Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2021 - Anno XLII

Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Documentazione

FASCICOLO SPECIALE n. 1-2-3 del 30/06/2021

Gennaio 2021 - Giugno 2021

Sommario

DOTTRINA

- **"IL RIMBORSO DELLE SPESE LEGALI DEL PRESIDENTE NELLE SOCIETÀ A CONTROLLO PUBBLICO: PROFILI DI DIRITTO SOSTANZIALE E PROCESSUALE"** di Jacopo Bercelli, Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Verona.
- **"IL CONTROLLO PREVENTIVO DI LEGITTIMITÀ. RAPPORTI CON LA RESPONSABILITÀ ERARIALE"** di Fulvio Maria Longavita, Presidente della Sezione Seconda Giurisdizionale Centrale d'Appello della Corte dei Conti.
- **"LA FUNZIONE LEGISLATIVA REGIONALE. LO STATO DELL'ARTE A MEZZO SECOLO DALLA PRIMA ELEZIONE DEI CONSIGLI DELLE REGIONI ORDINARIE**" di Ludovico A. Mazzarolli, Professore Ordinario di Diritto costituzionale - Università di Udine.
- **"GLI INTERESSI ADESPOTI DAL GIUDICE DELLE LEGGI AI GIUDICI CONTABILI"** del Prof. Pelino Santoro, Presidente on. della Corte dei conti.
- **"PROFILI EVOLUTIVI DELLA LIBERTÀ PERSONALE**" di Francesco Perchinunno, Professore Aggregato Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".
- **"IL FALSO VALUTATIVO"** della Prof.ssa Federica Collaretti, Docente di Ragioneria Professionale Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale
- **"I DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELL'AMBITO DEL D.LGS. 50/2016 – CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: FATTISPECIE INCRIMINATRICI E LORO APPLICAZIONE"** di Liborio Capozzo e Antonella Gorga, Consiglio Nazionale delle Ricerche.
- **"BREVI RIFLESSIONI SULLA PROPOSTA DI CREARE L'EURO DIGITALE"** di Giovanna Marchianò, Professore associato Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.
- **"DUE DILIGENCE – UNA ESPERIENZA PRIVATISTICA NEL SETTORE PUBBLICO**" della Prof.ssa Federica Collaretti, Docente di Ragioneria Professionale Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.
- **"IL DECRETO SEMPLIFICAZIONI E IL REGIME TRANSITORIO IN TEMA DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO-CONTABILE: I CHIARO-SCURI DELLA RIFORMA"** di Angelo Canale, Procuratore generale della Corte dei conti.

- **"SUL SISTEMA DEI CONTROLLI EX PROGRAMMA OPERATIVO FESR SICILIA 2014-2020: ALCUNE PROPOSTE DI MIGLIORAMENTO E UN TENTATIVO DI SISTEMATIZZAZIONE DELLE POSSIBILI LINEE DI INTERVENTO"** di Andrea Cuccia, Dottore di ricerca in Modelli per il miglioramento della performance nel settore pubblico, Università degli Studi di Palermo.
- **"ALCUNE BREVI CONSIDERAZIONI SULLA COSTITUZIONE DEL CANADA"** del Prof. Saverio F. Regasto, Università degli Studi di Brescia.
- **"IN RICORDO DEL PROF. GIUSEPPE GUARINO"** di Simone Budelli, Professore Associato di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Perugia.
- **"NOTA ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, SS.UU. N. 18592 DEL 07/09/2020"** a cura del Prof. Saverio F. Regasto, Università degli Studi di Brescia.
- **"NOTE SULLA SENTENZA N. 164/2020 DELLA CORTE COSTITUZIONAL**E" di Gian Paolo Dolso, Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Trieste.
- **"CONSIDERAZIONI PRELIMINARI SUGLI ILLECITI AMMINISTRATIVI PER VIOLAZIONE DEL CODICE SULLA PRIVACY"** dell'Avv. Sergio De Dominicis.
- **"ESPERIENZE GIURIDICHE DI TRANSIZIONE ECOLOGICA E STRATEGIE PER LA MITIGAZIONE DEI CAMBIAMENTI CLIMATICI"** di Vincenzo Pepe, Prof. Associato di Diritto Pubblico comparato, Università della Campania "Luigi Vanvitelli".
- **"LA RECENTE RIMODULAZIONE LEGISLATIVA DELLO STRUMENTO SOCIETARIO PUBBLICO"** dell'Avv. Massimiano Sciascia, Professore Straordinario di diritto amministrativo presso l'Università Telematica "Pegaso".
- **"IL COORDINAMENTO DELLA FINANZA PUBBLICA E LA CAPACITA' DI SPESA DELLE AUTONOMIE LOCALI: UNA VISIONE ATTUALIZZATA ALLA PROVA DEI TEMPI"** di Gianmarco Cialone, Dottore magistrale in Scienze delle Amministrazioni Università di Teramo; Master in Parlamento e Politiche pubbliche Luiss.
- **"LE ATTIVITÀ DI CONTROLLO DELL'ORGANO DI REVISIONE DEGLI ENTI LOCALI IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI ALLA LUCE DEL MANUALE DEL CNDCEC"** del Dott. Ettore Scaramastra, Commercialista, Revisore Legale.
- **"LA FUNZIONE NOMIFILATTICA DELLA CORTE DEI CONTI, IN PARTICOLARE IN SEDE DI CONTROLLO"** Commento alla sentenza 10/2019 della Corte dei conti" della Dott.ssa Immacolata Valentino.
- **"IL CURATORE FALLIMENTARE: FUNZIONI E RESPONSABILITÀ, CON PARTICOLARE ATTENZIONE AL DANNO ERARIALE DA INOPEROSITÀ NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DEI CONTI"** dell'Avv. Fabio Landolfi, Docente di Diritto fallimentare Università telematica Pegaso.
- **"IL (MANCATO) CONTRADDITTORIO ENDOPROCEDIMENTALE IN MATERIA DI INFORMAZIONE ANTIMAFIA"** dell'Avv. Giuseppe Carratelli.
- **"I PRINCIPI DI EQUILIBRIO E PAREGGIO DI BILANCIO DI REGIONI ED ENTI LOCALI**" di Francesco Nicotra, Dottore di ricerca in diritto pubblico interno e comunitario e funzionario avvocato.

GIURISPRUDENZA

- **Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la regione Emilia Romagna - Sentenza n. 208 del 15 giugno 2021 - Un caso di danno erariale per lesione dell'immagine della P.A. (associazione mafiosa, violazione delle regole degli appalti ed altro)** - Processo contabile – Giudizio di responsabilità amministrativa - Procuratore regionale – Termine per il deposito dell'atto di citazione – 120 giorni – Decorrenti dalla scadenza del termine delle deduzioni dell'ultimo presunto responsabile (art. 67, comma 6, C.G.C.) - Processo contabile – Giudizio di responsabilità amministrativa - Procuratore regionale – Termine per il deposito dell'atto di citazione – 120 giorni – Sospensione ex art. 85, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2010, n. 18. - Processo contabile – Giudizio di responsabilità amministrativa – Atto di citazione – Nullità – Tassatività delle cause (art. 86, comma 3, C.G.C.). - Processo contabile – Giudizio di responsabilità amministrativa – Danno all'immagine della Pubblica Amministrazione – Presupposto - Sentenza penale irrevocabile di condanna per delitti contro l'Amministrazione della Giustizia e/o la Pubblica Amministrazione (art. 651, comma 1, C.P.P.) - Responsabilità amministrativa e contabile – Danno erariale - All'immagine della P-A- - Elementi identificativi – Definiti in sede penale – Ammissibilità. - Responsabilità amministrativa e contabile – Danno erariale - All'immagine della P-A- - Delitti contro l'Amministrazione della Giustizia e a P. A - Criteri identificativi – Clamor fori Responsabilità amministrativa e contabile – Danno all'immagine della P.A. – Quantificazione – Criteri.
- **Corte dei conti, Sezione II Giurisdizionale Centrale - Sentenza n. 123 del 21 aprile 2021 -** La condanna contabile può aggiungersi alla confisca. Il collegio ritiene che il giudice di primo grado abbia congruamente motivato la propria decisione attraverso il pur sintetico richiamo a orientamenti giurisprudenziali consolidati (Sez. Toscana n.162/2018, Sez. III app. n.676/2016) che si fondono sulla natura sanzionatoria della confisca, che nulla ha a che vedere con il diritto dell'Amministrazione ad essere risarcita.
- **Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la regione Calabria - Sentenza n. 39 dell'8 febbraio 2021 -** Il dipendente statale che abbia da far valere servizi o periodi computabili a domanda, con o senza riscatto, deve presentare, a pena di decadenza, istanza almeno due anni prima del raggiungimento del limite di età previsto per la cessazione dal servizio. Qualora la cessazione dal servizio abbia luogo prima che sia scaduto il termine, la domanda deve essere presentata, a pena di decadenza, entro novanta giorni dalla comunicazione del provvedimento di cessazione. **da www.corteconti.it**
- **Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la regione Lazio - Ordinanza n. 20 del 3 febbraio 2021 -** Corte dei conti – Pensioni civili e militari – Personale già dipendente dei Servizi di sicurezza – Indennità di funzione - Acquisizione della documentazione - Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento Informazioni per la Sicurezza – Documentazione con classifica di segretezza a norma dell'art. 42 della L. n. 124/2007 – Opposizione all'estrazione di copia – Contrasto con gli artt. 103, 111, 3 e 24 Cost. – Non manifesta infondatezza.

DOCUMENTAZIONE - SEGNALAZIONI

- **PELINO SANTORO, EVARISTO SANTORO, "Manuale di contabilità e Finanza Pubblica - Contabilità di Stato e degli Enti Pubblici" (Maggioli Editore, PP 1088, € 59,00) - Recensione a cura di Salvatore Sfrecola.**

- **Corte dei conti, Procura Generale - Codice di giustizia contabile 2021** - Recante la modifica apportata dal D.L. n. 137/2020 del 28.10.2020, convertito, con modificazioni, in LP n. 176/2020 del 18.12.2020, entrato in vigore il 25/12/2020, comprensivo delle Note esplicative delle modifiche legislative intervenute nel tempo, dell'Indice analitico alfabetico aggiornato e delle Tabelle riassuntive dei soli articoli novellati. **da www.corteconti.it**

- **RUGGIERO DIPACE, "Manuale dei contratti pubblici", (G. Giappichelli Editore, febbraio 2021, Pagine 320, ISBN 9788892138025).**

Presentazione della rivista

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti pubblici

www.contabilita-pubblica.it

Rivista scientifica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato consultivo interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1959 e al decreto del Ministero delle finanze 28 dicembre 1972 - ISSN 0393-5604. La versione online della rivista viene pubblicata sul dominio www.contabilita-pubblica.it, attualmente ospitato in hosting presso la società Tiscali Italia S.p.a. con sede legale in località Sa Illetta, ss. 195, km. 2.300, 09123 Cagliari, ROC n. 13133, C.F. 02508100928.

Direttore responsabile: Prof. Avv. Salvatore Sfrecola

Comitato di direzione: Angelo Buscema - Luigi Condemi - Giovanni Di Leo - Luciano Calamaro - Rocco Di Passio - Edoardo Giardino - Antonio Mitrotti - Domenico Paternostro - Giampiero Pizziconi - Salvatore Sfrecola - Adriano Tortora - Elio Vitale – Paola Maria Zerman

Responsabile della Segreteria di direzione: Giuseppe Girone

Direttore scientifico: Prof. Avv. Salvatore Sfrecola

Comitato scientifico: Prof. Andrea Altieri (Università degli Studi Link Campus) - Prof. Paolo Bianchi (Università degli Studi di Camerino) - Prof.ssa Annamaria Bonomo (Università degli Studi di Bari "Aldo Moro") - Prof. Marco Brocca (Università del Salento) - Prof. Simone Budelli (Università degli Studi di Perugia) - Prof.ssa Elena Buoso (Università degli Studi di Padova) - Prof.ssa Maria Agostina Cabiddu (Politecnico di Milano) - Prof. Augusto Cerri (Università degli Studi di Roma "La Sapienza") - Prof. Raffaele Chiarelli (Università degli Studi Guglielmo Marconi) - Prof. Salvatore Cimini (Università degli Studi di Teramo) - Prof. Juan Carlos Covilla Martinez (Universidad Externado de Colombia) - Prof. Ruggiero Dipace (Università degli Studi del Molise) - Prof. Gian Paolo Dolso (Università degli Studi di Trieste) - Prof.ssa Elena D'Orlando (Università degli Studi di Udine) - Prof.ssa Vera Fanti (Università di Foggia) - Prof. Paolo Giangaspero (Università degli Studi di Trieste) - Prof. Edoardo Giardino (Università Lumsa) - Prof.ssa Valentina Giomi (Università degli Studi di Pisa) - Prof. Marco Mancini (Università Cà Foscari di Venezia) - Prof. Ludovico Mazzarolli (Università degli Studi di Udine) - Prof. Roberto Miccù (Università degli Studi di Roma "La Sapienza") - Dott. Antonio Mitrotti (Università di Pisa) - Prof. Dante Flàvio Oliveira Passos (Universidade Estadual de Paraiba) - Prof. Francesco Perchinunno (Università degli Studi di Bari "Aldo Moro") - Prof. Massimiano Sciascia (Università telematica Pegaso)

Redazione: Marco Bufacchi, Valter Di Nino, Anna Girone, Giuseppe Girone, Licia Grassucci, Marco Pisano, Elena Sfrecola, Maria Elisabetta Sfrecola, Micaela Zignani

Responsabile della Segreteria di redazione: Maria Elisabetta Sfrecola

La Direzione e l'Amministrazione hanno sede presso l'Editore "Pagine" S.r.l., via Gualtiero Serafino, 8 - 00136 Roma.

Per la pubblicazione di articoli, note e recensioni, il testo deve essere inviato in versione word direttamente alla Redazione della Rivista, e-mail: webmaster@contabilita-pubblica.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma n. 17534 del 2 febbraio 1979.

Per richiedere informazioni: webmaster@contabilita-pubblica.it

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

IL RIMBORSO DELLE SPESE LEGALI DEL PRESIDENTE NELLE SOCIETÀ A CONTROLLO PUBBLICO: PROFILI DI DIRITTO SOSTANZIALE E PROCESSUALE

di Jacopo Bercelli, Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Verona

Sommario:

1. Applicazione alle società a controllo pubblico, per quanto non espressamente derogato dal TUSP d. lgs. n. 175 del 2016, delle norme sulle società contenute nel codice civile e delle norme generali di diritto privato.
2. Il rimborso delle spese legali sostenute da amministratori di società di capitali nel codice civile: l'art. 1720 c.c. e il principio della spettanza ai mandatari del "rimborso delle spese sostenute per l'espletamento del loro mandato".
3. Conclusione di diritto sostanziale: il Consiglio di amministrazione, pur non essendovi tenuto, può deliberare alle condizioni indicate e sulla base di una motivazione adeguata, il rimborso delle spese legali sostenute dal Presidente quale legale rappresentante della Società per processi penali che siano sfociati in una sentenza di assoluzione. .
4. Conclusione di diritto processuale: sulla competenza del giudice civile e non della Corte dei conti a conoscere dell'eventuale illiceità della scelta del Consiglio di amministrazione di rimborsare tali spese legali al Presidente.

1. Applicazione alle società a controllo pubblico, per quanto non espressamente derogato dal TUSP, delle norme sulle società contenute nel codice civile e delle norme generali di diritto privato.

Il presente contributo ha ad oggetto il problema della legittimità del rimborso delle spese legali a favore del Presidente di una società a controllo pubblico che sia stato coinvolto in un processo penale, in qualità di rappresentante della società, che sia sfociato in una sentenza di assoluzione (nel merito o per prescrizione).

Il punto fondamentale dal quale partire per risolvere, dal punto di vista sistematico, qualsiasi questione relativa al regime giuridico applicabile ad una società a controllo pubblico, comprese quelle relative agli amministratori, è che a tale società, in base al TUSP d.lgs. n. 175 del 2016, si applicano le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato ([1]).

L'art. 3, comma 2° del TUSP, prevede infatti che "Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato".

Dunque certamente agli Amministratori delle società a controllo pubblico non può applicarsi, sotto nessun profilo, la disciplina dettata per gli Amministratori degli enti locali dall'art. 86, comma 5°, del TUEL d.lgs. n. 267 del 2000 ([2]).

([1]) Sul tema delle società a partecipazione pubblica alla luce del testo unico del 2016, cfr. G. ROSSI, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in *ww.ridiam.it*, G. CAIA, *Le società partecipate*, in Treccani, Il libro dell'anno del diritto 2017, Roma, 2017; B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme*, Bologna, 2017, pag. 173 ss.; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016; M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in *Munus*, 2016, 521 ss.; G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 601 ss.; AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica: commentario tematico ai D.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. IBBA e I. DE MURO, Bologna, 2018, H. BONURA, *Le partecipazioni pubbliche*, in *La riforma della Pubblica amministrazione*, a cura di B.G. MATTARELLA e E. D'ALTERIO, Milano, 2017, Cfr. H. BONURA, G. FONDERICO, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giornale di Diritto amministrativo*,2016, pag. 722 ss.; A. MALTONI, *Il regime giuridico degli atti deliberativi "prodromici" delle amministrazioni nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Munus*, 2018, pag. 883 ss..

([2]) "*Gli enti locali di cui all'articolo 2 del presente testo unico, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, possono assicurare i propri amministratori contro i rischi conseguenti all'espletamento del loro mandato. Il rimborso delle spese legali per gli amministratori locali è ammissibile, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, nel limite massimo dei parametri stabiliti dal decreto di cui all'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, nel caso di conclusione del procedimento con sentenza di assoluzione o di emanazione di un provvedimento di archiviazione, in presenza dei seguenti requisiti: a) assenza di conflitto di interessi con l'ente*

Certo nel TUSP vi sono anche delle specifiche normative di diritto pubblico, ispirate ai principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa e al risparmio di spesa pubblica, dirette alle società a controllo pubblico, che derogano alle norme di diritto civile.

Tra queste discipline di deroga, ve n'è anche una che riguarda il regime giuridico applicabile agli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico.

Tale disciplina derogatoria è contenuta nell'art. 11 del TUSP, ove si trova dettata una disciplina vincolante e derogatoria al diritto civile relativamente al limite dei compensi massimi per il trattamento economico annuo onnicomprensivo da corrispondere agli amministratori.

