg.), etc, mentre si sofferma soprattutto sulla regolazione dell'*uso* dei sistemi intelligenti (immaginando di "*test, understand, and mitigate risks from these systems before they are put to use*": p. 2). E questo lo fa la massima potenza tecnologica al mondo, quella dove – come ricorda John Thornhill in un articolo sul *Financial Times* del 3 novembre ("Step aside world, the US wants to write the AI rules") – è prodotto oltre il 70% degli studi in materia di intelligenza artificiale più citati nella comunità scientifica. Del resto, in un mondo globalizzato, nel quale la rete della ricerca è planetaria e planetari sono i suoi effetti, puntare alla regolazione nazionale è velleitario ed è problematico addirittura per gli stessi Stati Uniti (non a caso l'*executive order* che ho ricordato si chiude con alcune pagine dedicate alla necessità del rafforzamento della *leadership* americana: pp. 56 sgg.). Soltanto una disciplina internazionale condivisa potrebbe essere davvero efficace, ma è evidente la difficoltà di elaborarla.

4.- I giuristi e l'innovazione scientifica.

Ecco, questa è la delicata, direi angosciosa, condizione nella quale i giuristi si trovano quando hanno a che fare col fenomeno della ricerca tecnico-scientifica, condizione che non esiterei a definire di relativa impotenza. Se, infatti, un ritardo è d'ordine logico è irragionevole cercare di colmarlo con un semplice conato della volontà. Il nostro sforzo, allora, deve essere quello di intervenire già nella fase della ricerca nei modi che prima ho indicato e soprattutto imponendo condizioni di metodo e stabilendo almeno delle procedure interne alla comunità scientifica che le consentano di rappresentarsi le conseguenze di certe linee d'indagine. Nondimeno, anche questo sforzo non è in grado di produrre grandi risultati, non foss'altro perché nella scoperta scientifica c'è un notevole grado di casualità, ora per quanto riguarda i suoi effetti, ora per quanto riguarda la sua stessa venuta alla luce.

Il problema ci si pone con particolare urgenza nel dominio dell'intelligenza artificiale, anche perché questa non è solo un potenziale oggetto di regolazione *da parte* del diritto, ma è un sicuro produttore di effetti *sul* diritto.

Ora, è certo che il dominio dell'intelligenza artificiale richieda una specifica e originale regolazione. Si tratta, infatti, di innovazioni che hanno determinato e ancor più determineranno vere e proprie ridefinizioni di stili di vita, di posizionamenti sociali, di letture del mondo. Si tratta – cioè – di una rivoluzione scientifica nel senso più stretto, nel senso – cioè – in cui se ne parla nella notissima sistematica di Kuhn.

Quali regole, però? Qui la letteratura è immensa e non posso far altro che ricordare come il diritto, se ha difficoltà a disciplinare a monte la ricerca, ben possa costruire i propri interventi

remediali e sanzionatori a fronte dell'uso dell'intelligenza artificiale, ad esempio sciogliendo il nodo delle responsabilità a fronte di un danno ch'essa abbia prodotto. Il legislatore ha infatti tutti gli strumenti per stabilire se la responsabilità di un eventuale danno stia in capo al produttore dell'*hardware*, al produttore del *software*, all'utilizzatore, etc. Si potrebbero dunque introdurre almeno alcuni princìpi generali, sebbene l'estrema varietà del fenomeno possa astrattamente suggerire l'adozione di discipline specifiche per i vari campi di applicazione dell'intelligenza artificiale. In realtà, la presenza di princìpi generali faciliterebbe la regolazione delle future novità, da attendersi profonde e in rapida successione, che una regolazione analitica sarebbe costretta (sempre in ritardo) a inseguire.

5.- L'utilizzazione dell'intelligenza artificiale nel diritto.

Ma una problematica specificamente intrigante per il giurista è anche quella della diretta applicazione dell'intelligenza artificiale al mondo del diritto nel dominio della giustizia digitale. Direi che i nodi teorici e pratici più importanti sono:

a) il rapporto fra predittività e certezza;

b) la concezione della giurisdizione, per rapporto alla legislazione;

c) la teoria dell'interpretazione;

d) l'alternanza fra stabilità e innovazione giurisprudenziale;

e) il rapporto fra macchina e intervento umano.

In altra occasione ho cercato di chiarire perché una sentenza robotizzata (che lo stesso *executive order* di Biden non esclude: p. 36) non mi convinca (M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Nuovo Dir. Civ.*, n. 1/2018, 5 sgg.), ma qui mi limito a rilevare che sostituire un giudice umano con un giudice *robot*, fosse pure per controversie bagatellari, è del tutto sconsigliabile, anche perché, fra l'altro, in questo modo il processo decisionale diventerebbe imperscrutabile, risolvendosi la sua eventuale critica nella difficilissima contestazione (non già della logica di un argomentare giuridico, ma) di un algoritmo e delle fonti di dati che l'hanno alimentato. Operazione, questa, che sfugge al giurista e che maggiormente compete al tecnico, con conseguenze agevolmente intuibili anche quanto al posizionamento sociale degli operatori del diritto.

La semplice utilizzazione di repertori indicizzati pone meno problemi, anche se si deve considerare che, se non critica e sorvegliata, essa finirebbe per introdurre uno strisciante vincolo al precedente, per limitare l'adattamento degli indirizzi giurisprudenziali al mutare della realtà sociale e per incidere nelle attitudini culturali degli operatori del diritto e specificamente del magistrato (che potrebbe tendere ad acquietarsi nella raccolta dei precedenti, trascurando l'approfondimento sulla dottrina e lo studio dei contesti).

Diversa ancora è l'ipotesi dell'affidamento all'intelligenza artificiale di una parte del lavoro del giudice, ad esempio quanto alla determinazione della misura di una sanzione in base a paradigmi prefissati. Va da sé che in questo caso sarebbe pregiudicato quel principio di adeguatezza in concreto sul quale tanto ha insistito la nostra Corte costituzionale nella sua

giurisprudenza sulle pene fisse. E l'esperienza pratica già maturatasi in alcuni ordinamenti non induce all'ottimismo (si registrano, infatti, casi di paradossale discriminazione).

L'equivoco più rischioso è che un *human oversight* garantisca che l'essere umano si reimpossessi della giurisdizione una volta che è intervenuta la macchina. Se lo *ius dicere* è preceduto da un *dictum* macchinale, è evidente, il dire umano è largamente pre-giudicato, vuoi per ragioni psicologiche, vuoi per le difficoltà motivazionali che si connettono al discostamento da quel *dictum*. L'intervento umano *post festum*, pertanto, non risolve affatto i problemi. Sarei dunque molto cauto nel consentire l'intromissione macchinale nel mondo della giurisdizione, se non pel profilo limitato della raccolta dei precedenti e della identificazione dei dati statistici. Una recente, elaboratissima, presa di posizione del Consiglio di Stato francese (che ha prodotto un documento – approvato il 31 marzo 2022 – davvero assai strutturato: "Intelligence artificielle et action publique: construire la confiance, servir la performance") sembra andare in questa medesima direzione.

Sullo sfondo, comunque, stanno tre problemi generali:

a) la penuria di giuristi con adeguata formazione scientifica, specie in questo dominio (il che ci può lasciare "in balìa" dei tecnici);

b) la relativa lentezza del diritto a fronte dell'estrema velocità di trasformazione della tecnica (il che ci costringe all'"inseguimento" cui ho accennato);

c) la natura globale dei problemi e il perdurante radicamento statuale del diritto "di tutti i giorni".

6.- Due (davvero due) parole di conclusione.

In conclusione. I giuristi devono rifuggire dal catastrofismo e dall'oscurantismo che sovente caratterizza il loro approccio nei confronti della ricerca scientifica e devono anche riconoscere i limiti delle armi in loro possesso. Devono anche, però, intendere bene i rischi delle nuove tecnologie e la portata epocale delle innovazioni già prodotte e ancor più di quelle che lo saranno di qui a pochi anni. Siamo a un tornante mai prima esperito della storia umana: possiamo fiorire o distruggerci e dipende solo da noi. Ma è proprio quel "noi" che – confesso – rende inquieto chi dubita dell'uniforme distribuzione del *lógos* fra gli appartenenti alla specie umana.

***

UNA PROPOSTA DI DISCUSSIONE

di Francesco Sucameli – Vicedirettore

Nell'opera teatrale di Karel Capek (*Rossum's Universal Robots*, 1920), si parla per la prima volta di robot, schiavi analogici destinati al "lavoro" in luogo degli esseri umani (dal ceco "robota" che significa, appunto, lavorare). La parola "robotica", invece, compare per la prima volta in un racconto del biochimico e scrittore Isaac Asimov (*Runaround*, incluso nella raccolta *I Robot*, pubblicata nel 1950).

Oggi, come è noto, la robotica è una branca della ingegneria che studia e sviluppa metodi che permettono a un robot di eseguire lavori umani, disciplina che ora si sposa con gli studi e la sperimentazione dell'intelligenza artificiale.

Asimov, prefigurando un simile sviluppo tecnico, ancora prima del suo effettivo realizzarsi, immaginava un futuro in cui i costruttori dei robot sarebbero stati costretti ad inserire nel *software* della loro intelligenza artificiale l'obbligo di obbedire a tre leggi fondamentali, poi diventate 4 in un successivo scritto. Le leggi erano, in sostanza, sistemi interni al "cervello robotico" per inserire vincoli all'azione della macchina a tutela degli umani, impendendole di costituire un pericolo.

Massimo Luciani, nella relazione qui pubblicata, affronta il tema del difficile rapporto tra "invenzione" (nella specie, l'invenzione dell'intelligenza artificiale e della decisione robotica) e diritto. La sua riflessione evidenzia che in ogni invenzione vi è un'espressione di senso individualistico (quello espresso dalla libertà dell'inventore e del sistema di relazioni in cui è inserito). Tuttavia, nel caso della AI, i rischi che tale invenzione determina per il prossimo e per la stessa società, rende necessario un rinnovamento di pari grado delle infrastrutture sociali affinché esse siano in grado di reggere gli effetti della trasformazione delle relazioni e della percezione che essa implica. L'intelligenza robotica, del resto, è davvero una innovazione senza precedenti, il cui impatto su tutte le attività umane è oggetto di ampio dibattito.

Tra le infrastrutture sociali, il diritto occupa la posizione più elevata in importanza. Come scrive l'Autore esso, come l'invenzione, «*è attribuzione di senso* [ma] *È senso sociale formalizzato in fonti, atti provvedimenti, comportamenti. Non gli basta trasformare una possibilità in essere per assolvere alla propria funzione sistemica, poiché la trasformazione deve essere conforme all'interesse della comunità giuridicamente regolata*».

La radicalità della trasformazione che si staglia all'orizzonte chiede all'ordinamento, tanto nella fase della "legislazione" come in quella della "esecuzione" (amministrativa e giudiziaria), una risposta "costituzionale", capace di proteggere i beni giuridici, *in primis* la persona e la democrazia, dai rischi di distruzione paventati da Asimov.

In questo numero, pertanto, vogliamo lanciare un appello alla riflessione, ovviamente, dal nostro punto di osservazione e di ricerca, ossia il bilancio pubblico e le sue ricadute sulla collettività e sugli individui. In tale contesto, si pone il tema dei modi e delle forme della sindacabilità giuridica delle scelte allocative, attraverso il diritto del bilancio. In quest'ottica, rilanciando l'appello che Vittorio Scialoja lanciava nel lontano del 1911 (che in questo numero non a caso ripubblichiamo), dottrina e giurisprudenza non possono sottarsi al dialogo, per elaborare categorie e soluzioni pratiche "utili" agli scopi dell'ordinamento.

Una riflessione simile, come ammoniva Scialoja, non può non tenere conto di tre distinti momenti di analisi: infatti, «*Il diritto non è che una parte della vita sociale, non è che la direttiva delle forze sociali e per conseguenza è materia di per sé stessa sempre mobile perché viva. Esso dunque deve contemplarsi, da chi la studia, nei tre momenti in cui si svolge la sua vita ogni essere vivente: il passato, il presente, il futuro*».

Per quanto riguarda il "passato", occorre partire dalla constatazione che la Costituzione italiana, come messo in evidenza dal Giudice delle leggi nell'ultimo decennio, assegna al diritto del bilancio, fondamentalmente, due compiti: (a) assicurare una effettiva sindacabilità politica (e democratica) delle scelte allocative, mediante la trasparenza e la contabilità di mandato; (b) consentire la verifica giuridica delle coperture che devono garantire, in primo luogo (C. cost. n. 6/2019) la continuità all'erogazione dei livelli essenziali dei diritti ("prestazioni costituzionalmente necessarie").

Il doppio controllo, politico e giuridico, delle scelte allocative viene assicurato subordinando il bilancio ad un principio di legalità sostanziale rinforzato (art. 81 comma 6 Cost.) e a clausole generali di rango costituzionale (l. cost.1/2012).

La Corte costituzionale, in proposito, ha affermato che il precetto palindromo di equilibrio e copertura (cfr. C. cost. sentt. n. 192/2012 e n. 184/2016) può operare anche in assenza di interposizione legislativa. Inoltre, ha evidenziato che le funzioni giudiziarie in materia di bilancio devono svolgersi in modo da assicurare forme tali da realizzare un "controllo-garanzia" (C. cost. sent. n. 184/2022) per gli enti controllati e per gli altri soggetti interessati che hanno legittimazione a partecipare al giudizio in unico grado.

Gli interessi che tale diritto presidia, infatti, toccano direttamente la forma di Stato e governo. Esso è infatti posto a "garanzia" del pieno e libero esercizio del diritto di voto e del sindacato parlamentare (contabilità di mandato), ma è anche il mezzo attraverso cui la Repubblica deve assicurare l'uguaglianza nel godimento dei diritti fondamentali (le c.d. prestazioni costituzionalmente necessarie, art. 3 comma 2 Cost.). Pertanto**,** la decisione robotica, amministrativa o giudiziaria, in materia di contabilità aggiunge alle criticità "costituzionali" evocate dalla riflessione del Professore Luciani, il problema dell'impatto su un oggetto altamente "politico" quale è il bilancio.

Come noto, in questi anni, il giudice contabile, agevolato dalla specialità della materia del bilancio, per sua natura afferente al "numero", ha spesso fatto ricorso ad "algoritmi" decisionali che – attingendo ad una selezione limitata di dati, mediante campionamenti statistici o ragionamenti presuntivi – gli hanno consentito di formulare giudizi di "affidabilità" dei conti. Tali giudizi, per il vero, restano confinati al piano del "fatto", lambendo solo incidentalmente il diritto, in quanto con tali algoritmi il giudice si limita a verificare l'effettiva sussistenza delle transazioni sottostanti al conto e la correttezza delle quantificazioni (si pensi alla DAS, le presunzioni di illegittimità dei calcoli di FCDE e fondi rischi, basati su algoritmi di calcolo, in parte codificati dalla legge, in parte contenuti in "norme tecniche", ossia i principi contabili delle associazioni professionali nazionali ed organismi internazionali)

In questa prospettiva, è chiaro che l'evoluzione della AI può essere utile ad estrarre ed elaborare dai dati la verità contabile (giudizio di fatto), moltiplicando le fonti, la velocità di analisi, e anche inventando ragionamenti induttivi nuovi.

Tuttavia, in contabilità, nessun giudizio algoritmico sul fatto è estraneo al diritto, perché la regola di analisi (l'algoritmo), come si è cennato, si trova spesso allocata in fonti extra-legali peculiari (le "norme tecniche": cfr. in questo numero Antonio Iannuzzi, *La disciplina della tecnologia fra auto-regolazione, co-regolazione ed etero-regolazione*) che si saldano al diritto grazie alle clausole generali di equilibrio e copertura (C. cost. sent. n. 192/2012 e 184/2016).

In proposito, occorre ricordare che tutti i conti pubblici hanno una naturale struttura a gradi e che ogni livello di costruzione del conto corrisponde a regole giuridiche di cui il giudice contabile è chiamato a verificare l'osservanza. (G. Rivosecchi, *Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus, ovvero: disvelata natura giurisdizionale della parificazione dei rendiconti ed effetti sull'autonomia regionale*, *Le Regioni*, 6/2022)

Il primo grado riguarda la prova dell'esistenza e la validità di una transazione (e conduce alla "imputazione" al bilancio secondo regole normative della competenza finanziaria e/o economica); il secondo alla classificazione di tali scritture primarie (ordinamento della contabilità analitica), il terzo alla loro sintesi rappresentativa (scritture finali di bilancio). Ciascun livello delle scritture evoca quindi regole giuridiche su cui si concentra il successivo controllo giudiziario, il cui oggetto rimane il saldo contabile del bilancio (e la sua conformità

al palindromo equilibrio/copertura). Tali precetti, come è noto, hanno una struttura lasca, a cavallo tra principi e clausola generale (così S. Pajno, *Principi, regole e clausole generali del diritto costituzionale del bilancio,* in questa Rivista, n. 1/2023).

Di conseguenza, il giudizio robotico sul diritto del bilancio e la sussunzione del fatto nello stesso (la decisione), pur basato sull'apprendimento ed elaborazione di precedenti, pone gli stessi i rischi evocati dal Professore Luciani, con l'aggravante della prossimità di tale giudizio al merito allocativo e alle scelte di copertura. Non soltanto, quindi, il rischio di violare l'art. 101 Cost; ma altresì quello di sganciare il diritto del bilancio dai principi costituzionali.

I principi, del resto, sono norme giuridiche particolari che consentono di attivare la connessione tra legalità ordinaria (costituita da norme a fattispecie completa) e legalità costituzionale (basata, appunto norme spesso a struttura aperta). Tale connessione, come è noto, si realizza con un'operazione di bilanciamento che è spesso pregna degli «*orientamenti e ideali di politica legislativa*» (E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, rist. 1971, pp. 310 e ss.) che il giudice percepisce e veicola attraverso la sua intelligenza sociale.

In quest'ottica, il rischio è di minare alle fondamenta lo Stato costituzionale, che accosta al principio della certezza del diritto quello della "coerenza" tra caso e principi, di modo che legislazione ed esecuzione siano entrambe "ragionevoli" ed effettivamente rispettose del principio di uguaglianza. Il compito della giurisprudenza, in un simile contesto, non può mai essere l'automatismo e l'obbligo di seguire percorsi sempre identici a sé stessi, ma assicurare la coerenza tra principi e la mutevolezza della fattispecie. E per fare ciò essa deve potere sempre oscillare tra la coerenza col passato (il precedente) e la spinta per l'innovazione che proviene da essa (e dalle sue caratteristiche oggettive). È infatti il caso che fornisce al giudice la possibilità di cogliere la necessità di attivare il dialogo con il giudice costituzionale.

Per questa ragione la Rivista ha deciso di ospitare contributi specifici su questi temi, in materia di bilancio e contabilità, allo scopo di promuovere un dibattito sulle modalità di applicazione dell'AI ai giudizi e alla procedure di controllo giudiziario dei bilanci pubblici, che, per dirla con Scialoja, sia capace di dare un contributo alla creazione di un nuovo "diritto generale" che però, stavolta, non potrà avvalersi dell'ausilio della comparazione col passato e con il presente di altri ordinamenti, perché mai come ora il destino dell'umanità è stato legato da un filo comune rispetto alla novità di un tempo senza "precedenti".

DOTTRINA

IL RAPPORTO FRA FUNZIONI E RISORSE NELL'ATTUAZIONE DELL'ART. 116, TERZO COMMA, DELLA COSTITUZIONE.

di Giuseppe Verde
prof. Ordinario Università di Palermo

SOMMARIO

1. Il rapporto funzioni e risorse nel disegno di legge "Calderoli"
2. I rapporti finanziari fra lo Stato e le Autonomie speciali: un modello da seguire?
3. Le autonomie speciale e il l'attuazione dell'art. 116 comma 3 della Costituzione
4. La definizione dei rapporti finanziari fra lo Stato e le Regioni speciali: la prassi dei decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali
5.Il disegno di legge "Calderoli" e il contributo della Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica.

ABSTRACT

L'Autore affronta il tema del rapporto fra funzioni e risorse nel contesto dell'attuazione dell'art. 116 comma 3 della Costituzione. Il regionalismo differenziato – nel disegno di legge "Calderoli" – prova ad estendere alle Regioni interessate alcuni dei principi relativi ai rapporti finanziari fra lo Stato e le Autonomie speciali. Sul punto si sottolinea il contributo offerto dalla Commissione Affari costituzionali del Senato.
The Author discusses the relationship between functions and resources in the context of the implementation of the art. 116 paragraph 3 of the italian Constitution. Differentiated regionalism - in the "Calderoli" bill - tries to extend some of the principles relating to financial relations between the State and the special autonomies to the Regions involved. The contribution offered by the Constitutional Affairs Commission of the Senate is highlighted.

1. Nel presente scritto provo a riflettere sul finanziamento delle funzioni trasferibili alle Regioni che chiedono il riconoscimento di *ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia*. È bene precisare che il mio interesse al tema è sollecitato dalle opzioni messe in campo dal disegno di legge n. 615 (Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione) attualmente all'esame della Commissione affari costituzionali del Senato.

Il c. d. disegno di legge "Calderoli" ha una impostazione chiara: l'attuazione del regionalismo differenziato non dovrà comportare nuovi oneri a carico della finanza pubblica. Non si esclude che il complesso dei meccanismi previsti possa produrre costi a carico del bilancio dello Stato, ma, in questo caso, saranno appositi provvedimenti legislativi – in linea con l'art.81 della Costituzione - a farsi carico dei maggiori oneri eventualmente prodotti nel contesto dell'attuazione del regionalismo differenziato.

La verifica della relazione tecnica a firma del Ragioniere generale dello Stato, dopo aver preso in esame gli articoli del disegno di legge, si conclude con un esito positivo[1]. Stando alle previsioni di cui all'art. 8 del disegno di legge, la c.d. invarianza finanziaria sarebbe assicurata sia per le Regioni che si siano attivate per la differenziazione, sia per quelle non interessate alle

[1] La verifica della relazione tecnica risponde alle previsioni di cui all'art. 17, comma 3, della legge n. 196 del 2009.

ulteriori forme di autonomia. Queste ultime potrebbero aspirare ai fondi perequativi e ai fondi ordinari di cui all'art. 119 Cost. In ogni caso le intese che saranno approvate non dovrebbero pregiudicare l'ammontare delle risorse destinate a ciascuna delle altre Regioni.

L'invarianza finanziaria riguarda anche l'impegno volto a garantire la "*promozione dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale, dell'insularità, della rimozione degli squilibri economici e sociali* […] *anche nei territori delle Regioni che non concludono le intese*" (art 9 ddl). La prospettiva solidaristica appena esposta è rinviata al momento in cui i programmi si tradurranno in scelte precise che si indirizzeranno ai territori meritevoli di un intervento perequativo.

Muovendo da quanto appena anticipato la prospettiva entro la quale matura la scelta di come finanziare le funzioni trasferibili è segnata dalla clausola di invarianza. Nella logica del disegno di legge "Calderoli" saranno le intese che individuano "*le modalità di finanziamento delle funzioni attribuite attraverso compartecipazioni al gettito di uno o più tributi erariali maturato nel territorio regionale*" e ciò in ossequio a quanto previsto dal già citato art. 17 della l. 196/2009 "*nonché nel rispetto di quanto previsto dall'art. 119, quarto comma, della Costituzione*".

Non si tratta di una novità assoluta in quanto l'indicazione da ultimo espressa nel secondo comma dell'art. 5 del disegno di legge "Calderoli" applica al regionalismo differenziato un meccanismo utilizzato per il finanziamento delle regioni speciali e delle province autonome[2].

In generale la dottrina ha avuto modo di soffermarsi sugli aspetti problematici connessi con la scelta di finanziare le funzioni trasferite dallo Stato alle Regioni attraverso la compartecipazione delle Regioni stesse al gettito prodotto nel territorio regionale da alcuni tributi erariali. Nel paragrafo che segue mi soffermo sui rapporti finanziari tra lo Stato e le Autonomie speciali con l'intento di capire perché il disegno di legge "Calderoli" immagini di finanziare le funzioni teoricamente trasferibili dallo Stato alle Regioni che chiedono l'attuazione dell'art. 116, c. 3, della Costituzione, attraverso un meccanismo che può presentare aspetti applicativi discutibili. È forte il rischio che si producano squilibri irragionevoli in quanto la compartecipazione se riferita a territori in cui si registra un'economia florida, potrà produrre nel tempo un *surplus* di risorse rispetto a quelle ritenute (o meglio definite nell'intesa) come idonee a sostenere lo svolgimento delle funzioni trasferite dallo Stato.

Clausola di invarianza finanziaria e compartecipazione sono due principi che dovrebbero assicurare un'attuazione del regionalismo differenziato senza costi aggiuntivi a carico della finanza pubblica. Ma sul punto – come si avrà modo di esporre – la dottrina ha già avvertito che il trasferimento delle funzioni non può essere un'operazione neutra dal punto di vista finanziario. A riguardo proverò a richiamare gli spunti del dibattito svoltosi in Commissione Affari costituzionali del Senato. Da alcuni emendamenti approvati si comprende l'importanza

[2] In generale è stato osservato che il modello di regionalismo cui aspirano le Regioni che chiedono l'attuazione dell'art. 116, comma 3 della Costituzione sia quello ascrivibile al sistema delle regioni speciali, cfr., MORELLI, *Fonti e procedimenti dell'asimmetria* (4 marzo 2020), in *Federalismi.it*, n. 5/2020, 73 ss., spec. 78.

di monitorare ed aggiornare il rapporto funzioni/risorse per evitare che il sistema produca effetti irragionevoli legati all'assegnazione di risorse in misura superiore a quelle necessarie per assicurare lo svolgimento delle funzioni trasferite. L'intenzione – emersa nel corso dei lavori della Commissione Affari costituzionali del Senato – sarebbe nel senso di dotarsi di strumenti capaci di monitorare il rapporto funzioni/risorse. Il punto che merita di essere approfondito attiene alle modalità concrete attraverso le quali si dovranno valutare gli effetti prodotti dalle singole intese. Al momento sembra che questa delicata attività di valutazione sarà affidata a commissioni paritetiche per così dire "ordinarie" (cioè diverse da quelle previste negli Statuti speciali) mentre non è chiaro se il Parlamento in sede di approvazione della decisone annuale sul bilancio sarà in grado di riconsiderare il rapporto funzioni/risorse ove ciò sia imposto da esigenze di coordinamento della finanza pubblica.

2. Il tema del finanziamento delle funzioni riveste un'importanza decisiva per quelle che saranno le sorti del regionalismo differenziato. Si tratta di scelte delicate e, probabilmente, tutte le opzioni ipotizzabili presentano aspetti problematici. Al momento il modello a cui si ispira il disegno di legge "Calderoli" è quello seguito per definire i rapporti finanziari tra lo Stato e le Antonimie differenziate.

È un po' strano che la rinnovata attenzione per una delle disposizioni più controverse del Titolo V (l'art. 116 comma 3) consideri l'esperienza delle regioni speciali come punto di riferimento per definire le modalità di finanziamento delle funzioni che potranno essere trasferite alle regioni ordinarie.[3] I meccanismi che hanno concorso nella definizione dei rapporti finanziari fra lo Stato e le Autonomie speciali hanno determinato effetti irragionevoli proprio perché il rapporto fra funzioni e risorse è stato definito in modo approssimativo[4]. Sappiamo poi che gli Statuti speciali offrono soluzioni diverse, mentre solo per la Regione Siciliana la definizione delle risorse è rimessa alle disposizioni di attuazione dello Statuto[5]. In buona

[3] Su cui v., PALADIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amministrativo*, 1971, p. III, 3 ss.

[4] La conseguente irragionevolezza del sistema è dimostrata dal fatto che in alcune situazioni si determina un *surplus* di risorse e in altre ci si duole della mancanza di risorse adeguate. Le due situazioni appena rappresentate segnano le distanze fra la "specialità" del nord e quella del sud, su cui si v., VERDE, *Uniformità e specialità delle regioni*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti,* 4/2015, *www.rivistaaic.it*

[5] L'art. 63, quinto comma, della legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1 (Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia), dispone che "Le disposizioni contenute nel titolo IV [relative al demanio e al patrimonio della Regione] possono essere modificate con leggi ordinarie, su proposta di ciascun membro delle Camere, del Governo e della Regione, e, in ogni caso, sentita la Regione"; l'art. 54, quinto comma, della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna), stabilisce che "Le disposizioni del Titolo III [relativo alle "Finanze - Demanio e patrimonio"] del presente Statuto possono essere modificate con leggi ordinarie della Repubblica su proposta del Governo o della Regione, in ogni caso sentita la Regione"; l'art. 104, primo comma, del D.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige), a tenore del quale "Fermo quanto disposto dall'articolo 103 le norme del titolo VI [quelle relative a "Finanza della regione e delle province"] e quelle dell'art. 13 possono essere modificate con legge ordinaria dello Stato su concorde richiesta del Governo e, per quanto di rispettiva competenza, della regione o delle due province"; l'art. 50, quinto comma, della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4 (Statuto speciale per la Valle d'Aosta), prevede che "Entro due anni dall'elezione del Consiglio della Valle, con legge dello Stato,

sostanza il trasferimento effettivo delle risorse è disposto con legge statale che ai sensi dell'art. 81 Costituzione è abilitata a dare copertura alle decisioni che attengono ai rapporti finanziari con lo Stato. Con l'avvertenza che nel caso della Sicilia le disposizioni di attuazione non vengono emanate fino a quando il Parlamento non ne abbia assicurato la conseguente copertura finanziaria. Per le altre regioni e per le province autonome le norme d'attuazione seguono invece la legge statale promossa dall'iniziativa del Governo "sentita la Regione".

È in questo contesto che le regioni speciali e le province autonome hanno definito accordi con la Stato (fra il 2009 e il 2021) il cui contenuto ha avuto uno sbocco nelle manovre finanziarie nel cui contesto è stato definito l'apporto delle autonomie speciali al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica[6].

La documentazione reperibile sul sito della Camera dei Deputati [7] dimostra che non esiste "un sistema" dei rapporti finanziari fra lo Stato e le Autonomie speciali. I suddetti rapporti risentono del contesto istituzionale, sociale ed economico cui si riferiscono e introducono regole e meccanismi che valgono solo in riferimento alla specificità del territorio regionale cui si riferiscono. Prescindendo dalle ragioni storiche che sostengono le sorti dell'Autonomia speciale, appare con sufficiente evidenza che le cinque regioni speciali differiscono profondamente per numero di cittadini e per il contesto economico, sociale e politico che le caratterizza. Ciò dovrebbe spingere sempre più a considerare che i risultati che l'autonomia speciale produce al nord sono completamente diversi da quelli realizzatisi al sud.

Altro dato che emerge con sufficiente chiarezza riguarda le forme attraverso le quali le Autonomie speciali concorrono al risanamento della finanza pubblica. Anche per questo aspetto si devono considerare gli accordi bilaterali sottoscritti e le conseguenti discipline introdotte nelle leggi di stabilità in cui poi sono in concreto definite le modalità attraverso le quali le singole regioni concorrono al risanamento della finanza pubblica.

Emerge, quindi, un quadro caratterizzato da episodicità, che produce effetti diversi in ragione del contesto economico cui si riferisce e che in buona sostanza non è in grado di raggiungere un equilibrio soddisfacente nel rapporto fra funzioni svolte (o che andrebbero svolte) dalle Regioni speciali e risorse. Ciò vale sia per quelle Regioni che in virtù della compartecipazione ai tributi erariali (o per la devoluzione per intero di alcuni tributi erariali) godono di risorse aggiuntive, sia per quelle che si dolgono del fatto che le risorse assegnate non consentono di onorare i compiti svolti dalle Regioni stesse.

3. Il disegno di legge "Calderoli" prova a recepire il meccanismo di finanziamento riferibile alle Autonomie speciali. Nel sistema di cui al Titolo V della Costituzione il regionalismo differenziato non può promuovere una conquista delle prerogative riconducibili tipiche delle

in accordo con la Giunta regionale, sarà stabilito, a modifica degli artt. 12 e 13, un ordinamento finanziario della Regione [gli artt. 12 e 13 sono contenuti nel titolo III dello Statuto, relativo a "Finanze, demanio e patrimonio"]".

[6] Per un approfondimento, cfr. G. RIVOSECCHI, *Finanza delle autonomie speciali e vincoli di sistema*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, fasc. n. 1/2016.

[7] CAMERA DEI DEPUTATI, *Studi – Istituzioni - Autonomie territoriali e finanza locale* (15 settembre 2021).

Autonomie differenziate. In linea di principio non può essere escluso che alcuni profili attuativi del regionalismo speciale possano essere estesi anche al regionalismo differenziato avendo cura di rilevarne la loro natura, in quanto alcuni aspetti dell'autonomia speciale hanno carattere derogatorio della disciplina generale e dipendono direttamente dallo Statuto – legge costituzionale.

Il punto in questione merita alcune precisazioni.

La prima attiene al sistema delle autonomie regionali per come è rinvenibile nell'art. 116 della Costituzione. È noto che grazie all'art. 116 il regionalismo speciale permane nel contesto del Titolo V della Costituzione. Ne consegue che accanto alle Regioni speciali abbiamo le Regioni ordinarie. Queste ultime possono attivare l'art. 116 comma 3 per ottenere *ulteriori forme e particolari condizioni di autonomia*. In dottrina si è detto che il regionalismo speciale costituisce un limite logico – sistemico per le Regioni impegnate ad ottenere le particolari forme di autonomie di cui si è appena detto[8]. A ciò aggiungerei che seguendo le indicazioni che provengono dalla giurisprudenza costituzionale, solo gli Statuti speciali approvati con legge costituzionale hanno la capacità di derogare alla disciplina di cui al Titolo V della Costituzione[9]. Proseguendo per questa via deve essere ricordato che il regionalismo differenziato costituisce attuazione del Titolo V e non può giammai costituire deroghe alla disciplina generale del regionalismo italiano per come è rinvenibile nell'articolato catalogo di potestà e materie di cui all'art. 117 della Costituzione.

Resta ancor oggi attuale l'avvertimento formulato da Leopoldo Elia secondo cui l'attuazione dell'art. 116 comma 3 non può comportare alcuna deroga all'art. 117 della Costituzione[10]. Le deroghe all'art. 117 devono seguire la via segnata dall'art. 138 della Costituzione e non possono legittimamente realizzarsi attraverso l'atto normativo legge indicato nel terzo comma dell'art. 116 della Costituzione.

Su queste premesse è possibile trarre alcune indicazioni di cui è bene tenere conto. La richiesta regionale volta ad acquisire forme e condizioni particolari di autonomia muove dalla

---

[8] Sui limiti di ordine costituzionale che incontrerebbe la richiamata prospettiva, cfr. A. POGGI, *Il regionalismo italiano ancora alla ricerca del "modello plurale" delineato in Costituzione*, in *Federalismi.it*, *Paper*, 8 gennaio 2020, 15 ss., la quale osserva che «il regionalismo differenziato non può sconfinare in quello speciale: sarebbe, infatti, una surrettizia e quanto mai pericolosa strisciante forma di violazione della Costituzione».

[9] Secondo la Corte costituzionale (sentenza n. 230 del 2001) "l'art. 116 della Costituzione prevede anche che «alla Sardegna [...] sono attribuite forme e condizioni particolari di autonomia», secondo lo statuto speciale, adottato con legge costituzionale. lo Statuto speciale ha forza derogatoria rispetto alla disciplina dell'autonomia regionale stabilita dal Titolo V della Parte II della Costituzione".

[10] L. ELIA, *Audizione*, in Senato della Repubblica, XIV Legislatura, Commissione Affari costituzionali, Resoconto sommario della seduta n. 40 del 23 ottobre 2001, ove si legge, riportando il pensiero del celebre A. menzionato, che «a mio avviso è molto dubbio che questa norma [art. 116, comma 3., Cost.] rispetti i princìpi fondamentali della Costituzione, perché […] si viola secondo me il principio della rigidità costituzionale dell'articolo 138, che è la garanzia massima che la Costituzione contempla per la sua superiorità». Il punto in questione è richiamato nel contesto delle audizioni dei Professori DE SIERVO (*Regionalismo differenziato. Attuazione 116.3 Cost*) e PALLANTE (*Memoria per l'audizione presso la I Commissione permanente Affari costituzionali del Senato della Repubblica sull'atto Senato n. 615 «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione»*) svolte dalla Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica

disciplina del Titolo V al quale non può derogare, essa si muove sul piano dell'attuazione e non della revisione della Costituzione. A ciò si aggiunge che le modalità concrete di attuazione del regionalismo differenziato non possono introdurre discipline che determinino per le regioni ordinarie interessate il riconoscimento di forme di autonomia che nei fatti finiscono per superare la disciplina del regionalismo speciale perché ciò finirebbe per porsi in contrasto proprio con il primo comma dell'art. 116 della Costituzione. Sono queste le coordinate entro le quali si dovrà realizzare il regionalismo differenziato. A questo punto risulta utile interrogarsi se il disegno di legge "Calderoli" si pone in linea con le indicazioni che emergono dal Titolo V della Costituzione.

La verifica circa il rispetto della Costituzione non deve condurre a valutazioni astratte ma deve sforzarsi di essere concreto.

Per prima cosa si deve cercare di comprendere come siano destinati a interagire invarianza finanziaria e compartecipazione al gettito dei tributi.

Sul punto è sufficiente richiamare all'attenzione del lettore i contributi di Guido Rivosecchi[11] e di Simone Pajno[12] che in tempi recenti si sono interrogati sui meccanismi di finanziamento delle funzioni da trasferire dallo Stato alle regioni interessate all'attuazione del terzo comma dell'art. 116 della Costituzione.

Nei contributi da ultimo richiamati vi è un convergere su alcuni principi che dovrebbero guidare l'equilibrata attuazione del regionalismo differenziato.

Per quel che concerne il rapporto funzioni/risorse l'attuazione dell'art. 116 dovrebbe muovere dalle previsioni contenute nell'art. 119 della Costituzione. Ne consegue che

"non è affatto scontato che il trasferimento di funzioni alla Regione beneficiaria della legge di differenziazione, a cui deve seguire il trasferimento di adeguate risorse, sia operazione sempre finanziariamente neutrale, nel senso che, alle risorse trasferite alla Regione, corrisponda necessariamente un risparmio di pari ammontare per lo Stato. In effetti, l'amministrazione centrale è tenuta a continuare a svolgere determinate funzioni per le altre Regioni, sicché gli effetti delle scelte devolutive *ex* art. 116, terzo comma, Cost. potrebbero rivelarsi non necessariamente un «*gioco a somma zero*»"[13];

"la semplice attuazione di "scelte devolutive" potrebbe avere effetti di incremento della spesa pubblica connesse allo svolgimento delle funzioni che il riferimento alla sola. "spesa statale *nella* Regione" non consente adeguatamente di valorizzare. Per approfondire questo punto è necessario provare a classificare le funzioni oggetto del trasferimento in base all'incidenza che tale trasferimento può avere sulla spesa dello Stato. In base a questo criterio le funzioni possono essere suddivise in 5 gruppi:

---

[11] *Il regionalismo differenziato, un istituto della Repubblica delle autonomie: perché e come realizzarlo entro i limiti di sistema*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, 833 ss., spec. 854 ss.

[12] *Le autonomie territoriali tra principio di sussidiarietà e principio di corrispondenza tra funzioni e risorse*, in *Federalismi.it*, n. 7/2023, 206 ss., spec. 226 ss.; ID., *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, *Federalismi.it*, n. 5/2020, 94 ss., spec., 117 ss.

[13] G. RIVOSECCHI, *Il regionalismo differenziato, un istituto della Repubblica delle autonomie,* cit., 856.

I. Funzioni svolte dall'amministrazione periferica dello Stato; II. *Funzioni svolte all'amministrazione centrale dello Stato con riferimento al territorio della singola Regione richiedente*; III. *Funzioni svolte dall'amministrazione centrale unitariamente per l'intero ordinamento*; IV. *Funzioni attualmente attribuite ad enti subregionali*; V. *Funzioni "nuove", create appositamente dalla legge di differenziazione*"[14].

Per quel che attiene al meccanismo della compartecipazione al gettito dei tributi per reperire le risorse adeguate al finanziamento delle funzioni da trasferire nel contesto dell'attuazione dell'art. 116 comma, si osserva che

"Stando al tenore letterale dell'art. 119, secondo comma, Cost., secondo il quale gli enti sub-statali «dispongono di *compartecipazioni al gettito di tributi erariali* riferibile al loro territorio», la prescrizione costituzionale sembrerebbe a prima vista rivolta a precludere l'utilizzo delle riserve di aliquota, riferendosi testualmente alle *sole* compartecipazioni al gettito, e dovendo quindi intendersi la mera compartecipazione al gettito di tributi erariali come istituto diverso dall'attribuzione di una frazione dell'aliquota erariale. Tuttavia, in assenza di indicazioni desumibili dalla giurisprudenza costituzionale, se si esclude, come sembra condivisibile, che la riserva di aliquota possa essere ricondotta ai tributi propri, non si vede perché non si possa ritenere che la compartecipazione al gettito di tributi erariali non possa avvenire anche tramite la individuazione di una aliquota da calcolare sulla base imponibile e la sua attribuzione alla Regione: l'effetto sarebbe comunque quello di *compartecipare al gettito*. In questa prospettiva, non potrebbe dunque escludersi un'interpretazione sistematica delle norme costituzionali che consenta di ricondurre la riserva di aliquota alle compartecipazioni poiché l'effetto giuridico dell'istituto in parola è quello di determinare una compartecipazione al tributo erariale"[15].

Per quel che attiene alla determinazione in concreto delle risorse da destinare al finanziamento delle funzioni da trasferire si fa riferimento alla spesa sostenuta dallo Stato nella Regione in merito alle funzioni trasferite o assegnate. Si tratta di un dato tendenzialmente oggettivo rispetto al quale si nota che

"Se già l'aspetto della quantificazione delle risorse "al tempo zero" presenta i menzionati profili di criticità, aspetti ancor più problematici emergono dalla proiezione nel futuro delle modalità di finanziamento delle funzioni più sopra richiamate. In particolare, appare decisamente condividibile la critica di chi ha osservato la inadeguatezza di un modello che individua una misura di compartecipazioni e riserve di aliquota ad un determinato momento senza prefigurare strumenti per modulare tale misura in ragione dell'andamento delle dinamiche economiche nel corso del tempo, le quali potrebbero condurre a scostamenti significativi delle risorse riconosciute alle Regioni in diminuzione o in aumento"[16].

---

[14] S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista*, cit., 121 ss.
[15] G. RIVOSECCHI, *Il regionalismo differenziato, un istituto della Repubblica delle autonomie,* cit., 858.
[16] S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista*, cit., 119.

In questo contesto la linea ricostruttiva proposta sollecita la definizione dei costi standard come presupposto per avanzare necessari per rendere effettivo il "disegno" rinvenibile negli articoli 118 e 119 della Costituzione[17].

4. Rispetto al rapporto fra funzioni e risorse è di un certo interesse provare a comprendere quale sia la strategia presente nel disegno di legge "Calderoli".

Dai contributi richiamati nel precedente paragrafo emerge che la materia qui in discussione presenta una certa complessità proprio perché il sistema di finanziamento delle funzioni trasferite dallo Stato alle Regioni non ha ancora raggiunto quel livello di equilibrio che è richiesto dagli articoli 118 e 119 della Costituzione. Si è pure detto che l'attuazione del regionalismo differenziato "guarda" ai meccanismi messi a punto per le regioni speciali.

È abbastanza scontato che chi sostiene l'attuazione del regionalismo differenziato non è interessato dall'esperienza dell'autonomia speciale del sud, ma guarda con molto interesse alla specialità alto-atesina.

Il dato di partenza attiene al sistema di finanziamento delle funzioni che ruota intorno alla compartecipazione dal gettito del tributo statale. Quando – per esempio - si assegna ad un certo territorio una certa percentuale del gettito di un tributo (per esempio i sette decimi del tributo x) si effettua una valutazione che oggi individua la risorsa da destinare all'esercizio della funzione da trasferire. Non è possibile però immaginare quale sarà nel futuro l'andamento del suddetto gettito in quanto in un contesto economico florido con un reddito pro capite in crescita o mediamente superiore a quello di altre regioni, è molto probabile che le risorse saranno nel tempo superiori a quelle un tempo ritenute adeguate all'assolvimento delle funzioni trasferite. Il risultato immediato è che alcuni territori si avvantaggiano del sistema di finanziamento definito sulla base della compartecipazione e ciò perché avranno maggiori risorse a disposizione di quelle necessarie.

Il sistema di finanziamento delle Autonomie speciali prevede, però, dei correttivi e immagina che le Regioni speciali e le Province autonome devono concorrere al risanamento della finanza pubblica e in generale si ritiene che se le risorse – per effetto della compartecipazione al gettito del tributo – sono superiori a quelle richieste per assicurare l'assolvimento delle funzioni, è necessario procedere al trasferimento di ulteriori funzioni nei limiti delle risorse disponibili.

Dalla prassi dei decreti legislativi di attuazione dello Statuto del Trentino-Alto Adige emerge che la "fonte" disposizione di attuazione viene utilizzata per trasferire funzioni che non trovano un riscontro né nello Statuto né nella Costituzione. Per molte fattispecie non è possibile parlare di attuazione dello Statuto né può essere sostenuto che si tratti di funzioni individuate attraverso il rapporto fra competenze statutarie e competenze costituzionali per come veicolato dall'art. 10 della l.c. n. 3 del 2001. La logica seguita sembra meramente contabile: si trasferiscono

[17] S. PAJNO, *Le autonomie territoriali tra principio di sussidiarietà e principio di corrispondenza tra funzioni e risorse*, cit., 224.

funzioni in ragione delle risorse che si hanno a disposizione. La prospettiva appena descritta si sviluppa a prescindere dalla disciplina statutaria e costituzionale

Così, nel tentativo, di porre rimedio ad un sistema che assegna più risorse di quelle necessarie, le disposizioni di attuazione prevedono che l'Azienda sanitaria dell'Alto Adige può prorogare per due anni i contratti a tempo determinato del personale medico (d.lgs. 176/2021)[18].

È stabilito che a decorrere dalla di entrata in vigore del decreto legislativo n. 217 del 2017[19] gli oneri stipendiali del personale civile della Casa circondariale di Bolzano e la tabella organica del personale civile dell'Ufficio esecuzione penale esterna di Bolzano, "*determinati annualmente al lordo degli oneri previdenziali a carico dello Stato, sono posti a carico della Provincia autonoma di Bolzano, nell'ambito delle disponibilità finanziarie individuate ai sensi dell'articolo 79, comma 1, lettera c), del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1972, n. 670*" (art. 1 comma 4 d.lgs. 217 del 2017).

In virtù del d.lgs. 16/2017[20] sono delegate alla Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol, per il suo ambito territoriale, le funzioni riguardanti l'attività amministrativa e organizzativa di supporto agli uffici giudiziari, con esclusione di quelle relative al personale di magistratura e al personale amministrativo dirigenziale. Si precisa poi che "*il personale a tempo indeterminato in servizio a qualsiasi titolo alla data di entrata in vigore del presente articolo presso gli uffici giudiziari del distretto è inquadrato nel ruolo del personale della Regione*" (art.1, comma 8), si trasferiscono alla Regione "le attrezzature, gli arredi e i beni mobili strumentali all'esercizio delle funzioni delegate sono trasferiti alla Regione" (art. 1 comma 12), passano alla Province autonome alcuni beni immobili sedi di uffici giudiziari (art. 1 comma 13) e infine si precisa che "*gli oneri relativi alla delega di cui al comma 1 sono assunti in capo alla Regione ovvero, in caso di subdelega, alle Province autonome, mediante scomputo dal contributo in termini di saldo netto da finanziare previsto dall'articolo 79 dello Statuto e dall'articolo 1, comma 410, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, anche per gli effetti dell'articolo 1, comma 515, della legge 27 dicembre 2013, n. 147*."

Non mancano poi decreti legislativi che provano ad interagire sul piano delle competenze legislative provinciali destinate a definire gli "standard urbanistici" (d.lgs. 9/2018)[21], o disciplinare le procedure di aggiudicazione al fine di "agevolare la partecipazione agli appalti delle piccole e medie imprese" (d.lgs. 162/2017)[22].

---

[18] Norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige/Südtirol recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 26 gennaio 1980, n. 197, in materia di igiene e sanità

[19] Norme di attuazione dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige concernenti modifiche alle tabelle organiche del personale civile presso la Casa circondariale e l'Ufficio esecuzione penale esterna di Bolzano, allegate al decreto del Presidente della Repubblica 26 luglio 1976, n. 752.

[20] Norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige recanti disposizioni in materia di delega di funzioni riguardanti l'attività amministrativa e organizzativa di supporto agli uffici giudiziari.

[21] Norme di attuazione dello Statuto speciale per la regione Trentino-Alto Adige recanti modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 22 marzo 1974, n. 381, in materia di pianificazione urbanistica

[22] Norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol in materia di contratti pubblici. Le norme di attuazione in materia di lavori pubblici non sono in grado di ridefinire l'ambito della competenza provinciale: Corte costituzionale sentenza n. 23 del 2022 su cui v., DESANTIS, *La sent. n. 23/2022*

È evidente che la definizione delle disposizioni di attuazione, in virtù del c.d. principio pattizio, rimette all'accordo fra Governo e Regione, con il concorso della Commissione paritetica[23], la disciplina di materie e il trasferimento di funzioni che non trovano alcun fondamento sistemico nel diritto costituzionale. Governo – a cui compete l'adozione del decreto legislativo di attuazione dello Statuto speciale[24] - e Regione sono incoraggiati da una giurisprudenza costituzionale che in tema di disposizioni di attuazione degli statuti speciali è molto permissiva.

La legislazione ha più volte richiamato la perdurante attualità dei decreti legislativi che recano le disposizioni di attuazione degli Statuti speciali. Si pensi per esempio alle disposizioni della c.d. «legge La Loggia» (art.11) o ancora ai rinvii contenuti nella legge n. 42 del 2009 attuativa del c.d. «federalismo fiscale» (art. 27). Su questo versante si è discusso dell'ambito entro il quale le disposizioni di attuazione possono legittimamente operare[25]. Anche per questo

come occasione di nuova razionalizzazione del riparto di competenze in materia di procedure a evidenza pubblica, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2022, disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

[23] Giova rammentare che alla stesura delle disposizioni di attuazione degli Statuti speciali concorrono le Commissioni paritetiche (In riferimento alla composizione delle Commissioni paritetiche è opportuno tener conto di quanto previsto negli statuti speciali: l'art. 43 St. Sicilia; art. 56 St. Sardegna; art. 48-*bis*, comma 2, St. Valle D'Aosta; art. 65 St. Friuli-Venezia Giulia; art. 107 St. Trentino-Alto Adige) e successivamente sarà il Governo a adottare i decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali.

[24] L'intervento della Commissione paritetica non ha carattere vincolante in senso assoluto. È senz'altro obbligatorio, e in considerazione di ciò la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto che la Commissione deve sempre «essere posta in grado di esaminare ed esprimere il proprio avviso sugli schemi dei decreti legislativi che il Governo, a conclusione del lavoro preparatorio, si appresta definitivamente ad adottare ai fini dell'attuazione della disciplina statutaria». Il che se conduce ad affermare che, il Governo possa apportare, successivamente alla acquisizione del parere «varianti di carattere formale al testo dei decreti», non consente all'Esecutivo «di adottare modificazioni o aggiunte suscettibili di alterare il contenuto sostanziale della disciplina su cui la Commissione abbia già avuto modo di manifestare il proprio parere, tanto più ove tali modificazioni vengano a incidere […] sul piano della stessa distribuzione delle competenze tra lo Stato e i soggetti di autonomia» (Così, Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 1989.). La mancata acquisizione del parere costituisce vizio formale del decreto di attuazione, e, dunque, ne causa l'illegittimità costituzionale (Così, Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 1989.), con l'ulteriore precisazione secondo la quale – sul piano processuale – per la Regione o Provincia autonoma interessata «in caso di modifica di norme di attuazione, la lesione della competenza provinciale e l'interesse al ricorso non derivano tanto dal contenuto della norma modificatrice, quanto dal modo con cui la norma è stata approvata in violazione del procedimento posto a garanzia del ruolo e delle funzioni spettanti […] alla Commissione paritetica» (Corte costituzionale, sentenza n. 137 del 1998). In dottrina è stato altresì osservato che – ove tale adempimento procedurale venisse a mancare – l'illegittimità costituzionale delle norme di attuazione in questione potrebbe essere evitata solo mediante «l'assenso del Presidente della Regione interessata, che deve prender parte alle relative riunioni del Consiglio dei ministri» (PALADIN, *Le fonti del diritto italiano,* Bologna, il Mulino, 1996, 234.). In riferimento alle disposizioni di attuazione dello Statuto speciale, è utile ricordare che la Commissione paritetica «è titolare di una speciale funzione di partecipazione al procedimento legislativo […] detta Commissione rappresenta, dunque, un essenziale raccordo tra la Regione e il legislatore statale, funzionale al raggiungimento di tali specifici obiettivi» (Corte costituzionale, sentenza n. 201 del 2010).

[25] Queste caratteristiche sono ben evidenziate nei lavori monografici di SIAS, *Le norme di attuazione degli Statuti speciali. Dall'autonomia differenziata all'autonomia speciale*, Napoli, Jovene, 2012; COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle regioni ad autonomia speciale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017; sul punto cfr. il contributo di DEMURO, *Atti normativi del Governo tra Stato e Regioni*, apparso nel volume a cura di CARTABIA, LAMARQUE, TANZARELLA, *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, Giappichelli, 2011, 533 ss. Le prassi dei c.d. accordi fra Stato e Autonomie differenziate in tema di finanza pubblica ha spinto la dottrina (S. PAJNO, *Aspetti problematici delle norme di attuazione degli statuti speciali*, in *Nuove Autonomie*, 3/2018, 377 ss.) a considerare la posizione costituzionale della fonte qui in discussione con argomenti e spunti del tutto condivisibili.

specifico profilo resta da definire la materia statutaria in ragione del rapporto fra Statuti speciali e Titolo V della Costituzione che, come si è visto, è destinato a realizzarsi per il tramite dell'art. 10 della l.c. 3/2001. Se a ciò si aggiunge che gli Statuti speciali recano una disciplina che si rende materialmente percettibile attraverso espressioni bisognose di essere aggiornate, ecco che le disposizioni di attuazione diventano la fonte che reca un'attuazione dello Statuto spesso in senso diverso da ciò che è avvenuto in tempi passati.

Il ruolo delle disposizioni di attuazione è ulteriormente precisato dalla Corte costituzionale la quale ha affermato che l'ordinamento pone «una riserva di competenza a favore delle norme di attuazione degli statuti speciali per la modifica della disciplina finanziaria degli enti ad autonomia differenziata, […] così da configurarsi quale presidio procedurale della specialità finanziaria di tali enti»[26].

Quanto alla collocazione delle norme di attuazione nel sistema delle fonti, esse sono da assimilare agli atti normativi primari solo per ciò che concerne la possibilità di sottoporli al sindacato di costituzionalità e l'idoneità a soddisfare le riserve di legge previste dalla Costituzione[27].

La disciplina costituzionale avvalora l'idea che le disposizioni di attuazione sono atti normativi dotati di una competenza "separata e riservata" che concettualmente comporta un'immediata valutazione di illegittimità costituzionale per le leggi statali e per gli altri atti normativi primari che volessero occuparsi delle materie riservate alle disposizioni di attuazione.

Particolarmente significativo è un ulteriore indirizzo che proviene sempre dalla giurisprudenza costituzionale, a detta della quale «*deve,* […] *essere rilevato che le norme di attuazione dello statuto speciale si basano su un potere attribuito dalla norma costituzionale in via permanente e stabile* […], *la cui competenza ha 'carattere riservato e separato rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica' […] e pertanto prevalgono, nell'ambito della loro competenza, sulle stesse leggi ordinarie, con possibilità, quindi, di derogarvi, negli anzidetti limiti* […]. *Le norme di attuazione dello statuto regionale ad autonomia speciale sono destinate a contenere, tra l'altro, non solo disposizioni di vera e propria esecuzione o integrative* secundum legem*, non essendo escluso un contenuto* praeter

[26] Così, Corte costituzionale, sentenza n. 238 del 2015; negli stessi termini v., Corte costituzionale, sentenze nn. 71 e 241 del 2012.

[27] Così, Corte costituzionale, sentenza n. 316 del 2004 che, in riferimento alle disposizioni di attuazione relative all'art. 23 dello Statuto Speciale in virtù delle quali è stata adottata la disciplina del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ebbe modo di precisare che «[…] d'altra parte i citati artt. 4 e 6 del d.lgs. n. 373 del 2003, nel dettare la speciale disciplina del Consiglio di giustizia amministrativa, non hanno neppure violato, avendo rango primario in quanto norme di attuazione di statuti speciali […], la riserva di legge prevista in materia dall'art. 108 della Costituzione. E di conseguenza i predetti articoli possono anche, come fonti a competenza "riservata e separata" rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica […], introdurre una disciplina particolare ed innovativa, a condizione però di rispettare il "limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale» (al riguardo cfr., Corte costituzionale, sentenze n. 353 del 2001, 213 e 137 del 1998; 85 del 1990; 160 del 1985, 212 del 1984).

legem *nel senso di integrare le norme statutarie, anche aggiungendo ad esse qualche cosa che le medesime non contenevano*»[28].

Su tali premesse, la Corte costituzionale ha ancora una volta ribadito che le disposizioni di attuazione «*possono anche, come fonti a competenza 'riservata e separata' rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica* […], *introdurre una disciplina particolare ed innovativa, a condizione però di rispettare il limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale*»[29].

È altresì stato riconosciuto alle norme di attuazione un particolare ruolo "interpretativo" delle disposizioni degli statuti speciali, tale dunque da renderle idonee a giocare un ruolo nella conformazione del parametro di costituzionalità.

Le considerazioni appena esposte dimostrano che le disposizioni di attuazione degli Statuti speciali – nelle fattispecie richiamate – consentono all'accordo Governo- Regione di raggiugere qualsiasi obiettivo.

Con riferimento, però, al tema che qui interessa si può affermare che il rapporto funzioni/risorse per le Autonomie differenziate produce per la Regione Trentino – Alto Adige un surplus di risorse. Già questo dato dovrebbe fare riflettere sull'opportunità di estendere il meccanismo della compartecipazione al gettito del tributo oltre. Ma, come si è detto, l'attuazione del regionalismo differenziato muove proprio dal suddetto meccanismo per finanziare le funzioni coinvolte nell'attuazione dell'art. 116 comma 3 della Costituzione. È chiaro che si ha piena consapevolezza del fatto che il gettito di alcuni tributi in alcuni territori sarà negli anni superiore alla misura che viene presa in considerazione al momento della definizione di ciò che sarà devoluto dallo Stato alle Regioni. In particolare, le Regioni che più sono impegnate sul versante della differenziazione (Lombardia, Veneto e Emilia-Romagna) sanno bene che la compartecipazione al gettito dei tributi è destinata nel tempo a produrre sempre più maggiori risorse. Sarà compito della Corte costituzionale farsi carico di risolvere questo profilo di irragionevole iniquità che i rapporti finanziari fra Stato e Regioni possono produrre.

È da aggiungere un ulteriore aspetto caratterizzante il disegno di legge "Calderoli" che se mantenuto introduce un ulteriore aspetto di illegittima utilizzazione delle risorse pubbliche. Nelle vicende che hanno ricostruito gli effetti di alcuni decreti legislativi dello Statuto speciale del Trentino-Alto Adige, ci si è soffermati sull'eccentricità delle discipline veicolate come attuazione dello Statuto. Il rilievo critico attiene alla difficoltà di ricondurre i decreti legislativi

[28] Corte costituzionale, sentenza n. 353 del 2001; sul punto cfr., COSULICH, *op.cit*., 133.

[29] Corte costituzionale, sentenza n. 316 del 2004. Da ultimo - negli stessi termini - v., Corte costituzionale, sentenza n. 63 del 2023. In dottrina si è sostenuto che «solo quando l'autonomia si "trasforma" in specialità si può spiegare il vero senso dell'intervento delle norme di attuazione. Questo intervento prescinde dal carattere generale o particolare della disposizione statutaria, dalla sua natura *self executing* o meno, dalla sua natura di disposizione a fattispecie più o meno aperta, dal fatto di essere collocata tra le competenze legislative primarie, concorrenti, integrative […] dunque, in linea teorica, non è necessario che una singola e specifica disposizione statutaria costituisca il presupposto per l'attivazione della procedura funzionale all'adozione delle norme di attuazione», così, SIAS, *op.cit.*, 111-112.

esaminati alle competenze regionali per come definibili sulla base dello Statuto o della Costituzione. Se, dunque, questo profilo di dubbia costituzionalità è presente, è, in parte mitigato dagli effetti che si producono sul versante della finanza pubblica: il surplus di risorse regionali viene destinato al sostegno di funzioni che finiscono così di pesare sul bilancio dello Stato. Se, quindi, le fattispecie esaminate sono difficilmente inquadrabili da punto di vista del diritto regionale, almeno, sottraggono alla disponibilità regionale risorse svincolate dalle funzioni un tempo trasferite.

Il ricorso alla compartecipazione nel disegno di legge "Calderoli" è destinato – al momento – a produrre un effetto certo: nel tempo alcune Regioni avranno risorse superiori a quelle richieste per assicurare lo svolgimento delle funzioni trasferite. È da chiedersi - prescindendo dall'effetto finanziario che non dovrebbe prodursi – se sono previste delle misure che possano riequilibrare il concorso delle regioni ordinarie interessate all'attuazione del 117 comma 3 al risanamento delle finanze pubbliche o ad alimentare i fondi perequativi?

5. Prima di rispondere alle domande da ultimo avanzate, deve essere precisato che l'estensione alle regioni ordinarie che chiedono forme e condizioni particolari di autonoma degli stessi meccanismi che definiscono i rapporti finanziari fra lo Stato e le Regioni Speciali, già pone un problema di sistema perché il regionalismo differenziato non può superare in concreto la disciplina derogatoria rinvenibile negli Statuti leggi costituzionali. Né le Regioni ordinarie possono giustificare le proprie aspirazioni sulla base delle ragioni storiche che definiscono i contorni delle prerogative costituzionali delle Autonomie differenziate. Il regionalismo differenziato - si è già detto – si muove sul piano dell'attuazione costituzionale e non può introdurre deroghe alla disciplina generale del Titolo V.

Ciò detto la eventuale irragionevole allocazione delle risorse come potrà essere governata. Se per una delle Regioni si dovesse appurare che il finanziamento delle funzioni sta di fatto producendo l'assegnazione di risorse superiori a quelle necessarie, come si potrà intervenire?

A tal fine va segnalato che la Commissione Affari costituzionali del Senato ha approvato un emendamento aggiuntivo al disegno di legge "Calderoli" che prova a introdurre degli strumenti volti al "monitoraggio" delle intese proprio in riferimento al rapporto fra funzioni e risorse.

Al testo originario del disegno di legge "Calderoli" si aggiungerebbe l'art. 7 *bis*[30] che così recita:

1. La Commissione paritetica di cui all'articolo 5, comma 1, procede annualmente alla valutazione degli oneri finanziari derivanti, per ciascuna Regione interessata, dall'esercizio delle funzioni e dall'erogazione dei servizi connessi alle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, secondo quanto previsto dall'intesa, in coerenza con gli obiettivi programmatici

[30] L'emendamento citato nel testo risulta approvato in Commissione e indicato come "7.31 (testo 2". Risulta parimenti approvato l'emendamento "7.64 (testo 2)" a detta del quale la Corte dei Conti riferisce alle Camere in merito *alla verifica della congruità degli oneri finanziari conseguenti all'attribuzione di forme e condizioni particolari di autonomia rispetto agli obiettivi di finanza pubblica e ai principi di equilibrio di bilancio di cui all'articolo 81 della Costituzione.*

di finanza pubblica e, comunque, garantendo l'equilibrio di bilancio. La Commissione paritetica fornisce alla Conferenza unificata e alle Camere adeguata informativa degli esiti della valutazione degli oneri finanziari.

2. La medesima Commissione paritetica provvede altresì annualmente alla ricognizione dell'allineamento tra i fabbisogni di spesa già definiti e l'andamento del gettito dei tributi compartecipati per il finanziamento delle medesime funzioni. Qualora la suddetta ricognizione evidenzi uno scostamento dovuto alla variazione dei fabbisogni ovvero all'andamento del gettito dei medesimi tributi, anche alla luce delle variazioni del ciclo economico, il Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, d'intesa con la Conferenza unificata, adotta, su proposta della Commissione paritetica, le necessarie variazioni delle aliquote di compartecipazione definite nelle intese ai sensi dell'articolo 5, comma 2, garantendo comunque l'equilibrio di bilancio e nei limiti delle risorse disponibili. Sulla base dei dati del gettito effettivo dei tributi compartecipati rilevati a consuntivo, si procede, di anno in anno, alle conseguenti regolazioni finanziarie relative alle annualità decorse, sempre nei limiti delle risorse disponibili.

Al momento non è possibile immaginare quali saranno gli esiti della discussione parlamentare sul disegno di legge "Calderoli". L'articolo aggiuntivo per come approvato in seno alla Commissione Affari costituzionali dimostra che il Parlamento ha messo a fuoco uno dei punti più delicati del regionalismo differenziato, e ha immaginato un percorso il cui sbocco dovrebbe essere quello di una valutazione costante delle risorse assegnate alle Regioni che chiedono l'attuazione dell'art. 116 comma 3.

Certo il procedimento di continuo aggiornamento delle risorse rispetto alle funzioni trasferite è particolarmente complesso in quanto coinvolge la Commissione paritetica che dovrà elaborare una specifica proposta (Commissione appositamente prevista per dar corso al regionalismo differenziato), poi si dovrà raggiungere un'intesa in seno alla Conferenza unificata e poi infine un decreto ministeriale (del Ministro dell'economia) al momento abilitato a derogare all'intesa che governa l'attivazione della differenziazione ai sensi del comma dell'art. 5 del disegno di legge "Calderoli".

È da dire che tali garanzie non sono previste per aggiornare il concorso delle Autonomie differenziate alle esigenze legate alle decisioni in tema di finanza pubblica, mentre è a tutti noto che "il coordinamento della finanza pubblica" si è imposto come limite particolarmente stringente per le Regioni speciali e le province autonome, andando ben oltre la semplice definizione dei principi di coordinamento che avrebbero ben potuto assicurare alle Regioni e alle Province autonome la possibilità di definire le misure attraverso cui assicurare il perseguimento delle finalità di contenimento della spesa pubblica.

È noto che l'"armonizzazione dei bilanci pubblici e [il] coordinamento della finanza pubblica", fino all'entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 2012, hanno costituito un'unica materia di potestà legislativa concorrente sulla quale è più volte intervenuta la Corte costituzionale. Tuttavia, la richiamata l. cost. n. 1 del 2012 ha "spezzato" il binomio armonizzazione dei bilanci pubblici/coordinamento della finanza pubblica e ha attribuito il primo dei due titoli alla

competenza esclusiva del legislatore centrale[31]. Il "coordinamento della finanza pubblica" è tuttora un ambito di legislazione concorrente, e a rigore, in relazione ad esso spetta allo Stato la sola determinazione dei "principi fondamentali" [32].

In effetti, la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che dall'attuazione dell'art. 119, comma secondo, della Costituzione, possono derivare vincoli precisi anche nei confronti delle Autonomie speciali, considerato «che già nel previgente regime costituzionale e statutario il legislatore statale ben poteva imporre *limitazioni* (corsivo mio) anche alle Regioni a statuto speciale, in attuazione del principio unitario (art. 5 della Costituzione) e dei poteri di coordinamento della finanza pubblica, nonché del potere di dettare norme di riforma economico-sociale vincolanti anche nei confronti della potestà legislativa primaria delle Regioni ad autonomia differenziata. […] la finanza delle Regioni a statuto speciale è infatti parte della "finanza pubblica allargata" nei cui riguardi lo Stato aveva e conserva poteri di disciplina generale e di coordinamento, nell'esercizio dei quali poteva e può chiamare pure le autonomie speciali a concorrere al conseguimento degli obiettivi complessivi di finanza pubblica, connessi anche ai vincoli europei, come quelli relativi al cosiddetto patto di stabilità interno […] né si potrebbero rinvenire ragioni giustificatrici di una così radicale differenziazione fra i due tipi di autonomia regionale, in relazione ad un aspetto – quello della soggezione a vincoli generali di equilibrio finanziario e dei bilanci – che non può non accomunare tutti gli enti operanti nell'ambito del sistema della finanza pubblica allargata»[33].

Altro aspetto da considerare attiene anche all'esigenza di semplificazione di un procedimento che presenta la verifica ripetuta di un dato che la Ragioneria generale e l'Ufficio parlamentare per il bilancio potrebbero rappresentare con precisione e immediatezza in sede di approvazione parlamentare della manovra di bilancio.

[31] Peraltro, non sarà semplice individuare in astratto cosa debba essere ricondotto a ciascuno dei due titoli competenziali, dato che il "coordinamento della finanza pubblica" e l'"armonizzazione dei bilanci pubblici" sono stati intesi dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 17 del 2004, come un'endiadi.

[32] Sulla nozione di "coordinamento" cfr. V. BACHELET, voce *Coordinamento*, in *Enc. dir*., Milano, Giuffrè, 1962, 630 ss.; in particolare, sul "coordinamento della finanza pubblica" cfr., G. RIVOSECCHI, *Il coordinamento della finanza pubblica: dall'attuazione del Titolo V alla deroga al riparto costituzionale delle competenze?*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano tra giurisprudenza costituzionale e involuzioni legislative dopo la revisione del Titolo V*, a cura di S. Mangiameli, Milano, Giuffrè, 2014, 147 ss.

[33] Corte costituzionale, sentenza 29 dicembre 2004, n. 425, in *Le Regioni*, 2005, 671 ss., *ivi,* M. BARBERO, Golden rule: "*non è tutt'oro quel che luccica"!*, 675 ss. Il rpincipio giurisprudenziale richiamato nel testo è ulteriormente ribadito nelle seguenti sentenza della Corte costituzionale: nn. 273, 130 e 78 del 2020; n. 44 del 2021; n. 201 del 2022 e n. 76 del 2023.

AUTONOMIA NEGOZIALE DEGLI ENTI TERRITORIALI E VINCOLI DI FINANZA PUBBLICA[1]

di Patrizio Ivo D'Andrea
Avvocato – dott. di ricerca in Diritto Costituzionale

SOMMARIO

1. Un tema classico e la sua più recente codificazione legislativa.
   1.1. Dal codice civile del 1865 al codice dei contratti pubblici del 2023.
   1.2. Autonomia privata e vincolo funzionale.
   1.3. Le indicazioni della giurisprudenza.
   1.4. Una proposta applicativa.
2. I vizi dello strumento privatistico della pubblica Amministrazione.
   2.1. L'incapacità della p.A.
   2.2. I vizi derivanti dagli atti amministrativi propedeutici.
3. Autonomia privata degli enti locali e vincoli di finanza pubblica.
   3.1. La nullità testuale per violazione della disciplina sul ricorso all'indebitamento.
   3.2 La definizione delle nozioni di investimento e indebitamento.
4. Conclusioni.

ABSTRACT

Prendendo le mosse dalla disciplina dell'autonomia contrattuale degli enti pubblici contenuta nel nuovo codice dei contratti pubblici, il contributo esamina il tema dell'autonomia negoziale degli enti pubblici e degli enti territoriali in particolare, esaminandone alcuni snodi teorici e pratici quali il regime dell'invalidità degli strumenti negoziali, il collegamento con le finalità istituzionali, il principio di legalità e i vincoli costituzionali di finanza pubblica.

Starting from the more recent act governing public bodies procurement in Italy (Legislative Decree no. 36 of 31 March 2003), the paper examines the principle of public bodies freedom of contract, with a focus on specific issues such as the circumstances that can deem a contract voidable; the link between a contract and the institutional tasks of the p.b.; the rule of law; the local authorities' financial constraints set by the Italian Constitution.

1. Un tema classico e la sua più recente codificazione legislativa

Il tema dell'autonomia privata della pubblica Amministrazione e, in particolare, degli enti pubblici territoriali è un *topos* classico degli studi tanto giuspubblicistici quanto giusprivatistici. Nel corso del tempo è rimasto ed è tuttora di attualità in ragione di plurimi interventi normativi (non solo legislativi ma anche di rango costituzionale) e di particolari casi giudiziari che hanno posto nuovi interrogativi e sollecitato nuove ricostruzioni della materia.

[1] L'articolo è stato sottoposto alla procedura di referaggio a doppio cieco descritta sul sito www.dirittoeconti.it

1.1. Dal codice civile del 1865 al codice dei contratti pubblici del 2023.

Come è stato ricordato di recente[2], negli ultimi decenni dell'Ottocento e nei primi del Novecento era diffusa la tesi di una limitazione della capacità di diritto privato dello Stato e degli enti pubblici territoriali, fondata anzitutto sulla natura dell'ente pubblico e sulla diversità della persona giuridica dello Stato, in ragione della sua natura sovrana, e delle sue articolazioni territoriali, ma anche sulla necessità di ricondurre al dominio del principio di legalità ogni manifestazione giuridica dell'Amministrazione, non solamente nell'esercizio delle tipiche potestà autoritative. Giuseppe Mantellini apriva lo studio *Lo Stato e il Codice civile*[3] del 1890 con una massima dallo *Jus Naturae* di Christian Wolff: "*Rex quoad actus regios tamquam rex, quoad actus vero privatos, tamquam persona privata spectandus; consequenter quoad actus privatos non fruitur nisi iure privato*"[4]. Subito ne affiancava una (che solo a primo acchito poteva sembrare di opposto orientamento) del Grozio: "*Nullum enim hic ius quaesitum est adversus legis auctorem*"[5]. Tratteggiava, poi, la contemperazione delle ragioni del giure pubblico e privato nella temperie culturale del diritto naturale, nel quale trovava spazio un "diritto speciale" dello Stato: "Quando pertanto si vogliono alle Nazioni applicare i doveri che la legge naturale prescrive a ogni uomo in particolare, e i diritti che gli attribuisce affinché possa compiere i suoi doveri, questi diritti e questi doveri, *non potendo essere se non quali la natura dei soggetti comporta, debbono necessariamente subire nell'applicazione un cambiamento conveniente alla natura dei nuovi soggetti ai quai essi si applicano*"[6].

Adeguava, poi, quell'approdo alla diversa temperie giuridico-filosofica del suo tempo, sottolineando che:

i) l'art. 2 del codice civile del 1865 considerava come persone giuridiche "*I comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti*" e li ammetteva al godimento dei diritti civili "*secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*";

ii) il catalogo delle persone giuridiche pubbliche dell'art. 2 non a caso non contemplava lo Stato, atteso che "lo Stato, origine d'ogni diritto, non ha mai pensato, né potuto pensare a costituirsi come persona giuridica"[7];

iii) per converso, i beni possono appartenere anche allo Stato (artt. 425 sgg.) e la proprietà pubblica ha uno statuto in parte diverso da quella privata (come per il caso dei beni demaniali);

iv) dalla proprietà e dai diritti reali alla successione *mortis causa*, dalle obbligazioni naturali a quelle ordinarie, dai contratti ai privilegi, dalle prove alla rappresentanza, gli istituti del diritto privato si applicano con adeguate modificazioni alle persone giuridiche di diritto

[2] G. DELLA CANANEA, *La legittimazione contrattuale degli enti locali*, in *Dir. Amm.*, 2021, 533 sgg.
[3] G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1890, 2.
[4] C. WOLFF, *Jus Naturae*, T. 8, § 285 (Francoforte e Lipsia, Officina Libraria Rengeriana, 1740, 207).
[5] H. DE GROOT, *De iure belli ac pacis*, Cap. XIV, *De eorum qui summum imperium habent promissis et contractibus et iuramentis*, ed. a cura di B.J.A. De Kanter-Van Hettinga Tromp, Aalen, Scientia Verlag, 1993, 388 (I^ ed. Parigi, Nicholas Buon, 1625). Del resto a p. 380 si legge "*At privati actus regis considerandi sunt, non ut actus communitatis, sed ut actus partis, ac proinde facti eo animo ut communem legum regulam sequantur*".
[6] G. MANTELLINI, *op. cit.*, 3, enfasi nell'originale.
[7] G. MANTELLINI, *op. cit.*, 4.

pubblico, specie in ragione della disciplina posta dalla legge di contabilità, primo elemento che viene a costituire un "uno speciale diritto civile"[8].

Nonostante la legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo rimetta davanti al Giudice ordinario la pubblica Amministrazione per "*tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico*", con ciò presupponendo che i soggetti di diritto pubblico possano essere parte nei rapporti civili, il diritto civile "è visto per lo Stato come un diritto, per così dire, «residuale» rispetto al diritto pubblico, da cui esso tende ad affrancarsi e le cui regole gli si impongono entro i limiti dei rapporti che la Pubblica Amministrazione pone in essere dismettendo la sua veste di autorità amministrativa"[9].

Il codice civile del 1942 ha recuperato, all'art. 11, la formulazione dell'art. 2 del codice del 1865, di nuovo incorniciando il problema dell'autonomia privata delle persone giuridiche di diritto pubblico (si badi: di nuovo omettendo il riferimento allo Stato) con il problematico riconoscimento alle province, ai comuni e agli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche del godimento dei diritti, di bel nuovo "*secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*".

I commentatori del nuovo codice rilevavano che tale disposizione anzitutto include gli enti pubblici tra le persone giuridiche, e per ciò solo, consente di poter invocare per essi l'applicazione del diritto comune e di riconoscere loro l'ordinaria capacità giuridica di diritto privato[10]. Per altro verso, l'art. 11 cod. civ. presuppone il riconoscimento della persona giuridica solo ove la legge abbia almeno in parte sottratto l'ente all'ordinamento comune delle leggi civili per costruire un regime speciale in cui esso era tenuto ad operare[11]. Muovendo da queste prime considerazioni è stata successivamente riconosciuta alla pubblica Amministrazione "una capacità di diritto privato dapprima speciale e, successivamente generale"[12], superando il c.d. "principio positivo", in base al quale la p.A. potrebbe perfezionare i soli atti di diritto privato che la legge espressamente consente ai soggetti pubblici.