Ma è fondamentale ai fini del presente contributo, notare che nessuna deroga pubblicistica alla disciplina del codice civile è dettata in relazione al profilo del rimborso delle spese sostenute dagli Amministratori in ragione o in occasione del loro ufficio.

Sotto questo profilo appare centrale evidenziare che il pagamento delle spese processuali oggetto del presente studio si configura come "rimborso": con la conseguenza che l'erogazione riguarda solo le spese del Presidente sostenute in giudizio quale rappresentate legale della società e documentate, e dunque non si tratta di un compenso per la carica.

Ciò significa che per tali profili del regime giuridico degli Amministratori – ossia il rimborso delle spese sostenute - si applica esclusivamente il diritto privato, ossia la disciplina comune delle società di capitali.

amministrato; b) presenza di nesso causale tra funzioni esercitate e fatti giuridicamente rilevanti; c) assenza di dolo o colpa grave."

Ebbene, per il diritto privato, la regola che regge il rimborso delle spese sostenute dall'Amministratore della società è l'art. 1720 c.c., secondo cui "Il mandante deve rimborsare al mandatario le anticipazioni, con gli interessi legali dal giorno in cui sono state fatte, e deve pagargli il compenso che gli spetta. // Il mandante deve inoltre risarcire i danni che il mandatario ha subito a causa dell'incarico".

In questo senso dispongono assai di frequente gli stessi statuti delle società, ove compaiono previsioni espresse nel senso che agli amministratori spettino le spese sostenute in ragione del loro ufficio.

Fermo questo principio di diritto privato e la sua applicazione agli amministratori delle società a controllo pubblico, si deve però verificare in che limiti e a che condizioni tale principio sia applicabile alle spese legali sostenute dall'Amministratore per difendersi in un processo penale che abbia subito quale rappresentante legale della società e per il quale sia stato assolto (nel merito o per prescrizione).

Si può sin da ora anticipare che, in base all'orientamento della Suprema Corte (di cui si dà conto nel successivo paragrafo 3), non sussiste, in assenza di una previsione in tale senso contenuto in un atto aziendale di organizzazione della società, il diritto del Presidente della società ad ottenere il rimborso delle spese legali sostenute; tuttavia si ritiene che, alle condizioni illustrate nel paragrafo 4, il Consiglio di amministrazione possa, volontariamente e sulla base di un'adeguata motivazione, stabilire il rimborso delle spese legali a favore del Presidente.

2. Il rimborso delle spese legali sostenute da amministratori di società di capitali nel codice civile: l'art. 1720 c.c. e il principio della spettanza ai mandatari del "rimborso delle spese sostenute per l'espletamento del loro mandato".

Deve evidenziarsi che su questa tematica vi è un orientamento consolidato della Corte di Cassazione, riassunto dalla recente pronuncia Cass. civ., sez. V, 6 agosto 2019, n. 20945.

Secondo la Corte, il principio generale è che affinché l'amministratore di una società di capitali possa vantare un diritto al rimborso delle spese è necessario che abbia sostenuto tali spese "a causa", e non semplicemente "in occasione", del proprio incarico.

Tale principio si ricava dall'applicazione analogica alla gestione societaria della norma contenuta nell'art. 1720 c.c., prevista in tema di mandato, con la puntualizzazione, imposta dalla peculiarità della fattispecie, che, in assenza di una preventiva e rigida determinazione, all'atto del conferimento dell'incarico, delle modalità di comportamento dell'amministratore, il criterio discretivo per distinguere fra atti compiuti dall'amministratore immediatamente necessari al perseguimento del detto scopo ed atti che con lo scopo medesimo si pongono solo in legame di occasionalità risiede nello scopo sociale che conforma la discrezionalità di cui gode l'amministratore.

L'ambito di operatività dell'art. 1720 c.c., si estende, dunque, alle sole spese effettuate per espletamento di attività che il mandante ha il potere di esigere, ossia a quelle spese che, per la loro natura, si collegano necessariamente all'esecuzione dell'incarico conferito, nel senso che rappresentino il rischio inerente all'esecuzione dell'incarico, mentre esulano dall'ambito applicativo della norma quelle spese sostenute per attività svolte in occasione del mandato stesso (cfr. Cass., sez. un., 14 dicembre 1994, n. 10680; da ultimo, cfr. Cass. 22 gennaio 2019, n. 1557).

Sulla base di queste considerazioni di carattere generale, la Corte affronta anche la specifica fattispecie del rimborso delle spese relative ad un processo penale.

A tale proposito, si afferma che tra le attività occasionali, e dunque non trasferibili in termini di costi alla società, rientra anche l'ipotesi in cui le spese siano state effettuate dall'amministratore allo scopo di difendersi in un processo penale per fatti connessi all'incarico, anche se questo si conclude col proscioglimento, poichè quel che rileva è l'assenza del nesso causale, insussistente anche in tale ipotesi.

Infatti, la necessità di effettuare le spese di difesa non si pone in nesso di causalità diretta con l'adempimento del mandato, ma tra l'uno e l'altro fatto si inserisce un elemento intermedio, dovuto all'attività di una terza persona, pubblica o privata, costituito dall'accusa poi rivelatasi infondata (cfr. Cass. 14 dicembre 2012, n. 23089; Cass. 9 marzo 2012 n. 3737).

La pronuncia più approfondita ed esaustiva sul tema è Cass., sez. un., 14 dicembre 1994, n. 10680.

In essa si afferma che per quanto concerne l'interpretazione dell’art. 1720 del codice civile, da condurre qui alla stregua dei principi che regolano così il rapporto di mandato come quelli di gestione societaria, occorre osservare che il rimborso ivi previsto concerne soltanto le spese sostenute dal mandatario in stretta dipendenza dall'adempimento dei propri obblighi. Più esattamente esso si riferisce alle sole spese effettuate per espletamento di attività che il mandante ha il potere di esigere.

Il legislatore si è così riferito a spese che, per la loro natura, si collegano necessariamente all'esecuzione dell'incarico conferito, nel senso che rappresentino il rischio inerente all'esecuzione dell'incarico (Cass. 17 febbraio 1965 n. 260).

Per la Cassazione l'ipotesi però non si verifica quando l'attività di esecuzione dell'incarico abbia in qualsiasi modo dato luogo ad un'azione penale contro il mandatario, e questi abbia dovuto effettuare spese di difesa delle quali intenda chiedere il rimborso ex art. 1720 cit..

Ciò è evidente nel caso in cui l'azione si riveli, ad esito del procedimento penale, fondata, ed il mandatario-reo venga condannato, giacché la commissione di un reato non può rientrare nei limiti di un mandato validamente conferito (art. 1343 e 1418 cod. civ.).

Ma la verificazione dell'ipotesi non è possibile neppure quando il mandatario-imputato venga prosciolto, giacché in tal caso la necessità di effettuare le spese di difesa non si pone in nesso di causalità diretta con l'esecuzione del mandato, ma tra l'uno e l'altro fatto si pone un elemento intermedio, dovuto all'attività di una terza persona, pubblica o privata, e dato dall'accusa poi rivelatasi infondata. Anche in questa eventualità non è dunque ravvisabile il nesso di causalità necessaria tra l'adempimento del mandato e la perdita pecuniaria, di cui perciò il mandatario non può pretendere il rimborso.

Questa conclusione vale anche quando la citata norma sul mandato debba applicarsi alla gestione societaria. E' vero infatti che qui le modalità di comportamento dell'amministratore non sono preventivamente e rigorosamente determinate nell'atto di conferimento dell'incarico, ma sono caratterizzate dalla più ampia discrezionalità; è però lo scopo sociale l’elemento che fornisce non solo il limite della discrezionalità ma anche il punto di riferimento per distinguere fra atti compiuti dall'amministratore, e immediatamente necessari al perseguimento del detto scopo, ed atti che con lo scopo

medesimo si pongono solo in legame di occasionalità, quali quelli necessari ad una difesa in sede penale.

Molto chiara nel senso indicato è anche la pronuncia del Tribunale di Padova, 31 gennaio 2005, n. 128, la cui massima così recita: "Come chiarito da Cass. Sez. un., 14 dicembre 1994, n. 10680, affinchè l'amministratore di una società di capitali ottenga il rimborso delle spese ai sensi dell'art. 1720, comma 2 c.c., da applicare in via analogica, è necessario che abbia sostenuto tali spese a causa, e non semplicemente in occasione, del proprio incarico. Rientra in quest'ultima fattispecie l'ipotesi in cui le spese siano state effettuate dall'amministratore allo scopo di difendersi in un processo penale iniziato in relazione a fatti connessi all'incarico, e conclusosi col proscioglimento. Nel merito va pertanto escluso che l'attore abbia diritto al rimborso delle spese legali sulla base del rapporto di mandato inerente alla carica di presidente del Consiglio di amministrazione".

3. Conclusione di diritto sostanziale: il Consiglio di amministrazione, pur non essendovi tenuto, può deliberare alle condizioni indicate e sulla base di una motivazione adeguata, il rimborso delle spese legali sostenute dal Presidente quale legale rappresentante della Società per processi penali che siano sfociati in una sentenza di assoluzione.

Sulla base delle due sentenze della Cassazione sopra riportate, appare difficile che il Presidente di una società possa affermare di avere diritto al rimborso e possa di conseguenza vantare vittoriosamente in sede giurisdizionale un diritto di credito contro la società per ottenere il rimborso delle spese legali sostenute.

Questo non significa tuttavia escludere che il Consiglio di amministrazione, nell'ambito della propria autonomia gestionale, possa legittimamente deliberare un tale rimborso, sulla base di una idonea motivazione che dimostri la sua correlazione al buon andamento e alla corretta gestione della società.

Nelle sentenze citate infatti si colgono diversi elementi che inducono a ritenere che, in alcune fattispecie, contrassegnate da una strettissima connessione tra il reato commesso e l'attività della società, come ad esempio nel caso dei reati contravvenzionali relativi al trasporto di rifiuti relativi a società che abbiano come oggetto sociale proprio il trasporto di rifiuti, i comportamenti che abbiano dato luogo al reato contravvenzionale siano così strettamente connesse all'attività della società da far ritenere che esse nella concretezza della vita aziendale "rappresentino il rischio inerente all'esecuzione dell'incarico" di un amministratore che rappresenta una società che opera nel settore del trasporto dei rifiuti.

In altre parole, vi possono essere casi nei quali si può affermare ragionevolmente che alcuni reati contravvenzionali di cui il Presidente sia chiamato a rispondere quale legale rappresentante della società "si collegano necessariamente all'esecuzione dell'incarico conferito, nel senso che rappresentino il rischio inerente all'esecuzione dell'incarico".

Di conseguenza, la scelta gestionale del Consiglio di amministrazione di coprire dette spese legali, per quanto non obbligatoria a stretto rigore di legge, appare del tutto ragionevole e coerente con la specificità di fattispecie siffatte, anche alla luce delle sentenze della Cassazione sopra citate.

Vi è un altro elemento da evidenziare. Tale rimborso al Presidente va qualificato per la società come un atto a titolo gratuito.

A tal proposito va ricordato l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che considera in generale legittimi anche gli atti a titolo gratuito.

Tuttavia, per tutti gli atti che la società effettua senza corrispettivo si richiede l'accertamento in concreto della strumentalità dell'atto al perseguimento di un interesse riconducibile all'attività economica della società (cfr. Cass., 14 settembre 1976, n. 3150 e, più recentemente, Cass. 21 settembre 2015, n. 18449).

Né osta all'attribuzione gratuita a favore di soggetti terzi la capacità della società: vi è infatti la generale capacità giuridica e di agire delle società, anche rispetto ad atti a titolo gratuito e con spirito di liberalità, "salva la tutela dei terzi, e dei creditori, alle condizioni stabilite, e salva la responsabilità varia degli amministratori" (Cass. 21 settembre 2015, n. 18449).

Ovviamente se e quando il beneficiario dell'atto a titolo gratuito sia il Presidente del Consiglio di amministrazione della società, deve essere tenuto in considerazione anche il conflitto di interesse in cui lo stesso verrebbe a trovarsi nella decisione circa l'attribuzione a suo favore di una somma di denaro, per di più senza corrispettivo.

In relazione al profilo del conflitto di interessi, si deve distinguere tra società a responsabilità limitata e società per azioni.

Nella disciplina delle società a responsabilità limitata, infatti, non vi è un'apposita previsione normativa per il conflitto di interessi dell'amministratore.

Diversamente nelle società di capitali, l'art. 2391 c.c. prevede che "L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la

natura, i termini, l'origine e la portata …. Nei casi previsti dal presente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione. Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazione del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data …".

Tale disciplina si articola su tre pilastri: i doveri informativi, il dovere di motivazione, e le conseguenze della violazione di tali doveri.

In dottrina, anche coloro che non propongono l'interpretazione analogica dell'art. 2391 c.c. alle società a responsabilità limitata, considerano comunque necessario che l'amministratore interessato dia informazione agli altri amministratori dell'interesse in conflitto sulla base dei doveri generali di diligenza e di corretta amministrazione ([3]).

Lo stesso dicasi per i doveri di motivazione ([4]).

Dunque sia nel caso della società per azioni sia in quello della società a responsabilità limitata, deve essere illustrato al Consiglio di amministrazione il punto all'ordine del giorno, dando spiegazione dell'interesse in conflitto del Presidente con la società, ma anche che vengano illustrate le ragioni dell'atto facendo emergere la convenienza per la società dell'operazione.

E' inoltre opportuno che il Presidente si astenga dal voto, sia nel caso della società per azioni sia in quello della società a responsabilità

([3]) cfr. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, Giuffré, 2010, pag. 1025 ss..
([4]) cfr. CAGNASSO, *Le società a responsabilità limitata*, Cedam, 2007, pag. 245.

limitata: non essendovi infatti una disciplina specifica per le srl ed essendo non pacifica l'applicazione analogica dell'art. 2391 c.c., la soluzione più cautelativa è che anche nelle srl il Presidente non contribuisca alla delibera.

In sintesi conclusiva, appare fondamentale che tale delibera venga motivata dal Consiglio di amministrazione in modo adeguato.

In particolare, - con riferimento ad un caso in cui i reati contravvenzionali commessi siano strettamente connessi all'oggetto sociale - il Consiglio dovrà evidenziare come dette spese legali attengono a processi relativi a reati contravvenzionali che sono strettamente legati all'attività aziendale, e che quindi hanno un rapporto più causale, che non semplicemente occasionale, rispetto allo svolgimento dell'attività aziendale.

Ciò che viene in questione è infatti il rischio legale per lo svolgimento dell'attività d'impresa che, per legge, grava sul Presidente quale legale rappresentante, anche se è un mero risvolto dell'attività d'impresa della società.

Richiamando ancora - a titolo esemplificativo – il caso del trasporto dei rifiuti, è un dato di comune esperienza che il diritto ambientale relativo alla gestione dei rifiuti, rappresentato anche dal d.lgs. n. 152 del 2006, è estremamente ricco di fattispecie penali contravvenzionali attinenti all'attività di trasporto dei rifiuti, al punto che si può sostenere che il rischio di reati contravvenzionali in questa specifica materia – nella sostanza, anche se non nella forma - rientra nel rischio d'impresa di una società che opera in questo settore. E dunque in tali casi appare ragionevole che di tale rischio si possa comunque fare carico l'impresa, senza che esso venga tutto traslato in capo al legale rappresentante.

Per tale ragione, in casi siffatti, la scelta del Consiglio di amministrazione che, sulla base di una adeguata motivazione, deliberi nell'esercizio della sua autonomia gestionale, di rimborsare tali spese al Presidente pur senza asservi tenuto a stretto rigore di legge, può essere considerata una scelta corretta e opportuna, effettuata nell'interesse della società e rispondente a criteri di corretta amministrazione.

4. Conclusione di diritto processuale: sulla giurisdizione del giudice civile, e non della Corte dei conti, a conoscere della scelta del Consiglio di amministrazione di rimborsare tali spese legali al Presidente.

Prima di indicare gli argomenti per i quali con riferimento alle società a controllo pubblico non sussiste la giurisdizione della Corte dei conti, appare opportuno ricordare altresì un dato di stretta attualità, ossia che, con il d.l. n. 76 del 2020 è stata introdotta, per i comportamenti tenuti dal luglio 2020 al 31 luglio 2021 una limitazione della responsabilità erariale.

E' stato infatti previsto – sotto il profilo sostanziale della responsabilità erariale – che "limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 luglio 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'art. 1 della legge 14 gennaio 1994 n. 20 è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta".

Dunque attualmente e sino al 31 luglio 2021 non sussiste la responsabilità erariale per colpa grave, ma solo quella per dolo.

Fatta questa doverosa premessa sotto il profilo sostanziale, e passando a quello della giurisdizione, decisive sono le pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Ebbene, come evidenziato dalla dottrina ([5]), nel 2011 diverse sentenza delle Sezioni Unite hanno stabilito che l'azione di responsabilità a carico degli amministratori di una società per azioni a partecipazione pubblica, anche se maggioritaria o totalitaria, per il danno patrimoniale subito dalla società stessa, è sottoposto alla giurisdizione del giudice ordinario.

Tale orientamento giurisprudenziale è stato accolto dal TUSP, il quale all'art. 12 prevede che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate siano soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house.

Nel caso invece della società non in house, semplicemente partecipata o a controllo pubblico, l'art. 12 prevede la giurisdizione della Corte dei conti solo per il rappresentante del socio ente pubblico che abbia con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.

Al di là dell'ipotesi della società in house, il danno erariale e la conseguente giurisdizione del giudice contabile possono sussistere solo ove gli enti pubblici della società a controllo pubblico, abbiano subito un "danno diretto" al proprio patrimonio, e non anche un "danno indiretto" quale conseguenza mediata del pregiudizio alla propria partecipazione sociale.

([5]) Cfr. A GROBNER, *I controlli diretti e indiretti dell'ente locale sugli organismi partecipati*, in *Le società partecipate da enti locali*, a cura di M. VENTURATO, Rimini, 2019, pag. 96.

Inoltre, nel caso in cui la società a controllo pubblico di cui si tratta sia una società in utile, che opera nel mercato in modo imprenditoriale producendo utili, appare difficile immaginare che il rimborso delle spese legali sostenute dal Presidente per la difesa in giudizio possa avere un effetto non solo sul valore della partecipazione degli Enti pubblici soci.

Tale valutazione è comunque una valutazione di merito, che dipende anche dal valore quantitativo degli importi delle spese legali di cui si parla. E' ovvio che deve trattarsi di importi che non solo devono essere in sé in linea con i valori medi delle tariffe professionali per cause di questo tipo, ma che altresì non devono pregiudicare la corretta gestione economico-finanziaria e l'utile d'impresa della società a controllo pubblico. E tale valutazione di merito spetta al Consiglio di amministrazione, anche se poi detta valutazione sarà sottoposta al Collegio sindacale e poi dalla stessa Assemblea, ossia in ultima analisi da parte degli enti pubblici soci in sede di approvazione del bilancio.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

IL CONTROLLO PREVENTIVO DI LEGITTIMITÀ. RAPPORTI CON LA RESPONSABILITÀ ERARIALE

di Fulvio Maria Longavita, Presidente della Sezione Seconda Giurisdizionale Centrale d'Appello della Corte dei Conti

SOMMARIO: §-1) Premessa. §-2) Il controllo preventivo di legittimità; §-3)Segue: i parametri del controllo; §-4) Segue: il procedimento; §-5) Segue: gli effetti; §-6) I rapporti del controllo preventivo di legittimità e la responsabilità erariale; §-7) La deliberazione della Sezione Centrale del Controllo di Legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato n.8-PREV/2020; §-8) Conclusioni.

Premessa.

Il presente intervento verte sul *controllo preventivo di legittimità* sui provvedimenti amministrativi della P.A.(Estratto dell'incontro di studio tenuto il 25 giugno 2021 al *Ministero dello Sviluppo Economico*) .

La trattazione, per ragioni di tempo, non riuscirà ad affrontare il tema in tutte i sui molteplici aspetti, né potrà approfondire molto i profili presi in considerazione.

L'obiettivo, invero, è quello di affrontare le problematiche del *controllo preventivo di legittimità* essenzialmente in rapporto ad un caso concreto, che ha riguardato proprio il *Ministero dello Sviluppo Economico* (*Mi.S.E.*), così da catturare ancora meglio l'interesse dei partecipanti all'odierno incontro di studio.

Il caso, considerato nella presente analisi, è quello esaminato, vagliato e definito dalla *Sezione Centrale del Controllo di Legittimità*

sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato con lòa deliberazione n.8-PREV/2020, del 29 ottobre 18 novembre 2020.

Con tale deliberazione, la predetta Sezione ha ricusato parzialmente il visto e la conseguente registrazione di un provvedimento del *Mi.S.E.* con il quale era stato approvato un *Atto Aggiuntivo* (il secondo) modificativo di un *Contratto di Programma*, per la realizzazione di un investimento di una certa consistenza, con correlative agevolazioni pubbliche.

Il caso si presta ad adeguati approfondimenti sul *controllo preventivo di legittimità* in sé e nei rapporti con la giurisdizione in materia di responsabilità erariale, in ragione delle sue specifiche caratteristiche:

a) diniego parziale di registrazione;

b) per valutazioni (a caratura pubblica) sull'istituto gius-privatistico della compensazione (ex artt. 1241 e ss. cc), quale *Modo di estinzione delle obbligazioni diverse dall'adempimento* (ex capo IV, Tit. I del libro IV *Delle Obbligazioni*);

c) con un bilanciamento di interessi che valorizza primariamente le esigenze prudenziali del controllo, a tutela dell'erario, rispetto a quelle prettamente amministrative, perseguite dal *Mi.S.E.*, nell'espletamento della Sua *mission*, rivolta allo sviluppo del Paese.

Il fine ultimo della presente analisi è quello di tentare di evidenziare i criteri del cennato bilanciamento di interessi (comunque pubblici) del controllo e dell'amministrazione attiva, che refluiscono nei rapporti con la Corte dei Conti: rapporti che, seppur costantemente improntati a canoni di *ausiliarietà* per la P.A. [1], a volte possono essere percepiti come un "peso" nella speditezza dell'azione pubblica.

Il tema verrà affrontato, considerando – in termini generali – anche le correlazioni del *controllo* in discorso con la responsabilità amministrativo-contabile, prima e dopo l'entrata in vigore dell'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n.76., che – come noto – ha innalzato la soglia

di rilevanza della predetta responsabilità, ancorandola al *dolo*, nella sua forma (strettamente) penalistica della volontà del danno.

§-2) Il controllo preventivo di legittimità

Il *controllo preventivo di legittimità*, sul piano storico, esprime la prima e più rilevante componente del controllo della magistratura contabile, sin dalla l. 14 agosto 1862, n.800, istitutiva della Corte dei Conti del nuovo Stato Unitario.

Nella visione di Quintino Sella, il *controllo preventivo di legittimità* avrebbe dovuto essere il principale strumento per "*tutelare la pubblica fortuna* [e] *curare l'osservanza della legge da parte di chi le deve la maggiore rinverza, cioè il Potere esecutivo*"[2]

Come ben si comprende anche dal linguaggio, siamo agli albori dello Stato Unitario, che il sistema Fascista contribuì a radicare (quale "risposta" ai vari stati preunitari) mediante un generalizzato accentramento della spesa nei ministeri, e dunque nel Governo centrale, o come ci si esprimeva allora nel "*Potere esecutivo*".

I correlati controlli, ovviamente, non potevano non essere anch'essi accentrati in un'unica Magistratura Contabile romana, con caratteristiche di particolare rigore e diffusività: in pratica, essi investivano tutti gli atti di spesa, anche di minore consistenza.

Il *controllo preventivo di legittimità*, inoltre, in questa sua impostazione d'origine, investiva anche i DD.PP.RR. (ivi compresi quelli che definivano i ricorsi straordinari al Capo dello Stato[3]) e di Governo in senso stretto (adottati a seguito di deliberazione del Consiglio dei Ministri), tra cui anche i Decreti Legge e i Decreti Legislativi[4].

La Corte dei Conti, quale organo accentrato del controllo, aveva essenzialmente un potere di "veto" preventivo sull'efficacia dell'atto, il quale non poteva produrre effetto senza il visto (corrispondente ad una positiva valutazione di legittimità complessiva dell'atto stesso) e la conseguente registrazione. A tale tipo di controllo si è poi aggiunto

anche quello successivo, sempre di legittimità, sui rendiconti dei funzionari delegati. E ciò, man mano che la spesa pubblica è venuta a decentrarsi dai Ministeri, alle articolazioni periferiche delle Amministrazioni dello Stato.

Al controllo sugli atti, peraltro, si è affiancato – sin dalla costituzione della Corte dei Conti del Regno Unitario – anche il controllo sulla gestione complessiva del bilancio dello Stato, mediante il *Giudizio di Parificazione del Rendiconto generale*.

La caratteristica saliente di tale tipo di controllo è che esso veniva esercitato nelle "*forme*" della giurisdizione contenziosa della Corte dei Conti, con la partecipazione del P.M. contabile, ed investiva l'intera gestione del bilancio statale, nelle risultanze del suo rendiconto. Per tal via, esso si affiancava ai (singoli) *Giudizi di Conto,* che riguardavano invece le gestioni particolari dei singoli *Agenti contabili della P.A.*, ossia di coloro che avevano il "*maneggio del danaro pubblico*", ovvero dei beni della P.A. (i c.d. agenti contabili "*a danaro*" o "*a materia*").

Da evidenziare che nel quadro della legge istitutiva della Corte dei Conti, non era ancora venuto a delinearsi il *giudizio di responsabilità*, in una connotazione tecnico-scientifica ed istituzionale autonoma dal *giudizio di conto*, unico giudizio — allora — provvisto di un proprio corredo normativo (Cap. V, artt. 33-48 della legge istitutiva n. 800/1862).

È solo con la legge di contabilità del 1869 (l. 22 aprile 1869, n. 5026) che, "*nell'ambito del giudizio di conto, si enuclea* [il] *nuovo istituto processuale* [del] *giudizio di responsabilità, mediante la previsione che gli ufficiali pubblici stipendiati* […] *dovranno rispondere dei valori che fossero per loro colpa o negligenza perduti dallo Stato*"[5].

In sostanza, nella sua impostazione d'origine, la Corte dei Conti esercitava:

a) una sola forma di controllo, sugli atti, ossia il *controllo preventivo di legittimità*;

b) una sola forma di controllo giurisdizionale, sulle gestioni, ossia il *giudizio di conto* sull'operato dei singoli agenti contabili ("*a danaro*" o "*a materia*"), nel cui ambito va inquadrato anche il *Giudizio di Parificazione*, sul rendiconto generale dello Stato[6].

Il controllo sulla condotta dei funzionari, mediante il *giudizio di responsabilità amministrativa*, al momento della istituzione della Corte dei Conti, non aveva ancora una sua autonomia rispetto alla *responsabilità contabile*.

§-3) I parametri del controllo preventivo di legittimità.

I parametri del controllo preventivo di legittimità dell'epoca erano soltanto quelli attinenti alla c.d. *legittimità formale*. Si aveva riguardo, in pratica, alla pura e semplice violazione di legge, nel suo dato estrinseco.

Accanto alle forme tipizzate di violazione di legge, costituite dalla "*incompetenza*" (attinente all'ordine della distribuzione del potere amministrativo nell'ambito di una stessa amministrazione, specificamente stabilito dalla legge) e dell' "*eccesso di potere*" (attinente alla funzionalizzazione dell'azione pubblica ai fini per i quali il potere pubblico era stato conferito dall'ordinamento), si ponevano tutti gli altri vizi generali (innominati) di legittimità, attinenti ai tempi e ai modi di adozione dell'atto, nonché ai sui ambiti applicativi, anche per i soggettivi che ne erano i destinatari.

I possibili vizi dell'atto quindi, vale ribadirlo, si riducevano – sempre e comunque – alla mera "*violazione di legge*".

Lo stesso *eccesso di potere*, nell'elaborazione evolutiva che ha avuto nella Magistratura Amministrativa (quale vizio "*interno*" all'atto), dalla Corte dei Conti dell'epoca veniva sindacato solo nella sua forma estrema (estrinseca e formale) dello "*straripamento di potere*"

(*détournement de pouvoir*), sconfinante con il difetto assoluto di competenza.

Al sistema di controllo preventivo di legittimità sugli atti, come si è detto, si è poi venuto ad affiancare il controllo successivo su rendiconti dei funzionari delegati.

In questa prima fase, il controllo preventivo (e successivo) di legittimità sugli atti (e sui rendiconti) era previsto e disciplinato dalle disposizioni del T.U. della Corte dei Conti, ossia dal R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, che nella sostanza delle cose aveva raccolto (e riproposto) le stesse disposizioni della legge istituiva della Corte medesima.

In quella stessa epoca, la giurisdizione nelle materie della contabilità pubblica e della *responsabilità erariale*, che nel frattempo aveva assunto una sua autonomia dal *giudizio di conto*, era esercitata da due Sezioni giurisdizionali soltanto, aventi sede a Roma, alle quali si erano aggiunte con il tempo anche altre Sezioni per la materia pensionistica: una per le pensioni Civili, una per le pensioni Militari e ben cinque per le pensioni di Guerra.

Il sistema così impostato ha retto fino al 1993, allorquando con una serie di reiterati decreti legge, poi convertiti dalle leggi n.19 e n.20 del 19 gennaio 1994, la Corte dei Conti, nelle sue articolazioni di controllo e giurisdizionali, ha subito una profonda trasformazione.

In pratica:

a. sono state istituite le Sezioni Giurisdizionali Territoriali con i relativi Uffici di Procura erariale in tutte le regioni, a cui hanno poi fatto seguito analoghe Sezioni Territoriali di Controllo;
b. è stata disposta una drastica riduzione degli atti amministrativi da sottoporre al *controllo preventivo di legittimità* ed al conseguente visto della Magistratura Contabile;
c. sono stati delineate nuove forme di controllo, non più sugli atti o sui rendiconti amministrativi dei funzionari delegati, ma "*di*"

gestione e "*sulle*" gestioni pubbliche, a carattere essenzialmente "*collaborativo*".

Nel frattempo, una delle più rilevanti "rivoluzioni" logico-culturali del nostro sistema giuridico pubblico veniva realizzata dalla l. 7 agosto 1990, n.241, che all'art. 1 elevava a rango di "*Principi generali dell'attività amministrativa*" i "*criteri di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza*" dell'azione pubblica.

Trattasi, è appena il caso di rilevarlo, di criteri che hanno una loro specifica valenza ermeneutica, non solo in sede giurisdizionale, per la soluzione delle controversie nei "*casi dubbi*", per i quali manca una specifica disposizione normativa o si mostri insufficiente *l'analogia legis*, ma anche in sede di organizzazione e controllo delle azioni pubbliche, ex art. 12 delle *disposizioni sulla legge in generale*. E ciò, in un contesto tale da investire non soltanto il sistema italiano, ma anche "*ordinamento comunitario*" (v. ancora art. 1, della l. n. 241/1990).

Per tal via, l'area principale del c.d. "*merito*" dell'azione amministrativa, legata all'*efficacia*, *efficienza* ed *economicità* dell'azione stessa, è assurta a principale componente parametrica della c.d. "*legalità sostanziale*" dell'azione pubblica, in una visione unitaria e finalistica, rispetto agli obiettivi pubblici perseguiti, da affiancare (se non da contrapporre) alla legittimità c.d. "*formale*", basata sul mero rispetto estrinseco della legge.

Le valutazioni di *efficacia, efficienza* ed *economicità* dell'agire pubblico, in chiave di legittimità, hanno aperto ad un apprezzamento delle norme sull'organizzazione e sull'azione della P.A. che tenesse conto non solo dei tre fondamentali criteri – *letterale*, *sistematico* e *teleologico* – di interpretazione delle norme, stabiliti dal precitato art. 12 delle *disposizioni sulla legge in generale*, ma anche del criterio ulteriore, costituito dallo *spirito* delle norme stesse, quale profilo ermeneutico intrinseco e più recondito della semplice *ratio* (storica o

logica), che pure partecipa all'esegesi della disposizione di volta in volta considerata.

In questa ottica, è abbastanza intuitivo l'emergere di un particolare assetto valoriale, assolutamente rilevante sul piano interpretativo-applicativo delle norme di diritto amministrativo, che ne ricerca il costante allineamento alla dorsale assiologica dei *diritti inviolabili dell'uomo* (ex art. 2 ed artt. 13 e ss. Cost.), quale fine ultimo del diritto amministrativo, nell'opera di *umanizzazione* del diritto stesso, anche nella sua componente *gius-contabile*[7], attinente – quest'ultima – all'area "interna" dei rapporti con i dipendenti pubblici, nelle sfere delle loro responsabilità erariali.

In questa ottica, i bilanci delle pubbliche amministrazioni e il loro sistema di gestione, basato anche sull'adozione dei singoli atti di spesa, con il correlato controllo della Corte dei Conti, nella duplice forma contenziosa e non contenziosa (ex artt. 100, c. 2, e 103, c. 2, Cost.), appaiono lo strumento privilegiato per la realizzazione – in concreto – del principio di uguaglianza sostanziale, ex art. 3, c. 2, Cost. [8]. Il che assume un particolare rilievo soprattutto per quei gangli dell'Amministrazione pubblica, come il *Mi.S.E.*, che compartecipano fattivamente allo sviluppo del Paese, promuovendo e coordinando forme concrete di attuazione della nostra "*costituzione economica*" (v., nel suo nucleo essenziale, artt. 35-47 Cost.)[9], da indirizzare e coordinare a fini sociali, pur nel rispetto della iniziativa economica privata, mediante "*programmi e opportuni controlli*" (ex art. 41 Cost.). E ciò anche nell'interesse dei mercati e dei cittadini, in funzione – sempre – dei loro "*diritti inviolabili*" (ex artt. 2 e 3 Cost.).

§-3) Segue: Il procedimento. Cenni alla *registrazione con riserva*.

Il procedimento del controllo preventivo di legittimità, seppur ridotto ai soli atti elencati nell'art. 3 della precitata l. n. 20/1994, è rimasto sostanzialmente lo stesso di quello delle origini, anche nei tempi del suo esercizio.

Esso è espletato da un Ufficio *ad hoc*, al quale è preposto (con funzioni semidirettive) un *Consigliere delegato* ed un congruo numero di *magistrati istruttori*.

L'Amministrazione trasmette l'atto all'ufficio della Corte. Il *magistrato istruttore*, competente secondo l'ordine interno di riparto della funzione di controllo, esamina l'atto e lo propone per l'ammissione a visto al *Consigliere delegato*, se non rileva illegittimità.

Ricorrendo il conforme avviso del *Consigliere delegato*, l'atto viene ammesso a visto e alla conseguente registrazione, per essere poi restituito all'Amministrazione che lo ha adottato.

Qualora, invece, l'atto presenta dei vizi di legittimità, il *magistrato istruttore* li contesta all'Amministrazione che ha adottato l'atto, mediante un apposito *foglio* [o nota] *di rilievo* e fissa un termine (non superiore a 30 gg.), entro cui far pervenire i necessari chiarimenti e/o gli ulteriori elementi (integrativi) di giudizio.

Se i chiarimenti sono ritenuti soddisfacenti, l'atto riprende e prosegue il corso già decritto, con la conseguente ammissione a visto e registrazione. Diversamente (ossia, in caso di persistenza dei dubbi di legittimità sull'atto da parte dell'*Ufficio di controllo* o di anche uno soltanto dei magistrati che lo hanno esaminati, *Istruttore* o *Consigliere delegato*), la decisione sulla sua ammissibilità a visto è rimessa alla *Sezione Centrale di controllo di legittimità sugli atti di Governo e delle Amministrazioni dello Stato*, nella composizione collegiale semplice o nel suo *plenum dell'Adunanza Generale*, a seconda della latitudine e profondità della rilevanza della questione da definire[10].