Questa prospettiva ricostruttiva ha trovato terreno fertile nell'evoluzione dei moduli della moderna amministrazione, in cui la cura degli interessi della collettività (specie tramite la prestazione diretta o indiretta di servizi) ha comportato un ricorso sempre maggiore all'attività amministrativa di diritto privato[13].

---

[8] G. MANTELLINI, *op. cit.*, 5.

[9] Cfr. S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino , 1987, (agg. 2011 a cura di F. Pavoni), ed. inf.

[10] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano , 1970, I, 490 sgg.; A. FALZEA, *Capacità*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 14. F. CALISAI, *Riflessioni in materia di contratti derivati "pubblici"*, in *Riv. Dir. Impresa*, 2012, 554.

[11] In questo senso v. G. IORIO (agg. T. BONAMINI), *Art. 11 c.c. Persone giuridiche pubbliche*, in AA.VV., *Codice Civile ipertestuale commentato* a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli, 2012; in questo senso già F. GALGANO, *Persona giuridica*, in *Digesto civ.*, XIII, 4ª ed., Torino, 1995; ID., *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 279 sgg., nonché di G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1942, I, 17 sgg., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 408 sgg.

[12] R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Molfetta, 2019, 1343.

[13] V. POLI, *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni*, Relazione al *IV Coloquio entre el Consejo de Estado de Italia y el Tribunal Supremo de Espana sobre: "Contratos, adjudicationes y concesiones de la Administraciòn Pùblica"*, Madrid, 1-4 giugno 2002, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2002, rammenta la distinzione classica tra "attività privata della p.a.", che "è solo quella che l'organizzazione amministrativa pone in essere per la cura in via immediata di interessi suoi propri e non già per

Espressione di questo orientamento che prende atto della rilevanza dell'"amministrare per contratto" è la menzionata novella dell'art. 1 della l. n. 241 del 1990, che fissa il principio che "*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*"[14]. Il principio codificato nel 1865 e ripreso nel 1942 è qui ribaltato: non un rinvio alle leggi e agli usi del diritto pubblico, ma la generale applicazione del comune diritto civile, salvo deroghe espresse[15].

Questa previsione, unita alla disciplina degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento introdotta nella legge sul procedimento amministrativo nel 2005, ha condotto alcuni a sostenere che la legittimazione negoziale delle pubbliche Amministrazioni "non solo è la stessa che si pone per tutte le persone giuridiche" ma "è addirittura più forte", in quanto la p.A., in linea di massima, può scegliere di impiegare i moduli privatistici o quelli pubblicistici e si pone generalmente come soggetto "forte della negoziazione"[16].

L'approdo di questo percorso è racchiuso nei tre codici dei contratti pubblici che si sono succeduti dal 2006 al 2023.

L'art. 2, comma 4, del d. lgs. n. 163 del 2006 prevedeva, tra i princìpi del testo normativo, che "*Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1* [e cioè delle diverse tipologie di stazioni appaltanti] *si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile*".

In maniera non differente (ma con una certa *deminutio* di collocazione topografica: non più tra i "princìpi generali" ma tra i "princìpi comuni" delle modalità d'affidamento), l'art. 30, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevedeva che, "*Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi,* […] *alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile*".

---

quelli della collettività", e "attività amministrativa di diritto privato" che "è attività amministrativa in senso proprio, afferendo alla cura di interessi della collettività, con l'unica caratteristica di svolgersi mediante atti di diritto privato". Su questa distinzione v. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 445 sgg. Sulla nozione generale di attività amministrativa v. E. CASETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1987, ed. inf., il quale nota che "Sembra che non vi sia nessuna ragione per circoscriverla [il riferimento è all'attività amministrativa] all'attività caratteristica dell'amministrazione pubblica, ossia a quella autoritativa manifestantesi in atti (provvedimenti) amministrativi". Sulla necessaria "contrapposizione" tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato v. S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato*, cit. La distinzione tra attività meramente privatistica e attività amministrativa di diritto privato, peraltro, è stata criticata di recente da R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale*, cit., 555, 556; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, pt. gen., T. I, Milano, 2000, 629 sgg.

[14] Cfr. E. GIANNANGELI, *L'autonomia contrattuale dell'amministrazione pubblica ed il limite della funzione fra diritto interno e comunitario in materia di appalti, alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 2012, 1 sgg.; R. MININNO, *I contratti derivati degli enti locali tra neoformalismo negoziale e rigore formale di matrice giuscontabile*, in *Riv. Corte conti*, 2023, 50.

[15] T. GALLETTO, *Art. 1322. I contratti della pubblica Amministrazione*, in *Codice civile commentato*, a cura di G. Alpa - V. Mariconda, Milano, 2012, 488 sgg., §1: "L'ordinamento riconosce allo Stato e agli enti pubblici una capacità giuridica generale di diritto privato, ferme restando alcune limitazioni legali o statutarie alla possibilità di porre in essere determinati negozi".

[16] G.P. CIRILLO, *Contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2018. La posizione "forte" della p.A. nel rapporto contrattuale è dato ben presente alla giurisprudenza sia amministrativa che costituzionale. La Corte costituzionale, nelle sentt. nn. 43 e 53 del 2011, ha affermato che la posizione di parità tra i paciscenti è solo "*tendenziale*". L'Adunanza plenaria, nelle sentt. nn. 6 e 14 del 2014, ha affermato che la formula impiegata dalla Consulta sintetizza, tra l'altro, "*l'effetto delle disposizioni per cui, pur nel contesto di un rapporto paritetico, sono apprestate per l'amministrazione norme speciali, derogatorie del diritto comune, definite di autotutela privatistica*".

Più ampia e generale la previsione dell'art. 8 del terzo codice dei contratti pubblici, a tenor del quale "*Nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge*".

1.2. Autonomia privata e vincolo funzionale

Le novità della formulazione più recente sono evidenti per tre profili.

Il primo: al mero e residuale rinvio al codice civile per la stipulazione e l'esecuzione del contratto[17] si sostituisce il predicato della piena autonomia contrattuale[18]. Sul punto il testo di legge è univoco come si evince dalle successive precisazioni sulla possibilità di concludere "qualsiasi contratto, anche gratuito". Sul piano logico-formale sono due tautologie, che si spiegano solamente con l'intenzione del legislatore di non lasciare adito ad alcun dubbio interpretativo sull'ampiezza della statuizione legislativa[19].

Il secondo punto sta nella salvezza dei divieti espressamente previsti dalla legge. Questa previsione è significativa non perché ribadisce l'ovvio (la cogenza dei limiti imposti dalla legge), ma perché afferma anche per la pubblica Amministrazione il principio di generale liceità dell'attività giuridicamente rilevante: è lecito tutto ciò che non è vietato (espressamente!)[20].

L'art. 8 del terzo codice dei contratti pubblici vede, dunque, l'Amministrazione appropriarsi definitivamente dell'autonomia privata. Tanto, peraltro, in un momento in cui il dibattito dottrinario e giurisprudenziale sull'autonomia privata presenta elementi ambivalenti. Da una parte la Corte costituzionale ne ha ancora di recente ribadito il fondamento costituzionale nell'art. 41 Cost., che non tollera misure restrittive arbitrarie o palesemente incongrue rispetto

[17] La formula impiegata del 2006, "attività contrattuale", richiamava forse in maniera non particolarmente elegante la distinzione, già incontrata, tra "attività amministrativa di diritto pubblico" e attività amministrativa di diritto privato".

[18] Cfr. CONSIGLIO DI STATO, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici". Relazione agli articoli e agli allegati*, 7 dicembre 2022, *sub* art. 8: "Il comma 1 sancisce il principio di autonomia contrattuale, recependo una costante giurisprudenza (cfr. Cass. Sez. Un. 12 maggio 2008, n. 11656), che riconosce alla pubblica amministrazione una generale capacità negoziale, salvo i divieti previsi dalla legge. È ormai pacifico, infatti, che il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi non si estende ai contratti, per i quali vige l'opposto principio di atipicità (art. 1322 c.c.)".

[19] Il riferimento alla gratuità, poi, risolve un dibattito mai sopito sulla possibilità della p.A. di stipulare contratti a titolo gratuito. Sul punto s rinvia a G. DELLA CANANEA, *La legittimazione contrattuale degli enti locali*, cit., 533 sgg., in cui si differenzia tra i contratti a titolo gratuito e le donazioni in senso stretto, nonché alla giurisprudenza ivi citata. Sul punto, ancora di recente, C. conti, Sez. II giurisd. app., 6 ottobre 2023, n. 269/2023, ha ribadito la legittimità della stipula di un contratto di comodato gratuito di un immobile pubblico, ove tale soluzione risulti vantaggiosa rispetto a forme di gestione diretta, anche alla luce degli obiettivi dell'Amministrazione correlati all'impiego dell'areale su cui sorge l'immobile stesso.

[20] Cfr. ancora CONSIGLIO DI STATO, *Relazione*, *loc. cit.*: "Si ribadisce, in tal modo, il principio di tassatività della limitazione della capacità negoziale, richiedendosi una esplicita previsione di legge (come ad es. quella contenuta, per la conclusione del contratto di società, nell'art. 4, c. 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che fa divieto di «*costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*" o in materia di contratti derivati stipulati da Regioni ed enti locali ai sensi dell'art. 62 d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, così come modificato dall'art. 1, comma 572, l. 27 dicembre 2013, n. 147)". Già A.M. Sandulli,

alla tutela dell'utilità sociale[21]. D'altra parte, nei rapporti civili emergono nuovi limiti, anche intrinseci, all'autonomia privata, connessi al principio di giustizia contrattuale e al "nuovo intreccio fra esercizio dell'autonomia contrattuale e principio di uguaglianza sostanziale"[22], che ha condotto a prendere "atto del radicale e definitivo superamento dell'idea secondo la quale la libertà di determinazione del contenuto del contratto incontri solo limiti eccezionali ed analiticamente predeterminati dall'intervento del legislatore"[23].

Proprio queste considerazioni introducono il terzo profilo di novità presente nell'art. 8 del d.lgs. n. 36 del 2023: il vincolo funzionale dell'autonomia contrattuale con il perseguimento delle finalità istituzionali della pubblica Amministrazione.

Anche questa statuizione legislativa costituisce la codificazione degli approdi di un ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale.

Ancora di recente, infatti, gli studi che si sono occupati del tema hanno richiamato le indagini di Antonio Amorth[24] e Cesare Cammeo[25] per sottolineare che la pubblica Amministrazione deve impiegare gli strumenti privatistici ai quali ha accesso in forza della sua autonomia privata solamente per il perseguimento dei suoi scopi istituzionali, il che consente di qualificare quella stessa autonomia come eminentemente "funzionale"[26].

In questa prospettiva è stato affermato che le pubbliche Amministrazioni (e in particolar modo gli enti locali) sono limitati da "vincoli di tipo finalistico, nel senso che possono perseguire soltanto i fini che sono loro assegnati" nonché da "vincoli di tipo modale, vale a dire che possono effettuare spese con le modalità e nei limiti determinati dalla legge" e che tali limiti sono necessari al fine di valorizzare il ruolo degli enti locali quali "agenti per conto delle rispettive comunità, che non consente l'assunzione di iniziative non immediatamente riconducibili agli interessi collettivi o suscettibili di dar luogo allo sperpero del pubblico denaro"[27].

---

[21] Cfr. Corte cost., sent. n. 218 del 2021, in cui si afferma che la garanzia posta nel primo comma dell'art. 41 Cost. si estende all'autonomia contrattuale, che "*in materia commerciale è strumentale rispetto all'iniziativa economica*" di talché "*ogni limite posto alla prima si risolve in un limite della seconda, ed è legittimo, perciò, solo se preordinato al raggiungimento degli scopi previsti o consentiti dalla Costituzione» (sentenza n. 30 del 1965)*". Cfr. anche la sent. Corte cost., n. 56 del 2015, con nota di R. CHIEPPA, *Una decisa affermazione della Corte costituzionale sulla rilevanza degli interessi pubblici sottostanti al regime di monopolio statale di concessione per l'esercizio di attività di gioco pubblico con vincite a denaro e sulla giustificazione di nuovi requisiti ed obblighi imposti con legge e non suscettibili di indennizzo*, in *Giur. Cost.*, 2015, 506 sgg. In dottrina v. F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Quest. Giustizia*, 2016, 4.

[22] E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 1285.

[23] F. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e princìpi*, in AA.VV., *Giurisprudenza per princìpi e autonomia privata*, a cura di S. Mazzamuto - L. NIVARRA, Torino, 2016, 219.

[24] In particolare, le *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, 455 sgg., ora in A. AMORTH, *Scritti giuridici*, Milano, 1999, I, 271 sgg.

[25] C. CAMMEO, *I contratti della pubblica Amministrazione*, Firenze, 1937.

[26] V. anche M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 135: "sono i diritti positivi a stabilire la misura della funzionalizzazione, e le sanzioni per l'agire in eccesso alla funzione. […] per taluni enti pubblici esso [carattere di funzionalizzazione] è stabilito in modo rigidissimo".

[27] G. DELLA CANANEA, *La legittimazione contrattuale degli enti locali*, cit., 533 sgg.; T. GALLETTO, *Art. 1322*, cit., 488 sgg., § 3: "Salvo espresse eccezioni di diritto positivo, le p.a. hanno […] piena capacità di diritto privato nei limiti delle loro finalità istituzionali, come risulta anche dall'art. 11 l. 7.8.1990 n. 241, che, ammettendo la possibilità di concludere accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti e sottoponendo tali accordi al regime

In termini ancora più radicali è stato affermato che il vincolo funzionale costituisce nient'altro che l'applicazione del principio di legalità che deve applicarsi anche all'attività di diritto privato dell'Amministrazione. In questa prospettiva, gli enti pubblici, pur possedendo capacità giuridica e d'agire, non sarebbero titolari di "piena autonomia privata", in quanto "la loro capacità giuridica e la loro capacità di agire devono ritenersi limitate all'ambito della funzione pubblica loro propria[28]. L'attività di diritto privato della p.A. sarebbe dunque "ontologicamente astretta" a un "duplice vincolo di scopo e di mezzi"[29].

In maniera analoga è stato affermato che la funzionalizzazione dell'attività di diritto privato intende dare attuazione anche al principio di buon andamento della p.A. e che l'impostazione "pan-privatistica" dell'azione amministrativa sarebbe fatalmente destinata ad andare in crisi, atteso che l'"incomprimibile esigenza di legalità, imparzialità, efficienza/efficacia (e controllabilità/giustiziabilità) dell'azione amministrativa" comporta non solo l'"agire funzionalizzato", ma anche una "connotazione di specialità irriducibile al diritto privato"[30].

Più articolata e critica, invece, la posizione di altri commentatori. Alcuni hanno interpretato il vincolo funzionale in ragione delle finalità di cura dell'interesse pubblico attribuite dalla legge ai singoli plessi amministrativi, con ciò rilevandone la problematica applicazione. Di conseguenza, esso: *i)* avrebbe poco o punto rilievo per gli organi o enti che perseguono fini generali, "per i quali non è prevista preclusione di sorta alla legittimazione"; *ii)* sarebbe astrattamente cogente per gli enti che "presentano limiti legali o statutari […] per i quali vige il principio *nec ultra vires*"; *iii)* infine sarebbe altamente problematico per quegli enti a cui lo statuto o la legge assegnano una sfera competenziale non adeguatamente circoscritta[31].

Un principio chiaro in termini astratti, dunque, ma di difficile applicazione pratica, tanto che il suo precipitato potrebbe addirittura compendiarsi nel senso che "tutto ciò che non è vietato è consentito" e che sono leciti "tutti quei contratti che si presentino strumentali o complementari allo scopo dell'ente, sia pure genericamente inteso"[32]. In questo senso, dunque, il rilievo pratico del vincolo funzionale scolora e diventa sostanzialmente ripetitivo della previsione che fa salvi i divieti espressamente previsti dalla legge.

In termini non dissimili, pur prestando formale omaggio alla tesi della funzionalizzazione dell'attività di diritto privato, altri commentatori hanno sottolineato ulteriori elementi problematici. È stato sottolineato che l'attività amministrativa, anche in ragione della normativa sulla valutazione della *performance*[33], deve essere esaminata non riferendosi a singoli atti e singoli momenti dell'agire amministrativo, bensì considerando il conseguimento degli obiettivi

---

dei contratti, ha configurato una tendenziale equivalenza tra l'attività amministrativa di diritto pubblico e quella di diritto privato".

[28] Cfr. G. GRÜNER, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in *Giust. Amm.*, 2011, 18.

[29] A. BERTI, *I contratti "derivati" degli enti pubblici tra autonomia negoziale e principio di legalità (considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 12 maggio 2020, n. 8770)*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, 11 luglio 2020, 1 sgg.

[30] P. CARPENTIERI, L'azione amministrativa e la sua inaggirabile specialità. Alcuni spunti di riflessione a margine della riforma della legge n. 241 del 1990, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2005.

[31] V. POLI, *Princìpi generali e regime giuridico*, cit.

[32] V. POLI, *Princìpi generali e regime giuridico*, cit.

[33] Cfr. il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, cfr. E. D'ALTERIO, *Il lungo cammino della valutazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, 570 sgg.

programmati in ragione delle risorse disponibili, sulla base di risultati controllabili e confrontabili. In questa prospettiva (usando il grandangolo e non il microscopio, se si consente la metafora), il perseguimento dell'interesse pubblico può consentire e talvolta addirittura esigere "la non immediata funzionalizzazione del singolo atto dell'amministrazione"[34].

1.3. Le indicazioni della giurisprudenza.

Con cautela vanno recepite anche le indicazioni della giurisprudenza.

Imprescindibile è il riferimento alla sentenza n. 10 del 2011 dell'Adunanza Plenaria. Nel negare all'Università di Venezia la possibilità di costituire "*una società avente ad oggetto l'erogazione di servizi contendibili sul mercato (nella specie, di «engineering»)*", l'organo di nomofilachia rafforzata della Giustizia amministrativa ha affermato che, per le Università, la "*riconosciuta e indiscussa autonomia organizzativa e finanziaria incontra il limite interno invalicabile della rigorosa strumentalità rispetto alle finalità istituzionali*".

Va però osservato[35] che a questa petizione di principio la sentenza giustappone più ampie argomentazioni correlate all'esigenza di garantire l'equa concorrenza tra operatori pubblici e privati nel mercato, di talché la limitazione all'autonomia privata dell'ente pubblico sembra derivare più dalla necessità di presidiare il funzionamento del mercato che non dal vincolo funzionale che dovrebbe legare l'attività della p.A. agli interessi pubblici ad essa affidati.

Più di recente, invece, l'Adunanza Plenaria si è espressa in termini più netti, affermando che "*l'attività della pubblica amministrazione risulta costantemente funzionalizzata alla cura, tutela, perseguimento dell'interesse pubblico, sia che a tali fini vengano esercitati poteri pubblicistici ad essa conferiti sia che vengano utilizzati strumenti propri del diritto privato, in un contesto generale già delineato attraverso l'esercizio di potestà pubbliche*"[36].

Va però osservato che, diversamente dal caso della società costituita dall'Università di Venezia, quelle considerazioni non erano preordinate a verificare la legittimità di un contratto o di un atto negoziale o dispositivo, bensì a predicare la "*più generale immanenza dell'interesse pubblico*" nell'attività amministrativa, con la conseguenza che, "*laddove la finalità di pubblico interesse non risulta (o non risulta più) essere perseguita (o perseguibile) per il tramite del contratto, non può escludersi, in generale, che l'amministrazione possa intervenire sul rapporto insorto (ovvero sulle conseguenze di fatto di un rapporto comunque cessato) per il tramite dell'esercizio di poteri pubblicistici*". L'Adunanza Plenaria, dunque, ha seguito un percorso inverso da quello canonico: non dal provvedimento al contratto, ma dal contratto al recupero dell'esercizio dell'attività autoritativa e provvedimentale. Le affermazioni di principio

[34] A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, in *Scritti in onore di V. Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, III, 1213; in termini analoghi F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 556: "Sicura funzionalizzazione dell'attività amministrativa, ancorché svolta mediante l'esercizio di poteri privati, che non implica, tuttavia, funzionalizzazione del singolo episodio di attività amministrativa"; v. anche V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Annuario 2002, Milano, 2003, 5 sgg.

[35] Proprio questo percorso argomentativo è stato criticato dai commentatori aderenti a una nozione "forte" di vincolo funzionale: cfr. G. GRÜNER, *Note minime*, cit., 17 sgg.

[36] Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5 del 2020.

della sentenza sono nette, dunque, ma meno chiaro rimane il loro precipitato pratico ai fini che qui interessano.

Non mancano, poi, casi affatto particolari. Il Consiglio di Stato, ad esempio, ha avuto modo di affermare che le agenzie regionali non hanno una capacità giuridica di agire che si estende per tutto il territorio nazionale, "*ciò in coerenza con la primaria funzione istituzionale che le viene riconosciuta quale ente pubblico non economico*"[37]. Anche in quel caso, però, il Giudice amministrativo richiamava l'esigenza di "*tutelare la corretta contendibilità degli ambiti di mercato, evitando situazioni di vantaggio riconducibili alla disciplina degli aiuti di Stato o ad interventi del settore pubblico che garantiscano posizioni di vantaggio a determinati operatori*".

Alla cautela induce anche la giurisprudenza costituzionale.

Nella sent. n. 326 del 2008 la Consulta ha scrutinato i ricorsi proposti da alcune Regioni avverso le disposizioni dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, intese a limitare il ricorso da parte degli enti territoriali alle società di diritto privato, nel senso che esse devono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, senza svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati. La sentenza ha osservato che in virtù di tali previsioni "*Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza*". Tanto, al fine di "*evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione*" e, in ultima analisi, di "*evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali*".

Questo orientamento è stato ribadito più volte dalla Corte costituzionale al fine di regolare il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni[38] ed è confortato anche dal diritto europeo (puntualmente richiamato anche dalla cit. sent. Ad. Plen., n. 10 del 2011) e, in particolare, dal divieto in capo agli Stati membri di emanare o mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle disposizioni dei trattati, ai sensi dell'art. 106 TFUE[39].

[37] Cons. Stato, Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2994.

[38] Cfr. Corte cost., sentt. nn. 251 del 2016, 227 del 2020 e 86 del 2022.

[39] Cfr. M. KELLERBAUER - T. MAXIAN RUSCHE, *Article 106 TFEU*, in M. Kellerbauer - M. Klamert - J. Tomkin (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford Academic, New York, 2019, 1096: There will already be a breach of Articles 106(1) and 102 TFEU where a measure imputable to a MS gives rise to a risk of an abuse of a dominant position. This is the case where those state measures in question may affect the structure of the market by creating unequal conditions of competition between companies, namely by allowing the public undertaking or the undertaking that was granted special or exclusive rights to maintain (e.g. by hindering new entrants to the market), strengthen, or extend its dominant position over another market, thereby restricting competition, without it being necessary to prove the existence of actual abuse".

1.4. Una proposta applicativa

Il vincolo funzionale è dunque strumento di non facile impiego e alcuni argomenti ne consiglierebbero addirittura l'abbandono[40]. È una strada, però, oggi non più praticabile, atteso che esso è stato codificato dall'art. 8 del d.lgs. n. 36 del 2023. È dunque necessario tentare di proporne un'interpretazione che abbia un rilievo pratico e che non si appiattisca sul rinvio ai divieti espressi fissati dal legislatore, specie per quanto concerne l'attività degli enti locali, ai quali è affidata la tutela degli interessi generali della comunità territoriale.

Due sembrano le possibilità aperte all'interprete.

La prima sta nell'affidarsi a un controllo di ragionevolezza delle motivazioni spese dall'Amministrazione negli atti prodromici all'assunzione del vincolo negoziale. In questo senso il nesso funzionale avrebbe anzitutto bisogno di un adeguato (rafforzato) apparato motivazionale, dal quale si evinca il nesso di consequenzialità (in termini di coerenza, non contraddittorietà, efficienza ed economicità) tra gli interessi pubblici affidati alla tutela dell'Amministrazione, l'opzione per lo strumento privatistico e, nel ventaglio di quelli disponibili, per uno specifico atto negoziale.

In maniera più rigorosa (e liberandosi dal *refugium peccatorum* del vaglio estrinseco di congruità della motivazione), sarebbe possibile verificare la legittimità dell'impiego dello strumento privatistico valutando come esso si inserisce nell'ambito dello svolgimento delle funzioni pubbliche attribuite al singolo ente.

Per quanto concerne gli enti locali, il rispetto del nesso funzionale può essere analizzato anzitutto valorizzando l'attribuzione, da parte dell'art. 117, comma 6, Cost., della potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite: se una funzione o un servizio pubblico è organizzato, regolato e pianificato dall'ente, può presumersi il rispetto del vincolo funzionale.

In secondo luogo, è possibile riscontrare il collegamento con le finalità istituzionali dell'ente attraverso gli indici di valutazione della *performance* dell'Amministrazione stabiliti dal d.lgs. n. 150 del 2009. In questo caso è l'inserimento dello strumento privatistico nell'ambito di un flusso di attività a garantire il rispetto del nesso funzionale, nel senso che l'Amministrazione può arrivare a spendere la sua autonomia contrattuale solo dopo aver definito gli obiettivi da raggiungere, le risorse da impiegare, i risultati *medio tempore* attesi e le modalità di rendicontazione dei risultati. Al di là della mera "conformità alla legge", la trasparenza dei processi decisionali, la predeterminazione degli scopi e del risultato dell'attività amministrativa e la formazione graduale delle decisioni amministrative[41] consentono di rispettare la generale

[40] Cfr. S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012, 101: "Per la verità, non è chiaro che cosa debba intendersi con l'espressione funzionalizzazione ai principi di diritto pubblico".

[41] Su questi fattori quali strumenti attuativi del principio di buon andamento della p.A. e di elementi che possono essere impiegati nel giudizio di legittimità dell'Amministrazione insiste A. POLICE, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità ed amministrazione di risultati*, Atti del Convegno dal medesimo titolo (Palermo, febbraio 2003), a cura di A. POLICE e M. IMMORDINO, Torino, 2004, 101 sgg. (cfr. 121: l'evoluzione normativa "ha consentito di attribuire giuridica rilevanza, se non una vera e propria preferenza, al conseguimento del risultato ed ha concorso a spostare il baricentro dell'attenzione (anche del giudice amministrativo) sul conseguimento del risultato"; v. anche ID. *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 1996, 697 sgg.

capacità negoziale della pubblica Amministrazione, al contempo scongiurando gli eccessi di sperimentalismo difficilmente riconducibili al pubblico interesse.

La riflessione sull'autonomia privata incrocia qui, per una pluralità di prospettive, quella relativa alla gestione del bilancio pubblico. In primo luogo, è condivisa, risalente e convincente la riflessione che il primo e fondamentale limite che incontra l'esercizio dell'autonomia privata da parte dell'Amministrazione è il rispetto della disciplina in materia di contabilità degli enti pubblici. Essa, infatti, fissa ineludibili *pattern* procedimentali e, in attuazione dell'art. 119 Cost., fissa un limite agli strumenti negoziali che per l'Amministrazione può stipulare a pena d'invalidità[42]. In secondo luogo, il bilancio costituisce un fondamentale strumento organizzativo della p.A.[43], di talché, se lo strumento negoziale trova un legittimo riferimento nei documenti di bilancio, si può presumere la sussistenza di un adeguato nesso funzionale. In questo senso converge la giurisprudenza costituzionale sul ciclo di bilancio come "bene pubblico" e cioè quale "*insieme di documenti capaci di informare con correttezza e trasparenza il cittadino sulle obbiettive possibilità di realizzazione dei programmi e sull'effettivo mantenimento degli impegni elettorali, «onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività*»" nonché "*funzionale «alla valorizzazione della democrazia rappresentativa»*"[44]. Se i documenti di bilancio devono poter mostrare alla cittadinanza i programmi di gestione della cosa pubblica, è anzitutto in tali atti che va trovato l'antecedente logico-giuridico dell'esercizio dell'autonomia privata. Di conseguenza, è anzitutto attraverso lo strumentario di controlli sulla gestione del bilancio che è possibile sorvegliare il corretto utilizzo dello strumento privatistico da parte della pubblica Amministrazione.

---

[42] G. DELLA CANANEA, La legittimazione contrattuale degli enti locali, cit., 533 sgg. Al tema dell'invalidità del contratto per incompatibilità con la disciplina di contabilità sono dedicati diversi passaggi dei paragrafi che seguono, spec. 2.1, 3 e 4.

[43] V. S. BARTOLE, *Art. 81*, in *Commentario alla costituzione*, (a cura di) G. BRANCA, *La Formazione delle Leggi*, Bologna-Roma, Il Foro Italiano, 1979, 219: la legge di bilancio rappresenta "annualmente un vero e proprio atto di organizzazione dell'attività finanziaria dello Stato, le cui singole previsioni non [stanno] ciascuna per proprio conto, quasi che il loro rilievo funzionale si esaurisse nel solo rapporto con i relativi adempimenti (successivi) collegati alle procedure dell'entrata e della spesa". In termini analoghi v. S. BUSCEMA, *Bilancio dello Stato*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, 451 ss.

[44] Le citazioni sono tratte, rispettivamente, da Corte cost., sentt. n. 165 e 190 del 2023; v. anche Corte cost., sentt. nn. 168 del 2022, 51 e 18 del 2019, 247 e n. 80 del 2017, 184 del 2016; sul bilancio come "bene pubblico" v. M. DEGNI - P. DE IOANNA, *Il bilancio è un bene pubblico*, in *Menabò di etica ed economia*, 2017; nonché, più diffusamente, nel volume monografico *Il bilancio è un bene pubblico: potenzialità e criticità delle nuove regole del bilancio dello Stato*, Roma, 2017, spec. 39 sgg.; L. ANTONINI, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in *Rivista AIC*, 2018; G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, 2016, 12; ID., *Il bilancio come strumento di governo delle politiche pubbliche tra stato e regioni*, in *Riv. Corte conti*, 2018, 5-6, 312; ID., *Editoriale*, in *Riv. Corte conti*, 2023, 1, I, ("il sistema sinergico dei controlli sulla finanza pubblica affidati alla Corte dei conti assicura la tutela del bilancio come "bene pubblico" (Corte cost. n. 184/2016), in quanto consente di verificare come sono state utilizzate le risorse rispetto ai programmi e agli impegni assunti dagli amministratori pubblici di fronte al corpo elettorale, così concorrendo a garantire il principio della responsabilità di mandato)" C.A. CIARALLI, *Il bilancio quale "bene pubblico" e l'esercizio "condizionato" del mandato elettivo - Riflessioni sulla nuova fase della democrazia rappresentativa*, in *Costituzionalismo.it*, 107 sgg. Aderisce alle *rationes decidendi* della Corte costituzionale compendiate nella formula del bilancio come "bene pubblico" ma critica con argomenti convincenti la correttezza dogmatica della formula stessa L. MOLLICA POETA, *Recensione a E. Cavasino, Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Oss. AIC*, 2021, 456 sgg.

Più stringente, invece, è il vincolo di legge posto per la detenzione di quote societarie e per la costituzione di società partecipate, ai sensi dell'art. 4 del d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica - TUSP), che richiede che le società partecipate siano "*strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*" (comma 1) e elenca tale finalità nel catalogo chiuso (comma 2), altresì prescrivendo che una o più voci di quell'elenco debbano essere richiamate dall'oggetto sociale e che le società stesse non possano, in linea di massima, operare come *holding*, a meno che non abbiano come oggetto sociale esclusivo la gestione delle partecipazioni societarie di enti locali (comma 5)[45]. Come è stato efficacemente osservato, nel caso delle società a partecipazione pubblica la legge richiede un doppio vincolo, di scopo e di attività[46]. Va però osservato che questa maggiore rigidità non è coessenziale all'impiego dello strumento privatistico da parte della p.A., bensì rappresenta un preciso orientamento di politica legislativa resosi necessario per il perseguimento di obiettivi di contenimento e governo della spesa pubblica da parte degli enti territoriali[47], oltre che per evitare indebite chiusure del mercato all'intervento concorrenziale dei soggetti privati[48]. Proprio la specialità (l'eccezionalità) della disciplina sulle società partecipate indica ch'essa non vale per gli altri casi d'impiego dello strumento privatistico.

2. I vizi dello strumento privatistico della pubblica Amministrazione.

La codificazione del nesso funzionale tra l'attività di diritto privato e le finalità istituzionali dell'Amministrazione induce a interrogarsi sui vizi dello strumento privatistico della p.A. In particolare, due sono i quesiti che emergono. Il primo è se sussistano dei vizi "propri" o "speciali" dell'atto negoziale dovuti alle caratteristiche dell'autonomia privata della p.A. Il secondo è in che modo i vizi di legittimità degli atti amministrativi propedeutici possono comportare vizi dell'atto negoziale.

---

[45] Per una disamina del tema con ampi riferimenti giurisprudenziali v. S. VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica al cospetto della giurisdizione contabile*, in *Riv. Corte conti*, 2014, 1 sgg.

[46] P. ALGIERI, *I presupposti dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nel Testo unico delle società partecipate*, in *Ist. del Fed.*, 2020, 926.

[47] Cfr. Corte cost., sent. n. 201 del 2022: "*L'art. 4, commi 1 e 2, TUSP* [è] *ritenuto da questa Corte non solo attinente alla materia «ordinamento civile», ma anche portatore di «profili di coordinamento finanziario e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione» (sentenza n. 86 del 2022), ha stabilito specifici vincoli ai quali le amministrazioni pubbliche devono attenersi*".

[48] V. ancora la sent. Corte cost., n. 201 del 2022: "*il fenomeno delle società a partecipazione pubblica – che ha consentito anche significative innovazioni dell'intervento pubblico – si era sviluppato in modo esponenziale, con amministrazioni che vi avevano fatto ricorso in modo indiscriminato, anche per lo svolgimento di attività non riconducibili ai loro fini istituzionali, con il pregiudizievole effetto di chiudere, senza ragione, alla concorrenza determinati mercati, e, comunque, molto spesso senza rispetto dei criteri di economicità ed efficienza, con conseguenti gravi disavanzi e oneri per la finanza pubblica*". Analogamente la Corte dei conti. Tra le tante deliberazioni si v. il "documento per l'audizione sulla «Proposta di legge n. 712 […]»" adottato con del. SRC 24 ottobre 2018, N. 17/SSRRCO/AUD/18.

2.1. L'incapacità della p.A.

Il primo profilo della questione si è posto in riferimento all'ampio contenzioso concernente la sottoscrizione di strumenti finanziari derivati da parte degli enti locali.

Come è noto, la questione è stata al centro di un complesso itinerario legislativo[49], avviato con l'art. 41 della l. 28 dicembre 2001, n. 448, che consentiva agli enti locali di emettere titoli obbligazionari e contrarre mutui con rimborso del capitale in unica soluzione alla scadenza previa costituzione di un fondo di ammortamento del debito, o previa conclusione di swap per l'ammortamento del debito. La medesima previsione consentiva gli enti locali la ristrutturazione dei mutui contratti successivamente al 1996 attraverso l'emissione di obbligazioni e l'accensione di un nuovo mutuo assistito dal derivato. Ancora, l'art. 41 delegava il Ministero dell'Economia e delle Finanze a adottare un regolamento per la disciplina dell'utilizzo dei derivati da parte degli enti locali. Il decreto del MEF imponeva la sottoscrizione di uno "*swap di tasso di cambio*" e individuava una pluralità di operazioni in derivati disponibili per gli enti locali[50]. Successivamente, l'art. 1, comma 572, della l. 27 dicembre 2013, n. 147, vietava espressamente le operazioni con derivati agli enti locali.

In questo contesto le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con la notissima sent. 12 maggio 2020, n. 8770, hanno dichiarato che, anche nel periodo di vigenza dell'art. 41 della l. n. 448 del 2001, "*il potere contrattuale degli enti locali incontrava sicuri limiti*", e cioè: *i)* "*il derivato per essere ammissibile, doveva essere economicamente conveniente essendo vietato concludere derivati speculativi*"; *ii)* alle pubbliche Amministrazioni è preclusa, in via generale, la stipulazione di contratti aleatori; *iii)* la legge del 2001 costituiva disposizione eccezionale, "*avendo reso i derivati stipulati dalle pubbliche amministrazioni come contratti tipici, diversamente da quelli innominati conclusi dai privati (per quanto appartenenti all'amplissimo e medesimo* genus*)*"; *iv)* l'ente locale poteva procedere solo alla stipula di derivati "*di copertura*"; *v)* la valida sottoscrizione del derivato richiedeva la misurabilità e determinazione dell'oggetto attraverso l'indicazione della "proiezione finanziaria", ovverosia del "metodo di stima del costo di sostituzione", c.d. "*mark to market*", nonché degli scenari probabilistici e dei costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e rendere evidente all'ente ogni aspetto di aleatorietà del rapporto; *vi)* la c.d. "clausola di *upfront*" qualifica l'operazione come ricorso

[49] Per una compiuta ricostruzione si v. A.M. GAROFALO, *La High Court e i derivati del Comune di Venezia (ovvero: il problema degli swap degli enti locali e la mentalità del giurista di common law)*, in *Riv. Dir. Bancario*, 2023, 325 sgg. Parla di "*percorso normativo* […] *tormentato e non sempre lineare*" Cass. civ., Sez. Un., 12 maggio 2020, n. 8770. Correttamente, dunque, è stato osservato che il ricorso ai derivati non è stata l'alzata d'ingegno della dirigenza politica degli enti locali, bensì una vera e propria sollecitazione del Governo. In questo senso D. ROSSANO, *Gli swap e la gestione della finanza pubblica nella giurisprudenza civilistica e della corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, 2019, 40 sgg.: "gli enti comunali hanno, di sovente, fatto ricorso a strumenti finanziari derivati con l'obiettivo di coprire i rischi derivanti dalla ristrutturazione del debito".

[50] Cfr. d.m. MEF 01/12/2003, n. 389, in G.U. 4 febbraio 2004, n. 28.

all'indebitamento[51] e richiede, di conseguenza, l'approvazione da parte dell'organo assembleare dell'ente locale[52].

Ci si è allora chiesti se queste statuizioni sono tali da ricostruire una fattispecie di vizio derivante da una limitazione strutturale dell'autonomia privata dell'Amministrazione pubblica. Ulteriori suggestioni in questo senso sono arrivate dalle pronunce rese dalla High Court of Justice di Londra sulla validità di strumenti finanziari derivati sottoscritti da enti locali italiani ma regolati dal diritto inglese, pronunce che hanno avuto una vasta eco in Italia[53]. La Corte di Londra, infatti, ha giudicato la questione sulla base della dottrina del *nec ultra vires*, che ritiene la capacità d'agire degli enti pubblici o privati perimetrata dalla legge e/o dai rispettivi statuti pubblici o privati[54]. In questa prospettiva, la High Court, nelle tre vicende, ha verificato se, alla luce dell'art. 119 della Costituzione, gli enti locali fossero legittimati a sottoscrivere strumenti

---

[51] Approdo, questo, già maturato nella giurisprudenza contabile: cfr. C. Conti, *Analisi sul fenomeno dell'indebitamento in un campione di enti locali*, documento per la Comm. Progr. Ec. Senato della Repubblica, novembre 2004, 24: la corresponsione di una somma a titolo di clausola di *upfont* costituisce "*una di quelle «forme di ricorso al mercato finanziario» previste dall'art. 199, lett. g), del TU 267/2000 a sostegno degli investimenti, la quale richiede il rispetto delle medesime condizioni e vincoli stabiliti per ogni forma di ricorso a indebitamento. Da escludere perciò la sua destinazione a spesa corrente*"; cfr. C. Conti, SCR Lombardia, 26 ottobre 2007, n. 596: "*la previsione dell'erogazione di tale importo* [upfront] *che, se non integralmente, per lo meno in parte dovrà essere restituito all'operatore finanziario in sede di regolazione dei rispettivi flussi configura un finanziamento all'ente che, 17 pertanto, sia nell'utilizzo che nella classificazione in bilancio deve tenere conto del disposto dell'art. 119 Cost. Si tratta di una forma di indebitamento* […]"; cfr. ancora C. Conti, SCR Lombardia, *Relazione sulla gestione della regione Lombardia per l'esercizio 2012*; *contra*, però, v. C. Conti, Sez. giurisd. Sicilia, sent. 7 agosto 2006, n. 2376, s.m. in *CED Cassazione*, 2006: "*Nella ipotesi in cui un ente locale proceda alla rideterminazione del residuo debito di precedenti mutui contratti a tasso fisso, mediante un'operazione finanziaria di «*interest rate swap *con* cap *e* upfront*», non sussistono i presupposti per la applicazione della sanzione prefigurata dall'art. 30 comma 15° legge n. 289/2002, poiché il contratto di swap è un accordo mediante il quale si sostituisce il tasso fisso degli interessi con un tasso variabile, e quindi non costituisce una forma di ulteriore indebitamento per il pagamento di spese diverse da quelle d'investimento*".

[52] Sui profili più strettamente civilistici e attinenti alla ricostruzione dei contratti derivati della sent. Sez. Un., n. 8870 del 2020, v. M. LEMBO, *Il recente orientamento giurisprudenziale in tema di contratti derivati anche in relazione alla disciplina comunitaria. focus su scenari di performance e mark to market*, in *Dir. Comm. Int.*, 2021, 162 sgg.; per i medesimi profili con riferimento alla giurisprudenza successiva v. A. ALTIERI, *Nullità strutturale, costi occulti e derivati (Interest Rate Swap)*, Nota a Cass. civ., Sez. I, 1° marzo 2023, 167, in *I Contratti*, 2023, 167 sgg.

[53] Si tratta dei casi EWHC 2586 (comm), *Intesa Sanpaolo SPA and Dexia Crediop SA v. Comune di Venezia* [2022], in *Questa Rivista*, 2023, 119 sgg. con Nota di P. DE GIOIA CARABELLESE, *Il mito urbano della causa irrazionale dei contratti derivati. riflessioni a margine di un recente caso inglese*; EWHC 2706 (comm), *Deutsche Bank AG London v Comune di Busto Arsizio* [2021], in *Le Società*, 2022, 603, con Nota di P. DE GIOIA CARABELLESE - M. LEMBO, *I derivati italiani visti dal common law inglese (e dal British statute). Una analisi della decisione della High Court sul contratto speculativo "Busto Arsizio v Deutsche Bank"*; EWHC 2410 (Comm), *Dexia Crediop SpA v Provincia di Pesaro e Urbino* [2022], con Nota di C. ROSS - R. BAKER, *Italian swaps saga continues in Dexia Crediop SpA v Province of Pesaro e Urbino*, in *Lexology*, 2022. V. anche M. DE PAMPHILIS, *La questione della validità dei contratti derivati IRS conclusi dai comuni italiani nello specchio della giurisprudenza inglese*, in *Pactum*, 2023. Il testo integrale delle tre decisioni è accessibile sul database del British and Irish Legal Information Institute, www.bailii.org.

[54] Cfr. G. DELLA CANANEA, *La legittimazione contrattuale degli enti locali*, cit., 533 sgg.; S. GUINDI, *Hazell v. Council of the London Borough of Hammersmith and Fulham and others*, in *The Int. Lawyer*, 1991, 25/4, 1038: annotando il *landmark case Hazell*, l'A. osservava che "This requirement of specific authority is peculiar to cases similar to this one in which the party can do only those things specifically authorized by law and in which the doctrine of ultra vires may be invoked". Si v. anche P. DE GIOIA CARABELLESE, *Il mito urbano della causa irrazionale dei contratti derivati*, cit., 126, il quale rammenta che il difetto di *capacity* non può essere sanato dagli *stakeholders*; per un approfondimento sul tema si rinvia ai contributi ivi citati.

finanziari derivati[55]. Per il diritto inglese, dunque, i contratti derivati sono e rimangono validi, in quanto quell'ordinamento non conosce il vizio derivante dalla mancanza di "causa" del contratto, né può mutuarlo dal diritto italiano per il solo fatto che lo stipulante è un ente locale italiano. Nondimeno, in ragione del difetto di *capacity*, una parte può attivare il rimedio della *restitution*[56].

In disparte il fatto che in più occasioni la giurisprudenza ha escluso la vigenza della dottrina nel *nec ultra vires* nel diritto italiano[57], la giurisprudenza nazionale che si è confrontata con la questione dei derivati non offre elementi per "importare" la dottrina anglosassone.

A ben vedere, infatti, la sentenza n. 8770 del 2020 ha ritenuto nulli i contratti allora oggetto di causa non sulla base di una limitazione della capacità giuridica degli enti locali, bensì per difetto di una adeguata caratterizzazione causale ovverosia perché non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito (o definibile). Nella sentenza, poi, vi sono plurimi richiami all'incompatibilità dei derivati non "di copertura" con l'art. 119 Cost. e con l'ordinamento contabile nazionale. In primo luogo, la Suprema Corte ha richiamato la sent. Corte cost., n. 52 del 2010, osservando che "*il divieto di concludere contratti speculativi può essere ricondotto, in prima battuta, dell'art. 119 Cost., commi 4 e 6, che rispettivamente enunciano il vincolo dell'equilibrio finanziario e la necessaria finalizzazione dell'indebitamento alle spese di investimento*"[58]. In secondo luogo, la sentenza rileva che l'aleatorietà del contratto "*costituisce una forte disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introducendo*

---

[55] Questione a cui non è stata data univoca soluzione, atteso che nel caso *Busto Arsizio* la Corte ha stabilito che "*Article 119 does not per se prohibit Italian local authorities from entering into derivative contracts of a «speculative nature»*" (§ 195). Nel caso *Venezia*, invece, la Corte ha affermato che "*Venice lacked capacity to enter into the Transactions on the basis of the Speculation and Indebtedness Arguments, with the result that they are void and unenforceable as a matter of English law*" (§ 463). Quanto al caso *Provincia di Pesaro e Urbino*, la Corte ha escluso la violazione dell'art. 119 Cost. anche perché in quel contratto difettava la clausola di finanziamento *upfront*.

[56] Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Il mito urbano della causa irrazionale dei contratti derivati*, cit., 123.

[57] Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656: "*Nel nostro ordinamento non vige il sistema del* nec ultra vires *(che caratterizza invece l'attività delle persone giuridiche di diritto pubblico nel sistema anglosassone) e, pertanto, sia le persone giuridiche pubbliche che private hanno la medesima capacità giuridica, per cui la p.a. può porre in essere contratti di diritto privato in assenza di specifici divieti*"; nella giustizia amministrativa v. Cons. Stato, Sez. III, 19 dicembre 1989, n. 1838, s.m. in *Riv. Trim. Appalti,* 1990, 1065: "*Non esistendo nell'ordinamento italiano il principio del* nec ultra vires*, deve ritenersi che tutte le persone giuridiche, sia private che pubbliche, abbiano la medesima capacità giuridica e che pertanto anche la p. a. sia legittimata a porre in essere contratti, come la compravendita di cosa futura, pur se lo stesso esce dagli ordinari moduli di contrattazione disciplinati dalla legge di contabilità dello stato*"; in termini anche TAR Umbria Sez. I, sent. 23 maggio 2013, n. 303.

[58] Va peraltro osservato che la citazione della sent. n. 52 del 2010 pecca di rigore. In quella sentenza, infatti, la Corte costituzionale rilevava che "*le nozioni di «indebitamento» e di «investimento» non possono essere determinate a priori in modo assolutamente univoco*" e che "*Spetta, dunque, allo Stato, con determinazione non manifestamente irragionevole, definire, in relazione ai diversi contesti che possono venire in rilievo, il significato delle espressioni in esame*". In questa prospettiva, la Consulta affermava che "*il legislatore, con il divieto, sia pure temporaneo, di stipulare contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati, ha evidentemente ritenuto che tale attività, potendo avere natura altamente rischiosa, dato il suo carattere intrinsecamente aleatorio, non possa essere qualificata quale attività di investimento*". Sulla sentenza, v. A. BENEDETTI, *La giurisprudenza sui contratti derivati degli enti locali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 1116 sgg., nonché, per i diversi profili del riparto di competenze tra Stato e Regioni e del sistema delle fonti, I. CIOLLI, *La "*supremacy clause *all'italiana". Regioni e strumenti finanziari derivati davanti alla corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2011; D. CHINNI, *La Corte, i presupposti del decreto-legge e le tortuose vie per il sindacato. Riflessioni a margine della sentenza n. 52 del 2010*, in *Consulta on-line*, 2010.

variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa". In questa prospettiva, la sentenza, oltre alla citata disposizione costituzionale, richiama *i)* l'art. 202 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali - TUEL), che consente il ricorso all'indebitamento nelle sole forme previste dalle leggi vigenti in materia e per la realizzazione degli investimenti; *ii)* l'art. 30, comma 15, della l. 27 dicembre 2002, n. 289, a tenor del quale "*Qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell'articolo 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli*"; *iii)* l'art. 3, commi 16 e 17, della l. 24 dicembre 2003, n. 350, di attuazione dell'art. 119 Cost., che individuano le operazioni qualificate come "indebitamento". Se il caso è risolto sulla base della ritenuta nullità strutturale dei contratti manchevoli di adeguato profilo causale, è evidente che la Corte prospetta plurime ipotesi di nullità testuale o virtuale delle operazioni con derivati non "di copertura".

S'aggiunga che la sentenza invita a un esame dei contratti derivati "*condotto caso per caso, attraverso un approccio concreto*", metodologia che mal si coniuga con l'astratto difetto di capacità di essere parte di una classe di strumenti negoziali[59].

Anche la Corte dei conti si è limitata ritenere "nulli per indeterminabilità dell'oggetto" i contratti derivati stipulati dagli enti locali non riconducibili ai derivati di copertura, recependo le indicazioni della giurisprudenza civile[60].

Va infine richiamata la sent. Cons. Stato, 30 giugno 2017, n. 3174, in cui il Consiglio di Stato, nel valutare la legittimità degli atti amministrativi preliminari alla stipula di un derivato, sottolineava il divieto, posto dall'art. 41, comma 2, della l. n. 448 del 2001, di ricorrere agli *swap* in funzione diversa dalla copertura dei rischi di tasso sul loro indebitamento.

In conclusione sul punto, dall'esame della giurisprudenza non si rinviene traccia alcuna di un vizio d'invalidità dello strumento di diritto privato derivante dalle caratteristiche intrinseche dell'autonomia dell'Amministrazione pubblica. I vizi dell'atto negoziale della p.A. sono gli stessi degli atti stipulati *inter privatos*, in maniera coerente con il riconoscimento dell'eguale forma di autonomia negoziale[61].

---

[59] Analogo modello d'indagine è ribadito in Cass. civ., Sez. I, ord. 1° luglio 2022, n. 21008, in cui di bel nuovo si afferma che i motivi d'invalidità della stipulazione del derivato possono essere rinvenuti nel difetto di causa o nella sua illiceità. Si v. anche Cass. civ., Sez. I, sent. 6 settembre 2021, n. 24014, in cui la Corte richiama la consulenza tecnica d'ufficio effettuata nelle sedi di merito "*per indagare intorno ai profili finanziari ed economici dell'intera operazione, allo scopo di poterne individuare la causa concreta, come pure la meritevolezza degli interessi alla stregua della ricerca, di esito positivo, circa l'esistenza di un'effettiva funzione e idoneità del derivato stesso a fungere da copertura dei rischi finanziari derivanti dal contratto di leasing nel contempo concluso*". In termini non dissimili si vedano anche Cass. civ., Sez. I, ord. 7 luglio 2022, n. 32705; ord. 10 agosto 2022, n. 24654. Per un esame del seguito giurisprudenziale della sent. n. 8770 del 2020 v. G. DELLA CANANEA, *La Cassazione, i derivati e gli enti pubblici: verso una giurisprudenza costante (osservazioni a margine di Cass. civ., sez. I, sentenza 29 luglio 2021, n. 21830)*, in *Questa Rivista*, 2022, 10 sgg.

[60] Cfr. C. Conti, SCR Lazio, Del. n. 120/2021/PRSE; Del. n. 42/2022/PRSE; SCR Lombardia, del. n. 67/2022/PRSE. Si v. poi C. Conti, Sez. giurisd. Lombardia, sent. n. 221 del 2022, in cui si afferma che la clausola "*Additional Early Termination - ATE*" non incide sulla clausola dei contratti e si ribadisce che l'operazione, a pena di nullità della pattuizione conclusa, deve "*essere autorizzata dal Consiglio comunale, tenendo presente che la ristrutturazione del debito va accertata considerando l'operazione nel suo complesso, comprendendo - per il principio di trasparenza della contabilità pubblica - anche i costi occulti che gravano sulla concreta disciplina del rapporto di swap*".

[61] T. GALLETTO, *Art. 1322*, cit., 488, § 33: "L'invalidità dei contratti stipulati dalla pubblica amministrazione è regolata dalle pertinenti norme codicistiche". Si aggiunga che anche per gli accordi integrativi o sostitutivi del

2.2. I vizi derivanti dagli atti amministrativi propedeutici

Veniamo, ora, alla questione dei vizi dell'atto negoziale derivante da quelli degli atti amministrativi propedeutici. Il tema, vastissimo, sarà esaminato solo per cenni e negli stretti limiti dell'oggetto qui in esame.

Tradizionalmente la dottrina e la giurisprudenza della Corte di cassazione sostenevano che gli atti amministrativi che precedono l'adozione di atti negoziali di diritto privato della p.A. "sono mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'ente e pertanto i loro vizi si traducono in vizi della volontà e comportano l'annullabilità del contratto, deducibile soltanto dall'ente pubblico medesimo"[62] ai sensi dell'art. 1441 cod. civ. Questa ricostruzione è stata abbandonata in favore della nullità del contratto, in ragione degli insussistenti riscontri di diritto positivo e della considerazione che le disposizioni sull'evidenza pubblica e in generale sul procedimento di selezione del contraente non sono poste solo a tutela dell'Amministrazione pubblica, ma di tutti gli operatori economici che operano in regime di concorrenza, nonché della *par condicio* dei soggetti amministrati[63]. L'esigenza di tutela del terzo di buona fede ha fatto emergere la tesi dell'inefficacia sopravvenuta del contratto[64] che ha poi lasciato spazio alla ricostruzione del problema in termini della caducazione automatica del contratto[65].

Il codice del processo amministrativo ha posto fine al dibattito sancendo la preferenza per l'inefficacia del contratto, con la precisazione che la dichiarazione d'inefficacia non è automatica né necessariamente pronunciata dal Giudice amministrativo, il quale può mantenere gli effetti del contratto "*qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale*" lo imponga[66]. In caso di dichiarazione d'inefficacia, poi, al Giudice è consentito statuire se essa opera *ex tunc* o *ex nunc*[67] e comunque delimitare l'arco temporale dell'invalidità[68]. È da ritenersi che l'esigenza di protezione dell'interesse pubblico giustifichi la preferenza per la sanzione dell'inefficacia, strumento di maggiore duttilità di fronte all'ampio

---

provvedimento amministrativo si sostiene l'applicabilità dei comuni rimedi privatistici: cfr. R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale*, cit., 1004.

[62] G.P. CIRILLO, *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, cit.; R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale*, cit., 1475; E. GIANNANGELI, *L'autonomia contrattuale*, cit., 21.
v. Cass. civ., Sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901; 8 maggio 1996, n. 4269; 28 marzo 1996, n. 2842; Cons. Stato, Sez. VI, 1° febbraio 2002, n. 570.

[63] Cfr. M. LIPARI, *L' annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione amministrativa e la reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. e form.*, 2003, 245; F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia*, in *Corr. Giur.*, 2004, 672; F. SATTA, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. Amm*., 2003, 645.

[64] Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27169 e n. 27170; 18 luglio 2008, n. 19805: "*seppure gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità, i primi condizionano l'efficacia dei secondi*".

[65] Cfr. F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 797 sgg.; E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 3719 sgg.; F. FRENI, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul negozio*, in *Dir. Amm.*, 2004, 837.

[66] Art. 121, comma 3, cod. proc. amm.

[67] Art. 121, comma 2, cod. proc. amm.

[68] Cfr. artt. 121 e 122 cod. proc. amm.

ventaglio di imprevedibili casi concreti che si presentano nella pratica quotidiana del *procurement*.

Veniamo ora all'altro settore chiave di esercizio dell'autonomia negoziale, ovverosia la costituzione o la detenzione di partecipazioni in società di diritto privato. Nel caso in cui una società a partecipazione pubblica sia costituita senza l'atto deliberativo previsto nel precedente art. 5 o nel caso in cui tale atto deliberativo sia dichiarato nullo o annullato, l'art. 7, comma 7, del d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175, prevede che le partecipazioni siano liquidate in denaro in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-*ter*, comma 2, cod. civ. e attraverso il procedimento di cui all'articolo 2437-*quater* codice civile. È fatto comunque salvo il potere di alienare la partecipazione pubblica. Il medesimo comma 7 prevede, altresì, che, se la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo riguarda una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale, si applicano le disposizioni di cui all'art. 2332 cod. civ., e cioè viene dichiarata la nullità della società e si avvia il procedimento di liquidazione.

In questo caso, dunque, la nullità dell'atto negoziale costituisce l'esito ordinario del vizio dell'atto propedeutico, ma non mancano ipotesi alternative in cui il vizio non dell'attività amministrativa non produce effetti sulla validità dell'attività di diritto privato.

Addirittura in caso di adozione delle misure di prevenzione antimafia di cui all'art. 67 del d.lgs. n. 159 del 2011 o dell'informazione antimafia interdittiva negativa di cui all'art. 91 del medesimo decreto delegato, la legge non prevede la caducazione necessaria dell'atto negoziale già adottato dalla p.A. L'art. 94, comma 2, del codice antimafia, infatti, prevede che le pubbliche Amministrazioni "*recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite*". Il successivo comma 3, però, soggiunge che le Amministrazioni "*non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi*". L'art. 96, poi, consente alle associazioni e ai raggruppamenti d'imprese che siano appaltatori dell'Amministrazione di sostituire l'operatore economico attinto da informazione interdittiva senza effetti sulla validità del contratto. Tali previsioni sono di particolare rilievo, considerato il vigore degli strumenti amministrativi (ma sostanzialmente para-penali) di contrasto alla criminalità organizzata regolati dal codice antimafia.

Al di là delle disposizioni che, di bel nuovo, in considerazione dell'interesse pubblico, giustificano il mantenimento degli effetti del contratto, esaminiamo sinteticamente il caso ordinario in cui lo strumento negoziale risente dell'adozione dell'informazione antimafia interdittiva.

Come è stato chiarito dall'Adunanza Plenaria nella sent. n. 23 del 2020, il soggetto attinto dall'interdittiva sconta una particolare forma di incapacità giuridica in ambito pubblico che lo rende appunto incapace di essere titolare di situazioni giuridiche soggettive attive nei confronti della Pubblica Amministrazione. Tale forma d'incapacità è posta a tutela di interessi costituzionalmente garantiti "*in equilibrata ponderazione tra libertà di impresa e tutela dei fondamentali beni che presidiano il principio di legalità sostanziale*". Ove questa forma d'incapacità sopravvenga alla stipula del contratto, precisa la pronuncia, "*non possono che manifestarsi in termini di nullità sia i provvedimenti amministrativi rilasciati (per difetto di un*

elemento essenziale del medesimo, ex *art. 21*-septies *L. n. 241 del 1990), sia il contratto stipulato con soggetto incapace*".

Nondimeno, la legge prevede che la revoca dei provvedimenti che hanno concesso benefici e il "recesso" dal contratto. La citata sentenza dell'Adunanza plenaria ha affermato che il legislatore avrebbe impropriamente fatto riferimento all'istituto del recesso, che mal si attaglia al fatto che il contratto stipulato senza previo rilascio di informazione antimafia positiva è sottoposto a "*condizione risolutiva*", *ex* art. 88, comma 4-*bis*. Più che recedere, dunque, l'Amministrazione si limiterebbe a dichiarare l'intervenuta risoluzione del contratto.

Per quanto qui d'interesse, allora, si deve osservare che: *i)* la dichiarazione dell'intervenuta risoluzione del contratto è cosa diversa dall'accertamento (meramente dichiarativo) della sua nullità; *ii)* paradossalmente, la sanzione, ritenuta più grave, della risoluzione è compatibile con l'assenza di vizi genetici o sopravvenuti del contratto, mentre il recesso li presuppone. Nella sistematica codicistica, infatti, il recesso è strumento adatto a "*consentire alla parte di impugnare il contratto per la presenza di vizi originari o sopravvenuti (recesso come mezzo di impugnazione)*"[69], mentre la risoluzione si produce anche nel caso di giuridica impossibilità sopravvenuta della prestazione pattuita[70].

Tirando, anche per questo profilo, sommarie conclusioni, è possibile affermare che l'ordinamento non prevede un unico e generale effetto viziante o caducante nei confronti dell'atto negoziale in caso di vizi degli atti propedeutici, né impedisce la conservazione del contratto e dei suoi effetti. Tanto costituisce ulteriore conferma della tendenziale indipendenza degli atti della serie pubblicistica e di quella privatistica con riferimento alla loro validità e dell'equiparazione dell'autonomia contrattuale della p.A. a quella dei soggetti privati.

3. Autonomia privata degli enti locali e vincoli di finanza pubblica.

Anche i vincoli di finanza pubblica che s'impongono alla gestione degli enti locali possono determinare vizi degli atti negoziali. Come è noto, la riforma dell'art. 119 Cost. approvata con la l. cost. n. 3 del 2001 ha codificato la c.d. "golden rule" per l'indebitamento degli enti territoriali, stabilendo che le Regioni e gli Enti locali possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento, rimanendo preclusa la possibilità la assunzione di prestiti per far fronte a spese di diversa natura, oltre che la prestazione di qualsiasi forma di garanzia da parte dello Stato.

La l. cost. n. 1 del 2012 ha ulteriormente irrigidito la disciplina del ricorso all'indebitamento, con la prescrizione che la contrazione del debito debba intervenire previa definizione del piano di ammortamento e che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio[71].

---

[69] Cfr. G. DE NOVA, *Recesso*, in *Dig. Disc. Civ.*, Torino , 1997, ed. inf.; M. AMBROSOLI, *Recesso (I Agg.)*, in *Dig. Disc. Civ.*, Torino, 2014.

[70] Cfr. Cass. civ., Sez. I, ord. 23 novembre 2021, n. 36329; Sez. II, sent. 23 settembre 2019, n. 23564.

[71] Per l'evoluzione dell'art. 119 Cost. v. G. DELLA CANANEA, *Art. 119*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Torino , 2004, ed. inf.; M. CECCHETTI, *Articolo 119*, in AA.VV., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi - L. Cuocolo - F. Rosa - G.E. Vigevani, Bologna, 2018, Vol. II, 375; ID., *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: profili di controriforma dell'autonomia Regionale*, in *Federalismi.it*, 2012.

È stato osservato che l'art. 119 Cost., in maniera convincente definito "norma di tipo permissivo condizionato", per un verso ha recepito la preferenza, emersa in una parte della scienza economica e già consolidatasi nella prassi di lavoro della Commissione europea nell'esercizio delle prerogative di supervisione dell'andamento macroeconomico degli Stati membri, per le spese d'investimento, ritenute spese di maggiore "qualità" perché capaci di produrre ulteriore ricchezza per il sistema economico, dunque maggiormente meritevoli di sottoporre il settore delle pubbliche Amministrazioni all'onere del debito[72]. Per altro verso, però, esso viene incontro alle forti preoccupazioni che l'autonomia di spesa degli enti territoriali potesse rivelarsi fattore di criticità per il conseguimento degli obiettivi fissati dall'Unione europea sul contenimento del deficit del settore pubblico, così rivelandosi non tanto norma conformativa dell'intervento economico degli enti pubblici, quanto precetto di centralizzazione e controllo dell'Amministrazione locale[73]. In questa prospettiva è stato notato che la novella del 2012, tramite il riferimento alla necessità di un piano d'ammortamento per le operazioni d'indebitamento, tende ad assicurare maggiore trasparenza quanto all'impegno finanziario assunto dall'ente locale[74].

Il precetto costituzionale è stato oggetto di specifica attuazione dall'art. 10 della legge rinforzata 24 dicembre 2012, n. 243, d'attuazione del riformato art. 81 Cost. Ivi si prevede che il piano d'ammortamento deve avere durata non superiore alla vita utile dell'investimento, deve evidenziare l'incidenza delle obbligazioni assunte su ciascuno degli esercizi finanziari futuri dell'ente nonché le modalità di copertura degli oneri corrispondenti. Particolari previsioni sono dettate per le operazioni d'investimento realizzate attraverso l'utilizzo dei risultati di amministrazione degli esercizi precedenti[75].

---

[72] G. DELLA CANANEA, *Art. 119*, cit.; F. BASSANINI, *L'articolo 119 della Costituzione: autonomia e garanzie nel finanziamento delle Regioni e degli enti locali*, in *Astrid Rassegna*, 2006, 12, che osserva che il divieto d'indebitamento per la spesa corrente "si concentra su quest'ultimo [il debito del settore pubblico] e sulla qualità delle spese che esso concorre a finanziare"; v. anche M. BARBERO, *Golden Rule: "non è tutt'oro quel che luccica*, in *Forum Quad. Cost.*, 2005, 5: "il sesto comma dell'art. 119 Cost. consente il finanziamento senza limiti delle spese di investimento, assumendole a priori come spese di qualità (e quindi meritorie), laddove il diritto comunitario pone rigidi vincoli quantitativi a tutte le tipologie di spesa pubblica".

[73]Cfr. G. RIVOSECCHI, *L'art. 119 della Costituzione*, voce del *Commentario* alla Costituzione de La Magistratura, 2022, sottolinea che è "lo Stato a controllare la «leva» dell'indebitamento", sicché "la costituzionalizzazione di tali principi si è rivelata ragionevolmente più rigorosa nei confronti delle Regioni e degli enti locali", tanto che "le regole contabili sul «calcolo» dell'equilibrio (voci di entrata e di spesa di cui occorre tenere conto ai fini del rispetto o meno del precetto) non hanno consentito margini di maggiore elasticità alle politiche di bilancio degli enti sub-statali, nonostante taluni significativi orientamenti della giurisprudenza costituzionale rivolti a preservare «spazi finanziari» per le autonomie territoriali idonei a garantire la programmazione delle risorse secondo principi di proporzionalità e adeguatezza rispetto alle funzioni ad essi affidate". Cfr. anche F. BASSANINI, *L'articolo 119 della Costituzione*, cit., 12. Rammenta M. BARBERO, *Golden Rule*, cit., 6, che "Nel caso degli Enti locali è stata frequente, in passato, la contrazione di nuovi debiti a copertura di passività fuori bilancio di natura corrente".

[74] G.M. SALERNO, *Equilibrio di bilancio, coordinamento finanziario e autonomie territoriali*, in AA.VV., *Costituzione e pareggio di bilancio*, *Il Filangieri*, Quaderno 2011, a cura di V. Lippolis - N. Lupo - G.M. Salerno - G. Scaccia, Napoli , 2012, 163; M. CECCHETTI, *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: profili di contro-riforma dell'autonomia regionale e locale*, in Federalismi.it, 2012, 7.

[75] Ulteriori disposizioni di dettaglio sono contenute nel d.P.C.M. 21 febbraio 2017, n. 21, d'approvazione del "Regolamento recante criteri e modalità di attuazione dell'articolo 10, comma 5, della legge 24 dicembre 2012, n. 243, in materia di ricorso all'indebitamento da parte delle regioni e degli enti locali", pubbl. in G.U. 11 marzo 2017, n. 59.

Per quanto concerne gli enti locali, poi, il finanziamento tramite indebitamento è disciplinato dall'art. 202 TUEL, che ribadisce il vincolo generale per la realizzazione degli investimenti, con la sola eccezione del "*finanziamento dei debiti fuori bilancio di cui all'articolo 194*". L'art. 203, poi, prevede che il ricorso all'indebitamento è consentito solo se l'Ente ha approvato il rendiconto dell'esercizio del penultimo anno precedente quello in cui si intende contrarre il debito nonché il bilancio previsionale dell'anno nel quale sono iscritti i relativi stanziamenti. L'art. 204, al comma 1, fissa un tetto massimo per l'assunzione di mutui, in percentuale rispetto alle entrate generali iscritte nel rendiconto generale dell'ente. Il comma 2 detta norme di dettaglio relative alla stipula di contratti di mutuo con enti diversi dalla Cassa depositi e prestiti e dall'Istituto per il credito sportivo, precisando che tali previsioni sono dettate "*a pena di nullità*". L'art. 205 rinvia alle "*forme consentite dalla legge*" per l'attivazione di prestiti obbligazionari. Infine l'art. 205-*bis* detta norme di dettaglio sulla stipula di contratti di apertura di credito.

La nullità dei contratti stipulati dagli enti territoriali ricorrendo all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento in violazione dell'art. 119 Cost. è, poi, comminata espressamente dall'art. 30, comma 15, della l. 27 dicembre 2002, n. 289, che rimette alle sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti la possibilità di irrogare agli amministratori che hanno assunto la relativa delibera la condanna ad una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione.

3.1. La nullità testuale per violazione della disciplina sul ricorso all'indebitamento.

Le disposizioni attuative dell'art. 119 Cost., dunque, depongono nel senso che la violazione del divieto d'indebitamento è assistita dalla tipica sanzione della nullità civilistica[76]. Né a diverse conclusioni conduce l'esame della giurisprudenza.

Si è già visto *supra* che la Corte di cassazione, nella sent. n. 8770 del 2020 (e già nell'ord. Sez. I, n. 493 del 2019, che ha sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite) richiamava l'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2002 esplicitamente prospettando la nullità degli strumenti d'indebitamento non collegati a operazioni d'investimento.

Quanto alla giurisprudenza costituzionale, nella sent. n. 320 del 2004[77], nel respingere i ricorsi proposti da alcune Regioni avverso l'art. 30 della l. n. 289 del 2002, la Consulta ha ribadito che il comma 15 prevede "*la nullità degli atti e dei contratti posti in essere in violazione del divieto di ricorrere all'indebitamento per finanziare spese diverse da quello di investimento, di cui all'ultimo comma dell'art. 119 Cost.*". Va peraltro osservato che la Corte non ha fatto leva - come sarebbe ben stato possibile - sulla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di "*ordinamento civile*" *ex* art. 117, comma 2, lett. *l)*, Cost., limitandosi a osservare che la sanzione della nullità e la possibile condanna, da parte della Corte dei conti, ad una sanzione

[76] Nullità testuale, considerato l'inequivoco tenore dell'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2022 e dell'art. 204 TUEL.

[77] Con nota di M. BARBERO, *Federalismo fiscale: dalla Consulta una sentenza con molte conferme, alcune precisazioni e qualche anticipazione)*, in *Federalismi.it*, 2005; v. anche la nota redazionale in *Giur. It.*, 2005, 1576; e in *Giur. Cost.*, 2004, 3720.

pecuniaria nei confronti degli amministratori "*non inerisce* […] *alla materia della disciplina dell'ordinamento e dell'organizzazione amministrativa e contabile delle Regioni e degli enti locali, ma trova il suo fondamento nella potestà legislativa dello Stato di dare attuazione al sesto comma dell'art. 119 Cost., dal momento che configura esclusivamente alcune sanzioni per comportamenti confliggenti con il divieto affermato nella disposizione costituzionale*".

A tal proposito, va ricordato che la già citata sent. n. 52 del 2010 aveva affermato che le disposizioni limitative del ricorso agli strumenti finanziari derivati introdotte dall'art. 62, comma 5, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, erano assistite dalla sanzione della nullità in caso di loro violazione, nullità che "*può essere fatta valere solo dall'ente*" e che, dunque, era qualificata come tipica "*nullità di protezione*" che, "*in linea con l'esigenza di una particolare tutela riservata alla parte debole del rapporto contrattuale, trova giustificazione una disciplina derogatoria del principio generale della legittimazione aperta a chiunque vi abbia interesse*".

Nello stesso senso depone anche la giurisprudenza contabile. Le Sezioni di controllo hanno affermato che l'art. 119, comma 6, Cost. "*è espressione, per la sua collocazione apicale nel sistema, di un principio di ordine pubblico economico, certamente in grado di generare, da solo, una ipotesi di nullità virtuale (art. 1418 c.c. comma 1) del negozio*"[78]. Anche le Sezioni giurisdizionali hanno confermato che la violazione dell'art. 119 Cost. comporta la nullità dei contratti stipulati dagli enti locali, precisando però che la dichiarazione di nullità e i relativi effetti restitutori non hanno incidenza sull'azione volta alla comminazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2002, né sul piano processuale come ipotetica condizione dell'azione, né sul piano sostanziale come ipotetico criterio di parametrazione dell'ammontare della sanzione stessa[79].

Da un'altra prospettiva, la Corte dei conti ha anche affermato che l'art. 119, comma 6, Cost., "*non è una norma limitativa della capacità giuridica speciale degli enti territoriali apoditticamente posta dal Legislatore costituzionale*", ma un precetto inteso a evitare abusi del coordinamento della finanza pubblica allargata[80].

3.2. La definizione delle nozioni di investimento e indebitamento.

Va peraltro rilevato che, in base alla giurisprudenza costituzionale e contabile, assolutamente convergenti per questo profilo, l'art. 119, comma 6, Cost. richiede interposizione legislativa per il profilo dell'individuazione delle nozioni di indebitamento e investimento, mentre è precetto immediatamente applicativo e autosufficiente per quanto concerne la regola di validità dei contratti conclusi dagli enti territoriali.

Per il primo profilo, nella sent. n. 425 del 2004 la Corte costituzionale ha rigettato i ricorsi proposti avverso l'art. 3, commi da 16 a 19, della l. 24 dicembre 2003, n. 350, in cui, in

[78] C. Conti, SCR Campania, del. n. 96/2020/PAR, con Nota di A. LUBERTI, *Rinegoziazione delle passività finanziarie e golden rule degli enti territoriali*, in *Questa Rivista*, 2020. Nella giurisprudenza amministrativa v. TAR Lombardia - Brescia, Sez. II, ord. 5 giugno 2012, n. 988; TAR Sicilia - Catania, Sez. II, ord. 4 gennaio 2011, n. 2; nonché Sez. IV, sent. 7 maggio 2007, n. 775. Queste pronunce si pongono il problema di dare ottemperanza a sentenze di condanna di enti locali senza violare l'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2002.
[79] C. Conti, Sez. II App., sent. 28 maggio 2019, n. 174.
[80] C. Conti, SCR Campania, del. 11/2020/PRSP.

attuazione dell'art. 119 Cost., sono state individuate le operazioni che costituiscono indebitamento e investimento per gli enti territoriali. In particolare, la Consulta ha affermato che il contenuto delle nozioni di indebitamento e investimento non può determinarsi a priori "*in modo assolutamente univoco, sulla base della sola disposizione costituzionale, di cui questa Corte sia in grado di offrire una interpretazione esaustiva e vincolante per tutti, una volta per sempre*". Al contrario, "*si tratta di nozioni che si fondano su principi della scienza economica, ma che non possono non dare spazio a regole di concretizzazione connotate da una qualche discrezionalità politica*", da esercitarsi nei limiti della ragionevolezza nonché ispirandosi "*ai criteri adottati in sede europea ai fini del controllo dei disavanzi pubblici*". Di conseguenza, la Consulta ha rigettato la pretesa delle Regioni di definire autonomamente "*le scelte di concretizzazione delle nozioni di indebitamento e di investimento ai fini predetti*", richiamando l'esigenza di centralizzazione della disciplina in via dell'uniforme applicazione del precetto costituzionale.

Analogamente, la Corte dei conti ha affermato che le ipotesi che costituiscono indebitamento e investimento "*non possono essere che quelle individuate dalla legge, sulla base di un bilanciamento che deve rimanere riservato al Parlamento, in ragione del principio di legalità sostanziale e del principio di autonomia (art. 114 Cost.)*"[81].

Per contro, l'art. 119, comma 6, Cost. è considerato precetto ad applicazione diretta, recante "*un divieto a fattispecie completa, sia pure basato su concetti «indeterminati» (indebitamento ed investimento)*", di talché l'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2002 avrebbe aggiunto "*solo uno speciale apparato sanzionatorio-interpretativo, anche ai fini della responsabilità* […]*, estendendo la nullità agli «atti» di qualunque morfologia, il cui scopo è addivenire alla espansione dell'indebitamento per spesa diversa da investimento*"[82]. Si aggiunge, poi, che il divieto di contrarre indebitamento per finanziare spese diverse dall'investimento, assistito dalla nullità degli atti negoziali, è "*declinazione del principio di sana gestione finanziaria sancito all'art.81, c. 1, della Costituzione*"[83].

In conclusione, dalla giurisprudenza contabile e costituzionale emerge che i divieti e le limitazioni in materia di finanza pubblica possono essere interpretati come norme imperative foriere di nullità (testuale, virtuale o strutturale, a seconda dei casi) ai sensi dell'art. 1418 cod. civ.

4. Conclusioni.

Il percorso compiuto evidenzia la sostanziale eguaglianza dell'autonomia privata dei soggetti privati e quella delle persone giuridiche di diritto pubblico, ivi compresi gli enti locali. Il regime di specialità del diritto pubblico, infatti, interviene attraverso divieti e limitazioni al dispiegarsi dell'autonomia privata che possono essere ricostruiti come norme imperative assistite da nullità (testuali, virtuali o strutturali, a seconda dei casi). L'impiego di contratti atipici soggiace al

[81] Così la C. Conti, SCR Campania, cit. del. n. 96/2020/PAR; v. anche C. Conti, SRC, del. n. 25/CONTR/11 del 16 febbraio 2011.
[82] Così ancora la C. Conti, SCR Campania, cit. del. n. 96/2020/PAR.
[83] C. Conti, SCR Abruzzo, del. 181/2019/PAR; v. anche SCR Campania, del. 1/2017/PRSP.

tipico giudizio di meritevolezza *ex* art. 1322 cod. civ.[84]. Il divieto, per gli enti pubblici e per gli enti locali in particolare, di essere parte in determinati strumenti negoziali non è certo strumento esclusivo del diritto pubblico. Senza scomodare gli esempi estremi dell'impossibilità, per l'ente morale, di contrarre matrimonio, è sufficiente osservare che la legge oggi prescrive particolari requisiti soggettivi per lo svolgimento di determinate attività economiche private, necessariamente assistite dalla sanzione della nullità. Si pensi, per fare un esempio purché sia, all'art. 14 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – TUB), a tenor del quale l'attività bancaria può essere esercitata solamente da soggetti aventi la veste di società per azioni o di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata, con la conseguenza che sono nulli i contratti bancari stipulati dal c.d. "banchiere di fatto"[85]. Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha da tempo precisato che "*l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 1, è più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto*", estendendosi invece anche alle disposizioni che richiedono la presenza o l'assenza di specifiche condizioni oggettive o soggettive, con ciò consentendo, vietando o limitando la stipulazione del contratto[86]. L'imposizione di autorizzazioni e/o iscrizioni ad albi o registri o di particolari moduli procedimentali condiziona la legittimazione alla stipulazione del contratto, ma non per questo si presta a essere ricostruita come una speciale restrizione soggettiva dell'autonomia contrattuale[87], bensì come oggettiva perimetrazione dell'autonomia contrattuale così come avviene per ogni norma imperativa dettata dalla legge.

In questo senso, del resto, si esprimeva già A.M. Sandulli, rilevando che le norme che limitano le attribuzioni di un ente pubblico, escludendo ch'esso possa porre in essere determinati atti negoziali, "vanno considerate come eccezioni a un principio generale e non sono da intendere, in via di principio, come norme destinate a escludere la capacità giuridica dell'ente in ordine ai relativi rapporti e la capacità di agire in ordine ai relativi negozi, bensì piuttosto come mere norme imperative"[88]. Più di recente, anche al fine di "ridimensionare molte delle principali problematiche teoriche che hanno caratterizzato il dibattito e lo studio sull'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni pubbliche" e tra queste "innanzitutto l'annoso problema della natura dell'autonomia negoziale […] che ancora in molti sostengono esser finalisticamente limitata", è stato convincentemente ribadito che le limitazioni poste dal legislatore all'impiego di determinati strumenti privatistici sono "solo quantitativamente (e non già qualitativamente)

---

[84] Cfr. il caso scrutinato dal Giudice tavolare di Trieste, 23 settembre 2005, in *Trusts e att. fiduciaria*, 2006, 83, in cui è stata ritenuta meritevole di tutela la soluzione di istituzione di un Trust per un'operazione di sponsorizzazione nei confronti di un Comune. Cfr. A. LOPEZ, *Il trust come nuovo strumento dell'azione della Pubblica Amministrazione*, in *Trusts e att. fiduciaria*, 2006, 176.

[85] Cass. civ., Sez. I, ord. 28 febbraio 2018, n. 4760.

[86] Così ancora l'ord. Cass. civ., n. 4760 del 2018.

[87] Cfr. E. CASETTA, *Attività amministrativa*, cit.: "gli enti pubblici possono esplicare in modo pieno attività di diritto privato, e che le limitazioni ad essa talora imposte non dai principi generali, ma dal diritto positivo, non vanno intese quali limiti alla loro capacità, ma quali limiti della legittimazione ad agire, aventi (il che rileva ai fini dell'interpretazione della normativa) carattere eccezionale". Sui casi di limitazione amministrativa della capacità di agire della p.A. v. G. CUMIN, *Nuove perplessità sulla capacità di agire delle PP.AA. in ambito negoziale?*, in *Urb. e app.*, 2016, 1191 sgg.

[88] A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, XII^ ed., Napoli, 1982, 656.

dissimili rispetto a quelle poste in essere nei confronti di diverse categorie soggettive nell'ordinamento"[89].

La legittimazione contrattuale dell'ente pubblico è dunque piena, nei limiti della legge, esattamente come ogni altro soggetto di diritto.

Coerente con queste considerazioni è l'assenza di uno specifico vizio di validità di diritto pubblico e l'impraticabilità dell'importazione della dottrina del *nec ultra vires* di origine anglosassone. Al contrario, come si è visto, è ancora la nullità per violazione di norma imperativa a essere la soluzione per gli atti negoziali violativi delle disposizioni di legge in materia di attività di diritto privato della pubblica Amministrazione. Parimenti coerente con questa conclusione è l'assenza di una rigida correlazione biunivoca tra il vizio dell'atto amministrativo propedeutico e il vizio del contratto. Come si è visto, il legislatore ha disciplinato la materia privilegiando gli strumenti che sono ritenuti maggiormente adatti alla protezione dell'interesse pubblico, optando talvolta per l'inefficacia, altra volta per la nullità, altre ancora per l'assenza di "contagio" e, in via generale, rimettendo al Giudice amministrativo la decisione ultimativa.

Quanto ai profili specificamente contabili, se si accetta la premessa che la sottoscrizione di strumenti finanziari derivati s'incornicia in un assetto causale di alea razionale solo se il sottoscrittore ha accesso ad alcune "coordinate fondamentali del rischio" [90], quali il c.d. indicatore *mark to market*, gli scenari probabilistici e i cd. costi occulti[91], un profilo fondamentale che può giustificare la nullità della sottoscrizione di strumenti finanziari derivati è l'impossibilità o quantomeno l'eccessiva difficoltà di prevedere e adeguatamente coprire in bilancio le passività potenziali o ipotetiche[92].

Per altri versi, l'esigenza di maggiore rigore nella gestione della cosa pubblica è stata perseguita attraverso apparati sanzionatori estranei alla sorte dell'atto negoziale e, di

---

[89] A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 399, 401.

[90] Cfr. F. SUCAMELI, *Derivati nulli: la Sezioni unite declinano il contratto dentro il principio dell'accountability e danno luogo ad un caso "Hammersmith" italiano*, in *Questa Rivista*, 2020.

[91] Premessa su cui non si può qui indagare ma che, come noto, non è pacifica ed è stata ampiamente criticata: v. A. TUCCI, *I contratti derivati degli enti locali dopo le Sezioni unite*, in *Giur. It*., 2020, 2407 sgg.; L. DELLA TOMMASINA, *La produzione e la distribuzione di strumenti finanziari (tra servizi di investimento esecutivi, aumenti di capitale senza consulenza e derivati over the counter)*, in *Banca, Borsa, Tit. di credito*, 2021, 294; R. LO CONTE, *La nullità strutturale dei derivati in presenza di costi occulti: tra conferme giurisprudenziali e persistenti dubbi interpretativi*, in *Riv. Trim. Dir. Ec.*, 2023, 1. Per una diversa prospettiva v. M. BARCELLONA, La Cassazione e i derivati: tra pessime argomentazioni e condivisibili conclusioni, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2022, 453: "le conclusioni della Cassazione, sebbene non argomentate nel modo migliore, sembrano tuttavia corrispondere ad un'intuizione sistematica che avverte come irriconoscibili ad opera dell'ordinamento derivati che non enuncino la reale economia dell'operazione in cui vengono coinvolti gli investitori che li sottoscrivono".

[92] Cfr. Corte cost., sent. n. 155 del 2022: La mancata considerazione degli oneri "*vale a rendere la legge costituzionalmente illegittima per mancanza di copertura non soltanto per spese obbligatorie, ma anche se si tratta di oneri solo ipotetici*". In termini generali v. Corte cost., sent. n. 255 del 2022: "*L'art. 19, comma 1, della legge n. 196 del 2009, specificativa del precetto di cui all'art. 81, terzo comma, Cost., prescrive, quale presupposto della copertura finanziaria, la previa quantificazione della spesa, per l'evidente motivo che non può essere assoggettata a copertura un'entità indefinita, unitamente all'indicazione del relativo stanziamento nel bilancio*"; analogamente v. sentt. nn. 17 del 2022, 26 del 2013, 115 e 70 del 2012. In dottrina v. G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in Riv. AIC, 2016/3, 3 sg., 20 sg.; ID., *Corte costituzionale, finanza pubblica e diritti fondamentali*, in *Consulta on-line – Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, sulle "strategie argomentative" e sulle "tecniche di giudizio" della Corte costituzionale di controllo sulla copertura delle spese, spec. 10 sgg.

conseguenza, irrilevanti per la ricostruzione dell'autonomia privata della pubblica Amministrazione, come nel caso dell'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2002.

Né questa ricostruzione può essere ritenuta violativa del principio di legalità dell'azione amministrativa. In termini concreti, va anzitutto osservato che l'attività amministrativa di diritto privato è presidiata da un *corpus* normativo particolarmente ampio (se non ipertrofico[93]), di talché risulta arduo immaginarne l'esercizio in un settore privo di adeguate prescrizioni di legge. È, però, il nodo teorico a interessare maggiormente. Si è visto che l'art. 8 del terzo codice dei contratti pubblici riconosce agli enti pubblici autonomia contrattuale delimitata solo dal divieto espresso di legge. Questa previsione non sollecita dubbi di compatibilità con l'art. 23 della Costituzione e con il principio di legalità e non può essere considerata come una sorta di "norma in bianco" per l'Amministrazione. Come riconosce la giurisprudenza costituzionale, il principio di legalità, canone fondante dello Stato di diritto, richiede che le funzioni amministrative siano organizzate e regolate mediante un atto legislativo, nel rispetto del riparto di competenze fissato dall'art. 117 Cost. e nel rispetto dei princìpi di dislocazione delle funzioni amministrative sanciti dall'art. 118 Cost.[94]. Rispettata questa condizione, la disponibilità, in condizioni di parità con i soggetti di diritto privato, dei moduli d'azione dei rapporti civili non comporta di per sé un pregiudizio nei confronti della platea dei consociati che debba essere specificamente autorizzato dalla legge, né lascia l'Amministrazione priva di criteri orientativi della sua attività.

In proposito il Consiglio di Stato ha recentemente osservato che il principio di legalità sostanziale non consente l'assoluta indeterminatezza del potere conferito all'autorità amministrativa né si accontenta che l'impiego del potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore. Nondimeno, non sono legittimi i soli poteri il cui uso è rigidamente vincolato in ogni loro aspetto, "*in ragione dell'impossibilità per il legislatore di prevedere e valutare a priori ogni possibile sviluppo ed implicazione o riflesso tanto per l'interesse pubblico perseguito, quanto per gli interessi pubblici e privati eventualmente coinvolti dall'esercizio di un determinato potere*"[95]. Di conseguenza - prosegue la pronuncia - è legittimo per il legislatore riconoscere all'Amministrazione "*margini di operatività, più o meno ampi, idonei a consentire una corretta calibrazione del potere esercitato in base alle peculiarità del caso concreto, nell'ottica del migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico da perseguire*", con ciò rimettendo all'Amministrazione "*una certa discrezionalità in relazione a quei profili dell'esercizio del potere (ed ossia l'*an*, il* quid*, il* quomodo*, il* quando*)*", onde determinarsi caso per caso. L'impiego di uno strumento privatistico non vietato, dunque, ricade per l'appunto nell'ambito che può legittimamente essere rimesso alla valutazione concreta dell'Amministrazione pubblica. Legittimamente istituita la funzione pubblica, l'opzione per uno strumento di diritto privato non vietato non è dunque in conflitto con il principio di legalità

[93] È "l'insensata inflazione legislativa" di cui parla R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino , 1994, ed. inf. Sull'intervento regolativo del legislatore v. A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, cit., 393 sgg.

[94] Corte cost., sent. n. 189 del 2021; sent. n. 115 del 2011; per un approfondimento v. M. LUCIANI, *Lo Stato di diritto, una prospettiva di diritto comparato – Italia*, Studio EPRS | Servizio Ricerca del Parlamento europeo, 2023, disponibile sul sito internet
https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2023)745682.

[95] Cons. Stato, Sez. VII, sent. 3 maggio 2023, n. 4512.

sostanziale[96], risultando neutrale rispetto alla determinazione positiva del contenuto del potere amministrativo.

[96] Sul principio di legalità sostanziale (anche come "regola sulla legislazione") v. ancora R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit.; nonché più di recente G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatuali*, Torino, 2019, 66 sg. V. S. VALAGUZZA, *Società miste*, cit., 103: "*In questo senso ci pare vi sia da distinguere tra finalizzazione, per indicare il rispetto dei parametri pubblicisti nella fase preliminare alla manifestazione negoziale, e funzionalizzazione, in virtù della quale parte della dottrina inserisce i predetti parametri pubblicistici all'interno della vicenda negoziale*".

LA MAGMATICITÀ DEGLI "SCUDI" DELLA RESPONSABILITÀ DEI FUNZIONARI PUBBLICI: LA FRAGILITÀ DELL'ABUSO D'UFFICIO E LA CHIMERA DELLA TEMPORANEITÀ DELLO "SCUDO ERARIALE"[1]

di Emanuela Andreis Dottoranda in Diritti e Istituzioni
Università degli Studi di Torino

SOMMARIO

1. La limitazione della responsabilità penale ed erariale dei funzionari pubblici nel Decreto "Semplificazioni"
2. Criticità
   2.1. Il fine giustifica il mezzo? Il Decreto Semplificazioni "salvo intese" e la sentenza della Corte costituzionale n. 8 del 2022.
   2.2. La riforma dell'abuso d'ufficio: l'inarrestabile tensione tra legislatore e giurisprudenza.
   2.3 L'attenuazione - temporanea? - della responsabilità erariale
3. Considerazioni conclusive in tema di burocrazia difensiva ed eventuali antidoti alternativi.

ABSTRACT

Il contributo esamina congiuntamente i due "scudi" della responsabilità – penale ed erariale - dei funzionari pubblici introdotti con il cd. "Decreto Semplificazioni", approfondendo le ragioni della loro introduzione e le criticità emerse a distanza di tre anni per coglierne i punti di contatto.
Se da un lato lo scudo penale – la riforma dell'abuso d'ufficio – si proponeva, nelle intenzioni del legislatore dell'emergenza da Covid-19, quale intervento definitivo, da altro lato lo scudo erariale – la limitazione dell'elemento soggettivo al dolo, con l'esclusione della colpa grave, negli illeciti erariali commissivi – è stata introdotta come misura temporanea. Eppure, a distanza di tre anni da tali interventi, si assiste ad una inarrestabile tensione tra legislatore e giurisprudenza e a molteplici disegni di legge che propongono la riformulazione o la definitiva abrogazione dell'abuso d'ufficio. Per quanto concerne il versante amministrativo-contabile, le tre proroghe che già si sono susseguite fanno legittimamente dubitare (non senza perplessità) della temporaneità dello scudo erariale.
Il contributo evidenzia inoltre il cambio di paradigma da una de-responsabilizzazione degli amministratori alla contestuale opposta responsabilizzazione degli amministrati, prospetta eventuali antidoti alternativi al fenomeno della cd. "burocrazia difensiva" e auspica una più sinergica integrazione tra i due settori dell'ordinamento, quello amministrativo e penale, nei contesti in cui essi vengono inevitabilmente a sovrapporsi.

The contribution jointly examines the two 'shields' of liability - criminal and administrative-accounting - of public officials introduced with the so-called 'Simplification Decree', analyzing the reasons for their introduction and the criticalities that have emerged after three years to grasp their points of contact.
If, on the one hand, the criminal shield - the reform of abuse of office - was intended, in the aim of the legislator during the Covid-19 emergency, as a definitive intervention, on the other hand, the administrative-accounting shield - the limitation of the subjective element to wilful misconduct, with the exclusion of gross negligence, in the commission of administrative-accounting offences - was introduced as a temporary measure. Yet three years after these interventions, we witness an unrelenting tension between legislature and jurisprudence and multiple bills proposing the reformulation or definitive

[1] Articolo sottoposto a referaggio a doppio cieco secondo la procedura pubblicata sul sito www.dirittoeconti.it

repeal of abuse of office. As regards the administrative-accounting side, the three extensions that have already followed each other make legitimately doubt (not without perplexity) the temporariness of the administrative-accounting shield.
The contribution also highlights the paradigm shift from a de-accountability of administrators to the opposite accountability of those who are administered, proposes possible alternative antidotes to the phenomenon of the so-called 'defensive bureaucracy' and advocates a more synergic integration between the two sectors of the legal system, the administrative and the criminal, in the contexts in which they inevitably overlap.

1. La limitazione della responsabilità penale ed erariale dei funzionari pubblici nel Decreto "Semplificazioni"

L'inedita situazione emergenziale che ha colpito il nostro Paese dai primi mesi del 2020 ha imposto l'adozione di una serie di provvedimenti che hanno comportato un inevitabile bilanciamento tra contrapposti diritti, anche fondamentali, e principi del nostro ordinamento.

L'alluvionale ed eterogeneo susseguirsi di interventi legislativi ha per un verso determinato un fenomeno di espansione degli spazi presidiati dal diritto penale[2], suscitando anche forti tensioni rispetto alla compatibilità con il principio di legalità[3]; per altro verso si è registrata una parallela ed opposta esigenza di contrazione della responsabilità di quei soggetti maggiormente coinvolti dalla situazione emergenziale, sia nella quotidiana lotta al virus[4], sia nella ripartenza del Paese.

---

[2] Sul cosiddetto "diritto penale pandemico", si vedano, tra gli altri: M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, pp. 504-542; V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura,* in *Archivio penale*, 1/2020, pp. 133-139; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive"*, in *Sistema penale*, 24 aprile 2020; C. RUGA RIVA, *Il D.L. 25 marzo 2020, n. 19, recante «misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Codiv-19»: verso una "normalizzazione" del diritto penale dell'emergenza?, in La Legislazione penale, 4/2020;* A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in *Diritto penale e processo*, 2020, pp. 441-451; G. PICCO, *Le sanzioni per l'inosservanza delle misure di contenimento del Covid-19: prime osservazioni,* in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, pp. 535-545; G. PIGHI, *La trasgressione delle misure per contrastare il "coronavirus": tra problema grave e norma penale simbolica,* in *La legislazione penale*, 3/2020; M. BIASI, F. FERRARO, D. GRIECO, S. ZIRULIA (a cura di), *L'emergenza covid nel quadro giuridico, economico e sociale. Quattro chiavi di lettura: distanza, disuguaglianza, comunicazione, responsabilità, Atti del II Convegno annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"* 15-18 marzo 2021 , 2021.

[3] In tema D. CANGEMI, *Principi costituzionali e regime sanzionatorio alla luce della recente legislazione in materia di Covid-19 (parte I)*, in *La Giustizia Penale*, 5/2020, pp. 138-160; R. BARTOLI, *Legalità e coronavirus: l'allocazione del potere punitivo e i cortocircuiti della democrazia costituzionale durante l'emergenza,* in *Osservatorio sulle fonti,* 2020; G. BATTARINO, *Decreto-legge "COVID-19", sistemi di risposta all'emergenza, equilibrio costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 1 marzo 2020; G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistema Penale*, 16 marzo 2020.

[4] Sull'esigenza di introdurre forme di limitazione della responsabilità degli operatori sanitari, cfr., tra gli altri: C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema penale*, 30 marzo 2020; M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *La Legislazione penale*, 6/2020, 3; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario,* in *Diritto penale e processo, 7/2020,* pp. 887-895*;* A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza "Covid-19": note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale, in La Legislazione penale, 5/2020, 3;* G. AMATO, *Scudo penale per i vaccinatori che somministrano le dosi (D.L. 1. aprile 2021 n. 44)* in *Guida al Diritto*, 16/2021, pp. 47-50*;* C. ZANNOTTI, *Covid e diritto penale: brevi note sullo "scudo penale" per i sanitari*, in *Il*

Sono così state introdotte significative forme di limitazione della responsabilità[5] che hanno circoscritto fattispecie ritenute troppo ampie, ristretto il controllo amministrativo contabile sia pure per periodi limitati nel tempo e introdotto eccezionali cause di non punibilità per proteggere quei soggetti coinvolti in prima linea nella lotta alla pandemia[6]. Tali interventi hanno trovato giustificazione comune nella necessità di risolvere o prevenire fenomeni per così dire "difensivi": come si è cercato di limitare la responsabilità degli amministratori pubblici per superare la cosiddetta "burocrazia difensiva"[7], così è stato previsto uno "scudo penale" per evitare il ripresentarsi di fenomeni di "medicina difensiva"[8].

Foro italiano, 6/2021, 5, pp. 157-162; *A. MASSARO, Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino antiSARS-CoV-2: gli "anticorpi" dei principi generali in materia di colpa penale, in Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario, 3/2021,* pp. 683-703; F. PICCIONI, *La limitazione della responsabilità penale in ambito sanitario,* in *Sanità Pubblica e Privata*, 4/2021, pp. 36-39; R. BATTISTONI, *Responsabilità penale medica ed emergenza Covid: le norme a tutela del personale sanitario*, in *Studium iuris*, 1/2022, pp. 1-12.

[5] Analizza le proposte di diverse norme-scudo nel periodo emergenziale volte a limitare la responsabilità di diversi soggetti (datori di lavoro, dirigenti scolastici, personale sanitario, vaccinatori) E. PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico, in Diritto penale contemporaneo, 1/2021,* pp. 16-37.

[6] Il decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44 ha inciso in due direzioni. L'articolo 3 ha previsto un'ipotesi di esclusione della punibilità del personale sanitario addetto alla vaccinazione per i delitti di omicidio e lesioni personali colposi che trovano causa nella somministrazione del vaccino, a condizione che l'uso dello stesso risulti conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio e alle circolari ministeriali in materia. Anche in questo caso per scongiurare il rischio della "medicina difensiva" che avrebbe potuto incentivare il personale sanitario ad astenersi dal somministrare il vaccino per il timore di incorrere in responsabilità penale, così come per incidere sulla "burocrazia difensiva", il legislatore ha adottato la medesima strategia di contrazione delle relative responsabilità.
Di più ampio respiro invece l'art. 3 bis, introdotto dalla legge di conversione (legge 28 maggio 2021, n. 76) e qualificato come "scudo penale". La norma ha previsto una limitazione della responsabilità penale ai casi di colpa grave per tutti gli esercenti una professione sanitaria durante lo stato di emergenza da Covid-19 per i fatti di omicidio e lesioni causalmente riconducibili proprio al contesto emergenziale. In tale contesto sono stati disposti alcuni parametri, seppur non esaustivi, di valutazione del grado della colpa. Possono in particolare concorrere ad escludere la gravità della colpa: la limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2, la scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, il minore grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza.

[7] Con il termine "burocrazia difensiva" si intende quel fenomeno per cui i pubblici funzionari si astengono dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative o restando inerti per il timore di incorrere in responsabilità, soprattutto penale o erariale. In argomento A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio,* in *La Legislazione penale*, 2020, n. 12.

[8] Per un parallelismo tra medicina difensiva e burocrazia difensiva si veda C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio,* in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.,* (a cura di) B. ROMANO, A. MARANDOLA, Wolters Kluwer, CEDAM, 2020, pag. 291. Sui riflessi della modifica della responsabilità amministrativa sull'esercente una professione sanitaria, assoggettato alla giurisdizione della Corte dei conti, cfr. R. TUZZI, *La medico-crazia difensiva: un confronto tra medicina e burocrazia difensiva alla luce dell'art. 21 del d.l. 76/2020*, in *Federalismi*, 28/2021, pp. 140-160. Inoltre, sulla responsabilità amministrativa dell'esercente la professione medica alle dipendenze di una struttura sanitaria pubblica, anche a seguito delle modifiche introdotte dal Decreto Semplificazioni, E. FRATTO ROSI GRIPPAUDO, *La responsabilità erariale dell'esercente la professione sanitaria, in Federalismi, 21/2021,* pp. 83-112.

Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, presentato con il motto "funzionari pubblici: basta paura, conviene sbloccare"[9], ha avviato una piccola rivoluzione sul versante della responsabilità erariale[10] e penale degli amministratori pubblici.

Tale provvedimento contiene una serie di interventi di natura eterogenea volti a fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica con misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione tecnologica[11], che hanno coinvolto, tra gli altri, il codice degli appalti (nella ormai previgente formulazione)[12], il T.U. edilizia[13] e la legge sul procedimento amministrativo[14]. Da ciò la denominazione "Decreto Semplificazioni", in quanto la *ratio* che ha permeato tale intervento è stata l'esigenza di snellire l'attività amministrativa, da sempre avvertita e quanto mai amplificata dalla situazione emergenziale e dalla conseguente necessità di "ripresa e resilienza".

Come è noto, l'art. 21 è intervenuto sulla responsabilità dei soggetti sottoposti al controllo della Corte dei conti modificando l'art.1, comma 1, della l. n. 20 del 1994, in due direzioni.

In primo luogo, è stato espressamente imposto un nuovo e più gravoso onere della prova a carico del P.M. contabile, che rende ora particolarmente difficile il pieno accertamento della responsabilità erariale del pubblico funzionario: è infatti richiesta la "dimostrazione della volontà dell'evento dannoso", superando l'orientamento giurisprudenziale della Corte dei conti

[9] Tale affermazione è comparsa nel titolo della slide utilizzata dal Presidente Conte nella conferenza stampa di presentazione del Decreto.

[10] Di diverso avviso A. Benigni, che almeno per il profilo dell'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa ritiene che la riforma "sia stata molto più apparente che reale". Così A. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata,* in *Rivista della Corte dei conti*, 5/2020.

[11] Si tratta, come affermato nel comunicato stampa diffuso dopo l'approvazione del Decreto, di un "intervento organico volto alla semplificazione dei procedimenti amministrativi, all'eliminazione e alla velocizzazione di adempimenti burocratici, alla digitalizzazione della pubblica amministrazione, al sostegno all'economia verde e all'attività di impresa. Il decreto interviene, in particolare, in quattro ambiti principali: semplificazioni in materia di contratti pubblici ed edilizia, semplificazioni procedimentali e responsabilità, misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione dell'amministrazione digitale, semplificazioni in materia di attività di impresa, ambiente e green economy".

[12] Esaminano la disciplina emergenziale degli appalti pubblici in chiave critica, anche sotto il profilo della compatibilità con le regole europee e con la CEDU, S. FOA' – M. RICCIARDO CALDERARO, *Gli appalti pubblici e la pandemia: criticità del sistema degli affidamenti e del contenzioso,* in *Gestione nazionale della pandemia, misure giuridiche tra Costituzione e Cedu. Profili critici.,* (a cura di) S. FOA' e A. CAMAIANI , 2022. Sulle modifiche introdotte dal d.l. Semplificazioni in tema di appalti si veda, tra gli altri, S. USAI, *Le procedure sotto soglia nella legge di conversione del d.l. 76/2020,* in *Appalti e Contratti*, 9/2020, pp. 10-20; C. DI MARZIO, *Il decreto semplificazioni e gli appalti pubblici,* in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana,* 1-2/2021, 2, pp. 59-92; F. GAFFURI, *La disciplina degli appalti pubblici dopo il "Decreto Semplificazioni",* in *Giurisprudenza Italiana*, 5/2021, pp. 1243-1257.

[13] In tema G. RIZZI, *Decreto Semplificazioni 2020 e modifiche al Testo unico in materia edilizia*, in *Notariato*, 6/2020, pp. 582-598

[14] *Ex multis* F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato",* in *Federalismi*, 36/2020, pp. 33-70; M. TRIMARCHI, *Note sul preavviso di rigetto dopo la legge n. 120 del 2020*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2/2022; M. RICCIARDO CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa,* in *Federalismi,* n. 11/22; M. CALABRO', *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8-bis della L. n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso: primi passi nell'ottica della certezza del diritto,* in *ambientediritto.it*, 1/2021, pp. 103-125.

che riteneva la necessità di dimostrare il dolo unicamente con riguardo alla condotta e non all'evento[15].

In secondo luogo, è stato introdotto un regime – seppur, dichiaratamente, transitorio[16] – che circoscrive il campo applicativo della responsabilità erariale ai soli danni "dolosamente voluti" e cagionati da "condotte attive", con la conseguenza che il pubblico agente non è più chiamato a rispondere per colpa grave nel caso di condotta attiva. La limitazione di responsabilità, precisa la norma, non si applica invece ai danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente, che continuerà a rispondere sia a titolo di dolo, sia di colpa grave. Sono dunque previsti "più rischi per il funzionario che tiene fermi procedimenti e opere, non per quello che li sblocca"[17].

L'art. 23 ha invece apportato significative modifiche alla fattispecie dell'abuso di ufficio disciplinata all'art. 323 c.p., delimitandone ulteriormente i più volte ritoccati confini. Con il fine di escludere definitivamente il rischio dell'invasione del sindacato penale nell'attività amministrativa, il legislatore ha modificato la prima condotta descritta dalla fattispecie, sostituendo la violazione di "norme di legge o di regolamento" con quella di "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità".

Come è noto, la responsabilità penale dei funzionari pubblici differisce da quella amministrativo-contabile per natura, presupposti, ambito di applicazione e modalità di accertamento. Ciò nonostante, è opportuno esaminare congiuntamente gli interventi introdotti con il Decreto Semplificazioni del 2020 in quanto adottati nel comune intento di fornire ai funzionari pubblici degli scudi che gli permettano di difendersi dal rischio di incorrere in tali responsabilità per vincere la "paura della firma" che in qualche modo ingenera quel "problema vecchio e permanente ma, al tempo stesso nuovo e urgente"[18] della burocrazia difensiva.

L'esame congiunto dei due "scudi" appare particolarmente utile per coglierne analogie e differenze sia nel momento istitutivo che nella loro evoluzione. Ed infatti, mentre la deresponsabilizzazione sul piano amministrativo contabile è stata introdotta dal legislatore emergenziale come una "riforma a tempo", a differenza della modifica dell'abuso di ufficio che si proponeva come definitiva, ora, a distanza di tre anni, è lecito dubitare della temporaneità del primo intervento, tenuto conto delle tre proroghe che già si sono susseguite e che hanno da

---

[15]Si tratta del cosiddetto "dolo contrattuale o *in adimplendo*", che in una concezione civilistico-contrattuale si riferisce ad un comportamento consapevole di omissione di una prestazione dovuta in violazione dei principi che regolano l'esercizio dell'attività amministrativa, senza che sia rilevante a tal fine la consapevolezza del danno cagionato dalla condotta. Così Corte conti, sez. Sardegna, 18 novembre 2014, n. 229. Di orientamento contrario invece l'indirizzo, poi cristallizzato dal Decreto Semplificazioni, che già da tempo richiede la volontà dell'evento dannoso, oltre alla consapevolezza della condotta: è il cosiddetto "dolo erariale". Così Corte conti, sez. Lombardia, 8 gennaio 2015, n. 1; *id*., 10 febbraio 2015, n. 18; *id*., 10 febbraio 2015, n. 19; *id*., 20 febbraio 2015, n. 26.

[16] La limitazione temporale inizialmente prevista dall'art. 21 del d.l. n. 76/2020 per i fatti commessi dalla data di entrata in vigore del decreto-legge e fino al 31 luglio 2021, è stata estesa in sede di conversione, con legge n. 120/2020, al 31 dicembre 2021, poi prorogata, con d.l. 77/2021, convertito con legge n. 108/2021, art. 51, co. I, lett. h), al 30 giugno 2023, e da ultimo ulteriormente estesa al 30 giugno 2024 con d.l. n. 44/2023 (c.d. "Decreto PA"), convertito con legge n. 74/2023, art. 1 comma 12- *quinquies*.

[17] Tale affermazione è comparsa nella slide utilizzata dal Presidente Conte nella conferenza stampa di presentazione del Decreto Semplificazioni per introdurre l'allentamento della responsabilità dei funzionari pubblici.

[18] Così AA.VV., "*Burocrazia difensiva": cause, indicatori e rimedi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4/2021, pp. 1295 ss.

ultimo fissato il termine al 30 giugno 2024, così come sono evidenti le perplessità circa la stabilità della richiamata fattispecie penale, stanti i numerosi disegni di legge che ne hanno proposto ulteriore revisione o definitiva abrogazione.

2. Criticità

2.1. Il fine giustifica il mezzo? Il Decreto Semplificazioni ("salvo intese") e la sentenza della Corte costituzionale n. 8 del 2022

Per incidere su tali responsabilità è stato utilizzato un decreto-legge, eterogeneo nelle sue disposizioni, emanato in assenza di un accordo tra le forze di maggioranza e all'interno del Consiglio dei ministri, con la formula "salvo intese".

La scelta di tale strumento impone riflessioni in merito alla legittimità costituzionale, con particolare riferimento all'art. 77 Cost.

Questo, in primo luogo, per la riforma dell'abuso d'ufficio, che comporta verifiche sul rispetto del principio di legalità e di riserva di legge in materia penale. Il tema evidenzia – ancora una volta – il progressivo declino del monopolio delle scelte politico-criminali affidato ex art. 25, co. 2 Cost. al Parlamento, a favore di un – forse eccessivo – ricorso alla decretazione d'urgenza[19], che desta quanto meno preoccupazioni nella ormai frequente prassi dell'approvazione di riforme "salvo intese".

Tale formula si riferisce ad un fenomeno dalle origini risalenti, la cui dubbia legittimità costituzionale è stata in più occasioni evidenziata[20]. In tempi recenti tale modalità ha trovato ampia applicazione, disvelando le potenzialità distorsive dell'attività normativa dell'esecutivo ove in sede di Consiglio dei ministri si raggiunga soltanto un accordo politico di principio sullo schema di un provvedimento, non tradotto in disposizioni normative, lasciando avvolta nell'opacità la fase istruttoria successiva volta alla stesura del testo definitivo, che può così essere perfezionato senza un'ulteriore deliberazione dell'organo collegiale.

Oltre all'"invisibilità del Parlamento" nell'adozione dei decreti-legge, nel procedimento "salvo intese" è marginalizzato anche il ruolo del Consiglio dei ministri, e, come è stato

[19] Da ultimo, il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 aveva introdotto l'art. 434 bis c.p., che puniva la condotta di invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica. A seguito delle ampie critiche sollevate, la fattispecie è stata tuttavia emendata con la legge di conversione (L. 30 dicembre 2022, n. 199) che ne ha assegnato nuova collocazione all'art. 633 bis c.p.. La norma originariamente introdotta è stata definita "una norma-bandiera, identitaria, che voleva far capire ai disobbedienti che la festa era finita, o che la musica era cambiata": così C. RUGA RIVA, *Indietro (quasi) tutta. Sulla nuova fattispecie di invasione di terreni o edifici altrui pericolosa per la salute o incolumità pubblica,* in *Sistema Penale*, 10 gennaio 2023. Sul punto si veda anche C. RUGA RIVA, *La festa è finita. Prime osservazioni sulla fattispecie che incrimina i "rave party" (e molto altro),* in *Sistema Penale,* 3 novembre 2022; D. PULITANO', *Penale party. L'avvio della nuova legislatura,* in *Giurisprudenza Penale Web,* 11/2022. Il 7 dicembre 2022 la Commissione Giustizia del Senato ha approvato l'emendamento che ne riscrive il testo e.

[20] Analizzano il fenomeno del frequente ricorso alle delibere dell'esecutivo "salvo intese", evidenziandone i profili di dubbia legittimità costituzionale, A. DI CHIARA, *Due prassi costituzionalmente discutibili: delibere del Governo "salvo intese" e pubblicazione tardiva dei decreti legge*, n. 1/2019, in *Osservatorio sulle fonti,* ed A. MARCHETTI, *Il procedimento governativo di approvazione dei decreti legge tra regole formali e prassi: il* requiem *della collegialità ministeriale,* in *Osservatorio sulle fonti,* fasc. 3/2016, 23 e ss.

autorevolmente affermato, questo impone particolari riflessioni, soprattutto se oggetto degli interventi sono disposizioni del Codice penale[21].

Nel caso di specie, parrebbe quasi una de-responsabilizzazione della de-responsabilizzazione: l'approvazione dei decreti "salvo intese" "deresponsabilizza il Consiglio dei ministri"[22] e ciò è quanto meno peculiare se oggetto di tali interventi è una limitazione della responsabilità di altri soggetti volti al perseguimento di interessi pubblici.

Analoghe considerazioni sulla legittimità costituzionale possono svolgersi con riferimento alla limitazione della responsabilità erariale, se si considera l'art. 21 del decreto semplificazioni un intervento normativo risolutivo di un contrasto giurisprudenziale, adottato attraverso lo strumento del decreto-legge[23]. Ciò soprattutto se si ritiene tale intervento di interpretazione autentica, anche se non è stato così espressamente denominato dal legislatore dell'emergenza. Come è stato osservato[24], difetterebbe infatti il requisito dell'urgenza, stante il lasso temporale di oltre venti anni dalla legge n. 20 del 1994 all'intervento riformatore del 2020; quello della necessità, per la volontà di attuare un indirizzo governativo volto alla contrazione delle responsabilità dei funzionari pubblici sotto duplice profilo nell'ottica della semplificazione e accelerazione dell'azione amministrativa; quello della straordinarietà, essendo l'orientamento giurisprudenziale del dolo civilistico piuttosto radicato nella giurisprudenza contabile.

Non a caso, questioni di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 77 Cost.[25] sono state sollevate, anche se con riferimento alla sola responsabilità penale (art. 23, co. 1 d.l. 76/2020), ma con riflessioni che possono essere tenute in considerazione anche per quella erariale.

Le censure hanno avuto riguardo alla totale estraneità della riforma della fattispecie di abuso d'ufficio dalle altre disposizioni contenute nel medesimo decreto-legge oltre che dalle ragioni giustificatrici della normativa adottata in via d'urgenza dal Governo, che, si rammenta, erano legate alla necessità di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da Covid-19. È stata inoltre censurata l'assenza del presupposto della straordinaria necessità ed urgenza, tenuto conto anche dell'asserita assenza di ricadute delle singole vicende penali sul piano della semplificazione amministrativa.

La Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 8 del 18 gennaio 2022[26].

---

[21] In tema G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?),* in *Sistema Penale*, 17 luglio 2020.

[22] Così il Prof. Francesco Clementi nell'intervista a *Il dubbio* del 9 luglio 2020.

[23] La finalità di superare tale orientamento giurisprudenziale emerge chiaramente nella relazione illustrativa al d.l. n. 76/2020, dove all'art. 21 si legge: "in materia di responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, la norma chiarisce che il dolo va riferito all'evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica, come invece risulta da alcuni orientamenti della giurisprudenza contabile che hanno ritenuto raggiunta la prova del dolo inteso come dolo del singolo atto compiuto".

[24] Sul punto si veda L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "Decreto Semplificazioni")*, in *Federalismi,* n. 30/2020, pp. 7 ss.

[25] Nel paragrafo successivo saranno analizzate le ulteriori questioni di legittimità costituzionale sollevate.

[26] Corte cost. 19 gennaio 2022, n. 8, in *Cass. Pen*., 2022, n. 3, pp. 1025 ss., con nota di E. APRILE, *Questioni di legittimità costituzionale in tema di abuso di ufficio*. Annotano la sentenza altresì i contributi di F. MERUSI, *La Corte fra residui risorgimentali e limiti all'efficienza della Pubblica Amministrazione causa dal giudice penale,* in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, n. 1, pp. 88 ss.*;* G. AMATO, *Una norma di difficile applicazione che non è uno 'scudo burocratico' ([Commento a sentenza] Corte costituzionale, 25 novembre 2021-18 gennaio 2022 n.*

Con riferimento al profilo procedimentale della riforma dell'abuso d'ufficio, la Corte ha ritenuto la censura di violazione dell'art. 77 Cost. ammissibile, ma non fondata, superando dunque le perplessità che erano state sollevate da numerosi e autorevoli Autori sin dall'entrata in vigore della riforma. La pronuncia ha infatti escluso che la norma censurata fosse eccentrica ed assolutamente avulsa per materia e finalità rispetto al decreto-legge in cui è inserita, composto sì da norme eterogenee, ma tutte accomunate dall'obiettivo di promuovere la ripresa economica del Paese dopo il blocco delle attività produttive a causa dell'emergenza pandemica.

La *ratio* alla base di tale riforma risulta che una più puntuale delimitazione delle responsabilità degli amministratori pubblici sia funzionale alla ripresa di un Paese fortemente martoriato dalle ricadute economiche e sociali di una emergenza sanitaria senza precedenti, posto che la c.d. "paura della firma" e la "burocrazia difensiva" si tradurrebbero in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente. Inoltre, la Corte ha escluso la mancanza di requisiti di straordinaria necessità ed urgenza, che deriverebbero proprio dall'emergenza epidemiologica e dalla necessità di far ripartire celermente il Paese dopo il prolungato blocco imposto per fronteggiare la pandemia.

Anche in altre occasioni la Corte costituzionale aveva "salvato" la fattispecie di abuso d'ufficio, seppur per ragioni differenti. Già con sentenza n. 7 del 4 febbraio 1965, era stata ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 25, secondo comma, e 3 della Costituzione. Dopo la profonda riformulazione del 1997 (cfr. par. successivo), la sentenza n. 447 del 15-28 dicembre 1998 aveva ritenuto inammissibili le questioni sotto i profili dell'art. 3 e dell'art. 97 della Costituzione e manifestamente infondata quella in riferimento all'art. 79 Cost.

Tuttavia, permangono le seguenti perplessità a seguito della pronuncia del 2022. Afferma la Corte che la modifica non sarebbe "una monade isolata", in quanto abbinata a disposizioni volte a tranquillizzare i pubblici amministratori anche riguardo alla responsabilità erariale. Eppure, il parallelismo stride un po'. Ciò già solo perché la modifica introdotta sul piano erariale è una forma di limitazione della responsabilità per un periodo di tempo definito, il cui *countdown* è già iniziato (anche se è più volte ripartito, stante le tre proroghe già intervenute), a differenza di quella penale che - quanto meno sulla carta (tenuto conto delle molteplici proposte di riforma avanzate, dei numerosi dubbi sollevati dalla dottrina, ma anche dalla giurisprudenza, come si dirà) – si proponeva di essere definitiva.

Permangono inoltre dubbi sul rispetto del principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" sacrificato per snellire l'azione amministrativa. E, ancora, sull'adeguatezza di entrambe le riforme rispetto all'obiettivo perseguito di rimediare alla burocrazia difensiva per la ripartenza

---

8), in *Guida al Diritto*, 4/2022, pp. 96-101; S. BATTINI, *Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato,* in *Giornale di diritto amministrativo,* 2022, n. 4, pp. 494 ss.; E. PENCO, *Costituzionalmente legittima la ri-formulazione della fattispecie di abuso d'ufficio operata dal c.d. "decreto semplificazioni",* in *Diritto penale e processo*, 2022, n. 4, pp. 457 ss.; C. PAGELLA, *La riforma del delitto di abuso d'ufficio passa, indenne, al vaglio della Corte costituzionale,* in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni,* 3/2022; F. BALLESI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 8/2022 sul reato di abuso d'ufficio, come modificato dall'art. 23 DL 76/2020: verso il tramonto del principio "nullum crimen, nulla poena sine lege"?,* in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 3; A. LUBERTI, *La Corte Costituzionale interviene sull'abuso d'ufficio,* in *Questa Rivista*, 25 gennaio 2022.

necessaria ai fini della ricostruzione di un Paese afflitto dalle tragiche conseguenze di una pandemia senza precedenti.

2.2. La riforma dell'abuso d'ufficio: l'inarrestabile tensione tra legislatore e giurisprudenza

La riforma dell'art. 323 c.p. si inscrive nel più ampio contesto del controllo del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa, tema magmatico in cui confluiscono politica, amministrazione e giustizia[27], in cui penetra il diritto amministrativo ed il rapporto tra illegittimità amministrativa e illiceità penale sembra confondersi. È una questione dalle radici lontane ma evidentemente ancora attuale, che concerne un tema fondamentale per uno Stato di diritto. Si tratta del delicato bilanciamento di due poli antitetici: da un lato l'esigenza che sia preservata l'area tradizionalmente riservata alla discrezionalità della pubblica amministrazione, da altro lato la necessità di assicurare una efficace tutela della legalità e dell'imparzialità dell'azione amministrativa.

È la storia della continua ricerca di un baricentro, per garantire che i funzionari rispondano degli illeciti commessi nell'esercizio delle loro funzioni, ma al contempo che il controllo penale sulla loro attività rimanga entro confini compatibili con il principio della separazione dei poteri.

Nella ricerca di tale – instabile – equilibrio, si assiste ad una inarrestabile tensione tra i tentativi del legislatore di circoscrivere i confini della fattispecie, cui reagisce la giurisprudenza ampliandone i perimetri applicativi, fino a che non interviene una nuova riforma per placare la tendenza espansiva del diritto vivente, e così via[28]. Ai numerosi tentativi del legislatore di limitare - sino ad espressamente escludere - il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, la giurisprudenza ha reagito escogitando soluzioni interpretative volte a riappropriarsi dei poteri sottratti[29].

Ben si comprende perché la fattispecie di abuso di ufficio è stata associata all'immagine dell'uroboro, leggendario serpente che si morde la coda formando un cerchio senza inizio né fine, eletto da Nietzsche a simbolo dell'eterno ritorno[30]. Allo stato attuale sono infatti quattro – cinque se si considera il ritocco delle forbici edittali dovuto alla cd. riforma Severino – le

---

[27] Sul punto si veda S. BATTINI, *Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato, cit.*

[28] In tema G. BOTTINO, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della "burocrazia difensiva": la responsabilità penale per "abuso d'ufficio" come paradigma,* in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni,* 2/2022, pp. 241-274. L'Autore esamina le conseguenze del conflitto tra legislatore e giurisprudenza sulle scelte decisionali degli amministratori e funzionari pubblici attraverso la metafora dell'"asino di Buridano", "l'animale stanco ed affamato posto esattamente alla stessa distanza tra due mucchi di fieno con i quali nutrirsi, che non sapendo quale dei due scegliere ed ove dirigersi, resta fermo nel mezzo, e ivi muore per gli stenti". I funzionari pubblici, si trovano così "nel mezzo", tra il legislatore e la giurisprudenza penale sulla fattispecie di abuso d'ufficio, tra il "decidere di non decidere", di rimanere inerti, o di adottare soltanto le scelte in grado di metterli in più possibile al riparo dalle imputazioni di abuso d'ufficio.

[29] Il complesso rapporto tra la formulazione normativa dell'abuso d'ufficio e la sua interpretazione giurisprudenziale è stato efficacemente descritto come "un gioco di Sumo tra due giganti", la cui partita non sembra ancora essersi chiusa. Così M. PELISSERO, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 5/2023, pp. 613-619.

[30] Così A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza, in Diritto penale contemporaneo,* 1/2021, pp. 75-89.

formulazioni che dal 1930 hanno interessato la fattispecie, ma, come si dirà, sembra non aver ancora trovato la conformazione definitiva o è addirittura destinata a scomparire.

Ripercorrendo brevemente la travagliata vicenda normativa e giurisprudenziale dell'abuso d'ufficio, la primitiva versione del Codice penale del 1930 puniva il cosiddetto "abuso innominato" del pubblico ufficiale che, "abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette[sse], per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge". Era all'epoca una figura sussidiaria rispetto agli altri reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e blandamente punita, in quanto il controllo di legalità sull'attività amministrativa era affidato al peculato per distrazione (art. 314 c.p.) e all'interesse privato in atti d'ufficio (all'epoca disciplinato nell'art. 324 c.p.), fattispecie dai contorni assai labili.

A partire dagli anni Novanta del secolo scorso è divenuta impellente la questione della delimitazione delle aree della rilevanza penale e della discrezionalità dell'attività degli operatori pubblici e dunque del discrimine tra illecito penale e illecito amministrativo. La legge n. 86 del 1990 ha estromesso dalla fattispecie di peculato la forma "per distrazione" e abrogato il reato di interesse privato in atti d'ufficio, facendo confluire parte delle condotte non più perseguibili dalle fattispecie abrogate nell'abuso d'ufficio, estendendone altresì l'applicazione agli incaricati di pubblico servizio. In tale versione, l'abuso d'ufficio era finalizzato ad un vantaggio, proprio od altrui, «ingiusto», o a un danno altrui del pari «ingiusto», ed era altresì previsto un sensibile aumento della pena nel caso in cui il vantaggio fosse di natura patrimoniale. L'indeterminatezza della condotta di "abusare dell'ufficio" permetteva un penetrante sindacato della magistratura penale sull'operato dei pubblici funzionari, che in pochi anni ha infatti portato ad un'altra riforma del reato.

Il legislatore è intervenuto nel 1997 con la legge n. 234 operando una profonda riforma della fattispecie al fine di specificarne e delimitarne meglio i confini. È stato eliminato il generico riferimento all'abuso d'ufficio, rimasto solo nella rubrica del reato, ed individuata la condotta tipica nella «violazione di norme di legge o di regolamento», ovvero, in alternativa, nella omessa astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti». La fattispecie si è così trasformata in reato di evento, essendo richiesta l'effettiva verificazione dell'ingiusto danno o dell'ingiusto vantaggio patrimoniale, perdendo di rilevanza il vantaggio non patrimoniale. L'evento, inoltre, doveva essere oggetto di dolo intenzionale.

Nell'intento del legislatore la "violazione di norme di legge e regolamento" doveva escludere il sindacato del giudice penale sull'eccesso di potere, ma la giurisprudenza è presto virata verso interpretazioni estensive che hanno come in un *déjà-vu* nuovamente travalicato i paletti della novella legislativa e riaperto gli ampi scenari del controllo del giudice penale sull'attività amministrativa discrezionale.

L'*escamotage* che la Suprema Corte ha utilizzato per ampliare i confini della fattispecie è stato attingere all'art. 97 Cost. sia per far rientrare nell'alveo della "violazione di norme di legge" l'inosservanza del principio di imparzialità della pubblica amministrazione[31], sia per

[31] *Ex multis*, Cass. pen., sez. VI, sent. 21 febbraio 2019-23 maggio 2019, n. 22871; Cass. pen., sez. VI, sent. 12 giugno 2018-29 ottobre 2018, n. 49549; Cass. pen., sez. II, sent. 27 ottobre 2015-20 novembre 2015, n. 46096.

giustificare la sussunzione nella fattispecie dell'eccesso di potere per sviamento[32]. A tal fine, la Cassazione ha affermato che tale principio costituzionale esprime una precisa regola di comportamento di immediata applicazione nella parte in cui vieta al pubblico funzionario di operare ingiustificati favoritismi o intenzionali vessazioni.

Con riferimento al secondo profilo, la Suprema Corte ha ritenuto sussistente la violazione di legge di cui all'art. 323 c.p. non solo quando la condotta si pone in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando sia volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito (c.d. sviamento), e perciò quando il potere non è stato esercitato secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione.

Per porre un argine allo straripamento del diritto vivente, è intervenuto ancora una volta il legislatore.

I due interventi normativi che hanno fatto seguito alla riforma del 1997 sono stati di segno opposto.

In un primo momento la legge n. 190/2012, nell'ambito delle disposizioni volte a prevenire e reprimere la corruzione e l'illegalità nella pubblica amministrazione, è intervenuta sul solo lato sanzionatorio, aumentando i limiti edittali di pena.

L'attuale formulazione si deve invece al già citato Decreto Semplificazioni del 2020 (art. 23 d.l. n. 76/2020, convertito in l. n. 120/2020), che ha ulteriormente delimitato i confini della fattispecie, incidendo sulla prima delle due condotte tipiche, con una netta inversione del cambio di rotta nel messaggio politico-criminale che aveva accompagnato la strategia repressiva della tutela della legalità dell'amministrazione, culminata con l'emanazione di una legge il cui fine ultimo era di tutta evidenza nel titolo con cui era stata presentata (la cd. legge "spazza-corrotti") [33]. Ma non solo: tale riforma si pone anche in contrasto con gli indirizzi che evidenziano che proprio l'instabilità e l'insicurezza generata da situazioni emergenziali e di crisi costituirebbero terreno fertile per l'emergere dell'illegalità, in un Paese che già in situazioni normali si trova a fare i conti con fenomeni di *maladministration* diffusa.

Il legislatore dell'emergenza ha operato una parziale *abolitio criminis*, escludendo la rilevanza dei fatti realizzati attraverso la violazione di norme di legge da cui non siano ricavabili regole di condotta espresse e specifiche o di norme contenute in regolamenti oppure, ancora, di regole di condotta da cui residuino margini di discrezionalità[34]. Rispetto all'oggetto, ai fini della

---

[32] *Ex multis*, la sentenza delle Sezioni Unite "Rossi", che ha riconosciuto il "requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poichè lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione". Così Cass. pen., Sez. Un., sent. 29 settembre 2011-10 gennaio 2012, n. 155.

[33] Dal "volto feroce della legge 'spazza-corrotti' si è passati al più mite e comprensivo decreto-semplificazioni": così G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?),* cit.

[34] Moltissimi sono i contributi che hanno esaminato, in chiave critica, la fattispecie riformata dell'abuso d'ufficio. *Ex multis:* M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio,* in *Sistema penale*, 2020, 7, p. 152 ss.; R. GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico",* in *giustizia-amministrativa.it,* 2020*;* A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile,* in *Sistema Penale*, 20 novembre 2020; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio,* in *giurisprudenzapenale.com*, 28 luglio 2020; G. MANFREDI PARODI, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma*

rilevanza penale dell'abuso d'ufficio, la violazione deve pertanto ora riguardare una regola di condotta (specifica); rispetto alla fonte, la regola violata deve essere specifica ed espressamente prevista da una legge o da un atto avente forza di legge, escluse le norme regolamentari[35]; rispetto al contenuto, infine, la regola violata non deve lasciare spazi di discrezionalità.

Il "modo di farsi del potere", su cui si era già interrogata la giurisprudenza penale nell'individuazione dell'ampiezza del suo sindacato, entra pertanto, come elemento negativo del fatto tipico, a delimitare la fattispecie di abuso d'ufficio[36].

Permane invece la natura residuale del reato, la condotta alternativa di omissione di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto[37], o negli altri casi prescritti da specifiche fonti normative, e l'intenzionalità del dolo di procurare a sé o altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o di arrecare ad altri un danno ingiusto.

Questo apparente ciclo senza fine, per cui la giurisprudenza, attraverso l'interpretazione estensiva, tende a far rientrare dalla finestra quello che il legislatore aveva messo fuori dalla porta, non sembra aver trovato nemmeno con la formulazione del 2020 un punto di arresto. Ciò è reso evidente sia dalla persistente tendenza espansiva della giurisprudenza, sia dalle proposte di riforma già preannunciate.

L'esame delle pronunce della Corte di Cassazione intervenute successivamente all'entrata in vigore della nuova fattispecie ha posto in luce la fragilità di tale "scudo penale", il cui obiettivo era quello di segnare il definitivo tramonto del sindacato del giudice penale sull'esercizio dell'azione amministrativa, ma che nella prassi applicativa tende a sfuggire dai confini forse troppo labili posti dalla riformata norma penale.

Per quanto concerne la rilevanza ai fini della configurabilità dell'abuso di ufficio dell'attività discrezionale, che pare essere esclusa dalla lettera della norma, con una minuziosa attività di "chirurgia interpretativa", la Suprema Corte ha distinto i limiti esterni da quelli interni della discrezionalità amministrativa, riconoscendo rilevanza penale alla violazione dei primi, ovvero allo "sviamento di potere" inteso come distorsione del potere pubblico, piegato al perseguimento di interessi oggettivamente difformi e collidenti rispetto a quelli per cui è attribuito[38]. La Cassazione ha infatti precisato che l'irrilevanza penale dell'esercizio della

---

dell'art. 323 c.p., in *Sistema Penale*, 17 agosto 2021; A. CASTALDO - M. NADDEO, *La riforma dell'abuso d'ufficio ,* 2021; T. PADOVANI, *L'erratica sopravvivenza dell'abuso d'ufficio,* in *Giur. It.,* 10/2021, pp. 2216-2218; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione,* in *Diritto Penale e Processo*, 2021, 1, pp. 9-19.

[35] Si esclude così quell'orientamento che tendeva a ritenere sussistente la fattispecie anche in violazione di atti di *soft law*, come le Linee Guida dell'ANAC. Sul punto si veda V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi,* in *Archivio Penale*, 3/2018; F. ROTONDO, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice,* in *Penale, Diritto e Procedura,* 2020; V. NERI, *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida ANAC da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione,* in *giustizia-amministrativa*, 6 marzo 2018.

[36] Approfondisce il tema della discrezionalità amministrativa nella nuova formulazione dell'art. 323 c.p., con considerazioni in chiave critica dei risvolti applicativi ed evidenziando la crescente importanza che il concetto e la nozione di potere discrezionale rivestono nel contesto attuale, R. FERRARA, *Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa: alle origini del problema,* in *Diritto e Processo Amministrativo*, 1/2022.

[37] In tema Cass. pen. sez. VI, 14 aprile 2021, n. 26429, in *C.E.D. Cass. n. 281582*; sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 7007, *ivi*, n. 281158.

[38] Cass. pen., sez. VI, sent. 8 gennaio 2021, *n.* 442. Commentano la sentenza A. D'AVIRRO, *Il "labirinto" della discrezionalità nel nuovo reato di abuso di ufficio, in Diritto penale e processo,* 7/2021, pp. 930 ss.; M. GAMBARDELLA, *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra*

discrezionalità amministrativa trova un limite quando essa trasmoda "in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici - c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità - laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito; oppure si sostanzi nell'alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi"[39]. La violazione dei limiti interni nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, ossia la cattiva ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti dall'adozione di un provvedimento amministrativo è invece esclusa dall'alveo dell'art. 323 c.p.

Da ciò si ricava che, per la Suprema Corte, anche nella rinnovata formulazione della fattispecie assume rilievo il vizio di legittimità amministrativa dell'eccesso di potere, attraverso la breccia della "violazione di legge"[40], con una reviviscenza dell'orientamento giurisprudenziale che faceva capo alle note Sezioni Unite Rossi del 2011.

È stato inoltre ritenuto configurabile il reato nei casi in cui l'inosservanza della regola di condotta sia collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte effettuate dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso di ufficio[41] e, ancora, è stato precisato che la discrezionalità amministrativa può riguardare le modalità con le quali il potere, attribuito da una specifica norma che ne individui i presupposti, venga esercitato[42].

Quanto risulta dal diritto vivente è pertanto un binomio indissolubile tra abuso d'ufficio e sindacato sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa. Come è stato autorevolmente affermato, "stanno e cadono insieme (*simul stabunt vel simul cadent*). Finché sarà vigente il delitto *de quo* dovrà essere consentito anche il controllo di legalità del giudice penale sull'azione amministrativa discrezionale: ne rappresenta l'essenza"[43].

Per quanto attiene, invece, alle fonti la cui violazione è penalmente rilevante, sono state ricondotte alla fattispecie la violazione di atti amministrativi generali, in particolare il piano

---

parziale abolitio criminis e sindacato sulla discrezionalità amministrativa, in Cassazione penale, 2/2021, *p.* 490; A. ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio, in Sistema penale*, 4/2021; A. PICARNI - F. GUIDA, *L'abuso di ufficio. Ambivalente fattispecie tra genericità dell'addebito, a perimetro delineato dal diritto vivente, e "paura della firma", in Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2021, n. 1/2, pp. 150 ss; R. BORSARI, *A volte ritornano. Riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative,* in *Sistema Penale*, 23 settembre 2021.

Già prima della riforma del 2020 vi era un orientamento giurisprudenziale che riteneva configurabile l'abuso d'ufficio in ipotesi di eccesso di potere, sotto forma di sviamento: le note Sezioni Unite "Rossi", Cass. Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155, Rossi, CED 251498, ed *ex multis* Cass. Sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, Filzola, CED 273099; Cass. Sez. VI, 13 marzo 2014, n. 32237, Novi, CED 260428).

[39] Così Cass. pen., sez. VI, sent. 8 gennaio 2021, n. 442, *cit*.

[40] Sul punto M. GAMBARDELLA, *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale abolitio criminis e sindacato sulla discrezionalità amministrativa,* cit.

[41] Cass. Sez. VI, 28 gennaio 2021, n. 8057, in *C.E.D. Cass., n. 280965*, e in *Sistema Penale,* 16 aprile 2021, con nota di C. PAGELLA, *La Cassazione sui "margini di discrezionalità" nel riformato abuso d'ufficio.* Sul punto anche R. BORSARI, *A volte ritornano. Riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative, cit.*

A. MERLO, *Quasi come Queneau: il legislatore e l'impresa immagine di riformare l'abuso d'ufficio, il Il Foro italiano,* n. 4/2021m parte II, p. 231 ss.

[42] Cass. Sez. fer, 17 agosto 2021, n. 42640, in C.E.D. Cass., n. 282268.

[43] Così M. GAMBARDELLA, *cit*.

regolatore, in ragione del rinvio posto in norme dal rango primario[44]; è stata riconosciuta la rilevanza di violazione di norme contenute in regolamenti nel caso in cui esse, operando quali norme interposte, si risolvano nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria e purché questa sia conforme ai canoni della tipicità e tassatività propri del precetto penale[45].

La questione di legittimità costituzionale sfociata nella recente sentenza della Corte costituzionale n. 8 del 2022, già richiamata per i profili procedimentali, ha interessato anche quelli sostanziali della riforma dell'abuso d'ufficio. In particolare, l'ultima riforma è stata censurata per contrasto con gli artt. 97 e 3 Cost. perché la configurabilità del reato è stata ritenuta ormai pressoché impossibile[46]. Rileverebbero infatti solo i casi di attività amministrativa integralmente vincolata, estremamente rari e attinenti ad una sfera minuta dell'*agere* della pubblica amministrazione, lasciando invece prive di risposta punitiva condotte ben più gravi. Inoltre, le censure hanno riguardato la violazione del principio di eguaglianza, tenuto conto che, privando di rilievo penale ogni forma di esercizio di discrezionalità amministrativa, la norma finirebbe per equiparare il pubblico funzionario ad un comune privato[47].

La Corte, ricostruita la genesi della norma ripercorrendone la travagliata vicenda normativa e giurisprudenziale, non si è in realtà pronunciata nel merito, perché ha ritenuto inammissibili le questioni sollevate per la preclusione delle sentenze in *malam partem* in materia penale. Ciò per l'ostacolo posto dal principio di riserva di legge enunciato, come è noto, nell'art. 25 comma 2 Cost, non rientrando il caso di specie nella categoria delle "norme penali di favore" cui non si applica tale principio[48]. Il giudice *a quo*, infatti, invocava una pronuncia ablativa della modifica operata dalla norma censurata che avrebbe avuto come effetto la reviviscenza della precedente norma incriminatrice.

Pronunce più recenti – successive alla sentenza della Corte costituzionale n. 8 del 2022 – paiono talvolta più rispettose dei confini stabiliti nella novella del 2020. È stata infatti affermata

---

[44] Cass. Sez. III, sent. 28 settembre 2020, n. 26834 e Sez. VI, sent. 12 novembre 2020 n. 31873. La Suprema Corte ha affermato che dall'espresso rinvio della normativa legale in materia urbanistica agli strumenti urbanistici generali discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore integra una violazione di legge rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p. Questo perché "la violazione degli strumenti urbanistici, in conformità dell'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica e, in particolare, degli artt. 12 e 13 del d.P.R. n. 380 del 2001, Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia". Inoltre, secondo la Cassazione le norme citate sono conformi al nuovo testo normativo in quanto esse si sostanziano in norme specifiche e per le quali non residuino margini di discrezionalità.

[45] Cass. Sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 33240, in *C.E.D. Cass., n. 281843*, e in *Sistema Penale*, 9 dicembre 2021, con nota di C. PAGELLA, *Abuso d'ufficio e violazione di norme regolamentari: la Cassazione delinea i limiti di ammissibilità dello schema della "eterointegrazione*". Da ultimo Cass. pen. sez. IV, 8 novembre 2022, n.46669.

[46] Nel testo della sentenza Corte Cost. n. 8/2022, pag. 4, nella parte in fatto, il giudice rimettente ha ritenuto la fattispecie incriminatrice così configurata a seguito della riforma del 2020 come un "reato legislativamente impossibile". L'inosservanza di un vincolo di condotta integrerebbe già di per sé un diverso reato, ad esempio omissione di atti d'ufficio, o falso conseguente al compimento di un atto in difetto dei presupposti, o un diverso abuso d'autorità specificamente previsto. Stante la clausola di sussidiarietà posta in apertura nella norma, e non interpolata dalla riforma, l'abuso d'ufficio sarebbe quindi difficilmente riscontrabile nella prassi.

[47] Analoghe critiche erano già state svolte in dottrina: sul punto si veda T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio, cit.*

[48] *Ex plurimis*, Cass. sent. 17/2021, 37/2019, 46/2014, 324/2008, 394/2006, 161/2004.

la sopravvenuta irrilevanza penale della violazione di disposizioni di principio, prive del requisito della specificità richiesto dall'art. 323 c.p.[49], a differenza di quanto affermato solo pochi mesi prima[50], e la circostanza che il carattere discrezionale del potere esclude la possibilità di ritenere integrati gli estremi del reato per violazione di specifiche regole di condotta[51].

La più recente giurisprudenza conferma, anche dopo la pronuncia della Corte Costituzionale, la configurabilità del reato di abuso d'ufficio in presenza di violazione di piani urbanistici, rientrando nella categoria degli atti amministrativi generali la cui violazione rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa in materia urbanistica (nella specie, artt. 12 e 13 del d.P.R. n. 380 del 2001), cui deve farsi riferimento per la "violazione di legge" richiesta dall'art. 323 c.p.[52].

È altresì confermata la citata distinzione tra limiti interni ed esterni alla discrezionalità amministrativa[53]. Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, che dunque permane nella sola ipotesi di sviamento del potere, è il risultato di una ibridazione di categorie tra il diritto amministrativo e il diritto penale, che conserva connotazioni proprie nei due ordinamenti[54]. Nell'accezione penalistica lo sviamento di potere integra una violazione di legge, poiché esso si verifica quando vi è contrasto con l'interesse per il quale il potere è attribuito e dunque quando il potere non viene esercitato in modo conforme alla norma che ne legittima l'attribuzione. Al contrario, il giudice amministrativo colloca lo sviamento del potere nell'alveo dell'eccesso di potere.

Appare piuttosto evidente la netta cesura tra il diritto vivente, che risulta dalle interpretazioni giurisprudenziali, ed il diritto vigente scaturente dalle norme. La fattispecie penale dell'abuso d'ufficio viene quasi ad essere ricostruita dalla Suprema Corte *ex post*, in contrasto con il principio di determinatezza della fattispecie penale, giungendo a ricomprendere condotte che erano state espressamente escluse dal legislatore, con preoccupanti riflessi in tema di certezza del diritto e predeterminazione delle condotte.

---

[49] È stato così escluso che integri il reato di abuso d'ufficio la sola violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97, comma 3, Cost.: Cass. pen. sez. VI, 10 giugno 2022, n.28402; Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 13136, in *Cassazione Penale 2022,* 7-08, 2624; Cass. pen. sez. VI, 7 aprile 2022, n.23794, in *Il penalista.it,* 20 settembre 2022, con nota di B. ROMANO*, La Cassazione ribadisce la parziale abolitio criminis dell'abuso di ufficio*. Sul punto anche C. PAGELLA, *Abuso d'ufficio: la Cassazione ribadisce la sopravvenuta irrilevanza penale della violazione di norme di principio,* in *Sistema Penale,* 15 luglio 2022.

[50] Con sentenza n. 2080 del 6 dicembre 2021, la Suprema Corte aveva infatti affermato che la riforma introdotta dal D.L. Semplificazioni "non ha determinato *l'abolitio criminis* delle condotte realizzate mediante violazione dell'art. 97 Cost nella parte in cui è vietata l'attuazione di intenti discriminatori o ritorsivi, quale connotato dell'imparzialità nell'esercizio delle pubbliche funzioni, trattandosi di principio costituzionale di portata immediatamente precettiva, che non necessita di alcun adattamento o specificazione".

[51] Cass. pen., sent. n. 13136 del 2022.

[52] Cass. pen. sez. VI, 23 febbraio 2022, n.13139, in *Cassazione Penale 2022, 10, 3450;* Cass. pen. sez. VI, 8 marzo 2022, n.13148, in *Cassazione Penale 2022, 10, 3444.* In senso conforme, anche prima della riforma del 2020: Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442; Sez. VI, 17 settembre 2020, n. 31873, in *C.E.D Cass.*, n. 279889-01; Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442/2021; Sez. fer., 25 agosto 2020, n. 32174; Sez. III, 8 settembre 2020, n. 26834; Sez. III, 19 giugno 2012, n. 39462, *ivi*, n. 254015; Sez. VI, del 25 gennaio 2007, n. 11620, *ivi*, n. 236147.

[53] Cass. pen., sez. VI, 18 maggio 2022, n.21643, in *Guida al diritto,* 2022, 30.

[54] Così G. VICICONTE, *Il controllo del giudice penale e del giudice contabile sulla discrezionalità amministrativa: la legalità dell'esperienza giuridica concreta,* in *Rivista della Corte dei conti,* 2021.

Questa situazione di scostamento tra il parametro normativo - che dal punto di vista degli amministratori pubblici è certamente più mite rispetto alle formulazioni precedenti - e quello giurisprudenziale – invece più preoccupante - non fa che alimentare quella burocrazia difensiva che l'intervento riformatore mirava a superare. I funzionari pubblici possono infatti ora trovarsi in una situazione ancor più di incertezza, essendo talune condotte soltanto apparentemente non più punite ai sensi della lettera della norma, per via dell'interpretazione estensiva del diritto vivente.

L'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. non appare pertanto convincente e risolutiva di quella certezza del diritto tanto ambita.

Ulteriori istanze di riforma della fattispecie di abuso d'ufficio sono confluite in disegni di legge, volti anche a delimitare i rischi di responsabilità penale dei sindaci legata all'utilizzo delle ingenti somme di denaro provenienti dal *Recovery Fund*, circoscrivendo l'ambito di operatività della norma in particolare in ipotesi di condotte omissive improprie[55]. Si tratta di tre disegni di legge, presentati dai Senatori Ostellari, Parrini e Santangelo, rispettivamente il 22 marzo 2021, il 19 luglio 2021 e il 15 giugno 2021[56].

Il primo propone l'abolizione del reato nella prima modalità della condotta e l'abolizione della locuzione "negli altri casi prescritti" nella seconda modalità descritta, eliminando altresì il riferimento allo «svolgimento delle funzioni o del servizio». Nella formulazione proposta dal Sen. Ostellari, sparirebbe dunque la violazione "di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità" e rimarrebbe soltanto la condotta di omessa astensione "in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto", a prescindere dallo svolgimento delle funzioni o del servizio, con l'abolizione del reato nella parte relativa alla condotta posta in essere in violazione di obblighi di astensione espressamente sanciti[57].

Il secondo ed il terzo disegno di legge propongono invece di inserire specifiche disposizioni per i Sindaci. La proposta del Sen. Parrini prevede da un lato di aggiungere un secondo comma all'art. 323 c.p., che rimarrebbe immutato, del seguente tenore: "quando il fatto di cui al primo comma è compiuto dal sindaco, la violazione si intende riferita a specifiche regole di condotta previste dalle legge o da atti aventi forza di legge relative a competenze espressamente attribuite al sindaco e dalle quali non residuino margini di discrezionalità". Da altro lato, si propone di aggiungere il comma 1 bis all'art. 50 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti

---

[55] Sul punto M. GAMBARDELLA, *Tre disegni di legge in materia di abuso d'ufficio e responsabilità per i reati omissivi impropri,* in *DisCrimen*, 11 novembre 2021; B. ROMANO, *Brevi considerazioni sulle ulteriori proposte di riforma dell'abuso di ufficio, a partire dalle responsabilità dei sindaci,* in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 11 e C. PAGELLA, *Abuso d'ufficio: una nuova riforma? Guida alla lettura dei Disegni di Legge Ostellari, Parrini e Santangelo,* in Sistema Penale, 10 dicembre 2021.

[56] Sono i disegni di legge numero 2324, Parrini (*Disposizioni in materia di responsabilità penale, amministrativa e contabile dei sindac*i), 2279, Santangelo (*Modifica all'articolo 54 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n.267, in materia di responsabilità penale degli amministratori locali*) e 2145, Ostellari (*Modifica dell'articolo 323 del Codice penale in materia di reato di abuso d'ufficio*).

[57] Il testo dell'art. 323 come proposto dal Sen. Ostellari risulterebbe: «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, intenzionalmente procura a sé o al altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni».

Locali (TUEL – d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), per limitare la responsabilità a titolo omissivo improprio del sindaco ai soli eventi lesivi o pericolosi che si siano verificati a causa della violazione di doveri di controllo e protezione espressamente attribuitigli da norme di legge o di fonte equiparata alla legge, dalle quali non residuino margini di discrezionalità. Non sarebbe quindi possibile addebitare all'amministratore locale l'omesso impedimento di un evento lesivo ogniqualvolta il dovere di attivarsi per scongiurarlo non sia espressamente sancito, ma discenda genericamente dal ruolo di garante del buon funzionamento dell'amministrazione comunale a questo attribuito.

Infine, il disegno di legge di iniziativa del Sen. Santangelo si propone di introdurre una limitazione di responsabilità in senso soggettivo al Sindaco nella veste di ufficiale del Governo in particolare nello svolgimento del potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti, che risponderebbe esclusivamente per dolo o colpa grave per violazione dei doveri d'ufficio, determinando così l'abolizione del reato omissivo improprio rispetto a fatti posti in essere con colpa lieve o lievissima[58].

Sono inoltre state proposte[59] la riformulazione della fattispecie in senso restrittivo volta ad espungere il c.d. "abuso di vantaggio"[60] e la trasformazione del reato in illecito amministrativo[61].

Non sono infine mancate proposte di abrogazione della fattispecie penale[62], che hanno condotto, da ultimo, all'approvazione da parte del Consiglio dei ministri il 15 giugno 2023 di un disegno di legge (c.d. d.d.l. Nordio)[63] che intende abrogare l'abuso d'ufficio per superare la temutissima "paura della firma"[64]. La relazione illustrativa pone a fondamento di tale radicale

---

[58] Il Disegno di legge Santangelo ha come soggetto, invece, il sindaco nella sua veste di ufficiale del Governo. Dopo il primo comma dell'art. 54 del TUEL (d.lgs. 267/2000), che attribuisce al sindaco, in tale veste, il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti per far fronte a situazioni di pericolo per l'incolumità pubblica non fronteggiabili con gli strumenti ordinari), propone inserimento di co. 1 bis ai sensi del quale «il sindaco, quale ufficiale del governo, nell'esercizio delle funzioni di cui al comma 1, risponde esclusivamente per dolo o colpa grave per violazione dei doveri d'ufficio».

[59] Commenta le più recenti proposte di riforma dell'abuso d'ufficio G.L. GATTA, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione,* in *Sistema Penale,* 19 maggio 2023. In tema si veda anche R. GAROFOLI, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei Sindaci tra PNRR e rilancio della macchina dello Stato,* in *Sistema Penale,* 27 marzo 2023.

[60] Proposta di legge Pella A.C. 716.

[61] Proposta di legge Costa A.C. 654.

[62] Proposta di legge Rossello ed altri C.399, presentata alla Camera dei deputati il 19 ottobre 2022 e la proposta di legge Pittalis ed altri C.645, presentata il 29 novembre 2022.

[63] Disegno di legge n. S. 808.

[64] In senso critico sull'abrogazione integrale della fattispecie si veda M. DONINI, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio,* in *Sistema Penale,* 23 giugno 2023, che la definisce "una sanzione politica che non deve pregiudicare i diritti protetti dalla norma". Sul punto si veda anche S. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio,* in A. R. CASTALDO, pagg. 13 e ss.; B. ROMANO, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, in *Il Penalista*, 28 luglio 2020, pag. 8; C. CUPELLI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio,* in *Sistema penale,* 2023; M. PELISSERO, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo, cit*. Si segnalano i testi delle audizioni in Commissione Giustizia del Senato sul disegno di legge n. S. 808 (Nordio) che ne evidenziano alcuni profili di criticità: M. PELISSERO, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, in *Sistema Penale*, 18 settembre 2023; R. CANTONE, *Ancora in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite (d.d.l. Nordio),* in *Sistema Penale*, 19 settembre 2023; G. LATTANZI, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso d'ufficio. Note critiche,* in *Sistema Penale*, 20 settembre 2023; R. GAROFOLI, *Note critiche sulla proposta di*

opzione la conclamata forbice tra i procedimenti avviati e le condanne definitive pronunciate per il reato in materia[65]. Se questo è certamente un dato di fatto ormai anche mediaticamente noto, da tale premessa non deve necessariamente conseguire quale unica soluzione possibile l'abrogazione della fattispecie. Occorre piuttosto partire da tale assunto – oltre che dall'inevitabile scostamento tra diritto vivente e diritto vigente di cui si è detto - per valutare possibili soluzioni alternative che meglio circoscrivano la fattispecie.

Pare peraltro opportuno evidenziare che analoga situazione di fatto – e cioè lo scostamento tra i procedimenti avviati e le condanne definitive pronunciate – si riscontra anche in tema di responsabilità amministrativo contabile, e che in entrambi i casi l'abrogazione o la limitazione di tali responsabilità (penale ed erariale) sono apparse come strategie vincenti, o forse più probabilmente di più facile attuazione rispetto a rimeditazioni di più ampio respiro.

2.3 L'attenuazione – temporanea? - della responsabilità erariale.

Come affermato anche dalla Corte costituzionale, la limitazione della responsabilità penale degli amministratori pubblici non è stata "una monade isolata", ma è andata di pari passo con l'attenuazione della responsabilità erariale.

Come già anticipato, due sono stati gli interventi in tal senso, contenuti nell'art. 21 del Decreto Semplificazioni. Con il primo, la repressione degli illeciti contabili dolosi è stata subordinata alla necessaria dimostrazione della volontà dell'evento dannoso. Con il secondo è stata limitata, anche se per un periodo di tempo circoscritto, ma già tre volte prorogato[66], la responsabilità per colpa grave ai soli illeciti omissivi.