Relativamente ai tempi del procedimento di controllo, è da dire che prima della l. n. 20/1994, non era stato stabilito alcun termine, e ciò – oggettivamente – ha creato talvolta anche qualche criticità. Simili inconvenienti, oltre che ragioni di maggior semplificazione e snellezza dell'azione amministrativa, hanno comportato l'introduzione di un

termine per la conclusione del procedimento del controllo, scaduto inutilmente il quale l'atto deve ritenersi ammesso ugualmente a visto.
Il termine, fissato in un primo momento dall'art. 3, c. 2, dell'appena citata l. n. 20/1994 in trenta giorni, al netto dei tempi di risposta dell'Amministrazione agli eventuali rilievi della Magistratura contabile, è stato poi fissato in 60 gg. dalla l. 24 novembre 2000, n.340, ivi comprendendo anche l'eventuale deferimento all'organo collegiale della *Sezione di controllo*.
Vale precisare che l'esito dell'esame collegiale della *Sezione di controllo* va comunicato subito all'Amministrazione interessata, "*nelle 24 ore successive alla fine dell'adunanza*", mentre la relativa deliberazione "*va pubblicata entro 30 gg*." (ex art. 27, c. 2, della precitata l. n. 340/2000).
Il procedimento di controllo appena descritto è quello ordinario.
Occorre ora fare un breve cenno all' "*Ammissione a visto con riserva*", non potendo approfondire l'argomento per ragioni di tempo [11].
Il procedimento speciale della *Registrazione con riserva* si innesta su quello ordinario, descritto poc'anzi, e lo prosegue, come forma del tutto eccezionale, davanti alle *Sezioni Riunite* della Corte dei Conti.
Trattasi di un procedimento che, dal lato dell'Amministrazione, impegna il Governo nella sua composizione collegiale, in quanto presuppone una deliberazione del Consiglio dei Ministri che chiede appunto alla Corte dei Conti di registrare *con riserva* l'atto che non ha superato il vaglio ordinario del controllo, ex art. 25 del r.d. n.1214/1934.
Nell'*ammissione a visto con riserva*, in sostanza, l'atto resta illegittimo, nelle valutazioni della Magistratura contabile, ma viene ugualmente ammesso a visto ed alla conseguente registrazione, dacché il Governo, mediante la predetta deliberazione, ne "ordina" la registrazione, assumendosene la responsabilità (politica) davanti al Parlamento.

In questa ottica, la Corte dei Conti comunica gli atti registrati con riserva "*direttamente agli uffici di presidenza del Senato e della Camera dei Deputati*", ex art. 26 del r.d. n.1214/1934.

Le Sezioni Riunite devono comunque negare il *visto con riserva*, dando luogo al c.d. *rifiuto assoluto di registrazione*, nei casi previsti dall'art. 25, c. 2, del r.d. n.1214/1934, ossia nei casi di: a) spese eccedenti lo stanziamento, ovvero imputabili ai residui e non alla competenza e viceversa, ovvero ancora imputabili ad un capitolo diverso da quello indicato nell'atto soggetto a controllo; b) nomine e promozioni di personale, disposte oltre i limiti di organico; c) accreditamenti a funzionari delegati per importi eccedenti i limiti di legge.

§-4) Segue: gli effetti del controllo.

Quanto agli effetti, il *controllo preventivo di legittimità* non partecipa alla struttura dell'atto, ma si inserisce nella sua c.d. *fase integrativa di efficacia*.

In pratica, l'atto assoggettato al controllo preventivo di legittimità è in sé perfetto, ma non produce ancora i suoi effetti, fintanto che non sia stato ammesso a visto ed alla conseguente registrazione della Corte dei Conti.

Peraltro, le ragioni di snellimento dell'azione amministrativa, che hanno portato a fissare stringenti limiti temporali per l'esercizio del controllo in discorso, comportano – come anticipato – che gli atti soggetti al controllo "*divengono in ogni caso esecutivi trascorsi 60 gg. dalla loro ricezione, senza che sia intervenuta una pronuncia della Sezione del controllo*", ex art. 27, c. 1, della l. n. 340/2000.

Fino all'esito positivo del controllo, pertanto, l'atto non può produrre effetti, in quanto sottoposto ad una sorta di *condicio iuris* di efficacia[12]. Ottenuto il visto, gli effetti dell'atto retroagisco alla data della sua adozione: si producono cioè con effetto *ex tunc*.

Prima dell'ammissione a visto, dunque, l'atto non può essere portato ad esecuzione e qualora fosse comunque eseguito, il controllo stesso diventerebbe del tutto inutile, per cui la Corte dovrebbe concludere il procedimento con una pronuncia di "*non luogo a provvedere*" e chi ha eseguito l'atto se ne assume ogni responsabilità, disciplinare ed erariale.

Insomma, in casi del genere, così come per le ipotesi di diniego di registrazione, l'atto amministrativo non vale come valido titolo giuridico di impegno di spesa. La spesa stessa, invero, può essere sostenuta soltanto ricorrendo all'istituto giuscontabile del riconoscimento *di debito*[13].

Tale istituto, è appena il caso di accennarlo, comporta che il relativo provvedimento deve essere comunicato oltre che agli uffici di controllo, anche a quelli della Procura della Corte dei Conti presso la Sezione Giurisdizionale territorialmente competente, per l'accertamento di eventuali responsabilità erariali, ex art. 23, c. 5, della l. n. 289/2002 (legge finanziaria 2003).

Il "*visto*" e la *"registrazione*", come condizione di efficacia dell'atto soggetto a controllo, proprio perché integra gli effetti dell'atto e non ha una sua sfera autonoma di espressione giuridico-amministrativa di tipo "costitutiva" dell'atto stesso, non può essere autonomamente impugnato.

Né, del resto, l'esito positivo del controllo crea vincoli di giudicato.

L'atto ammesso a visto ed alla conseguente registrazione, infatti, resta liberamente valutabile sia dalle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti, sia dai giudici degli altri plessi giurisdizionali.

L'esito positivo del controllo preventivo di legittimità può avere un solo profilo di "interferenza" con la responsabilità erariale, e quindi con la giurisdizione della Corte dei Conti che tale forma di responsabilità è chiamata ad accertare, limitatamente alla sussistenza

della *colpa grave* in chi ha eseguito l'atto ammesso a visto e alla conseguente registrazione.

La questione investe un aspetto delicato dei rapporti tra le funzioni di controllo e giurisdizionali della Magistratura contabile e verrà diffusamente trattato nel paragrafo seguente. Qui è sufficiente considerare che le eventuali esimenti di responsabilità, per carenza di colpa grave, si raccordano agli esiti positivi del controllo che siano stati espressi con l'ammissione a visto e alla conseguente registrazione, ma non anche a quelli che si verificano per mera consunzione del potere di controllo, per inutile decorso del termine di 60 gg., ex art. 27 della l. n. 340/2000.

§-5) I rapporti tra le funzioni di controllo e giurisdizionali della Corte dei Conti. In particolare i rapporti del controllo preventivo di legittimità con la responsabilità erariale, ex l'art. 17, comma 30-*quater* del d.l. n. 78/2009, convertito dalla l. n. 102/2009 e s.m.i.

Sin dalla legge istitutiva della Corte dei Conti dello Stato Unitario, l'esercizio delle due principali funzioni della Magistratura contabile (controllo e giurisdizione) si è normativamente ispirato a canoni di separazione e, si direbbe, di reciproca indifferenza.

L'art. 15 della legge istitutiva, infatti, esprimeva chiaramente il principio di separazione tra controllo e giurisdizione, prevedendo che: "*La responsabilità dei ministri non viene mai meno in qualsiasi caso per effetto della registrazione e del visto della Corte*".

Il principio della "separazione" delle funzioni di controllo e delle funzioni giurisdizionali della Magistratura contabile è stato ribadito dalle norme del 'ventennio', mediante la riformulazione nell'art. 27 del R.d. 12 luglio 1934 n. 1214 (T.U. delle leggi sull'ordinamento della Corte dei Conti) della regola della indifferenza della responsabilità erariale "dei Ministri" alla "registrazione [ed al] visto della Corte", con parole del tutto identiche a quelle del precitato art. 15 della l. n. 800/1862.

Del resto, anche nella (allora) nuova "*Legge di contabilità*" (R.d. 18 novembre 1923, n. 2440), era stato puntualizzato che: "*La responsabilità dei funzionari […] non cessa[va] per effetto della registrazione o l'applicazione del visto da parte della Corte dei Conti sugli atti d'impegno e sui titoli di spesa*" (v. art. 81, comma 2).

È evidente che lo "spirito" di separazione al quale si era informato il sistema normativo *post unitario* della contabilità pubblica, e di riflesso l'assetto operativo della Corte dei Conti, fino all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, non era affatto "garantista", teso com'era a dare rilevanza alla responsabilità erariale anche dopo (e nonostante) la "*registrazione* [ed il] *visto della Corte dei Conti*", in una potenziale persistenza della responsabilità stessa non del tutto spiegabile, almeno per i profili esaminati dagli uffici di controllo.

La regola è passata nell'ordinamento repubblicano ed ha continuato ad operare in esso con un diverso "spirito", compatibile con i valori della Costituzione del '48 e segnatamente con quelli del "*diritto di difesa*" degli amministratori e dipendenti pubblici (*ex* art. 24 Cost.).

In questa nuova visione, il principio di separazione dell'esercizio delle funzioni della Corte dei Conti è venuto a consolidarsi come limite alla possibilità di attingere dall'attività del controllo elementi (e soprattutto prove) per il giudizio di responsabilità erariale, in coerenza con l'autonoma e separata previsione costituzionale della Corte dei Conti nell'art. 100 (tra "*Gli organi ausiliari*"[14]), per le funzioni di controllo, e nell'art. 103 (nella "*Magistratura*"), per le funzioni giurisdizionali[15].

Il nuovo assetto operativo, peraltro, è entrato progressivamente in crisi, man mano che il processo di integrazione europea è andato affermandosi, al punto di richiedere anche modifiche normative di rango costituzionale (v. l. cost. 20 aprile 2012, n. 1).

Nel reale assetto operativo della Corte dei Conti, comunque, l'antica regola dell'esercizio separato delle funzioni di controllo rispetto a

quelle giurisdizionali non è stata mai pienamente realizzata. Gli organi di controllo, infatti, hanno sempre segnalato al p.m. contabile i fatti produttivi di (possibili) danni erariali, ed il p.m. contabile, dal canto suo, ha evitato di attivare pretese erariali per danni rapportabili ad atti o provvedimenti che avevano superato il vaglio degli organi di controllo della Corte medesima, nell'evidente — seppur normativamente inespressa — unità formativa, finalistica ed etico-culturale della Magistratura contabile.

L'impianto delineato dalle disposizioni degli anni '30-40 non ha subito rilevanti modifiche, relativamente ai rapporti tra controllo e giurisdizione, neanche con la riforma degli anni '90 (*ex* leggi nn. 19-20 del 1994 e s.m.i.). Alla formale attestazione di principio della separazione dell'esercizio delle due funzioni, infatti, è continuato a corrispondere una intrinseca, sostanziale esigenza di un loro coordinamento, per il corretto, equilibrato esplicarsi del ruolo della Corte nel suo complesso.

Il principio di separazione, nella sostanziale divaricazione tra astratta previsione normativa e reale portata applicativa, peraltro, ha avuto riflessi anche sull'esercizio della funzione consultiva della Corte.

Limitata, dapprima, ai soli pareri resi dalle Sezioni riunite in sede di emanazione dei regolamenti e dei modelli di contabilità (*ex* art. 13 del r.d. n. 1214/1934 ed art. 1 del R.d.l. 9 febbraio 1939, n. 273), la funzione consultiva della Corte dei Conti è stata notevolmente ampliata dall'art. 7, comma 8, della l. 3 giugno 2003, 131 (c.d. legge "*La Loggia*").

Nel quadro articolato e complesso delle reciproche, frequenti implicazioni ed intersecazioni delle due funzioni a confronto (controllo e consultiva, da un lato, e giurisdizione, dall'altro), è parso che i tempi fossero maturi per giungere ad una chiara esplicitazione normativa dei rapporti concretamente affermatisi tra le cennate funzioni, nell'ambito della Magistratura contabile. Di qui la delega

dell'art. 20, comma 2, lett. *p*), della l. 7 agosto 2015, n. 124, nella quale è stata chiaramente espressa la necessità di: "*disciplinare esplicitamente le connessioni tra risultanze ed esiti accertativi raggiunti in sede di controllo e documentazione ed elementi probatori producibili in giudizio, assicurando altresì il rispetto del principio secondo cui i pareri resi dalla Corte dei Conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi, siano idoneamente considerati, nell'ambito di un eventuale procedimento per responsabilità amministrativa, anche in sede istruttoria, ai fini della valutazione dell'effettiva sussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità*".

Il codice di giustizia contabile, approvato con d.lgs. 26 agosto 2016, n.174, ha regolato questi aspetti con alcune disposizioni, concernenti – da un lato – l' "*onere*" dei magistrati del controllo di segnalare alle "*competenti procure regionali i fatti dai quali possono derivare responsabilità erariali che emergano nell'esercizio delle loro funzioni*" (v. art. 52, c. 4, c.g.c.) e – dall'altro lato – il dovere di considerare i pareri delle Sezioni di controllo in sede istruttoria di responsabilità erariale, per possibili archiviazioni (v. art. 69, c. 2, c.g.c., ovvero in sede decisoria, per eventuali assoluzioni (ex art. 95, c. 4, cg.c.). Esula dalla presente analisi la trattazione dei menzionati aspetti[16], mentre vi rientrano appieno i rapporti tra il *controllo preventivo di legittimità* e l'accertamento della *responsabilità erariale*, nella regolamentazione che essi hanno ricevuto ben prima dell'entrata in vigore del codice di giustizia contabile, con l'art. art. 17, c. 30-*quater*, del d.l. n. 78/2009 (convertito dalla l. n. 102/2009), che ha affermato l'esonero da responsabilità per gli atti ammessi a visto nell'esercizio del predetto controllo.

L'appena citato art. 17, c. 30-*quater*, ha ribaltato il canone storico della "indifferenza" della responsabilità erariale alla registrazione degli

atti amministrativi. Le relative disposizioni, tecnicamente, ancorano la carenza di responsabilità alla mancanza di *colpa grave*. Esse attribuiscono all'esito positivo del controllo preventivo di legittimità il valore di *prova legale* della carenza della colpa stessa, "[allor]*quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del* [medesimo] *controllo*".

Com'è agevole desumere dal tenore letterale della norma, l'esimente soggettiva si collega ad un "*fatto dannoso*" che tragga origine dall'atto registrato.

La carenza della colpa grave, dunque, insiste su una condotta dannosa successiva all'adozione dell'atto, posta in essere dopo la sua registrazione, che fa affidamento proprio sull'ammissione a visto dell'atto stesso, sotto il profilo della sua legittimità, attestata dall'esito favorevole del controllo della Corte dei Conti.

Esaminando gli atti che l'art. 3 della l. n. 20/1994 prevede siano sottoposti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti è possibile individuarne e distinguerne alcuni che sono privi di capacità lesiva intrinseca, come gli "*atti normativi a rilevanza esterna*" e quelli "*generali attuativi di norme comunitarie*" (*ex* lettera *c*), ed altri invece che di per se stessi (*self-executing*) possono ledere il patrimonio pubblico e/o i beni-valori della contabilità pubblica presidiati da sanzioni pecuniarie, come gli "atti e contratti concernenti studi e consulenze" (*ex* lettera *f-ter*).

L'esonero da responsabilità per "*carenza di colpa grave*" ha un suo concreto spazio operativo soltanto per i fatti che danno attuazione agli atti non immediatamente lesivi dei beni-valori della contabilità o del patrimonio pubblico, ai quali la registrazione della Corte dei Conti conferisce efficacia, così da ingenerare un *errore scusabile* sulla legittimità dell'atto stesso in chi lo ha eseguito. È proprio nella

scusabilità di un simile errore che, tecnicamente, si individua l'efficacia esimente dell'ammissione a visto e, dunque, la mancanza della colpa stessa.

Per gli atti "*auto-esecutivi*", immediatamente lesivi del patrimonio pubblico o dei beni-valori della contabilità pubblica, invece, la registrazione della Corte non incide in alcun modo sulla colpa di chi li ha adottati, atteso che l'attività di "emanazione" degli atti in discorso si è conclusa ben prima della loro ammissione a visto e perciò non ne è stata influenzata in alcun modo.

In coerenza con una interpretazione letterale delle disposizioni dell'art. 17, comma 30-*quater*, si dovrebbe dunque sostenere che per gli atti "*auto-esecutivi*" (*self-executing*) non valga l'esimente soggettiva della carenza della colpa grave, che si lega alla registrazione della Corte dei Conti.

Se però, allargando l'ambito interpretativo, si dovesse considerare lo '*spirito*' della norma nel suo complesso, allora si potrebbe anche sostenere che la registrazione degli atti in discorso fa ugualmente venire meno la responsabilità di chi li ha adottati, ma per un profilo diverso dalla carenza della *colpa grave*, magari legato alla valenza causale dell'ammissione a visto, quale "condizione di efficacia" di tali atti (*ex* art. 41, comma 2, c.p.), ovvero al valore sanante dell'illegittimità degli atti stessi.

Il valore legale della presunzione di assenza della colpa grave che si lega all'ammissione a visto, dovrebbe comunque restare circoscritta alle sole fattispecie nelle quali è materialmente ipotizzabile la rilevanza dell'errore scusabile, ingenerato dall'ammissione a visto medesimo, nel senso dianzi indicato. Per gli altri casi, invece, l'ammissione a visto avrebbe il più limitato valore di una presunzione "*semplice*" di carenza di responsabilità (ex art. 2727 cc), superabile (se del caso, anche solo parzialmente) con gli altri mezzi di prova in atti.

Analogamente, la norma parrebbe non ricomprendere nell'esimente da "*ammissione a visto*" gli illeciti contabili a base sanzionatoria, data l'assenza in essi del danno.

L'art. 17, c. 30-*quater*, infatti, espressamente correla la carenza della colpa grave agli illeciti da "*fatto dannoso*" e, quindi, agli illeciti a base risarcitoria soltanto.

Una interpretazione coerente con lo '*spirito*' e la '*ratio*' della norma, tuttavia, induce a ritenere che l'esimente in discorso si applichi anche agli illeciti a base sanzionatoria. E ciò, sia con riferimento agli atti "*auto-esecutivi*", per i quali l'esimente rileva — come anticipato — sotto il profilo della legittimità dell'atto e/o della limitazione del nesso di causalità, sia con riferimento agli atti non "*auto-esecutivi*" (generali, normativi, di programmazione, ecc.), per i quali essa può emergere nella sua vera portata soggettiva di esonero dalla *colpa grave*. Anche nell'illecito contabile sanzionato con misure pecuniarie, infatti, rileva l'elemento psicologico, nell'entità fissata di volta in volta dalle disposizioni che ne delineano il precetto, secondo il principio di tipicità che caratterizza tale illecito, *ex* art. 23 Cost. [17].

Ad ogni buon conto, la registrazione della Corte esonera da responsabilità "*limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo*", come espressamente stabilito dall'art. 17, comma 30-*quater* più volte citato.