Con tali operazioni il legislatore ha inteso accelerare la c.d. ripartenza del Paese alleggerendo la posizione dei funzionari e incentivando la pubblica amministrazione all'azione. La linea indicata è chiara: è ora più rischioso non agire che agire[67], poiché in tale ultimo caso la responsabilità è limitata al dolo, con un onere probatorio rafforzato che ne limita molto l'accertamento.

L'intervento, seppur – quanto meno nelle intenzioni del legislatore emergenziale - temporaneo e giustificato da esigenze irrinunciabili di rilancio del Paese, non può andare esente da riflessioni. La limitazione della responsabilità erariale forse solo in apparenza pare aver ricevuto minore attenzione da parte della dottrina[68] rispetto alla "gemella" limitazione della

---

abolizione dell'abuso d'ufficio, in *Sistema Penale*, 21 settembre 2023; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio",* in *Sistema Penale,* 26 settembre 2023.

[65] Espone i risultati di una indagine di tipo statistico-criminologico su un campione di circa 500 sentenze in materia di abuso d'ufficio C. PAGELLA*, L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza massimata della Cassazione: un'indagine statistico-criminologica su 500 decisioni,* in *Sistema Penale,* 17 giugno 2023.

[66] Il testo originario indicava il limite del 31 luglio 2021, dapprima ampliato al 31 dicembre 2021 in sede di conversione del d.l. n. 76 del 2020, poi ulteriormente prorogato alla data del 30 giugno 2023 dall'art. 51, comma 1, lett. h), d.l. n. 77 del 2021.

[67] Ciò emerge chiaramente dalla relazione illustrativa al d.l. 76/2020, dove all'art. 21 si legge che la responsabilità viene limitata "in modo che i pubblici dipendenti abbiano maggiori rischi di incorrere in responsabilità in caso di non fare (omissioni e inerzie) rispetto al fare, dove la responsabilità viene limitata al dolo".

[68] Si segnalano i contributi di G. BOTTINO, *Le azioni ed omissioni nella responsabilità erariale, in Questa Rivista,* 1/2021, pp. 86-95; C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel 'decreto semplificazioni':*

responsabilità penale, su cui sono stati senza dubbio versati fiumi di inchiostro. Essa è stata vivacemente contrastata dalla Magistratura contabile che in scritti, in occasione di convegni o delle inaugurazioni degli anni giudiziari, ne ha evidenziato l'inopportunità, l'inefficacia e l'incompatibilità con principi costituzionali e regolamenti sovranazionali[69].

Già nell'audizione del 28 luglio sul d.l. 76/2020, la Corte dei conti rilevava come all'incapacità provvedimentale della pubblica amministrazione concorrono "ben altri fattori, tra i quali: la confusione legislativa, l'inadeguata preparazione professionale, l'insufficienza degli organici" e che

la non punibilità a titolo di colpa grave mal si concilia con le più recenti statistiche.

Anche in occasione del Convegno per i 160 anni della Corte dei conti[70] è stato affrontato il tema, e da più voci è emerso che la "paura della firma" esiste ed è inutile negarlo, ma che le limitazioni della responsabilità erariale introdotte nel 2020 non sono idonee a superarla, creando piuttosto una zona d'ombra in cui appare lecito sbagliare, a scapito della corretta e sana gestione delle risorse pubbliche; che pertanto l'art. 21 del Decreto Semplificazioni andrebbe abrogato; che gli interventi dovrebbero piuttosto mirare alla scrittura di norme chiare, semplici, snelle, accessibili, perché nella chiarezza non sta l'incertezza che determina la paura.

In occasione della più recente inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte dei conti 2023 sono state ulteriormente evidenziate le perplessità della Magistratura contabile per la limitazione della perseguibilità di condotte gravemente colpose, ancorchè produttive di danno. Il Presidente della Corte ha precisato che la paura della firma "deve imputarsi all'incertezza e alla complessità della normativa nei diversi settori amministrativi e, in alcuni casi, anche all'inerzia di soggetti agenti non adeguatamente formati, e non già alla giurisprudenza della Corte dei conti"[71].

Dello stesso avviso il Procuratore Generale, che ritiene siano altre le cause della paura della firma, che si tratti piuttosto di "fuga dalla firma, cioè timore o più spesso incapacità di assumersi responsabilità, una incapacità alle cui radici bisognerebbe andare: il che ci porterebbe alle criticità negli attuali criteri di scelta della dirigenza e alla insufficiente considerazione del merito; ma anche alla qualità e all'orientamento della formazione, probabilmente non del tutto

---

ovvero la 'diga mobile' della responsabilità, in Federalismi, 10/2021; L. CARBONE, *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell'emergenza epidemiologica all'attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), in Ambiente Diritto*, 2/2021; M. R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari, in Diritto e processo amministrativo, 2/2021, pp. 279-304; S. CIMINI – F. VALENTINI, La dubbia efficacia dello "scudo erariale" come strumento di tutela del buon andamento della P.A., in ambiente diritto*, 1/2022; E. AMANTE, *La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del D.L. n. 76 del 2020, in Urbanistica e appalti, 1/2021, pp. 63-71.; G. CREPALDI, L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il decreto Semplificazioni, in Responsabilità civile e previdenza, 1/2021, pp. 23-36.*

[69] Tra i contributi critici della magistratura contabile, si segnalano A. CANALE, *Il d.l. semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativa: i chiaroscuri della riforma*, in *Questa Rivista*, 30 marzo 2021; Associazione Magistrati Corte dei conti, *Comunicato Stampa: PNRR e Stato di Diritto*, in *Questa Rivista*, 26 aprile 2021.

[70] Il Convegno sui 160 anni della Corte dei conti si è tenuto a Torino l'11 e il 12 ottobre 2022 e gli interventi sono stati raccolti nel Quaderno n. 2/2022 della Rivista della Corte dei conti.

[71] Relazione del Presidente della Corte dei conti dott. Guido Carlino alla Cerimonia di Inaugurazione dell'Anno giudiziario 2023, pp. 10-12, disponibile al seguente link: https://www.corteconti.it/Download?id=28e9fdb0-915b-457d-a49d-d68f835c6401

adeguate; ad una legislazione complessa, spesso farraginosa, stratificata, di dubbia interpretazione, fonte di incertezze"[72].

Il richiamo alla paura della firma appare ingiustificato e improprio rispetto alla responsabilità amministrativa, soprattutto con riguardo agli asseriti effetti paralizzanti dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni[73]. Infatti, i dati delle pronunce della magistratura contabile dimostrano che le procure erariali si sono occupate di singole, specifiche e circoscritte ipotesi di *mala gestio* generalmente successive all'aggiudicazione e spesso all'esecuzione[74] e che, in generale, le ipotesi in cui vengono pronunciate sentenze di condanna sono alquanto limitate.

Non sono mancate proposte alternative da parte della Magistratura contabile, come quella di introdurre una "specifica previsione normativa che individui i criteri per determinare quanta parte del rischio connesso alle attività gestionali debba rimanere a carico dell'apparato, e quanta a carico del dipendente", con una più precisa perimetrazione della colpa grave, e con una rimodulazione dei presupposti per l'esercizio del potere riduttivo dell'addebito, "rendendolo obbligatorio in presenza di specifiche circostanze quali, ad esempio, l'eventuale concorso dell'amministrazione danneggiata nella produzione del danno".

Appare apprezzabile, in tal senso, la previsione di cui all'art. 2, comma 3, del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023), che, al fine di definire più puntualmente il confine tra colpa lieve e grave, introduce una definizione speciale di colpa grave in ambito negoziale, allineando contenuti e operatività alle altre figure di responsabilità professionali. Da tale disposizione potrebbe prendersi spunto per una più precisa delimitazione della colpa grave nell'ambito degli illeciti erariali.

Molteplici sono i profili di perplessità che permangono trascorsi tre anni da questa riforma, che – allo stato – non risultano tuttavia essere oggetto di questioni di legittimità costituzionale o di ulteriori interventi legislativi (se non delle proroghe di cui si è detto) e che, come già accennato, non sono stati coinvolti dalla recente sentenza della Corte Cost. n. 8 del 2022.

Emergono quanto meno dubbi sulla ragionevolezza e compatibilità con il principio del buon andamento e della corretta gestione delle risorse pubbliche (art. 97 Cost.), sull'ammissibilità sul piano dell'etica pubblica e dei doveri di comportamento del pubblico funzionario (28 Cost.), sulla disparità di trattamento (art. 3 Cost) – seppur per un periodo limitato – tra funzionari che cagionino un danno grave con una condotta gravemente colposa e funzionari che causino un grave danno mediante omissione, e, ancora, in ragione dell'innalzamento della soglia della

[72] Intervento del Procuratore Generale Angelo Canale alla Cerimonia di Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2023 della Corte dei conti, disponibile al seguente link: https://www.corteconti.it/Download?id=fbb88a94-d023-404b-8351-73dfffd2d39e

[73] Sul punto A. CANALE, *Il d.l. Semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativa: i chiaroscuri della riforma,* in *Diritto & Conti*, 30 marzo 2021. L'Autore afferma che la premessa di tale riforma, ovvero che il rischio di incorrere nella responsabilità amministrativa indurrebbe i dirigenti alla c.d. burocrazia difensiva, "non è dimostrata, non è stata oggetto di alcun serio approfondimento, non è stata supportata da alcuna analisi, né da alcun dato, né sono stati forniti esempi". Al contrario, l'Autore evidenzia che su circa 2000 giudizi di responsabilità promossi nel biennio 2019/2020, in apparenza nulla pare potersi ricondurre alle cause della "paura della firma".

[74] Così A. CANALE, *cit*.

punibilità per tutti i lavoratori pubblici, a prescindere dalla qualifica rivestita o dalle mansioni svolte[75].

Il rischio dell'incostituzionalità è stato mitigato proprio dalla natura temporanea dello scudo introdotto al secondo comma dell'art. 21[76], ma le proroghe già intervenute non inducono ad escludere una stabilizzazione dell'intervento. Al contrario, fanno riemergere le possibili frizioni con i principi della nostra Carta fondamentale. È infatti noto l'orientamento che afferma la costituzionalità delle deroghe temporanee se di breve durata[77], per non comportare uno snaturamento sostanziale della disciplina derogata.

Così come non vi è dubbio che l'eliminazione del limite minimo della colpa grave per le condotte commissive, che rientra tra i principi della responsabilità amministrativa[78], comporti un significativo allontanamento dal modello ordinamentale, che la stessa Corte costituzionale aveva ritenuto "un assetto normativo in cui il timore della responsabilità non espon[e] all' eventualità di rallentamenti ed inerzia nello svolgimento dell'attività amministrativa", ed anzi un "punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo"[79]. Punto di equilibrio che oggi può dirsi perduto e ciò a maggior ragione a seguito delle ulteriori proroghe intervenute oltre la dichiarata fine dell'emergenza pandemica, che si pongono in contrasto con i principi della nostra Costituzione[80].

Oltre ai profili di incompatibilità con i principi della nostra Carta fondamentale, sono evidenti i contrasti a livello euro-unitario con l'art. 325 del TFUE, che prevede che gli Stati membri debbano garantire una sana gestione finanziaria, e con le esigenze di maggiore efficienza nell'impiego delle risorse, anche affermate dal diritto comunitario nell'attuazione del PNRR e del *Recovery Plan*.

Il Regolamento 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il principale strumento di intervento del programma NGEU, postula efficaci azioni di contrasto da parte degli Stati membri beneficiari dei fondi derivanti *Recovery Fund* nei casi di illecito impiego degli stessi, oltre che un "sistema di controllo interno efficace ed efficiente" (art. 22, comma 1). Attraverso i rinvii al Regolamento finanziario ed allo Statuto dei funzionari UE (art. 22)[81], è del tutto evidente che la limitazione dell'elemento soggettivo della colpa grave

---

[75] Sollevano profili di incostituzionalità, tra gli altri, M. PERIN, *Le modifiche (o soppressione) della responsabilità amministrativa per colpa grave. Saranno utili? Probabilmente no.,* in *Lexitalia,* 25 agosto 2020; C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità, cit.*

[76] La sentenza Corte conti, Sez. II App., n. 446 del 2022 ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità sulla limitazione della responsabilità erariale per disparità di trattamento, ritenendo che "la ragione della deroga, prevista dalla disposizione, al normale regime della responsabilità amministrativa è dichiaratamente quella di stimolare la ripresa economica dopo la grave crisi causata dalla pandemia da COVID-19", con un intervento di "carattere straordinario" e volto a "soddisfare esigenze contingenti e temporanee".

[77] Basti richiamare Corte cost. n. 466 del 1991.

[78] Sul punto Corte cost. n. 340 del 2001.

[79] Corte cost. n. 371 del 1998.

[80] In tema G. ASTEGIANO, M. SMIROLDO, *I principali nodi e le prospettive della responsabilità amministrativa,* in *Cerimonia di inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2023*, p. 26.

[81] L'art. 8 del Regolamento n. 241 del 2021 rinvia alla normativa generale del Regolamento finanziario, che all'art. 92 prevede la responsabilità degli agenti finanziari, tenuti "a risarcire il danno alle condizioni dello statuto". L'art. 22 dello Statuto dei funzionari UE, dispone che "Il funzionario può essere tenuto a risarcire, in tutto o in parte, il

a livello interno si pone in contrasto con la cornice sovra-unitaria che, al contrario, espressamente prevede la risarcibilità dei danni arrecati dai funzionari con colpa grave. Ne consegue che la normativa nazionale non pare adempiere all'onere imposto dalla normativa sovranazionale di adottare "tutte le opportune misure per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e per garantire che l'utilizzo dei fondi in relazione alle misure sostenute dal dispositivo sia conforme al diritto dell'Unione e nazionale applicabile", realizzando, al contrario, un restringimento della responsabilità erariale in relazione all'impiego dei fondi derivanti dal *Recovery Plan*.

Ulteriore profilo di criticità dello scudo erariale è relativo al suo impatto. Così come per la riformata fattispecie dell'abuso d'ufficio, anche nello "scudo erariale" si assiste allo snaturamento della responsabilità, che ha reso giuridicamente irrilevante un ampio spettro di condotte. Ciò sarebbe in particolare determinato da una interpretazione della disposizione che escluda il dolo eventuale[82].

Non convince inoltre il messaggio, giustificato da esigenze di rilancio del Paese, che sia meglio "fare", agire - anche superficialmente? - piuttosto che "non fare", posto che è ora più rischioso adottare condotte omissive che attive.

E, ancora, permangono dubbi sulla temporaneità dello scudo, sulla possibile ultrattività e stabilizzazione di tale contrazione della responsabilità oltre che, in ogni caso, sui relativi effetti permanenti. Ciò parrebbe confermato dalle tre proroghe di cui si è già anticipato.

A tre anni dal Decreto Semplificazioni, l'attuazione del PNRR è infatti tornata ad essere il pretesto per il Governo per intervenire in senso restrittivo sui poteri della Corte dei conti. Con un emendamento governativo al cd. "decreto PA"[83] è stata introdotta un'ulteriore proroga di un anno (fino al giugno 2024) al regime inizialmente temporaneo della limitazione della responsabilità erariale al dolo per le condotte attive. Con il medesimo intervento è inoltre stato abolito il controllo concomitante della Magistratura contabile sull'utilizzo dei fondi del PNRR. Peraltro, anche in tale contesto tali significative limitazioni sono state adottate in un arco temporale piuttosto ristretto, che se per il Decreto Semplificazioni era dettato dall'urgenza di provvedere per rimediare alla crisi pandemica in atto ed alle sue inevitabili ricadute a livello economico (ma non solo), per questo ultimo intervento l'urgenza pare imposta soltanto dall'imminente scadenza del decreto-legge.

Ed anche in questo caso non si tratta di una "monade isolata", riprendendo le parole della Corte costituzionale nel riferirsi ai due scudi introdotti con il Decreto Semplificazioni, ma alla proroga dello scudo erariale si è affiancato altro intervento egualmente giustificato dalla rimozione di meccanismi che tendono a rallentare il sistema per tendere invece al rilancio dell'economia, con eguali inevitabili conseguenze in termini di indebolimento dei presidi di legalità e correttezza dell'azione amministrativa.

---

danno subito dall'Unione per colpa personale grave da lui commessa nell'esercizio o in occasione dell'esercizio delle sue funzioni".

[82] Così S. CIMINI – F. VALENTINI*, La dubbia efficacia dello "scudo erariale" come strumento di tutela del buon andamento della P.A.,* cit. Sul punto anche M. R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2/2021.

[83] Emendamento governativo 1.83, relativo all'art. 1 del disegno di legge (A.C. 1114) di conversione del d.l. n. 44/2023, c.d. "decreto P.A.".

Se già la sua introduzione non appariva priva di elementi di criticità, risulta ancora più difficile apprezzare positivamente la conferma dello scudo erariale in assenza della sua originaria *ratio* - il contesto di emergenza pandemica - che può ormai ragionevolmente ritenersi superata.

3. Considerazioni conclusive in tema di burocrazia difensiva ed eventuali antidoti alternativi

A distanza di tre anni dal Decreto Semplificazioni, le due forme di limitazione della responsabilità, penale ed erariale, destano tutt'ora perplessità sulla garanzia della legalità ed effettività della tutela, oltre che di raggiungimento degli scopi prefissati e di cristallizzazione di tali interventi.

Inevitabile un confronto tra i due "scudi": da un lato la riforma dell'abuso d'ufficio, che è stata da anni auspicata per porre rimedio al vortice dell'incertezza causata dall'indissolubile binomio legislatore – giurisprudenza di cui si è detto, ma che evidentemente non ha raggiunto i suoi effetti; da altro lato il – temporaneo? (l'interrogativo è d'obbligo) - scudo erariale, di cui forse non se ne sentiva la necessità e di cui anzi si chiede a gran voce, fin dalla sua introduzione, un ripristino della situazione ante-pandemia. Riforma, la prima, che si propone come definitiva, ma che già pochi mesi dopo l'entrata in vigore ha reso evidenti le sue fragilità e la reviviscenza di quei fenomeni espansivi del diritto vivente che aveva cercato di escludere; scudo, il secondo, che (almeno in parte) si propone come temporaneo, ma che già in fase di conversione del d.l. ha visto la prima proroga ed è ora alla terza, e non è a questo punto da escludersi una sua definitiva stabilizzazione, con tutte le criticità di cui si è detto.

Le limitazioni delle responsabilità erariale e penale finora esaminate sono state entrambe introdotte con l'intento di porre rimedio alla c.d. burocrazia difensiva in un momento storico in cui non era accettabile il rischio di un'ulteriore stasi dei procedimenti amministrativi, essendo urgente l'accelerazione degli stessi per consentire una ripartenza efficace ed effettiva del Paese.

Come è stato da più autorevoli voci affermato, molteplici sono e possono essere le cause di tale fenomeno, molteplici i "sintomi", molteplici le "cure". Probabilmente il timore di incorrere in responsabilità erariale e penale dei funzionari pubblici più che la causa, ne è un sintomo: questo potrebbe spiegare la possibile inefficacia di tali interventi.

Tra le cause della paralisi della pubblica amministrazione è possibile includervi l'incertezza normativa, causata oltre che dalla scarsa qualità e dall'eccessiva quantità delle norme, dal moltiplicarsi dei centri di produzione normativa (c.d. "nomorrea"): non solo nazionali, regionali, ma anche internazionali, sovranazionali; non solo di *hard law*, ma anche di *soft law*. A ciò si aggiunge l'incertezza applicativa delle norme ed il non indifferente scostamento tra fonte normativa e giurisprudenza, esaminata nell'evoluzione dell'abuso d'ufficio ed evidente ancora nei recenti arresti.

Ulteriori cause della burocrazia difensiva possono essere il limitato investimento nella formazione, informazione e specializzazione del personale pubblico e l'assenza di forme di responsabilità di risultato. Su tali aspetti occorrerebbe focalizzare l'attenzione con interventi sinergici per cercare quanto meno di ridurre questi fenomeni.

Pare peraltro che ad una de-responsabilizzazione degli amministratori in chiave risolutiva della burocrazia difensiva si stia parallelamente affermando una opposta tendenza alla

responsabilizzazione degli amministrati in diversi settori: basti pensare all'irrompere delle autocertificazioni in sostituzione di atti amministrativi (ad esempio SCIA, CILA), che ora si estendono a profili di ordine giuridico e tecnico particolarmente complessi, e che in assenza di controlli preventivi addossano al privato inediti oneri interpretativi e sanzioni, anche in assenza della competenza specifica e del ruolo istituzionale che invece rivestono i funzionari pubblici[84]. Il progressivo cambio di paradigma nel rapporto tra privato e amministrazione, che vede il primo sempre più partecipe allo svolgimento di attività di pubblico interesse, con tutte le responsabilità che ne conseguono, è inoltre ravvisabile nel rapporto sinallagmatico che pare delinearsi tra i due soggetti nell'erogazione di contributi pubblici che connotano le politiche attive e passive del lavoro[85].

In entrambi i tentativi di de-responsabilizzazione introdotti nel 2020 si assiste ad una commistione tra il diritto amministrativo ed il diritto penale[86]: la discrezionalità entra – come elemento negativo del fatto tipico - nella fattispecie penale; il "dolo penalistico" viene a configurare l'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa; l'illegittimità amministrativa tende a confondersi con l'illiceità. Tale commistione tuttavia è incompleta, sfuggente, e necessiterebbe forse dell'adozione di un linguaggio comune tra i due settori, o addirittura, che il diritto amministrativo assurga a co-protagonista nella qualificazione astratta di fattispecie penali in cui inevitabilmente è chiamato in causa.

La discrezionalità è peraltro un tema magmatico e dai profili incerti, che mal si concilia con le esigenze di determinatezza tipiche della fattispecie penale, e la cui distinzione con l'attività vincolata è invero nei profili applicativi complessa. Tale concetto andrebbe approfondito e attualizzato, e non confuso con l'interpretazione o limitato nel risvolto patologico all'eccesso di potere. Tale nozione è infatti al centro di importanti rivisitazioni da parte della più importante dottrina amministrativistica[87].

Anche la migrazione del dolo penalistico nel processo contabile presenta profili di criticità non trascurabili, poiché non trascina con sé gli ampi poteri attribuiti al Pubblico Ministero nel

---

[84] Sul punto S. Foà, *L'attività amministrativa*, in C.E. Gallo (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, II ed., 2022, 165 ss; M. A. SANDULLI, *La "trappola" dell'art. 264 del dl 34/2020 ("decreto Rilancio") per le autodichiarazioni. Le sanzioni "nascoste",* in *giustizia-insieme*, 2 giugno 2020.

[85] Tale paradigma relazionale tra amministrazione che eroga contributi o finanziamenti pubblici e soggetti beneficiari da un lato è stato di recente riconosciuto fondare un rapporto di servizio, da altro lato qualifica il privato percettore come "gestore di un programma pubblicistico" vincolato ad una serie di obblighi e condizioni per concorrere alla realizzazione dell'interesse pubblico sotteso al finanziamento, pena la soggezione al trattamento sanzionatorio delineato. Sul tema S. FOA' - E. ANDREIS, *Giurisdizione contabile sull'indebita percezione del reddito di cittadinanza. Tra programma pubblicistico e rinnovata nozione del rapporto di servizio,* in *Federalismi,* 2/2023.

[86] Evidenzia le sinergie e le connessioni tra diritto amministrativo e diritto penale sul tema, R. FERRARA, *Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa: alle origini del problema,* in *Diritto e Processo Amministrativo*, 1/2022.

[87] Da ultimo: F. MERUSI, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell'età della rivoluzione economica comunicativa. Nuove prospettive per la discrezionalità nel quando,* in *Diritto Amministrativo,* fasc.2, 1 giugno 2023, pp. 215 ss.; A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.a. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo sul suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità,* in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 1 marzo 2023, pp. 29 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Lineamenti sulla discrezionalità amministrativa pura*, in *Forum AIPDA Discrezionalità e Amministrazione*, 29 ottobre 2022; G. GRECO, *Discrezionalità tecnica, margini di opinabilità delle valutazioni e sanzioni amministrative*, in *Forum AIPDA Discrezionalità e Amministrazione*, 28 ottobre 2022; S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Forum AIPDA Discrezionalità e Amministrazione*, 21 ottobre 2022; A. ZITO, *Discrezionalità amministrativa e consumazione del potere*, in *Forum AIPDA Discrezionalità e Amministrazione*, 21 ottobre 2022

processo penale. In linea generale, i mezzi di ricerca della prova, i mezzi di prova, le regole probatorie e di giudizio del processo contabile sono ispirati alla disciplina del processo civile e non di quello penale.

Il confronto tra saperi giuridici differenti andrebbe approfondito e ampliato nei contesti in cui essi vengono a sovrapporsi[88].

La riformata fattispecie di abuso d'ufficio nella prassi applicativa mostra le fragilità di uno scudo di cristallo, destinato ad andare in frantumi con l'insorgere di interpretazioni estensive del diritto vivente e a richiedere nuovamente l'intervento riparatore del legislatore.

La permanenza di incertezze applicative che si registrano a tre anni dall'entrata in vigore della riforma e la necessità di evitare vuoti di tutela che si verrebbero inevitabilmente a creare qualora venisse integralmente abolita la fattispecie[89], impone la riflessione sulla necessità di ulteriori prospettive di riforma, la previsione di sanzioni di tipo diverso o la valorizzazione degli altri tipi di responsabilità.

È del tutto evidente che un intervento in materia si rende necessario. Nonostante si siano già succeduti numerosi interventi del legislatore sulla fattispecie dell'art. 323 c.p., potrebbe non essere una chimera un'ultima riformulazione della norma che sia veramente efficace ed effettiva, che individui criteri selettivi non suscettibili di interpretazioni estensive e che consentano di ancorare l'abuso di ufficio al principio di tassatività. Ciò, ad esempio, attraverso la puntuale indicazione delle fonti violate, dei provvedimenti invalidi e delle patologie che lo affliggono[90].

Si potrebbe in alternativa immaginare il recupero in chiave preventiva del presidio della legalità amministrativa, attraverso l'individuazione di strumenti adeguati volti a rafforzare in una strategia di prevenzione quella tutela indebolita in chiave repressiva. Se è vero che il controllo penale sull'esercizio della funzione amministrativa può talvolta generare un rallentamento o addirittura un blocco delle attività in cui si annida la presunta condotta abusiva mettendo in ombra l'interesse pubblico che avrebbe voluto tutelarsi, tenuto conto anche della scarsa effettività della fattispecie così delineata, come evidenziato dalle ormai note statistiche,

---

[88] Sul punto si veda A. CIOFFI, *Abuso d'ufficio e diritto amministrativo. Il problema dei due ordinamenti, tra eterointegrazione e incorporazione,* in *Diritto amministrativo*, fasc.2, 1 giugno 2023, pp. 285 ss; S. PERONGINI, *Il sindacato del giudice penale sulle valutazioni discrezionali dell'amministrazione*, in *Diritto Amministrativo,* fasc.2, 1 giugno 2023, pp. 229 ss.

[89] In tema G.L. GATTA, *La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d'asta, si al (moribondo) abuso d'ufficio,* in *Sistema Penale*, 26 luglio 2023, commenta la sentenza Cass. sez. vi, 24 maggio 2023, n. 32319, che ha escluso che la "turbativa" dei concorsi per Professori universitari integri il delitto di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), quanto piuttosto il reato di abuso d'ufficio, che, qualora abrogato, creerebbe un vuoto di tutela.

Sul punto anche Cass. Sez. VI, 10 maggio 2023, n. 26225, che nell'affermare che i concorsi per l'accesso a impieghi pubblici o le connesse procedure di mobilità del personale tra diverse amministrazioni non rientrano nelle "gare" tutelate dall'art. 353 c.p., aggiunge che tali condotte possono essere ricondotte all'art. 323 c.p. e integrare pertanto un abuso d'ufficio. Commenta tale pronuncia G.L. GATTA, *Concorsi pubblici "turbati": per la Cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l'abrogazione dell'art. 323 c.p.,* in *Sistema Penale,* 19 giugno 2023.

[90] Una proposta è quella contenuta nel volume di S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020* , 2020.

potrebbe essere opportuno valutare un ridimensionamento del diritto penale nelle vicende della pubblica amministrazione.

Se di depenalizzazione occulta si tratta, tenuto conto che la maggior parte dei provvedimenti della pubblica amministrazione sono discrezionali, che interi settori sono ormai delegificati e che è difficile immaginare che precetti di condotta specifici e vincolanti siano contenuti in disposizioni di rango primario, potrebbe pertanto essere utile ripensare a meccanismi alternativi a presidio della tutela del buon andamento della pubblica amministrazione, valutando ad esempio l'opportunità e la possibilità di recuperare in chiave preventiva il presidio della legalità dell'attività amministrativa.

Ad esempio, come già proposto nella riforma Castaldo-Naddeo, attribuendo all'Autorità indipendente un supporto interpretativo che potrebbe avere sensibili vantaggi in termini di consapevolezza degli operatori e, di conseguenza, di efficienza della decisione ammnistrativa. Potrebbe essere attribuito a linee guida il compito di selezionare le condotte rilevanti per recuperare certezza e prevedibilità della fattispecie e si potrebbe valutare la previsione di una causa di non punibilità in favore del pubblico agente che abbia rispettato le linee guida o i pareri formalmente resi da un'autorità di controllo, come dibattuto già in passato per la responsabilità degli enti con riguardo ai programmi organizzativi interni. Tale spunto potrebbe derivare anche da quanto avvenuto in campo sanitario: come sono state emanate linee guida con la Legge Gelli-Bianco in materia di colpa medica per porre rimedio alla "medicina difensiva", anche l'"amministrazione difensiva" potrebbe trovare supporto in tale atto.

Per quanto attiene allo scudo erariale, appare difficile apprezzare positivamente tale intervento, tanto più in considerazione delle tre proroghe che si sono succedute e che fanno sinceramente dubitare della sua delimitazione temporale. I presidi della legalità dell'azione amministrativa appaiono pertanto indeboliti ed una vasta area di condotte, gravemente colpose, relative ad una non oculata gestione delle risorse pubbliche rischiano ora di sfuggire ai controlli della Magistratura contabile e di restare a carico dei bilanci pubblici e della collettività.

Merita infine una riflessione l'impatto della permanenza dello scudo erariale e della prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio sull'efficace individuazione e lotta alla corruzione.

Da un primo punto di vista, il grave depotenziamento dei presidi di legalità e di tutela della sana e corretta gestione delle risorse pubbliche realizzato con la dequotazione della responsabilità amministrativo-contabile, a dispetto di quanto imposto dalla normativa comunitaria, specie nella gestione di una assai ingente mole di risorse quali quelle connesse al PNRR, rischia infatti di avere effetti negativi di un certo rilievo nei confronti delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione [91], con la conseguenza – certamente non voluta, ma probabilmente non adeguatamente valutata – di incentivare l'utilizzo improprio di tali risorse.

[91] Sul punto F. ALBO, *Limitazione della responsabilità amministrativa e anticorruzione: il PNRR è adeguatamente protetto?,* in *Questa Rivista,* 24 maggio 2021. Rileva l'Autore che ove l'accordo corruttivo preveda il compimento di atti che comportino un maggiore esborso a carico dell'Amministrazione, il danno all'erario e la condotta antidoverosa costituiscono la punta dell'iceberg di dinamiche corruttive che sfuggono alla repressione penale. La limitazione della perseguibilità di danni erariali cagionati con colpa grave impedisce così la repressione di indebiti esborsi che traggono origine da precise dinamiche corruttive che rimangono conosciute soltanto dalle parti.

Per quanto concerne invece il versante penalistico, il delitto di abuso di ufficio è molto spesso "il delitto-spia delle figure di corruzione in senso stretto"[92], e la sua paventata abrogazione andrebbe gravemente ad inficiare le strategie di repressione di tali fenomeni. Anche a tal proposito è oggetto di discussione una Proposta di Direttiva sulla lotta contro la corruzione che all'art. 11 impone un vincolo di criminalizzazione in materia di abuso di ufficio, evidenziando pertanto la necessità di tale reato – previsto in tutti i 25 Stati UE[93] - superando la Convenzione ONU di Merida del 2003 che riconosceva agli Stati la mera facoltà di tale penalizzazione.

La direzione euro-unitaria appare dunque chiara, sia sul versante penalistico che erariale: occorre ora meditare o ri-meditare entrambi gli scudi nella prospettiva nazionale.

[92] Così M.GAMBARDELLA, *La "Proposta di Direttiva in materia di lotta alla corruzione" al vaglio del Parlamento: qualche riflessione sui reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze,* in *Sistema Penale*, 27 luglio.
[93] Sul punto si veda E. MATTEVI, *L'abuso d'ufficio in prospettiva comparata,* in *Giustizia Insieme*, 17 luglio 2023.

PARADIGMI NORMATIVI PER LA DISCIPLINA DELLA TECNOLOGIA: AUTO-REGOLAZIONE, CO-REGOLAZIONE ED ETERO-REGOLAZIONE[1]

di Antonio Iannuzzi
Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi Roma Tre

SOMMARIO

1. Come regolare la tecnologia?
2. Il successo dell'auto-regolazione nell'ordinamento dell'Unione europea come strumento per la regolazione delle tecnologie emergenti
3. Il favore per la co-regolazione fra diritto e tecnica
4. Oltre la co-regolazione: la legge a contenuto tecnico-scientifico come strumento di etero-normazione nell'ordinamento giuridico italiano
5. Le *scientific questions* al vaglio della Corte Costituzionale: criticità e innovazioni nel procedimento di legittimità costituzionale

ABSTRACT

Il presente contributo si propone di indagare, con gli strumenti propri e dal punto di vista del diritto costituzionale, il complesso rapporto intercorrente tra diritto e scienza con specifico riferimento all'incidenza delle valutazioni tecnico scientifiche sul sistema delle fonti e sul processo costituzionale.
Nel fare ciò la trattazione interseca considerazioni di sistema sul ruolo dello Stato, il quale si trova a dover affrontare le sfide connesse alla regolazione di fenomeni complessi e mutevoli, effetto dell'incessante progresso scientifico e tecnologico. In quest'ottica, l'elaborato affronta tanto la questione del forte condizionamento delle cognizioni science based sulla decisione politica, quanto il tema della normazione tecnica e la sua incidenza nel sistema delle fonti del diritto.
In secondo luogo, l'indagine si sposta sul versante della giustizia costituzionale, al fine di definire lo statuto costituzionale della legge a contenuto tecnico-scientifico, nonché di evidenziare il valore dell'attività istruttoria nel giudizio costituzionale avente ad oggetto leggi che presuppongono valutazioni scientifiche o tecniche.

This paper aims to investigate, through the tools of constitutional law, the complex relationship between law and science, with specific reference to the impact of scientific-technical assessments on the sources of law and the constitutional process.
In doing so, the discussion intersects systemic considerations relating to the role of the state as it faces challenges related to the regulation of complex and evolving phenomena resulting from continuous scientific and technological progress. From this perspective, the paper addresses both the strong influence of scientific knowledge on policymaking and the issue of technical standardization and its impact on the system of legal sources.
Secondly, the inquiry shifts to the field of constitutional justice, in order to define the constitutional status of laws with scientific-technical content and to highlight the value of instructional activity in constitutional judgments concerning laws that presuppose scientific or technical assessments.

[1] L'articolo è stato sottoposto alla procedura di referaggio a doppio cieco descritta sul sito www.dirittoeconti.it

1. Come regolare la tecnologia?

La tecnologia *può* essere regolata. Le suggestioni anarcoidi che erano state avanzate soprattutto dopo l'avvento di Internet in nome dell'asserita costruzione di uno spazio di libertà assoluta, anche dalle regole giuridiche, si sono miseramente affievolite al confronto con la rapida constatazione che, al contrario, uno spazio privo di regolazione ha prodotto concentrazioni enormi di poteri in mano a soggetti privati (Big Tech), che ora sono diventati così forti da rendersi impermeabili ad ogni tipo di limitazione tardiva della loro azione e tanto da costringere ad effettuare un'importante riperimetrazione del potere tra soggetti pubblici e privati[2].

La tecnologia, allora, *deve* essere regolata. La questione si sposta, quindi, sul *come regolarla* che implica l'individuazione delle forme, delle procedure e degli strumenti più idonei[3]. Il compito che si assume non è per nulla agevole, soprattutto perché si può avvertire la scoraggiante sensazione di avere a che fare con oggetti talvolta sconosciuti, perché frutto di conoscenze nuove con implicazioni di utilizzo quasi mai inizialmente definite; sfuggenti, perché in continua evoluzione e perciò refrattari ad essere avvolti dalla disciplina giuridica, che mira invece a durare nel tempo; invisibili ed intangibili, perché immateriali in quanto digitali: "cose" virtuali, non fisiche, difficilmente compatibili con la dimensione spaziale del diritto; a-territoriali, perché non fisicamente collocabili in uno spazio ma, anzi, destinati a diffondersi a livello globale, con ciò resistendo alla vocazione territoriale del diritto ed, in definitiva, sottraendosi alla sovranità degli Stati.

In definitiva, la tecnologia emergente rivela una ontologica capacità di mettere in crisi il trinomio «Stato Spazio Tempo», su cui poggiano le radici del costituzionalismo democratico[4].

Ma i problemi che la tecnologia pone al diritto non si limitano a quelli già ardui appena descritti. Si aggiunge anche la difficoltà di far dialogare settori che utilizzano linguaggi diversi. Ciò produce la notevole difficoltà di penetrare l'essenza dei problemi, nei frequenti casi in cui il giurista risulti sprovvisto di competenze estremamente settoriali. Si pensi esemplificativamente alla difficoltà di regolare le tecnologie informatiche e digitali senza avere previamente acquisito e compreso concetti e termini informatici.

La regolazione della tecnologia – che è parte della più generale questione della regolazione delle fattispecie a contenuto tecnico-scientifico - pone, insomma, una sfida al diritto davvero impervia. In questi ambiti, il diritto per comprendere l'oggetto da regolare – si potrebbe dire la realtà se l'espressione non fosse così impegnativa in un mondo che si apre anche al virtuale o alla mistificazione della "realtà aumentata" – ha necessità di acquisire valutazioni tecniche da altre scienze. Nella gran parte dei casi, la

---

[2] Nell'ormai ampia letteratura v., da ultimo, M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Bologna, Edizione e-book 2022, 48 la quale osserva che è in atto «una silenziosa e importante redistribuzione di potere tra pubblico e privato».

[3] Giacché, com'è stato avvertito da M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *Media Laws,* 2020, 36, «oggi in tutto il mondo, e non da ultimo negli Stati Uniti, si discute accanitamente non più sulla necessità, ma sui modi con i quali regolare efficacemente l'uso di Internet», sconfessando ormai con decisione, appunto, «la retorica deregolatoria». Anche la dottrina americana «dopo aver coltivato largamente l'ottimismo, non ha esitato poi ad analizzare in modo capillare i meccanismi internettiani e i pericoli che li accompagnano, sino a entrare in consonanza con i modelli di regolamentazione avviati in Europa, e persino a concepirne di più audaci», così ancora M. MANETTI, *Internet e i nuovi pericoli per la libertà di informazione*, in *Quad. cost.*, 2023, 524.

[4] Per utilizzare il titolo di un recente contributo, S. STAIANO, *Stato Tempo Spazio*, in *Rivista AIC*, 2023, 127 ss. (spec. 136 s.), che opportunamente si sofferma anche sulle questioni oggetto del presente contributo per avvertire che «in tutti questi casi, non v'è, non vi può essere, il recedere dello Stato. Viene piuttosto in primo piano la necessità crescente di una efficace regolazione statale, che gli Stati hanno difficoltà ad elaborare, non riuscendo a parametrare la propria azione sulla velocità dell'evoluzione tecnologica, ma che è in tutta evidenza irrinunciabile».

conoscenza giuridica si arricchisce della conoscenza settoriale fornita da altri rami del sapere, senza delegare ad essi il compito di disciplinare fattispecie singole. La virtuosità del rapporto fra diritto e tecnica si evidenzia con decisione nelle frequenti situazioni in cui di fronte alla difficoltà, ed in molti casi all'impossibilità, della comunità scientifica di assumere una posizione certa e univoca su una fattispecie che richiede una regolazione normativa, il primo deve farsi carico del compito improbo di governare fattispecie dubbie persino per gli specialisti di altri rami del sapere, nella prospettiva di dover assumere responsabilità gravose anche per non scadere in forme di indecidibilità.

A ben vedere, infatti, la rigida divisione dei ruoli e delle competenze si affievolisce laddove i parametri specialistici derivanti dalle conoscenze tecnico-scientifiche non sono in grado di fornire risposte certe ed univoche[5], rendendo, quindi, necessaria l'etero-integrazione che mette in correlazione diritto, politica, scienza e tecnica[6].

Le questioni scientifiche controverse, invero, sono sempre più frequenti in ragione, da un lato, della circostanza per cui le funzioni dello Stato non possono più circoscriversi alla legislazione, all'amministrazione e alla giurisdizione dei rapporti tra e con i cittadini, bensì si estendono alla soluzione di eventi complessi, fortemente condizionati dalle cognizioni scientifiche e tecniche[7]; dall'altro, ad incidere su tale fenomeno è il modo di procedere proprio del metodo scientifico che difficilmente produce oggettività, per via del fatto che il sapere non è mai pienamente verificato, bensì meramente non falsificato.

---

[5] L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano, 1986, 8 ss.

[6] Sul tema dei rapporti fra diritto e scienza, fra i tanti, si ricorda G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008; R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'AMICO, B. RANDAZZO, Milano, 2011, 218 ss.; G. DEMURO, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Rivista AIC*, 2013; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Forum Quad. Cost*., 11 giugno 2014; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2015; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016; M. D'AMICO, *Scienza e diritti nella giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri,* a cura di A. RUGGERI, Torino, 2016, 718 ss.; E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2017; D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019; G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2019; G. RAGONE, *Eine Empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020; E. D'ORLANDO, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, in DPCE online, 2021, 347 ss.; L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e della politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Milano, 2022; S. PENASA, *Verso un diritto "technologically immersive": la sperimentazione normativa in prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 2023, 671 ss. Per un approfondimento dei rapporti fra diritto e scienza, più in generale, sia consentito rinviare ad A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018.

[7] In questo senso l'ambito del biodiritto fornisce una straordinaria esemplificazione di come le nuove cognizioni tecnico scientifiche mettano in discussione le tradizionali categorie del diritto – quali, ad esempio, la vita, il concepimento, la morte ecc. - e quindi come, «di fronte all'incertezza scientifica, non appare più sicuro il diritto, troppo lento nei suoi meccanismi conoscitivi e di adeguamento in rapporto alle accelerazioni della conoscenza scientifica e delle applicazioni tecnologiche, e soprattutto in difficoltà a mediare non solo tra le acquisizioni scientifiche e le posizioni sociali e politiche, quanto - all'interno di queste - tra diversi modelli etici, religiosi, ideologici di riferimento». A. D'ALOIA, *Norme, diritti, giustizia nel tempo delle biotecnologie: note introduttive*, in AA. VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'ALOIA, Torino, 2005, XII. Sul punto si veda anche P. ZATTI, *Appunti di Viaggio di un 'bio-giurista*', in AA. VV., *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, a cura di G. ALPA, V. ROPPO, Roma-Bari, 2013, 925-932.

Pertanto, appare necessario un approccio innovativo della scienza giuridica, specie quella costituzionalistica, che sia in grado di sottoporre ad un vaglio critico le categorie tradizionali al fine di verificarne la tenuta a fronte del costante progresso delle conoscenze tecnologiche[8].

Il reciproco rapporto di comprovata indeterminatezza fra diritto e scienza viene inciso da ulteriori elementi di ambiguità nell'era della civiltà tecnologica che acutizza ancora di più il processo di frammentazione e la conseguente necessità di perimetrare i vari ambiti della conoscenza fino ad arrivare a comprendere nel termine "scienza" le sole c.d. scienze dure e la tecnologia, escludendo, quindi, tanto le scienze giuridiche e dell'amministrazione, quanto quelle economiche e finanziarie.

Certamente anche il dialogo con i saperi di natura economico-finanziaria rappresenta un coefficiente di necessità e di profitto per la conoscenza giuridica[9], come dimostra la circostanza che la Corte costituzionale ha fatto ricorso agli esperti per la prima volta, dopo la più recente modifica delle norme integrative di cui si parlerà nell'ultimo paragrafo del presente contributo, per richiedere il supporto di esperti di «chiara fama» in possesso di conoscenze relative all'organizzazione ed all'economia aziendale[10]. Ancora soprattutto la sent. n. 89/2017 della Corte costituzionale ha dato evidenza a norme di contabilità pubblica, nel caso di specie contenute in un DPCM, che assumono la veste di norme tecniche perché realizzano «un meccanismo di produzione normativa del tutto peculiare: una sorta di 'incorporazione', che - in modo molto simile a quanto avviene nel modello dell'omologazione comunitaria dei principi contabili - consiste nella trascrizione di regole tecniche provenienti, soprattutto in questo caso, da fonti diverse per natura e per funzione all'interno di un testo normativo ma pone problemi diversi che vanno approfonditi con strumenti diversi»[11].

Nel presente contributo, però, intendo occuparmi della normazione tecnica per la regolazione delle tecnologie emergenti e, dunque, di quella normativa che si produce a seguito dell'interazione fra il diritto e le c.d. scienze dure.

2. Il successo dell'auto-regolazione nell'ordinamento dell'Unione europea come strumento per la regolazione delle tecnologie emergenti

Lo strumento privilegiato per la regolazione delle tecnologie emergenti è la norma tecnica, privata o pubblica.

Nel settore oggetto del presente contributo, così come delimitato nel paragrafo precedente, alle conseguenze problematiche che discendono dalla dicotomia fra diritto e scienza si aggiunge, quindi, la complessità derivante dalla separazione dei linguaggi settoriali e nello specifico, per quanto qui di interesse, la fortissima vischiosità del termine "tecnica" al quale, in ambito giuridico, vengono attribuiti vari utilizzi e diversi significati[12]. L'uso ambiguo e sfuggente del termine si riverbera, inevitabilmente, anche nella ricerca di una definizione condivisa di "norma tecnica".

---

[8] Cfr. F. SPANGATI, *Il valore giuridico delle norme tecniche*, in *Ius*, 2001, 284; A. D'ALOIA, *Norme, diritti, giustizia nel tempo delle biotecnologie: note introduttive*, *cit*., XII.

[9] Sulla rilevanza delle norme tecniche in questi ambiti v. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano 2012, 350 ss.

[10] È il caso della sent. n. 164/2020, per la cui decisione la Corte costituzionale con l'ordinanza del 25-27 febbraio 2020 aveva proceduto alla convocazione degli esperti, ai sensi dell'art. 14-*bis* delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, per l'audizione nella camera di consiglio del 23 marzo 2020.

[11] Così L. MERCATI, *L'equilibrio di bilancio tra principi contabili e norme tecniche*, in *Giur. Cost.*, 2017, 893.

[12] Fra gli studi riconducibili al diritto della tecnica finiscono per inserirsi temi diversi come lo studio delle tecniche normative, quello relativo al rapporto tra politica e tecnica la quale, in questo caso, si intende come sinonimo di

Ebbene, nella ricerca di una tale definizione, a parere di chi scrive, appare opportuno prendere le distanze dalla dottrina tradizionale secondo cui, all'interno del sistema delle fonti, non vi sarebbe distinzione tra norme tecniche e norme giuridiche, sostenendo, al contrario, la necessaria alterità tra le due concettualizzazioni.

Ad una simile conclusione è possibile approdare, anzitutto, attraverso l'analisi del dato normativo e, in particolare, dal Regolamento (UE) n. 2012/1025[13] e della Direttiva (UE) n. 2015/1535[14] nei quali viene operata la distinzione tra norme tecniche e regole tecniche, che consente di individuare le caratteristiche proprie di tale regolazione a contenuto tecnico-scientifico evidenziando, al contempo, gli elementi di originalità rispetto ai canoni tradizionali della norma giuridica.

Nello specifico, con il termine «norma tecnica» si fa riferimento a specifiche tecniche[15], di carattere volontario o consensuale, adottate da un organismo di normazione riconosciuto a livello nazionale (quelli italiani sono l'UNI e il CEI), europeo (il CEN, il CENELEC e l'ETSI) o internazionale (quali l'ISO, l'IEC e l'ITU), di modo che si distingue tra norma nazionale, europea, armonizzata e internazionale, ovviamente sulla base dell'organismo che la adotta[16]. Sul punto, occorre evidenziare che, in ragione della naturale vocazione universale della scienza e della tecnica, si assiste, nella produzione di norme tecniche, alla preminenza degli organismi di diritto internazionale ed europeo[17]. Questi ultimi, poi, ricoprono anche il ruolo peculiare di operare come organi di raccordo fra i soggetti internazionali e quelli nazionali al fine di rafforzare la competitività globale dell'industria europea.

Ebbene, dalla lettura degli statuti e dei documenti prodotti e pubblicati da detti enti emergono i tratti distintivi della normazione tecnica che presentano elementi di originalità e differenziali rispetto alla norma giuridica, alla quale non può, quindi, essere assimilata concettualmente.

---

amministrazione. V.P. CARROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, in AA. VV., *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 82 ss. E ancora, tra le accezioni proposte dalla dottrina giuspubblicistica, la tecnica viene intesa come l'insieme delle conoscenze, ricavate da prove logiche o sperimentali, utili per comprendere un determinato fenomeno, come lo sviluppo delle scienze pure, o ancora come l'ambito caratterizzato da cognizioni e giudizi basati su una scienza specialistica. In tal senso si vedano C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 193; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 84; A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, 253 ss.

[13] Il Regolamento (UE) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 sulla normazione europea, modifica le direttive 89/686/CEE e 93/15/CEE del Consiglio nonché le direttive 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE e 2009/105/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la decisione 87/95/CEE del Consiglio e la decisione n. 1673/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

[14] La direttiva prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione (codificazione).

[15] Da intendersi, ai sensi dell'art.2 del Regolamento n. 2012/1025, quale «documento che prescrive i requisiti tecnici che un determinato prodotto, processo, servizio o sistema deve soddisfare e che stabilisce uno o più tra gli elementi» indicati dal regolamento stesso.

[16] Più precisamente il Regolamento n.2012/2015 definisce la norma tecnica come «una specifica tecnica, adottata da un organismo di normazione riconosciuto, per applicazione ripetuta o continua, alla quale non è obbligatorio conformarsi, e che appartenga a una delle seguenti categorie: a) «norma internazionale»: una norma adottata da un organismo di normazione internazionale; b) «norma europea»: una norma adottata da un'organizzazione europea di normazione; c) «norma armonizzata»: una norma europea adottata sulla base di una richiesta della Commissione ai fini dell'applicazione della legislazione dell'Unione sull'armonizzazione; d) «norma nazionale»: una norma adottata da un organismo di normazione nazionale».

[17] T. BÜTHE, *Le conseguenze distributive della regolazione transnazionale privata: la complementarità istituzionale come fonte strutturale di potere nella standardizzazione tecnica e nei mercati finanziari*, in AA. VV., *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, 2017, 287.

Le peculiarità delle norme tecniche emergono da diversi fattori: innanzi tutto, dal fatto che sono qualificate come *consensuali*, in quanto devono essere approvate con il voto dei partecipanti ai lavori; *volontarie*, poiché le parti interessate si impongono spontaneamente tali norme; *democratiche*, in ragione della possibilità concessa a chiunque di formulare osservazioni entro la conclusione dell'iter di approvazione, che vede coinvolte tutte le parti economico-sociali interessate[18]. Il tratto che più discosta la norma tecnica da quella giuridica, tuttavia, è costituito dalla circostanza che sono fonti espressione di autonomia, in quanto regole prodotte spontaneamente dagli stessi destinatari, in luogo del tratto dell'eteronomia che caratterizza la norma giuridica che, invece, è posta in essere da un soggetto diverso rispetto al destinatario degli effetti[19].

Un ulteriore elemento differenziale della norma tecnica da quella giuridica concerne la commerciabilità della prima, la quale può essere consultata solo accedendo ad un catalogo disponibile solo a pagamento. Ebbene questo aspetto, soprattutto nel caso in cui la norma tecnica sia prodotta su mandato dell'Unione europea, è il caso nello specifico delle norme tecniche armonizzate (NTA), rappresenta un'evidente criticità perché non ne consente la libera messa a disposizione dei destinatari. Su questo aspetto, proprio da ultimo, è pendente una questione davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, Causa C-588/21 P (*Public.Resource.Org, Inc., Right to Know CLG c. Commissione europea*)[20]. All'interno del procedimento, l'avvocato generale presso la Corte di Giustizia, Laila Medina si è espressa nel senso di ritenere che, in base al principio dello Stato di diritto, l'accesso alle NTA debba essere liberamente disponibile e gratuito, in quanto le stesse, attuando il diritto derivato dell'Unione ed essendo foriere di effetti giuridici, dovrebbero essere pubblicate nella Gazzetta ufficiale così da poterne garantire l'opponibilità e l'accessibilità[21]. Detta causa offrirà l'opportunità alla Grande Sezione della Corte di Giustizia di pronunciarsi in merito alla questione se le NTA possano essere protette dal diritto d'autore o se il principio dello Stato di diritto, nonché quello di trasparenza e il diritto

[18] Sull'iter di approvazione sia consentito rinviare ancora ad A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 39 ss.

[19] In tal senso, F. MODUGNO, *Norma giuridica, I, Norma (teoria generale)*, in *Enc. Dir*., XXVIII, 1978, 343; A. FALZEA*, Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Milano, 2008, 9 ss.

[20] La vicenda processuale ha avuto origine dall'impugnazione presentata da *Public.Resource.Org, Inc*. e da *Right to Know CLG*, organizzazioni senza scopo di lucro la cui missione principale è quella di rendere la legislazione liberamente accessibile a tutti i cittadini. Le ricorrenti lamentano il diniego all'accesso a documenti detenuti dalla Commissione concernenti quattro NTA adottate dal Comitato europeo di normazione (CEN), ai sensi del regolamento (UE) n. 1025/2012, chiedendo quindi l'annullamento della sentenza del Tribunale del 14 luglio 2021 che ha respinto il loro ricorso volto all'annullamento della decisione della Commissione C (2019) 639 final, del 22 gennaio 2019.

[21] Conclusioni dell'Avvocato Generale Laila Medina, 22 giugno 2023, Causa C-588/21 P: Anzitutto, l'avv.ta Medina osserva che la Corte di Giustizia, ad oggi, non si sia ancora interrogata sulla natura delle NTA, nonostante la stessa abbia già accertato che le NTA, produttive di effetti giuridici, facciano parte del diritto dell'Unione e possano essere vincolanti. Nei considerando 16-32, l'avvocata mette in luce la circostanza per cui, all'interno dell'ambito del regime di normazione stabilito dal legislatore dell'Unione, le NTA siano da considerarsi adottate dalla Commissione o, comunque che la stessa sia responsabile della loro adozione congiuntamente alla pertinente organizzazione europea di normazione. L'avvocata Generale, nei considerando 33-51, prosegue argomentando che il rispetto delle NTA dà luogo a una presunzione di conformità ai requisiti fondamentali del diritto derivato dell'Unione, dispiegando, quindi, lo stesso effetto di una norma obbligatoria, da un lato, per qualsiasi persona fisica o giuridica che intenda confutare tale presunzione, dall'altro, rispetto al recepimento delle stesse da parte degli Stati membri, che le devono adottare come norma nazionale e revocare entro sei mesi le norme in conflitto. Infine, nei considerando 52-95, viene messo in luce che il principio dello Stato di diritto richiede il libero accesso al diritto dell'Unione per tutte le persone fisiche e giuridiche nell'Unione europea, pertanto, tenuto conto dell'art. 297 TFUE e del ruolo e degli effetti giuridici che NTA dispiegano nell'attuazione del diritto derivato dell'Unione esse non dovrebbero, beneficiare della protezione del diritto d'autore o comunque, il libero accesso alla legge dovrebbe considerarsi prioritario rispetto alla tutela di tale diritto.

di accesso ai documenti, sancito dall'articolo 15 TFUE, impongano che l'accesso alle stesse debba essere liberamente disponibile e gratuito. Ebbene, la questione del libero accesso alla normativa di armonizzazione riveste particolare rilevanza, specie se si considera che la stessa viene impiegata sempre più di frequente nella regolazione delle nuove tecnologie[22], sicché non resta che attendere la decisone della Corte di Giustizia e i successivi risvolti pratici.

La questione diventa complessa, però, se si considera che anche grazie al canale di vendita delle norme tecniche, gli organismi di normazione, costituiti nella forma di associazioni di diritto privato senza finalità di lucro, contribuiscono a finanziarsi.

Come anticipato, la questione della gratuità – e quindi della libera conoscibilità della norma tecnica – si avvalora nel caso delle norme armonizzate, che sono una categoria specifica di norme tecniche che vengono adottate dagli organismi di normalizzazione europea su mandato della Commissione europea, da elaborare nei margini di una cornice costituita da obiettivi normativi molto ampi. La norma armonizzata è il prodotto della pubblicazione, ad opera della Commissione UE, sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea degli standard tecnici predisposti dagli organismi europei di normalizzazione. Come la Corte di Giustizia ha avuto modo di affermare, «una norma armonizzata (…) i cui riferimenti sono stati oggetto di una pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, rientra nel diritto dell'Unione», che la Corte di Lussemburgo può quindi interpretare in via pregiudiziale[23]. Se è così, allora deve essere gratuitamente fruibile.

Alla luce delle caratteristiche esposte, la norma tecnica volontaria o consensuale sembra trovare, quindi, la sua legittimazione nella categoria dell'autonomia dei privati[24], partecipando quindi a configurare l'attività degli organismi di normazione come un modello privatistico al servizio dello Stato-comunità, che in Italia trova copertura costituzionale nel principio di sussidiarietà orizzontale *ex* art. 118, ult. comma, Cost., con la funzione di garanzia delle qualità merceologiche e qualitative dei prodotti industriali, dei servizi e delle tecnologie dell'informazione, ma indipendentemente dai vincoli imposti dall'ordinamento[25]. La rilevanza pubblicistica delle norme tecniche volontarie si acquista per effetto del riconoscimento e del mandato che ricevono dall'Unione europea. Già a partire dal 1985, l'Unione europea ha sviluppato un sistema parallelo di produzione di normazione tecnica ispirato al modello di regolazione tedesco[26], che si caratterizza per il conferimento di un mandato esplicito ad alcuni organismi privati del potere di adottare norme tecniche. La finalità del ha perseguito una politica di armonizzazione delle normative tecniche è il perseguimento dell'obiettivo di incrementare gli scambi commerciali, ma è chiaramente rinvenibile in questa politica anche il perseguimento di una finalità di interesse pubblico, quali la tutela della salute pubblica, la salvaguardia dell'ambiente[27], la protezione dei lavoratori, il

---

[22] C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 2021, 8 ss.

[23] CGUE, 27 ottobre 2016, C-613/14, punto 40, su rinvio pregiudiziale proposto dalla Supreme Court (Corte suprema, Irlanda), *James Elliott Construction Limited c. Irish Asphalt Limited*.

[24] A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e principio di competenza*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, 2315 ss. Sull'autonomia dei privati fondamentale è la lettura di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977; ID., *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002.

[25] P. TORRETTA, *La normazione volontaria nello Stato Comunità*, in *U&C, 2012*, 36.

[26] Per approfondire questo aspetto v. A. ZEI*, Tecnica e diritto tra pubblico e privato,* Milano*,* 2008, 290 ss.

[27] Sull'incidenza delle norme tecniche sulla tutela dell'ambiente v., per tutti, M. CECCHETTI, *Note introduttive allo studio delle normative tecniche nel sistema delle fonti a tutela dell'ambiente*, in AA. VV. *Osservatorio sulle fonti 1996*, a cura di U. DE SIERVO, Torino, 1996, 145 ss.; ID., *La produzione pubblica del diritto dell'ambiente: tra expertise tecnico-scientifico, democrazia e responsabilità politica*, in *DPCE online*, 2020, 3399 ss. Sulle

rispetto dei diritti dei consumatori[28]. Tale conferimento di potere è ora contenuto nel citato Regolamento (UE) n. 2012/1025 che affianca al riconoscimento ad una serie di soggetti come organizzazioni europee di normazione (CEN, Cenelec, ETSI) alla previsione di un mandato, individuato come «un atto di base» indirizzato verso soggetti che «sono stati incaricati di svolgere lavori preliminari a sostegno della normazione europea, in cooperazione con le organizzazioni europee di normazione». Nello specifico, le tre organizzazioni europee di normazione sono individuate nell'Allegato I dello stesso Regolamento. Entrambe le tipologie di enti sono, peraltro, finanziate dall'Unione europea, secondo le indicazioni contenute nell'Allegato III. L'art. 27 del Regolamento, invece, disciplina gli organismi nazionali di normazione stabilendo l'obbligo per gli Stati membri di informare la Commissione in merito ai loro organismi di normazione. Sulla base di queste comunicazioni, la Commissione pubblica ed aggiorna periodicamente un elenco degli organismi nazionali di normazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Gli obiettivi e i criteri che perseguono tali organismi di normazione con l'attività di produzione delle norme tecniche devono essere orientati a garantire il rispetto degli obiettivi di interesse pubblico, nei termini già chiariti.

La nuova stagione di successo delle norme tecniche nella società dei dati, delle piattaforme e dell'intelligenza artificiale è dovuta all'impareggiabile vantaggio della tempestività. Già a partire dai primi del Novecento, non appena un prodotto della tecnologia è pronto per essere immesso sul mercato le società coinvolte nel settore, che sono parte costitutiva degli enti di normazione, sono chiamate a produrre parallelamente le relative norme tecniche, ovviamente molto tempo prima che il problema della regolazione pubblica si imponga. Quindi non solo la manifestazione di auto-regolazione arriva sempre prima, ma praticamente c'è sempre, perché essa è consustanziale all'ideazione e alla fabbricazione di un prodotto o di un servizio. Il diritto, quindi, può solo inseguire ma scontando non solo il deficit iniziale di conoscenze specialistiche quanto, in realtà, un'asimmetria continua di informazioni e di saperi tecnici per via anche dei frequenti aggiornamenti che l'utilizzo di questi strumenti comporta.

Anche il predicato regime della volontarietà può essere in vario modo fatalmente spezzato. Sebbene le norme tecniche producano *per tabulas* regole ad efficacia volontaria, le stesse, a fronte della necessità di produrre certezze all'interno del mercato, possono assumere una diversa efficacia attraverso il sistema delle certificazioni, attestazioni indipendenti rilasciate da enti certificatori privati operanti in specifici mercati[29]. Tali certificazioni poi possono essere previste come volontarie o imposte come obbligatorie da norme di legge o di regolamento. Questa capacità di superare l'iniziale regime della volontarietà incide significativamente sull'apparato amministrativo in quanto, da un lato, gli standard tecnici globali sottraggono competenze sullo *standard setting* alle amministrazioni nazionali, rendendole mere responsabili dell'attuazione e del monitoraggio sull'osservanza degli stessi; dall'altro lato, la natura altamente tecnica dello standard suggerisce di trasferire le competenze dalle amministrazioni ad autorità

valutazioni tecniche della pubblica amministrazione in campo ambientale v., da ultimo, M. RAMAJOLI, *Le valutazioni tecniche degli organi preposti alla tutela dell'ambiente tra surrogabilità e sindacabilità giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 2023, 206 ss.

[28] F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 299 ss.; G. ELIAS, *Le regole comunitarie per l'accesso al mercato unico: le misure per l'eliminazione delle barriere tecniche*, in AA. VV., *La normativa tecnica industriale. Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, a cura di P. ANDREINI, G. CAIA, G. ELIAS, F.A. ROVERSI MONACO, Bologna, 1995, 35.

[29] U. CARNEVALI, *La norma tecnica da regola di esperienza e norma giuridicamente rilevante. Ricognizione storica e sistemazione teorica. Ruolo dell'UNI e del CEI*, in *Resp. Civile e previdenza*, 1997, 257 ss.; G. D'AURIA, *Le agenzie di "rating",* in *Il Diritto dell'economia*, 2016, 517 ss.; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012.

indipendenti o agenzie, andando così a mettere in moto un processo di depoliticizzazione o di «neutralizzazione della decisione politica»[30], inverando ancora una volta quelle «neutralizzazioni» e «spoliticizzazioni» che evocava Carl Schmitt[31].

3. Il favore per la co-regolazione fra diritto e tecnica

La regolazione della tecnologia richiede una sapiente miscela tra norme tecniche private e regole tecniche (o norme tecniche pubbliche). Negli ultimi anni è aumentato il favore verso la co-regolazione come strumento preferenziale per la regolazione delle nuove tecnologie, grazie alla sua capacità di porsi come strumento intermedio fra l'auto-regolazione delle norme tecniche e l'etero-regolazione della legge. La co-regolazione può essere intesa – è stato detto - come una forma di regolazione «ibrida» o «collaborativa» che «tenta di correggere la profonda asimmetria informativa esistente tra regolatore e regolato, assegnando alla decisione di matrice pubblica, la fissazione dei valori e degli obiettivi generali e coinvolgendo invece nella fase di esecuzione-attuazione i destinatari delle norme»[32]. Si realizza attraverso la co-regolazione una sorta di virtuosa collaborazione o di utile "partenariato pubblico-privato" che può essere sperimentato nel settore della produzione delle norme giuridiche.

Il favore per la co-regolazione rispetto alle forme di auto-regolazione deriva dal fatto che la prima, a differenza della seconda, non determina una mera delega di competenze nei confronti degli enti privati di normazione, ma, al contrario, consente di assumere la decisione tecnica nelle forme e nelle sedi tipiche della decisione politico-amministrativa, con l'evidente merito di innescare un coinvolgimento dei poteri pubblici.

Nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, come anche in quello interno, lo strumento normativo con cui si concretizza efficacemente il metodo della co-produzione delle norme è senz'altro rappresentato dalle regole tecniche (o norme tecniche pubbliche).

Merita di essere ancora osservato preliminarmente che la co-regolazione, esercitata mediante il ricorso alle regole tecniche, appare concettualmente più vicina alle forme di etero-regolazione, perché produce un atto-fonte, da cui promanano norme giuridiche, adottato da un organo diverso rispetto ai soggetti che sono chiamati ad osservarla (destinatari), pur mantenendo tratti differenziali dal punto di vista sostanziale, che derivano dalla circostanza che, in forme e modi diversi, il contenuto normativo è fortemente influenzato o del tutto mutuato da specifiche tecniche, se non da norme tecniche, poste in essere da organismi privati.

La locuzione «regola tecnica», ricavata, da ultimo, dalla già citata Direttiva (UE) n. 2015/1535, si riferisce alle norme di natura imperativa e vincolante, che possono essere qualificate come tali in quanto assumono la forza e il valore di legge della fonte che li accoglie, prodotte da organi o enti pubblici, statali o regionali, sulla base di cognizioni tecnico-scientifiche[33].

---

[30] F CAFAGGI, *Regolazione transazionale e trasformazioni dello Stato*, Bologna, 2016, 22; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano 2006; M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. Dir. Costituzionale*, 1996, 147 ss.

[31] C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in ID., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Bologna, 1972, 167 ss.

[32] Così efficacemente A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2022, 1031 ss.

[33] Ai sensi dell'art. 1, lett. *f)*, della dalla Direttiva (UE) n. 2015/1535 si intende per regola tecnica «una specificazione tecnica o altro requisito o una regola relativa ai servizi, comprese le disposizioni amministrative

Pertanto, l'approvazione di una norma tecnica pubblica comporta che «l'adeguamento alle regole da parte dei singoli interessati non è più affidabile a meccanismi di spontanea osservanza», trattandosi di «vere e proprie regole giuridiche vincolanti, la cui osservanza dà luogo alle sanzioni previste per le violazioni del diritto, ivi comprese, se del caso, le sanzioni penali»[34].

Dal momento che non sono certo infrequenti i casi in cui le norme contenute in atti-fonte facciano riferimento, in modo più o meno esplicito e dettagliato, a norme tecniche, tra le due tipologie di regolazione si vengono a creare degli intrecci inestricabili, i quali sono stati efficacemente schematizzati in tre metodi[35]: il primo prevede la partecipazione di organismi privati alla fase istruttoria del procedimento di formazione delle regole tecniche; nel secondo, attraverso l'incorporazione, le disposizioni congiuntamente formulate e scritte da organi vengono imputati allo Stato o all'ente pubblico[36]; il terzo è il c.d. rinvio mobile, improntato sul riconoscimento indiretto di effetti giuridicamente rilevanti di norme tecniche o standard di produzione non pubblicistici[37]. Tale ultima formula sembra presentarsi come ottimale, in quanto consente di non cristallizzare i precetti normativi ad un preciso stadio dell'evoluzione della tecnica, bensì, permette agli stessi di essere oggetto di aggiornamento tempestivo[38].

Da quanto sin qui illustrato emergono, come nel caso della norma tecnica, le caratteristiche distintive della regola tecnica rispetto alla figura dogmatica della norma giuridica.

Anzitutto, la norma tecnica pubblica è caratterizzata dalla *precarietà* in ragione della costante necessità di aggiornamento all'avanzare delle acquisizioni tecniche e scientifiche; in secondo luogo, dette regole, dal momento che spesso hanno ad oggetto questioni scientifiche controverse, risultano *opinabili* dalla comunità scientifica di riferimento o in virtù di successivi avanzamenti della conoscenza settoriale; altro carattere è quello della natura estremamente *specialistica* dei contenuti rispetto all'astrattezza propria della norma giuridica; infine, come la norma tecnica, difetta del carattere dell'eteronomia laddove il contenuto sia mutuato da specifiche tecniche elaborate da organismi privati, in quanto la norma in tal caso proviene da un soggetto che coincide con il destinatario (*autonomia*).

4. Oltre la co-regolazione: la legge a contenuto tecnico-scientifico come strumento di etero-normazione nell'ordinamento giuridico italiano

L'etero-regolazione si realizza con il ricorso alle leggi a contenuto tecnico-scientifico (o *science based*), che sono quelle fonti primarie che producono norme giuridiche caratterizzate per il loro

che ad esse si applicano, la cui osservanza è obbligatoria, *de jure o de facto*, per la commercializzazione, la prestazione di servizi, lo stabilimento di un fornitore di servizi o l'utilizzo degli stessi in uno Stato membro o in una parte importante di esso, nonché, fatte salve quelle di cui all'articolo 7, le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri che vietano la fabbricazione, l'importazione, la commercializzazione o l'utilizzo di un prodotto oppure la prestazione o l'utilizzo di un servizio o lo stabilimento come fornitore di servizi».

[34] V. ONIDA, *Il sistema delle fonti in materia ambientale, con particolare riferimento alla normativa tecnica*, in AA. VV., *Razionalizzazione della normativa in materia ambientale*. Atti del convegno giuridico, Milano, 1994, 68.

[35] A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, cit., 290.

[36] Per un'analisi dei diversi schemi di incorporazione si veda A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 89 ss.

[37] A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, cit., 291.

[38] F. CINTOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione*", Milano, 2005, 24; L. MONTANARI, *I poteri degli organismi tecnico-scientifici*, in AA. VV., *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, a cura di G. COMANDÈ, G. PONZANELLI, Torino, 2004.

contenuto minuziosamente tecnico o specialistico piuttosto che per il loro fondamento tecnico-scientifico, esprimendo nel contenuto una correlazione necessaria fra scienza, tecnica e diritto.

Con riferimento a tale ultima categoria, deve evidenziarsi come, all'interno del panorama normativo italiano non si rinvengano né procedure atte a regolare la formazione di leggi *science based*[39]; né, tantomeno, la presenza di adeguati meccanismi di coinvolgimento *ex post* degli esperti, orientati all'aggiornamento della disciplina legislativa. Entrambe le criticità risultano estremamente gravi in ragione della natura di tali leggi che, dovendosi fondare su solide basi scientifiche, necessitano di una particolare istruttoria e di un continuo aggiornamento, in linea con l'evoluzione degli studi in materia[40].

Ora, sebbene si renda indispensabile il coinvolgimento dell'*expertise* nella regolazione di fenomeni complessi[41], allo stesso tempo una simile apertura non deve tradursi in una sorta di subalternità del diritto alla scienza, bensì la stessa dovrebbe essere intesa e utilizzata come strumento volto a valutare con più precisione tutti gli interessi coinvolti all'interno della disciplina legislativa, riaffermando, al contempo, la centralità del giudizio di ragionevolezza, inteso come conciliazione di valori costituzionali nella sua accezione di canone di razionalità pratica, in luogo dell'esaltazione della ragionevolezza scientifica[42].

Il ricorso ad un'accezione ampia della locuzione «regolazione a contenuto tecnico-scientifico», non limitato, quindi, a considerare le norme e le regole tecniche intese in senso stretto, ma esteso alla considerazione di tutte quelle leggi che risultano comunque condizionate dal fattore tecnico-scientifico, consente di accomunare l'analisi di fenomeni giuridici solo apparentemente a sé stanti, come principalmente quello dell'incidenza della regolazione tecnico-scientifica sui principi del costituzionalismo democratico, nonché quello della fuga della decisione politica, causata dal travalicamento della regolazione tecnica verso ambiti "politici" e discrezionali e il conseguente tentativo di ricondurre il procedimento di acquisizione delle valutazioni tecniche entro percorsi giuridici formali, che assicurino trasparenza, apertura e democraticità dei processi decisionali.

Ma qual è lo spazio della legge a contenuto tecnico-scientifico nell'ordinamento interno alla luce del forte protagonismo di regolamenti e direttive dell'Unione europea in settori condizionati dalla tecnica, come quello della regolazione dei dati, delle piattaforme e dell'intelligenza artificiale o come la tutela dell'ambiente?

---

[39] Una simile lacuna, inoltre, si pone in contrasto con la giurisprudenza, sia della Corte EDU, che quella della Corte costituzionale, le quali hanno espresso, in più occasioni, la necessità di ricercare un punto di incontro tra le valutazioni politiche e quelle di natura scientifica nell'elaborazione normativa, al fine di evitare il c.d. anacronismo scientifico delle leggi. Si veda, in tal senso, la decisione della Corte EDU, S.H. e altri c. Austria, 57813/00, Prima sezione del 1° aprile 2010 e Grande Camera del 3 novembre 2011.

[40] Si parla, in questi casi, di fonti rinforzate per la cui validità, secondo la definizione proposta da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova, 1993, 239 s., «in ordine a determinati oggetti, si richiedono particolari presupposti ovvero condizioni e modalità di formazione più difficoltose e complesse (aggravate) di quelle in genere prescritte per le leggi del medesimo tipo».

[41] A tal proposito, l'ordinamento dell'Unione europea sembrerebbe presentare un modello virtuoso, in quanto capace di far emergere anche le posizioni scientifiche minoritarie e, soprattutto, un fruttuoso dialogo tra tecnici e decisori politici. Si vedano L. BUFFONI, A. CARDONE, *Il procedimento normativo precauzionale come caso paradigmatico del ravvicinamento "formale-procedurale" delle "fonti" del diritto,* in *Osservatorio sulle fonti*, 2012, 6; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, 161 ss.

[42] E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, cit., 30; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto*, 2015, 273; G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra* ius*,* ethos *e* scientia, in *Osservatorio AIC*, 2017, 10 ss.

Lo spazio privilegiato di intervento della legge *science-based* nell'ordinamento italiano è certamente individuabile negli ambiti incisi dalla tutela del diritto alla salute, nei settori materiali oggetto del biodiritto.

In questi campi, è molto limitata, se non in taluni casi del tutto assente, la competenza dell'Unione europea. Inoltre, la ricorrenza di riserve di legge rende necessario o obbligatorio l'intervento della legge, che è ulteriormente avvalorato dai principi che si ricavano dalla giurisprudenza costituzionale vertente in queste materie.

La Corte costituzionale, di fatti, ha qualificato come «leggi costituzionalmente necessarie», ossia leggi la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela qualificata minima, alcune delle leggi che disciplinano questioni biogiuridiche, come principalmente la legge n. 194/1978 sulla interruzione volontaria della gravidanza[43], e la legge n. 40/2004, sulla procreazione medicalmente assistita[44].

La sentenza n. 49 del 2000 ha puntualizzato il concetto di «leggi costituzionalmente necessarie» affermando che si tratta di leggi che, «in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento».

La legge n. 40 rappresenta ad avviso della Corte la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa»[45].

Lo stesso orientamento decisorio si è riproposto nei confronti dell'art. 579 c.p., oggetto di una richiesta referendaria, la cui abrogazione avrebbe avuto l'effetto di depenalizzare, ad esclusione dei casi previsti dal co. 3 del medesimo articolo, l'omicidio del consenziente, anch'esso considerato come legge costituzionalmente necessaria, nella sent. n. 50/2022.

Incidentalmente è da osservare che, a dire il vero, questa giurisprudenza presta il fianco a qualche critica per via del fatto che non risulta tracciata nitidamente la distinzione fra «leggi costituzionalmente necessarie», tipologia già di per sé ondivaga[46], e «leggi a contenuto costituzionalmente obbligatorio». A me pare che nelle decisioni citate la Corte faccia riferimento più alla seconda categoria che alla prima. Ricavo quest'impressione dalla lettura dei moniti rafforzati in cui si indica al legislatore anche il bilanciamento da operare e talvolta persino la strada attuativa da seguire, esprimendo quindi anche un vincolo sul contenuto[47].

---

[43] Corte cost., sent. n. 35/1997.
[44] Corte cost., sent. n. 45/2005.
[45] Il riferimento è ancora a Corte cost., sent. n. 45/2005.
[46] Come osserva S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, in *Forum di Quad. cost.*, 2005.
[47] Ancora nella sent. n. 96/2015, dopo aver dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40/2004, la Corte con un monito rinforzato invita il legislatore ad « introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle (anche

Anche senza prendere posizione su una questione che è davvero difficile da dipanare sia dal punto di vista teorico sia dal punto di vista empirico, si ricava, invece con certezza, la conclusione che l'intervento del legislatore in questi ambiti, che sono fortemente incisi dalle conoscenze medico-scientifiche, è necessario per dare effettiva tutela ai diritti fondamentali della persona.