La norma ha operato una puntualizzazione opportuna, sul piano della chiarezza, ma superflua sul piano logico, essendo del tutto ovvio che i profili per i quali opera l'esimente non possono essere che quelli "*presi in considerazione nell'esercizio del controllo*".

È da precisare però, per quanto detto al precedente § 3), che i "profili" da considerare nel controllo preventivo di legittimità non sono soltanto quelli estrinseci, della "*legittimità formale*", alla stregua dei quali il controllo stesso è stato storicamente esercitato. Essi ricomprendono ormai anche gli aspetti della "*legittimità sostanziale*",

correlati alla "efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa" (*ex* art. 1 della l. n. 241/1990)[18] , ai quali si aggiungono quelli della "*legalità finanziaria*"[19], coessenziali all'agire pubblico, costituiti dalla salvaguardia degli equilibri di bilancio e della sostenibilità del debito, oltre che della destinazione dei mutui alle sole spese di investimento (*ex* artt. 8l, 97 e 119 Cost.).

Il riscontro della corrispondenza dell'atto ai cennati parametri di legittimità (formale e sostanziale), peraltro, opera diversamente, a seconda della natura dell'atto da esaminare.

Relativamente agli atti "*auto-esecutivi*" ed immediatamente lesivi dei beni-valori della contabilità pubblica e/o del patrimonio pubblico, l'esimente dell'ammissione a visto per i "*profili presi in considerazione*", in quanto strettamente connessi agli effetti "tipici" dell'atto esaminato, impone il loro immediato, completo esame, in corrispondenza all'altrettanto immediata efficacia degli atti stessi. Simili atti offrono margini di "*riserva di controllo*" e di ulteriori valutazioni molto ristretti, così che la loro ammissione a visto — sul piano generale — pone una presunzione (semplice) di esonero da responsabilità in maniera pressoché automatica.

Per gli atti che, invece, necessitano di una successiva condotta attuativa e per i quali è anche difficile coglierne subito tutte le possibili implicazioni future, ben possono essere indicati i profili specifici di ammissione a visto, limitando ad essi soltanto la positiva valutazione del controllo e la relativa presunzione (legale) di carenza di colpa.

Nello spirito di chiarezza e collaborazione istituzionale che si pone a base delle relazioni di controllo della Corte dei Conti potrebbero essere valorizzate, a tal fine, i tradizionali "*rilievi a vuoto*", o forme equivalenti, che consentono di rendere ostensive le ragioni di ammissione a visto di atti non perfettamente aderenti agli indicati parametri di legittimità al momento del controllo, ma suscettibili di

rientrarvi al verificarsi di situazioni prevedibilmente prossime, affidate nella loro concreta verifica alle responsabili determinazioni dell'Amministrazione.

In particolare, per gli atti generali e/o di durata, come quelli di "programmazione" (*ex* lettera *c*) dell'art. 3, comma 1, della l. n. 20/1994, o che impartiscono "direttive generali per l'indirizzo e per lo svolgimento dell'azione amministrativa" (*ex* lettera *b*) del precitato art. 3, comma 1), la delimitazione dei profili considerati per l'ammissione a visto, da parte dell'ufficio di controllo, aiuta a comprendere meglio gli effetti esimenti del positivo esercizio delle relative funzioni.

Le eventuali questioni che dovessero insorgere in sede giurisdizionale sulla esatta delimitazione dei "*profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo*", ai quali ancorare gli effetti dell'ammissione a visto, andranno risolte con l'acquisizione degli atti del controllo medesimo, quali mezzi istruttori prevalenti, se non esclusivi dello specifico aspetto in contestazione. Trattasi di acquisizione che può essere disposta anche su iniziativa del giudice, qualora gli atti del controllo non fossero stati allegati dalla parte che vi ha interesse, per carenza della loro (materiale) disponibilità.

L'art. 17, comma 30-*quater* del d.l. n. 78/2009 e s.m.i., invero, non stabilisce alcun onere di allegazione di parte, a differenza dell'art. 95, c. 4, c.g.c. che sembra ancorare la valutabilità dei pareri della Corte dei Conti alla loro produzione in giudizio.

È da chiarire che la parte che può avere interesse alla produzione degli atti del controllo non è necessariamente il convenuto, che ovviamente si avvale dell'esito positivo del controllo stesso. Anche la Procura, infatti, può vantare un interesse analogo, soprattutto nei casi di esito negativo del controllo con esecuzione del provvedimento non ammesso a visto . Ipotesi del genere, anzi, potrebbero anche aggravare la posizione del convenuto, per gli aspetti della maggiore

consistenza dell'elemento psicologico, ovviamente sempre nei limiti dei "profili presi in considerazione nell'esercizio controllo" [20]

§-7) La deliberazione della Sezione Centrale del Controllo di Legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato n.8-PREV/2020

Nel descritto contesto, attinente alle caratteristiche generali del *controllo preventivo di legittimità*, va collocata – ora – l'analisi dei tratti salienti della deliberazione della *Sezione Centrale del Controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato* n. 8-PREV/2020.

La deliberazione, come anticipato sub precedente §1), ha riguardato il decreto di approvazione del secondo atto aggiuntivo di un *Contratto di Programma*, stipulato dal *MiSE* con un *Consorzio di Imprese*, per la realizzazione di investimenti di una certa consistenza, e si è risolta nella non ammissione a visto del provvedimento stesso, nella parte in cui aveva stabilito di differire ad un momento successivo alla sua data naturale la *compensazione legale*, ex art. 1243 cc, delle reciproche partite debitorie-creditorie, correlata a quella della loro coeva maturazione.

In altri termini, la deliberazione in riferimento non ha ammesso a visto il provvedimento del *MiSE* laddove (terzo comma dell'articolo unico dell'atto aggiuntivo) aveva stabilito di non ripetere subito, con il secondo atto di erogazione del contributo pubblico (costituente una voce di credito per il *Consorzio*) l'indebito maturato sul primo atto di erogazione (costituente una voce di credito per il *Mi.S.E.*) e di attendere il terzo atto di erogazione del contributo, in deroga al precitato art. 1243 c.c. .

Senza entrare nel merito (e nei dettagli) della deliberazione, i punti di maggiore interesse della stessa, nell'impostazione della presente analisi, vanno individuati nel fatto che:

a. per la parte ammessa a visto, essa ha espresso una positiva valutazione di legittimità del provvedimento sottoposto a controllo, così assicurando l'esonero da eventuali forme di responsabilità amministrativo-contabili legate alla sua adozione e/o esecuzione;
b. per la parte non ammessa a visto, ha ugualmente espresso una valutazione che esclude in radice eventuali iniziative di responsabilità erariali, avendo posto le condizioni per recuperare subito l'indebito maturato sul primo atto di erogazione del contributo, senza attendere il terzo atto di erogazione, così escludendo ogni danno da mancato recupero.

Tale ultima considerazione, è bene incidentalmente precisarlo, vale soltanto nella misura in cui il secondo atto di erogazione non fosse stato ancora disposto alla data della deliberazione di controllo in rassegna o, se disposto, non fosse passato molto tempo tra la data della deliberazione stessa e quella delle iniziative di recupero delle somme indebitamente erogate.

Nella parte del provvedimento ammessa a visto, quindi, la deliberazione della Sezione di Controllo si pone come causa esimente da responsabilità per carenza della *colpa grave* e/o del *nesso di causalità*, nei termini indicati nel precedente § 6).

Nella parte non ammessa a visto, invece, la deliberazione in discorso incide sulla eventuale azione di responsabilità erariale, in quanto esclude in radice la verificabilità di un possibile *danno* da mancato recupero dell'indebito, sempreché – si ripete – la erogazione della seconda *tranche* del contributo pubblicononon fosse stata già disposta o non fosse passato molto tempo tra la data della deliberazione di controllo e le iniziative di recupero.

Senonché, e con ciò si passa al profilo del *bilanciamento degli interessi pubblici* implicati del procedimento di controllo esitato dalla deliberazione in rassegna, dal conteso generale della deliberazione

stessa emerge anche il rischio di un possibile, eventuale danno ulteriore, diverso e maggiore da quello da mancato recupero dell'indebita erogazione del contributo, connesso alla mancata realizzazione del programma di investimento nel suo complesso.

Il *Mi.S.E.*, infatti, aveva insistito nella richiesta di registrazione del provvedimento, facendo presente che "*il recupero immediato del credito vantato dal Ministero* [stesso] *nei confronti della beneficiaria* [avrebbe] *verosimilmente privata quest'ultima delle risorse necessarie al corretto completamento del programma di investimento, determinando il rischio della revoca, totale o parziale, degli ingenti contributi già versati dall'erario in favore dell'impresa, con ogni conseguenziale effetto in ordine alla vanificazione dell'intervento pubblico di sostegno*" (v. pag. 7 della deliberazione).

In sostanza, il *Mi.S.E.* avrebbe voluto evitare di procedere al recupero immediato dell'indebito, per non rischiare – mediante un ammanco di cassa al *Consorzio* – di vanificare l'intero investimento, oggetto del *Contratto di Programma*,

Come si vede, nel procedimento di controllo in trattazione sono confluiti e si sono fronteggiati due interessi da bilanciare, entrambi pubblici, aventi anche una loro consistenza economico-finanziaria, con possibili rischi di danno, in ipotesi di mancata realizzazione di uno di essi:

– da un lato, l'interesse pubblico al recupero immediato dell'indebito, così da evitare, mediante iniziative tardive, che si potesse realizzare – in concreto – il rischio dell'impossibilità del recupero stesso;

– dall'altro lato, l'interesse pubblico al buon esito del programma di investimento, che avrebbe potuto risentire negativamente dall'immediata restituzione dell'indebito, ricevuto con il primo atto di erogazione, ancora ripetibile con il successivo terzo atto di erogazione del contributo stesso.

I magistrati contabili hanno ritenuto che fosse prevalente il primo dei due interessi pubblici, così mettendo al riparo i funzionari del *Mi.S.E.* da eventuali danni da tardivo recupero dell'indebita erogazione di contributo.

La deliberazione in commento, seppur di riflesso, ha però creato condizioni di esonero da responsabilità anche per eventuali danni da mancata realizzazione del programma di investimento per ammanco di disponibilità finanziarie, legato alla menzionata ripetizione di indebito.

Come si è detto, infatti, entrambi i cennati interessi pubblici (al recupero dell'indebito e alla realizzazione dell'investimento) sono entrati nell'area di valutazione della Sezione di controllo e hanno costituito, perciò, "*profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo*", coperti – come tali – dall'esimente della carenza della *colpa grave*, ex art. 17, c. 30-*quater* del d.l. n.78/2009, convertito dalla l. n.79/2009.

Va da sé che le riferite considerazioni presuppongono che l'indebita erogazione di quella parte del contributo oggetto di recupero non fosse frutto di una condotta dolosa.

Ricorrendo l'ipotesi del dolo, infatti, coloro che hanno dato luogo all'indebita erogazione potrebbero rispondere anche del danno da mancata realizzazione dell'investimento, oggetto del *Contratto di Programma* al quale si riferisce l'atto aggiuntivo esaminato dalla Sezione di Controllo, sussistendone anche le condizioni ulteriori, insieme al *dolo*, secondo l'antico principio: "*qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu".*

§-8) Conclusioni.

Volendo trarre delle conclusioni da questa breve relazione sul *controllo preventivo di legittimità*, mi pare di poter dire che l'evoluzione del *Controllo* stesso, così come tratteggiata nelle pagini precedenti, ha raggiunto un punto di "largo" e "stabile" equilibrio tra

le esigenze della verifica degli atti (propria dell'area del controllo, ex art. 100, c. 2, Cost.) e delle condotte (propria dell'area della giurisdizione nella materia della responsabilità erariale, ex art. 103, c.2, Cost.), con l'entrata in vigore dell'art. 17, c. 30-*quater*, del d.l. 78/2009 e s.m.i.,.

In realtà, il sistema dell'esclusione della *colpa grave* per "i *profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo*", seppur limitato (nella sua previsione normativa) al solo *controllo preventivo di legittimità*, esprime una triplice esigenza, intrinseca del sistema: logica, giuridica e di giustizia, che permea di sé tutti i rapporti tra le Amministrazioni pubbliche e la Corte dei Conti.

Il superamento del vecchio, anacronistico sistema, basato sulla "*indifferenza*" della giurisdizione da responsabilità erariale dal controllo, effettivamente riequilibra e pone su un piano di adeguata considerazione sia le esigenze di garanzia dei funzionari pubblici, per gli atti ammessi a controllo, sia le esigenze generali di speditezza e celerità dell'azione pubblica, e sia infine le esigenze di responsabilità, legate a condotte dolose, o comunque non rispettose degli orientamenti specifici della Magistratura contabile, sui provvedimenti esaminati.

E' peraltro evidente che, nel sistema sopra descritto, gli eventuali contrasti tra le valutazioni degli interessi pubblici coinvolti nel procedimento di controllo, operate dalla Magistratura contabile, ed il bilanciamento dei medesimi interessi operati dall'Amministrazione, possono trovare composizione nella dialettica istituzionale – improntata a canoni di *leale collaborazione* – o se si preferisce nel "*contraddittorio*" tra la Corte e l'Amministrazione, fino a possibili interventi del Governo, non solo con l'istituto della *Registrazione con Riserva*, ma anche con atti generali (anche di normazione), che ricalibrino e/o rendano ancora più ostensivi gli interessi pubblici perseguiti ed il *quomodo* della loro realizzazione.

Sul livello di "largo equilibrio" appena descritto si è, tuttavia, recentemente inserito un elemento normativo di perturbazione (di "instabilità"), che non può non destare preoccupazione, per le negative ricadute che può avere nell'assetto complessivo dell'ordinamento e nelle esigenze dei cittadini, in relazione anche al rischio della possibile esposizione a forme degenerative di esercizio delle pubbliche funzioni (in spirito di *potere*, più che di *servizio*[21]), nella soddisfazioni dei diritti fondamentali dei cittadini medesimi, mediante la fruizione dei *Livelli essenziali delle Prestazioni* (c.d. *LEP*), rilevanti anche ai fini dell'*Unità Economica* oltre che *Giuridica* del Paese, ex artt. 2, 3, c.2, e 120, c. 2, Cost.

Il riferimento è alle disposizioni dell'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

L'articolo 21 appena citato prevede che:

"*1. All'articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il primo periodo è inserito il seguente: «La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso.».*

2. Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente.

Le riferite disposizioni, sono destinate ad operare anche oltre la data edittale del 31 dicembre 2021.

Il pacchetto di riforme della P.A., finalizzate alla semplificazione burocratica e alla riduzione di costi e tempi attualmente gravanti su imprese e cittadini, il *PNRR* (*Piano Nazionale Ripresa e Resilienza*),

infatti, prevede anche la proroga dell'operatività della norma sul *dolo*, di cui all'art. 21 del d.l. 76/2020, fino al 30 giugno 2023. Tale proroga è stata recentemente recepita dall'art. 51, c. 1, lett. *h)* del d.l. 31 maggio 2021, n.77.

Le ricadute che le norme del riferito art. 21 hanno sulle regole del *controllo preventivo di legittimità* sono del tutto evidenti. Ancorare la responsabilità erariale commissiva al *dolo penale*, significa svuotare dal di dentro l'art. 17, c. 30-*quater*, del d.l. n. 78/2009, privandolo del suo valore fondamentale di escludere la colpa grave per tutti "*i profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo".*

Una volta stabilito che la responsabilità erariale commissiva è solo per *dolo*, non ha nessun senso sottoporre a controllo preventivo di legittimità il provvedimento amministrativo, per escludere la *colpa grave* di chi ha adottato o ha eseguito il provvedimento stesso.

In concreto, ciò comporta:

a. una riduzione dell'utilità marginale del bilanciamento degli interessi (comunque pubblici) che refluiscono nel procedimento di controllo, mediante la valutazione della Magistratura contabile in "*contraddittorio*" con la P.A., titolare del provvedimento sottoposto a controllo;
b. un ampliamento applicativo del punto di rilevanza ermeneutico penalistico – da parte della Magistratura contabile – nella ricostruzione dell'azione pubblica, nel suo complesso e nei singoli atti, circa le dinamiche di realizzazione degli interessi pubblici affidati alla cura degli uffici amministrativi, in sé e nel loro combinarsi con gli altri uffici della stessa o di altra Amministrazione;
c. un maggior intervento del Giudice Penale, nell'area della responsabilità amministrativa.

In siffatto contesto è evidente il rischio che la riconsiderazione in chiave penalistica della responsabilità amministrativo-contabile

conduca a forme di "paralisi" dell'azione pubblica ancora più ampie e profonde di quelle che l'art. 21 del d.l. n.76/2020 intendeva allontanare, stante l'inevitabile sistematico intervento del Giudice Penale, oltre che della Corte dei Conti, sui medesimi fatti produttivi di danno.

Tanto, senza poi considerare le possibili battute di arresto al processo di elevazione della leale *collaborazione* tra la Magistratura erariale e la P.A., improntato a canoni sempre più affinati di sensibilità istituzionale, che ha trovato nel *controllo preventivo di legittimità* il suo campo di naturale emersione.

---

[1] V. testualmente l'intestazione della Sezione III (*Gli organi ausiliari*) del Tit. III (Il Governo) della Parte II della Carta costituzionale (*Ordinamento della Repubblica*).

[2] V. discorso di Quintino Sella in *Celebrazione del primo centenario della Corte dei Conti nell'Unità d'Italia*, Milano 1963, 42.

[3] L'assoggettabilità a controllo preventivo di legittimità anche dei Decreti del Presidente della Repubblica che definivano i ricorsi straordinari al Capo dello Stato ha creato anche qualche tensione "culturale" tra la Corte dei Conti ed il Consiglio di Stato, chiamato - come noto – ad esprimere il proprio parere nel procedimento di definizione del predetto ricorso, stante anche il diverso punto di rilevanza ermeneutico che caratterizzava le pronunce della magistratura contabile, rispetto a quella amministrativa.

[4] Il controllo sugli atti legislativi del Governo è venuto meno con la l. 23 agosto 1988, n. 400. Tale esclusione è stata considerata legittima dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 406/1989).

[5] Cfr. S. SFRECOLA, *Il giudice dei Conti e della responsabilità dalla storia all'attualità*, in *Scritti per i 150 anni della Corte dei Conti 1862-2012*, Roma 2013.

[6] V. Sezione Regionale di Controllo per la Campania n.217-PARI/2019.

[7] Sulla "*umanizzazione*" della contabilità pubblica, cfr. M. Bergo: *Il coordinamento della Finanza Pubblica e Autonomia Territoriale. Tra armonizzazione e Accountability,* Napoli 2018, pagg. 195 e ss. .

[8] Sia consentito, in proposito, il riferimento a F.M. Longavita, *I nuovi connotati della funzione di controllo,* in "Atti Giornata di Studi - La Corte dei Conti al servizio della Comunità: riflessioni e prospettive a 25 anni dall'adozione delle leggi 19 e 20 del 1994". Roma, 14 novembre 2019 – Aula SS.RR.

[9] V. in proposito, tra gli altri, anche per la distinzione tra "*Costituzione economica*" e "*Costituzione finanziaria*", F. Saitta *"Costituzione finanziaria" ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo «stato fiscale» allo «stato debitore»*, in Rivista AIC n.1/2017.
[10] V. art. 3 del Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei Conti, ex deliberazione n.14-DEL/2000 e s.m.i. .
[11] Per eventuali approfondimenti, v. A. Baldanza: *Le Funzioni di Controllo della Corte dei Conti*, in *La Nuova Corte dei Conti: Responsabilità, pensioni e controlli*, a cura di V. Tenore, Milano 2018, nonché S.A. Dorigo: *Il Controllo preventivo di legittimità su atti. Estensione, parametri ed esiti*, in La Corte dei Conti: responsabilità, contabilità, controllo", a cura di A. Canale, D. Centrone, F. Freni, M. Smiroldo, Milano 2019.
[12] Cfr. A.M. Sandulli: Il procedimento amministrativo, Milano 1959.
[13] Cfr. V. Quintaliani: Il riconoscimento di debito a seguito di esecuzione dei contratti di cui all'art. 3 c.1 lett. F) bis e ter della l. n.20/1994 in caso di rifiuto del visto di legittimità da parte della Corte dei Conti.
[14] La natura "*ausiliaria*" del controllo della Corte dei Conti ha subito una progressiva evoluzione, coerente con le modifiche degli equilibri istituzionali e le sensibilità maturate nella società civile dal 1948 ad oggi.
Da una iniziale (pre)valenza semantica del termine, quasi a voler indicare un ruolo "subordinato" o "servente" della Corte dei Conti, si è giunti al valore "servente" in senso istituzionale, con la precisazione che: "in ogni ordinamento, basato sulla divisione delle funzioni entro un ambito che deve pur sempre ricondursi ad unità, ogni funzione è servente alle altre, allo scopo comune del buon funzionamento dell'insieme". In questa ottica, si è puntualizzato, "la Corte dei Conti è ausiliaria in senso assai ampio, [in quanto esercita] funzioni di controllo puntuale, di riscontro generale e certificazione di legittimità e di efficienza, di valutazione della situazione finanziaria e patrimoniale delle pubbliche amministrazioni, [nonché] di azione nel giudizio di responsabilità […] fino all'ormai non più recente riconoscimento dell'iniziativa nel giudizio di legittimità costituzionale, nei casi in cui la questione di costituzionalità sia funzionale all'espletamento dei suoi compiti di controllo" (cfr. G. Zagrebelsky, "Scritti per i 150 anni della Corte dei Conti 1862-2012"), Roma 2013, già citati.
[15] Si riporta, in proposito, il testo del paragrafo 11.4 della sent. n.29/1995 della Corte Cost.: "*Nondimeno, la titolarità congiunta nella stessa Corte dei conti della giurisdizione (ai sensi dell'art. 103, secondo comma, della Costituzione) e del controllo successivo sulla gestione, corredato dei poteri di acquisizione delle notizie e di ispezione prima indicati, pone delicati problemi di regolamentazione*

dei confini, non solo sotto il profilo dell'organizzazione interna dell'organo (in quanto postula una rigorosa separazione fra le sezioni giurisdizionali e quelle adibite al predetto controllo), ma anche sotto il profilo dell'utilizzazione delle notizie o dei dati acquisiti attraverso l'esercizio dei poteri inerenti al controllo sulla gestione. Più precisamente, è incontestabile che il titolare dell'azione di responsabilità possa promuovere quest'ultima sulla base di una notizia o di un dato acquisito attraverso l'esercizio dei ricordati poteri istruttori inerenti al controllo sulla gestione, poiché, una volta che abbia avuto comunque conoscenza di un'ipotesi di danno, non può esimersi, ove ne ricorrano tutti i presupposti, dall'attivare l'azione di responsabilità. Ma i rapporti tra attività giurisdizionale e controllo sulla gestione debbono arrestarsi a questo punto, poiché si vanificherebbero illegittimamente gli inviolabili «diritti della difesa», garantiti a tutti i cittadini in ogni giudizio dall'art. 24 della Costituzione, ove le notizie o i dati acquisiti ai sensi delle disposizioni contestate potessero essere utilizzati anche in sede processuale (acquisizioni che, allo stato, devono avvenire nell'ambito della procedura prevista dall'art. 5 della legge n. 19 del 1994)".

[16] Per possibili approfondimenti, sia consentito il riferimento a F.M. Longavita*: I rapporti tra funzioni Giurisdizionali e funzioni di Controllo*, in *Il nuovo processo davanti alla Corte dei Conti*, a cura di A. Canale, F. Freni. M. Smiroldo, Milano 2017

[17] Sia consentito un rinvio a F.M. LONGAVITA: *La responsabilità erariale sanzionatoria a salvaguardia dei beni-valori che si pongono alla base della contabilità pubblica. Collegamento del suo esercizio con l'attività di controllo*, in *www.contabilità-pubblica.it*, 17/2/2014.

[18] Si richiamano in proposito Cass., Sez. un., n. 6820/2017 e Sez. Contr. Umbria delib. n. 93-PAR/2016.

[19] Cfr. G. RIVOSECCHI, *Il ricorso incidentale in sede di controllo della Corte dei Conti*, intervento al seminario di aggiornamento presso la Corte Costituzionale, 16 marzo 2017.

[20] Una ipotesi particolare, che merita attenzione, è quella del c.d. "*atto esaurito*".

Gli "*atti esauriti*" sono gli atti amministrativi soggetti a controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti che, tuttavia, vengono presentati per l'esame del competente Ufficio di controllo quando hanno ormai prodotto i loro effetti.

L'intrinseca natura del controllo preventivo di legittimità impone che simili atti, proprio per il carattere preventivo del controllo stesso, condizionante i relativi effetti, siano restituiti senza registrazione. In tal senso, del resto, è l'orientamento tradizionale degli organi di controllo della Corte dei Conti (v. tra le tante Sez. contr. Lombardia nn. 438 e 442/2007).

Non sono però mancate pronunce — anche autorevoli — di segno opposto (v. Sez. centr. legittimità delib. n. 10/2009 e Sez. contr. Marche delib. n. 7/2007).
Al presente, si assiste ad una ripresa dell'orientamento più rigoroso (v. Sez. contr. Piemonte delib. n. 111/2014 e n. 92/2015), da ritenere sicuramente più armonico con il sistema giuscontabile nel suo complesso, in relazione alle caratteristiche proprie del controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti ed agli effetti dell'ammissione a visto sulla responsabilità erariale, *ex* art. 17, comma 30-*quater*, del d.l. n. 78/2009 e s.m.i.
[21] Si ricorda che nell'art. 54 Cost., che chiude la *parte prima* della Carta fondamentale della nostra Repubblica, con la elencazione dei "*diritti inviolabili dell'Uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*"(ex art. 2, c.1, Cost.) si distingue nettamente il dovere dei cittadini comuni di "*osservare la Costituzione e le leggi*" dal dovere dei "cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche […] di adempierle con disciplina ed onore".
Ora, com'è stato annotato dalla Magistratura contabile, "*se la nozione di «disciplina», che figura in tale disposizione, rinvia all'insieme dei precetti e norme di azione che trovano applicazione nei confronti di chi è investito di un munus publicum, quella di «onore» reclama una condotta improntata ai valori essenziali dell'etica pubblica e della morale individuale, costituendo la precondizione giuridica essenziale (costituzionalmente rilevante) per il giusto adempimento delle funzioni stesse*" (cfr. Sez. II Centr. App., sent. n. 95/2021.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2020 - Anno XLI

LA FUNZIONE LEGISLATIVA REGIONALE. LO STATO DELL'ARTE A MEZZO SECOLO DALLA PRIMA ELEZIONE DEI CONSIGLI DELLE REGIONI ORDINARIE(□)

di Ludovico A. Mazzarolli, Professore Ordinario di Diritto costituzionale - Università di Udine

Abstract: L'occasione offerta dal cinquantesimo anniversario dell'approvazione dello Statuto regionale umbro è buona per ripercorrere il cammino fatto da Stato e Regioni nell'attuare le previsioni di cui all'art. 117 della Costituzione, relativamente all'ampiezza dei rispettivi poteri legislativi. Che ruolo ha giocato, in argomento, la Corte costituzionale ? E, dopo la riforma costituzionale del 2001, le Regioni hanno visto aumentati, o compressi i propri poteri ? E, se compressi, che possono fare per non restare a guardare ?

Abstract: The occasion offered by the fiftieth anniversary of Umbrian Statute is a good one to try to retrace the path walken by the State and the Italian Regions in implementing the provisions of art. 117 of the Italian Constitution, concerning the extent of their respective legislative powers. What's the role played by the Constitutional Court

(□) Il presente testo riproduce - con le modifiche e le integrazioni del caso, ivi comprese alcune note perlopiù di carattere bibliografico - l'intervento tenuto nel corso dell'insieme di «*Audizioni*», raggruppate sotto il comune titolo: «*I 50 anni dello Statuto regionale. Resilienza o debolezza ? Analisi e prospettive di riforma*», organizzato dall'ASSEMBLEA LEGISLATIVA e dalla COMMISSIONE SPECIALE PER LE RIFORME STATUTARIE E REGOLAMENTARI della Regione Umbria. Sono state tenute per celebrare il cinquantenario dello Statuto regionale (anche se l'attuale versione è quella in vigore dal 3 maggio 2005), nei giorni 14 maggio e 4, 11, 25 giugno 2001, in videoconferenza e con diretta «*Youtube*» su «*www.consiglio.regione.umbria.it*», a causa delle restrizioni imposte dall'emergenza pandemica da «*Covid-19*».
L'audizione di cui qui si tratta si è tenuta venerdì 4 giugno, nel corso della sessione dedicata al «*Titolo IV, V, VI*» dello Statuto umbro che si può leggere in *https://leggi.alumbria.it/mostra_atto.php?id=17490&v=FI,SA,TE,IS,VE,RA,MM&m=5*.
Il Titolo che ha «*ispirato*» l'intervento richiestomi è il VI, dedicato al «Sistema delle fonti» e articolato come segue: art. 34 («*Potestà legislativa*»); art. 35 («*Iniziativa legislativa*»); art. 36 («*Procedimento legislativo*»); art. 37 («*Procedimento in Commissione redigente*»); art. 38 «*Pubblicazione e comunicazione*»; art. 39 «*Potestà regolamentare*»; art. 40 «*Testi unici*».

in this topic ? And, after the constitutional reform of 2001, have the Regions seen their powers increased or compressed ? And, if compressed, what can they do about it, rather than just waiting for for the timing and will of the State ?

SOMMARIO: 1. Premessa, dedica e considerazioni sull'art. 117 Cost. che fu. - 2. (Segue) La competenza legislativa concorrente fino al 2001. - 3. (Segue) sulle materie di competenza legislativa delle Regioni ordinarie fino al 2001. - 4. L'art. 117 Cost. nell'ambito della modifica costituzionale del 2001. - 4*a*. Gli «*interessi nazionali*»: una ... «*non menzione*» più formale che sostanziale. - 4*b*. La potestà legislativa statale e regionale come sottoposte agli stessi limiti e caratterizzate, perlopiù, da una separazione di competenze ... - 4*c*. ... ma non tutte le competenze hanno lo stesso peso. La «*legislazione esclusiva*» dello Stato di cui all'art. 117, co. 2, Cost. e le sue ragioni giustificative. - 4*d*. La «*competenza legislativa concorrente*» nell'odierno art. 117, co. 3, Cost.: «*competenza esclusiva*» statale, quanto ai «*principi*» e «*competenza per preferenza*» regionale, circa la normativa di «*dettaglio*». - 4*e*. La solo apparente competenza esclusiva regionale che è, invece, mera «*competenza residuale*»: l'art. 117, co. 4, Cost. - 4*e1*. (Segue) Il ruolo giocato dalle cc.dd. «*materie trasversali*» nella limitazione dei poteri regionali. - 5. Cenni alla giurisprudenza costituzionale *post* 2001, ovvero: chi, tra Stato e Regione, fa cosa ? - 5*a*. (Segue) Invero, alla Regione non resta granché e ciò che resta spesso costa assai. 6. Una prima conseguenza: l'aumento del contenzioso Stato - Regioni. - 7. Una seconda conseguenza: il calo della produzione legislativa regionale. - 8. Perché le Regioni non stiano a guardare. - 8*a*. (Segue) La strada dell'art. 116 Cost. - 8*b*. (Segue) La via dei Testi unici. - TABELLE 1, 2, 3, 4.

1. Premessa, dedica e considerazioni sull'art. 117 Cost. che fu.

A parte chi di mestiere fa il costituzionalista e/o lo studioso di diritto regionale, già tutti si sono oramai dimenticati di come il Costituente aveva organizzato il riparto di legislazione tra Stato e Regione, prima della riforma costituzionale voluta dal Parlamento nel 2001.

In origine, infatti, cioè dal 1948 al 2001, l'art. 117 della Costituzione prevedeva il tipico riparto tra «*centro*» e «*periferie*», proprio di uno «*Stato regionale*»[1].

O, meglio, parlando di Regioni a Statuto ordinario, in omaggio dell'Umbria che ci ospita, *nominalmente* dal 1948 al 2001, ma *effettivamente* dal 1970 al 2001, posto che le prime elezioni dei primi Consigli regionali ordinari avvennero, com'è noto ai più ... maturi, appena il 7 e 8 giugno 1970[2].

Può essere utile ricordarlo oggi, perché il «*vecchio*» testo dell'art. 117 Cost. è ancora quello su cui moltissimi tra gli attuali studiosi della materia si sono formati[3] e con il quale si sono dovuti misurare, di tant'è che il «*nuovo*» è quello che, ancora oggi, essi chiamano,

[1] Per tutti, rimando all'ultima edizione del manuale del mio Maestro, unanimemente considerato uno dei fondatori del diritto regionale italiano e uno dei principali cultori della prima fase di quest'ultimo: LIVIO PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, Cedam, 1997, con partic. riguardo al cap. II, concernente «*L'autonomia legislativa*», pp. 65 - 199.
Paladin (cui dedico il lavoro a 21 anni dalla scomparsa) morì il 2 aprile 2000, cioè appena un anno prima del varo della riforma dell'intero Titolo V della Parte II Cost., adottata con la una l. cost. approvata, in ultima lettura dal Senato, l'8 marzo 2001, cioè l'ultimo giorno della XIII Legislatura. Essa, però, non poté che entrare in vigore *solo* il 18 ottobre 2001, con il n. 3, essendosi, prima (il 7 ottobre 2001), svolto un *referendum* confermativo *ex* art. 138 Cost., nonché, ancor prima, le elezioni politiche, tenutesi il 13 maggio dello stesso anno. Queste ultime, con uno dei paradossi tipici della politica, videro la vittoria del Centro-Destra, cioè dell'insieme di forze che aveva proposto il *referendum*, allo scopo di NON avallare la riforma, voluta dalla maggioranza di Centro-Sinistra in allora al governo, passata in Parlamento senza la prescritta maggioranza dei 2/3 dei componenti, prevista, «*nella seconda votazione*» in «*ciascuna delle Camere*», onde potere evitare l'ipotesi della consultazione referendaria. E così, oggi, la l. cost. n. 3/2001 cit. reca, in *Gazzetta ufficiale*, le firme del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro per *le riforme istituzionali e la devoluzione*, nonché il «*Visto*» del Guardasigilli che ... NON l'avevano voluta, né votata.

[2] E' bensì vero che l'VIII *Disposizione Transitoria e Finale* della Costituzione si apriva con questa perentoria affermazione «*Le elezioni dei Consigli regionali e degli organi elettivi delle amministrazioni provinciali sono indette entro un anno dall'entrata in vigore della Costituzione*» [di per sé, quindi, entro l'1 gennaio 1949], ma è pure vero che essa così proseguiva:
«*Leggi della Repubblica regolano per ogni ramo della pubblica amministrazione il passaggio delle funzioni statali attribuite alle Regioni. Fino a quando non sia provveduto al riordinamento e alla distribuzione delle funzioni amministrative fra gli enti locali restano alle Province ed ai Comuni le funzioni che esercitano attualmente e le altre di cui le Regioni deleghino loro l'esercizio*.
«*Leggi della Repubblica regolano il passaggio alle Regioni di funzionari e dipendenti dello Stato, anche delle amministrazioni centrali, che sia reso necessario dal nuovo ordinamento. Per la formazione dei loro uffici le Regioni devono, tranne che in casi di necessità, trarre il proprio personale da quello dello Stato e degli enti locali*».
Finché non vennero varate tutte le predette «leggi della Repubblica», quindi, le elezioni regionali non si poterono tenere e il termine di cui al co. 1 dell'VIII[a] *Disposizione Transitoria e Finale* venne via via prorogato con le ll. ordinarie 24.12.1948, n. 1465 (al 30.10.1949); 25.10.1949, n. 762 (al 31.12.1950); […]; 17.2.1968, n. 108 («*Le prime elezioni regionali in attuazione della presente legge avranno luogo contemporaneamente alle elezioni provinciali e comunali*» e «*comunque da effettuarsi entro l'anno 1969*»); 7.11.1969, n. 774 (alla «primavera 1970»).
Le ultime due leggi necessarie all'attuazione di quanto ricordato, furono la legge elettorale [l. 17.2.1968, n. 108 cit., con «*Norme per la elezione dei Consigli regionali delle Regioni a statuto normale*»] e quella finanziaria: l. 16.5.1970, n. 281 («*Provvedimento finanziari per l'attuazione delle Regioni a statuto ordinario*»).

[3] I laureati, in corso, nella I[a] sessione utile del 2002 hanno, oggi, quarant'anni appena compiuti.

appunto, ... *nuovo*; anche se, ahimè, a ben guardare - segno del tempo che va - la vigenza del vecchio testo è durata, effettivamente, trentuno anni e quella del nuovo, già venti.