Per quanto sin qui detto, la legge *science-based* continua ad avere un peso decisivo nell'ordinamento costituzionale, con ciò rendendo attuale ed urgente la profusione di un impegno per l'elaborazione di una sua tematizzazione teorica, che sia coerente con i principi del costituzionalismo democratico. Ciò che passa per una più accorta giurisprudenza della Corte costituzionale sui criteri previsti per la consultazione degli esperti, *ex ante* ed *ex post*, dalle singole leggi a contenuto tecnico-scientifico.

5. Le *scientific questions* al vaglio della Corte costituzionale: criticità e innovazioni nel procedimento di legittimità costituzionale

L'esame della giurisprudenza della Corte costituzionale fa emergere un'ulteriore questione che merita di essere indagata: l'opportunità di verificare se sia possibile attribuire maggiore rilevanza alla valutazione della prova scientifica nei giudizi costituzionali e ciò, in particolare, alla luce dell'assai limitato uso che il giudice costituzionale ha fatto di tali poteri nei giudizi concernenti le c.d. *scientific questions*.

Questo profilo di indagine prende le mosse dalla constatazione dell'ormai innegabile rilevanza del dato scientifico nei giudizi di legittimità costituzionale e del connesso atteggiamento di *self-restraint* da parte del giudice costituzionale, che limita la propria possibilità di intervento esclusivamente alle ipotesi di manifesta o intrinseca irrazionalità della disciplina legislativa, la quale « può configurarsi alla luce di "sicuri" riferimenti scientifici» che si pongono in contrasto con quelli utilizzati dal legislatore [48], nonché dell'impiego assai infrequente che la stessa fa dei poteri e delle ordinanze istruttorie laddove vengano in rilievo fatti di natura prettamente tecnico-scientifica. Eppure, nella giustizia costituzionale italiana, com'è stato ribadito, non sono stati elaborati criteri di attendibilità delle opinioni scientifiche che la Corte acquisisce nelle sue istruttorie[49]. L'auspicio è che inizi ad avviarsi una riflessione sul diritto probatorio nel processo costituzionale, atteso che da tempo è stato denunciato che ci troviamo di fronte ad una disciplina «fortemente lacunosa», tanto che «in una prospettiva rinnovatrice del giudizio costituzionale tutta la materia del diritto delle prove dovrebbe essere riconsiderata»[50].

Un elemento preliminare che è di ostacolo alla valorizzazione della prova scientifica si ricava dalla giurisprudenza costituzionale che, in ordine alle questioni che concernono valutazioni tecniche, fa

valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa). Ciò non essendo, evidentemente, in potere di questa Corte, per essere riservato alla discrezionalità delle scelte, appunto, del legislatore».

[48] Invero, ove la scelta legislativa si fondi su cognizioni scientifiche, già con la sentenza n. 114 del 1998, la Corte costituzionale chiariva che «perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice».

[49] Lo ha ribadito di recente G. RANGONE, Eine Empiriche Wende? *La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020, 185.

[50] Così G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, 522. Cfr. G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del 'fatto' nelle decisioni della Corte*, in AA. VV., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. COSTANZO, Torino, 1996, 186.

costantemente richiamo alla «manifesta o intrinseca irrazionalità». Questo rilievo impedisce di pervenire ad un diverso apprezzamento sui fatti oggetto di giudizio[51] e, di conseguenza, ostacola anche la possibilità per la stessa Corte di entrare nel merito delle valutazioni effettuate dal legislatore, per il fatto che solo i «risultati sicuri» possono costituire parametro di raffronto per la discrezionalità legislativa.

Ebbene, da questo discende la tendenza a riservare l'onere della valutazione scientifica esclusivamente al legislatore sulla base della convinzione che il prodotto scientifico non sia filtrato da interessi, bensì possa essere oggetto di uso politico in quanto orienta le scelte nel momento in cui viene applicata[52].

A ben vedere, poiché la scienza produce certezze relative, l'ancoraggio al parametro della sicurezza stride con le riflessioni avanzate sul tema, sicché appare più opportuno abbracciare una nozione di tecnica e di scienza che non si basi sulla loro astratta neutralità, ma piuttosto valorizzi la loro dimensione valutativa che, peraltro, si manifesta frequentemente nei giudizi aventi ad oggetto risultanze scientifiche incerte. Se ne avvantaggerebbe la stessa immagine pubblica della scienza in termini di fiducia da parte dei cittadini[53]. Ciò appare particolarmente rilevante se si considera che una legge avente ad oggetto valutazioni tecnico-scientifiche, sorretta da una solida volontà politica ma non da un'altrettanta valida base scientifica, può risultare illegittima perché contrastante con il fatto scientifico assunto come rilevante dalla Corte[54].

In quest'ottica assume rilevanza un secondo profilo, di tipo processuale, e cioè quello relativo alle modalità con cui la Corte ricostruisce ed utilizza i dati scientifici al fine dello scrutinio di ragionevolezza delle norme censurate, che consente di riflettere, anzitutto, sulla possibilità di ampliare l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale per mezzo delle norme e delle regole tecniche.

Ora, sebbene la configurabilità di un giudizio di legittimità sulla norma tecnica privata sia limitata alla sola ipotesi in cui alla stessa venga fatto richiamo c.d. fisso o materiale da parte di una norma giuridica[55], quello sulle norme tecniche pubbliche non pone particolari problemi, potendo seguire le regole ordinarie riservate all'atto formale che dispone la normativa.

Tuttavia, nonostante il crescente numero di decisioni concernenti *scientific questions* di cui è investita la Corte[56], come anticipato, si registra un uso esiguo dell'istruttoria nei procedimenti costituzionali, così come il mancato coinvolgimento della comunità scientifica, nonché l'irrilevanza del

---

[51] R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 331 ss.; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, Milano, 1988, 544.

[52] R. BIN, *La Corte e la scienza*, in AA. VV., *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., 7; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, 28.

[53] Su quest'ultimo aspetto v. L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e della politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Milano, 2022, spec. 225 ss.

[54] Su questi aspetti S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico scientifica*, cit., 434 ss e 475 ss. Si è venuto così ad affermare il principio di copertura scientifica delle leggi che finisce per far assumere al dato scientifico il ruolo di parametro interposto di costituzionalità. In tal senso C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 178.

[55] Come evidenziato nel primo paragrafo, ciò è dovuto alla circostanza per cui la norma tecnica rimane estranea e autonoma rispetto all'ordinamento giuridico. P. TORRETTA, *La normazione volontaria nello Stato Comunità,* cit., 36.

[56] V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quad. cost.*, 2019, 393 ss.; E. OLIVITO, *I fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 135 ss., M. LUCIANI, I *fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale,* Milano, 1988, 521 ss.

dato specialistico nel convincimento del giudice costituzionale che preferisce affidarsi ai c.d. fatti notori o a massime d'esperienza, in tal modo mancando però l'opportunità di assumere una posizione più coerente e puntuale in ordine a questioni anche estremamente problematiche. Tale atteggiamento giurisprudenziale sembra potersi ricondurre, da un lato, alla difficoltà di individuare soggetti qualificati e allo stesso tempo disinteressati all'esito delle decisioni poste all'esame della Corte, dall'altro, attiene alla fase di formulazione delle domande da sottoporre agli esperti, attività che può presupporre conoscenze specifiche di cui i giudici non sempre dispongono[57].

Da simili premesse, pertanto, emerge la necessità di una maggiore partecipazione della società scientifica di riferimento così da assicurare, anzitutto, il più ampio pluralismo e, in secondo luogo, la legittimazione delle decisioni della Corte costituzionale, specie nei casi in cui le questioni oggetto di valutazione siano controverse: la formazione della prova scientifica nel processo costituzionale dovrebbe, quindi, assicurare la partecipazione delle parti e di terzi o *amici curiae* al contraddittorio[58], nonché svolgersi limitando il più possibile le istruttorie informali, in quanto non rendono controllabile la fonte, la stessa può non trasparire nelle motivazioni della Corte – rendendo più difficoltoso l'accertamento circa i soggetti coinvolti e i documenti acquisiti -, e comprime il principio del contraddittorio e dei diritti processuali delle parti.

In questo quadro si inserisce la già citata revisione delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, operata con delibera dell'8 gennaio 2020, con cui «La Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con l'autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti»[59].

In proposito è da osservare che se da un lato la scelta della Corte di svolgere tale audizione nella sede della camera di consiglio sembra non tutelare a pieno la trasparenza dei lavori ai fini di un controllo democratico diffuso, lo svolgimento della stessa ha l'indubbio vantaggio di consentire al giudice di citare formalmente i dati tecnico-scientifici in tal modo acquisiti, così di rafforzare la posizione della Corte in termini di indipendenza e terzietà, nonché di far acquisire una maggiore legittimazione scientifica alle sentenze costituzionali. Deve essere constatato criticamente, però, che finora nell'unica sentenza adottata a seguito di audizione degli esperti i dati scientifici acquisiti in detta fase non sono emersi nella parte motiva della decisione, vanificando l'auspicabile trasparenza[60].

Con riferimento al profilo della trasparenza dei dati aventi natura tecnico-scientifica utilizzati dalla Corte costituzionale come strumento per corroborare le sue decisioni, sono, invece, da salutare

---

[57] M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, contributo al Forum *Le responsabilità nei confronti della scienza*, in *BioLaw Journal*, 2016, 10 ss.

[58] R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985¸ M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale. Uno studio introduttivo*, cit. In generale, sulle garanzie delle parti nel contraddittorio si vedano i contributi in AA. VV., *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, a cura di V. ANGIOLINI, Torino 1998.

[59] Art. 14-bis delle norme integrative co.1. Il secondo comma recita «Il cancelliere avverte le parti almeno dieci giorni prima di quello fissato per l'adunanza in camera di consiglio».

[60] Corte cost., sent. n. 164/2020.

positivamente le sentenze n. 14[61] e 15[62] del 2023 della Corte costituzionale - ed in specie la prima - concernenti la legittimità di una serie di previsioni legislative impositive dell'obbligo vaccinale per fronteggiare la pandemia da Covid-19.

Più nello specifico, la sentenza n. 14, nel dichiarare la non irragionevolezza dell'art. 4, commi 1 e 2, del d.l. n. 44 del 2021, ha ricostruito il fatto medico-scientifico attraverso l'analisi dei rapporti pubblici, depositati dall'Avvocatura generale dello Stato, forniti da AIFA, ISS, dal Segretariato generale del Ministero della salute, dalla Direzione generale della programmazione sanitaria del Ministero della salute, nonché dalla Direzione generale della prevenzione sanitaria.

Ebbene, la circostanza per cui il giudice delle leggi, nell'argomentare la propria decisione, cita puntualmente – indicando non solo il rapporto cui si riferisce ma anche il numero esatto di pagina – le fonti[63] da cui ricava i dati scientifici utilizzati per addivenire alla pronuncia definitiva, segna un punto di svolta nella tecnica argomentativa della Corte, che, se verrà seguita nelle future pronunce, sembra colmare le criticità rilevate rispetto alla copertura scientifica di quelle sentenze della Corte costituzionale che presuppongono valutazioni di tipo tecnico. Attraverso l'emersione esplicita delle cognizioni tecniche utilizzate per definire la questione e mediante il riferimento puntuale ai documenti da cui gli accertamenti tecnici sono estratti, la Corte realizza anche una positiva operazione di rivalutazione delle istruttorie informali, a cui fa ricorso indubbiamente anche in quest'occasione: uno strumento che, così ponderato, mostra di essere sempre largamente preferito dal giudice delle leggi, anche per definire questioni concernenti *scientific questions*.

Seguendo questo percorso decisionale, la Corte, introduce un criterio di valutazione dell'esercizio della discrezionalità legislativa, il quale si pone, al contempo, come limite a tale attività[64], in quanto è

---

[61] La sentenza n. 14 trae origine dall'ordinanza di rimessione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (d'ora in poi CGA), adito da uno studente di infermieristica che lamentava la sospensione del tirocinio nelle strutture medico-sanitarie motivata dal fatto che non si fosse sottoposto alla vaccinazione anti SARS-CoV-2. Con detta ordinanza veniva sollevata la questione di legittimità costituzionale, in primo luogo, dell'art. 4, commi 1 e 2, del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, nella parte in cui prevedeva l'obbligo vaccinale per il personale sanitario e la sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie, in caso di inadempimento, per contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34 e 97 della Costituzione; in secondo luogo, rispetto all'art. 1 della legge n. 219/ 2017 e dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, nella parte in cui non prevedevano l'esclusione dell'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di trattamenti sanitari e vaccinazione obbligatoria, per contrasto con gli artt. 3 e 21 Cost.

[62] Con la sentenza n. 15/2023, la Corte si è espressa sulla questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione, dell'art. 4-ter, comma 3, del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, sollevata dal Tribunale ordinario di Brescia, in funzione di giudice del lavoro, circa la ragionevolezza dell'obbligo vaccinale, in luogo della sottoposizione ai test diagnostici per SARS-CoV-2, per i lavoratori impiegati in strutture residenziali, socioassistenziali e socio-sanitarie, nonché nella parte in cui non prevede l'erogazione dell'assegno alimentare previsto dall'art. 500 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 in caso di sospensione dei suddetti lavoratori per il mancato adempimento dell'obbligo.

[63] Sul punto si rileva che, sebbene non figurino nel testo della sentenza, nel giudizio in esame sono state presentate numerose «*opinionaes*» - definite come tali dalla Corte stessa -, ai sensi dell'art. 6 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, da parte di Droit uniforme ASBL, Associazione ContiamoCI e Fondazione Centro studi allineare sanità e salute, Comitato per il diritto alla cura domiciliare nell'epidemia di COVID-19, Associazione umanità e ragione, Noi avvocati per la libertà NAL, Dr. S. S. (Presidente commissione albo degli odontoiatri di La Spezia, Corvelva APS, Coordinamento nazionale danneggiati da vaccino (ONDAV), Comitato radicale scienza è coscienza, Confederazione legale per i diritti dell'uomo, Associazione CoScienze critiche, Associazione coordinamento del movimento italiano per la libertà di vaccinazione (COMILVA ODV), Associazione libera scelta Campania, Comitato immuni per sempre, Avvocati liberi e Organizzazione mondiale per la vita (OMV).

[64] Sullo spazio della discrezionalità politica si veda M. MASSA, *Dati scientifici e discrezionalità politica nella legislazione sugli obblighi vaccinali*, in *Corti supreme e salute*, 2023, 12 ss. Cfr.

necessario verificare che il legislatore abbia operato «all'interno di un'area di attendibilità scientifica, alla luce delle migliori conoscenze raggiunte in quel momento storico, quali definite dalle autorità medico-scientifiche istituzionalmente preposte»[65]. Così, la valutazione concernente il soddisfacimento del criterio di attendibilità scientifica, conferisce nuova forza all'obbligo in capo al legislatore di tenere debitamente in conto l'assunzione e l'attenta valutazione delle cognizioni tecnico-scientifiche nelle sue scelte, al fine di poterne misurare in concreto la ragionevolezza e la proporzionalità.

Non solo, nelle sentenze menzionate, il giudice delle leggi ha evidenziato la necessità di un aggiornamento periodico della legge *science-based,* poiché «è innegabile che ogni legge elaborata sulla base di conoscenze medico-scientifiche è per sua natura transitoria, perché adottata allo stato delle conoscenze del momento e destinata ad essere superata a seguito dell'evoluzione medico-scientifica», sicché la disciplina adottata dal legislatore «può e deve mutare in base all'evoluzione della situazione sanitaria che si fronteggia e delle conoscenze scientifiche acquisite[66]».

Mediante le riportate argomentazioni, la Corte estende l'oggetto del suo giudizio non solo alle valutazioni circa la coerenza della disciplina normativa con il dato scientifico, ma anche rispetto all'evoluzione delle conoscenze tecnico-scientifiche[67].

Infine, appare opportuno evidenziare come la Corte, in ragione dell'unitarietà della tecnica e della scienza, abbia fatto ricorso anche ad argomenti di diritto comparato[68] ai fini della valutazione della copertura scientifica della legge, come valido strumento di misurazione della ragionevolezza delle misure legislative.

Anche l'analisi dei giudizi costituzionali concernenti valutazioni tecnico-scientifiche allora consente di confermare il ruolo fondamentale del diritto sia quale strumento per operare il necessario bilanciamento tra interessi, sia quale mezzo per dialogare con i saperi scientifici al fine di rendere il rapido ed incessante sviluppo tecnico-scientifico sostenibile e orientato al rispetto dei valori costituzionali.

---

[65] Corte Cost., sent.n. 14/2023, 8.2.

[66] Corte Cost., sent.n. 14/2023, 8.2

[67] Nel caso oggetto della sentenza n. 14, sono intervenute una serie di modifiche che hanno inciso sull' dall'art. 4 del decreto-legge e, al contempo, hanno assicurato la transitorietà e la gradualità della disciplina censurata che «nella sua versione originaria (oggetto della questione in esame), prevedeva una precisa scadenza dell'obbligo vaccinale, fissata al 31 dicembre 2021. Tale termine è stato più volte modificato, proprio in base all'andamento dei contagi e all'evoluzione della pandemia, subendo diverse proroghe fino al 31 dicembre 2022, per poi essere infine anticipato (rispetto a quest'ultima data) al 1° novembre 2022. Siffatta anticipazione è stata disposta con il d.l. n. 162 del 2022, come convertito, in considerazione, per quanto si legge nel preambolo dello stesso, «dell'andamento della situazione epidemiologica che registra una diminuzione dell'incidenza dei casi di contagio da COVID-19 e una stabilizzazione della trasmissibilità sebbene al di sopra della soglia epidemica [e della] necessità di riavviare un progressivo ritorno alla normalità nell'attuale fase post pandemica, nella quale l'obiettivo da perseguire è il controllo efficace dell'endemia». Allo stesso modo, con la sent. n. 15, la Corte valorizza la transitorietà dell'obbligo legislativo evidenziando che «la disposizione censurata, nella sua versione originaria, prevedeva una precisa scadenza (…) fissata al 31 dicembre 2021. Inoltre, la durata di tale obbligo «è stata più volte modificata», prima per via di una proroga e poi per via dell'anticipazione del termine prorogato.

[68] L'argomento di diritto comparato, nel caso in esame, fa riferimento soprattutto alla giurisprudenza costituzionale di Paesi come Francia, Ungheria, Slovacchia, Slovenia, la quale riconosce in modo univoco la legittimità dell'imposizione dell'obbligo vaccinale. Così M. TOMASI, *La proporzionalità degli obblighi vaccinali nella lettura della Corte Edu*, in *Quad. cost.*, 2021, 445 ss. Su un caso di decisivo utilizzo dell'argomento di diritto comparato, come strumento della ragionevolezza, nel caso Costa-Pavan deciso dalla Corte EDU sia consentito rinviare ad A. IANNUZZI, V. ZAMBRANO, *Sentenza Costa e Pavan: il giorno dopo. L'emersione del "desiderio" di concepire un figlio sano come paradigma delle interazioni tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Costituzionalismo.it*, 2014.

ATTUALITÀ

CONTRO LA GOGNA MEDIATICA: UNA SALUTARE LEZIONE DALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

di Giacinto della Cananea
prof. Ordinario di Diritto Amministrativo
Università di Roma – Tor Vergata
Università Bocconi

SOMMARIO

1. La punizione della gogna: ieri e oggi
2. Le misure prese in Ungheria
3. La prima sentenza della Corte europea
4. La sentenza della *Grande Chambre*
5. La dignità umana: un diritto assoluto
6. Per uno studio sistematico della giurisprudenza europea

ABSTRACT

L'articolo commenta una recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardante la legislazione antievasione dell'Ungheria. La norma che stabilisce la pubblicazione del codice fiscale e dell'indirizzo di residenza del colpevole di evasione è stata considerata sproporzionata rispetto all'intento punitivo anche in relazione alla possibile diffusione dei dati tramite internet. Tuttavia la Corte non affronta il tema della protezione della dignità umana come diritto assoluto e prevalente preferendo avvalersi del diritto alla privacy.

The essay comments on a recent ruling by the European Court of Human Rights regarding Hungary's anti-evasion legislation. The Court decided that establishing the publication of the tax code and residence address of the person guilty of tax evasion is disproportionate to the punitive intent also in relation to the possible dissemination of data via the internet. However, the Court does not address the issue of the protection of human dignity as an absolute and prevailing right, preferring to rely on the right to privacy.

1. La punizione della gogna: ieri e oggi

All'inizio del mese di luglio del 1703, dopo aver pubblicato un libello ritenuto sedizioso, Daniel Defoe fu condannato a subire per tre volte l'umiliazione della gogna ("pillory"), cioè a essere esposto al pubblico ludibrio con un collare di ferro attaccato a una colonna. All'epoca, spesso la folla tormentava le vittime. Tuttavia, invece dell'umiliazione, Defoe ottenne un trionfo, perché furono lanciati soltanto fiori. Inoltre, i suoi amici fecero circolare copie dell'Inno alla gogna, che aveva composto per l'occasione e in cui aveva severamente criticato il sistema giudiziario inglese per aver meno integrità rispetto a coloro ai quali infliggeva pene così contrarie al senso di umanità[1]. La sua fama fu poi accresciuta dal successo arriso ad altre opere. La gogna fu abolita, presto o tardi, in ogni angolo dell'Europa.

[1] D. DEFOE, *Hymn To The Pillory* (1703), tr. it. *Inno alla gogna*, Liberilibri, 1993. L'autore tornò sulla vicenda anni più tardi, in *An Appeal to Honour and Justice Though It Be of His Worst Enemies: Being A True Account of His Conduct in Public Affairs* (1715).

L'idea di esporre gli esseri umani al pubblico ludibrio è stata – però – ripresa dal governo ungherese. A partire dal 2003, infatti, l'amministrazione fiscale è stata autorizzata a pubblicare i nomi, il codice fiscale e il domicilio di coloro i quali sono stati ritenuti colpevoli di evadere il fisco per soglie superiori a 28.000 euro. Uno di essi – dopo un infruttuoso ricorso alla Corte suprema ungherese – si è rivolto alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nell'esaminare il ricorso, i giudici europei hanno ritenuto che, per quanto le misure adottate dal governo ungherese fossero discutibili, esse potessero in qualche modo beneficiare della copertura fornita dal "margine di apprezzamento". La Grande Chambre, adita dal ricorrente, ha espresso l'opposto convincimento, con motivazioni meritevoli di un'analisi più distesa.

2. Le misure prese in Ungheria

Dall'inizio del Duemila, la legislazione ungherese ha attribuito all'amministrazione finanziaria la potestà di pubblicare sul proprio sito Internet i dati personali dei cosiddetti "grandi evasori". Il termine "grandi evasori", in sé, è generico, in assenza di parametri di tipo quantitativo e di tipo qualitativo. La scelta si è attestata unicamente su un parametro quantitativo, non particolarmente elevato: si tratta di una somma pari a circa 30.000 euro.

L'amministrazione ungherese ha così iniziato a pubblicare sul proprio sito i dati personali: non soltanto quelli indispensabili ai fini dell'identificazione del contribuente (il codice fiscale, l'ammontare del debito), ma finanche l'indirizzo di residenza. Inoltre, un sito internet privato ha ripreso e ripubblicato i dati che l'amministrazione aveva messo a disposizione di tutti, realizzando mappe con le quali era possibile capire dove i "grandi evasori" risiedevano nelle varie città: una sorta di moderna gogna. Non ci si può sorprendere del fatto che un cittadino ungherese colpito da questa misura, e insoddisfatto dell'esito delle azioni intentate dinanzi ai giudici nazionali[2], abbia presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo

3. La prima sentenza della Corte europea

Nella prima decisione, due anni or sono, la Corte ha mostrato consapevolezza del fatto che la misura della pubblicazione, il *naming and shaming*, può avere ripercussioni anche gravi sulla vita privata, cioè su un bene della vita che è protetto dall'articolo 8 della Convenzione. Nondimeno, si è rifugiata in una lettura molto angusta, discutibile, del margine di apprezzamento, che consente ai diversi Stati membri del Consiglio d'Europa di modulare i propri interventi, ritenendo che questa misura – quindi anche l'inclusione dell'indirizzo di residenza – fosse necessaria per assicurare la precisione delle informazioni fornite e superare eventuali omonimie[3].

[2] Sulle forme di tutela giurisdizionale nell'ordinamento ungherese, G. HAMAI, *Judicial Review in Hungary*, in *Tilburg Foreign Law Review* (2), 1992, p. 293.
[3] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 12 luglio 2021, causa *L.B. c. Ungheria* (ricorso n. 36345/16).

E' discutibile, in particolare, la ricostruzione prospettata del principio di proporzionalità. Il ricorrente asseriva che, quand'anche la pubblicazione dei propri dati sensibili fosse stata giustificata da una legittima finalità pubblica, ossia il contrasto all'evasione, essa era sproporzionata[4]. La maggioranza dei componenti della Corte ha ritenuto, invece, che la misura era, oltre che stabilita dalla legge per una rilevante finalità pubblica, "non irragionevole"[5]. Ma il parametro invocato era la proporzionalità e non è stato dimostrato il rispetto di due parametri da tempo individuati dai giudici sovranazionali, cioè la necessità dei mezzi prescelti e l'impossibilità di strumenti meno invasivi. Può dirsi, infatti, che individuare il codice fiscale è indispensabile e consente anche di evitare omonimie, ma non è stata fornita alcuna dimostrazione del fatto che fosse indispensabile pubblicare l'indirizzo di residenza dei contribuenti. Proprio perché questa dimostrazione non è stata fornita, come hanno puntualmente osservato i due giudici che si sono discostati dalla maggioranza (di cinque giudici), la condotta dell'amministrazione era censurabile, perché realizzava le premesse per una vera e propria gogna mediatica[6].

4. La sentenza della *Grande Chambre*

Per una migliore comprensione della vicenda, va detto che l'ordinamento della Corte europea dei diritti dell'uomo ha subito importanti mutamenti nel corso del tempo. Dal 1954 al 1998, i ricorrenti non avevano un accesso diretto alla Corte. Essi dovevano rivolgersi alla Commissione europea dei diritti dell'uomo. Soltanto se quest'ultima avesse ritenuto il ricorso fondato, lo avrebbe sottoposto alla Corte. Quel "filtro" è stato opportunamente eliminato dal Protocollo n. 11. E' stato, altresì, definito sia il ruolo dei comitati composti da tre giudici, i quali hanno il compito di vagliare se i ricorsi siano manifestamente irricevibili, sia il ruolo della *Grande Chambre* (composta da diciassette giudici)[7], in applicazione dell'articolo 26, § 1, della Convenzione. Essa può essere chiamata eccezionalmente a pronunciarsi sia su richiesta di una Camera, qualora la controversia da giudicare sollevi "gravi problemi di interpretazione della Convenzione" o possa dare luogo a un contrasto con una precedente sentenza, sia su richiesta di una parte della controversia, a guisa di appello[8].

Nella vicenda che qui interessa, la *Grande Chambre* è stata adita dalla parte privata, come giudice di appello. E non ha mancato di mostrare quanto l'appello possa tornare utile per rendere giustizia, come strumento di protezione della parte soccombente rispetto a una

[4] Corte europea dei diritti dell'uomo, causa *L.B. c. Ungheria*, cit., § 36.
[5] Corte europea dei diritti dell'uomo, causa *L.B. c. Ungheria*, cit., § 59.
[6] Corte europea dei diritti dell'uomo, causa *L.B. c. Ungheria*, cit., § 2 dell'opinione dissenziente.
[7] Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, articoli 1, § 1, lettera c), e 24, § 1. Sull'ordinamento della Corte, una delle migliori analisi resta quella di J.P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté* (Dalloz, 2013). Per un'analisi critica delle iniziative assunte dalle istituzioni dell'Unione europea nei confronti dell'Ungheria, G. HAMAI, *The Fall of the Rule of Law in Hungary and the Complicity of the EU*, in *Italian Journal of Public Law* (12), 2020, p. 203.
[8] Si veda, per la procedura, l'articolo 50 del regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo.

decisione giudiziaria di primo grado viziata dall'arbitrio[9]. Almeno tre aspetti della motivazione meritano un'attenta analisi.

Il primo concerne il principio di proporzionalità. Si è già segnalato in precedenza che, mentre il ricorrente aveva invocato questo fondamentale principio, la maggioranza del collegio giudicante nel primo grado si era limitato a sottoporre le misure adottate dal governo ungherese al ben più blando controllo sulla ragionevolezza. La *Grande Chambre* ha posto rimedio a questo errore. Ha ribadito che le regole e le misure adottate dall'Ungheria incidevano negativamente sulla *privacy*, che è riconosciuta e protetta dall'articolo 8 CEDU. Ha aggiunto che le regole nazionali volte a rendere pubblici i nomi degli evasori erano di tipo sistematico. Non erano, quindi, basate su alcun bilanciamento tra il pubblico interesse correlato alla lotta all'evasione fiscale e il diritto individuale alla *privacy*[10]. Nella struttura di questa linea argomentativa, è stato dato il giusto rilievo ad atti normativi sui quali nel corso degli anni è stato raggiunto un consenso, come la direttiva dell'Unione europea n. 95/46 e la Convenzione per la protezione dei dati personali (2018). Insomma, la Corte ha elaborato un'interpretazione evolutiva, alla luce dei nuovi sviluppi normativi, giungendo – unanimemente - alla conclusione che la condizione richiesta dalla CEDU per poter giustificare le misure limitative dei diritti ivi prescritti, cioè la loro necessità "in una società democratica", non era soddisfatta.

Il secondo aspetto degno di considerazione è il modo d'intendere il margine di apprezzamento che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, la CEDU riconosce alle istituzioni politiche e amministrative nazionali. Secondo quella consolidata giurisprudenza, il margine di apprezzamento va riguardato in modo rigido. All'opposto, esso può variare in ragione della natura degli interessi in giuoco e dei rischi ai quali essi sono esposti[11]. Il margine di cui le autorità nazionali dispongono, cioè, è minore, più limitato quando le loro azioni (o inazioni) incidono negativamente sulla sfera più intima d'una persona, sui diritti fondamentali. Insomma, la discrezionalità di cui dispongono le autorità nazionali "non è illimitata"[12]. Secondo la Corte, nella vicenda in esame non era stato valutato e prudentemente ponderato il rischio che le minacce alla *privacy* fossero amplificate e rese vieppiù serie dalla portata globale di internet. Con la conseguenza di rendere insicura l'esistenza delle persone coinvolte, di esporle all'umiliazione pubblica e all'esclusione dalla vita associata[13]. Anche sotto questo profilo, dunque, non sono stati rispettati i requisiti sanciti dalla CEDU per poter considerare giustificato l'intervento del potere pubblico[14].

---

[9] M. SHAPIRO, *Appeal*, in *Law & Society Review* (14), 1980, p. 629 (per la tesi che, mentre questa tradizionale funzione dell'appello sia riconducibile alle istanze del *due process of law*, l'appello possa servire, e sovente sia utilizzato a fini di accentramento e di uniformità).

[10] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 9 marzo 2023, causa *L.B. c. Ungheria* (ricorso n. 36345/16), § 95 ss.

[11] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 9 marzo 2023, causa *L.B. c. Ungheria*, § 118.

[12] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 9 marzo 2023, causa *L.B. c. Ungheria*, § 120.

[13] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 9 marzo 2023, causa *L.B. c. Ungheria*, § 128.

[14] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 9 marzo 2023, causa *L.B. c. Ungheria*, § 139.

5. La dignità umana: un diritto assoluto

Detto tutto il bene possibile della motivazione e del dispositivo, resta – però – da considerare ciò che essa non dice, sotto un profilo ulteriore e della massima importanza: la dignità di ogni persona.

Una premessa è opportuna. Dopo gli anni bui della prima metà del Novecento, le costituzioni post-belliche hanno riconosciuto e garantito la dignità di ogni persona umana. Nella Costituzione italiana, l'articolo 3 afferma la "pari dignità sociale dei cittadini" e la Corte costituzionale ha affermato che si tratta di un "valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo" (sentenza n. 293 del 2000)[15]. La legge fondamentale tedesca si apre con l'affermazione che "*la dignità dell'uomo è intangibile. E' dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla*" (articolo 1) ed essa è stata valorizzata dal Tribunale costituzionale federale. Anche la Costituzione spagnola del 1978 include la dignità della persona umana tra i fondamenti dell'ordine politico (articolo 10). Tra le costituzioni dei Paesi dell'Europa centrale e orientale che hanno riacquistato l'indipendenza dopo il 1989, quella della Polonia garantisce la dignità della persona umana sia nel preambolo, sia nell'articolo 30. Questo esame cursorio di alcune disposizioni costituzionali suggerisce che, ben prima che l'espressione 'dignità' comparisse per la prima volta nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, all'interno del protocollo n. 13 sull'abolizione della pena di morte, vi era già un orientamento comune a molti Paesi europei, pur se non a tutti. Purtuttavia, nei primi cinquant'anni della Corte, essa è stata chiamata molte volte a occuparsi della dignità dei cittadini europei e di altri paesi. Lo ha fatto fornendo interpretazioni ragionevoli in rapporto al valore assoluto della dignità, in una varietà di contesti[16].

L'aver richiamato, sia pure a grandi linee, questi dati normativi e fattuali torna utile per chiarire – prima ancora che per cercare di risolverlo – un quesito. Il quesito è se la controversia avrebbe potuto essere risolta in modo più semplice e tutto sommato più lineare dando seguito al rilievo del ricorrente secondo cui l'azione delle autorità ungherese aveva, se non l'obiettivo, il risultato di addossare uno stigma alle persone coinvolte, danneggiando in modo serio e irreparabile la loro dignità "*this public shaming list was a modern form of pillory, was extremely humiliating and caused huge distress*"[17]. La Corte, si è visto, ha scelto un'altra linea argomentativa, giungendo comunque ad affermare la violazione della CEDU, in rapporto all'articolo 8. Ci si può chiedere se lo abbia fatto perché riluttante a fondare il proprio giudizio sulla dignità umana, in una disputa riguardante il fisco, ritenendo preferibile il collaudato sindacato sulla proporzionalità. Pure, se alla dignità è correlato un diritto assoluto, a rigore non si dovrebbe accettare la logica del bilanciamento degli interessi in giuoco, come la Corte di

[15] Per una disamina del valore assoluto della dignità, G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 2007.
[16] C. MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *European Journal of International Law* (19), 2008, 655.
[17] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 9 marzo 2023, causa *L.B. c. Ungheria*, § 61.

Strasburgo ha affermato, per esempio, nei giudizi riguardanti l'espulsione dei cittadini di Paesi terzi ritenuti coinvolti nel terrorismo transnazionale ed esposti al rischio della tortura e di trattamenti inumani e degradanti.

6. Per uno studio sistematico della giurisprudenza europea

Un'ulteriore indicazione può essere tratta da quanto appena osservato. Si tratta di un'indicazione di metodo. La cultura giuridica italiana, quanto meno nella sua componente più avanzata, non è stata seconda alle altre nel cogliere quanto vi è di nuovo e di importante nel sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali, quale si è realizzato soprattutto nell'ultimo quarto di secolo. Vi è stata indotta anche da esigenze pratiche, vista l'ingente messe di ricorsi riguardanti – tra l'altro – la tutela della proprietà, anche per via dell'orientamento della Corte di Cassazione sulla cosiddetta "occupazione acquisitiva"[18], e l'eccessiva lunghezza dei processi, segnatamente di quelli civili e penali.

Per lo studio degli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, non può considerarsi adeguato il metodo prevalentemente seguito nella fase meno recente della riflessione giuridica, che può compendiarsi nell'indicazione di alcune pronunce ritenute le più significative. Occorre un'analisi ad ampio raggio, sistematica della giurisprudenza, l'unica in grado di cogliere – tra l'altro – i riferimenti ai precedenti, anche grazie alle moderne tecnologie. Fortunatamente, non mancano studi recenti e accurati, ai quali è possibile fare riferimento[19].

[18] M. Conticelli, *L'accessione invertita viola la Convenzione sui diritti dell'uomo, in Giornale di diritto amministrativo, 2001, n. 2, p. 149.*

[19] A. Stone Sweet - C. Ryan, *A Cosmopolitan Legal Order: Kant, Constitutional Justice and the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2018.

LE SS.RR. IN SEDE GIURISDIZIONALE IN SPECIALE COMPOSIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI DISAPPLICANO, PER INCOMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO UE, LA NORMA LIMITATIVA DELLA GIURISDIZIONE CONTABILE IN MATERIA DI INSERIMENTO NELL'ELENCO ISTAT (NOTA A CORTE DEI CONTI, SS.RR. IN SEDE GIURISDIZIONALE IN SPECIALE COMPOSIZIONE N. 17/2023/RIS)[1]

di Marco Caralesu
Ricercatore Università di Sassari

SOMMARIO

1. Premessa.
2. L'iscrizione nell'elenco ISTAT delle amministrazioni pubbliche e la novità prevista dall'art. 23-*quater* del d.l. 137/2020.
3. Le ordinanze di rinvio nn. 5/2021 e 6/2021 della SS.RR. in sede giurisdizionale in speciale composizione.
4. La sentenza della Corte di Giustizia nelle cause riunite C-363/21 e C-364/21.
5. La sentenza n. 17/2023/RIS delle SS.RR. in sede giurisdizionale in speciale composizione.
6. Conclusioni.

ABSTRACT

Il saggio commenta la sentenza delle SS.RR.n.17/2023 che disapplica la norma interna di restrizione degli effetti delle sentenze della Corte dei conti, sulla base di un percorso argomentativo che si fonda sulla ricostruzione dei contenuti concreti del principio dell'effetto utile e del principio di effettività della tutela giurisdizionale nell'ambito del diritto UE sui conti pubblici. La sentenza è in applicazione di CGUE n.563 2023 Ferrovie Nord

The essay comments on the sentence of the SS.RR.n.17/2023 which disapplies the internal rule about the effects of the sentences of the Court of Auditors. The main topics are based on the reconstruction of the concrete contents of the principle of the direct and useful effect and the principle of effectiveness of judicial protection under EU law on public accounts.

1. Premessa.

Con la pronuncia in esame le SS.RR. in sede giurisdizionale in speciale composizione della Corte dei conti, ponendo fine al clima di grande attesa che si era generato sul tema, ricostruiscono e applicano, per la prima volta, quanto disposto nella sentenza della CGUE (Prima Sezione), cause riunite C-363/21 e C-364/21, con la quale, come noto, la Corte di giustizia si è espressa sui quesiti relativi alla compatibilità con il diritto europeo della previsione normativa, introdotta dall'art. 23-*quater*, co. 2, del d.l. n. 137/2020 (convertito in l. n. 176/2020), limitativa, ai "*soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica*", della cognizione del giudice contabile sui giudizi in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'ISTAT.

In estrema sintesi, le SS.RR. disapplicano la richiamata norma interna sulla base di un percorso argomentativo che, alla luce dei precetti contenuti nella richiamata pronuncia della CGUE, si fonda, da un lato, sulla ricostruzione dei contenuti concreti del principio dell'effetto

[1] L'articolo è stato sottoposto alla procedura di referaggio a doppio cieco descritta sul sito www.dirittoeconti.it

utile e del principio di effettività della tutela giurisdizionale nell'ambito del diritto UE sui conti pubblici, e, dall'altro lato, sulla esegesi del complessivo sistema giurisdizionale interno in applicazione del rinvio, sul punto, operato dai Giudici di Lussemburgo.

La sentenza in esame è espressione del cosiddetto dialogo tra le Corti[2] che, a partire da qualche anno, stimola le riflessioni degli studiosi del diritto dell'Unione europea e del diritto costituzionale. Le SS.RR. sono infatti pervenute alla decisione in commento alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia la quale, con la richiamata pronuncia, ha elaborato un "*test di compatibilità*", con il diritto Ue, basato su tre "*coordinate interpretative*", le prime due definite direttamente dai Giudici di Lussemburgo, e la terza rimessa (sostanzialmente) all'esegesi del Giudice nazionale[3].

Come si avrà modo di meglio illustrare nel prosieguo del presente scritto, la Corte dei conti ha esaminato e chiarito, alla luce dei principi e del diritto UE e della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, alcuni aspetti "*di sistema*" in tema di conti pubblici e di effettività della tutela giurisdizionale, con la conseguenza che la portata applicativa delle statuizioni contenute nella sentenza in rassegna è destinata a riflettersi oltre il perimetro dei giudizi in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'ISTAT.

La Corte dei conti ha infatti affrontato rilevanti tematiche di carattere generale come la questione della "*doppia pregiudizialità*", quella dei contenuti dell'effetto utile del diritto europeo, quella relativa all'affermazione, contenuta nella richiamata pronuncia della Corte di giustizia, della natura "*self-executing*" della disciplina contenuta nella Direttiva n. 85/2011/UE riguardante le caratteristiche dei "*quadri di bilancio*". Nella medesima prospettiva si inquadra l'approfondita ricostruzione offerta dai magistrati contabili riguardo alla riserva di giurisdizione in favore della Corte dei conti.

Ai fini di una più puntuale analisi dei vari profili, si ritiene necessario procedere preliminarmente alla sintetica ricostruzione dei fatti e delle vicende sui quali si innesta la pronuncia della magistratura contabile qui in rassegna.

2. L'iscrizione nell'elenco ISTAT delle amministrazioni pubbliche e la novità prevista dall'art. 23-*quater* del d.l. 137/2020.

La sentenza in commento trae origine dal contenzioso attivato da una concessionaria autostradale avverso la sua inclusione nell'elenco ISTAT delle amministrazioni pubbliche

[2] In tema, *ex multis*, J. ZILLER, *Dialogo, confronto, o contrapposizione tra Corti?*, in Eurojus, 2022; F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e Corti europee: un problema di confini*?, in Federalismi 3/2021; E. CHITI, *Il dialogo tra Corti nell'ordinamento europeo,* in Giorn. Dir. Amm. 3/2021, pagg. 296 e ss.; A. RUGGERI, *Il dialogo tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente "bonne à tout faire,* in Consulta online 3/2021; S. FILIPPI, *Sulle più recenti evoluzioni dei rapporti tra Corti: riflessioni a partire da Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84*, in Consulta online 3/2021; F. FERRARO – C. IANNONE, *Il rinvio pregiudiziale*, Torino (Giappichelli) 2020; F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in Federalismi n. 18/2019; A. RUGGERI, *Dialogo tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, I quaderni europei, Dic. 2013, n. 59.

[3] Punto 5 della sentenza.

inserite nel conto economico consolidato, in applicazione del SEC 2010 e delle interpretazioni fornite dal "*Manual on Government Deficit and Debt*" pubblicato da Eurostat.

L'elenco ISTAT riveste un ruolo fondamentale nel quadro generale dell'ordinamento contabile europeo e nazionale perché sulla sua base si determina il perimetro delle "*amministrazioni pubbliche*" comprese all'interno del conto economico consolidato che costituisce un documento di fondamentale importanza per la verifica del rispetto della disciplina euro-unitaria in materia di bilancio[4].

Il Regolamento n. 549/2013 (il cui Allegato A costituisce il c.d. "*SEC 2010*") disciplina il sistema europeo di conti economici integrati che identifica il dispositivo giuridico che l'Unione europea ha adottato per assicurare un'informazione comparabile riguardo alla struttura delle economie degli Stati membri. Il Regolamento in questione definisce le "*unità istituzionali*"[5] a loro volta raggruppate in settori nazionali tra i quali è ricompreso il "*settore delle amministrazioni pubbliche*" [6].

In ambito nazionale la disciplina di riferimento è contenuta nella l. 196/2009 che, al co. 1, dispone che le "*amministrazioni pubbliche*" concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in ambito nazionale "*in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea e ne condividono le conseguenti responsabilità*", mentre, i successivi co. 2 e 3, stabiliscono che per "*amministrazioni pubbliche*" si intendono gli enti e i soggetti a fini statistici indicati nell'elenco predisposto annualmente dall'ISTAT con proprio provvedimento pubblicato nella G.U. entro il 30 Settembre di ogni anno. Inoltre, l'art. 2, co. 1, lett. a) della l. n. 243/2012, definisce "*amministrazioni pubbliche*" gli enti "*individuati con le procedure e gli atti previsti, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, dalla normativa in materia di contabilità e finanza pubblica".*

L'ISTAT è dunque il soggetto tenuto a identificare le "*unità istituzionali*" che formano l'anagrafe delle "*amministrazioni pubbliche*" sulla base di criteri, di stretta legalità, individuati dalla normativa europea. Il tema dell'inclusione di enti nell'elenco ISTAT delle "*amministrazioni pubbliche*" è oggetto, da anni, di un vasto contenzioso la cui cognizione era originariamente assegnata al giudice amministrativo. Nel 2012 è intervenuto il legislatore con una disposizione[7] che ha attribuito la giurisdizione al giudice contabile, poi confermata con

---

[4] E. TALARICO, "*I limiti della giurisdizione della Corte dei conti introdotti dal decreto"Ristori" al vaglio della Corte di Giustizia Europea (Commento all'ordinanza 5/2021 delle Sezioni Riunite in speciale composizione della Corte dei conti)*, in Bilancio-Comunità-Persona, n. 2/2021, pagg. 117-127.

[5] Il Capitolo 1 dell'Allegato a del Regolamento n. 549/2013, al punto 1.57 definisce le unità istituzionali come "*entità economiche che possono essere proprietarie di beni e attività, possono assumere passività, nonché esercitare attività economiche e intervenire in operazioni con altre unità per conto proprio*".

[6] Al Capitolo 2, al punto 2.111 è presente la seguente definizione del settore delle amministrazioni pubbliche: "*è costituito dalle unità istituzionali che agiscono da produttori di beni e servizi non destinati alla vendita, la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali e sono finanziate da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori, nonché dalle unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e della ricchezza del paese*".

[7] Art. 1, co. 169, della l. 228/2012: "*avverso gli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata annualmente dall'ISTAT ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, è ammesso*

l'art. 11, co. 6, del CGC che, nella sua versione originaria, prevedeva che "*le sezioni riunite in speciale composizione, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in materia di contabilità pubblica, decidono in unico grado sui giudizi (...) b) in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'Istat*".

Il legislatore è intervenuto sul tema nel corso del 2020 attraverso la previsione contenuta all'art. 5, co. 2, del d.l. n. 154/2020, non convertito in legge, e, successivamente, con l'art. 23-*quater*, co. 2, del d.l. n. 137/2020, che ha modificato la formulazione, del richiamato art. 11, co. 6, del CGC mediante l'aggiunta, dopo le parole "*operata dall'Istat*", del seguente inciso "*ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica*".

Le motivazioni alla base dell'indicato intervento normativo si ricavano dalla relazione al d.l. ove si precisa che l'inclusione nell'elenco ISTAT ha prodotto l'attivazione di contenziosi innanzi al giudice contabile il quale "*nel fornire la propria interpretazione delle norme di matrice comunitaria che incidono sulla definizione del conto economico consolidato delle Amministrazioni pubbliche, (...) ha accolto i ricorsi volti ad escludere determinati enti dall'elenco ISTAT*". Pertanto, si legge ancora nella relazione, l'esclusione dal conto economico consolidato di specifici enti, contrariamente a quanto invece ritenuto da Eurostat in accordo con l'ISTAT, "*comporterebbe l'immediata apposizione, da parte di Eurostat, di una riserva sulla qualità delle statistiche di finanza pubblica italiane, con evidenti conseguenze negative per il Paese".* L'esclusione di specifici enti "*per effetto di sentenze della Corte dei conti*" avrebbe prodotto "*un impatto negativo sui saldi di finanza pubblica, atteso che le entrate e le spese degli enti continueranno ad essere consolidate nel conto PA*" e, al tempo stesso, avrebbe causato "*effetti negativi anche sulle previsioni e sul monitoraggio dei conti pubblici, in quanto gli enti destinatari delle decisioni della Corte dei conti non si ritengono più obbligati a trasmettere i loro dati di bilancio*"[8].

3. Le ordinanze di rinvio nn. 5/2021 e 6/2021 della SS.RR. in sede giurisdizionale in speciale composizione.

Nell'ambito di due contenziosi relativi all'inclusione di enti nell'elenco ISTAT delle "*amministrazioni pubbliche*", le SS.RR. hanno adottato le ordinanze nn. 5/2021 e 6/2021 con le quali hanno chiesto alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) di pronunciarsi in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, sulla compatibilità, con la disciplina europea dei saldi di bilancio, dell'art. 23-*quater*, co. 2, del d.l. n. 137/2020 in quanto, conclude il Giudice remittente, "*la norma del 2020 ha determinato un difetto assoluto di giurisdizione e, conseguentemente una mancanza di tutela sull'esatta perimetrazione del settore S13* [settore

ricorso alle Sezioni riunite della Corte dei conti, in speciale composizione, ai sensi dell'articolo 103, secondo comma, della Costituzione".

[8] C. RUSSO, "*Annotazioni a margine dell'art. 23-quater D.L. 137/2020 alla luce della rilevanza generale e sistematica dell'elenco Istat*", in Rass. Avv. dello Stato, n. 1/2021.

delle Amministrazioni Pubbliche] *e, conseguentemente sui saldi di finanza pubblica, impedendo al SEC 2010 e alla direttiva 85/2011 di raggiungere il loro effetto. Va ricordato infatti che mediante l'elenco ISTAT, lo stato italiano determina l'ambito di applicazione del SEC 2010 agli effetti della disciplina degli articoli 126 TFUE e del protocollo n. 12*"[9].

Nell'ordinanza n. 5/2021 (cui è seguita la n. 6/2021) si dà conto, tra l'altro, delle diverse posizioni espresse dalle parti riguardo alla portata del richiamato art. 23-*quater* del d.l. 137/2020. Sul punto, l'Avvocatura generale dello Stato aveva escluso la sussistenza di possibili profili di illegittimità costituzionale sul presupposto che la norma introdotta dal legislatore avrebbe disposto, contestualmente, la contrazione della giurisdizione della Corte dei conti e l'espansione di quella del giudice amministrativo, con la conseguenza che al ricorrente sarebbe stata sempre garantita la possibilità di ottenere una piena tutela giurisdizionale della propria situazione giuridica soggettiva.

La Procura generale della Corte dei conti aveva invece eccepito il contrasto con il diritto euro-unitario in quanto sussisterebbe un "*effetto minimo inderogabile*" del regolamento SEC 2010 riconducibile alla corretta perimetrazione del settore delle "*amministrazioni pubbliche*". Dal punto di vista dell'ordinamento interno la Procura generale aveva rilevato il contrasto con plurimi profili costituzionali, considerato che la norma avrebbe come effetto quello di sottrarre a qualsiasi giudice un atto della pubblica amministrazione, impedendo, nello stesso tempo, al soggetto incluso nell'elenco di contrastare gli altri effetti discendenti dalla qualificazione come "*amministrazione pubblica*" tra i quali, *in primis*, quelli derivanti dall'inclusione nel conto economico consolidato.

Peraltro, sottolineava ancora la Procura generale, anche ammettendo l'interpretazione secondo cui ai ricorrenti sarebbe comunque garantita la possibilità di adire il giudice amministrativo, la norma contrasterebbe con gli artt. 81, 97, c. 1, 103, c. 2, della Costituzione che, come da costante giurisprudenza della Corte costituzionale, delineano il concetto di "*contabilità pubblica*" ai fini della definizione della giurisdizione della Corte dei conti.

Ciò posto le SS.RR. hanno accuratamente ricostruito il concetto di "*equilibrio di bilancio*" definito come l'obiettivo, imposto a tutte le amministrazioni, che si esprime attraverso una "*regola di bilancio numerica*" tramite la quale gli Stati membri assicurano la convergenza verso il cosiddetto "*Obiettivo di Medio Termine*" (OMT), a sua volta, definito, dall'art. 2, co. 1, lett. e) della l. 243/2012, come il "*valore del saldo strutturale individuato sulla base dei criteri stabiliti dall'ordinamento dell'Unione europea*".

Il rispetto dell'OMT è assicurato tramite la costruzione del "*conto economico consolidato*", che si ottiene sommando i dati di tutte le "*amministrazioni pubbliche*" inserite all'interno dell'elenco adottato dall'ISTAT nel rispetto della disciplina contenuta nel SEC 2010. Peraltro,

[9] E. TOMASSINI, "*I limiti della giurisdizione della Corte dei conti introdotti dal decreto"Ristori" al vaglio della Corte di Giustizia Europea (Commento all'ordinanza 5/2021 delle Sezioni Riunite in speciale composizione della Corte dei conti)*, in Rivista della Corte dei conti, n. 3/2021, pagg. 191-194.

il "*conto economico consolidato*" assume un valore fondamentale anche in sede gestionale e consuntiva e in tale ambito al MEF è attribuito il ruolo di vigilanza sul suo andamento.

Nell'ordinanza in questione sono stati inoltre approfonditi il ruolo affidato alla Corte dei conti dal sistema costituzionale italiano, nella "*duplice*" e "*sinergica*" funzione di controllo e giurisdizionale[10], e le caratteristiche e l'oggetto dei giudizi innanzi alla stessa magistratura contabile avverso gli atti di ricognizione delle "*amministrazioni pubbliche*" operata annualmente dall'ISTAT.

Dopo aver rammentato che i principi dell'effetto utile, del primato e dell'effetto diretto esprimono i "*tratti fondamentali*" del diritto dell'Unione, le SS.RR. specificano che da tali principi derivano i limiti all'autonomia degli Stati membri nella conformazione dei loro sistemi giurisdizionali.

Nello specifico, viene richiamato il principio dell'autonomia procedurale il quale, in base alla CDFUE e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, "*incontra tre limiti: il principio dell'effettività delle tutele, della loro equivalenza e dell'effetto utile"*[11], con la precisazione che i margini dell'autonomia procedurale possono ulteriormente ridursi "*quando vi è il concreto rischio di privare di effettività il diritto e gli scopi perseguiti dalla disciplina europea*". Viene inoltre segnalato come tale rischio risulti particolarmente rilevante in ambito finanziario in considerazione della "*rinforzata esigenza di certezza ed affidabilità dei conti e degli obblighi gravanti sulle pubbliche amministrazioni*".

Nell'ordinanza in questione sono stati analizzati, tra gli altri, i contenuti principali del richiamato Regolamento n. 549/2013, il cui scopo consiste nella "*esigenza di garantire un linguaggio contabile e statistico comune per consentire la confrontabilità dei saldi di bilancio tra gli Stati membri e per la vigilanza sui saldi stessi effettuata dall'Unione*". Sono stati inoltre analizzati i contenuti della Direttiva n. 2011/85/UE, sui quadri di bilancio, e quelli del Regolamento n. 2013/473/UE, che stabilisce una separazione tra soggetto erogatore del dato contabile ("*autorità di bilancio*") e soggetto che ne verifica imparzialmente la qualità e attendibilità (organo di "*accountability*"). Da ultimo, l'ordinanza richiama il Regolamento n. 2020/2092/UE, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, che ha ribadito la necessità di "*un effettivo controllo giurisdizionale destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione*", e precisato che tale esigenza è "*intrinseca in uno Stato di diritto e presuppone l'esistenza di organi giurisdizionali indipendenti che possano valutare la regolarità degli atti, dei contratti o di altri strumenti che generano spese o debiti pubblici o l'esecuzione efficiente del bilancio dell'Unione in conformità dei principi di sana gestione finanziaria"*.

Alla luce dell'esame della richiamata disciplina euro-unitaria, le SS.RR. hanno rilevato l'esistenza di dubbi interpretativi circa la compatibilità della previsione contenuta all'art. 23-*quater* del d.l. n. 137/2020.

---

[10] E. TOMASSINI, op. cit.
[11] Punto 91 dell'Ordinanza.

Nel dettaglio, è stato sottolineato che l'effetto utile, "*minimo e inderogabile*", del SEC 2010 consiste nell'assicurare un linguaggio contabile e statistico comune per consentire la confrontabilità dei saldi di bilancio tra gli Stati membri e per la vigilanza sui saldi stessi effettuata dall'Unione. La non corretta applicazione del SEC 2010 esclude "*la possibilità di confrontare e verificare i dati contabili degli Stati membri tramite i quali si realizza la convergenza delle loro politiche di bilancio*".

È stato inoltre rilevato che la Direttiva 2011/85/UE "*obbliga gli Stati membri a favorire la piena effettività del SEC 2010*", con la conseguenza che le norme di attuazione del SEC 2010 e i comportamenti esecutivi degli Stati membri sono vincolati al rispetto di una serie di obblighi discendenti dalla Direttiva stessa.

Ad avviso del Giudice remittente, la limitazione al sistema giurisdizionale introdotta dall'art. 23-*quater* del d.l. n. 137/2020 impedirebbe "*di verificare o meno la correttezza dell'inserimento di un ente nel perimetro delle pubbliche amministrazioni tenute al rispetto dei quadri di bilancio*". In tal modo, si sottrarrebbe, di fatto, al diritto UE, la valutazione della corretta attuazione del SEC 2010 e della Direttiva 2011/85/UE sui quadri di bilancio. Alla luce delle descritte considerazioni, con il primo quesito le SS.RR. avevano chiesto alla Corte di giustizia se la limitazione alla giurisdizione introdotta dalla norma in questione violasse, o meno, gli "*effetti utili*" del SEC 2010 e della Direttiva 2011/85 sui quadri di bilancio.

Sotto un diverso profilo, i giudici contabili avevano rilevato che la norma interna nella misura in cui limita gli effetti alla disciplina sul contenimento della spesa pubblica determinerebbe "*l'eliminazione di qualsiasi controllo indipendente sulle autorità di bilancio e sulla legalità sul calcolo dei saldi che servono per la verifica del rispetto dell'Obiettivo di Medio Termine*". In buona sostanza, la norma non avrebbe rispettato la regola della separazione tra "*autorità di bilancio*" e "*organi di audit*" che nell'ordinamento nazionale si svolge anche in forma giurisdizionale.

Sempre ad avviso del Giudice remittente, una volta venuto meno il controllo giurisdizionale in sede di contenzioso sull'attribuzione dello "*status*" di pubblica amministrazione, verrebbe meno "*qualsiasi verifica sull'individuazione dei soggetti che concorrono alla formazione del conto economico consolidato*". Pertanto, con il secondo quesito le SS.RR. chiedevano alla Corte di Giustizia se il principio dell'effetto utile del SEC 2010 e della richiamata Direttiva n. 2011/85/UE rappresenti un ostacolo alla compatibilità con la norma interna che ha previsto l'eliminazione di qualsivoglia controllo indipendente sulle autorità di bilancio e sulla legalità del calcolo dei saldi.

In ultima analisi, si evidenziava che l'art. 19 del TUE pone un limite all'autonomia procedurale degli Stati membri nella misura in cui impone la presenza di rimedi giurisdizionali idonei ad assicurare una tutela effettiva nei settori disciplinati dall'Unione. Nella medesima prospettiva è stato evidenziato che l'art. 47 della CDFUE ha codificato un principio che limita l'autonomia procedurale degli Stati membri in merito alla loro organizzazione giudiziaria, ogni qual volta vengano in gioco diritti e libertà della persona.

Pertanto, nonostante il riconoscimento del principio dell'autonomia organizzativa, il diritto interno non può stabilire "*modalità meno favorevoli di quelli che riguardano ricorsi analoghi di natura interna*" o "*rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario*".

Sulla scorta delle richiamate considerazioni, con il terzo quesito, le SS.RR. avevano chiesto alla Corte di giustizia se la norma interna rispetta, o meno, i principi dello Stato di diritto, *sub specie* di effettività della tutela giurisdizionale e di equivalenza dei rimedi giurisdizionali, considerato che la norma in questione: *(a)* impedirebbe qualsiasi verifica sull'esatta applicazione del SEC 2010; (*b*) esporrebbe il ricorrente, in caso di accoglimento dell'interpretazione proposta dalle amministrazioni resistenti, ad un doppio onere di impugnazione giudiziaria e ai conseguenti rischi di un contrasto di giudicato sulla sussistenza dello "*status*" di "*amministrazione pubblica*"; (*c*) sempre in caso di accoglimento dell'interpretazione proposta dalle amministrazioni resistenti, a pronunciarsi sulla correttezza della perimetrazione di bilancio sarebbe un giudice diverso da quello al quale la Costituzione italiana riserva la giurisdizione sul diritto del bilancio.

In conclusione, secondo le SS.RR. l'art. 23-*quater* del d.l. n. 137/2020 avrebbe provocato un "*difetto assoluto di giurisdizione*" e, conseguentemente, una mancanza di tutela sull'esatta perimetrazione del settore delle "*amministrazioni pubbliche*", impendendo, per l'effetto, al SEC 2010 e alla Direttiva 2011/85/UE di raggiungere il loro effetto.

4. La sentenza della Corte di Giustizia nelle cause riunite C-363/21 e C-364/21.

Con la pronuncia qui in esame la Corte di giustizia, dopo aver richiamato il diritto dell'Unione e la disciplina nazionale rilevanti nell'ambito delle questioni sottoposte al suo giudizio, ha riassunto i dubbi del Giudice remittente per come compendiati nei quesiti proposti[12].

Innanzitutto, ad avviso del Giudice remittente, l'art. 23-*quater* del d.l. 137/2020 avrebbe determinato una "*assenza di controllo giurisdizionale*" in merito alla valutazione degli elementi che supportano la qualificazione di un ente come "*amministrazione pubblica*". Tale carenza escluderebbe, in primo luogo, la corretta applicazione delle regole di bilancio previste dal Regolamento n. 549/2013/UE e dalla Direttiva n. 2011/85/UE e, pertanto, il rispetto dei principi indicati all'art. 126 TFUE e nel Protocollo n. 12. Allo stesso tempo, sarebbe precluso qualsiasi controllo indipendente sulle autorità nazionali di bilancio, ai sensi di quanto previsto dalla Direttiva n. 2011/85 e dal Regolamento n. 473/2013. Da ultimo, verrebbe meno la garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva sancita dall'art. 19 del TUE e dall'art. 47 della CDFUE.

A partire dalle indicate considerazioni del Giudice remittente, la Corte di giustizia ha risposto ai quesiti attraverso motivazioni, chiare e sintetiche, fondate sulla rigorosa analisi della

[12] S. DE PAOLIS, "*La Corte di Giustizia dell'Unione europea pone un limite alla discrezionalità del legislatore interno in materia di giurisdizione sui conti collegati al SEC 2010*", in Bilancio – Comunità – Persona.

disciplina europea in materia di conti pubblici e sui richiami alla giurisprudenza in merito alle condizioni necessarie ai fini del rispetto dei principi dell'effetto utile, dell'effettività della tutela giurisdizionale e dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

In primo luogo, la Corte di giustizia sottolinea che l'obiettivo del SEC 2010, per come emerge dall'analisi dei contenuti del Regolamento n. 549/2013/UE stesso, è essenzialmente quello di assicurare che gli Stati membri nell'elaborazione dei loro conti rispettino le regole sulla qualificazione di un ente come "*amministrazione pubblica*" in modo da permettere il raggiungimento di risultati comparabili per le esigenze dell'Unione. In assenza della possibilità di procedere alla contestazione di tale qualificazione verrebbe meno l'effetto utile del Regolamento in questione.

In secondo luogo, relativamente al rispetto della Direttiva n. 2011/85/UE, la Corte di Giustizia rileva che all'art. 1 della Direttiva stessa sono enunciate regole dettagliate, relative alle caratteristiche dei quadri di bilancio, necessarie per garantire il rispetto da parte degli Stati membri degli obblighi che incombono in virtù del Trattato UE per quanto riguarda l'esigenza di evitare disavanzi pubblici eccessivi. Gli Stati membri, attraverso misure nazionali di trasposizione, devono disporre di specifiche regole di bilancio numeriche che promuovano effettivamente l'osservanza degli obblighi previsti dal Trattato UE nel settore delle politiche di bilancio. La disponibilità di dati di bilancio è dunque "*essenziale per il corretto funzionamento del quadro di sorveglianza dei bilanci dell'Unione*".

Pertanto, proseguono i giudici di Lussemburgo, affinché siano rispettati l'oggetto, la finalità e l'effetto utile della Direttiva in questione è necessario che vi sia la possibilità di un controllo giurisdizionale sulla qualità delle "*amministrazioni pubbliche*" in modo da assicurare la correttezza dei dati di bilancio trasmessi alla Commissione. Anche sotto questo profilo, dunque, in assenza della possibilità di contestazione della qualificazione come "*amministrazione pubblica*" verrebbe meno l'effetto utile.

In terzo luogo, per quanto attiene il rispetto dell'esigenza, prevista dal Regolamento n. 473/2013/UE e dalla Direttiva n. 2011/85/UE, di un controllo indipendente sulle autorità di bilancio dello Stato membro, la Corte di giustizia ha sottolineato che "*il diritto europeo esige l'istituzione di organismi indipendenti ai fini del rispetto delle regole di bilancio numeriche dell'Unione*", ma è fatta salva la possibilità per gli Stati membri di limitare la portata del controllo giurisdizionale delle loro Corti.

In quarto luogo, in merito all'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva, la Corte di giustizia rammenta che l'art. 19, par. 1, co. 2, del TUE impone agli Stati membri di istituire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare ai singoli, nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, il rispetto del loro diritto a tale tutela. Il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale rappresenta un principio generale del diritto che discende dalle tradizioni costituzionali comuni, ed è attualmente affermato dall'art. 47 della CDFUE.

Il principio dell'autonomia procedurale supplisce all'assenza, nel SEC 2010 e nella Direttiva n. 2011/85/UE, di norme relative alle modalità di svolgimento dei procedimenti giurisdizionali necessari ad assicurare l'effetto utile. Tuttavia, l'indicato principio incontra un duplice limite

nel "*principio di equivalenza*", nel senso che le modalità non devono essere meno favorevoli di quelle disciplinate dal diritto interno, e nel "*principio di effettività*", nel senso che le modalità prescelte non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione.

Sul punto, la Corte di giustizia ha rimesso al Giudice del rinvio le valutazioni riguardo al rispetto dei suddetti principi.

Tuttavia, quanto al "*principio di effettività*" la Corte di giustizia precisa che l'Unione non costringe gli Stati membri a "*istituire mezzi di ricorso diversi da quelli stabiliti dal diritto interno*", a meno che dall'analisi del sistema giurisdizionale complessivo non emerga l'assenza di qualsivoglia rimedio giurisdizionale tale da permettere, anche in via incidentale, di assicurare il rispetto dei diritti riconosciuti ai singoli. I Giudici di Lussemburgo ricordano, altresì, che, in conformità alla propria giurisprudenza, nell'ipotesi in cui sussistano dubbi in ordine all'idoneità, o meno, di una disposizione procedurale di rendere impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto UE, tale valutazione deve essere condotta alla luce del "*posto occupato dalla disposizione nel complesso della procedura, nonché dello svolgimento e delle particolarità di quest'ultima dinanzi ai diversi organi nazionali*".

Nella sentenza in esame viene inoltre precisato che l'accoglimento dell'interpretazione della norma prospettata dall'Avvocatura dello Stato, secondo cui il giudice amministrativo è competente ad annullare l'iscrizione nell'elenco ISTAT mentre al giudice contabile è attribuita la possibilità di verificare la legittimità dell'iscrizione in via incidentale, non determinerebbe alcuna lesione del principio di effettività. Peraltro, la possibilità che si formino due giudicati contrastanti non creerebbe alcuna situazione di incertezza giuridica o la lesione dell'art. 19 TUE, letto alla luce dell'art. 47 della CDFUE, a condizione che sia consentita "*la proposizione di un unico ricorso per l'esame della propria domanda*". In ogni caso, incombe all'ordinamento giuridico interno garantire che le modalità concrete di esercizio dei mezzi di ricorso non siano tali da pregiudicare in maniera sproporzionata il diritto ad un ricorso effettivo.

Da ultimo, la CGUE dichiara che la carenza di rilievo per il diritto europeo dell'affermazione del Giudice remittente secondo cui il giudice amministrativo non è quello "*designato dalla Costituzione della Repubblica italiana quale giudice competente in materia di bilancio"*.

In conclusione, alla luce delle esposte considerazioni, la Corte di Giustizia ha dichiarato che: "*i regolamenti n. 473/2013 e n. 549/2013, la direttiva 2011/85, nonché l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta e dei principi di equivalenza e di effettività, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano ad una normativa nazionale che limiti la competenza del giudice contabile a statuire sulla fondatezza dell'iscrizione di un ente nell'elenco delle amministrazioni pubbliche, purché siano garantiti l'effetto utile dei regolamenti e della direttiva summenzionati nonché la tutela giurisdizionale effettiva imposta dal diritto dell'Unione*".

5. La sentenza n. 17/2023/RIS delle SS.RR. in sede giurisdizionale in speciale composizione.

La sentenza in questione costituisce il primo caso in cui le SS.RR. si sono pronunciate successivamente all'adozione della richiamata pronuncia della Corte di Giustizia. È dunque estremamente utile ricostruire e analizzare i passaggi argomentativi che, come sopra accennato, hanno condotto i giudici contabili alla disapplicazione dell'art. 23-*quater* del d.l. n. 137/2020 alla luce delle statuizioni contenute nella sopra richiamata sentenza della CGUE.

La pronuncia della Corte di Giustizia è intervenuta nelle more del giudizio innanzi alle SS.RR. e, di conseguenza, le parti hanno dovuto prenderne atto esprimendo però differenti e contrapposte interpretazioni riguardo ai suoi contenuti e agli effetti che dalla stessa sono derivati.

Ad avviso della Procura generale, la Corte di giustizia avrebbe dato una precisa interpretazione del diritto interno affermando la sussistenza di due giurisdizioni in materia di elenco ISTAT ed escludendo che ciò comporti la violazione dei principi euro-unitari dell'equivalenza e dell'effettività della tutela. La Procura ha insistito sulla richiesta di rinvio alla Corte costituzionale sul presupposto dell'incompatibilità con i principi costituzionali della doppia giurisdizione.

Secondo il ricorrente, invece, la sentenza della Corte di Giustizia avrebbe confermato che la normativa europea "*non tollera aree di insindacabilità giurisdizionale*" e che il sindacato deve estendersi sia sulla qualificazione degli enti come "*amministrazione pubblica*" che sugli effetti conseguenti a tale inquadramento. Pertanto, considerato che per il diritto europeo restano "*irrilevanti*" gli eventuali problemi di compatibilità costituzionale, le ricorrenti insistono sulla necessità di adire la Corte costituzionale per verificare la compatibilità del richiamato art. 23-*quater* del d.l. n. 137/2020 con i principi di tutela del diritto, di difesa, di certezza, del giusto procedimento.

Ad avviso dell'Avvocatura dello Stato, la pronuncia della Corte di giustizia avrebbe confermato che la norma interna non contrasta con il diritto europeo in quanto la "*mappatura della finanza pubblica*" è attribuita alla cognizione del giudice ammnistrativo, mentre resterebbero soggetti al sindacato del giudice contabile i "*risvolti contabili (ex art. 103 Cost.)*".

Ciò premesso, le SS.RR. hanno innanzitutto affrontato il tema della "*doppia pregiudizialità*" in ragione della contestuale presenza di dubbi di compatibilità della richiamata norma sia con il diritto UE che con il diritto costituzionale[13].

---

[13] *Ex multis*, G. MARTINICO, *La doppia pregiudizialità nel diritto comparato,* in Diritto Pubblico 3/2023; C. AMALFITANO E L. CECCHETTI, *Sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionalee doppia pregiudizialità: l'approccio della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in Eurojus 2/2022; A. RUGGERI, *Il giudice e la doppia pregiudizialità: istruzioni per l'uso,* in Federalismi 6/2021; S. LEONE, *Doppia pregiudizialità: i rischi di un dialogo senza ordine,* in Quaderni costituzionali, 1/2021; F. FERRARO – C. IANNONE, *Il rinvio pregiudiziale. Cap. XIV. La doppia pregiudizialità*, Torino (Giappichelli) 2020; G. AMOROSO, *La doppia pregiudizialità - costituzionale ed europea - nel quadro della giurisprudenza della Corte costituzionalee della Corte di giustizia*, in Foro it. 9/2020;

La scelta dei giudici contabili è stata quella di riscontrare prioritariamente la compatibilità della norma con il diritto europeo e rinviare all'esito di tale accertamento la verifica dei profili di legittimità costituzionale. Il ragionamento che ha condotto a tale opzione si basa sull'esistenza di un obbligo di disapplicazione della norma interna in tutte le ipotesi nelle quali nessuna interpretazione del testo "*è in grado di garantire il principio dell'effetto utile del diritto Ue"*. Si tratta di una "*garanzia*" non eludibile a presidio del primato del diritto UE.

Risolto in questi termini il primo nodo pregiudiziale, il percorso motivazione delle SS.RR. prende le mosse dall'affermazione secondo cui la CGUE non ha affatto escluso l'incompatibilità tra il diritto UE e l'art. 23-*quater* del d.l. 137/2020, come invece sostenuto dall'Avvocatura dello Stato e dalla Procura generale, ma ha affidato al giudice del rinvio la verifica del "*superamento di alcuni limiti"* considerati ostativi a tale compatibilità.

Tale considerazione costituisce il nucleo centrale attorno al quale si sviluppa l'intero percorso argomentativo della pronuncia in rassegna che, pur nella complessità e tecnicità dei temi trattati, si connota per la sequenzialità logico-giuridica dei profili affrontati e per la puntuale e approfondita motivazione che assiste e supporta ogni enunciato.

Nel dettaglio, ad avviso dei giudici contabili la Corte di giustizia ha elaborato un "*test di compatibilità*" basato su "*tre coordinate interpretative*" (punto 5 della sentenza) che assumono il valore di "*cosa interpretata*" e che, pertanto, non possono essere ignorate o disattese dal Giudice del rinvio.

La prima di queste coordinate attiene alla definizione dell'effetto utile del Regolamento 549/2013/UE e della disciplina collegata. La seconda riguarda l'individuazione degli elementi caratterizzanti il contenuto essenziale e inderogabile del principio di effettività della tutela giurisdizionale "*per mezzo dello stesso effetto utile*". L'ultima riguarda i limiti ostativi, o meno, alla compatibilità della norma interna con il diritto europeo. Limiti che si sostanziano, da un lato, nel "*principio di autosufficienza del ricorso*" e, dall'altro lato, nel "*divieto di assenza di controllo giurisdizionale*". Quest'ultima coordinata differisce dalle precedenti in quanto, secondo le SS.RR., la verifica ad essa sottesa è "*sostanzialmente rimessa all'esegesi del giudice nazionale*" in quanto tale operazione non rientra tra i compiti affidati al giudice della nomofilacchia europea.

Più nel dettaglio, quanto alla prima coordinata, le SS.RR. evidenziano che la Corte di Giustizia ha chiarito che la disciplina europea sui conti pubblici è costituita da un "*sistema normativo*" (del quale fanno parte oltre al Regolamento n. 549/2013/UE anche la Direttiva n. 85/2011/UE e il Regolamento 471/2012/UE), basato su una disciplina "*self-executing*" che, in ragione del suo dettaglio "*chiaro, preciso e incondizionato*" vincola automaticamente sia le

---

G. SCACCIA, *Corte costituzionale doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in Quaderni Costituzionali, 2/2020; C. MASCIOTTA, *La doppia pregiudizialità nella più recente giurisprudenza costituzionale,* in Oss. Fonti 3/2020; F. DE STEFANO, "*Diritto dell'Unione europea e doppia pregiudizialità nel dialogo tra le corti*", in www.giustiziainsieme.it 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta "opportuna" della Corte costituzionale*, in Federalismi 10/2019.

autorità competenti all'accertamento della qualificazione di "*amministrazioni pubbliche*", sia gli enti che ricadono in tale perimetro.

Tale affermazione assume un valore cruciale nella ricostruzione operata dai magistrati contabili in quanto legittima e conferma la qualificazione in termini di provvedimento "*vincolato*" dell'atto di ricognizione adottato dall'ISTAT (in conformità a quanto previsto dall'art. 2, lett. a) della l. 243/2012 e dall'art. 1, co. 2, della l. 196/2009) produttivo di un "*effetto certativo*" che non può porsi in contrasto con il diritto UE. Sul punto, precisano ancora le SS.RR., è lo stesso diritto europeo ad aver definito dettagliatamente i "*presupposti*" del procedimento di qualificazione come "*amministrazione pubblica*" e gli "*effetti*" che ne conseguono.

In tale prospettiva si innesta l'ulteriore passaggio argomentativo attraverso il quale i giudici contabili precisano che dalla qualificazione come "*amministrazione pubblica*" discendono effetti di "*natura contabile*", come si evincerebbe da quanto previsto dalla Direttiva 85/2011 (art. 2, par. 1) e dal Reg. 473/2013/UE (art. 2, par. 2).

Riguardo a quest'ultima Direttiva, le SS.RR. riconoscono che, sebbene la sua attuazione sia demandata ad atti di trasposizione nazionale, la Corte di giustizia ne ha acclarato la natura "*self-executing*" in quanto "*sufficientemente chiara, precisa ed incondizionata poiché enuncia regole dettagliate*" (relative alle caratteristiche dei quadri di bilancio degli Stati membri) necessarie ai fini del rispetto del divieto di "*disavanzi pubblici eccessivi*".

Secondo le SS.RR. la descritta ricostruzione del sistema europeo dei conti pubblici e la conseguente necessità di assicurare il rispetto del suo effetto utile impongono la previsione di un controllo giurisdizionale secondo quanto previsto dall'art. 47 della CDFUE.

A partire da questa affermazione le SS.RR. sviluppano l'analisi della seconda coordinata ermeneutica elaborata dalla CGUE. Si osserva, infatti, che i Giudici di Lussemburgo dopo aver chiarito l'esistenza di un "*collegamento biunivoco*" tra il principio dell'effetto utile e il controllo giurisdizionale, si sono preoccupati di precisare quale "*grado*" di effettività deve essere assicurato.

Una volta dichiarata l'assenza nelle fonti europee di norme di carattere processuale, la Corte di giustizia si è fatta carico di fornire utili indicazioni sul punto attraverso il richiamo dei principi generali del diritto UE. In particolare, attraverso la citazione di un passaggio della sentenza della Corte di Giustizia C-497/20 (*Randstad / Italia*) è stata ribadita la necessità di preservare l'effetto utile che, a sua volta, costituisce "*il parametro di una tutela processuale de minimis*" con la conseguenza che in ossequio al principio di effettività non è possibile realizzare alcun contenimento del controllo giurisdizionale.

Pertanto, nonostante la Corte di giustizia abbia riconosciuto il ruolo e il valore dell'autonomia procedurale, la stessa ha comunque precisato che tale principio non può spingersi fino a "*pregiudicare la capacità del diritto comunitario di essere attuato*". Conseguentemente è imposto al sistema giurisdizionale interno il rispetto di precisi "*limiti*" il superamento dei quali non garantisce più il rispetto del diritto UE.

Tanto premesso, le SS.RR. affrontano la terza coordinata ermeneutica che, come sopra accennato, impone l'esegesi, rimessa al giudice del rinvio, del sistema giurisdizionale nazionale al fine di verificare il superamento, o meno, dei limiti individuati: a) nel "*principio di auto-sufficienza del ricorso*"; b) nel "*divieto negare l'accesso per l'accertamento degli effetti comunitari*".

Sul punto, la valutazione da parte dei giudici contabili prende le mosse dall'analisi logica e letterale dell'art. 23-*quater* del d.l. n. 137/2020. Si tratta un passaggio chiave ai fini della ricostruzione dell'ambito della giurisdizione della Corte dei Conti.

In primo luogo, i magistrati contabili sostengono che la modifica operata dal legislatore non ha apportato alcuna alterazione dei "*confini dell'ambito oggettivo della cognizione del giudice contabile*" che continua a investire "*la tutela del complesso delle situazioni giuridiche, rapporti, procedure che precedono e discendono dall'atto di qualificazione operata dall'ISTAT*". Allo stesso tempo, l'intervento normativo non ha introdotto alcuna alterazione del criterio sul riparto di giurisdizione, attesa l'invarianza dell'inciso, contenuto all'art. 11, co. 6, del C.G.C., riguardo alla natura "*esclusiva*" della giurisdizione della magistratura contabile.

Pertanto, attraverso la novella normativa, il legislatore ha ridefinito l'oggetto della tutela (*petitum* e *causa petendi*) attraverso una limitazione dei "*fini*" (cioè degli "*effetti*") della giurisdizione contabile. In termini pratici, oltre a escludere l'annullamento dell'atto di ricognizione la modifica ha inciso sull'ambito degli effetti delle possibili sentenze dichiarative e sulle richieste che possono essere avanzate delle parti.

Alla luce delle descritte argomentazioni, le SS.RR. affermano che la norma interna si prefigge l'obiettivo di escludere la disapplicazione degli effetti euro-unitari derivanti dalla qualificazione come "*amministrazione pubblica*", pregiudicando così "*l'effetto utile*" della richiamata disciplina europea in materia di conti pubblici e la prevalenza e il primato del diritto UE.

Pertanto, i magistrati contabili concludono per il superamento del primo limite in quanto il sistema di tutela giurisdizionale non soddisfa il "*principio dell'autosufficienza*" del ricorso secondo cui il soggetto interessato deve "*poter proporre un unico ricorso per vedere esaminata la sua domanda*" al pieno accertamento degli effetti euro-unitari, con il conseguente effetto vincolante per tutte le parti del giudizio.

Nonostante l'accertato superamento del primo limite sarebbe di per sé sufficiente a giustificare la disapplicazione della norma interna, per le SS.RR. sussistono ragioni di opportunità tali da giustificare l'illustrazione delle ragioni che determinano anche il superamento del secondo limite ostativo rappresentato dall'obbligo di assicurare la giustiziabilità degli effetti euro-unitari davanti ad un qualsiasi giudice.

Dall'esame del sistema giurisdizionale operato dai giudici contabili emerge, infatti, l'assenza di una tutela contro gli effetti euro-unitari dell'atto di ricognizione dinanzi a qualsiasi altro giudice, sia per l'annullamento che per la disapplicazione.

Ancora una volta le SS.RR. ricostruiscono, attraverso un *iter* argomentativo lineare e supportato da plurimi e significativi richiami alla giurisprudenza della Corte costituzionale e

della Corte di Cassazione, le solide ragioni che delineano ormai in modo netto e preciso il perimetro della giurisdizione assegnata dalla Costituzione alla Corte dei conti.

La ricostruzione di tale perimetro è particolarmente interessante e meritevole di approfondimento in quanto si fonda su tre regole. In base alla prima regola, ai sensi degli artt. 100 e 103 della Costituzione la giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica, e in particolare di bilancio, compete alla giurisdizione "*generale*" della Corte dei conti. La seconda regola prevede che nel caso di "*interpositio legislatoris*" in tema di giurisdizione le relative norme devono essere soggette a "*stretta interpretazione*". In base alla terza regola, coerentemente con il principio di tassatività delle norme sulla giurisdizione, non è rinvenibile nell'ordinamento una regola che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione generale sull'annullamento degli atti.

Dall'applicazione delle enunciate regole alla vicenda in esame, i giudici contabili traggono la conclusione secondo cui la "*interpositio legislatoris*" si è limitata a riconoscere la giurisdizione della Corte dei conti, come inequivocabilmente dimostrato dalla circostanza che le competenze giurisdizionali delle SS.RR. in materia di bilanci pubblici evocano come titolo legale di attribuzione direttamente l'art. 103, co. 2, della Costituzione. Tali considerazioni valgono anche per il riconoscimento della giurisdizione in materia di elenco ISTAT e, a confermare il valore puramente ricognitivo dell'intervento del legislatore, i magistrati contabili sottolineano che l'art. 23-*quater* del d.l. 137/2020 non ha toccato il riferimento espresso, contenuto all'art. 11, co. 6, del CGC, all'attribuzione della giurisdizione "*esclusiva*" in favore della Corte dei conti.

A conferma del carattere esclusivo della giurisdizione della Corte dei conti, le SS.RR. evocano il principio europeo della "*certezza della tutela giurisdizionale*", richiamato nella più volte citata sentenza della CGUE, e il principio interno, strettamente connesso al precedente, della "*tassatività delle norme sulla giurisdizione*".

Alla luce delle sopra esposte argomentazioni, le SS.RR. concludono per la disapplicazione dell'art. 23-*quater* del d.l. n. 137/2020, in quanto tale disposizione "*da un lato, contrasta con il principio dell'autosufficienza del ricorso (punto 98) e, per altro verso, determina l'insindacabilità presso qualsiasi altro giudice degli effetti comunitari (punti 69 e 94) in ragione della giurisdizione per materia ed esclusiva originariamente attribuita alla Corte dei conti*".

In questa sede si tralascia l'esame dei pur interessanti aspetti (preliminari di rito e di merito) che attengono alla specifica vicenda sottoposta all'esame delle SS.RR.

6. Conclusioni.

La sentenza in rassegna presenta significativi spunti di riflessione in ragione della rilevanza, nell'ambito del diritto europeo e di quello interno, dei temi trattati e merita di essere segnalata per la tecnica argomentativa utilizzata dalle SS.RR. caratterizzata dalla profondità di analisi dei singoli profili e dal costante richiamo, a supporto delle conclusioni rassegnate all'esito di

ciascun passaggio argomentativo, alla giurisprudenza della Corte di giustizia, della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione.

Ciò premesso, si segnalano gli approfondimenti offerti riguardo al principio dell'effetto utile del diritto europeo sui conti pubblici e, più specificamente, circa la qualificazione delle "*amministrazioni pubbliche*", nonché relativamente ai presupposti e agli effetti che si riconnettono al procedimento di ricognizione operato dall'ISTAT. Si tratta, infatti, di un aspetto centrale nell'ambito del sistema di verifica del rispetto degli obblighi e dei vincoli imposti agli Stati membri dal diritto UE.

Ulteriori e significative considerazioni si traggono dagli approfondimenti contenuti nella sentenza riguardo ai contenuti del principio di effettività della tutela giurisdizionale e alla sua stretta correlazione con il principio dell'effetto utile, in virtù della portata generale delle valutazioni espresse dalle SS.RR. e, conseguentemente, della possibilità di trasposizione delle stesse nell'ambito di vicende diverse e ulteriori rispetto a quelle qui affrontate.

Analoghe considerazioni riguardano i chiarimenti e le precisazioni afferenti il principio dell'autonomia procedurale.

Da ultimo, deve essere segnalato il metodo, basato su regole chiare e precise, attraverso il quale le SS.RR. hanno ricostruito il perimetro della giurisprudenza della Corte dei conti. Si tratta di una metodologia applicabile a tutte le future problematiche interpretative, sui confini della giurisdizione contabile, anche a fronte di una interposizione del legislatore.

SULLA RIQUALIFICAZIONE DEL TITOLO D'IMPUTAZIONE DEL DANNO ERARIALE DA PARTE DEL GIUDICE D'APPELLO[1]

(Breve nota a c. Conti, sez. App. III, 19 settembre 2023, n. 348)

di Emanuele Fratto Rosi Grippaudo
Ricercatore Università di Pisa

SOMMARIO

1. La sentenza.
2. La distinzione tra responsabilità amministrativa e responsabilità contabile.
3. Il potere di riqualificazione del titolo d'imputazione del danno erariale.
4. Brevi considerazioni conclusive.

Massime: (i) *Il giudice di appello può dare al rapporto in contestazione una qualificazione giuridica diversa da quella data dal giudice di primo grado o prospettata dalle parti, avendo egli il potere – dovere di inquadrare nell'esatta disciplina giuridica gli atti ed i fatti che formano oggetto della controversia, anche in mancanza di una specifica impugnazione e indipendentemente dalle argomentazioni delle parti, purché nell'ambito delle questioni riproposte col gravame e con limite di lasciare inalterati il* petitum *e la* causa petendi *e di non introdurre nel tema controverso nuovi elementi di fatto*; (ii) *Mentre la responsabilità amministrativa può configurarsi a seguito di una qualsiasi condotta che, dolosa o gravemente colposa, risulti essere eziologicamente ricollegabile alla causazione di un danno per il pubblico erario, la responsabilità contabile insorge solo ed unicamente qualora il soggetto a cui è affidata la gestione del bene pubblico o del pubblico denaro, al termine concordato del suo esercizio, non restituisca alla pubblica amministrazione affidataria, la stessa quantità di beni o di denaro ricevuti in carico.*

The appeal judge can give the disputed relationship a legal qualification different from that given by the judge of first instance or proposed by the parties, having the power - duty to frame the acts and facts that form the subject of the dispute in the exact legal framework , even in the absence of a specific appeal and regardless of the arguments of the parties, provided that in the context of the questions re-proposed with the burden and with the limit of leaving the petitum and the causa petendi unchanged and not introducing new elements of fact into the controversial topic. 2. While administrative liability can arise as a result of any conduct which, whether malicious or grossly negligent, appears to be etiologically linked to the causing of damage to the public treasury, accounting liability arises only and exclusively if the person to whom the management of the public good or public money, at the agreed end of its exercise, does not return to the entrusted public administration the same quantity of goods or money received.

1. La sentenza

Nella pronuncia in commento, la terza sezione giurisdizionale centrale d'appello ha confermato una sentenza di primo grado della sezione giurisdizionale per il Friuli-Venezia Giulia, nella quale erano stati condannati, in via solidale, una società concessionaria del servizio

[1] L'articolo è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco secondo la procedura pubblicata sul sito www.dirittoeconti.it

di accertamento e riscossione dell'imposta di pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni di un Comune (d'ora in avanti "la società") e il relativo amministratore unico e presidente *pro tempore* del consiglio di amministrazione (d'ora in avanti "l'amministratore") alla restituzione degli importi dovuti dalla società, in esecuzione del contratto di affidamento del servizio di riscossione, e non riversati al Comune. In particolare, la società era stata qualificata come agente contabile "di diritto" – per via dello svolgimento, per l'ente locale, delle attività di accertamento, riscossione e riversamento dei citati tributi – ed era stata condannata a titolo di responsabilità contabile. L'amministratore, invece, nonostante fosse stato qualificato come agente contabile "di fatto" – per la riconosciuta personale, materiale e per la sistematica ingerenza nella gestione del servizio di riscossione affidato alla società di cui aveva la legale rappresentanza – era stato condannato a titolo di responsabilità amministrativa, scelta motivata in sentenza dalla provata sussistenza, nel corso dell'istruttoria, di tutti gli elementi, di tipo oggettivo e soggettivo, dell'illecito erariale. Tale scelta è stata contestata dall'amministratore nell'atto d'appello, sia sotto forma di incertezza della *causa petendi* sia sotto forma di insussistenza di prove circa la condotta illecita. Il giudice d'appello, dopo aver elencato le differenze di natura sostanziale e processuale tra la responsabilità amministrativa e la responsabilità contabile, ha ravvisto nel caso di specie un'ipotesi di responsabilità contabile, derivando il danno erariale dalla consapevole e sistematica violazione degli obblighi di riversamento dei valori riscossi. Pertanto, nell'esercizio del suo potere-dovere di inquadrare nell'esatta disciplina giuridica gli atti e i fatti oggetto della controversia, ha mutato la qualificazione giuridica dell'illecito, prospettata dal giudice di primo grado a titolo di responsabilità amministrativa. Ha, quindi, confermato la sentenza impugnata, ritenendo che l'attore pubblico avesse compiutamente svolto il proprio compito di dimostrare sia il rapporto concessorio esistente, da cui desumere il *quantum* non riversato, sia la materiale ingerenza dell'amministratore nell'attività di riscossione ed evidenziando come, di contro, lo stesso amministratore non avesse offerto la prova contraria circa l'esistenza del caso fortuito e/o della forza maggiore, che gli avrebbero impedito il corretto adempimento dell'obbligo di riversamento.

La sentenza in esame si caratterizza per due aspetti: (i) apporta, *in primis,* un meritorio contributo di chiarezza in ordine alla distinzione tra responsabilità amministrativa e responsabilità contabile, che rappresentano due distinti titoli d'imputazione dell'illecito erariale nel contesto del giudizio di responsabilità; (ii) riconosce al Collegio il potere di riqualificare il titolo d'imputazione dell'illecito erariale – dalla responsabilità amministrativa alla responsabilità contabile o viceversa – non solo in primo grado, ma anche in grado d'appello. I citati aspetti sono approfonditi, rispettivamente, nel secondo e nel terzo paragrafo di questa breve nota a sentenza, cui seguono delle brevi considerazioni conclusive.

2. La distinzione tra responsabilità amministrativa e responsabilità contabile

Il giudice contabile d'appello, nell'attribuire la responsabilità contabile al convenuto, ha seguito il presente ragionamento logico: l'amministratore di una società concessionaria del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta di pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni di spettanza comunale che si ingerisce personalmente nella gestione dell'attività di riscossione e ha "maneggio" diretto delle risorse riscosse è un agente contabile "di fatto"; il danno erariale procurato all'amministrazione comunale mediante la consapevole e sistematica violazione degli obblighi di riversamento del riscosso deve essere imputato a titolo di responsabilità contabile e non a titolo di responsabilità amministrativa. I due stadi di questo ragionamento meritano una breve disamina.

Quanto al primo stadio, la giurisprudenza[2] riconosce unanimemente la qualifica di agente contabile "di fatto" all'amministratore di una società di riscossione delle imposte di un ente locale – la quale esercita la funzione di agente contabile "di diritto" – in quelle ipotesi in cui si sia ingerito negli incarichi a quest'ultima attribuiti, sviando le entrate provenienti dalla riscossione dalla loro originaria finalità. A corredo, è opportuno ricordare come il rapporto di servizio si costituisce "di fatto" tra il soggetto e la pubblica amministrazione sia in caso di maneggio diretto sia in caso di maneggio indiretto delle risorse riscosse. Nelle ipotesi in esame, in cui la condotta dell'agente contabile è sorretta dal dolo, le prevalenti pronunce rese dalla Corte dei conti condannano, in solido, la società concessionaria e il suo amministratore a risarcire il danno erariale provocato all'amministrazione di riferimento, non trovando applicazione la regola contenuta nell'art. 1, comma 1-*quater*, della legge 14 settembre 1994, n. 20.

Quanto al secondo stadio, nel contesto del giudizio di responsabilità, il danno erariale può essere imputato sia a titolo di responsabilità amministrativa sia a titolo di responsabilità contabile[3]. Si tratta, in entrambi i casi, di forme di responsabilità che trovano la propria fonte nell'inadempimento, doloso o gravemente colposo, degli obblighi di servizio[4], con la particolarità che, nel caso della responsabilità contabile, tali obblighi hanno natura contabile e sono propri di una particolare categoria di agenti pubblici: quella degli agenti contabili[5]. Le due forme di responsabilità per danno erariale si distinguono non solo sotto il profilo sostanziale,

---

[2] Si vedano le seguenti pronunce del giudice erariale: C. conti, sez. III app., 20 ottobre 2023, n. 418, in *www.corteconti.it*; C. conti, sez. II app., 8 settembre 2023, n. 246, *ibid.*; C. conti, sez. giur. Veneto, 26 novembre 2020, n. 114, *ibid.*; C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 18 settembre 2017, n. 186, *ibid.*; C. conti, sez. giur. Puglia, 8 aprile 2016, n. 131, *ibid.*

[3] La tematica della distinzione tra responsabilità amministrativa e responsabilità contabile è affrontata nelle seguenti opere di dottrina: V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2022, pp. 25-512, in part. pp. 58-59; S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, Milano, 2003, *passim.*; L. SCHIAVELLO, *Responsabilità contabile, formale e amministrativa*, Napoli, 1987, *passim.*; F. FESTA, *La responsabilità contabile*, Bari, 1968, pp. 18-30.

[4] Sul riconoscimento della natura "contrattuale" a entrambe le forme di responsabilità per danno erariale si veda M. SINOPOLI, *Corte dei conti*, voce in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1968, pp. 928-972.

[5] Un approfondimento sulla qualifica di agente contabile è contenuto in G. COMITE, *I soggetti obbligati a rendere il conto giudiziale: gli agenti contabili*, in A. CANALE, D. CENTRONE, F. FRENI, M. SMIROLDO (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, 2022, pp. 593-606.

ma anche sotto quello processuale. In particolare, l'imputazione del danno erariale a titolo di responsabilità amministrativa richiede che la Procura provi tutti gli elementi costitutivi di detta responsabilità, ossia il danno erariale, il dolo o la colpa grave e il nesso di causalità. Di contro, l'imputazione del danno erariale a titolo di responsabilità contabile consente all'attore pubblico di limitarsi a provare la qualifica di agente contabile ricoperta dal convenuto, l'esatto ammontare dei beni o valori da costui ricevuti in carico e la parziale e/o omessa restituzione degli stessi, ricadendo sul convenuto l'onere della prova contraria, data dall'avvenuto riversamento ovvero dalla presenza di ragioni giustificative della mancata restituzione del dovuto, quali sono il caso fortuito o la forza maggiore[6]. Inoltre, è tutt'altro che pacifica l'operatività del potere, riconosciuto al giudice contabile[7], di ridurre il *quantum* di danno

[6] La tematica della differente ripartizione dell'onere della prova dell'elemento psicologico nelle due forme di responsabilità per danno erariale è affrontata nelle seguenti opere di dottrina: G. RUTA, *La colpa grave*, in G. DI GIANDOMENICO, R. FAGNANO, G. RUTA (a cura di), *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici amministratori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, pp. 93-104, in part. pp. 100-101; F. GARRI, *La responsabilità per danno erariale*, Milano, 1965, pp. 199-208; G. DE GENNARO, *La responsabilità patrimoniale dei funzionari ed impiegati verso gli enti pubblici*, Firenze, 1950, pp. 34-40; G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, Firenze, 1891, vol. II, pp. 127-128. Recentemente, la tematica in esame è stata affrontata nelle seguenti pronunce del giudice erariale: C. conti, sez. giur. Lazio, 27 gennaio 2022, n. 67, *in www.corteconti.it*, la quale, nel solco della tradizione, ha ritenuto che nella responsabilità contabile operi una vera e propria inversione dell'onere della prova dell'elemento psicologico, fondata su una presunzione di colpa, e C. conti, sez. I app., 14 ottobre 2019, n. 225, *ibid.*, la quale, aderendo a un orientamento emergente, ha ravvisato la diversa distribuzione dell'onere della prova dell'elemento psicologico nella responsabilità contabile nel principio di "riferibilità" o di "vicinanza" della prova.

[7] In origine, il potere riduttivo dell'addebito trovava applicazione alla sola responsabilità dei funzionari "verificatori", come prevedeva l'art. 20, della legge n. 1483/1853, secondo cui: «*La Camera dei conti potrà a norma delle circostanze attenuare gli effetti di tale responsabilità, determinando la somma che dovrà ricadere a carico di questi funzionari*». Tale disposizione è stata riproposta nelle tre leggi di contabilità di Stato italiane del secolo XIX e trova oggi una collocazione definitiva nell'art. 83 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, il quale, però, ne estende gli effetti alla responsabilità amministrativa di ogni altra categoria di funzionario. Difatti, l'articolo da ultimo citato dispone quanto segue: «I funzionari di cui ai precedenti articoli 81 e 82 sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti la quale, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto». Nei successivi interventi normativi, il legislatore ha confermato l'attribuzione del potere riduttivo alla magistratura contabile, come può evincersi dalla lettura sia dell'art. 52 del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, sia dell'art. 1, comma 1-bis, della legge 14 gennaio 1994, n. 20. Il Codice di giustizia contabile non ha apportato innovazioni in merito al potere in esame, limitandosi – all'art. 130, comma 6 – a vietarne l'esercizio nel grado di appello del rito abbreviato.

accertato e imputabile all'agente contabile a titolo di responsabilità contabile[8], soprattutto all'interno dei giudizi di conto[9].

Nella fattispecie oggetto della sentenza in commento, così come in quelle a essa assimilabili, il danno erariale è dovuto all'inadempimento di un obbligo – quello di riversamento degli importi riscossi in qualità di imposte comunali – dalla natura contabile ed è, pertanto, imputato all'agente contabile a titolo di responsabilità contabile.

3. Il potere di riqualificazione del titolo d'imputazione del danno erariale

La pronuncia opera una duplice riqualificazione del titolo d'imputazione del danno erariale contestato al convenuto. La prima emerge nell'ambito della descrizione del fatto, laddove si afferma che il giudice di primo grado – nonostante la Procura avesse prospettato il titolo di responsabilità e offerto la prova degli elementi idonei a supportare un'azione per responsabilità contabile – aveva deciso di imputare il danno erariale a titolo di responsabilità amministrativa, in considerazione dell'articolata individuazione, in capo al convenuto, di tutti i requisiti, di tipo oggettivo e soggettivo, dell'illecito erariale. La seconda, invece, viene effettuata direttamente dal giudice d'appello, nel passo della sentenza in cui ribadisce la natura di responsabilità

[8] In dottrina, l'orientamento più risalente, che qualificava il potere riduttivo dell'addebito come "facoltà eccezionale e discrezionale" e che ne negava l'estensibilità alla responsabilità contabile facendo leva su un'interpretazione letterale dell'art. 83 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, è stato progressivamente sostituito da uno più recente, che giustifica la necessità giuridica di far rimanere a carico dell'ente le conseguenze pregiudizievoli conseguenti ai fatti organizzativi anomali e ai fatti oggettivi condizionanti le attività mediante il richiamo al criterio della c.d. responsabilità per rischio d'impresa e che ammette l'estensione del potere in esame alla responsabilità contabile. Aderiscono all'orientamento più risalente le seguenti opere di dottrina: E. VICARIO, *La Corte dei conti in Italia*, Milano, 1925, pp. 513-514; V. TANGO, *Della responsabilità pecuniaria imposta ai pubblici ufficiali verso lo Stato. Comento all' art. 67 della legge 17 febbraio 1884, n. 2016. Memoria seconda*, in *Archivio giuridico*, 1889, Vol. XLII, pp. 221-286, in part. p. 284; E. PASINI, *La legge sulla istituzione della Corte dei conti del Regno d'Italia*, Torino, 1883, p. 382. Aderiscono all'orientamento più recente le seguenti opere di dottrina: F. STANDERINI, *Responsabilità amministrativa e contabile*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1997, tomo XIII, pp. 199-210, in part. 204; O. SEPE, *La giurisdizione contabile*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1997, vol. XVI, pp. 183-189, in particolare p. 188; F. GARRI, *In tema di potere riduttivo dell'addebito da parte della Corte dei conti*, in *Foro Amm.vo*, 1968, III, pp. 78-84. In giurisprudenza, il secondo orientamento è emerso a partire da C. conti, sez. riun., 28 giugno 1974, n. 160, in *Foro it.*, 1975, fasc. 12, p. 364, con nota di G. COLOMBINI, *Il nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di esercizio del c. d. potere riduttivo nei giudizi di responsabilità contabile*, *ivi*, pp. 364-373. Tuttavia, parte della giurisprudenza continua a negare l'operatività del potere di riduzione dell'addebito in quei giudizi di responsabilità in cui l'imputazione del danno erariale avviene a titolo di responsabilità contabile. Si veda, *ex multis*, C. conti, sez. giur. Lombardia, 26 luglio 2019, n. 210, in *www.corteconti.it*.

[9] Si veda G. DE MARCO, *Il giudizio sul conto*, in A. CANALE, F. FRENI, A. SMIROLDO (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti. Commento sistematico al codice della giustizia contabile (D.Lgs. n. 174/2016) come modificato dal D.lgs. n. 114/2019*, Milano, 2021, pp. 917-949, in part. pp. 941-942. L'autore afferma che non esistono posizioni consolidate sulla possibilità di utilizzare il potere di riduzione dell'addebito in sede di giudizio di conto, rilevando che a una prima fase giurisprudenziale che negava fermamente tale possibilità ha fatto seguito una fase di maggiore apertura. All'esito di un giudizio di conto, hanno ritenuto non esercitabile il potere riduttivo, perché esercitabile esclusivamente nel giudizio di responsabilità amministrativa, le seguenti pronunce: C. conti, sez. giur. Liguria, 8 luglio 2022, nn. 60 e 61, in *www.corteconti.it*; *id.*, 12 gennaio 2022, n. 4, *ibid.*; C. conti, sez. giur. Sicilia, 30 maggio 2019, n. 409, *ibid.* Lo hanno ritenuto non esercitabile, perché incompatibile con le obbligazioni di natura restitutoria, le seguenti pronunce: C. conti, sez. II app., 10 maggio 2021, n. 146, in *www.corteconti.it*; C. conti, sez. giur. Piemonte, 14 ottobre 2019, nn. 299 e 300, *ibid*.

contabile, relativamente al titolo di responsabilità per il quale l'agente contabile è chiamato a rispondere.

Lo stesso giudice giustifica entrambe le riqualificazioni facendo riferimento a un principio di diritto, elaborato nella giurisprudenza della Corte di cassazione[10], che attribuisce al giudice il potere-dovere di qualificare autonomamente il rapporto dedotto in giudizio, anche in modo diverso rispetto a quanto prospettato dalle parti o da quanto ritenuto dal giudice che ha reso la sentenza impugnata; ovverosia, il giudice di primo grado può ravvisare una *causa petendi* diversa da quella allegata alle domande e alle eccezioni delle parti, mentre il giudice dell'impugnazione può ravvisarne una diversa da quella posta alla base della condanna di primo grado. Si prendano ad esempio alcune fattispecie decise dai giudici di legittimità. Nella recente sentenza n. 33057/2022, i giudici della terza sezione civile della Corte di cassazione hanno ritenuto legittima la decisione di una corte d'appello di riqualificare un contratto denominato dalle parti come "concessione" – considerato atipico dal giudice di prime cure – in un contratto di "locazione transitoria non abitativa di un immobile ad uso di parcheggio" ai sensi dell'art. 27, comma 5, della legge n. 392/1978. Con la sentenza n. 7467/2020, i giudici della prima sezione civile della Corte di cassazione hanno confermato la legittimità di una riqualificazione della domanda fondata sull'assunto che i fatti costitutivi fin dall'inizio erano stati prospettati secondo un paradigma corrispondente all'art. 2037 c.c., benché la parte attrice avesse evocato in citazione solo l'art. 2041 c.c.

In quel particolare ambito della giurisdizione contabile che è il giudizio di responsabilità, il "rapporto dedotto in giudizio" altro non è che il rapporto di servizio, che, come si è già detto, può comprendere anche obblighi dalla natura contabile. Nel caso di specie, l'amministratore si era mostrato inadempiente all'obbligo di riversamento, nelle casse dell'ente di riferimento, delle imposte riscosse. Si tratta di un obbligo dalla natura contabile, prescritto nell'art. 181 T.U.E.L. a carico dei soli agenti contabili che rivestono la qualifica di incaricati, interni o esterni, della riscossione delle imposte. La violazione di questo obbligo costituisce una *causa petendi* diversa - quanto a natura e a regime processuale - dalla violazione di uno dei tanti

[10] Si veda Cass. civ., sez. I, 12 ottobre 2001, n. 12471, in *Contratti*, 2002, fasc. 4, pp. 360 ss. In essa viene affermato il seguente principio di diritto: «il vizio di extrapetizione ricorre soltanto quando il giudice abbia pronunciato oltre i limiti delle pretese e delle eccezioni fatte valere dalle parti, ovvero su questioni estranee all'oggetto del giudizio e non rilevabili d'ufficio, attribuendo ad una di esse un bene della vita non richiesto (o diverso da quello domandato), mentre spetta al giudice di merito il compito di definire e qualificare, entro detti limiti, la domanda proposta dalla parte». Come precisa la stessa sentenza, «tale compito appartiene non soltanto al giudice di primo grado, ma anche a quello d'appello, che resta a sua volta libero di attribuire al rapporto controverso una qualificazione giuridica difforme da quella data in prime cure con riferimento all'individuazione della *causa petendi*, dovendosi riconoscere a detto giudice il potere-dovere di definire l'esatta natura del rapporto dedotto in giudizio onde precisarne il contenuto e gli effetti in relazione alle norme applicabili, con il solo limite di non esorbitare dalle richieste della parti e di non introdurre nuovi elementi di fatto nell'ambito delle questioni sottoposte al suo esame». Si vedano le seguenti pronunce conformi del giudice di legittimità: Cass. civ., ord. 9 novembre 2022, n. 33057, in *www.onelegale.wolterskluwer.it*; Cass. civ., sez. VI-1, ord. 13 aprile 2022, n. 11923, *ibid*.; Cass. civ., sez. VI, ord. 9 agosto 2021 n. 22512, *ibid*.; Cass. civ., sez. I, ord. 19 marzo 2020, n. 7467, *ibid.*; Cass. civ., sez. I, 11 settembre 2007, n. 19090, *ibid.* Sul tema, si veda anche Cons. giust. amm. Sicilia, 27 maggio 2022, n. 637 in *www.onelegale.wolterskluwer.it*.

obblighi non contabili che possono caratterizzare il rapporto di servizio tra agente pubblico e pubblica amministrazione. Pertanto, riqualificando il rapporto di servizio dedotto in giudizio, la Corte dei conti ha potuto variare il titolo di imputazione del danno erariale in favore della responsabilità contabile. Si tratta di una scelta assai significativa, soprattutto perché espressione dell'interesse della magistratura contabile a mantenere una netta distinzione tra le due forme di responsabilità per danno erariale e tra le regole che disciplinano la loro attribuzione.

4. Brevi considerazioni conclusive

La scelta della terza sezione centrale d'appello di riqualificare in responsabilità contabile il titolo d'imputazione del danno erariale scelto dal giudice di primo grado è sia legittima sia condivisibile. Quanto alla legittimità della scelta, deve riconoscersi anche al giudice contabile il potere-dovere di qualificare autonomamente il rapporto di servizio dedotto in giudizio, in base alla natura – contabile o meno – dell'obbligo non adempiuto dall'agente pubblico. Quanto alla condivisibilità della scelta, il danno erariale imputato all'agente contabile deriva dall'inadempimento di un obbligo di servizio di natura contabile, quale è l'obbligo di riversamento nelle casse comunali di un'imposta riscossa, e, pertanto, deve essere imputato a titolo di responsabilità contabile.

LE CONCESSIONI DEMANIALI CON FINALITA' TURISTICO-RICREATIVE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA E NAZIONALE. OBBLIGO DI EVIDENZA PUBBLICA E PROFILI DI DANNO ERARIALE.[1]

di Roberto Viscomi

Avvocato

SOMMARIO

1. Premessa
2. La regola: la direttiva e la giurisprudenza CGUE e del Consiglio di Stato
3. Una visione d'insieme della Direttiva *Bolkestein*
4. Danno da concorrenza
5. Conclusioni

ABSTRACT

In uno stato liberal-democratico, l'attività dei privati è in linea di principio libera: tutto ciò che non è vietato è permesso, salvo ovviamente i limiti generali dell'ordinamento civile e il principio del neminem laedere. Nel momento in cui, però, l'attività privata può incidere sugli interessi della collettività, l'ordinamento allora si premura con regole speciali, imponendo vincoli e prescrizioni. Lo scontro tra interessi pubblici e interessi privati, quindi, è il riflesso del bilanciamento tra contrapposti valori costituzionali, che annoverano da un lato l'unità e l'azione di buon andamento politico-amministrativo (artt. 95 e 97 Cost.), dall'altro invece la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.). In tale contesto si inserisce la Direttiva n. 2006/123/CE nonché la successiva giurisprudenza della CGUE e quella amministrativa italiana, le cui regole pretorie – qualora inosservate – potrebbero generare profili di responsabilità erariale.

In a liberal-democratic state, the activity of private individuals is in principle free: everything that is not forbidden is permitted, subject of course to the general limits of civil order and the principle of neminem laedere. When, however, private activities may affect community interests, the legal system then imposes special rules, with constraints and prescriptions. The clash between public and private interests, therefore, reflects the balancing act between opposing constitutional values, which include on the one hand unity and good political-administrative performance (Articles 95 and 97 of the Constitution), and on the other hand the freedom of private economic initiative (Article 41 of the Constitution). Directive No. 2006/123/EC and the subsequent case law of the CGEU and the Italian administrative Courts are part of this context, whose judicial rules-if disregarded-could generate profiles of accountability.

"Tra tutte le altre regioni europee esiste una delicata e non ben afferrabile
ma potente efficace affinità della forma interna dello spirito,
come pure del modo di concepire, in certe altezze, rapporti di pensiero e sentimento,
la quale affinità, come la cupola dell'etere, si eleva unitaria
sopra le loro differenze nazionali…"
Benedetto Croce

1. Premessa

[1] L'articolo è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco secondo la procedura pubblicata sul sito www.dirittoeconti.it

Il principio della libera concorrenza è divenuto l'asse portante della politica nazionale sulla scia di quella europea: in tal senso la DIRETTIVA 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 - relativa ai servizi nel mercato interno attuata in Italia in due fasi con il decreto legislativo n. 59/2010 e con il successivo decreto legislativo 147/2012- la cosiddetta *Bolkestein (*d'ora in poi semplicemente *Bolkestein)* è tutta indirizzata a favorire la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi: in essa, in pratica, si evince come l'interesse pubblico non coincide con la massimizzazione degli interessi della concorrenza e del mercato; l'ambizioso compito affidato ai pubblici poteri consiste, infatti, nella ricerca di un punto di equilibrio tra l'interesse ad un ordinato e razionale assetto del territorio e la libertà di iniziativa economica.[2]

2. La regola: la direttiva e la giurisprudenza CGUE e del Consiglio di Stato;

Nonostante il recepimento della *Bolkestein* sia di oltre due lustri addietro, le concessioni demaniali[3] con finalità turistico-ricreative non hanno trovato sistemazione nel suo alveo ed anzi, dopo l'attuazione della stessa, si è provveduto a modificare il portato normativo dell'art.37 del cod. nav. laddove si prevedeva l'automatico rinnovo della concessione (diritto d'insistenza) ritenuto in palese contrasto con la stessa e l'attuale art.49 TFUE (cfr. nota 9 e 14) ; in tal guisa, l'intento del legislatore era di trovare un proprio assetto legislativo, cosa, però, mai avvenuta, subendo, di conseguenza, una serie infinita di proroghe[4] e *sic rebus stantibus,* l'intera vicenda non poteva avere seguito in forza anche delle continue procedure di infrazione attuate dalla Commissione europea; in definitiva, l'intero procedimento di revisione della materia, più volte preannunciato dal legislatore non ha mai fatto la sua comparsa, nonostante le rassicurazioni fornite all'Europa e le varie procedure di infrazione ricevute, per l'appunto.[5]

---

[2] Così F. D'AGOSTINO in *Tra Governo del territorio e libertà di iniziativa economica: dialogo tra le Istituzioni pag.244 La Coesione Politico-Territoriale* (*Firenze press University -2016*)

[3] A.PELLICANO' in *Il diritto amministrativo.it (Fasc.6/2023)la disciplina della concessione amministrativa assume normalmente la figura della concessione – contratto (si veda, ad esempio, la concessione dell'uso di beni appartenenti al demanio marittimo ovvero al demanio storico ed artistico per rappresentazioni teatrali o riprese cinematografiche. Essa, tuttavia, non va confusa con l'atto con cui un bene del patrimonio disponibile viene concesso in godimento privato, in quanto riguarda un tipico contratto di locazione, considerato che un bene di tal genere è assoggettato esclusivamente alla disciplina privatistica. La Giurisprudenza, inoltre, ha chiarito che l'attributario di una concessione, da parte di una Pubblica Amministrazione, assume la natura di sostituto di quel soggetto pubblico e, relativamente ai poteri pubblici datigli, in virtù del provvedimento concessorio, è esso stesso pubblica amministrazione. Dunque, chi utilizza, in via particolare, il bene pubblico, in base ad un atto di concessione, è titolare nei confronti dei terzi di un diritto di esclusione dall'utilizzazione dello stesso bene che può tutelare tanto con i mezzi e le azioni proprie del diritto comune, quanto con i poteri di autotutela esecutiva.*

[4] art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 (così detto decreto "mille proroghe", convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 2010, n 25), che ha spostato il termine di scadenza al 31 dicembre 2012; art.1, commi 682 e 683, della l. 30 dicembre 2018, n. 145 (legge finanziaria per il 2019) che lo ha ulteriormente differito al 31 dicembre 2033., Alle suesposte disposizioni ha fatto seguito la normativa emergenziale prevista dall'art. 182, comma 2, DL n. 34/2020 e da ultimo proroga al 31 dicembre 2033 di cui alla L. 145/2018, "ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-quater, comma 3, del D.L.29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere [fino al 31 dicembre 2025]

[5] GIANPAOLO FONTANA in *Federalismi.it (19.10.2015-pag.8)*: "Il carattere erratico, eterogeneo e incostante delle politiche di semplificazione si è tradotto in approcci diversi, incentrati, nell' ordine, sulla delegificazione, sui cc.dd. testi unici misti, sulle leggi annuali di semplificazione, sui codici di settore e, più di recente, sul c.d."taglia-leggi".

Il passaggio da uno strumento all'altro di semplificazione è avvenuto in maniera assai repentina e poco consapevole, accompagnato fatalmente da contraddizioni, incertezze e sovrapposizioni le quali denunciano chiaramente le insufficienze di una consapevole cultura della semplificazione normativa la quale a sua volta

A dare man forte a questo stallo legislativo ci ha pensato il diritto pretorio[6] che ha saputo costruire a cascata il principio per cui la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato: la sentenza della CGUE, sez. V, 14 luglio 2016, n. 458, cosiddetta sentenza PromoImpresa,[7] concede in pratica la stura agli enunciati della Plenaria (9 novembre 2021, nn. 17 e 18 prima) e del Consiglio di Stato (n. 2192/2023) da ultimo, trovando l'ulteriore conforto nella decisione *C-348/22* lo scorso 20 aprile in risposta all'ordinanza del Tar Lecce che riteneva la *Bolkestein* essere direttiva di armonizzazione e non di liberalizzazione.

In realtà, il crinale delle pronunce ha un suo ben delineato *fil rouge* che sottolinea come, l'amministrazione - prima di concedere (dietro pagamento di un canone) un bene pubblico in via esclusiva, permettendo intorno allo stesso l'instaurazione di un'attività economica - deve per forza seguire una procedura di evidenza pubblica per la scelta dell'operatore economico, aldilà del fatto se esista una previsione specifica o meno: così statuendo, il Consiglio di Stato non fa altro che attenersi, quindi, alla direttiva *Bolkestein*. Da ultimo si stigmatizza ad ogni e qualsivoglia ulteriore proroga (Decreto Milleproroghe 2022 che la estendeva ulteriormente fino al dicembre 2024) che deve terminare a dicembre 2023.

Si rammenta che i principi affermati dalle sentenze della CGUE costituiscono, insieme ai regolamenti, ai principi del Trattato e alle direttive dettagliate e incondizionate, diritto europeo immediatamente applicabile negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Tale principio è pietra miliare sin dalla sentenza *Van Gend en Loos* della Corte di Giustizia ormai risalente a sessanta anni addietro, vero e proprio atto di esordio della cosiddetta dottrina dell'effetto diretto del diritto comunitario.[8]

Tutti gli attori, quindi, ricevono da questo paradigma la cartina di tornasole su come dover agire nel prossimo futuro; in altri termini, contemplare gli interessi di chi ha investito nel settore con la forza del diritto unitario che stravolge e tiene come caposaldo la libera concorrenza non è fatto da poco ma va ben considerato. Se così è, l'argomento delle concessioni balneari diventa focale, perché i provvedimenti

risente della peculiare instabilità delle compagini di governo, della conseguente variabilità dell'organizzazione e delle competenze ministeriali ma soprattutto della volubilità degli indirizzi normativi che restano causa (non esclusiva ma) fondamentale del disordine del sistema delle fonti.

[6] Il concetto di *diritto liquido* è stato recentemente impiegato per fare riferimento a quel corpo di regole 'leggere e fluide' spesso frutto di interventi marcatamente creativi della giurisprudenza, volte a sopperire all'incapacità del legislatore contemporaneo di reggere la pressione degli interessi sociali articolati (M.MATASSA in *Federalismi.it n.19/23*)

[7] Con la quale il Giudice eurounitario ricava che *la concessione "balneare" sia un'autorizzazione ricadente nell'ambito applicativo della c.d. Direttiva Servizi*

[8] Come osserva M.E.GIANNUSA (*Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta per Riv. Diritti Comparati Fasc.1/2023-pag.1*): "Circa 60 anni fa, la Corte di giustizia, nella storica decisione sul caso Van Gend en Loos, aveva per la prima volta affermato che «l'articolo 12 [del Trattato CEE; art. 30 TFUE] ha valore precettivo ed attribuisce ai singoli dei diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare». È questo il ben noto atto di esordio della c.d. dottrina dell'effetto diretto del diritto comunitario, che ha letteralmente segnato la storia dell'intero processo di integrazione europea. L'ha segnata, però, non solo per le sue implicazioni pratiche di grandissima rilevanza nel determinare l'efficacia del diritto europeo nell'ordinamento interno agli Stati, ma anche – e soprattutto, secondo me – perché essa costituisce espressione esemplare di una scelta precisa del Giudice comunitario delle fasi inziali del processo di integrazione: la scelta, profondamente politica, di staccare la neonata Comunità dalle sue origini di diritto internazionale, per considerarla un «ordinamento di nuovo genere», fatto di Stati e – per certi versi, ancor più - di cittadini".

intorno a questa materia riguarderebbero anche i fondi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNNR), per cui è necessario garantire una più attenta applicazione delle regole concorrenziali.[9]

E' così, quindi, che il campo d'indagine delle pronunce dell'Adunanza Plenaria del 9 novembre 2021, nn.17 e 18, in tema di disapplicazione delle proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime, [10]nonché la recentissima sentenza n. 2192/2023 del medesimo organo giurisdizionale,[11] permette di allargare il raggio di azione dello stesso per molteplici motivi, non solo in un ambito giuridico ma anche nelle sfere di politica economica e, quindi, nel contesto storico-filosofico senza dimenticare la concorrenza Stato/Regioni (art.117 Cost.).[12]

3. Una visione d'insieme della Direttiva *Bolkestein*

Richiamando, pertanto, il carattere politico, economico e storico-filosofico, si percepisce quale sia il ruolo fondamentale della materia, per l'economia italiana[13] ma anche per gli aspetti sociali che essa riveste. Non è un caso che i giudici del Consiglio di Stato, a tal uopo, significano: "*Pensare che questo settore, così nevralgico per l'economia del Paese, possa essere tenuto al riparo dalle regole della concorrenza...sottraendo al mercato e alla libera competizione economica risorse naturali in grado di occasionare profitti ragguardevoli in capo ai singoli operatori economici, rappresenta una posizione insostenibile, non solo sul piano costituzionale nazionale...ma, soprattutto, rispetto ai principi europei a tutela della concorrenza e della libera circolazione.*" [14]Ritorna forte il concetto del diritto d'insistenza - anche se formalmente abrogato in ambito nazionale, con il decreto- legge n. 194 del 30 dicembre 2009, convertito con legge n. 25 del 26 febbraio 2010, a seguito della lettera di costituzione in mora della

---

[9] Così M. CURRO' in *Brevissime Riflessioni sui servizi pubblici locali nel ddl concorrenza, tra attuazione del PNRR e "ritorno" alla "Riforma Madia"* (*Fasc.n.4/2023 – Riv. Il Diritto Amministrativo*)

[10] M.T.STILE in *L'intervento nomofilattico del Consiglio di Stato sulle concessioni demaniali marittime tra diritto dell'Unione e normativa nazionale de iure condendo (Nomos- Le attualità nel diritto – Fasc.1/2022)* commenta : "L'Adunanza, dopo aver ripercorso la legislazione nazionale prevedente la proroga automatica delle concessioni demaniali già rilasciate, e dopo averne constatato l'incompatibilità con la normativa UE e, più in particolare, con l'art. 12 della direttiva, procede all'esame dei quesiti concernenti le conseguenze della detta incompatibilità. In particolare, il Supremo Collegio ritiene che l'obbligo di non applicare la legge contrastante con il diritto UE gravi in capo all'apparato amministrativo, anche nei casi in cui il contrasto riguardi una direttiva *self-executing*, in quanto la sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte della P.A. rappresenta un approdo ormai consolidato nell'ambito della giurisprudenza interna e sovranazionale".

[12] A.LUCARELLI in *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni(Diritti Fondamentali fasc.1/19)* così specifica: Oltre ad inquadrare la materia, in uno degli ambiti di competenza legislativa previsti dall'art. 117, comma 2 Cost., sulla quale vi è appunto una consolidata giurisprudenza della Corte, occorre riflettere sulla valenza sociale del principio di concorrenza applicato al godimento di beni demaniali da parte della collettività. In sostanza, proroghe delle concessioni su beni rientranti nel demanio marittimo, da una parte "privatizzano" di fatto gli stessi, sottraendoli al libero godimento da parte dei cittadini; dall'altra, impedendo un turn over delle concessioni, creano de facto un regime di monopolio da parte del concessionario-gestore, con tutte le criticità e distorsioni derivanti da tale situazione.

[13] A.M.LISCIO in *Federalismi.it - Il ruolo dell'esecutivo nell'incerto futuro delle concessioni demaniali marittime:* "Con oltre 7.500 km di coste, l'Italia attrae ogni anno milioni di visitatori provenienti da tutto il mondo. Sui litorali della Penisola insistono circa cinquantamila concessioni, delle quali più di un quinto caratterizzate dalla presenza di stabilimenti balneari, per un fatturato di oltre quindici miliardi di euro Sono dati che ben esprimono l'ingente giro d'affari che ruota attorno a questo settore e che, al contempo, spiegano la crescente attenzione verso soluzioni legislative che regolino adeguatamente le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative."

[14]*Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) sent. n.17/2021*

Commissione europea – che rappresenta un privilegio stratificatosi nell'ordinamento giuridico, la cui eradicazione si è mostrata particolarmente complessa. [15]

Thomas Paine in tale contesto, soprattutto in questi ultimi anni in cui la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea diventa sempre più penetrante nelle costituzioni dei paesi membri, appare attuale, laddove intuì che "*I diritti naturali sono perfetti in ciascun individuo, ma può essere insufficiente il potere individuale di esercitarli; di qui la necessità della società, e quindi delle istituzioni, frutto dell'associazione degli individui*" .[16]

Sarà pleonastico ribadire come l'Unione Europea intenda la propria natura - sin dal suo concepimento e nella forma successiva via via creatasi post Euratom – eretta su principi democratici e di integrazione con gli altri[17]paesi: in tal senso vale la pena richiamare l'Art. 2 del Trattato sull'Unione Europea (TUE), secondo cui «l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani», e il successivo Art. 10, per cui «il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa».

La legge costituzionale del 2001 ridefinisce, all'insegna di una più marcata applicazione del principio di sussidiarietà, le competenze tra Stato e Regioni, ridisegnando il ruolo di queste ultime tanto a livello interno quanto sul piano internazionale. In questo quadro di sussulti legislativi, si comprende come la spinta proveniente da Bruxelles ha sicuramente giocato un piano di assoluto rilievo, cercando di infittire la portata dei suoi valori attraverso l'opera parlamentare e giudiziale.

Tale spinta - a livello teorico - è sicuramente, anche, figlia della Scuola di Friburgo e del suo lascito più conosciuto ovvero la teoria dell'ordo-liberismo quale liberismo delle regole. [18]

Scriveva A.Muller-Armack che "anche nell'ambito dell'integrazione europea dovrà essere tentata una sintesi tra compromesso sociale e libera possibilità di funzionamento delle forze di mercato". In buona sostanza nel pensiero di Eucken, Ropke e Rustow lo Stato sarebbe diventato sempre di più il giocattolo di interessi economici.[19]

La *Bolkestein* nasce al fine di eliminare le barriere allo sviluppo del settore dei servizi tra gli Stati membri, garantendone una crescita sostenibile che rafforzi ancora di più l'integrazione tra i cittadini

---

[15] M.T.STILE (*cit.*)

[16] T.CASADEI - *Tra Ponti e Rivoluzioni – diritti, costituzioni e cittadinanza in T.Paine – Torino 2012*. L'autore considerando Paine come uno scienziato delle idee, esamina l'esperienza politica e il pensiero dello stesso. Un personaggio di straordinaria importanza storica che partecipò direttamente a eventi epocali quali la Rivoluzione americana e quella francese. Il coinvolgimento di Paine in quelle che possono essere definite le più importanti esperienze moderne di stravolgimento degli assetti istituzionali esistenti, fa di lui e dei suoi scritti (su tutti *Common Sense*, *The Rights of Man* e *Agrarian Justice*) un patrimonio di rilevante importanza.

[17] *Democrazie, autocrazie e Stato di diritto nell'Unione Europea di M. CAVINO (La Lettera AIC 10/2022):* In forza dell'articolo 2 del Trattato UE il metodo democratico è dunque solo uno dei valori fondanti dell'Unione (quel che ridimensiona l'argomento, emerso nel dibattito politico, della legittimazione elettorale del governo ungherese), che deve essere considerato alla luce della sua integrazione con gli altri, e in particolare con il rispetto dello Stato di diritto.

[18] *Alla base di tale teoria sta un sistema di rango costituzionale per assicurare il funzionamento dell'economia di mercato ispirata ai principi liberali* [*Il Liberismo delle regole*- F. FORTE e F. FELICE – Soveria Mannelli 2010]

[19] *L'idea di inquadrare il "gioco" delle forze dell'economia di mercato all'interno di una regolamentazione giuridica e al controllo di arbitri neutrali, al fine di evitare la creazione di concentrazione del potere economico in virtù del principio di concorrenza, divenne l'idea guida di un programma di ricerca indipendente presso la facoltà di Diritto e di Scienze politiche dell'Università di Friburgo. (*cit.*)*

della Comunità e migliori il tenore e la qualità della vita dei cittadini e lavoratori anche attraverso la semplificazione delle procedure amministrative.[20]

In uno stato liberal-democratico, l'attività dei privati è in linea di principio libera: tutto ciò che non è vietato è permesso, salvo ovviamente i limiti generali dell'ordinamento civile e il principio del *neminem laedere*[21].

Nel momento in cui, però, l'attività privata può incidere sugli interessi della collettività, l'ordinamento allora si premura con regole speciali, imponendo vincoli e prescrizioni.

Lo scontro tra interessi pubblici e interessi privati, quindi, è il riflesso del bilanciamento tra contrapposti valori costituzionali, che annoverano da un lato l'unità e l'azione di buon andamento politico-amministrativo (artt. 95 e 97 Cost.), dall'altro invece la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.). [22]

La prevalenza degli uni ovvero degli altri valori è conseguente al modello di Stato dominante in un determinato periodo storico e all'ampiezza delle funzioni assunte dai pubblici poteri.

Nel XX secolo, come si sintetizzava prima, si assiste ad una presenza massiccia dello Stato nell'economia: una serie di eventi (società pluriclasse ed esigenze sociali; crisi economica del 1929; ideologie collettivistiche), infatti, portano l'amministrazione statale ad essere protagonista nell'erogazione di attività sociali (Stato Imprenditore e Stato Sociale), nello svolgimento (diretto e indiretto) di attività economiche di produzione di beni e servizi (Stato imprenditore), nell'adozione di programmi di nazionalizzazione di interi settori strategici (Stato pianificatore).[23]

In questo particolare contesto socio-economico, l'iniziativa imprenditoriale privata è subordinata all'autorizzazione amministrativa: l'interesse privato, in altri termini, è un interesse relativamente libero, nel senso che l'attività economica è assentita soltanto se conforme all'interesse pubblico della pianificazione industriale. La libertà predicata dall'art. 41 Cost., in definitiva, è fortemente recessiva rispetto alla politica economico-amministrativa (artt. 95 e 97).

L'avvento dell'Europa, i vincoli di finanza pubblica, la cessione di sovranità (art. 11 Cost.) determinano una decisa inversione di rotta: lo Stato rinuncia al protagonismo economico e si limita a scrivere le regole (Stato regolatore) [24]affinché l'attività dei privati si svolga in un contesto

---

[20] Secondo A. GIANNELLI,G. TROPEA in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.5-6, 1 Ottobre 2021, pag. 723*, l'Adunanza Plenaria nelle sentenze citate pone "la distinzione fra concessione di beni e autorizzazione di attività, in quanto di stampo « giuridico-formale » deve essere rivisitata « nell'ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell'Unione, che da tempo, proprio in materia di concessioni amministrative, ha dato impulso ad un processo di rilettura dell'istituto in chiave sostanzialistica, attenta, più che ai profili giuridico-formali, all'effetto economico del provvedimento di concessione... ».

[21] M.CLARICH, *pag.121 - Manuale di diritto amministrativo, quarta Edizione, Bologna*

[22] Questa dimensione, declinata nel diritto costituzionale in una chiave ora soggettiva (sotto forma di diritti sociali) ed ora oggettiva (in particolare, nella disciplina costituzionale dell'economia), costituisce la risultante di una visione della società non assunta come un *aliquid datum*, ma investita da un progetto di trasformazione complessiva, in cui la democrazia e il potere economico vicendevolmente si compenetrano - *Marco Benvenuti in Democrazia e Potere economico – Rivista AIC n.3/2018*

[23] Dopo il 1945, il keynesismo trionfante conduce lo stato a un intervento sempre più marcato nella vita economica e sociale per sostenere un livello alto della domanda e dell'occupazione. *Le politiche economiche nel Novecento- J.P. THOMAS (Bologna,1998).*

[24] Lo stato gestore di attività produttive, dispensatore di beni, ingegnere sociale è in crisi. Un settore pubblico troppo ingombrante viene oggi visto come un ostacolo per la competitività dei sistemi economici nazionali, mentre molti bisogni "post-industriali "e "post-materiali" (ambiente, salute, diritti del consumatore, riservatezza) non possono essere soddisfatti semplicemente erogando benefici a carico dell'erario pubblico. L'alternativa non è necessariamente il ritorno al liberismo selvaggio, ma può consistere in uno stato regolatore capace – attraverso le

concorrenziale di mercato e non sia lesivo di interessi pubblici rilevanti (come, ad esempio,ambiente, salute, tutela del consumatore).[25] Lo Stato pedagogo arretra di fronte allo Stato orologiaio; l'economia mista è soppiantata dall'economia competitiva.[26]

Se il presupposto di fondo è il mercato comune, l'obiettivo comune, invece, è l'efficienza e il corretto funzionamento del mercato; infatti, ciò non può che realizzarsi attraverso la garanzia del libero accesso a tutti gli operatori economici nonché attraverso la tutela di una concorrenza effettiva (divieto di concentrazioni, di intese restrittive, di abuso di posizioni dominati, di fenomeni di dipendenza economica, di protezione del consumatore).

È il suesposto *humus* politico e socio-economico con particolar riguardo alla prima delle succitate esigenze che determina la genesi della *Bolkestein*: attraverso la direttiva servizi, in pratica, il legislatore europeo intende liberalizzare le attività attraverso la rimozione di tutte le barriere che ostruiscono l'accesso al mercato. Una economia di mercato, aperta e in libera concorrenza secondo la filosofia dei Trattati,[27] pertanto, è incompatibile con ogni logica dirigistica e pianificatoria: la discrezionalità amministrativa (art. 97 Cost.) è così costretta a cedere il passo all'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), che trova piena realizzazione attraverso la libertà di stabilimento e la libertà di accesso al mercato dei servizi; da qui l'irragionevolezza di ogni strumento autorizzatorio fondato su esigenze di mercato o su obiettivi programmatici.

In questo nuovo emisfero economico e sociale, a ben vedere, il buon andamento e l'imparzialità amministrativa non si pongono in antitesi ma sono a servizio dell'economia privata: i valori naturali dell'azione amministrativa, infatti, si colorano di un fondamento di ordine pubblico economico, atteso che - attraverso la funzione regolatoria - il ruolo dello Stato è quello di garantire (quella che è stata definita) la concorrenza nel mercato.[28]

---

cosiddette "autorità indipendenti" – di guidare le attività dei privati garantendo al contempo benefici collettivi e interessi diffusi. A.LA SPINA, G. MAJONE *Lo Stato regolatore – pag. descrizione-premessa (Bologna,2000)*.

[25] L'articolo 41 Cost. può chiamare in causa il rapporto tra l'indirizzo economico-sociale della Costituzione, attento agli aspetti sociali e agli obiettivi di equità ed uguaglianza, e il principio di tutela della concorrenza e del mercato che oggi guidano in modo pervadente tutta la disciplina vigente in tema di appalti (ma non solo). *MERCATO E COOPERAZIONE SOCIALE.SPIRAGLI PER UNA DIVERSA CONCEZIONE DELLA CONCORRENZA ALLA LUCE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI* (M.BRAGAGLIA per Rivista AIC n.1/2012)

[26] Così BERNARDO SORDI in "*Diritto Pubblico e diritto privato- Una geneaologia storica* (Bologna,2020)

[27] Il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, entrato in vigore il primo dicembre 2009, (GUUE, C 306, 17 dicembre 2007, nella versione consolidata del Trattato dell'Unione Europea ("TUE") e del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea ("TFUE") non indica la concorrenza tra gli obiettivi dell'azione dell'Unione. Tuttavia, il protocollo n. 27 allegato al Trattato e dotato di medesima efficacia giuridica, attribuisce al diritto della concorrenza il ruolo di strumento indispensabile alla realizzazione degli obiettivi dei Trattati. Nel protocollo, si afferma, infatti, che "le parti contraenti, considerando che il mercato in- terno ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che as- sicura che la concorrenza non sia falsata, hanno convenuto che se necessario l'Unione europea adotta misure in base alle disposizioni dei Trattati (S.LAMARCA -*La disciplina dei cartelli nel diritto antitrust europeo ed italiano* –Torino-2017- pag.8 nota 15)

[28] S. DEL GATTO - *Potere pubblico e libertà di iniziativa economica (RomaTre Press- 2019*): Il venir meno della coincidenza tra confini dei mercati e confini degli Stati e l'affermazione della politica della concorrenza hanno determinato, nel periodo a cavallo tra gli anni ottanta e novanta, un concreto rivolgimento ridisegnando modelli e ruoli dell'intervento pubblico nell'economia e valorizzando la libertà di iniziativa economica privata di fronte ai condizionamenti pubblicistici. Secondo l'Unione europea, ancora oggi, la chiave della ripresa economica in Europa va cercata nella competitività industriale, nell'innovazione e nell'imprenditorialità. Per queste ragioni l'Unione mira a migliorare il contesto imprenditoriale e a promuovere l'economia non solo, attraverso la rimozione degli ostacoli allo scambio intraeuropeo delle merci, ma anche sollecitando un mercato basato sulla trasparenza e su regole semplici e chiare, sul presupposto che la performance amministrativa non è un dato neutro, ma un elemento pregno di conseguenze anche sotto il profilo economico. In quest'ottica, la Direttiva Bolkestein, con

L'ordinamento si premura così di consentire agli operatori economici lo svolgimento delle attività economiche di interesse generale, sia attraverso l'eliminazione delle barriere di accesso al mercato quanto attraverso un'opera di controllo e vigilanza.

Non vi è dubbio che, rispetto al suesposto quadro normativo ed ordinamentale, si connota di singolarità la concessione avente ad oggetto i beni pubblici di natura demaniale. Invero, oltre ai beni funzionali e strumentali all'esercizio delle proprie attività, le pubbliche amministrazioni (a differenza dei privati) gestiscono anche beni di fruizione collettiva il cui utilizzo e la cui disponibilità sono garantiti a tutti i cittadini in modo generalizzato: ad esempio, strade, foreste, musei, lidi del mare. Accade, tuttavia, che detti beni possono essere destinati anche ad un uso particolare allorquando l'amministrazione ne concede il godimento esclusivo a singoli utilizzatori come nel caso dei beni del demanio marittimo. Questa fattispecie sicuramente si distingue dalla concessione di servizi, che è uno strumento di esternalizzazione di funzioni proprie, alla quale l'ente può ricorrere nell'ottica del partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale (alternativo a quello istituzionale tipico delle società partecipate), esulando di conseguenza dal campo di applicazione dell'evidenza pubblica.

La disciplina positiva (artt. 36 e 37 Codice della Navigazione) è improntata alla caratteristica tipica del potere amministrativo, espresso dalla discrezionalità[29]: (i) un bene demaniale marittimo può essere sottratto alla fruizione generale e adibita ad un utilizzo esclusivo, se tale destinazione risulta compatibile con le esigenze di uso pubblico; (ii) in caso di più operatori interessati, la preferenza è accordata a chi garantisce un utilizzo proficuo e di rilevante interesse generale (la forma utilizzata dal legislatore riecheggia la meritevolezza degli interessi predicata dall'art. 1322 c.c.); (iii) la durata è a tempo determinato (pur prevedendosi termini iniziali superiori a 15 anni) con preferenza di rinnovo, in caso di concorso di nuove istanze, per i precedenti concessionari (cd diritto di insistenza).

La liberalizzazione promossa dalla Direttiva *Bolkestein* come impatta sulle concessioni demaniali marittime? La risposta non è proprio scontata, come peraltro emerge dal contrasto sia dottrinario che giurisprudenziale (che, nonostante la pronuncia della CGUE e la Plenaria, non si è ancora sopito proprio in attesa che il legislatore si pronunci definitivamente), e ove poi si consideri che dette concessioni non interessano l'esercizio in sè e per se di un'attività economica bensì l'uso di un bene pubblico.[30]

Partendo dalla filosofia di fondo, lo scopo ultimo della Direttiva europea è quella di garantire una possibilità di guadagno a tutti gli operatori laddove via sia una convenienza economica, a prescindere se l'opportunità matura nell'ambito di un mercato concorrenziale (aperto quindi a tutti) ovvero in un contesto ristretto e limitato.

---

riferimento alle attività economiche, ha imposto agli Stati membri di ridurre i controlli amministrativi discrezionali ex ante e di semplificare i procedimenti amministrativi per l'accesso al mercato, ritenuti uno dei maggiori impedimenti allo sviluppo di attività transfrontaliere. La direttiva servizi non si limita a circoscrivere il perimetro dei regimi autorizzatori nazionali, ma li conforma. Essa indica infatti, i principi, da quello di proporzionalità, a quello di non discriminazione, al principio di trasparenza, che gli Stati devono rispettare nel ridefinire i controlli ex post e quelli ex ante, ammessi in via d'eccezione, affinché il potere amministrativo non sia esercitato in modo arbitrario.

[29]M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, *Milano, 1939*:"[…]il potere discrezionale consiste nel bilanciare i diversi interessi che stanno di fronte alla pubblica amministrazione, che li deve considerare tutti adeguatamente[…]"

[30] Nelle sentenze della Plenaria si misura in modo molto chiaro l'impatto del neoliberismo sulle categorie tradizionali, che porta ad interrogarsi sullo statuto del diritto post-moderno, sulla sua schizofrenia o la sua eclissi, mettendo in luce come nell'epoca neoliberale il giudice creatore sia soprattutto un funzionario, certo di particolare rilievo, di un corpo amministrativo investito della missione di approssimare la realtà quanto più possibile al modello della concorrenza perfetta. (TROPEA-GIANNELLI *cit.*)

Nell'ipotesi in cui vi siano risorse naturali o tecniche limitate, infatti, l'art. 12 della *Bolkestein* stabilisce che la scelta degli operatori deve avvenire sulla base di una procedura competitiva imparziale trasparente ed adeguatamente pubblicizzata. Si parla, in tal caso, di concorrenza per il mercato, quasi a simulare artificialmente la sussistenza di un mercato rispetto al quale il momento competitivo è espresso dalla selezione di accesso.

Le concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative (o lacuali o fluviali) sembrerebbero contrastare proprio con il principio di concorrenza per il mercato espresso dall'art.12 nel momento le stesse sono automaticamente e ripetutamente rinnovate, con inevitabile sbarramento alla possibilità di ingresso di nuovi operatori (sia nazionali che comunitari).

Anche in materia di concessioni di beni demaniali, quindi, si assiste ad una inversione di tendenza, atteso che la tutela del mercato (sub specie di concorrenza per il mercato) comporta il passaggio da una scelta discrezionale (valutazione di compatibilità con l'interesse generale) ad una selezione imparziale (evidenza pubblica), determinandosi di nuovo l'osmosi tra l'art. 97 e l'art. 41 della Costituzione. L'evidenza pubblica, anche in questo ambito, assume il diverso significato di tutela del mercato concorrenziale - quale garanzia di ottimale ed equa distribuzione delle risorse - a scapito della vecchia concezione della migliore scelta nell'interesse dell'amministrazione.

In definitiva, in materia di concessioni demaniali marittime per finalità turistiche, [44]il momento competitivo (pubblico, imparziale e trasparente) è imprescindibile in presenza di una pluralità di imprenditori che concorrono per accedere a risorse naturali ed economiche connotate da scarsità e interesse transfrontaliero. Questa conclusione rimane valida anche nell'ipotesi in cui, prescindendo dall'art. 12 Direttiva Servizi e dall'art. 49 TFUE, il contesto di riferimento è l'aggregato valoriale espresso dagli artt. 3, 41 e 97 Cost: se è lo Stato ad offrire (attraverso la concessione di un bene) un'occasione economica di indubbio vantaggio (in quanto l'esercizio dell'attività economica si espleta in un contesto monopolistico o al più oligopolistico), detta opportunità dev'essere garantita a tutti coloro che sono interessati e la scelta del fortunato o dei fortunati dev'essere governata da criteri imparziali e certi (validi sia per la selezione che per la durata del rapporto).

4. Danno da concorrenza

De jure condendo, alla presenza di una fonte primaria che impone una presa di posizione legislativa[45] nonché di una chiara regola di matrice pretoria, in virtù anche dell'importanza che sempre più rivestono i cosiddetti beni pubblici[46] e beni pubblici globali (BPG/GPG) al fine del raggiungimento del tanto

[44] In senso analogo A.M.LISCIO in *Federalismi.it "Il ruolo dell'esecutivo nell'incerto futuro delle concessioni demaniali marittime" note 38,39,40*. V. CURELLA, *31 dicembre 2033: tra il dire e il fare, ci va di mezzo il mare*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti.*, *cit*., p. 31.

[45] E.BOSCO (*cit.*) a proposito dell'inerzia legislativa a favore di continue proroghe: *In tal modo si è perso di vista che l'impegno primario dovrebbe essere la definizione (anche tramite bandi-tipo) di criteri di gara idonei ad assicurare efficienza e, ove necessario, adeguati indennizzi rispetto ad investimenti non interamente ammortizzati, unica preoccupazione che dovrebbe animare un legislatore realmente attento alla modernizzazione del settore turistico. Un traguardo a cui non avvicina certo l'attuale assetto concessorio, in cui va invece identificato il principale fattore di rigidità che si frappone al ridisegno di un settore determinante per il rilancio dell'offerta turistica del paese e per una gestione finalmente integrata, efficiente e sostenibile delle risorse costiere*.

[46] A.LUCARELLI (*Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2019*): *Il tema affrontato, al di là del regime delle competenze, assume particolare rilievo in quanto "tocca" un bene pubblico, oltre che un servizio pubblico,*

preconizzato sviluppo sostenibile,[47] nonché dell'enorme valore economico che riveste per l'Italia il regime delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, nasce spontaneo chiedersi quale scenario si appaleserà laddove la nuova normativa non verrà emanata e soprattutto se i Comuni, in mancanza di una nuova disciplina legislativa, dovessero seguitare a prorogare ulteriormente le concessioni.[48]

Orbene, nel momento in cui la proroga si traduce in una trattativa privata e, quindi, nell'obliterazione di un momento competitivo pubblico di selezione degli operatori interessati, questa scelta potrebbe far profilare ipotesi di danno erariale per mancati introiti, derivanti dall'incremento dei canoni concessori conseguibili con l'attribuzione delle nuove licenze; un danno, in pratica, analogo a quello che, in violazione dell'evidenza pubblica, la Corte dei Conti ha individuato come danno alla concorrenza.

Abbiamo già visto come la sentenza ultima della CGUE in un certo senso indica la strada sia al legislatore quanto agli amministratori di valutare la fattispecie più consona che sappia contemplare l'interesse pubblico e l'interesse del privato; d'altra parte la stipulazione del contratto è preceduta da un procedimento, inteso all'origine nelle nostre leggi di contabilità, ad assicurare il miglior assetto contrattuale possibile in termini economici ed operativi nell'interesse della pubblica finanza (interesse prettamente aziendale).[50]

Tutto ciò non fa altro che ricondurre la tematica al concetto ben più largo della discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, laddove il sindacato del g.a. incontra i suoi limiti, anche con riferimento alla risarcibilità del danno da perdita di *chance* in materia dì interessi legittimi; *in nuce*, non essendo questo il campo d'indagine della questione, la discrezionalità amministrativa rappresenta l'essenza dell'attività amministrativa e, infatti, ciò potrebbe essere proprio un limite tendenzialmente assoluto alla possibilità di intervento del giudice.

Il giudice non può mai sostituirsi all'amministrazione quando questa gode di discrezionalità amministrativa.

In presenza di discrezionalità amministrativa ci sono sia limiti al sindacato giurisdizionale sull'atto, che si traducono comunque nella non conoscibilità dei cosiddetti vizi di merito del provvedimento, e sia limiti alla possibilità di giudicare il rapporto e quindi la fondatezza della pretesa che il privato in qualche

---

dall'alta rilevanza sociale, un bene di appartenenza collettiva come appunto le spiagge ed in senso più ampio il litorale costiero.

[47] M.T.STILE (*cit.*) ravvede che: "*L'Adunanza Plenaria, proprio in una prospettiva de iure condendo, avrebbe dovuto considerare che il demanio marittimo, al di là del ritorno economico derivante agli enti locali dai canoni concessori, rappresenta un bene comune, che dovrebbe essere fruito dalla comunità locale. In particolare, le indicazioni del Collegio, inerenti alla parte construens della futura regolamentazione avrebbero dovuto soffermarsi, in una visione di più ampio respiro, sulla necessità di lasciare una congrua percentuale del demanio marittimo al di fuori dei confini concessori. L'auspicato riordino della materia, infatti, dovrebbe comportare non solo l'assoggettamento del rilascio delle concessioni alle procedure di gara, ma un più generale riassetto dell'utilizzo del demanio pubblico alla stregua della neo configurata categoria del bene comune. La prospettiva dell'art. 11 della l. n. 217/11, mai attuata, ed inerente il diritto libero e gratuito di accesso e di fruizione della battigia anche ai fini della balneazione, dovrebbe essere superato da un nuovo e ridelineato diritto all'utilizzo del bene demaniale.*

[48] L. D'AMBROSIO (*Riv. Bilancio,Comunità e Persona fasc.2/2019 – Ed. Diritto&Conti*)): il concetto di danno all'economia nazionale o danno alla concorrenza derivante dalla non corretta applicazione dei principi dell'evidenza pubblica. Secondo una parte della giurisprudenza il mero fatto di non indire una gara (ad esempio, nel caso della proroga illegittima) o di svolgerla in modo non corretto, consente l'individuazione di un danno di natura generale alla collettività.

[50] V.CERULLI IRELLI (*Relazione al 47° Convegno di studi amministrativi su "Autorità e consenso nell'attività amministrativa", Varenna, 20-22 settembre 2001*)

modo avanza e che vorrebbe vedere soddisfatto dall'atto e laddove, magari, quel provvedimento venga annullato per vizi di legittimità, oppure l'amministrazione rimanga inerte.

L'aspetto relativo al danno alla concorrenza, invece, è da considerare come un danno da affidamento illegittimo e tal riguardo *l'espressione "danno da concorrenza", nella giurisprudenza contabile, sta a indicare quella peculiare diminuzione patrimoniale che un'amministrazione aggiudicatrice subisce quando un contratto venga stipulato in violazione delle regole di evidenza pubblica, che impongono il previo esperimento di una gara al fine di garantire la possibilità di scegliere, nell'ambito di un adeguato numero di imprese partecipanti, la migliore offerta conseguibile per la acquisizione di beni e servizi oggetto della gara. La locuzione è stata mutuata dalla giurisprudenza amministrativa che, peraltro, con tale espressione indica il danno risarcibile per equivalente in favore di un'impresa che non abbia avuto la possibilità di aggiudicarsi un contratto (si parla, infatti, di "perdita di chance"), o perché illegittimamente esclusa da una gara o perché, altrettanto illegittimamente, la gara non sia stata neppure espletata.*[51]

Il "danno alla concorrenza" ha assunto nella giurisprudenza contabile un'accezione anfibologica.[52]

Con l'evidenza pubblica[52] - così come peraltro affermato nei principi del nuovo Codice dei contratti pubblici, il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 – si cerca di contemperare le esigenze comunitarie di tutela della concorrenza e le ragioni per le quali la PA fa emergere in un atto amministrativo la stipula di uno specifico accordo negoziale di diritto privato per curare l'interesse pubblico affidatole dalla legge.[53]

Stando così le cose, l'elaborazione di tale tipologia di danno da parte della giurisprudenza della Corte dei Conti non poteva essere più illuminante proprio perché l'interesse pubblico che il medesimo organo giurisdizionale ritiene meritevole di tutela è il confronto concorrenziale.[54]

5. Conclusioni

Un intervento, finalmente, del legislatore in materia renderebbe sicuramente più fruibile il rapporto in questa materia con l'UE e aprirebbe il campo alla tanta agognata concorrenza che abbiamo visto

---

[51] *Corte dei Conti Sezione II centrale Appello n. 431/2019*

[52] così V.ALONZI (*Amministrazione dello Stato e degli Enti Pubblici -Luglio 2021*) : *Esso, infatti, viene identificato sia nel mancato risparmio conseguente alla doverosa procedura comparativa (danno da concorrenza in senso stretto) sia nell'esborso dell'intero corrispettivo pagato all'impresa, al netto dell'utiliter datum in esecuzione di un contratto nullo per violazione delle norme imperative (danno da concorrenza in senso ampio o "atecnico"). A seconda della rilevanza che viene data all'una o all'altra accezione, si perviene a conclusioni differenti circa la configurabilità del danno in questione e la sua dimostrabilità in giudizio.*

[52] L'espressione *evidenza pubblica* fu coniata da M.S.GIANNINI (in Diritto amministrativo, II ed., Milano, 1988) con tale intendendo compenetrare ed includere in essa sia l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, sia gli elementi del procedimento amministrativo.