Ergo, tra un lustro, a meno di sorprese da parte del Legislatore costituzionale, i tempi saranno pareggiati.

2. (Segue) La competenza legislativa concorrente fino al 2001.

La competenza legislativa era sempre e tutta dello Stato, tranne che per quanto espressamente specificato nell'art. 117 Cost. che prevedeva una «*competenza concorrente*»[4] relativamente alle materie lì elencate e organizzata come segue.

Le norme di dettaglio erano stabilite da leggi regionali, ma nell'ambito di «*principî fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato*»[5] e con ulteriori limiti, per le Regioni, costituiti dall' «*interesse nazionale*»[6]

[4] Per tutti, tra passato e presente, PIETRO BODDA, *Sulla potestà normativa delle Regioni secondo la nuova Costituzione*, in *Nuova Rass.* 1948; L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958; V. CRISAFULLI, *La legge regionale nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1960; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Studi sulla potestà legislativa delle regioni*, Milano, 1961; F. CUOCOLO, *Le leggi cornice nei rapporti fra Stato e regioni*, Milano, 1967; L. PALADIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *F. amm.* n. 1/1971, pp. 3 - 43; A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle Regioni*, Roma, ed. Bulzoni, 1974; A. RUGGERI, *Ancora in tema di leggi statali e leggi regionali su materie di competenza ripartita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1977; M. OLIVETTI, *La nuova ripartizione della potestà legislativa tra Stato e Regioni*, in AA.VV., *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di T. GROPPI e M. OLIVETTI, Torino, 2002; F. CORVAJA, *La potestà concorrente, tra conferme e novità*, in *Le Regioni* 2011; L. GRIMALDI, *Potestà legislativa concorrente ed autonomia regionale nel processo di «trasformazione» del regionalismo italiano*, Bari, Cacucci, 2016.

[5] Sul tema, P. GASPARRI, *Sui principi fondamentali stabiliti dalle leggi (art. 117 della Costituzione)*, in AA.VV., *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, 1969; R. NANIA, *Limite dei «principi» e autonomia legislativa regionale*, in *Giur. cost.* 1980; S. BARTOLE, *I principi fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1970-1980)*, in *Le Regioni* n. 1/1981, pp. 14 - 33; G. VOLPE, *Interesse nazionale e principi fondamentali nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *F. it.* nn. 7-8/1981; G. LOMBARDI, *Legislazione regionale concorrente e limite dei principi: spunti e contrappunti a proposito di una sentenza esemplare*, in *Giur. cost.* n. 1/1982, pp. 20 - 41; M. SCUDIERO, *Legislazione regionale e limite dei principi fondamentali: il difficile problema delle leggi cornici*, in *Le Regioni* 1983; A. ANZON, *Mutamento dei «principi fondamentali» delle materie regionali e vicende della normazione di dettaglio*, in *Giur. cost.* 1985; M. CARLI, *Il limite dei principi fondamentali. Alla ricerca di un consuntivo*, Torino, 1992; R. Tosi, R. TOSI, *«Principi fondamentali» e leggi statali nelle materie di competenza concorrente*, Padova, 1997, nonché, quanto al *post* riforma, E. CAVASINO, *L'individuazione dei principi fondamentali in materia di potestà legislativa concorrente fra criterio sostanziale-materiale e criterio della struttura nomologica*, in *Nuove Autonomie* n. 1/2009, pp. 191 ss.; M. CARRER, *La* delenda potestas*. Guida alla lettura dei principi fondamentali delle materie di potestà legislativa concorrente in quindici anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it* n. 23/2016 (30.11.2016).

[6] Si vedano, tra i molti: T. MARTINES, *L'interesse nazionale come limite alle leggi regionali*, in AA.VV., *La Regione e il governo locale*, *Atti* del *Symposium* su *Problemi della regione e del governo locale*, a cura di G. MARANINI, Milano, ed. Comunità, 1965, pp. 182 - 199; A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1973; G. VOLPE, *Interesse nazionale e principi fondamentali* cit. Dopo la riforma del 2001, L.A. MAZZAROLLI, *Spunti per una riconsiderazione del limite degli interessi nazionali nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Il diritto della Regione* n. 5/2001, pp. 945 - 955; R. TOSI, *Riforma della riforma, potestà ripartita, interesse nazionale*, in *Le Regioni* 2003.

(ben presto assurto, secondo una pressoché costante giurisprudenza della Corte costituzionale, da limite di merito a co-limite di legittimità e più precisamente di competenza[7]) e da «*quello di altre Regioni*».
E pure con l'aggiunta del c.d. limite delle «*grandi riforme economico-sociali*» che, sempre secondo la Corte, comprendevano, poste le materie, sia normativa di principio, sia normativa di dettaglio, entrambe statali[8].

3. (Segue) sulle materie di competenza legislativa delle Regioni ordinarie fino al 2001.

Le materie ?
Dall' «*ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione*» alla «*polizia locale urbana e rurale*»; dalla «*BENEFICENZA PUBBLICA ED ASSISTENZA SANITARIA ED OSPEDALIERA*» all'«*ISTRUZIONE ARTIGIANA E PROFESSIONALE E ASSISTENZA SCOLASTICA*»; dalle «*FIERE E MERCATI*» all'«*URBANISTICA*» e all' «*ARTIGIANATO*»; dal «*TURISMO ED INDUSTRIA ALBERGHIERA*» alla «*viabilità, acquedotti e lavori pubblici di interesse regionale*»; dall' «*AGRICOLTURA E FORESTE*» ai «*musei e biblioteche di enti locali*»; dalle «*tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale*»; dalle «*ACQUE MINERALI E TERMALI*» alle «*CAVE E TORBIERE*»; dalla «*CACCIA*» alla «*pesca nelle acque interne*»[9] ecc. ..., con un elenco che finiva con una voce superflua, data dalle «*altre*

[7] Si veda, tra le tante, la sent. 21 - 30.6.1960, n. 43 (rel. Aldo Sandulli), partic. *sub* 3 del *Cons. in dir.*, ove pone in risalto che il «*... sistema ... comporta che lo Stato non ha inteso abdicare ai provvedimenti*» che ritiene di sua competenza, «*quando in qualche modo possa avervi interesse, sia pure soltanto indirettamente*».

[8] Di nuovo, tra le molte possibili, v., per tutte, la sent. 24.1 - 10.2.1064, n. 4 (rel. Giovanni Cassandro): «*l'efficacia della legge statale non si arresta, in questi casi, ai confini della Regione sia a statuto ordinario, sia a statuto speciale. La Corte ha già affermato questo principio nella sentenza n. 12 del 1963 ... Esso ha il suo fondamento nell'altro* [principio, quello] *dell'unità dello Stato, della quale le autonomie regionali sono un'articolazione, e trova espressione nel rispetto degli interessi nazionali e delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, imposto esplicitamente o implicitamente come limite della potestà legislativa regionale ...*»: così, *sub* 1 del *Cons. in dir.*
Per tutti, riassuntivamente, G.A. FERRO, *Le norme fondamentali di riforma economico sociale ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Nuove Autonomie* n. 4-5/2005, pp. 633 - 685; ma v. anche *infra*, nel testo e nella nota 11.

[9] ... e inoltre: «*circoscrizioni comunali*»; «*navigazione e porti lacuali*».

materie indicate da leggi costituzionali»[10] e che continuava con un comma, invece, tutt'altro che in più e che attribuiva alle «*leggi della Repubblica*» la possibilità di «*demandare alla Regione il potere di emanare norme per la loro* [cioè delle leggi della Repubblica] *attuazione*».

Nell'elenco e dell'elenco, mi limito a far notare come siano numerose le materie (che ho indicato in corsivo) espressamente limitate all'interesse o allo stretto ambito regionale, o all'ambiente urbano rurale, o a un *quid* di interno alla Regione, o, comunque, per sua natura strettamente connaturato all'ambito locale.

Di materie per così dire «pure» (sopra riportate in maiuscoletto e corsivo), nell'elenco ci sono soltanto: la «*beneficenza pubblica*»: l' «*assistenza sanitaria*» e l' «*assistenza ospedaliera*» (ma, si badi, non la «*sanità*» e gli «*ospedali*», bensì l' «*assistenza sanitaria*» e quella ospedaliera); l'«*istruzione artigiana*» e l' «*istruzione e professionale*» (di nuovo, non l' «*artigianato*» e le «*professioni*», ma l' «*istruzione artigianale e professionale*»); *l' «assistenza scolastica*» (di nuovo, non la scuola, ma l'«*assistenza scolastica*»); le «*fiere*» e i «*mercati*»; l'«*urbanistica*»; l'«*artigianato*»; il «*turismo*» e l' «*industria alberghiera*»; l' «*agricoltura*» e le «*foreste*»; le «*acque minerali*» e le «*acque termali*»; le «*cave*» e le «*torbiere*».

4. L'art. 117 Cost. nell'ambito della modifica costituzionale del 2001.

Non v'è chi non veda che la modifica costituzionale che ha condotto alla pressoché integrale riforma del Titolo V della Parte II Cost., intervenuta con la l. cost. n. 3/2001 cit., abbia segnato un notevole (almeno apparentemente) passo in avanti per le autonomie regionali.

[10] Dato che si sarebbe trattato di modificare, integrandone le previsioni, l'art. 117 Cost. di allora, non si vede, francamente, come si sarebbe potuto pensare di farlo, se non seguendo il procedimento di cui all'art. 138 Cost.

E' vero che la potestà legislativa «*concorrente*» è rimasta formalmente quella che era, ma nel testo della Costituzione, e più precisamente in quello dell'odierno art. 117, co. 3, non solo non compaiono i limiti dell' «*interesse nazionale*» e «*quello* [delle] *altre Regioni*», ma nemmeno quello delle «*grandi riforme economico-sociali*» la cui natura la Corte costituzionale aveva sempre reputato «*non* [poter] *essere determinata dalla sola apodittica affermazione del legislatore*», ma doversi invece ricercare «*nell'oggetto della normativa, nella sua motivazione politico-sociale, nel suo scopo, nel suo contenuto, nella modificazione che essa apporta nei rapporti sociali*»[11].

Ciò premesso, tuttavia, non appena varata la riforma del 2001 scrivevo già quanto segue e non ho cambiato idea. Anzi, direi che la vicenda della pandemia da «*Covid-19*» che ha caratterizzato le vite di noi tutti, nel corso degli ultimi sedici mesi, non ha fatto che rafforzare le mie convinzioni di allora.

4a. Gli «*interessi nazionali*»: una ... «*non menzione*» più formale che sostanziale.

In un articolo che ha oramai vent'anni[12] osservavo tra l'altro che, muovendo dall'esame del *nuovo* testo dell'art. 114 Cost.[13], nella parte in cui distingue i concetti di «*Repubblica*» e di «*Stato*», di «*interessi nazionali*» si doveva continuare a parlare, anche in assenza di un riferimento espresso nel testo costituzionale.

La differenza con il passato stava e sta, a mio parere, in ciò.

Non si trattava, come non si tratta, più di «*interessi nazionali*» sussistenti in capo allo Stato, bensì di «*interessi nazionali*» sussistenti in capo alla Repubblica.

[11] Così, p. es., nella sent. 13-25.7.1984, 219 (Pres. Elia; Rel. Reale), nel *Cons. in diritto*, n. 3.

[12] *Spunti per una riconsiderazione del limite degli interessi nazionali nel nuovo Titolo V* cit.

[13] «*La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato*».

Non è cioè, lo «*Stato-soggetto*» a potersi imporre, o a potere imporre interessi propri, alle singole Regioni, ma lo «*Stato-ordinamento*» ... sì.

Perché, nel «*nuovo*» art. 114 Cost., Stato-soggetto e Regioni sono posti sullo stesso piano, come componenti diverse che - tutte - contribuiscono[14] a costituire, stando sullo stesso livello, la *Repubblica*.

Ma quest'ultima - la *Repubblica*, «*una e indivisibile*» *ex* art. 5 Cost., ovvero lo «*Stato ordinamento*» che tutto conforma e da cui tutto dipende - non può non essere la tutrice di quegli *interessi unitari*, o «*di vertice*», come sono quelli volti alla «*tutela dell'unità giuridica e dell'unità economica*» del Paese[15].

Ciò detto, però, resta un punto sostanziale da dirimere.

La «*Repubblica - Stato ordinamento*» cos'è ?

E', principalmente, la stessa Costituzione, l'unica a potersi porre al di sopra sia dello Stato che delle Regioni che, e l'uno e le altre, da essa dipendono, quanto a forma di stato e forma di governo.

4*b*. La potestà legislativa statale e regionale come sottoposte agli stessi limiti e caratterizzate, perlopiù, da una separazione di competenze ...

Ma, spostato l'asse degli interessi da salvaguardare in via primaria, perché «*sintomi*», «*simboli*» e «*ragion d'essere*» dell'intoccabile unità della Repubblica, la modifica del 2001 ne ha - direi logicamente quanto conseguentemente, posto quanto appena detto dell'art. 114 - desunto la parità di grado di leggi statali e leggi regionali.

Si badi, però, parità di grado e delle une e delle altre con riguardo alla sola Costituzione e non relativamente al rapporto sussistente tra le une e le altre.

[14] Con «*… Comuni, … Province* … [e] … *Città metropolitane …*».

[15] *Spunti per una riconsiderazione del limite degli interessi nazionali* cit., p. 947.

L'art. 117, co. 1, è chiarissimo in ciò (invero non in altro, per quanto mi riguarda[16], ma per quanto concerne ciò, sì).

«*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto*» - entrambe e alla pari - «*della Costituzione, nonché*» - entrambe e alla pari - «*dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*»[17].

Non c'è rapporto gerarchico, dunque tra legislazione statale e legislazione regionale, perché rapporto gerarchico sussiste unicamente, sia per l'una che per l'altra, nei riguardi della sola Costituzione.

Ciò che caratterizza i rapporti tra lo *leges facere* dello Stato e lo *leges facere* delle Regioni è una *separazione di competenza* che appare evidente a leggere con la dovuta attenzione i commi 2 e 3 dell'art. 117 nella sua versione del 2001.

4*c*. ... ma non tutte le competenze hanno lo stesso peso. La «*legislazione esclusiva*» dello Stato di cui all'art. 117, co. 2, Cost. e le sue ragioni giustificative.

Il comma 2 è inequivocabile e si compone di solo otto parole e di un lungo elenco che va dalla lettera *a*) alla lettera *s*).

Le otto laconiche parole sono le seguenti e non danno adito a dubbi: «*Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie*», quelle, appunto, elencate dalla lettera *a*) alla lettera *s*).

«*Legislazione esclusiva*» vuole dire Stato, sempre Stato e solo Stato.

La competenza sulle materie del co. 2 è unicamente statale.

E il perché rimanda a quanto osservato poco più sopra.

[16] Si veda la nota che segue.

[17] Che la «*potestà legislativa*» sia statale che regionale debba essere esercitata «*nel rispetto*» non solo *della* «*Costituzione*», ma anche «*dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*» continua, anche a vent'anni di distanza, a lasciarmi perplesso. A meno che non si trattasse solo di sfruttare un'occasione di modifica di molti articoli della Cost. allo scopo di menzionare in essa l'«*ordinamento comunitario*», non capisco perché mai il vincolo che deriva «*dall'ordinamento comunitario*» (*rectius*: dall'appartenenza dell'Italia all'ordinamento comunitario) debba per forza essere un vincolo diverso dagli altri derivanti da «*obblighi internazionali*».

Sono «*materie*» (continuiamo pure a chiamarle così, per ora, ma - purtroppo per le Regioni, e come vedremo tra poco - non sono tutte tali) unificanti; sono materie che pretendono una visione e una trattazione unitaria; sono materie che non potrebbero sopportare diversificazione di sorta, e tantomeno una diversificazione moltiplicata per venti, tante quante sono le Regioni oggi, a pena di mettere in pericolo quell'*unità* e *indivisibilità* della Repubblica cui si riferisce il già ricordato art. 5 della Costituzione.

Pochi esempi che meglio riescono a spiegare il concetto.

Sub a): «[la] *politica estera e* [i] *rapporti internazionali dello Stato;* [i] *rapporti dello Stato con l'Unione europea*»; *sub d*): «[la] *difesa e* [le] *Forze armate;* [la] *sicurezza dello Stato ...*»; *sub e*): «[la] *moneta*, ... [il] *sistema valutario*; [*il*] *sistema tributario e contabile dello Stato ...*»; *sub f*): «[gli] *organi dello Stato e relative leggi elettorali*; [i] *referendum statali*; [le] *elezione del Parlamento europeo*»; *sub h*): «[l'] *ordine pubblico e* [la] *sicurezza ...*»; *sub i*): «[la] *cittadinanza,* [lo] *stato civile e* [le] *anagrafi*; *sub q*): «[le] *dogane,* [la] *protezione dei confini nazionali e* [la] *profilassi internazionale*; *sub r*): «[i] *pesi,* [le] *misure e* [la] *determinazione del tempo ...*» ecc. ...

Domanda retorica che non richiede risposta. E' possibile anche solo ipotizzare venti leggi regionali diverse sulle «*Forze armate*», sulle «*dogane*», sui «*pesi*», sulle «*misure*», sulla «*determinazione del tempo*» o ... sulla «*moneta*», con Lombardia, Toscana e Puglia che scelgono l'*Euro*; con Veneto, Marche e Abruzzi che optano per il *Fiorino*; con Piemonte, Lazio e Campania che adottano la *Corona*; e con Emilia-Romagna, Umbria e Calabria che preferiscono lo *Złoty* ?

No, non si riesce nemmeno ad immaginarlo: e questo è tanto.

4*d*. La «*competenza legislativa concorrente*» nell'odierno art. 117, co. 3, Cost.: «*competenza esclusiva*» statale, quanto ai «*principi*» e «*competenza per preferenza*» regionale, circa la normativa di «*dettaglio*».

Il comma 3 dell'art. 117 è quello che più interessa le Regioni a Statuto ordinario.

E' anch'esso composto di un lungo e noioso elenco, comprendente venti materie[18].

E la novità del 2001 sta in ciò.

La competenza a legiferare su di esse è regionale per diretta attribuzione costituzionale, posto che nelle «*materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa*», con una sola riserva assoluta di legislazione allo Stato, ma unicamente per ciò che concerne «*la determinazione dei princìpi fondamentali*» delle predette materie.

Con una differenza sostanziale tra poteri legislativi regionali e poteri legislativi statali, quanto alla potestà concorrente, o bipartita, o ripartita.