[53] l'Autore (A.F. DI SCIASCIO in *Riv. Corte dei Conti Fasc. 2/2020*) così addensa tale concetto: *L'evidenza Pubblica consiste in procedimenti preordinati a far emergere in un atto amministrativo le ragioni per le quali la pubblica amministrazione stipula uno specifico atto negoziale di diritto privato per curare l'interesse pubblico affidatole dalla legge con la finalità di consentire un controllo sul corretto ricorso allo strumento contrattuale. La penetrazione del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali inoltre, ha conferito a tali norme una finalità ulteriore di armonizzazione, al fine di creare un mercato unico al quale tutti i soggetti interessati possano accedere con condizioni di partecipazione analoghe e non discriminatorie sulla base della nazionalità. Tutte queste esigenze possono essere comprese in una generale necessità di tutela della concorrenza. Le discipline nazionali che regolano i settori degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture dovrebbero, quindi, garantire che l'affidamento degli appalti avvenga nel rispetto dei principi del Trattato Ce e delle norme contenute nelle direttive comunitarie.*

[54] G.BOTTINO (*rischio e responsabilità amministrativa* – Napoli 2017)

essere uno degli ingredienti principali delle istituzioni comunitarie. Diversamente opinando si presterebbe il fianco ad una incondizionata confusione i cui costi economico-contabili sarebbero enormi; senza, per altro, dimenticare che una regolazione della materia permetterebbe non solo al giudice di applicare il precetto unionale "*ma sarebbe un ulteriore tassello verso quella responsabilità politica e amministrativa delle autorità competenti, regionali, locali e statali, in uno ai privati concessionari, creando le condizioni per un'interazione diuturna e mutualmente proficua* ".Ciò, infatti, restituirebbe a ciascun livello di governo una responsabilità in termini di accountability verso i cittadini , rafforzando in un circuito virtuoso la democrazia rappresentativa (sia a livello centrale che territoriale) e quella partecipativa , nonché restuituendo una piena funzione sociale ai beni pubblici.[55]

La spiaggia, infondo, per gli italiani è stata sempre qualcosa che ha caratterizzato l'intero sistema sociale;[56] soffocare solo in forza della tecnologia o della teoria (*rectius* crescita) economica il puro istinto fanciullesco del divertimento e del contesto naturale che il mare offre sarebbe una vessazione ulteriore alla tutela della libertà e alla importanza che sempre più rivestono i cosiddetti beni pubblici anche in rapporto ai BES ed alla loro funzione che, rapportata a livello globale, diventa sempre più fondamentale. In altre parole, solo attraverso la *mutual tolerance* - come la definì Joseph Weiler - si può tornare a respirare quell'aria che egli stesso aveva colto all'inizio della vita della Comunità europea, sottolineando ed esaltando il principio di fondo su cui viveva questa comunità, creata da popoli che si erano combattuti fino a pochi anni prima. [57]

[55] G.VOSA (*cit.*)

[56] A.LUCARELLI (*cit.*):*La sua essenza, naturalmente funzionale ad un godimento diffuso da parte della collettività, fa sì che la relativa concessione debba rispondere ad una logica concorrenziale, e giammai escludente per gli altri operatori economici. Un'essenza, peraltro, pienamente coerente con la funzione sociale della proprietà sia pubblica che privata espressa dall'art. 42 Cost.. In tal senso va richiamato il collegamento di tali beni con la tutela del paesaggio e dell'ambiente (art. 9 Cost.) e con la tutela stessa della salute (art. 32 Cost.). In caso contrario, come si è già avuto modo di rilevare, si rischia di assistere ad uno spossessamento di fatto del bene, in danno della comunità e ad esclusivo vantaggio del concessionario "eterno". Quindi, l'auspicio è che la normativa interna di applicazione alla Bolkestein, da una parte ponga limiti al regime concessorio (ad esempio nella durata e nell'eventuale reiterazione), evitando in ogni caso di svilire il bene con canoni irrisori, dall'altra preveda che una parte del litorale costiero non sia dato in concessione ma gestito attraverso forme estranee alle regole del mercato.*

[57] *G. AMATO in Giornata di Studi su identità nazionale degli stati membri, primato del diritto dell'unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali – settembre 2022*

BILANCIO E TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI

BILANCIO E TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI

A cura di Giovanna Pistorio

Ormai nota, in questa *Rubrica*, l'annosa problematica sottesa alla questione pregiudiziale sollevata alla Corte di giustizia dalla Corte dei Conti, nelle Cause riunite C-363/21 e C-364/21, *Ferrovienord SpA contro Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT)*.

Si rammenta che le questioni maggiormente controverse riguardavano:

- la compatibilità con il diritto dell'Unione europea della previsione normativa introdotta dall'articolo 23-quater, comma 2 del decreto-legge n. 137 del 2020, convertito in legge n. 176 del 2020, nella parte in cui limita la giurisdizione del giudice contabile ai soli fini della legislazione sul contenimento della spesa pubblica
- la possibilità di una riespansione della giurisdizione generale del giudice amministrativo in materia di atti amministrativi.

La Corte di giustizia, pronunciandosi il 13 luglio 2023, ha risolto le questioni, affermando che:

«Il regolamento (UE) n. 473/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro, il regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea, la direttiva 2011/85/UE del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, e l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dei principi di equivalenza e di effettività

devono essere interpretati nel senso che:

essi non ostano ad una normativa nazionale che limiti la competenza del giudice contabile a statuire sulla fondatezza dell'iscrizione di un ente nell'elenco delle amministrazioni pubbliche, purché siano garantiti l'effetto utile dei regolamenti e della direttiva summenzionati nonché la tutela giurisdizionale effettiva imposta dal diritto dell'Unione».

Ecco allora che, secondo la Corte di giustizia, non è esclusa l'incompatibilità dall'articolo 23-*quater*, comma 2 del decreto-legge n. 137 del 2020 con il diritto dell'Unione, qualora la normativa nazionale leda l'effetto utile della normativa UE e l'effettività della tutela giurisdizionale ed essendo comunque rimessa al giudice nazionale la valutazione in merito al superamento di alcuni limiti che la Corte individua come ostativi a tale compatibilità. Si tratta, in particolare, di limiti che si traducono nel rispetto del principio di autosufficienza del ricorso e nel divieto di assenza di controllo giurisdizionale.

Poco dopo la sentenza della Corte di giustizia, è intervenuta sul punto la Corte dei Conti, SS. RR. in sede giurisdizionale in speciale composizione n. 17/2023/RIS, esprimendosi sul pregiudizio che la normativa nazionale produce al diritto UE.

Quanto all'effetto utile, la Corte dei conti ha precisato, infatti, che la perimetrazione dell'oggetto del giudizio, tanto rispetto al *petitum*, quanto rispetto alla *causa petendi*, derivante dall'art. 23-quater, vincolando il giudice alla disapplicazione degli effetti certatiti dell'atto di ricognizione «ai soli fini della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica», inevitabilmente «pregiudica l'effetto utile della normativa richiamata nei termini chiariti dalla Corte di giustizia, perché impedisce la prevalenza e il primato del diritto Ue, in danno degli atti (e degli effetti) interni. Detto in altri termini, l'applicazione di tale norma impedirebbe al *decisum* di questo giudice di vincolare le parti del giudizio ad «adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario (v. sentenza 13 luglio 1972, causa 48/71, Commissione/Italia, Racc. pag. 529, punto 7)» (Corte di giustizia, 9 settembre 2003, Consorzio Industrie Fiammiferi, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430): e, nella specie, ad osservare l'obbligo eurounitario di dare corretta esecuzione al SEC 2010 e alla direttiva n. 85/2011/Ue, con la modifica dell'elenco ISTAT illegittimo».

La Corte dei conti ha precisato, altresì che l'art. 23-quater compromette l'effetto utile della normativa UE perché «la tutela giurisdizionale assicurabile non soddisfa il principio dell'autosufficienza del ricorso, per cui il soggetto qualificato deve poter "proporre un unico ricorso per vedere esaminata la propria domanda" al pieno accertamento degli effetti comunitari, con il conseguenziale effetto vincolante, assicurato dalla disapplicazione, a conformarsi al diritto UE».

Nonostante siffatta valutazione consentisse già la disapplicazione della normativa nazionale, la Corte dei conti ha proseguito nel verificare il superamento del secondo limite ostativo posto dalla Corte di giustizia, rappresentato dall'obbligo di assicurare la giustiziabilità degli effetti euro-unitari dinanzi a un giudice. Anche con riguardo a tale profilo, è emersa l'assenza di una tutela contro gli effetti euro-unitari dell'atto di ricognizione dinanzi a qualsiasi altro giudice, sia per l'annullamento che per la disapplicazione.

Per tali ragioni, la Corte dei conti, in base a quanto statuito dalla Corte di giustizia nella sentenza 13 luglio 2023, Cause riunite C-363/21 e C-364/21, *Ferrovienord SpA contro Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT)*, ha disapplicato l'art. 23-*quater* del d.l. n. 137 del 2020, posto che tale disposizione contrasta con il principio di autosufficienza del ricorso e determina l'insindacabilità presso qualsiasi altro giudice degli effetti comunitari, in ragione della giurisdizione per materia ed esclusiva originariamente attribuita alla Corte dei conti.

Molteplici e ricche di interessanti spunti di riflessione le affermazioni rese in tale sede dalla Corte dei conti, non tanto e non solo per la chiara ed efficace applicazione del "test di compatibilità", indicato dalla Corte di giustizia, nella sentenza sopra richiamata, ma soprattutto per l'esaustiva ricostruzione della giurisprudenza europea e costituzionale sull'effetto utile, sull'effettività della tutela giurisdizionale, quali principi a garanzia del primato dell'Ue, ancor oggi pilastro portante la costruzione euro-unitaria.

LA SENTENZA N. 2 BVG 1/22 DELLA CORTE COSTITUZIONALE TEDESCA SULLA LEGITTIMITÀ DEGLI SFONDAMENTI DI BILANCIO PER IL GIUDIZIO DEL SECONDO SENATO DEL 15 NOVEMBRE 2023 - 2 BVF 1/22 - SECONDO BILANCIO SUPPLETIVO[1] 2021

MASSIME

1. a) In ordine alla formulazione letterale dell'art. 109, comma 3, secondo periodo[2], e dell'art. 115, comma 2, sesto periodo[3], della Legge Fondamentale (LF) è necessario un nesso causale tra una catastrofe naturale ovvero uno straordinario stato di emergenza ed il superamento dei limiti di indebitamento. Per il relativo apprezzamento spetta al legislatore un margine di valutazione e di giudizio.
b) A questo margine di valutazione e giudizio corrisponde un obbligo di motivazione nel procedimento legislativo.
2. a) La validità dei princìpi del bilancio annuale, dell'annualità e dell'anno corrente[4] di cui all'ordinamento sul debito pubblico si estende al regime d'eccezione di cui all'art. 109, comma 3, secondo periodo LF, in collegamento con l'art. 115, comma 2, sesto periodo LF, per le catastrofi naturali e per gli straordinari stati d'emergenza.
b) Tali princìpi non possono essere invalidati per il fatto che il legislatore sceglie una formulazione in virtù della quale l'autorizzazione all'indebitamento viene resa utilizzabile per un fondo speciale non giuridicamente autonomo.
3. Il precetto della previetà deve costituire un principio osservato anche nella composizione dei bilanci suppletivi. Un progetto suppletivo va dunque deciso sul piano parlamentare entro la fine dell'anno.

1.. a) In relation to the literal formulation of the art. 109, paragraph 3, second sentence, and of the art. 115, paragraph 2, sixth sentence, of the Fundamental Law (LF) a causal link is necessary between a natural disaster or an extraordinary state of emergency and the exceeding of the debt limits. For the relative appreciation, the legislator has a margin of evaluation and judgement.
b) This margin of evaluation and judgment corresponds to an obligation to provide reasons in the legislative procedure.
2. a) The validity of the principles of the annual budget, of the annuality and of the current year referred to in the public debt regulation extends to the exception regime referred to in the art.

[1] [Il termine tedesco *Nachtragshaushahalt* viene qui reso sinteticamente come bilancio suppletivo, anche se, nella storia della contabilità pubblica italiana, l'aggettivo era riferito al mese successivo alla chiusura dell'esercizio per sistemare contabilmente le partite. Sarebbe stato più corretto, dunque, riferire in italiano il termine tedesco al concetto di provvedimento legislativo di variazione del bilancio, la cui presentazione da parte del Governo, prima delle ultime riforme della legge di contabilità, era consentita fino al 31 ottobre. La traduzione italiana qui proposta riporta sinteticamente la dizione di bilancio suppletivo, da leggersi alla luce, però, della presente avvertenza, nel senso di una modifica legislativa infraannuale al bilancio vigente-*n.d.C.*]

[2] ("Per la regolamentazione d'eccezione deve essere prevista una corrispondente regolamentazione dell'ammortamento").

[3] ("In caso di catastrofi naturali ovvero di straordinari stati di emergenza, che si sottraggano al controllo dello Stato e danneggino considerevolmente la situazione finanziaria dello Stato, questi limiti di indebitamento possono essere ecceduti sulla base di una decisione della maggioranza dei componenti del *Bundestag*").

[4] [I tre termini tedeschi *Jährlickheit, Jährigkeit* e *Fälligkeit* sono stati resi in italiano come princìpi del bilancio annuale, dell'annualità e dell'anno corrente in base al *Press release* in inglese della stessa Corte costituzionale tedesca n. 101/2023 del 15 novembre 2023 in riferimento alla sentenza in epigrafe-*n.d.C.*]

109, paragraph 3, second sentence LF, in connection with the art. 115, paragraph 2, sixth sentence LF, for natural disasters and extraordinary states of emergency.
b) These principles cannot be invalidated by the fact that the legislator chooses a formulation by virtue of which the indebtedness authorization is made usable for a special fund that is not legally autonomous.
3. The precept of prior provision must also be a principle observed in the composition of supplementary budgets. A supplementary project must therefore be decided on a parliamentary level by the end of the year.

SENTENZA

L'art. 1 e l'art. 2 della legge sulla fissazione di un secondo supplemento al programma di bilancio per l'anno di bilancio 2021 (legge sul secondo bilancio suppletivo 2021) del 18 febbraio 2022 (Gazzetta Ufficiale federale I 2022, p. 194) sono inconciliabili con l'articolo 109, comma 3[5], con l'articolo 110, comma 1, primo periodo, e comma 2[6], primo periodo, così come con l'articolo 115, comma 2[7], della Legge Fondamentale, e sono nulli.

C

1. La seconda legge di bilancio suppletivo 2021 non corrisponde ai requisiti costituzionali in merito ad un indebitamento condizionato a situazioni di necessità, in base all'art. 109, comma

[5] ("I bilanci della Confederazione e dei *Länder* sono in linea di principio in pareggio senza entrate da indebitamento. Confederazione e *Länder* possono prevedere regolamentazioni per tenere in considerazione simmetricamente, nella crescita e nella recessione, gli effetti di uno sviluppo congiunturale tale da discostarsi dalla situazione normale, così come un regime d'eccezione per catastrofi naturali ovvero straordinari stati di emergenza i quali si sottraggano al controllo dello Stati e danneggino considerevolmente la situazione finanziaria dello Stato. Per il regime di eccezione è prevista una corrispondente regolamentazione per l'ammortamento. La formulazione in dettaglio è normata, per il bilancio della Confederazione, dall'art. 115 con la disposizione per cui il comma 1 è soddisfatto se le entrate da indebitamento non eccedono lo 0,35 per cento in rapporto al prodotto lordo nominale. La conformazione in dettaglio per i bilanci dei *Länder* regola ciò nel quadro delle competenze costituzionali di questi ultimi con la disposizione secondo cui il comma 1 è soddisfatto solo se non vengono ammesse entrate da indebitamento").

[6] ("(1) tutte le entrate e tutte le spese della Confederazione debbono essere inserite nel programma di bilancio; per le imprese pubbliche e per i fondi speciali debbono essere indicati solo gli apporti oppure le assegnazioni. Il programma di bilancio deve essere in pareggio nelle entrate e nelle spese. (2) Il programma di bilancio per uno o più anni finanziari è diviso per anni e viene fissato prima dell'inizio del primo anno finanziario, per mezzo della legge di bilancio. Per parti del programma di bilancio può essere previsto che esse valgano per diversi intervalli temporali, divisi per anni finanziari.")

[7] ("(2) Entrate e spese debbono essere in linea di principio in pareggio senza entrate da indebitamento. Questo principio è rispettato se le entrate da indebitamento non eccedono lo 0,35 per centro in rapporto al prodotto lordo nominale. In aggiunta vanno simmetricamente considerati, in occasione di uno sviluppo congiunturale tale da deviare rispetto ad una situazione normale, gli effetti sul bilancio della congiuntura favorevole e sfavorevole. Deviazioni dell'effettiva accensione prestiti rispetto al limite di indebitamento ammissibile in base ai periodi da 1 a 3 vengono contabilizzate su un conto di controllo; carichi che eccedano la soglia dell'1,5 per cento in rapporto al prodotto interno lordo nominale sono da riportare come giustificati dalla congiuntura. Inoltre, in particolare una legge federale regola la nettizzazione delle entrate e delle spese per transazioni finanziarie ed il procedimento per il calcolo dei limiti superiori dell'indebitamento netto annuale con riguardo allo sviluppo della congiuntura sulla base di una procedura di nettizzazione congiunturale, così come il controllo e la compensazione delle deviazioni dell'effettiva accensione prestiti rispetto ai limiti della regola. In caso di catastrofi naturali ovvero di straordinari stati di emergenza, i quali si sottraggano al controllo dello Stato e danneggino considerevolmente la situazione finanziaria dello Stato, questi limiti di indebitamento possono essere ecceduti sulla base di una decisione della maggioranza dei componenti del *Bundestag*. La decisione va collegata ad un piano di ammortamento. La riconduzione dell'indebitamento acceso in base al sesto periodo deve avvenire entro uno spazio di tempo adeguato").

3, primo e secondo periodo, ed art. 115, comma 2, primo e sesto periodo, legge fondamentale lf (i). Inoltre, essa contrasta, in riferimento al secondo punto della sua formulazione, con l'art. 110, comma 2, primo periodo, lf (ii). E' assorbito quindi un possibile contrasto riguardo ai princìpi di chiarezza e veridicità del bilancio, in base all'art. 110, comma 1, primo periodo, lf (iii).

I

2. L'art. 115, comma 2, primo periodo (lf), nel dare attuazione al divieto di principio – rivolto alla confederazione ed ai länder – di nuovo indebitamento strutturale in base all'art. 109, comma 3, primo periodo[8] ("freno al debito"), prescrive che, in linea di principio, nell'insieme del bilancio della confederazione, entrate e spese debbono essere in pareggio senza le entrate da indebitamento. In base all'art. 109, comma 3, quarto periodo[9], e dell'art. 115, comma 2, secondo periodo lf, questo precetto viene rispettato per la confederazione se le entrate da indebitamento non eccedono lo 0,35 per cento del prodotto interno lordo nominale.

A ciò si aggiunge, in base all'art. 109, comma 3, secondo periodo, in collegamento con l'art. 115, comma 2, terzo periodo lf, una cosiddetta "componente congiunturale" (…), secondo cui, in presenza di uno sviluppo congiunturale tale da deviare rispetto alla situazione normale, ne possono essere considerati simmetricamente gli effetti sul bilancio nelle fasi di sviluppo e di recessione. I dettagli della presa in considerazione dell'evoluzione della congiuntura li regola una legge di bilancio in base all'art. 115, comma 2, quinto periodo (…).

L'art. 109, comma 3, secondo periodo, in collegamento con l'art. 115, comma 2, sesto periodo, conferisce al bundestag il diritto di decidere che possono essere superati i limiti di indebitamento derivanti dalle disposizioni rappresentate in caso di catastrofi naturali ovvero straordinari stati di necessità, i quali si sottraggano al controllo dello stato e danneggino considerevolmente la situazione finanziaria dello stato. Si tratta pertanto di una regola d'eccezione di ultima istanza (…).

Accanto alle premesse fattuali descritte di cui all'art. 115, comma 2, sesto-ottavo periodo lf, (a) è necessario un nesso causale tra lo stato di emergenza ed il superamento dei limiti di indebitamento (b). Inoltre, debbono essere considerati, nell'indebitamento vincolato allo stato d'emergenza, i princìpi del bilancio annuale e dell'annualità, i quali sono alla base del "freno del debito" (c).

a) L'art. 115, comma 2, sesto-ottavo periodo lf, formula le premesse formali (aa) e materiali (bb) per il superamento dei limiti di indebitamento per le catastrofi naturali e per gli straordinari

[8] ("I bilanci della Confederazione e dei *Länder* sono per principio in pareggio senza entrate da indebitamento. Confederazione e *Länder* possono prevedere regole per tener conto simmetricamente, nella crescita e nella recessione, degli effetti di uno sviluppo congiunturale tale da deviare dalla situazione normale, così come una regolamentazione d'eccezione per catastrofi naturali ovvero straordinari stati di emergenza i quali si sottraggano al controllo dello Stato e danneggino considerevolmente la situazione finanziaria dello Stato").

[9] ("La più dettagliata formulazione per i bilanci dei *Länder* regola questo nel quadro delle loro competenze costituzionali mediante la disposizione secondo cui il comma 1 è soddisfatto solo se non vengono consentite entrate da indebitamento").

stati di emergenza, il cui rispetto è sottoposto ad una graduata profondità di verifica di natura costituzionale (cc).

Aa) dal punto di vista formale, l'art 115, comma 2, sesto periodo lf, richiede, per il superamento dei limiti di indebitamento per le catastrofi naturali e per gli straordinari stati di emergenza, una decisione della maggioranza dei componenti del Bundestag, secondo l'art. 121[10] lf. Nella richiesta di una maggioranza qualificata viene ad espressione l'ampiezza della decisione parlamentare quando si decide una eccezione al "freno al debito". E' rimesso alla sua decisione se il Bundestag configura la decisione in base all'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, nella forma di una decisione legislativa ovvero nella forma di una semplice decisione parlamentare (…)

Bb) dal punto di vista materiale, l'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, presuppone una catastrofe naturale ovvero uno straordinario stato di emergenza (1), i quali si sottraggano allo controllo dello stato (2) e danneggino considerevolmente la situazione finanziaria dello stato (3). Inoltre, l'art. 115, comma 2, settimo ed ottavo periodo lf, richiede un piano di ammortamento per il (1) l'occasione per l'eccezione rispetto ai regolari limiti di indebitamento deve consistere nella catastrofe naturale ovvero in uno straordinario stato di emergenza. L'interpretazione del concetto di "catastrofe naturale" nel senso dell'art. 109, comma 3, secondo periodo, art. 115, comma 2, sesto periodo lf, può riallacciarsi essenzialmente ai concetti che si sono sviluppati intorno all'art. 35, comma 2, secondo periodo[11] e comma 3, primo periodo[12] lf (…). L'art. 35, comma 2, secondo periodo, e comma 3, primo periodo lf, pongono il quadro costituzionale per gli aiuti dello stato federale tra confederazione e länder ovvero tra länder "in occasione di una catastrofe naturale ovvero di un incidente particolarmente grave". Il concetto di "catastrofe naturale" caratterizza direttamente minacciose situazioni di pericolo ovvero danni di considerevole dimensione quali vengono provocati da eventi naturali, come per esempio terremoti, inondazioni, cattivo tempo, siccità o malattie di massa (…).

Per contro, il concetto di straordinario stato di emergenza nel senso dell'art. 109, comma 3, secondo periodo, 115, comma 2, sesto periodo lf, va determinato in maniera tale da discostarsi dalla caratteristica fattuale dell' "incidente particolarmente grave" di cui all'art. 35, comma 2, secondo periodo, e comma 3, primo periodo lf. Quest'ultimo viene inteso, secondo la giurisprudenza della corte costituzionale tedesca, come un evento dannoso di grande dimensione, che – come un grave incidente di aereo o ferroviario, un'assenza di corrente con effetti su ambiti rilevanti per la vita avuto riguardo alle preoccupazioni per l'esistenza ovvero un incidente in una centrale atomica – riguardi in modo particolare la collettività per il suo

[10] ("La maggioranza dei componenti del *Bundestag* e dell'Assemblea federale nel senso della Legge Fondamentale è la maggioranza del numero legale dei loro componenti").
[11] ("Per gli aiuti in una catastrofe naturale ovvero per un incidente particolarmente grave un *Land* può richiedere forze di polizia agli altri *Länder*, forze e mezzi ad altre amministrazioni, così come alla polizia a difesa dei confini della Confederazione ed alle forze armate").
[12] ("Se la catastrofe naturale ovvero l'incidente mette in pericolo il territorio di più di un *Land*, il Governo federale, nella misura in cui sia necessario per un effettivo contrasto, può impartire istruzioni ai Governi dei *Länder* nel senso di mettere a disposizione forze di polizia di altri *Länder*, così come di impiegare unità della difesa dei confini della Confederazione e delle forze armate, per sostenere le forze di polizia").

significato e sia riconducibile a mancanze umane ovvero ad insufficienze di carattere tecnico (…).

Il legislatore costituzionale del 2009, nel dar luogo alla vigente formulazione degli artt. 109, comma 3, secondo periodo, e 115, comma 2, sesto periodo lf, ha rinunciato a cogliere, accanto al concetto di "catastrofe naturale", anche quello di "incidente particolarmente severo" di cui all'art. 35, comma 2, secondo periodo, e comma 3, primo periodo lf, quale caratteristica fattuale al fine della prescrizione d'eccezione rispetto al divieto di principio per il nuovo indebitamento strutturale. Il concetto utilizzato al suo posto di "straordinario stato di emergenza" va interpretato, con specifico riguardo al diritto del bilancio, nel contesto dell'ordinamento sul debito dello stato e pertanto non limitatamente ai casi applicativi di un "incidente particolarmente severo", anche se esso può includere anche questo in quanto rilevante ai fini della finanza pubblica.

In riferimento al senso ed al significato dell'art. 109, comma 3, secondo periodo, e dell'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, nel senso di garantire la capacità di politica economica e finanziaria dello stato per il superamento della crisi (…), deve essere concepita come uno "straordinario stato di emergenza" anche una perturbazione straordinaria della situazione economica e finanziaria. Questa interpretazione concettuale corrisponde a quella dei gruppi nel Bundestag tedesco che hanno presentato il progetto di legge per la modifica dell'art. 109 e dell'art. 115 lf nel processo di modifica della costituzione. Ci deve essere poi uno "straordinario stato di emergenza" anche nell'ambito di una improvvisa compromissione dell'andamento dell'economia in una dimensione estrema sulla base di uno "shock esogeno", nel caso pertanto, in vista del bene comune, siano prescritte anche misure attive di sostegno da parte dello stato per mantenere e stabilizzare il corso dell'economia (…). Inoltre, un "avvenimento di positiva portata storica" come l'unità tedesca, che ha scatenato un consistente bisogno finanziario, deve costituire un caso attuativo dell'art. 115, comma 2, sesto periodo lf (…).

Con l'attributo della straordinarietà della situazione di emergenza viene al contempo ad espressione il fatto che non qualsivoglia danno all'andamento dell'economia ricade nella clasuola d'eccezione di cui all'art. 115, comma 2, sesto periodo lf. In particolare, i danni alla situazione finanziaria ed economica non costituiscono un caso attuativo di questa norma se si tratta di semplici movimenti nel senso dello sviluppo e della recessione nell'andamento congiunturale ciclico (…). Dal contesto regolativo dell'art. 115, comma 2, terzo periodo, e dell'art. 115, comma 2, sesto periodo, va piuttosto sottratto il fatto che quegli andamenti che si concludono nel quadro delle componenti della congiuntura debbono ricadere nel divieto di principio di nuovo indebitamento strutturale e non possono giustificare alcuna ulteriore violazione di tale divieto (…).

(2) La catastrofe naturale o lo straordinario stato d'emergenza destinati a dare motivo per l'eccezione rispetto al divieto di principio di nuovo indebitamento strutturale, devono sottrarsi, secondo l'art. 109, comma 3, secondo periodo, art. 115, comma 2, sesto periodo lf, al controllo dello stato.

Questa caratteristica aggiuntiva trova una corrispondenza con il diritto dell'unione nell'art. 122, comma 2[13], del trattato sul funzionamento dell'unione (tfue), laddove l'unione europea può prestare assistenza finanziaria ad uno stato membro nel caso di difficoltà in base a catastrofi naturali ovvero avvenimenti straordinari quali si sottraggano al suo controllo (…). Determinante è a tal riguardo un tratto di incontrollabilità dell'avvenimento, per cui debbono essere esclusi sviluppi di medio o lungo periodo, per es. Un lento accumulo di debito dello stato (…). Conseguenze della crisi che erano da tempo prevedibili ovvero quali sono state persino causate dalla mano pubblica, non possono essere finanziate con note di debito (…).

(3) Inoltre, la catastrofe naturale o lo straordinario stato di emergenza secondo l'art. 109, comma 3, secondo periodo, e l'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, debbono avere come conseguenza un "danno considerevole" alla situazione finanziaria dello stato. Questa caratteristica fattuale produce un nesso tra le esigenze finanziarie causate dallo stato di emergenza e la finanza pubblica. In base ai concetti espressi dai gruppi del bundestag tedesco che hanno presentato il progetto di legge per la modifica degli art. 109 e 115 lf, la rilevante necessità finanziaria la si deve poter dedurre dalla spesa per superare i danni così come dall'eventuale spesa per misure di prevenzione (…).

(a) Tra la situazione di necessità e l'esigenza di nuovo indebitamento ci deve essere un nesso causale (…). E' necessario che la situazione di necessità porti di conseguenza ad una reazione dello stato, tale da ripercuotersi in misura considerevole sulla "situazione finanziaria" della confederazione e proprio per questo tale da offrire la giustificazione per un nuovo indebitamento. L'esigenza finanziaria quale emerge dalla reazione dello stato alla catastrofe naturale ovvero allo straordinario stato di emergenza, così come dalle possibili misure di prevenzione, deve pesare in maniera evidente sul bilancio complessivo (…).

(b) Uno stato di emergenza che comporti in sé solo conseguenti "non rilevanti" per la situazione finanziaria dello stato, non può comportare alcun nuovo indebitamento condizionato alla stato di emergenza. In tali casi, un'esigenza finanziaria che si determini improvvisamente deve essere coperta senza indebitamento aggiuntivo, per es. Con ricomposizioni del bilancio, tagli di spese ovvero aumenti di entrate (…). La caratteristica di fatto di cui al danno "rilevante" nei confronti della situazione finanziaria dello stato si ferma quindi, in via generalizzata e nella sua intierezza, all'influsso della crisi esterna sulle finanze dello stato. Altre richieste non si determinano in base alla caratteristica della rilevanza (…).

(4) La decisione sul superamento dei limiti di indebitamento secondo regola negli stati di emergenza in base all'art. 109, comma 3, terzo periodo, in collegamento con l'art. 115, comma 2, settimo periodo lf, va condizionata ad un piano di ammortamento. E' sufficiente al riguardo una semplice decisione parlamentare. Una formale decisione in via legislativa non è necessaria (…). Ad essa si contrappone la lettera dell'art. 115, comma 2, settimo periodo lf, secondo cui il piano di ammortamento va collegato con la "decisione" da assumere, previamente o

[13] ("Qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato. Il presidente del Consiglio informa il Parlamento europeo in merito alla decisione presa").

contemporaneamente, in ordine alla fissazione dello stato di emergenza secondo l' art. 115, comma 2, sesto periodo, e non per es. Con la legge di bilancio. Di contro alla necessità di un piano di ammortamento nella forma di una legge di bilancio nel senso dell'art. 77, comma 1, primo periodo lf, si pone poi la motivazione della legge (…). Inoltre, la fissazione di uno stato di emergenza secondo l'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, deve espressamente essere possibile anche con una semplice decisione parlamentare. Anche l'utilizzo del concetto di "piano" di ammortamento, che, a raffronto con il concetto di regolamentazione di cui all'art. 109, comma 3, terzo periodo lf ("regolamentazione dell'ammortamento"), è collegabile alla vincolatività solo in una certa misura minimale, si pone nell'ambito di questa direzione (…). Correttamente, la vincolatività del piano di ammortamento consegue propriamente non dall'effetto giuridico di vincolo ad opera di una decisione formalmente legislativa, bensì direttamente dalla costituzione, che può attribuire vincolatività anche ad una semplice decisione parlamentare (…).

Una materiale esigenza di un piano di ammortamento è costituita, secondo l' art. 115, comma 2, ottavo periodo, dal fatto che la riconduzione ivi prevista dell'indebitamento assunto in via condizionata allo stato di emergenza deve verificarsi entro un tempo ragionevole. In base alla volontà dei gruppi in seno al Bundestag tedesco che hanno presentato il disegno di legge per la modifica dell' art. 109 e dell'art. 115 lf, tale obbligo di riconduzione deve contribuire al fatto di impedire un'ulteriore crescita del debito dello stato (…).

Cc) I descritti presupposti di fatto per le eccezioni, vincolate alla condizione dello stato di emergenza, rispetto al divieto di principio di nuovo indebitamento strutturale sulla base dell' art. 109, comma 2, secondo periodo, in collegamento con l'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, sono del tutto giustiziabili nei loro fondamenti dal punto di vista costituzionale (1). Limitazioni alla profondità di verifica vigono tuttavia in ordine all'esigenza di un considerevole danno per la situazione della finanza statale (2) e per la forma della riconduzione dei debiti assunti entro un lasso di tempo ragionevole (3).

(1) Il fatto se si sia in presenza di una catastrofe naturale ovvero di un straordinario stato di emergenza tali da sottrarsi al controllo dello stato, soggiace senza limitazioni alla verifica del giudice costituzionale. Non sono alle viste penetranti motivazioni per una limitazione della giustiziabilità di questi presupposti. Sebbene i casi applicativi pensabili in riferimento alle catastrofi naturali ed agli straordinari stati di emergenza siano estremamente molteplici, si tratta di concetti giuridici la cui illustrazione ed attuazione sono aperte al controllo giudiziale in base alle norme illustrate (…).

(a) una limitazione della profondità della verifica della corte costituzionale federale non è desumibile dal fatto che sono in gioco l'interpretazione e l'attuazione di norme relative al diritto costituzionale del bilancio. Come a proposito delle prescrizioni del diritto costituzionale della confederazione in materia finanziaria, a proposito del diritto costituzionale del bilancio ed in particolare dell'ordinamento sul debito dello stato non si tratta di una "regolamentazione meno vincolante" nel senso di "soft law" (…) ovvero di "norme di minore forza in termini di validità" (…).

(b) l'assunto circa la totale verificabilità giudiziale di questa caratteristica fattuale trova sostegno nella storia della nascita dell'art. 109, comma 3, secondo periodo, in collegamento

con l'art. 115, comma 2, sesto periodo lf. La situazione giuridico-costituzionale in essere fino all'inserimento di queste prescrizioni, con le modalità della novella costituzionale, nel 2009 (…) in ordine all'ammissibilità delle entrate da indebitamento ad opera della confederazione, era caratterizzata, sulla base della giurisprudenza del secondo senato, da uno spazio di valutazione e di giudizio del legislatore e da una considerevole limitazione della profondità di verifica da parte del giudice costituzionale ad un controllo di attuabilità e di rappresentabilità delle illustrazioni del legislatore. Ciò non può essere sostenuto dopo la novella dell'art. 109 e dell' art. 115 lf.

(aa) in base al previgente art. 115, comma 1, secondo periodo, le entrate da indebitamento non potevano eccedere la somma delle spese per investimenti messe in preventivo nel bilancio. Eccezioni erano ammissibili solo per la difesa nei confronti di un disturbo all'equilibrio dell'intera economia. Al riguardo, i concreti presuppsosti applicativi del previgente art. 115, comma 1, secondo periodo, parte seconda, portano ad una valutazione di controllo, dal punto di vista costituzionale, solo con limitazioni. Solo se l'equilibrio dell'intera economia era disturbato seriamente e con continuità ovvero se un tale disturbo lo minacciava direttamente, si poteva fare uso delle prescrizioni dettate in via di eccezione.Spettava al legislatore in matera di bilancio uno spazio di valutazione e di giudizio in occasione della verifica se si fosse in presenza di un disturbo o di una minaccia diretta all'equilibrio dell'intera economia. A ciò corrispondeva un obbligo di illustrazione nel procedimento legislastivo. Sulla corte costituzionale incombeva l'obbligo, in caso di contestazione, della verifica se erano attuabili e rappresentabili il giudizio e la valutazione da parte del legislatore così come illustrate nello svolgimento del procedimento legislativo (…).

(bb) Questa limitazione della profondità di verifica in sede giudiziale in occasione della verifica del rispetto delle prescrizioni in ordine al previgente ordinamento sul debito dello stato non rimase senza critiche. Essa rinviava al fatto che le limitazioni all'emissione di debito non erano efficaci proprio per mancanza di giustiziabilità (…). Il secondo senato specificò, nella decisione citata, che le prescrizioni da attuare nel frattempo da parte sua in merito all'ordinamento sul debito dello stato non si sarebbero dimostrate nel passato sufficientemente produttive di effetti (…). La creazione di direttive sufficientemente concrete in ordine all'oggettiva limitazione giuridica all'indebitamento dello stato non sarebbe stato compito, tuttavia, della corte costituzionale federale, bensì sarebbe stata riservata al legislatore costituzionale (…).

(cc) La novella costituzionale del 2009, accanto al divieto di principio di nuovo indebitamento strutturale di cui all'art. 109, comma 3, primo periodo, e all'art. 115, comma 2, primo periodo lf, nuova formulazione, diede luogo anche a direttive in ordine all'ammissibilità del superamento dei limiti regolari per l'emissione di debito da parte della confederazione in caso di straordinari stato di emergenza di cui all'art. 109, comma 3, secondo periodo, e all'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, nuova formulazione. Nella misura in cui la condizione eccezionale collegata ad uno stato di necessità si ferma ad un "caso di catastrofe naturale ovvero allo

> straordinario stato d'emergenza che si sottraggano al controllo dello stato", essa contiene i presupposti per una migliore accessibilità in ordine ad una verifica giudiziale – davanti alla caratteristica fattuale del "disturbo del generale equilibrio economico", sulla base della risalente situazione giuridica (…). Da questo punto di vista corrisponde all'impostazione di base del legislatore costituzionale il fatto di formulare limiti per l'indebitamento della confederazione in maniera più stretta e gestibile, nonchè una più elevata profondità di controllo da parte del giudice costituzionale (…).

(2) L'esigenza, ampiamente prevista nell'art. 109, comma 3, secondo periodo, e nell'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, in ordine ad un "considerevole danno" alla situazione finanziaria dello stato è per contro controllabile dal giudice costituzionale solo con limitazioni. Certo, la corte costituzionale deve verificare se lo straordinario stato di emergenza abbia portato ad un'accresciuta e straordinaria necessità finanziaria – e quindi non solo inconsistente – e sia risultato quindi fondamentalmente idoneo a danneggiare considerevolmente la situazione finanziaria dello stato. In ordine alla questione a partire da quale livello concreto delle maggiori necessità finanziarie si sia in presenza di un consistente danno della situazione finanziaria, spetta però al legislatore uno spazio di valutazione e giudizio (…).

(3) la forma della riconduzione dei debiti assunti in un tempo ragionevole in base all'art. 109, comma 3, terzo periodo, e all'art. 115, comma 2, ottavo periodo lf, soggiace altrettanto ad una verificabilità limitata da parte del giudice costituzionale. In riferimento all'adeguatezza dello spazio temporale di tale riconduzione spetta al legislatore uno spazio di valutazione e giudizio (…). Per il giudizio circa quale spazio temporale sia da considerare come ragionevole ai fini della riconduzione è incaricato il parlamento; esso deve decidere in merito all'approntamento del piano di ammortamento in considerazione dell'ordine di grandezza dell'accresciuta accensione di prestiti, così come della concreta situazione congiunturale (…).

> (b) se risultano verificati i descritti presupposti fattuali, "questi limiti di indebitamento possono essere ecceduti" "(art. 115, comma 2, sesto periodo lf). Dalla formulazione letterale della prescrizione – ed in ogni modo in via diretta – non possono essere desunti i limiti quantitativi o qualitativi, assoluti o relativi, del nuovo indebitamento ammissibile (…).

Ma, al di là della formulazione letterale, è necessario un oggettivo nesso causale tra la catastrofe naturale ovvero lo straordinario stato di emergenza ed il superamento dei limiti di indebitamento (aa), per la cui valutazione spetta al legislatore uno spazio di valutazione e di giudizio (bb). Una verifica da parte del giudice costituzionale circa la proporzionalità dell'accensione prestiti in collegamento con lo stato di necessità è nel frattempo esclusa (cc) ed in particolare una verifica della relativa necessità ed adeguatezza (dd). Sussistono comunque obblighi informativi in capo al legislatore, onde rendere possibile una verifica da parte del giudice costituzionale sulla attuabilità e sulla rappresentabilità delle decisioni legislative in ordine all'accensione di debito (ee).

> (aa) già in base alla descritta circostanza di cui all'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, deve essere verificato se proprio la catastrofe naturale ovvero lo straordinario stato di

> emergenza danneggi considerevolmente la situazione finanziaria dello stato, se quindi sussiste una relazione causale tra lo stato d'emergenza, l'accresciuta esigenza finanziaria ed il disturbo della situazione in cui versano le finanze statali.
>
> la costituzionalità dell'eccedenza rispetto ai limiti di indebitamento è tuttavia ampiamente dipendente dal fatto che le concrete autorizzazioni all'indebitamento si trovino in un oggettivo nesso causale con lo stato d'emergenza (…). Mentre la caratteristica fattuale del considerevole danno alla situazione finanziaria dello stato, in modo generale, si arresta all'influsso della crisi esterna sulla finanza statale, la necessità di un nesso causale richiede un concreto riferimento alle autorizzazioni all'indebitamento al di fuori delle regole e richiede, quanto al contenuto, se esse – anche in base all'importo – siano riconducibili proprio allo stato emergenza come relativa occasione.

(1) Quest'esigenza aggiuntiva di un nesso causale non trova inoltre un espresso supporto nella lettera dell'art. 115, comma 2, sesto periodo lf. Nondimeno essa è ricollegabile, per intanto, alla preposizione "per" (regolamentazione di eccezione per le catastrofi naturali ovvero per le straordinarie situazioni di emergenza") di cui all'art. 109, comma 3, secondo periodo lf. Si aggiunga che l'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, consente espressamente il superamento condizionato allo stato di emergenza dei limiti di indebitamento solo nel "caso" dello stato di emergenza.

(2) L'esigenza di un nesso causale si determina inoltre anche con le modalità dell'interpretazione dell'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, considerando il relativo campo di regolamentazione. Alla sistematica degli artt. 109 e 115 lf si possono sottrarre in linea di principio il divieto generale del nuovo indebitamento strutturale in base all' art. 109, comma 3, primo periodo e 115, comma 2, primo periodo lf, e, nel caso di uno straordinario stato di emergenza secondo l'art. 109, comma 2, secondo periodo, e l'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, un'eccezione fattuale dai chiari contorni (…) la quale violi una rilevante decisione di principio del diritto costituzionale del bilancio. Ne consegue che – anche in presenza dei presupposti prescritti all'art. 115, comma 2, sesto periodo lf – non è costituzionalmente ammissibile un'accensione di prestiti sciolta dai limiti e dalle norme. E' vero che non esistono limiti assoluti nell'importo per l'accensione di prestiti, ma di certo relativi limiti oggettivi (…). Per garantire il carattere dell'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, in quanto prescrizione eccezionale specificamente legata allo stato d'emergenza, l'accensione di prestiti deve essere in dettaglio riconducibile, oggettivamente, proprio al concreto stato d'emergenza ed alla volontà del legislatore di venirne a capo (…).

(a) punto di partenza di questa delimitazione è la determinazione da parte del parlamento (art. 115, comma 2, sesto e settimo periodo lf), che lega il superamento dell'indebitamento ai costi delle misure necessarie per superare lo straordinario stato di emergenza. Al contempo, questa determinazione definisce quello stato di emergenza che, in base all'impostazione del Bundestag, rappresenta una sfida per la capacità di azione dello stato e che deve essere superato in quanto tale da costituire una crisi. Con la precisa caratterizzazione dello stato di emergenza viene chiarito - come i richiedenti formulano appropriatamente - per la pubblica opinione l'"identità del fatto storico" ed al contempo in

modo trasparente che, per superare detta crisi, viene fatto uso di una regime d'eccezione. Dalla decisione del Bundestag deriva dunque una funzione di delimitazione che permette un controllo alla pubblica opinione democratica.

(b) inoltre, la decisione offre in primo piano, al legislatore in materia di bilancio, il carattere eccezionale della limitazione all'indebitamento e gli consente con ciò di mantenere in vista e di verificare con particolare cura tanto la fissazione dello stato di emergenza quanto anche il superamento dei limiti di indebitamento. A questa "funzione di attenzione" elaborata con questa sistematica regolamentare viene non da ultimo riconosciuto un elevato valore posizionale, che si addice ad un mantenimento di principio dei limiti di indebitamento dal punto di vista del legislatore costituzionale (…).

(3) Il Senato ha già statuito un'esigenza simile, sul piano strutturale, al nesso causale a proposito dell'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, nuova formulazione, per la prescrizione d'eccezione in essere secondo l'ordinamento sul debito dello stato sulla base dell'antica situazione costituzionale in occasione di disturbi all'equilibrio dell'intera economia nel previgente art. 115, comma 1, secondo periodo, secondo paragrafo lf, antica formulazione, ed al riguardo ha richiesto l'elemento della finalità (…). L'elevata accensione di prestiti in via d'eccezione doveva, di conseguenza, "essere adattata alla dimensione ed all'utilizzo per preservarsi di fronte al disturbo dell'equilibrio dell'intera economia", laddove non bastava affatto che "un'accresciuta accensione di prestiti" traesse "occasione da un disturbo dell'equilibrio dell'intera economia; essa alla fine doveva essere anche rapportata alla difesa nei confronti di questo disturbo (…).

Un tale nesso causale deve essere del tutto presente sulla base della sistematica regolativa in vigore, piuttosto più stretta. Superamenti nei regolari limiti di indebitamento possono essere costituzionalmente coperti se il legislatore in materia di bilancio finanzia con essi misure mirate allo scopo di superare ovvero piegare una catastrofe naturale ovvero uno straordinario stato di emergenza (…). Non vengono concepiti per contro nuovi indebitamenti per misure di politica generale le quali tutt'al più vengono concepite in occasione della circostanza presumibilmente favorevole di cui alla sospensione del freno al debito, ma che non mirino a superare la situazione di crisi (…).

(4) Le misure finanziate a debito, in quanto conseguenza del nesso causale da sottoporre a verifica, debbono essere appropriate al fine di promuovere la finalità del superamento o del piegamento di una catastrofe naturale o di uno straordinario stato di emergenza (…). Al riguardo, l'appropriatezza si riferisce alla generalità delle misure e non ad ogni singola misura, perché i singoli provvedimenti possono reciprocamente rafforzarsi, sostenersi e soprattutto pervenire realmente ad essere effettivi (…). Pertanto, non è "compito della verifica di appropriatezza distaccare singole impostazioni di spesa da questo quadro ed esplorarle isolatamente in ordine alla loro appropriatezza, alle possibilità di risparmio date o altro" (…).

(5) Quali richieste di autorizzazioni all'indebitamento siano desumibili nel dettaglio da questo legame causale non dipende dalle modalità dello stato di emergenza e dalle misure offerte per il suo superamento, così come per il relativo adattamento e per la relativa cura. Perché il superamento dei regolari limiti dell'accensione prestiti è ammissibile solo in riferimento a queste specifiche misure riferite allo stato di emergenza.

(6) Richieste ancor più stringenti – diversamente da quanto pensano le ricorrenti ed i ricorrenti – non possono per contro essere poste a fronte dell'esigenza di un nesso causale. Non è chiaro, in particolare, il fatto che l'accensione di prestiti legata allo stato di emergenza potrebbe essere limitata al superamento delle conseguenze dirette di un possibile stato di emergenza. Al legislatore costituzionale era evidente, nella nuova formulazione dell'art. 109 e 115 lf quale "stato di emergenza", anche un "danno improvviso al decorso dell'economia in una dimensione estrema in base ad uno shock esogeno, come per es. L'attuale crisi finanziaria", "tale da imporre, per il bene comune, misure di sostegno attive da parte dello stato per mantenere e stabilizzare l'andamento dell'economia" (…). In egual modo il legislatore aveva davanti agli occhi il (positivo) evento dell'unità tedesca. La crisi finanziaria e bancaria del 2007 fino al 2009, così chiamata nell'illustrazione della legge, portò direttamente ad una crisi economica mondiale con ampie ripercussioni. Inoltre, non era possibile effettuare, praticamente, la delimitazione dal bordo affilato tra conseguenze dirette e conseguenze indirette della crisi.

(bb) tanto per la diagnosi circa le modalità e l'estensione dello stato di necessità quanto in particolare anche per la configurazione delle misure in ordine alla lotta, all'adattamento ed all'intervento a supporto (nachsorge) spetta al legisatore uno spazio di valutazione e giudizio (…). Ciò vale soprattutto per l'importo delle autorizzazioni all'indebitamento previste ai fini della garanzia finanziaria di queste misure (…). Spetta alla corte costituzionale la verifica se il giudizio e la valutazione del legislatore siano attuabili e rappresentabili anche sulla base dello scenario delle elaborazioni della scienza economica e finanziaria (…).

Quanto più ampiamente, però, l'evento scatenante si colloca nel passato, quanto più tempo è concesso per assumere la decisione e quanto più lontane sono le conseguenze, tanto più fortemente sarà costretto a ridursi lo spazio di valutazione e di giudizio del legislatore in materia di bilancio, perché le conseguenze del suo comportamento sono meglio valutabili nel tempo e può essere evitato il fatto che l'eccezione per il superamento dei limiti all'indebitamento diventi la regola, come è stato oggetto di critica a proposito della regime dei procedimenti costituzionali (…).

(1) Lo spazio di valutazione e di giudizio del legislatore in riferimento alla presenza di una nesso causale trova un parallelo nella prescrizione d'eccezione dell'ordinamento sul debito statale in essere in base alla risalente situazione costituzionale, a seguito di distorsioni all'equilibrio dell'intera economia, nell'art. 115, comma 1, secondo periodo, secondo sottoperiodo, lf previgente. La giurisprudenza finora prodottasi (…) può essere fondamentalmente trasferita quindi alla nuova situazione costituzionale. Non vi si contrappone il fatto che l'art. 115, comma 2, sesto periodo (lf novellata) sia concepito fattualmente con maggiore concretezza riguardo all'art. 115, comma 1, secondo periodo, secondo sottoperiodo (lf novellata), dal momento che lo spazio di valutazione e di giudizio non si riferisce al realizzarsi delle descritte caratteristiche fattuali, bensì all'esigenza aggiuntiva del nesso causale. Da questo punto di vista la nuova situazione costituzionale rimane comparabile con quella risalente.

(2) Va aggiunto che il legislatore costituzionale ha chiarito, con la concretezza dei fatti e l'inasprimento oggettivo delle regole per l'accensione dei prestiti da parte della confederazione

e dei Lander (in particolare, art. 109, comma 3 e 5[14], art. 109a[15], art. 115, art. 143d, comma 1[16] lf), il fatto che un autovincolo del parlamento e la conseguente, sensibile limitazione alla sua capacità di movimento nell'ambito della politica di bilancio possono essere necessari proprio nell'interesse di un mantenimento di lungo periodo della capacità di organizzazione democratica (…). "per quanto un tale vincolo possa limitare lo spazio di capacità di oggi, esso serve, però, al contempo alla garanzia di tale spazio per il futuro. Neanche uno sviluppo tale da destare preoccupazione nel lungo periodo circa la situazione dei debiti rappresenta invero un danno rilevante, sul piano costituzionale, alla competenza del legislatore nel senso di una politica fiscale discrezionale dipendente dalle situazioni. Tuttavia, esso porta ad un restringimento nei fatti dello spazio di decisione […]. Evitare ciò rappresenta un legittimo obiettivo del legislatore (costituzionale)" […].

E' quindi anzitutto una questione del legislatore valutare se ed in quale dimensione vadano prescritte, per il mantenimento di spazi di azione e di decisione democratici anche per il futuro, vincoli ai comportamenti in tema di spesa e perciò – di riflesso – debba essere accettato un restringimento dello spazio di azione e di decisione nel presente. La corte costituzionale non può sovrapporsi qui con una sua propria competenza oggettiva agli organismi legislativi chiamati in primis a ciò" (…).

---

[14] Per il comma 3 v. precedente nota 5. Comma 5: "Le misure sanzionatrici della Comunità europea in collegamento con le determinazioni di cui all'art. 104 del Trattato per l'istituzione della Comunità europea in ordine al mantenimento della disciplina di bilancio le sostengono la Confederazione ed i *Länder* in un rapporto di 65 a 35. L'insieme dei *Länder* sostiene solidarmente il 35 per cento dei gravami che ricadono sui *Länder* in corrispondenza del loro numero di abitanti; il 65 per cento dei gravami che ricadono sui *Länder* lo sostengono i *Länder* in corrispondenza del loro contributo alla responsabilità. I dettagli li regola una legge federale, che necessita dell'assenso del *Bundesrat*".

[15] ("(1) Per evitare situazioni di emergenza del bilancio una legge federale regola ciò che necessita dell'assenso del *Bundesrat*.
1. La sorveglianza perdurante della finanza pubblica della Confederazione e dei *Länder* per mezzo di un organo comune (Consiglio di stabilità),
2. le premesse ed il procedimento per la fissazione di uno stato di emergenza minaccioso,
3. i princìpi per l'elaborazione ed attuazione di programmi di risanamento per evitare stati di emergenza di bilancio.
(2) Al Consiglio di stabilità è fatto obbligo, a partire dall'anno 2020, della sorveglianza circa l'osservanza delle prescrizioni di cui all'articolo 109, comma 3, da parte della Confederazione e dei *Länder*. La sorveglianza si orienta sulle prescrizioni e sui procedimenti in base agli atti di diritto, tenendo conto dell'accordo sulle procedure dell'Unione europea per mantenere la disciplina di bilancio.
(3) Le determinazioni del Consiglio di stabilità e delle basi per le discussioni che stanno a loro fondamento debbono essere pubblicate").

[16] ("(1) Gli artt.109 e 115, nella versione in vigore fino al 31 luglio 2009, debbono essere attuati l'ultima volta per l'anno di bilancio 2010. Gli artt. 109 e 115, nella versione in vigore dal 1° agosto 2009, debbono essere attuati per la prima volta per l'anno di bilancio 2011; al 31 dicembre 2010 rimangono senza modifiche le autorizzazioni all'indebitamento in essere per i fondi speciali già istituiti. I *Länder* possono deviare, nello spazio di tempo dal 1° gennaio 2011 fino al 31 dicembre 2019, in base alle misure di cui alle regole localmente vigenti, dalle prescrizioni dell'art. 109, comma 2. I bilanci dei *Länder* debbono essere formulati nel senso che nell'anno di bilancio 2020 siano attuate le prescrizioni di cui all'art. 109, comma 3, quinto periodo. La Confederazione può discostarsi, nello spazio temporale dal 1° gennaio 2011 fino al 31 dicembre 2015, dalle prescrizioni di cui all'art. 115, comma 2, secondo periodo. L'anno di bilancio 2011 deve iniziare con l'abbattimento del *deficit* in essere. I bilanci annuali debbono essere composti in modo tale che nell'anno di bilancio 2016 venga attuata la prescrizione di cui all'art. 115, comma 2, secondo periodo; i dettagli li regola una legge federale").

A questo spazio di valutazione e di giudizio del legislatore corrisponde una limitata profondità in termini di controllo costituzionale, che si limita ad una verifica della realizzabilità e della rappresentabilità delle valutazioni e dei giudizi del legislatore in ordine al nesso causale (…).

(3) A favore di una tale limitata verifica milita anche il fatto che i tribunali costituzionali dei länder, per le prescrizioni di analoga struttura in ordine all'accensione di prestiti condizionata allo stato di emergenza da parte dei länder, partano da un corrispondente spazio di valutazione e di giudizio del legislatore (del land) (…).

(cc) la prescrizione di cui all'art. 115, comma 2, sesto periodo, non prevede inoltre ulteriori limitazioni materiali in ordine ad un'accensione prestiti vincolata alla crisi da parte della confederazione. In particolare, il legislatore in materia di bilancio non è vincolato al principio di proporzionalità. Piuttosto, la concreta valutazione tra i mezzi adatti ai fini della difesa dallo straordinario stato di emergenza costituisce un compito del legislatore in materia di bilancio, della quale valutazione egli deve essere anche responsabile sul piano politico. In ordine all'agire politico la legge fondamentale concede al legislatore, nella misura in cui non si tratti di attacchi – qui non in discussione – nei campi del diritto o della libertà, uno spazio di azione, cui essa pone solo una cornice. Il legislatore è libero di adottare decisioni politiche all'interno di questa cornice.

(dd) ciò significa, nell'attuale contesto, che la decisione del legislatore in materia di bilancio deve sì essere appropriata in ordine al superamento della crisi, ma che, tra i molteplici strumenti appropriati, non va adottata una gradualità in senso stretto nella direzione di una necessarietà ovvero proporzionalità (…). L'accensione di prestiti condizionata dalla crisi non va perciò verificata dal punto di vista costituzionale sotto il profilo se essa si ponga come necessaria ed adeguata (…).

(1) Prima del ricorso ad un'accensione di prestiti condizionata all'emergenza secondo l'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, il legislatore non è tenuto in particolare, dalla costituzione, ad esaurire altri spazi di consolidamento (necessarietà dell'accensione prestiti condizionata alla situazione di emergenza). E' una questione che riguarda solo il parlamento assumere le corrispondenti decisioni (politiche) di fondo e quindi far riferimento reciprocamente, nella valutazione, alle esistenti possibilità finanziarie alternative, quali aumenti di entrate, altre priorità di politica di bilancio ed eventuali riserve. Non si può affatto desumere dall'art. 115, comma 2, sesto periodo, una "sussidiarietà dell'accensione prestiti" (…).

Contro il criterio della necessarietà milita, inoltre, l'obbligo di ammortamento per l'accensione prestiti vincolata alla crisi, regolato all'art. 115, comma 2, ottavo periodo lf. La legge fondamentale differenzia, inoltre, lo stato di crisi vero e proprio e il momento del superamento della crisi, momento nel quale il legislatore almeno è vincolato ad un sentiero adeguato di rientro del debito. Con ciò l'esigenza di esaurire eventuali possibilità di consolidamento viene essenzialmente spostata alla fase dell'ammortamento, quindi all'epoca in cui la crisi è superata. Proprio nell'epoca della catastrofe naturale ovvero dello straordinario stato di emergenza sussiste un obbligo costituzionale di consolidamento, mentre nello stato di emergenza acuto si pone in primo piano il superamento della crisi. All'ampliamento dello spazio di azione attraverso il ricorso a strumenti di debito condizionati allo stato di emergenza in tempi di crisi segue il correlato restringimento negli esercizi futuri (…).

(2) L'adeguatezza dell'accensione prestiti condizionata allo stato di emergenza non soggiace ad alcun controllo più ampio, dal punto di vista costituzionale. Un principio di "adeguatezza dal punto di vista del diritto costituzionale del bilancio" non è affatto desumibile dalla costituzione (…). Il rifiuto di una verifica di proporzionalità in senso stretto non porta neanche – in contrasto con la tendenza finalistica dell'art. 115, comma 2 lf – ad un'apertura alla possibilità di un incontrollabile accrescimento dell'indebitamento dello stato. L'accensione prestiti condizionata allo stato d'emergenza dipende dalle caratteristiche fattuali di cui all'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, la cui presenza, fondamentalmente, è del tutto verificabile dal punto di vista costituzionale in tutta la sua estensione. Proprio sul piano delle conseguenze giuridiche la misura della verifica si restringe al criterio della rappresentabilità e della realizzabilità, in particolare in riferimento alla supposizione circa il nesso causale. I presupposti fattuali di cui all'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, portano perciò, già di per sé, ad una difesa voluta dal legislatore costituzionale davanti all'ingiustificato ricorso al regime d'eccezione rispetto al freno del debito.

(ee) allo spazio di valutazione e di giudizio del legislatore corrisponde un obbligo di illustrazione nel procedimento legislativo (…). Ciò rende possibile alla corte costituzionale, nel caso contestato, la verifica se siano realizzabili e rappresentabili i corrispondenti giudizi e valutazioni del legislatore in base al fondamento da esso fornito (…).

(1) Vanno illustrati, nel procedimento legislativo, la diagnosi circa la catastrofe naturale ovvero lo straordinario stato di necessità, così come le relative cause, l'intento di allontanare ovvero superare questo stato di necessità con un incremento dell'accensione prestiti e la fondata prognosi circa il se ed il come questo obiettivo può essere raggiunto con una accensione prestiti incrementata e se essa si mostra appropriata, quindi, a superare lo stato di emergenza (…). Allo stesso tempo dovrà eventualmente essere illustrato il coordinamento tra il programma di bilancio e le misure legislative di accompagno nonché la politica di lungo periodo. Nel caso il legislatore in materia di bilancio lavori, per contro, sul precedente piano finanziario, egli deve dare fondamento a ciò (…). Quali richieste sussistano circa gli obblighi di illustrazione nel singolo caso da parte del legislatore, deriva a seconda delle circostanze di cui al rispettivo caso singolo e dipende in particolare dalla tipologia della relativa situazione di crisi – e dalla molteplicità delle soluzioni per superare la crisi -. Pertanto, debbono essere sempre tenuti in vista il senso e lo scopo del regime d'eccezione di cui all'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, perché questo deve garantire la capacità di agire dello stato in ordine al superamento della crisi (…).

(2) Se il legislatore fa ripetutamente uso, all'interno dell'esercizio finanziario ovvero all'interno degli esercizi finanziari che si susseguono, della possibilità di strumenti di debito condizionati allo stato di emergenza, aumentano le richieste di obblighi informativi. Quanto più a lungo dura la crisi e quanto più estesamente il legislatore ha preteso debiti condizionati allo stato d'emergenza, tanto più in dettaglio egli deve illustrare i fondamenti per la durata della crisi (diagnosi della crisi) e l'appropriatezza ulteriormente fornita, a suo modo di vedere, circa le misure da lui programmate per superare la crisi.

(3) Ciò vale, per quanto riguarda l'importo dell'autorizzazione all'indebitamento, in particolare se gli strumenti di debito vincolati allo stato d'emergenza di contro all'originario

programma di bilancio ed alla decisione costitutiva sulla base dell'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, non sono stati necessari in tutto oppure non in tutto l'importo e debbono piuttosto essere utilizzati per altre misure diverse da quelle originariamente divisate, onde superare la crisi.

(4) Particolari richieste in merito all'obbligo di illustrazione da parte del legislatore si determinano, in un quadro di necessaria delimitazione di un'accensione prestiti condizionata allo stato d'emergenza sulla base dell'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, a partire dall'ambito applicativo delle ampliate possibilità di accensione prestiti a causa di uno sviluppo della congiuntura tale da deviare dalla situazione normale, per le quali debbano essere presi in considerazione, simmetricamente, gli effetti sul bilancio della crescita e della recessione. Il testo della costituzione chiarisce al riguardo che non ogni situazione di crisi economica deve essere posta sullo stesso piano di uno straordinario stato di emergenza. Corrispondentemente, anche il legislatore deve illustrare questa limitazione come realizzabile.

(5) Il giudizio e la valutazione ad opera del legislatore nel frattempo illustrati nel corso del procedimento legislativo vanno esaminati, secondo costituzione, dal punto di vista della realizzabilità e della rappresentatività (…). Questa distribuzione di compiti tra la legislazione parlamentare ed il controllo costituzionale, a proposito del rispetto dell'autorizzazione nonché dell'obbligo, secondo costituzione, ad un'accensione prestiti vincolata alla situazione e tale da reagire agli sviluppi dinamici, è prescritta oggettivamente (…).

(c) dalla struttura sistematica delle prescrizioni costituzionali in ordine all'accensione prestiti della confederazione sulla base dell'art. 109, comma 3, e art. 115 lf, sono desumibili, inoltre, i princìpi di diritto del bilancio riferiti al bilancio annuale e all'annualità – accompagnati dal principio del bilancio dell'anno corrente - , i quali stanno alla base del divieto di principio di nuovo debito strutturale (aa). Questi princìpi valgono anche per il regime d'eccezione in ordine al "freno al debito" in occasione di catastrofi naturali ovvero di straordinari stati d'emergenza sulla base dell'art. 109, commma 3, secondo periodo, art. 115, comma 2, sesto periodo lf (bb) e non possono essere elusi con l'impiego dei sondervermögen [fondi speciali in termini di competenza-n.d.c.] (cc). Il rispetto dei princìpi del bilancio annuale e dell'annualità soggiacciono ad uno stretto controllo di costituzionalità (dd).

(aa) la possibilità di regolamentare il divieto di principio di nuovo indebitamento strutturale secondo l'art. 109, comma 3, primo periodo, art. 115, comma 2, primo periodo, tenendo conto degli effetti di uno sviluppo congiunturale tale da deviare dalla normale situazione, prevista nell'art. 109, comma 3, secondo periodo, art. 115, comma 2, terzo periodo lf, soggiace ai precetti del bilancio annuale e della annualità. Ciò consegue ad un'interpretazione sistematica delle indicazioni provenienti dalla costituzione e del loro contesto normativo.

(1) Un primo importante appiglio per il fatto che le indicazioni di cui all'art. 109, comma 3, e art. 115 lf mirano al bilancio annuale ed alla annualità, deriva dalla formulazione della decisione di principio circa il divieto di nuovo indebitamento strutturale di cui all'art. 109, comma 3, primo periodo lf: nel momento in cui l'art. 109, comma 3, primo periodo lf, statuisce che i bilanci della confederazione e dei länder sono, nei loro fondamenti, in pareggio senza entrate da indebitamento, esso lega la limitazione dell'accensione prestiti statali alla finanza dello stato ed in questo modo anche al principio generale di bilancio di cui al bilancio annuale sulla base

dell'art. 110, comma 2, primo periodo[17] lf (a), così come ai princìpi ad essi collegati dell'annualità (b) e dell'anno corrente (c).

(a) Il principio del bilancio annuale (…) di cui al bilancio della confederazione secondo l'art. 110, comma 2, primo periodo lf, si riferisce al fatto che il programma di bilancio va fissato dalla legge di bilancio per uno o più anni anni finanziari, diviso per anni, dall'inizio del primo anno finanziario. Il principio generale del bilancio annuale, contenuto dall'art. 110, comma 2, primo periodo lf, serve a garantire il diritto del bilancio del parlamento, in particolare in riferimento al fatto che il bilancio perderebbe la propria forza affermativa e la propria vincolatività per periodi di bilancio più lunghi (…). Inoltre il parlamento, in assenza di un corrispondente diritto di iniziativa legislativa, non potrebbe da sé dare inizio ad un bilancio suppletivo (…).

(b) Il principio dell'annualità dell'esecuzione del bilancio si pone in stretto legame funzionale con il principio espressamente ancorato all'art. 110, comma 2, primo periodo lf, del bilancio da predisporre annualmente: mentre il secondo pone la richiesta nel senso della periodicità nella predisposizione del bilancio, il primo indirizza la questione dello spazio di validità delle autorizzazioni nei programmi di bilancio (…). Il principio di annualità riguarda la limitazione dello spazio temporale programmato dal punto di vista materiale (contenutistico), quindi una limitazione temporale delle autorizzazioni alle spese e all'indebitamento (…). Esso si trova, dal punto puramente giuridico, nel § 27, comma 1, primo periodo, della legge sui princìpi del diritto del bilancio della confederazione e dei länder e nel § 45, comma 1, primo periodo, dell'ordinamento sul bilancio federale. Pertanto, le autorizzazioni possono essere adempiute ovvero possono essere pretese solo per gli scopi e le prestazioni descritte nel programma di bilancio, nella misura in cui e finché esse permangano, e fino alla scadenza dell'anno finanziario. Successivamente esse scadono senza sostituzioni, fino a che non venga fissato qualcos'altro (…).

(aa) il principio dell'annualità non vale in senso assoluto. Così il § 27, comma 1, secondo periodo, commi 2-4, della legge sui princìpi del diritto del bilancio della confederazione e dei länder ed il § 45, comma 1, secondo periodo, comma 2, quarto periodo, dell'ordinamento sul bilancio federale, prevedono violazioni di questo principio, tra l'altro, in riferimento alla creazione di residui di spesa, che possono rimanere a disposizione, in base a presupposti più circostanziati per le rispettive determinazioni riguardo alle finalità, al di là dell'anno di bilancio e fino alla scadenza del secondo anno di bilancio successivo conseguente all'autorizzazione. Un'ulteriore eccezione è rappresentata dalla provvisoria "ultrattività" di autorizzazioni all'indebitamento prevista nell'art. 110, comma 4[18], secondo periodo lf, in collegamento con il § 18, comma 3, dell'ordinamento sul bilancio federale.

[17] ("Il programma di bilancio viene fissato per uno o più anni finanziari, diviso per anni, dall'inizio del primo anno finanziario, per mezzo della legge di bilancio. Per parti del programma di bilancio può essere previsto che esse siano in vigore, per intervalli temporali differenziati, sulla base degli esercizi contabili").

[18] ("Nella legge di bilancio possono essere accolte solo prescrizioni che si riferiscono alle entrate ed alle spese della Confederazione e allo spazio temporale per il quale viene decisa la legge di bilancio. La legge di bilancio può prescrivere che delle prescrizioni entrino in vigore proprio con la pubblicazione della legge di bilancio successiva ovvero con l'autorizzazione sulla base dell'art. 115 entro uno spazio temporale ritardato").

(bb) con ciò il principio dell'annualità si indirizza in prima linea all'esecutivo nella fase della attuazione del bilancio. Allo stesso tempo esso limita però lo spazio di decisione del legislatore nella predisposizone del programma di bilancio. Ne consegue l'obbligo del legislatore in materia di bilancio di proporre comunque come non trasferibili al di là dell'anno, in linea di principio, le autorizzazioni di spesa e quelle concernenti obblighi. Le possibilità di trasferibilità possono essere accessibili ad una giustificazione di natura costituzionale nel singolo caso, come per es. In riferimento al principio di economicità, ma debbono rimanere confinate ad un'eccezione (…).

(cc) il principio contenutistico della annualità completa il principio esterno del bilancio annuale nella sua funzione di difesa a favore del diritto del bilancio del parlamento, nel momento in cui impedisce che lo spazio di decisione del futuro legislatore in materia di bilancio venga limitato da precedenti determinazioni dotate di ultrattività in base ai bilanci precedenti (…). Esso impedisce con ciò uno spostamento di gravami nel futuro (…). In ragione di questo stretto legame funzionale con il principio del bilancio annuale in base all'art. 110, comma 2, primo periodo lf, spetta anche al principio di annualità il rango della costituzionalità (…).

(c) Il principio dell'anno corrente con effetti sulla cassa non trova una considerazione espressa nel testo costituzionale, ma è tuttavia normato, sul piano puramente giuridico, nel § 8, comma 2, n. 1 e 2, della legge sui princìpi del diritto del bilancio della confederazione e dei länder, e nel § 11, comma 2, n. 1, dell'ordinamento sul bilancio federale. Il principio dell'anno corrente riguarda l'inquadramento temporale dei mezzi di bilancio, con cui viene fermata la presumibile effettività in termini di cassa, quindi gli effettivi versamenti e pagamenti di mezzi finanziari (…). Nel programma di bilancio possono di conseguenza essere messe in preventivo solo quelle entrate e quelle spese che diventano prevedibilmente effettive in termini di cassa nell'anno di bilancio (…).

(2) Nel momento in cui l'art. 109, comma 3, primo periodo lf, fissa come principio di base dell'ordinamento sul debito dello stato, fondamentalmente, il fatto che i bilanci della confederazione e dei Lander sono per principio in pareggio senza le entrate da indebitamento, esso collega – in riferimento all'obbligo del formale pareggio del bilancio in base all'art. 110, comma 1, secondo periodo lf – le direttive sull'accensione di prestiti con i generali princìpi di bilancio prima illustrati di cui al bilancio annuale, all'annualità ed all'anno corrente (…). In tal modo, al precetto del pareggio formale sulla base dell'art. 110, comma 1, secondo periodo lf, viene affiancato quello dell'ordinamento sul debito dello stato, circa il materiale pareggio di bilancio nella forma di un divieto di nuovo indebitamento strutturale sulla base dell'art. 109, comma 3, primo periodo (…). Da questo riferimento deve risultare che anche le direttive sull'accensione di prestiti della confederazione, secondo gli artt. 109, comma 3, e 115 lf, debbono fondamentalmente seguire i princìpi del bilancio annuale, della annualità e del bilancio corrente, il che per intanto non esclude specifiche modifiche avuto riguardo alle particolarità oggettive e funzionali delle prescrizioni sull'accensione di prestiti.

(3) Anche in base alla formulazione del regime sulla limitazione del nuovo indebitamento della confederazione in base all'art. 109, comma 3, ed all'art. 115 lf, deriva che i princìpi del bilancio annuale, della annualità e del bilancio dell'anno corrente reclamano validità. Perché, secondo

la concezione dell'art. 109, comma 3, e dell'art. 115 lf, il diritto al debito statale si arresta ad un ambito di riferimento annuale. Ciò si mostra in modo abbastanza chiaro nella formulazione utilizzata per l'art. 115, comma 2, quinto periodo lf, secondo cui il "calcolo dei limiti superiori all'accensione netta di prestiti annuale" deve essere regolamentato in una legge federale.

a) Il bilancio annuale nel campo delle direttive sull'accensione prestiti della confederazione significa che l'importo ammissibile dell'accensione prestiti deve essere individuato diviso per anni. Decorso un anno, l'indebitamento netto ammissibile va specificato per l'anno seguente.

b) l'annualità richiede che le autorizzazioni all'indebitamento quali ricadono, nel quadro dell'indebitamento netto ammissibile, per un determinato anno e quali vengono conteggiate sull'accensione prestiti ammissibile per questo anno, per principio debbono essere utilizzate nei fatti proprio in questo anno e quindi i debiti debbono essere assunti proprio in questo anno.

c) Infine, dalla formulazione di cui ai "limiti superiori all'accensione prestiti annuale" secondo l'art. 115, comma 2, quinto periodo lf, segue che, nel senso del principio dell'anno corrente in ordine all'assegnazione temporale delle autorizzazioni al debito in riferimento ai singoli anni e ai corrispondenti limiti superiori per l'accensione prestiti, deve essere rilevante l'accensione effettiva del prestito.

(4) Un ulteriore punto di riferimento normativo per questo modo di vedere deriva dall'art. 115, comma 1 lf, nella misura in cui esso afferma che le garanzie che possono portare a spese in futuri anni finanziari necessitano di un'autorizzazione a livello di legge federale. Cancellando le possibili "spese nei futuri anni contabili" il legislatore costituzionale ha portato ad espressione il fatto che le limitazioni nel diritto al debito statale debbono sviluppare un effetto di difesa temporale, scaglionato per anni contabili, a vantaggio dei bilanci successivi.

(5) Infine, il risultato secondo cui il meccanismo di cui al regime del cd. "freno al debito" secondo art. 109, comma 3, primo periodo, in collegamento con l'art. 115, comma 2, primo periodo, soggiace ai princìpi del bilancio annuale, dell'annualità e dell'anno corrente, viene ulteriormente rafforzato con considerazioni di natura teleologica. Gli obiettivi volti a limitare effettivamente l'indebitamento statale della confederazione ed a tenere bassi i gravami sui bilanci futuri con obblighi di rientro, sono indirizzati al futuro e dispongono, con ciò, allo stesso modo, una specifica dimensione correlata al tempo.

(bb) la validità dei princìpi del bilancio annuale, dell'annualità e dell'anno corrente nel diritto sul debito statale si estende anche alla regime di cui all'art. 109, comma 3, secondo periodo, in collegamento con l'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, per le catastrofi naturali e gli straordinari stati di emergenza. In effetti, queste norme giustificano proprio il superamento dei limiti superiori dell'accensione netta di prestiti dell'anno. Nel loro carattere di eccezione volto alla violazione dei limiti secondo regola, l'art. 109, comma 3, secondo periodo, e 115, comma 2 lf, sesto periodo, rimangono però strettamente collegati al sistema di contabilizzazione annuale del freno al debito.

(1) Conseguentemente, anche la decisione del Bundestag, sulla base dell'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, di eccedere i limiti di indebitamento, deve essere emanata in riferimento ad un

concreto anno finanziario. Già la contabilizzazione dei regolari limiti di indebitamento, quali valgono rispettivamente per il caso previsto dalla regola, si riferisce al singolo anno finanziario. Dovessero - una stato di necessità ovvero i suoi effetti - perdurare al di là dello spazio temporale di un anno e causare una perdurante richiesta di indebitamento, le decisioni sulla base dell'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, debbono aver luogo suddivise per anni. Corrisponde inoltre alla prassi dello stato che le decisioni sulla base dell'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, si riferiscono agli anni di bilancio ovvero agli anni finanziari; esse sono emanate riferendosi ad una corrispondente legge di bilancio o legge di bilancio suppletivo (…). In tal modo il principio – esterno – del bilancio annuale viene preso in considerazione nel quadro del regime di eccezione in base all'art. 109, comma 3, secondo periodo, 115, comma 2, sesto periodo lf.

(2) Il principio – fortemente versato sull'esecuzione – dell'annualità richiede inoltre, nel gioco con il principio dell'anno corrente per gli effetti di cassa, che le autorizzazioni all'indebitamento condizionate allo stato d'emergenza e riferite ad un determinato anno finanziario, nel caso venga da esse utilizzato, debbono avere effettive conseguenze di cassa direttamente nell'anno interessato. I debiti, perciò, debbono essere accessi effettivamente nell'anno che sta alla base dell'autorizzazione, perché essi debbono essere utilizzati in questo anno per superare lo stato d'emergenza. Decorso l'anno finanziario decadono le corrispondenti autorizzazioni all'indebitamento, perché, a differenza delle "abituali" autorizzazioni all'indebitamento (…) e non esiste un'eccezione regolamentata per le autorizzazioni all'indebitamento condizionate allo stato di emergenza, rispetto ai princìpi del bilancio annuale e dell'annualità. In caso contrario, lo stato d'emergenza fissato con la decisione del bundestag nonchè l'effettiva accensione di prestiti sarebbero divisi tra di loro in modo inammissibile, sebbene siano reciprocamente correlati avuto riguardo al contenuto.

(cc) i princìpi del bilancio annuale, della annualità e dell'anno corrente non possono essere resi inefficaci per il fatto che il legislatore scelga una modalità di formulazione in base alla quale autorizzazioni all'indebitamento vengono rese utilizzabili per un fondo speciale non autonomo sul piano giuridico (bilancio collaterale). Anche i bilanci collaterali giuridicamente non autonomi vengono avvolti dal divieto di nuovo indebitamento secondo l'art. 109, comma 3, primo periodo, ed art. 115, comma 2 lf (1), perché le richieste generali sulla base del riferimento temporale di cui al "freno al debito" rimangono attuabili in linea di principio utilizzando un fondo speciale (2).

(1) Il divieto di nuovo indebitamento secondo l'art. 109, comma 3, primo periodo, e 115, comma 2 lf, include anche i bilanci collaterali giuridicamente non autonomi (…).

(a) Ciò è ovvio in base alla lettera dell'art. 109, comma 3, primo periodo lf, secondo cui i bilanci della confederazione e dei Lander sono complessivamente sottoposti all'ordinamento sul debito statale in base all'art. 109, comma 3 lf.

(b) Anche da un punto di vista teleologico è noto il fatto di ricomprendere nel "freno al debito" i bilanci collaterali non autonomi, in vista di un'effettiva limitazione dell'indebitamento netto, dal momento che, altrimenti, si avrebbe l'eco di un considerevole potenziale di elusione (…).

(c) Questo esito venne supportato da un'interpretazione dell'art. 109, comma 3, primo periodo, 115, comma 2 lf, in riferimento alla situazione di diritto costituzionale vigente fino alla riforma dell'ordinamento sul debito statale del 2009, così come riguardo al procedimento

del legislatore costituzionale del 2009: mentre l'art. 115, comma 2 lf, ancora prevedeva espressamente che potevano essere ammessi, con una legge federale per i fondi speciali della confederazione, eccezioni rispetto ai limiti per l'accensione prestiti della confederazione in base all'art. 115, comma 1 lf, manca una tale clausola nel novellato ordinamento sul debito statale del 2009. Se ne può concludere che il legislatore costituzionale voleva consapevolmente prescindere dal fatto di rendere (ulteriormente) possibili eccezioni ad opera dei fondi speciali. Al contempo, la risalente situazione costituzionale chiarisce che i fondi speciali della confederazione non autonomi ricadevano in linea di principio all'interno delle prescrizioni circa i limiti all'accensione prestiti, in quanto altrimenti le precedenti ed espresse autorizzazioni in via di eccezione sarebbero cadute nel vuoto.

(d) In questo senso si esprime, infine, anche il tenore letterale dell'art. 143d, comma 1[19], secondo periodo lf. In base a tale norma non è più possibile un nuovo indebitamento, a partire dal 1° gennaio 2011, al di là delle autorizzazioni all'indebitamento (in essere ad un certo momento allora) per fondi speciali già istituiti.

(2) (a) dalla circostanza secondo cui il legislatore costituzionale, in occasione della riforma dell'ordinamento sul debito statale nel 2009, ha rinunciato ad una autorizzazione in via di eccezione, in corrispondenza dell'art. 115, comma 2 lf, per i fondi speciali, si può desumere che egli ha avuto l'intento di garantire la attuazione del "freno al debito" creato ex novo proprio anche nei confronti dei moduli di impostazione del diritto finanziario che lavorano con l'istituzione e con l'alimentazione dei fondi speciali (…). Di conseguenza, anche le particolari restrizioni temporali a proposito di questi moduli di impostazione dell'accensione prestiti (condizionata allo stato di emergenza) della confederazione debbono valere sulla base dei princìpi del bilancio annuale, della annualità e dell'anno corrente, che garantiscono proprio l'effettività del freno al debito.

(b) conseguentemente, l'apporto finanziato a debito - ricorrendo al regime di eccezione per gli stati di emergenza - ai fondi speciali secondo il principio del bilancio annuale porta costituzionalmente al fatto che i mezzi apportati al fondo speciale possono essere impiegati fondamentalmente solo in quell'anno finanziario per il quale essi sono stati approntati con la decisione di cui all'art. 115, comma 2, sesto periodo lf.

Nel quadro del "freno al debito" di cui alla costituzione e della contabilizzazione del nuovo debito ammesso, il consolidato del bilancio (kernhaushalt) ed i fondi speciali non autonomi vanno considerati unitariamente. Un apporto finanziato a debito ad un fondo speciale non può

[19] ("Gli artt. 109 e 115 nella versione in vigore fino al 31 luglio 2009 vengono attuati per l'ultima volta per l'anno di bilancio 2010. Gli artt. 109 e 115 nella versione in essere a partire dal 1° agosto 2009 debbono essere attuati per la prima volta per l'anno di bilancio 2011; le autorizzazioni all'indebitamento in essere al 31 dicembre 2010 per i fondi speciali già istituiti rimangono immodificate. I *Länder* possono discostarsi nel periodo dal 1° gennaio 2011 al 31 dicembre 2019 nella misura di cui alle regolamentazioni in essere in ogni singolo *Land* rispetto alle prescrizioni dell'art. 109, comma 3. I bilanci dei *Länder* debbono essere formulati in maniera tale che nell'anno di bilancio 2010 le prescrizioni di cui all'art. 109, comma 3, quinto periodo, siano rispettate. La Confederazione può, nell'intervallo dal 1° gennaio 2011 fino al 31 dicembre 2015, deviare dalle prescrizioni di cui all'art. 115, comma 2, secondo periodo. Occorre iniziare l'anno di bilancio 2011 con l'abbattimento del *deficit* in essere. I bilanci annuali debbono essere formulati in modo tale che nell'anno di bilancio 2016 la prescrizione di cui all'art. 115, comma 2, secondo periodo, sia rispettata; i dettagli li regola una legge federale").

pertanto – senza considerare la modalità di procedere relativamente alla tecnica contabile – svincolarsi dai limiti dell'accensione prestiti dello stato per l'anno di bilancio di volta in volta interessato.

Altrimenti la confederazione, negli anni di bilancio in cui, su basi del tutto determinate e riferite al tempo ed alle circostanze, sussistano spazi di accensione prestiti, potrebbe percepire questi spazi di azione ben al di là delle esigenze ed utilizzare autorizzazioni all'indebitamento condizionate allo stato di emergenza per apporti ai fondi speciali, per al contempo "risparmiarli". Negli anni successivi, per i quali il "freno al debito", secondo la costituzione, ridetermini nuove ed autonome prescrizioni regolamentate sul piano oggettivo e temporale, la confederazione potrebbe adoperare discrezionalmente le autorizzazioni all'indebitamento (originariamente) condizionate allo stato di emergenza e rese in tal modo utilizzabili per il futuro, senza che queste possano essere conteggiate sul freno al debito. Vi si contrappone l'art. 109, comma 3, e 115 lf, che non consentono che le autorizzazioni all'indebitamento condizionate allo stato di emergenza e l'anno di bilancio in cui è stata fissata la situazione di emergenza vengano reciprocamente disaccoppiati, dal punto di vista del diritto al debito statale, con misure di carattere contabile.

(dd) le richieste vincolate temporalmente - nella forma dei princìpi del bilancio annuale, della annualità e dell'anno corrente - al regime di eccezione rispetto al "freno al debito" per il caso di catastrofi naturali e di straordinari stati di emergenza sulla base dell'art. 109, comma 3, secondo periodo, ed art.115, comma 2, sesto periodo lf, che valgono anche nel caso di impiego dei fondi speciali, soggiacciono a stretti controlli di costituzionalità. Ciò corrisponde all'impostazione del legislatore costituzionale nel senso di realizzare, con la riforma del 2009, l'effettività dell'ordinamento sul debito dello stato. A fronte di una chiara tendenza a difendere la neonata prescrizione di cui all'art. 109, comma 3, secondo periodo, e 115, comma 2, sesto periodo lf, così come la chiarezza circa i limiti temporali per l'autorizzazione all'indebitamento, non esiste un spazio di valutazione, di giudizio e di configurazione in argomento.

(2) la seconda legge di bilancio suppletivo 2021 deve essere valutata secondo l'art. 109, comma 3, secondo periodo, e 115, comma 2, sesto periodo (a), con i cui presupposti fattuali essa è in accordo (b). Il legislatore non ha tuttavia sufficientemente illustrato il necessario nesso di causalità tra le autorizzazioni all'indebitamento legate allo stato di emergenza e le misure adottate per superare la crisi (c). Inoltre, l'apporto, cui si è posto mano nel quadro della seconda legge di bilancio suppletivo del 2021, al fondo per il clima e la trasformazione non corrisponde alla prescrizione costituzionale circa l'accensione prestiti della confederazione condizionata allo stato di emergenza in riferimento ai princìpi del bilancio annuale e dell'annualità (d).

(a) Una parte centrale della regolamentazione di cui alla seconda legge di bilancio suppletivo 2021 è costituita dall'incremento retroattivo del volume dei fondi speciali per il fondo energia e clima (oggi fondo clima e trasformazione) da 42.694.600.000 a 102.694.600.000 euro. Lo spazio di bilancio al riguardo necessario è stato creato impostando una maggiore entrata complessiva dell'importo di 25 miliardi euro ed una globale minore spesa dell'importo di 35 miliardi euro. Senza modifiche sono rimaste al riguardo le autorizzazioni concesse sulla base della prima legge di bilancio supplementare 2021 per un indebitamento netto dell'importo di

240.175.714.000 euro. Queste autorizzazioni all'indebitamento, formulate in base alla decisione del bundestag tedesco secondo l'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, del 23 aprile 2021 al fine del superamento della pandemia da corona-virus già con la (prima) legge di bilancio suppletivo 2021 e quali non sono state utilizzate in tutta la loro estensione, rispetto all'autorizzazione concessa con la legge di bilancio suppletivo 2021, per combattere le conseguenze della pandemia, costituiscono le basi per l'apporto di ulteriori 60 miliardi al fondo per il clima e la trasformazione. La seconda legge di bilancio suppletiva 2021 soggiace, di conseguenza, altrettanto ai criteri di cui all'art. 109, comma 3, primo e secondo periodo, lf, così come 115, comma 2, primo, secondo e sesto periodo, lf.

(b) Le descritte premesse fattuali di cui all'art. 115, comma 2, sesto-ottavo periodo lf, sono rispettate.

(aa) la pandemia da–corona-virus poneva, con le sue molteplici conseguenze avuto riguardo alla salute ed all'economia, uno stato di emergenza sulla base dell'art. 115, comma 2, sesto comma lf (…).

(bb) questa si sottraeva al controllo dello stato. Le difficoltà di una pandemia tale da imperversare in tutto il mondo con i suoi molteplici effetti hanno posto la comunità statale, dall'inizio della pandemia stessa, davanti a sfide che si sono poste in particolare per la loro immanente impossibilità di essere calcolate. Pertanto, la pandemia da corona-virus né era prevedibile nel suo sviluppo, né è stata causata dalla mano pubblica.

(cc) il fatto di combattere contro la pandemia da corona-virus era collegato, dall'inizio della crisi, ad uno straordinario bisogno di mezzi di bilancio e danneggiava quindi considerevolmente la situazione finanziaria dello stato. Già prima dell'adozione delle prime misure nel 2020 il legislatore dovette partire dal fatto che una pandemia scoppiata in tutto il mondo avrebbe avuto sensibili conseguenze per il bilancio nel suo complesso. Per la dimensione delle sfide, che erano e sono legate alla lotta dello stato alla pandemia, non era cambiato nulla al momento della decisione con legge e della fissazione di allora dello stato di emergenza ad opera del bundestag tedesco nell'aprile del 2021. Permaneva un nesso di causalità tra la crisi e un considerevole pregiudizio al bilancio federale.

(dd) con la decisione del bundestag tedesco del 23 aprile 2021 sulla base dell'art. 15, comma 2, sesto e settimo periodo lf, ha avuto luogo la determinazione, necessaria ai fini dell'eccezione all'indebitamento condizionato allo stato di emergenza, dello stato di emergenza per il bilancio 2021 (…). Non ha avuto luogo una rinnovata determinazione per il bilancio 2021 ed in effetti essa non è neanche prescritta costituzionalmente.

(ee) alla decisione è stato collegato un corrispondente piano di ammortamento sulla base dell'art. 115, comma 2, settimo periodo lf (…).

(1) L'effettività di questo piano di ammortamento non si contrappone all'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, per il fatto che esso è stato formulato nella forma di una semplice decisione parlamentare e non è stato emanato nelle forme di una legge (…).

(2) Infine, ciò non dimostra che il legislatore si sia mosso, in riferimento all'adeguatezza dello spazio temporale previsto per il rientro, al di fuori di quello ad esso spettante in termini di valutazione e giudizio (…).

(c) Per contro, il legislatore non ha sufficientemente illustrato il nesso causale tra lo straordinario stato di emergenza fissato e le misure finanziate con l'accensione prestiti vincolata allo stato di emergenza, al fine di superare la crisi.

(aa) come punto di partenza trova giustificazione la diagnosi della crisi da parte del legislatore: si pone mano, dunque, nelle giustificazioni della legge, ad un inventario della situazione economica in conseguenza della pandemia da corona-virus alla fine del 2021 (…). Secondo le proiezioni d'autunno del governo sull'andamento dell'economia nel suo complesso, la crescita nel 2021 sarebbe stata inferiore di quanto atteso in primavera in base alle restrizioni all'offerta in essere in dipendenza della pandemia. La dinamica dell'infezione nuovamente in salita e le insicurezze a causa di una variante del virus di recente emersa rappresentavano inoltre un alto rischio per ulteriori sviluppi. Erano necessarie dunque, per ridurre le conseguenze sociali ed economiche della pandemia ed a fronte di una massiva caduta dell'economia nel 2020, ulteriori ed estese misure sul lato della domanda e dell'offerta, per poter portare l'economia tedesca di nuovo su un duraturo sentiero di crescita nel lungo periodo. Un elemento essenziale per il superamento delle conseguenze della pandemia sarebbero stati investimenti accresciuti degli stati a sostegno della congiuntura, così come la promozione di investimenti economici privati. Aumenti delle imposte ovvero riduzioni delle spese sarebbero risuonati largamente contrari al necessario corso nel senso di una perdurante stabilizzazione.

(bb) per contro, il legislatore non ha illustrato la necessità delle misure concretamente adottate.

(1) Il Governo federale fa rinvio al riguardo all'intento di legare il sostegno all'economia indebolita a causa della pandemia ad un'ulteriore richiesta politica – promuovere la difesa del clima, la trasformazione e la digitalizzazione -: un affidabile finanziamento dello stato ed un sostegno alle spese dell'economia privata per i rilevanti compiti che riguardano il futuro e la trasformazione nei settori della difesa del clima e della digitalizzazione, costituirebbero, alle particolari condizioni del superamento della pandemia, presupposti essenziali per superare rapidamente le conseguenze della crisi, garantire la competitività dell'economia e sollecitare e rafforzare, con ciò, in via duratura la crescita dell'economia. Molti investimenti a questo proposito non avrebbero luogo sotto l'influsso della pandemia. Per questo sarebbe necessario un ampio incremento di investimenti pubblici, per attivare mirati investimenti privati nei settori del futuro e spingere un corrispondente processo di recupero. Per la difesa del clima e per l'uscita dalle fonti di energia fossile sarebbe appropriata una particolare qualità in vista di un perdurante rafforzamento dell'economia nel suo sentiero fuori dalla pandemia (…).

(2) Questo fondamento non si pone come sufficientemente solido. Al tempo delle discussioni sulla legge la pandemia da corona-virus durava già da quasi due anni. Quanto più a lungo nel passato si colloca l'evento scatenante della crisi, quanto più tempo è dato al legislatore, perciò, per approvare la decisione e quanto più dirette sono le conseguenze dell'originaria situazione

di crisi, con tanta maggior forza viene ristretto lo spazio di valutazione e di giudizio del legislatore in materia di bilancio (…). A ciò si accompagna un incremento delle richieste circa il gravame relativo all'illustrazione per il legislatore (…). Ciò vale tanto più se il legislatore – come qui – ripetutamente fa uso, all'interno di un anno di bilancio ovvero all'interno di un anno di bilancio ad esso susseguente, della possibilità di accogliere mezzi a debito in dipendenza dello stato di emergenza.

(3) Quanto più persiste la crisi da lui diagnosticata e quanto più estesamente il legislatore ha reclamato un indebitamento vincolato allo stato di emergenza, tanto più in dettaglio egli deve elencare i motivi del perdurare della crisi nonché la persistente appropiatezza, dal suo punto di vista, delle misure da lui programmate per superare la crisi. Egli deve, in particolare, illustrare se le misure da lui adottate nel passato per superare lo stato di emergenza erano solide e se egli ne ha tratto conclusioni ai fini dell'appropriatezza di misure future. Ciò vale in particolare se i mezzi a debito vincolati allo stato di emergenza erano necessitati ovvero lo erano non nell'importo richiesto di contro all'originaria programmazione di bilancio nonché alla decisione costitutiva in base all'art. 115, comma 2, sesto periodo lf.

(a) Una tale valutazione ed un tale inquadramento delle precedenti misure di superamento della crisi si trova al massimo all'inizio dell'illustrazione della legge. Al riguardo, si afferma che essa sarebbe "collegata" alle assegnazioni al fondo per l'energia e per il clima quali già hanno avuto luogo nel 2020 in connessione al pacchetto per la congiuntura e per il futuro e quali risultano "sperimentate al fine del superamento" della pandemia" (…). Gli strumenti qui (hiesig) usati hanno integrato in ciò quelli già apportati nel 2020 per superare la pandemia al fondo per l'energia ed il clima e sono ulteriormente serviti, da questo punto di vista, al superamento della pandemia. Gli sviluppi mostrerebbero che le misure statali adottate sinora per superare lo straordinario stato di emergenza hanno funzionato. Esse sarebbe appropriate, necessarie ed adeguate al fine di ammortizzare le acute conseguenze economiche della pandemia e con ciò garantire i posti di lavoro e le entrate. Dopo la caduta dell'economia nel 2020 è risalito di nuovo il prodotto interno lordo tedesco negli anni correnti e in avvenire. La germania ha attraversato finora la crisi comparativamente bene. Senza tutte le misure di stabilizzazione e di sostegno adottate ovvero con un impiego di mezzi inferiore sarebbero stati ampiamente più profondi il crollo dell'economia e con ciò le conseguenze sociali.

(b) Quali concrete misure per il fondo per l'energia ed il clima siano state adottate già sulla base della prima assegnazione e quali (misurabili) conseguenze abbiano avuto queste misure, rimane però non affrontato. E' perciò poco chiaro se, con il secondo bilancio suppletivo del 2021, debbano da ultimo essere finanziate le stesse misure come le originarie autorizzazioni all'indebitamento del 2020 condizionate allo stato di emergenza. Non viene nenche espressa, per di più, la supposizione in base alla quale il prodotto interno lordo aumenti di nuovo in base alle misure adottate.

(c) Una giustificazione del motivo per cui le autorizzazioni all'indebitamento considerate necessarie nell'importo di 60 miliardi di euro ancora nella (prima) legge di bilancio suppletivo 2021, alla fine dell'anno di bilancio 2021 di contro all'originario programma, non sia state utilizzate per superare la crisi, il legislatore – anche se la stessa giustificazione della legge si ferma alla necessità dei precedenti importi degli strumenti - non la fornisce. Una tale

giustificazione era qui tanto più indicata essendo passato quasi un anno tra la fissazione di uno stato di emergenza per l'anno di bilancio 2021, secondo l'art. 115, comma 2, sesto e settimo periodo lf, con la decisione del 27 aprile 2021 (…), ed il momento della formulazione della decisione sulla seconda legge di bilancio suppletivo 2021.

(d) Un motivo per una discussione approfondita per argomenti sussisteva anche in riferimento al fatto che il fondo per l'energia ed il clima era già stato creato molto prima ed in quel momento era stato già fissato l'obiettivo dei programmi finanziati con tale fondo, senza che il programma già in corso avesse impedito il determinarsi delle conseguenze della crisi ovvero avesse limitato tali conseguenze (…). Pertanto, risulta non indicata l'appropriatezza dei programmi finanziati dai fondi speciali al fine di superare la crisi.

(e) Infine, la giustificazione della legge non rende chiara la necessaria delimitazione di un indebitamento netto vincolato allo stato di emergenza in base all'art. 115, comma 2, sesto periodo lf, rispetto all'ambito di applicazione delle ampliate possibilità di accensione prestiti sulla base dell'art. 115, comma 2, terzo periodo lf, in ragione di uno sviluppo congiunturale tale da deviare dalla situazione normale, per il quale sono da tener presenti simmetricamente gli effetti sul bilancio dell'alta e della bassa congiuntura. La necessità di questa delimitazione deriva già dal fatto che, anche per il ricorso alla componente congiunturale secondo l'art. 115, comma, terzo periodo lf, devono essere individuati ed illustrati dal bundestag in maniera sufficiente gli effetti delle misure programmate per la politica congiunturale (…). Sviluppi congiunturali ciclici nel senso della ripresa e della recessione non costituiscono affatto, pertanto, eventi eccezionali nel senso dell'art. 115, comma 2, sesto periodo lf (…).

(f) L'apporto al fondo per l'energia ed il clima con la seconda legge di bilancio suppletivo 2021 si pone in contraddizione, inoltre, con le prescrizioni costituzionali di cui all'art. 109, comma 3, e 115, comma 2 lf, del bilancio annuale e dell'annualità:

(aa) il fatto, previsto dall'impostazione complessiva della seconda legge di bilancio suppletivo 2021, di trattenere (vorbehalt) autorizzazioni all'indebitamento praticamente in un fondo di riserva tale da prolungarsi nei vari periodi, viola le norme di cui all'art. 109, comma 3, e 115, comma 2 lf, nella loro caratteristica in quanto richieste riferite all'anno. La decisione da assumere nel bundestag tedesco sulla base dell'art.115, comma 2, sesto periodo lf, in merito alla fissazione di uno stato di emergenza, si riferisce ad un concreto anno di bilancio (…) e va adottata quindi, in particolare, per ogni anno di bilancio. Un disaccoppiamento delle autorizzazioni all'indebitamento condizionate alle stato di emergenza rispetto all'effettivo utilizzo dei mezzi da indebitamento non è conciliabile con la richiesta, secondo costituzione, di cui all'art. 109, comma 3, secondo periodo, e 115, comma 2, sesto periodo lf, laddove le autorizzazioni all'indebitamento che vengono riportate in un determinato anno di bilancio debbono limitarsi alla copertura di spese che ricadono esattamente in questo anno di bilancio per provvedimenti di lotta contro lo stato di emergenza. Il "caso" presupposto di cui all'art. 115, comma 2, sesto periodo, va fissato e giustificato ogni anno. I mezzi debbono essere utilizzati in corrispondenza dell'anno di riferimento.

(bb) con la seconda legge di bilancio suppletiva 2021 vengono aggiunti, al fondo per il clima e la trasformazione come fondo speciale non autonomo della confederazione, mezzi finanziati a debito dell'importo di 60 miliardi di euro, mentre vengono programmate per il successivo anno di bilancio le misure poste alle viste da parte del legislatore per il superamento della crisi al cui finanziamento debbono servire le autorizzazioni all'indebitamento. In effetti, l'indebitamento effettivo si determina per la confederazione, secondo questa concezione, soprattutto nell'anno successivo e prevedibilmente al di là del limite di indebitamento di cui alla costituzione, valevole per il rispettivo anno di bilancio. In tal modo vengono rese utilizzabili le autorizzazioni all'indebitamento, ora create senza contabilizzazione a valere sui limiti all'indebitamento dell'anno di bilancio al momento attuale, in quanto la contabilizzazione deve aver luogo già con l'autorizzazione nell'anno di cui all'eccezione 2021 e non con la successiva accensione prestiti. Questo non si concilia con il principio dell'annualità in collegamento con il principio dell'anno corrente in sede di applicazione dell'art. 109, comma 3, e 115, comma 2 lf.

(cc) una giustificazione della violazione delle norme di cui all'art. 109, comma 3, secondo periodo, e 115, comma 2, sesto periodo lf, non deriva – di contro al modo di vedere del governo federale – né dalle particolarità della pandemia da corona-virus in quanto tale, né dal fatto che il governo federale potrebbe accedere "già necessariamente oggi ed in futuro a pagamenti di preminenti obbligazioni verso terzi solo con un corrispondente rinforzo (unterlegung) finanziario".

(1) Per il governo federale va, sì, ammesso che la pandemia da corona-virus, tenuto conto della sua estensione mondiale ed il suo incerto decorso temporale, mostra delle particolarità. Ma non si può desumere da ciò un'eccezione rispetto alle misure temporali di cui all'art. 109, comma 3, secondo periodo, e 115, comma 2, sesto periodo lf, le quali abbiano concesso un'effettiva opzione di finanziamento a debito più estesa temporalmente per superare la relativa crisi.

(2) Se e nella misura in cui negli anni seguenti dovessero essere soddisfatti i presupposti di fatto per una rinnovata accensione prestiti legata allo stato di emergenza, sarebbe ammissibile una tale accensione prestiti nell'importo effettivamente prescritto fino ad allora. Pertanto, in riferimento all'obiettivo costituzionale del superamento della pandemia attuale e futura, non c'è una ragione oggettiva né in riferimento al "se", né riguardo al "quanto" al fine di riallacciarsi alle autorizzazioni all'indebitamento dell'anno 2021.

(3) Ciò vale anche in riferimento all'argomento citato dal governo federale, [secondo cui] sarebbero necessarie, nello specifico e straordinario stato d'emergenza attuale (hiesig), al fine di spingere i desiderati investimenti privati e garantire per essi la sicurezza della programmazione, obbligazioni finanziarie vincolate ricorrendo ad autorizzazioni in tal senso tramite il governo federale. A tal riguardo non è chiaro come mai la situazione di crisi assunta come di lungo termine non possa essere affrontata in modo soddisfacente con ripetute determinazioni annuali nel senso dell'art. 109, comma 3, secondo periodo, 115, comma 2, sesto periodo lf.

II

Infine, la seconda legge di bilancio suppletivo 2021 non corrisponde alle richieste sul termine per l'emanazione di una legge di bilancio suppletivo, in base all'art. 110, comma 2, primo periodo lf.

1. Il programma di bilancio deve essere fissato sulla base del precetto del carattere previo in base all'art. 110, comma 2, primo periodo lf, fondamentalmente prima dell'inizio dell'esercizio contabile, per mezzo della legge di bilancio.

a) la prescrizione della previetà in base all'art. 110, comma 2 lf, serve alla conformazione effettiva del diritto parlamentare del bilancio. Questo principio mira ad assicurare la sovranità del bilancio da parte del parlamento in riferimento all'aspetto temporale ed intende garantire la capacità funzionale del bilancio per l'intero anno finanziario (…). Anche se il principio della previetà, in base al suo tenore letterale, si indirizza in prima linea al legislatore, il riferimento all'obbligo per questo principio non è solo al parlamento. Tutti gli organi costituzionali che partecipano al processo legislativo sono tenuti a collaborare all'attuazione del precetto della previetà (…). Ciò vale anche per il governo federale, cui spetta in via esclusiva il diritto di iniziativa per la presentazione di una legge di bilancio (suppletivo) (…). All'interno di questa competenza in ordine all'iniziativa esclusiva in materia di legge di bilancio sono inclusi il diritto e l'obbligo alla tempestiva presentazione e con ciò anche alla tempestiva conclusione dei lavori preparatori in riferimento al progetto relativo ai singoli programmi ed al programma di bilancio complessivo (…).

(b) il precetto della previetà vale fondamentalmente anche a proposito dell'approntamento dei bilanci suppletivi (…). In effetti, l'art. 110, comma 2, primo periodo lf, in base al suo tenore letterale, non si riferisce direttamente ai bilanci suppletivi, che per loro essenza possono essere presentati proprio nell'anno di bilancio in corso. In riferimento al fine della salvaguardia del precetto della previetà, che mira, insieme con i princìpi di completezza e verità del bilancio, alla garanzia delle funzioni di guida e di controllo da parte del parlamento, è però prescritta una corrispondente attuazione quanto alla presentazione di un bilancio suppletivo. Il precetto della previetà diviene allora una prescrizione costituzionale nel senso di una tempestiva e non arbitrariamente tardiva correzione ovvero adattamento delle prescrizioni di bilancio originariamente o successivamente divenute lontane dalla realtà (…).

(c) il senato ha lasciato finora aperta la questione se al precetto della previetà in riferimento all'emanazione di un bilancio suppletivo si addica un rango costituzionale e quale conseguenza comporti una violazione del precetto della previetà nell'emanazione di un bilancio suppletivo (…). Punto di partenza della decisione di allora era un quadro per cui "proprio alla metà di ottobre 2004, invece che in un precedente momento già essenziale," era stata presentata una legge di bilancio suppletivo per l'anno di bilancio 2004. La regola costituzionale, per questo quadro, sarebbe costituita dalla fedeltà (costituzionale) dell'organo, cioè dall'obbligo al reciproco rispetto, nonchè dalla considerazione dei doveri in ordine al fatto di curarsene nella percezione della competenza degli organi interessati (…). Al centro del procedimento stava pertanto la problematica se le violazioni degli obblighi organizzativi potevano essere fatte

valere con le modalità dei controlli normativi (art. 93, comma 1, n. 2 lf[20]), cioè se gli obblighi in questione dovessero essere qualificati come richieste derivanti dalla costituzione e perciò se fosse travolta la legge di bilancio in quanto tale oppure, da questo punto di vista, non solo la procedura relativa alla controversia tra organi (…). Una corrispondente violazione dell'obbligo del governo federale il senato non riuscì a fissarla, potendo esso lasciar ferma lì la questione.

(d) nel caso presente non si tratta, per contro, di una violazione di doveri organizzativi, essendo stato approvato "in ritardo" un bilancio suppletivo nel corrente anno di bilancio, bensì soprattutto del fatto che una legge di bilancio suppletivo per il 2021 sia stata decisa dopo la conclusione dell'anno di bilancio 2021.

(aa) dal punto di vista semplicemente giuridico segue dal § 33, comma 2, dell'ordinamento sul bilancio federale, che un disegno di legge suppletivo deve essere presentato entro la fine dell'anno di bilancio. In letteratura sussiste però l'unanime opinione intesa ad interpretare questa prescrizione come conforme a costituzione in un senso tale per cui un disegno di legge suppletivo deve essere deciso sul piano parlamentare entro la fine dell'anno, in quanto altrimenti sarebbe nullo (…).

(bb) a favore di questa concezione milita il fatto che un bilancio suppletivo annuale deve adeguare il programma originario alle esigenze nuove o modificate e deve avere egualmente su questa base – come indicano il § 33, comma 1, sull'ordinamento del bilancio federale ed il § 45, comma 1, del medesimo ordinamento – un carattere programmatorio per il resto del corrente anno di bilancio. Questo carattere programmatorio viene meno in occasione dell'approvazione di un bilancio suppletivo dopo il decorso dell'anno di bilancio. L'attuazione del bilancio è allora esclusa e non può essere dunque influenzata (…). La decisione parlamentare su un progetto suppletivo dopo la conclusione di un anno di bilancio è in contraddizione con la funzione di un programma di bilancio quale strumento di programmazione. Un bilancio suppletivo deciso dopo il decorso della durata della sua validità nell'anno successivo non costituisce perciò uno strumento ammissibile e mirato ex post a modificare l'attuazione di un bilancio concluso (…). Leggi di bilancio e programmi di bilancio ad esse appartenenti devono orientare la finanza pubblica delle entrate e delle spese per il rispettivo anno di bilancio. Dopo il decorso di quest'ultimo non è più possibile però un orientamento, fondamentalmente perché "le spese non possono essere più effettuate e non possono essere più contratti impegni retroattivamente" (…). Non c'è pertanto una ragione per coprire tali misure retroattivamente con accensione di prestiti oppure finanziarle con autorizzazioni all'indebitamento.

[20] ("la Corte costituzionale tedesca decide:….2) per le differenze di opinione o per i dubbi sulla conciliabilità formale e materiale del diritto federale o del diritto regionale con questa Legge Fondamentale ovvero sulla conciliabilità del diritto regionale con altri ordinamenti federali su richiesta del Governo confederale, di un governo regionale oppure di un quarto dei componenti del *Bundestag*").

(cc) mentre violazioni del precetto della previetà nell'emanazione del bilancio di origine (stammhaushalt) in riferimento alla sistematica dell'art. 111 lf[21] rimangono prive di sanzione, ciò non può essere riferito ad un bilancio suppletivo in ritardo. L'art. 111 lf consente al governo, per un intervallo di tempo senza bilancio, una gestione provvisoria del bilancio e della finanza pubblica al di là della concessione di certe competenze da parte del bilancio dello stato di emergenza. Per il caso di un bilancio suppletivo in ritardo non c'è però alcuna prescrizione corrispondente all'art. 111 lf (…).

3. Misurata su queste prescrizioni la seconda legge di bilancio suppletivo 2021 è inconciliabile con l'art. 110, comma 2, primo periodo lf.

(a) l'approvazione di una seconda legge di bilancio suppletivo per il 2021 dopo il decorso dell'anno di bilancio 2021 – la legge fu decisa dal bundestag tedesco il 27 gennaio 2022 e fu pubblicata il 25 febbraio 2022 sulla gazzetta ufficiale – contraddice pertanto al principio di bilancio relativo alla previetà, quale si radica costituzionalmente nell'art. 110, comma 2, primo periodo lf. A proposito di questo principio si tratta non solo dell'espressione di obblighi organizzativi, ma di una norma giustiziabile dal punto vista costituzionale relativamente ad una legge di bilancio successiva.

(b) il fatto che la modifica retroattiva della legge di bilancio 2021 attraverso la seconda legge di bilancio suppletivo difetti della funzione di una legge di bilancio in quanto strumento di programmazione deriva di per sé, inoltre, dalla giustificazione della legge. Ivi il governo federale accenna al fatto che le misure statali per combattere l'epidemia non sono più implementabili per l'anno di bilancio 2021 (…).

(c) indipendentemente dalla questione se sia in gioco anzitutto una giustificazione di questa violazione, le basi per procedere in tal senso non sono né esposte né in altro modo evidenti.

(aa) dal progetto di bilancio non sono desumibili approfondimenti al riguardo. In merito non c'era una vincolante esigenza oggettiva in ordine all'emanazione di una legge di bilancio suppletivo, perché necessarie correzioni successive dopo la chiusura dell'anno di bilancio non pertengono ad un bilancio suppletivo, ma debbono essere prese in considerazione nel

[21] ("(1) Se il programma di bilancio per l'anno successivo non è fissato per legge entro la fine dell'anno contabile, fino alla sua entrata in vigore il Governo federale è autorizzato ad effettuare tutte le spese che sono necessarie
(a) per mantenere gli istituti in essere per legge ed attuare le misure decise per legge,
(b) per dar corso alle obbligazioni della Confederazione con fondamento giuridico,
(c) per proseguire costruzioni, rifornimenti ed altre prestazioni oppure garantire ulteriormente sussidi per tali scopi, nella misura in cui siano già stati autorizzati contributi con il programma di bilancio di un anno precedente.
(2) nella misura in cui le entrate che si basino su leggi particolari derivanti da imposte, tasse ed altre fonti ovvero da mezzi di ritorno da imprese non coprano le spese di cui al comma 1, il Governo federale può mobilitare i mezzi necessari per garantire la gestione dell'economia con le modalità dell'indebitamento fino ad un importo di un quarto della somma finale del programma di bilancio decorso").

programma di bilancio dell'anno successivo (…). Ciò può avvenire o attualizzando il progetto che si trova ancora nell'ambito della discussione parlamentare per la legge di bilancio dell'anno successivo ovvero presentando una legge di bilancio suppletivo per la legge di bilancio già decisa per l'anno suuccessivo.

(bb) non ci sono altre conseguenze – di contro al modo di vedere del governo – dal fatto che, considerando l'attuale (hiesig) svolgimento del procedimento, non sarebbe nelle intenzioni un pregiudizio nei confronti del diritto del bilancio parlamentare del bundestag tedesco. Il precetto della previetà mira, in accordo con i princìpi della completezza e della veridicità del bilancio, alla garanzia delle funzioni di guida e di controllo da parte della legge di bilancio e con ciò all'effettività della sovranità in materia di bilancio ad opera del parlamento. Nel caso di una legge di bilancio suppletivo il principio di previetà diventa un precetto costituzionale in ordine ad una correzione ovvero ad un adattamento tempestivi, non rinviati arbitrariamente, di impostazioni di bilancio originariamente ovvero successivamente lontane dalla realtà (…). All'approvazione di un bilancio suppletivo dopo il decorso dell'anno di bilancio non si può più addire un'astratta funzione di guida e di controllo.

(cc) la garanzia circa la programmazione guidata dal governo federale per gli investitori privati sarebbe stata realizzabile – anche se con un certo ritardo – con un accoglimento nel bilancio del 2022 quale si trova già nella programmazione.

III

Sul fatto se, in considerazione dell'ampio uso delle cosiddette impostazioni generali, esista al contempo una violazione del principio della chiarezza e della veridicità del bilancio sulla base dell'art. 110, comma 1, primo periodo lf, non c'è più necessità che il senato decida.

D

L'inconciliabilità dell'art. 1 e 2 della seconda legge sul bilancio suppletivo con l'art. 109, comma 3, secondo periodo, 115, comma 2, sesto periodo, e 110, comma 2, primo periodo lf, porta alla nullità della legge.

Ai fini di una dichiarazione di inconciliabilità che si discosti dal regime di principio di cui al § 95, comma 3, primo periodo, in collegamento con il § 78, comma 1, primo periodo, della legge sulla corte costituzionale federale, non sussiste motivo senza la presenza delle premesse al riguardo indispensabili in base alla giurisprudenza della corte costituzionale federale (…).

(…)

(traduzione a cura di Clemente Forte)

IL DIVIETO DI INDEBITAMENTO E IL PRINCIPIO DI ANNUALITA' SECONDO IL TRIBUNALE COSTITUZIONALE TEDESCO

di Clemente Forte

Viene qui riportata la parte della sentenza della Corte costituzionale tedesca, secondo Senato, del 15 novembre scorso, relativa a quelli che, per il nostro ordinamento, si possono definire il "Considerato in diritto" ed il dispositivo.

Gli effetti della sentenza hanno suscitato una vasta eco in Germania, essendo stata dichiarata nulla una serie di stanziamenti in via diretta, con riflessi indiretti su altri fondi aventi la medesima natura di quelli colpiti, il che ha indotto il Governo federale ad affrontare una serie di scelte di politica economica particolarmente complicate, all'interno di un aspro dibattito politico tra le forze di maggioranza e quelle di opposizione.

L'interesse di questa pubblicazione è soprattutto quello di cogliere qualche analogia con la legislazione italiana di questi ultimi anni, laddove va notata la non sorprendente similitudine tra molti princìpi di contabilità pubblica vigenti nei due ordinamenti, al di là della pur ovvia differenza tra i vari istituti, ad iniziare dalle stesse norme costituzionali (ad es. il cd. "freno al debito" e la possibilità di bilanci suppletivi). Circa le possibili analogie si può far un sintetico cenno da questo punto di vista – a livello preliminare – ai princìpi di annualità del bilancio e del bilancio di cassa, tanto per iniziare ad inquadrare i temi in una loro accezione di larga massima.

Prima di inoltrarsi nelle possibili similitudini, appare però indispensabile mettere a fuoco alcuni passaggi teorico-metodologici più rilevanti quali risultano desumibili dalla pronuncia.

1. I punti di rilievo

E' la stessa sentenza a riportare i principì interessati, alcuni dei quali validi anche nel nostro ordinamento. Ripercorrendo l'elenco di cui alle massime, si tratta, in estrema sintesi, del fatto che, per eccedere i limiti all'indebitamento prefissati, occorre un nesso causale tra evento eccezionale al di fuori del controllo del Governo e decisione di superare detti limiti, il che deve essere oggetto di vautazione discrezionale da parte del legislatore, con obbligo di motivazione, però. Comunque, non possono essere violati i princìpi in materia di contabilità pubblica relativi all'annualità.

Altri princìpi espressi dalla pronuncia non riguardano il caso italiano: si tratta dell'estensione della disciplina ai cd. Sondervermögen (come accennato, una sorta di fondi speciali dedicati a precise finalità e per la cui attivazione si può ricorrere a linee di indebitamento aggiuntive), nonché dei tempi di approvazione e dei contenuti dei bilanci suppletivi, istituto non esistente nel nostro ordinamento e il cui corrispondente disegno di legge, in riferimento alla seconda esperienza tedesca nel 2021, è stato incredibilmente approvato dopo la chiusura dell'anno finanziario di riferimento.

Il cuore della pronuncia consiste dunque nel fatto che, essendo stato approvato un (secondo) bilancio suppletivo tale da spostare stanziamenti dalle decisioni per far fronte alle conseguenze della pandemia e finanziate a debito, verso nuove finalità, costituite essenzialmente

dall'emergenza climatica, questo spostamento è stato dichiarato illegittimo perché non motivato circa la configurabilità della nuova destinazione quale evento eccezionale, il che ne ha permesso a suo tempo la copertura mediante indebitamento in collegamento con la pandemia. C'è dunque un primo problema, riconducibile alla scarsa motivazione (riferita anche ai motivi per cui non sono state – in tutto o in parte – utilizzate le risorse antipandemia) del nesso tra evento eccezionale e nuove destinazioni.

Merita un cenno poi il complesso dei princìpi riferiti al punto-chiave dell'annualità. La sentenza infatti, evidentemente condensando e raccogliendo la dottrina tedesca (molto interessanti, tra l'altro, i continui riferimenti non solo alla pregressa giurisprudenza, ma anche alla letteratura), specifica in dettaglio i diversi aspetti del principio, correlandoli alla pronuncia. Oltre al ritardo ed alla mancata (oppure poco esaustiva) illustrazione circa la configurabilità dell'emergenza climatica quale evento eccezionale per il quale sia possibile emettere debito aggiuntivo, la pronuncia giustifica la decisione di nullità anche per il fatto che l'indebitamento deve essere riferito all'anno in cui si prospetta l'evento eccezionale, dovendosi rispettare il principio di effettività nell'esercizio, intimamente correlato a quello di cassa: spostare le risorse a debito verso obiettivi di medio e lungo periodo spezza questo nesso con l'anno, al cui rispetto è collegato anche l'altro obbligo previsto nei casi di nuovo debito, ossia la predisposizione di un piano di ammortamento per rientrare dall'eccedenza. Il rientro presuppone, appunto, uno sforamento ed un'accensione aggiuntiva di prestiti limitata però nel tempo.

In particolare, il principio del bilancio annuale (Jährlichkeit) significa che, proprio per la sua affermatività e per la sua vincolatività, esso implica riferirsi al breve, ossia all'anno più prossimo. Correlato a questo principio, afferente al momento della previsione, si pone l'altro principio dell'annualità (Jährigkeit), che la sentenza chiarisce correlato all'esecuzione del bilancio, la quale a sua volta deve essere riferita all'attuazione di prescrizioni legislative valide per l'anno, dopo di che si ferma il processo: la pronuncia è particolarmente istruttiva a tale ultimo riguardo perché fa vedere come del tutto straordinarie le eccezioni a detto vincolo, costituite dai residui e dalla ultrattività delle leggi di spesa. Valgono, infine, sempre i princìpi dell'effettività e della cassa, che – secondo la sentenza – debbono essere soddisfatti anche nel caso di un ricorso consentito a nuovo indebitamento, il che contribuisce a giudicare come illegittime le nuove devoluzioni verso obiettivi più distanti nel tempo.

Insomma, uno dei tratti pregnanti della sentenza sta nel fatto che, se si tratta di evento eccezionale, esso deve richiedere subito il ricorso al debito, per il quale infatti va contestualmente approvato un piano di ammortamento per rientrare nel sentiero virtuoso e – nel caso tedesco – per non porsi al di fuori della regola costituzionale del cd. "freno a debito". Di qui i princìpi della legge di bilancio annuale, dell'annualità e dell'anno corrente, ricuciti dal filo unitario della effettività e della cassa.

Infine, vale la pena di avvertire che non si esamina - in questa sede di primo commento - il tema, ben affrontato dalla pronuncia, dell'ambito e dei limiti dell'indagine da parte della Corte costituzionale in merito ai profili di legittimità delle decisioni assunte dal legislatore circa l'eventualità e le condizioni per intervenire con nuovo debito al fine di superare gli effetti di eventi eccezionali.

2. Possibili analogie con il caso italiano.

Dal punto di vista normativo ed anzitutto costituzionale, sussistono simiglianze tra i due ordinamenti tedesco ed italiano, così come naturalmente differenze. Si tenta qui di sviluppare il primo profilo, per cogliere qualche spunto.

Come prima ricordato, non si esaminano i temi correlati al bilancio suppletivo e all'obbligo circa l'approvazione del bilancio, rispettivamente, prima del decorso dell'anno finanziario e prima dell'inizio di quest'ultimo. Quanto poi al fatto che le entrate e le spese di cui al bilancio dello Stato debbano essere in pareggio escludendo le entrate da debito, come recita la Costituzione tedesca novellata nel 2009 (in base al principio del "freno al debito", quantitativamente fissato, e pur considerandosi una componente congiunturale), si può dire che la nostra Costituzione è impostata in maniera formalmente un po' diversa, nella sua formulazione a seguito della novella del 2012. In effetti, anche nel nostro art. 81 Cost. si includono nell'equilibrio gli effetti del ciclo, suggellando dunque il principio del bilancio strutturale e confinando l'indebitamento sia alla recessione che agli eventi eccezionali, da votare, in questo secondo caso, con una maggioranza qualificata in Parlamento (in questo in analogia al caso tedesco). Altri aspetti vengono nel nostro caso normati, però, a livello di legge attuativa, ossia della legge n. 243 del 2012, come per quel che concerne la normativa di dettaglio sugli eventi eccezionali, di cui all'art. 6, per la procedura, i contenuti e gli obblighi del Governo.

Si svolge qui qualche considerazione su due punti, essenzialmente: anzitutto, come è avvenuta l'attuazione in Italia della normativa di cui al citato 6 (eventi eccezionali) e, in secondo luogo, con un nesso peraltro tra i due punti, il contesto nel nostro Paese in merito ai citati princìpi di bilancio annuale, annualità e dell'anno corrente, avuto riguardo alle esigenze di effettività e cassa.

a) Gli eventi eccezionali.

La Corte dei conti – *vox clamans in deserto* – ha, sin dal primo anno di attuazione della nuova normativa[22], subito messo in luce alcune aporie al riguardo, essendosi verificata una situazione, che tra l'altro perdura nel corso del tempo, per cui detta normativa viene generalmente utilizzata in modo completamente diverso dalla lettera e dallo spirito della norma. Trattandosi dunque della possibilità di peggiorare il saldo strutturale programmatico al verificarsi di un evento eccezionale e con previsione di piano di rientro e pur non mancando casi di attuazione pedissequa (ad es. soccorso al sistema bancario per prevenire la crisi del sistema e provvidenze anti pandemia), la realtà effettiva è stata che la norma è stata sempre utilizzata (anche) per un motivo del tutto diverso: giustificare il peggioramento anno su anno rispetto ai saldi tendenziali da parte dei nuovi saldi programmatici come risultato della nuova manovra.

Ictu oculi si può facilmente registrare che si tratta di due ipotesi che non hanno nulla in comune. Altro è la manovra di politica economica, altro è far fronte ad un'emergenza una tantum, con effetti sulla finanza pubblica. Eppure, la procedura e le motivazioni sono state e

[22] Cfr. al riguardo le varie Relazione quadrimestrali sulla tipologia delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri, nonché il cap. L'ordinamento contabile nell'ambito della annuale Relazione sul Rendiconto generale dello Stato, Vol. I, Tomo II.

continuano ad essere le medesime: peraltro, non sembra esistere alcun documento ufficiale che a distanza di anni, ormai, abbia offerto la ratio di tale assimilazione.

In tale contesto, per le modalità di calcolo dello scostamento, nella nostra esperienza non si è tenuto dunque conto dell'esigenza di peggiorare il saldo strutturale programmatico, ma anzi si è usata la procedura per utilizzare a compensazione previsioni di minor peggioramento dei saldi tendenziali pur nella conferma dei saldi programmatici, che andavano invece peggiorati, secondo la norma. A parte le contorsioni per il fatto che sulla semplice previsione di miglioramento non si possono appoggiare coperture a bilancio, come afferma la legge di contabilità, il che ha indotto a peggiorare formalmente il saldo netto da finanziare ed il limiti al ricorso al mercato solo per la contabilità finanziaria di cui al bilancio dello Stato, ma non per gli stessi saldi ~~e~~ di cui al conto consolidato delle pubbliche amministrazioni (con una connessione mai chiarita nei suoi aspetti quantitativi), è mancato dunque l'elemento chiave del peggioramento del saldo strutturale programmatico. Si aggiunga che la distorsione applicativa quale ha avuto luogo nel nostro ordinamento ha ovviamente implicato che non vi sia stata, anche nei casi di utilizzo appropriato della procedura, la proposizione del piano di rientro, rinviato genericamente alle future manovre, con grave pregiudizio per le generazioni nonché per le manovre future.

Si è assistito in definitiva, a parte i pochi casi di applicazione coerente (sempre al netto della mancata proposizione del piano di rientro), ad un'attuazione della normativa di dettaglio di una indicazione contenuta nell'art. 81 Cost., secondo comma, come se si trattasse di una disposizione parallela, ispirata ad altri princìpi rispetto ad una diversa disciplina pur tuttavia oggetto di richiamo.

Si aggiunga – e con ciò ci si avvicina ad uno dei punti oggetto di considerazione da parte della sentenza tedesca – che, con la relazione presentata nello scorso ottobre dal Governo in merito all'ulteriore scostamento anche per lo stesso 2023 ancora in corso, le motivazioni per il maggior indebitamento sono state esplicitamente riferite alla destinazione relativa al conguaglio anticipato dell'adeguamento Istat per i trattamenti pensionistici previsto per l'anno 2024, a misure per il personale delle pubbliche amministrazioni e alla gestione dei flussi migratori: non vi è stato accenno ad eventi eccezionali, ma solo ad un quadro generale di persistenza dell'inflazione e di debolezza dell'economia. Da questo punto di vista si registra dunque il ricorso ad una procedura finalizzata a certi obiettivi di emergenza per una finalità corrente, quale si può tranquillamente far rientrare in un'ordinaria misura discrezionale di politica economica, finanziata però a debito e quindi non certo in linea con la previsione costituzionale (eventi eccezionali).

b) Altre considerazioni in merito alla contabilità per il bilancio dello Stato

Riprendendo ora altri temi posti dalla sentenza tedesca, nella nostra esperienza il ricorso alla procedura di cui al debito aggiuntivo è stato effettuato anche su scala pluriennale, mentre la pronuncia pone un principio generale di contabilità pubblica, come prevede lo stesso art. 81, quarto comma, Cost., ossia quello della annualità e quindi della effettività (collegato all'obbligo di rientro), esigenze, queste, non certo in linea con un indebitamento aggiuntivo di medio-lungo periodo.

Da questo punto di vista il discorso si può ampliare, pur nei limiti di sinteticità qui imposti. Si può ad esempio ricordare che la contabilità pubblica tedesca è sostanzialmente imperniata sul sistema della cassa[23]: su questo si basano infatti i richiami nella sentenza all'esecuzione del bilancio (annualità) ed all'anno corrente, come si è visto in precedenza, collegati a quello del bilancio preventivo. Nel nostro Paese, in via poco trasparente e nella disattenzione generale soprattutto del Parlamento, versa in una fase quasi ultimata il processo di trasformazione del bilancio dello Stato in un bilancio sostanzialmente di cassa sul versante tanto della spesa quanto delle entrate. Ebbene, a parte il secolare dibattito sulla preferibilità del sistema di competenza ovvero di cassa oppure, ancora, di coesistenza tra i due sistemi, gli esempi riferiti alla nostra legislazione di diritto positivo non vanno certo nel senso del rispetto del principio della cassa, le cui implicazioni invece la sentenza mette in luce (effettività ed incisione sull'anno corrente), ma sembrano essere funzionali ai poteri delle strutture governative.

Infatti, sul tema della cassa e delle sue implicazioni, come tratte dalla sentenza in questione, si può notare come le eccezioni rispetto a quell'effettività implicata da un effettivo sistema di cassa siano sempre da vedere come delle assolute eccezioni, in riferimento per es. ai residui ed alla ultrattività degli stanziamenti. Nella nostra esperienza, invece, da un lato il sistema sta approdando verso un bilancio ispirato sostanzialmente alla cassa, come osservato, ma dall'altra non se ne traggono le implicazioni dal momento che le varie modifiche alla legge di contabilità intervenute nel corso degli ultimi anni risultano intrise di una flessibilità che sembra andare ben al di là di quanto si possa ritenere ragionevole in base ad esigenze legate alla gestione. Sempre riflettendo sui nessi evidenziati dalla sentenza e prima evidenziati, sussistono infatti numerose norme a regime nel nostro ordinamento che consentono la slittabilità anche degli stanziamenti di competenza, anche di natura corrente, nel corso degli esercizi e quindi su scala pluriennale, il che si estende agli stessi residui, i quali possono, ancorchè perenti, essere comunque riassegnati in conto competenza, sì da rappresentare la copertura di nuovi provvedimenti di spesa del Governo. Un quadro, cioè, completamente rimesso alla pura discrezionalità delle strutture ministeriali, di fatto, con scarsissime possibilità di controllo, nel senso della trasparenza. La stessa (mai del tutto chiarita) vicenda dell'impegno pluriennale ad esigibilità per la spesa a livello di Stato implica la divaricazione temporale tra l'esercizio di scadenza del titolo giuridico (competenza) e quello della relativa esigibilità (fortemente correlata a sua volta alla cassa, in base al cronoprogramma riferito al singolo esercizio), senza che ne risultino chiari il motivo e la ricaduta di dettaglio. Sul lato delle entrate poi si sta passando al nuovo concetto di accertamento qualificato (che si affianca a quello dell'impegno pluriennale ad esigibilità per le spese), imperniato sul momento in cui le risorse sono effettivamente riscosse dallo Stato, anziché su quello in cui sorge l'obbligazione.

---

[23] Cfr. ad es. MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE - DIPARTIMENTO DELLA RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO Servizio Studi Dipartimentale: Germania: il sistema di bilancio-Visita di studio presso il Ministero delle Finanze (Berlino, 19-20 maggio 2010), Roma 2011. Va rilevato comunque che la sentenza non si addentra nel tipo di contabilità di cassa cui è ispirato il bilancio federale nonché dei Länder, riconducendo quindi tout-court i princìpi indicati nel testo a tale sistema contabile. Sarebbe comunque tema da approfondire autonomamente - anche per i possibili risvolti sull'ordinamento contabile italiano – se ed in quale misura si tratti, in quel contesto, di una cassa pura, tale da assumere per le registrazioni contabili i due momenti della riscossione e del pagamento, ovvero di una cassa modificata.

Una delle considerazioni indotte dalla pronuncia è anche quella relativa al mancato utilizzo, non giustificato, di stanziamenti approvati a debito nel 2020 in funzione antipandemica ed invece dirottati, successivamente, come ad es. nel 2023, da apposite norme legislative, ad altre destinazioni che hanno poca attinenza con gli eventi eccezionali di cui alla pandemia: è uno dei temi più pregnanti alla base della sentenza in esame. Per il caso italiano si possono richiamare, per es., le due recenti fattispecie di cui al decreto-legge n. 58, art. 4, comma 9, che consente alla Società per lo Stretto di Messina di utilizzare per il 2023 stanziamenti a suo tempo compensati in funzione antipandemica (con indebitamento), per altre finalità diverse dagli eventi eccezionali, e del decreto-legge n. 48, art. 28, comma 1, che effettua la stessa operazione per gli incentivi per il lavoro delle persone con disabilità.

La sentenza in definitiva ha un grande pregio, al di là degli aspetti tecnici e di quelli riferiti alle peculiarità dell'ordinamento tedesco: quello di richiamare al rispetto delle regole un sistema democratico nel momento delle sue decisioni discrezionali, senza considerare – la sentenza - le pregnanti implicazioni giuridiche e politiche che ne possono derivare. Si tratta di un richiamo non solo riferito alla lettera delle norme, ma che è tale da attingere anche alla ratio di alcuni istituti di contabilità pubblica intrinsecamente legati a quel diritto del bilancio che fa parte integrante dell'organizzazione democratica di una collettività. Si tratta di una sentenza coraggiosa, dunque, che, nell'esprimere una profonda conoscenza dei meccanismi anche più reconditi della contabilità pubblica, ci si augura possa innescare un dibattito anzitutto tecnicamente più fondato su tali temi, da troppo tempo trascurati e spesso analizzati su un piano troppo ampio di diritto pubblico lato sensu.

Storia della dottrina

DIRITTO PRATICO E DIRITTO TEORICO

Di Vittorio Scialoja

(Pubblicato in Rivista di diritto commerciale, 1911, I, p.63)
Trascrizione a cura di Cristina Menale

È assolutamente necessario che teoria e pratica non si guardino da lontano con un senso di rispetto reverenziale l'una verso l'altra, quel rispetto reverenziale che proviene da poca conoscenza e da poca familiarità.

È assolutamente necessario che teoria e pratica ricostituiscano la loro unità, non solo obiettivamente, ma anche nell'animo di ciascuno di noi. E con ciò noi faremo opera veramente italiana.

V'è stato un momento in cui pareva che gli studi teorici fossero isolati dal nostro paese, sicché il giurista da noi era diventato il tipo di colui che conosce a mente gli articoli del codice e non sospinge più oltre il suo sguardo. In seguito noi ci siamo rivolti allo studio di quanto più elevato, fuori d'Italia, la teoria ha dato al mondo, ed abbiamo con ciò fatto la prima opera, quella di assimilazione, opera importantissima, decisiva pel progresso del nostro spirito scientifico; ma opera che ha corso e corre il rischio di diventare eccessiva. Noi siamo arrivati ad un punto- ed io credo sia utile proclamarlo forte- in cui il carattere che si dà allo studio teorico del diritto non serve ad altro che a portare questo studio in una sfera nebulosa, da cui sulla pratica non può scendere che dannosa grandine, e non già pioggia benefica. Noi dobbiamo dire ai nostri teorici che ricolleghino alle pratiche necessità i loro studi, che abbandonino lo studio di certi teoremi che sono inutili al diritto e possono essere lasciati alla filosofia astratta, in quanto questa può riconnettere ai supremi principi le teoriche più dubbie ed elevate. Noi che siamo giuristi dobbiamo cominciare dalle parti certe e svolgere queste parti all'utilità comune, ricordando che il diritto è contemporaneamente scienza ed arte. Pur tuttavia dei libri sarà bene continuare a scriverne, purché non diventino eccessivi. Ma scriviamo dei libri prima di tutto in lingua tale che si possano intendere. E' ora finalmente di ricordarsi di questo, perché vi è parecchia gente che crede che un libro sia tanto scientifico quanto più si allontana dal vocabolario italiano. E non è una raccomandazione puramente lessicografica la mia: è una raccomandazione che tende a richiamare gli autori alla chiarezza delle idee. Una idea non può essere giuridica se non in quanto sia chiara; perché il diritto è arte di tracciare limiti, e un limite non esiste se non in quanto sia chiaro. E poiché non vi è pensiero giuridico se non in quanto sia chiaro, tutto ciò che è oscuro può appartenere forse ad altre scienze, ma non al diritto.

Il teorico non può ottenere nelle nostre materie questa chiarezza, se non in quanto esso si proponga la tesi della pratica applicazione. Dica egli a se stesso: tutto ciò che sto per formulare, quali conseguenze produrrà nel mondo del diritto produrrà nel mondo dei rapporti pratici? Ne produrrà qualcuna? E se ne produce, quali saranno queste conseguenze? Esaminiamo attentamente o spieghiamole italianamente. Ma per questo è necessario che si faccia più stretta la conoscenza intellettuale tra i teorici e i pratici e, d'altra parte, conviene che i pratici non

venerino la teoria come un dio velato, che sia peccato scoprire anche in parte: ma che sappiano che la teoria deve essere la loro guida quotidiana.

Vi è difficoltà nell'esecuzione di questo semplice programma?

Certamente vi è: e dobbiamo perciò, ciascuno per la propria parte, fare tutti gli sforzi possibili per conseguire questa unità, che vogliamo proporci come meta del nostro cammino.

Dove sta la difficoltà?

Sta nella crisi del momento attuale.

Noi dobbiamo ben renderci conto della differenza del tempo presente da quello di cinquant'anni fa relativamente al problema giuridico.

Il diritto non è che un parte della vita sociale, non è che la direttiva delle forze sociali e per conseguenza è materia di per se stessa sempre mobile perché viva. Esso dunque deve contemplarsi, da chi la studia, nei tre momenti in cui si svolge la sua vita ogni essere vivente: il passato, il presente, il futuro. Ora, relativamente a tutti e tre questi momenti, noi ci troviamo in un periodo veramente critico.

Se guardiamo al diritto relativamente al passato, noi vediamo che, per un secolo scientificamente splendido, come è stato il secolo XIX, la principale affermazione delle scienze giuridiche è stata nel senso storico. Si può dire che tutta la nuova vita scientifica è dovuta all'affermazione dei principi della scuola storica: principii in parte coscienti e formulati, in parte, come accade in tutti i grandi fatti umani, inconsci e non formulati da quelli stessi che ne furono autori o fautori; ma che noi oggi, contemplando quello che si è fatto, possiamo riconoscere e formulare.

La scuola storica servì soprattutto ad abbattere il concetto del diritto naturale quale si era venuto formulando nel secolo precedente: diritto naturale che, mentre poteva a prima vista sembrare elemento di progresso sociale, perché pareva porre un alto ideale verso cui dovevano dirigersi gli sforzi degli uomini, avrebbe potuto, invece, in partica produrre l'arresto del movimento legislativo. Perché? Perché gli ideali a coloro che li immaginano e li amano si presentano quasi come utopie irraggiungibili, come cosa del futuro, ma non sono che rappresentazioni di aspirazioni presenti; e l'ideale del diritto naturale, contemplato oggi da noi giunti coi fatti ad un punto che va molto al di là dell'ideale stesso, ci si presenta come un ideale retrivo. Se voi prendete i libri del XVIII secolo e guardate che cosa si considerava come meta quasi irraggiungibile, che sarebbe stata come l'ultimo termine di quell'apocalisse giuridica, trovate una serie di principi corrispondenti alla coscienza e ai bisogni del tempo; coscienza e bisogni oltrepassati da un secolo di storia.

Invece la scuola storica, che pareva voler tutto ridurre al fatto presente chiudendo gli occhi alla luce che veniva più dall'alto, ha reso possibile al legislatore di rispondere caso per caso, passo per passo, ai bisogni che si venivano via via manifestando.

Ed ha reso la scuola storica anche un grande servizio alla scienza generale del diritto connettendola a tutto il movimento della filosofia sociale, da cui il diritto, se si fosse attenuto ai principi del diritto naturale sarebbe restato per sempre distaccato, rimanendo come un capitolo indipendente, e per conseguenza destinato a perire, ramo morto senza frutto.

Ma la scuola storica ebbe per causa ed ebbe per fine immediato (cause e scopi non sono che figure diverse della stessa cosa nell'animo umano) un altro punto, che è quello meno elevato, se volete, ma praticamente più fruttuoso. La scuola storica fece sì che i giuristi più insigni del secolo XIX rivolgessero la loro attenzione al diritto passato e soprattutto al diritto romano. Frutto di questi studi- oltre quello scientificamente importantissimo della migliore cognizione dei fatti (e, scientificamente, questo è il fondamentale scopo a cui tutti dobbiamo mirare nei nostri studi)- fu quello di ricondurre il diritto privato e il diritto civile ai principi del diritto romano, pure abbandonando una quantità di quegli istituti e di quelle teorie, che a questo primitivo tronco si erano venuti innestando con l'andare dei secoli. Fatto strano questo, e quasi contraddittorio: una scuola storica, la quale aveva per principio il tener conto di tutto ciò che la storia aveva prodotto, finiva col concludere che bisognava risalire piuttosto al quinto secolo avanti Cristo, anziché ad epoche più recenti! Ma nel mondo dei fatti non vi sono contraddizioni: questa, che pare una contraddizione, non è che l'immagine di una profonda realtà.

La verità era questa: il diritto romano puro rappresentava, nel campo del diritto privato, un diritto fondato sulla libertà individuale. Tutto ciò che si era venuto innovando nei secoli medievali era servito soltanto a diminuire la forza della libertà individuale, che più non agiva potentemente nel mondo, e ad innestare in questo organismo giuridico una quantità di istituti, che avevano la loro causa nei nuovi ordinamenti sociali. La Rivoluzione francese - tutto quell'immenso movimento della fine del secolo XVIII e del principio del XIX – produsse il ristabilimento della libertà individuale come fondamento. Di qui la tendenza della scuola storica a risalire alle norme del diritto che aveva fondato tutto sulla base della libertà individuale.

Tutte queste conquiste filosofiche, giuridiche, pratiche della scuola storica sono ormai acquisite. Vi è nella patria della scuola storica, la Germania, oggi una forte reazione contro di essa. Dobbiamo noi accogliere questa reazione? No! Io credo che questa reazione vada molto al di là di quello che è necessario. Noi non apparteniamo più alla scuola storca nel senso puro, col programma che essa aveva nel secolo XIX: ma non perché siamo contrari a questo programma, bensì perché riteniamo che sia un programma esaurito, un programma i cui frutti sono acquisiti e di cui possiamo godere senza ulteriori lotte.

Noi siamo ormai in possesso di una serie di verità che sono state conquistate dagli sforzi della scuola storica: ora dobbiamo mantenerle e continuare negli studi storici dal punto di vista meramente scientifico, in quanto dobbiamo sapere quello che è stata l'umanità sotto tutti i suoi aspetti e, per ciò, anche sotto quello del diritto.

Non solo. Noi dobbiamo essere filosoficamente consci dell'importanza del movimento del diritto nella storia per servircene anche nella pratica, E ce ne possiamo servire sotto più aspetti. Ce ne possiamo servire anzitutto come studio comparativo. Dirò fra breve degli studi di diritto comparato, ma intanto posso notare che fra le stranezze e gli eccessi della scuola vi è questo, di una lotta fra storici e comparativisti. Abbiamo veduto uomini di altissima fama, di sommo ingegno farsi paladini degli studi storici ed altri farsi paladini degli studi comparativi; come se fossero due cose diverse. Noi, italianamente, ossia da persone sensate che non ci lasciamo trascinare da impulsi troppo violenti, possiamo dire che sono una stessa cosa. Lo studio storico

del diritto deve servirci a comparare i diritti dei vari tempi: lo studio comparato del diritto attuale deve servire a comparare i diritti dei vari luoghi: e sostanzialmente lo studio è della stessa natura e se ne può trarre la medesima utilità.

L'una cosa deve contemplare l'altra. D'altra parte, Aristotele, che non era un uomo della nostra scuola, ci ha insegnato qualche cosa che va molto al di là di questa divisione degli attuali studiosi: ci ha insegnato non solo che bisogna studiare il diritto storicamente, ma che bisogna fare la comparazione storica dei diversi diritti. Dunque, nessuna opposizione fra questi vari indirizzi: poiché l'uno è complemento dell'altro.

Anzi vi è necessità che si completino vicendevolmente ancora più che non si faccia oggi.

Sotto questo aspetto, pertanto, lo studio storico deve mantenersi. Ma deve mantenersi anche sotto un altro.

Il diritto storico come diritto passato, ossia come diritto che ci conduce sino al momento in cui noi parliamo, è un ingente patrimonio nostro, è una ricca eredità. Nessuno di noi potrebbe pensare, chiuso nella propria stanza, col proprio cervello, tutto ciò che l'umanità ha per secoli prodotto con la sua attività effettiva. Chi tentasse questo, meriterebbe il nome di pazzo addirittura. Dunque, chi si oppone allo studio storico fa come l'erede di una grande famiglia che voglia spogliarsi di tutto l'avito patrimonio: compie un atto insulso. Potrà compierlo, se vuole farsi frate; ma il diritto non può farsi frate; il diritto vive nel mondo e per il mondo. Noi dobbiamo far fruttare tutto ciò che la storia ci insegna, e non solo i grandi insegnamenti filosofici sul movimento generale del diritto, ma anche i pratici istituti, anche quelle sottili analisi dei rapporti giuridici che si sono venute facendo con i reagenti delle forze sociali e che nessuno forse, col solo pensiero avrebbe potuto conseguire.

Mi viene in mente un esempio che forse servirà a interrompere la monotonia di questa esposizione.

Io presiedeva l'anno scorso a Verona un congresso pel diritto della aviazione. Nulla di meno storico- non è vero? - dell'aviazione. E quei giuristi che più avevano studiato l'argomento come tale, credendolo totalmente nuovo anche nel mondo giuridico (è una illusione, in cui facilmente si cade, questa di credere che i fatti nuovi debbano produrre necessariamente regole nuove) proponevano un grave problema, che pareva il più importante soprattutto ai giuristi francesi: il diritto di atterramento.

L'aviatore ha bisogno di scendere quando la necessità gli se ne impone. Perciò questo bisogno, nella mente dei giuristi pratici, aveva prodotto immediatamente questo frutto singolare: conviene proclamare – e i francesi lo avevano proclamato- il diritto degli aviatori di atterrare dovunque loro piaccia. E pareva che senza di questo non si potesse più volare; pareva che chi si opponeva a questo diritto fosse un retrivo che non capisse nulla. Ma noi italiani presenti a quel congresso ci siamo proposti il problema in connessione coi frutti conseguiti dal diritto passato, e abbiamo detto: gli uomini sono uomini, siano in terra, o in cielo, o in mare, e certe norme acquisite alla società vanno rispettate, ponendole in armonia coi nuovi bisogni; e il più delle volte vi si pongono da sé, quando si tratta di norme passate al vaglio della lunga esperienza, perché queste includono tali e tanti fatti che anche quelli nuovi vi prendono la

casella che loro appartiene. Noi abbiamo detto: se per una ragione qualunque deve l'aviatore discendere, bisognerà ammettere che egli discenda: ma ammettere che egli discenda non significa ammettere il diritto di discendere dove vuole. Sono queste due cose diversissime. E per rispondere al quesito abbiamo un vecchio istituto di diritto romano, di diritto comune, attuale e generale: lo stato di necessità. E' evidente che, date le condizioni dell'aviazione attuale, l'aviatore si trova in perpetuo stato di necessità relativamente all'atterramento; e quando atterra, egli compie l'atto in stato di necessità. Il che non significa che egli abbia diritto di scendere dove vuole, che sarebbe una cosa esorbitante. Egli ha facoltà di scendere, quando ciò gli sia necessario. Noi dunque concludiamo che quell'apparente violazione di libertà o di domicilio non merita se non quella tolleranza che ogni diritto deve ad un uomo che si trovi in stato di necessita. Sicché non proclamiamo il diritto d'atterramento, secondo la proposta francese, ma proclamiamo che ogni proprietario deve tollerare l'atterramento, che si presume fatto in stato di necessita, finché non sia dimostrato che era capricciosamente compiuto allo scopo di invadere il fondo altrui. E il nostro principio venne votato all'unanimità.

È questo un caso o in cui i principi giuridici acquisiti attraverso una lunga storia servono a dare la decisione esatta dei rapporti nuovi. Se noi non avessimo ereditate queste sottili distinzioni, la nostra mente non le avrebbe intuite e noi saremmo andati sino al diritto di atterramento; il quale, in fondo, significherebbe questo, che io non posso venir in casa vostra per terra o per acqua, ma ci posso venire benissimo volando per l'aria.

Ma scendiamo di cielo in terra. Sono anche io in questo stato di necessità.

Dicevo che lo studio del diritto passato oggi si presenta alia nostra mente in condizioni diverse da quelle in cui si presentava per la scuola storica, e noi dobbiamo essere consci di questo, dobbiamo seguitare a studiare il diritto passato cercando di trarne tutti i frutti, anche pratici, che esso può produrre.

Viene ora il diritto presente.

Relativamente al diritto positivo, già costituito, noi ci troviamo in crisi, cioè in posizione diversa dalla precedente, di cui ignoriamo quale potrà essere l'esito, perché vi è uno stato di lotta nella nostra coscienza.

Anche qui vi sono due questioni: una relativa allo studio teorico generale, l'altra relativa all'interpretazione ed all'applicazione pratica del diritto vigente.

Cominciamo dallo studio teorico generale.

Si dice che bisogna fare lo studio comparato del diritto ed io pure ho detto poc'anzi che bisogna farlo con piena intelligenza, non golo per mostrare che vi sono delle curiosità giuridiche o casi che ci appaiono strani perché a noi insoliti; non solo per mostrare che in altri casi vi è coincidenza fra il diritto nostro e quello altrui; ma per imparare, per trarre dalla comparazione tutto il vantaggio possibile. E per coloro che si trovano nelle condizioni dell'Italia questo vantaggio può essere immenso, perché noi possiamo servirci dell'esperienza che una quantità di altri Stati più progrediti, quale sotto un aspetto, quale sotto un altro, hanno già fatto e vanno facendo di istituti giuridici: e possiamo vedere quanta parte di questi nuovi istituti giuridici può appropriarsi anche all'Italia.

Anche qui bisogna andare adagio. Si usa poco, si usa male, si abusa di questo metodo comparato e di questi studi. Ed è questo veramente un metodo assai più difficile di quel che può apparire a prima

vista. Quasi tutti gli studiosi di questa materia la trattano superficialmente; credono che si faccia del diritto comparato esponendo in una pagina il diritto cinese, in un'altra quello indiano, poi quello germanico, quelle inglese o così via: Tutto questo serve, perché è una raccolta di notizie, se è fatto bene (e per solito è fatto male); ma non è diritte comparato. Il diritto comparato deve penetrare nell'intima essenza delle cose e là dove nota le diversità deve ricercarne le cause, perché senza conoscerne le cause non si può valutare l'importanza di un istituto; e deve ricercarne gli effetti, perché senza conoscerne gli effetti è assurdo giudicare se sia bene o male per noi applicare un dato istituto. E noi pecchiamo, e peccano molte tutti in questo. Perché una cosa è in Francia o in Inghilterra, la vogliamo anche noi; e spesso si erra. Noi dobbiamo vedere quell'istituto quali effetti produce e vedere se questi effetti si potranno ottenere in Italia.

La comparazione così intesa è qualche volta così praticata. In generale però gli studiosi non l'intendono in questo senso, ed io credo che il farla in questo senso sia un ritorno all'avvicinamento della teoria alla pratica, che deve essere il nostro scopo supremo.

Indipendentemente dallo studio attuale generale vi è un fatto più importante nella vita quotidiana ed è l'interpretazione e l'applicazione del diritto vigente.

Or qui vi sono vari malanni. Da una parte sono i teorici, i quali parlano una lingua cosi astrusa che i pratici non la vogliono nemmeno sentire. Perché i pratici comprano i libri, ma li mettono negli scaffali; e non dico che facciano male, perché quando i pratici — e accade qualche volta oggi, soprattutto perché vi sono i concorsi nella magistratura - quando i pratici si mettono a leggere quei libri o credono, perché sono stampati, che debbano dire qualche cosa di giusto o, per lo meno, di serio, fanno correre alla pratica dei gravissimi rischi, onde è molto meglio che quei libri rimangano intonsi negli scaffali.

Bisogna fare della teoria utile, dunque.

Ma nell'interpretazione e nell'applicazione quotidiana, che è la cosa più importante che spetta ai magistrati da una parte e a noi come giuristi pratici dall'altra, noi ci t troviamo di fronte ad uno stato di coscienza generale assai turbata.

Vi è tutta una scuola, che forse nelle sue massime esagerazioni non ha moti seguaci, ma che pure attrae molta gente, la quale ritiene che nella pratica applicazione il giudice non debba stare troppo attaccato alla legge, che è un vincolo incomodo, duro, spesso produttivo di effetti che non si intendono bene nei singoli casi, ma che si debba fare del diritto libero - questa è la parola —: ogni magistrato deve interrogare la sua coscienza e rispondere secondo questa; così, afferma quella scuola, si farà il diritto migliore. Anche questo, forse, è passato un po' di moda, perché le esagerazioni hanno in se stesse la loro fine: salgono tanto in alto che non possono più reggersi in bilico e precipitano. Abbiamo sentito il giudice Magnaud, antesignano. Finché agli assolse un povero diavolo che aveva rubato una pagnotta lo si poteva applaudire: era una assoluzione che rispondeva benissimo al senso giuridico comune, perché il diritto, inteso bene, risponde all'equità. Ma gli applausi continuarono, e continuò il buon giudice a sentenziare secondo il

proprio modo di vedere. Egli doveva interdire un prodigo e pensò: perché? il prodigo è l'uomo più utile alla società perché mette in circolazione i capitali: l'uomo dannoso alla società è l'avaro che sottrae i beni al lavoro, alla produzione; quindi io interdirei l'avaro e non il prodigo! La gente incominciò a dubitare della bontà del metodo. Il diritto libero, invero, significa questo: l'onore, il patrimonio e tutti gli interessi di ciascuno di noi rimessi all'arbitrio di Tizio, di Caio o Sempronio solo perché siedono sopra un determinato scanno. Or nessuno al mondo può tollerare una cosa simile: o, se per evitarla dovremo legarci alquanto, ci legheremo, ma non seguiremo quella via.

Questo non toglie che il legislatore debba tener conto delle correnti extralegali per farle diventare legali, quando il diritto formale non corrisponda alla realtà. Questa è giustizia. Ed è anche giustizia che il legislatore in certe materie lasci al magistrato una certa libertà quando la materia non sia ancor cristallizzata in linee nette nella coscienza giuridica.

Noi lo abbiamo fatto in un largo campo del diritto, creando anche una magistratura speciale come i probiviri, o possiamo considerare *vir probus* anche il magistrato ordinario e lasciare a lui un campo libero, ma ben definito, ben circoscritto, perché non si perda per noi ogni libertà sociale.

Anche per questa parte è utile che si formi nella coscienza generale una chiara idea dei limiti a cui possiamo arrivare, e che si propaghi questa idea anche fuori del campo giuridico; perché dalle impressioni che nascono da casi strani, per durezze talvolta anche inique delle leggi — nella legge vi sono anche delle durezze — noi non possiamo esser tratti ad abbandonare tutto il solido edificio sotto cui viviamo vita sicura, per metterci in balia di ogni intemperie.

Vi è poi il futuro: il lavoro legislativo. Anche per questa parte è utile che si fornisca comune coscienza giuridica, soprattutto per quanto riguarda il lavoro legislativo, il diritto in generale; perché il grande lavoro quotidiano dell'amministrazione esce dai limiti del campo nostro.

Soprattutto relativamente al diritto generale manca, in Italia, una coscienza abbastanza chiara e precisa delle presenti necessità.

Io, da anni, mi sono fatto apostolo di questa idea e la ripeto quindi ovunque mi trovo: noi dobbiamo mutare il nostro diritto generate: noi non possiamo continuare a mantenere un diritto generale che è inferiore a quello di tutti gli altri popoli civili. È una cosa. Che mi addolora, perché un uomo che ha vissuto cinquantacinque anni sempre giurista e crede che il dirsi giurista italiano debba essere un onore nel mondo, si addolora quando sente che questo non è vero, quando sente che noi abbiamo un diritto disadatto, che non possiamo proporre a nessuno come modello.