Lo Stato ha competenza esclusiva circa la «*determinazione dei princìpi fondamentali*»; la Regione ha una competenza preferenziale, relativamente alla legislazione sulla normativa di dettaglio nelle materia di cui al comma 3 dell'art. 117 Cost., nel senso che ove la Regione si attivi e legiferi essa può vantare una sorta di primazìa, assicuratale direttamente dalla Costituzione; ma qualora, invece, o non si attivi, o legiferi non rispettando i principi fondamentali statali e

[18] «*… rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale …*».

la illegittimità costituzionale della legge regionale venga accertata e dichiarata dalla Corte costituzionale, la normativa di dettaglio (che non può mancare, data l'importanza delle materie in discussione) sarà quella statale, almeno fino a quando la Regione o si attivi, non avendolo fatto, o rimedi alla situazione di contrasto con la Costituzione venutasi eventualmente a creare.

4*e*. La solo apparente competenza esclusiva regionale che è, invece, mera «*competenza residuale*»: l'art. 117, co. 4, Cost.

Un'ultima notazione sul potere legislativo regionale muove dall'analisi del dettato del comma 4 dell'art. 117, cioè quello che, in partenza, alle Regioni era piaciuto di più, facendole «*sognare*» ... anche se per poco tempo.

Vi si trova scritto che «[*s*]*petta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato*», di talché le Regioni avevano inizialmente pensato che tolte le materia di cui al comma 2 (sulla «*legislazione esclusiva dello Stato*») e tolti i «*princìpi fondamentali*» delle materie di legislazione concorrente, tutto il resto spettasse a loro.

Ma non è così.

In primis, perché competenze legislative dello Stato si trovano in molti articoli della Costituzione che nulla hanno a che fare con l'art. 117 Cost., o con il Titolo V della Parte II della Costituzione.

4*e l*. (Segue) Il ruolo giocato dalle cc.dd. «*materie trasversali*» nella limitazione dei poteri regionali.

In secundis, perché non tutte quelle elencate nell'art. 117, co. 2 Cost., come appartenenti alla «*legislazione esclusiva dello Stato*», sono a ben vedere «*materie*», bensì «*valori*» dotati di una valenza trasversale, capace di inficiare qualunque tentativo di infiltrazione

regionale in ambiti che, così, sono solo apparentemente liberi dall'intervento statale.

La Corte le ha chiamate in modo vario: «*materia - funzione*» [nella sent. 13 - 27.7.2004, n. 272 (Red. Capogrossi) *sub* 3. del *Cons. in dir.*]; «*materie - compito*» [nella sent. 14 - 27.7.2005, n. 336 (Red. Quaranta) *sub* 5. del *Cons. in dir.*]; o, pure, «*materie non materie*» e «*materie trasversali*» [nella sent. 8 - 16.7.2004, n. 228 (Red. Contri) *sub* 2.6., ma del *Ritenuto in fatto*].

Coloro che hanno avuto la bontà di seguire sin qui l'esposizione, si saranno forse accorti che alcune delle materie che comparivano nell'originale versione dell'art. 117 Cost. - quella varata dai Costituenti nel 1948 e che ha avuto concreta vigenza, per le Regioni ordinarie, tra il 1970 e il 2001 - sono scomparse dal «*nuovo*» testo del 2001. Peggio ! Sono scomparse talune di quelle che, più sopra, ho definito come tra le più rilevanti e importanti.

S'è detto che erano di competenza, seppur concorrente, regionale le materie: «*FIERE*»; «*MERCATI*»; «*URBANISTICA*»; «*ARTIGIANATO*»; «*TURISMO*»; «*INDUSTRIA ALBERGHIERA*»; «*AGRICOLTURA*»; «*FORESTE*»; «*ACQUE MINERALI*»; «*ACQUE TERMALI*»; «*CACCIA*»; «*PESCA*»; «*CAVE*»; «*TORBIERE*».

Ebbene, se, oggi, si digita in un qualunque motore di ricerca i termini di cui sopra, con riferimento al testo attualmente vigente della Costituzione ... non se ne trova nemmeno una, eccezion fatta per l' «*artigianato*», menzionato ora (... ma esattamente come lo era nel 1948 e nel 1970) nell'art. 45, co. 2, del testo costituzionale, ove si trova: «*La legge provvede alla tutela e allo sviluppo dell'artigianato*».

E, oltre alle «*desaparecide*» in virtù della riforma del 2001, si possono pure aggiungere altre «*materie*» oggi fondamentali com'è, p. es., per quella degli «*APPALTI*»: non c'era nel testo originario della Costituzione, ma non c'è neppure nel testo di oggi.

Ciò premesso, è dunque possibile concludere che - *ex* art. 117, co. 4, Cost. - su tutte le materie per così dire «*innominate*», la potestà legislativa spetta «*alle Regioni*», perché esse - poco ma sicuro - non compaiono come «*espressamente riservat*[e] *alla legislazione dello Stato*» ?

La risposta è indiscutibilmente «*no*».

Ed è «*no*» - di talché quel comma tratta di una *competenza residuale delle Regioni*[19] e non certo di una loro competenza esclusiva - a causa di quelli che ho da poco definito «*valori trasversali*»[20] e che si trovano nascosti nelle pieghe dell'art. 117, co. 2 Cost., come - anch'essi - di competenza «*esclusiva dello Stato*».

Sub lett. *l*) si trova: «*giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa*»; *sub* lett. *m*): «*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*»; e, ancor prima, *sub* lett. *e*), «*tutela della concorrenza*».

Quest'ultima, pilastro dell'U.E., informa di sé pressoché tutta la materia delle «gare» e degli «appalti» o la vendita di beni, per non dire delle «fiere» e dei «mercati».

«*Ordinamento civile*» c'è, p. es., ovunque ci si trovi di fronte ad articoli del Codice civile e, quindi, sempre p. es., riguarda la materia delle distanze in «*urbanistica*».

Ma sempre «*ordinamento civile*» significa anche «proprietà privata» e cioè «fondi agricoli» e quindi anche «*caccia*» e «*pesca*», nonché

[19] Sul tema, per tutti: L. TORCHIA, *La potestà legislativa residuale delle Regioni*, in *Le Regioni* n. 2/2002; F. BENELLI, *La «smaterializzazione delle materie». Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006; S. PARISI, *Potestà residuale e «neutralizzazione» della riforma del Titolo V*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli, 2008, pp. 1597 ss.; M. CARRER, *La potestà legislativa residuale delle Regioni: dal riparto per materie all'assetto costituzionale dei rapporti Stato-Regioni*, in *Osservatorio costituzionale* n. 2/2016 (19.5.2016).

[20] Sempre per tutti: G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. pubbl.* n. 2/2004, pp. 461 ss.; G. ARCONZO, *Le materie trasversali nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in AA.VV., *L'incerto federalismo*, a cura di N. ZANON e A. CONCARO, Milano 2005, pp. 181 ss.; G. FALCON, *Le materie trasversali: tutela dell'ambiente, tutela della concorrenza, livelli essenziali delle prestazioni*, in AA.VV., *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e delle Regioni. La lezione dell'esperienza*, *Atti* del Seminario svoltosi in Roma, nel Palazzo della Consulta, il 15 maggio 2015, Milano, 2016.

«contratti» e quindi «*agricoltura*» e i contratti agrari, e pure «*cave*» e «*torbiere*».

Le «*norme processuali penali*» ovviamente concernono tutto ciò che riguarda reati e cioè, p. es., sempre molta parte dell'«*urbanistica*» o degli «*appalti*».

La «*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*», i cc.dd. "L.E.P.", «*concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*» riguardano ... tutto, compreso il costo della mitica siringa calabrese o ligure che sia ecc. ...

5. Cenni alla giurisprudenza costituzionale *post* 2001, ovvero: chi, tra Stato e Regione, fa cosa ?

Ed è proprio su questo che la Corte costituzionale è stata maggiormente impegnata nei dieci e passa anni successivi all'introduzione della riforma di inizio millennio[21].

Ma già con riguardo ai soli primi cinque anni, «*... la Corte ha negato che spetti alle Regioni, ai sensi del quarto comma dell'art. 117 della Costituzione, ad esempio, la disciplina dei LAVORI PUBBLICI e quella dell'URBANISTICA (sentenza n. 303/2003), il SISTEMA TRIBUTARIO DEGLI ENTI LOCALI (sentenza n. 37/2004), la disciplina degli ASILI NIDO (sentenza n. 320/2004), la disciplina della CIRCOLAZIONE STRADALE (sentenza n. 428/2004), degli AIUTI ALLE IMPRESE (sentenza n. 354/2004), l'attività di SOSTEGNO DEGLI SPETTACOLI e in genere la*

[21] Si veda AA.VV., *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e delle Regioni. La lezione dell'esperienza*, *Atti* del Seminario svoltosi in Roma, nel Palazzo della Consulta, il 15.5.2015, Milano, 2016 e, recentissimo, AA.VV., *Il riparto delle competenze legislative nel Titolo V, La giurisprudenza costituzionale nelle materie di competenza legislativa concorrente*, II[a] ed., n. 14, a cura della Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, Servizio Studi, Documentazione e Ricerche (15.3.2021: *https://www.camera.it/temiap/2021/03/30/OCD177-4886.pdf?_1623130932776*).

materia "SPETTACOLO" (sentenze nn. 255/2004, 205/2005, 285/2005)»[22].

«[...] *Nella sentenza n. 162/2005, invece, la Corte afferma che appartiene alla competenza legislativa residuale delle Regioni l'adozione delle MISURE DI SVILUPPO E SOSTEGNO DELL'ARTIGIANATO, proprio perché non annoverato tra le materie riservate alla legislazione statale o a quella concorrente. Così anche la sentenza n. 118/2006, in cui la Corte riconosce la competenza delle Regioni in materia di AGEVOLAZIONI ALL'ACQUISTO DELLA PRIMA CASA, non trovando le disposizioni statali impugnate una fonte legittimatrice in alcuna delle materie di competenza esclusiva dello Stato indicate nell'articolo 117, secondo comma della Costituzione.*

«Così, può ragionevolmente affermarsi che - salva l'incidenza di ambiti di disciplina statale in forza delle "clausole trasversali"[23] *- sono demandate alla competenza residuale generale delle Regioni, tra le altre, le seguenti materie: COMMERCIO (sentenza n. 1/2004), AGRICOLTURA (sentenze nn. 12/2004, 282/2004, 116/2006), FORMAZIONE PROFESSIONALE (sentenza n. 51/2005), POLITICHE SOCIALI (sentenze nn. 427/2004, 219/2005, 118/2006), INDUSTRIA e TURISMO (sentenza n. 107/2005, in modo in verità piuttosto implicito), ARTIGIANATO (sentenza n. 162/2005), TRASPORTO PUBBLICO LOCALE (sentenze nn. 222/2005 e 80/2006), la DISCIPLINA DELLE COMUNITÀ MONTANE (sentenze nn. 244/2005 e 456/2005)»*[24].

5a. (Segue) Invero, alla Regione non resta granché e ciò che resta spesso costa assai.

[22] F. MARCELLI e V. GIAMMUSSO, *La giurisprudenza costituzionale sulla novella del Titolo V. 5 anni e 500 pronunce*, in *http://www.senato.it/documenti/repository/relazioni/libreria/SENATO_Quad_44.pdf.* Servizio Studi del Senato. Quaderni di documentazione, n. 44, ottobre 2006, pp. 11 - 12.
Il maiuscoletto, all'interno della citazione, è mio e così sarà sempre, d'ora in avanti, a meno di indicazioni in senso contrario.

[23] E' un inciso. Sembra quasi «*buttato là*», ma sta in esso l'intero il nocciolo della questione.

[24] F. MARCELLI e V. GIAMMUSSO, *op.* ult. cit., pp. 12 - 13.

Sarà certo solo un caso, ma adottare *MISURE DI SVILUPPO E SOSTEGNO DELL'ARTIGIANATO*, agevolare *l'ACQUISTO DELLA PRIMA CASA*, *FORMARE PROFESSIONALMENTE*, pagare *POLITICHE SOCIALI e TRASPORTO PUBBLICO LOCALE*, sostenere *COMUNITÀ* (di solito povere come sono quelle) *MONTANE* ... costa molto e rende poco. Sarò malfidente, ma non è poi così strano vengano lasciate alle Regioni, senza troppe resistenze di parte statale.

Il tutto a voler tacere, per ragioni di tempo e spazio, di quelle che la Corte ha qualificato come «*ESIGENZE UNITARIE*», o «*NORME DI PRINCIPIO E DI COORDINAMENTO*», la cui tutela e la cui dettatura non può che spettare sempre e comunque alla legge dello Stato, non solo siccome unica idonea a individuare il «*punto di equilibrio fra esigenze contrapposte*», ma anche come unica idonea a tutelare la presenza (... ove sia presente) di un «*preminente interesse nazionale*»[25], con il che mi riallaccio a ciò da cui ho preso le mosse e rinvio a quanto già osservato in argomento.

6. Una prima conseguenza: l'aumento del contenzioso Stato - Regioni.

Le impugnazioni avanti la Corte di leggi regionali e leggi statali erano state, nei sei anni che vanno tra il 1996 e il 2001, 283.

Nei sei anni che vanno tra il 2002 e il 2007, sono state 574, cioè poco più del doppio.

E negli otto anni tra il 2008 e il 2012, addirittura 706, cioè un po' meno di tre volte l'ultimo quinquennio antecedente la riforma[26].

Nel 2019, tanto per fare un esempio più recente, a fronte di 248 ordinanze di rimessione, sono stati 117 (sette in più del 2009 e sei in meno del 2010) i ricorsi in via principale: 86 promossi dallo Stato

[25] Così, già nella sent. 1-7.10.2003, n. 307 (Red. V. Onida), *sub* 7. del *Cons. in dir*.

[26] V. *infra*, in calce al lavoro, la TABELLA 1. che, tratta da *https://www.truenumbers.it/leggi-regionali/* , riporta dati ivi attribuiti alla fonte Banca d'Italia.

contro leggi regionali o provinciali e 31 proposti da Regioni o Province autonome nei confronti di atti legislativi statali[27].

7. Una seconda conseguenza: il calo della produzione legislativa regionale.

A consultare il grafico che concerne gli anni tra il 1998 e il 2015, è facile notare come il numero delle leggi regionali cali: non con un andamento costante, ma cala[28].

E, se è vero che nel «*2017, le Regioni ordinarie e quelle speciali hanno approvato complessivamente 777 leggi: 769 leggi ordinarie e 8 leggi statutarie*», registrandosi «*dunque, un incremento rispetto alle 725 leggi approvate nel 2016: 721 ordinarie e 4 statutarie*»[29], è anche vero sia che l' «*aumento della complessiva produzione legislativa del 2017 ... non risulta confermato dai dati relativi agli articoli e ai commi*»[30], sia che, nel 2019, il numero è tornato a calare attestandosi a 699 (694 le sole ordinarie e 5 le statutarie)[31].

Ed è ovvio sia così: più ricorsi; art. 117, commi 2 e 3 invariati; «*dilatazione*» delle materie trasversali, ma non solo, perché - e cito - «*Come recentemente ribadito da questa Corte ...* [anche] *gli atti statali di normazione secondaria possono vincolare la potestà legislativa regionale concorrente* [seppure] *"solo in ben circoscritte*

[27] *Come lavora la Corte. Un anno di cause*, in *https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/istituzioni/come_lavora_la_corte.do*, p. 1, con dati comparati con quelli della TABELLA 1. appena cit.

[28] V. *infra*, in calce al lavoro, la TABELLA 2. (*ut* nella nota 26).

[29] ISTITUTO DI STUDI SUI SISTEMI REGIONALI FEDERALI E SULLE AUTONOMIE «*MASSIMO SEVERO GIANNINI*» - CNR (cur.), *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione Europea - Rapporto 2017 - 2018*. La Sez. 3. («*Tendenze e problemi della legislazione regionale*») è di AIDA GIULIA ARABIA ed è stata chiusa in sett. 2018 (*https://www.camera.it/temiap/2019/06/21/OCD177-4064.pdf*). Qui p. 61, *sub* «*Le leggi regionali per numero e dimensione fisica*».
V. *infra*, in calce al lavoro, la TABELLA 3., lì riportata a p. 62 come *Grafico 1*.

[30] *Ibidem*.

[31] CAMERA DEI DEPUTATI, XVIII Legislatura, in collaborazione con il Servizio studi del Senato della Repubblica, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione Europea - Rapporto 2019 - 2020*. Parte Prima: *La legislazione alle soglie dell'emergenza*. Sez. 3: *La produzione normativa regionale nel 2018* - 2019, di AIDA GIULIA ARABIA e a cura dell'ISSIRFA-CNR, p. 121 (*https://www.camera.it/temiap/2021/02/03/OCD177-4799.pdf*). La «TABELLA *1 - Numero e dimensione delle leggi regionali ordinarie - 2019*» (ivi pubbl. a p. 154) è riportata *infra*, in calce al lavoro, come TABELLA 4.

ipotesi, ovvero quando, 'in settori squisitamente tecnici', intervengono a completare la normativa statale primaria (sentenza n. 286 del 2019) e costituiscono 'un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede e che ad essi affida il compito di individuare le specifiche tecniche che mal si conciliano con il contenuto di un atto legislativo e che necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale' (sentenza n. 69 del 2018)" (sentenza n. 180 del 2020; in senso conforme, sentenza n. 125 del 2017)» [Corte cost. 24.2 - 31.3.2021, n. 54 (red. Viganò), qui *sub* 2.1 del *Cons. in diritto*].

Non mi pare proprio vi sia da stupirsi di un crescente disaffezione regionale anche per la ... propria attività legislativa[32].

8. Perché le Regioni non stiano a guardare.

Un cenno, per chiudere, a due possibili soluzioni per uscire dalla rappresentata situazione di stallo.

8*a*. (Segue) La strada dell'art. 116, co. 3, Cost.

La prima è non lasciare sole le tre Regioni (Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna) che prima di tutte e più convintamente di tutte hanno ritenuto arrivato il tempo di dare attuazione all'art. 116, co. 3, Cost.[33].

Quello, cioè, a mente del quale - per previsione costituzionale dei Governi D'Alema II[34] e Amato[35] e non già di forze politiche

[32] Per gli interessati, si rinvia, in generale, a *Rapporti sulla legislazione tra stato, regioni e Unione Europea*, a cura della CONFERENZA DEI PRESIDENTI DELLE ASSEMBLEE LEGISLATIVE DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME, in *https://www.parlamentiregionali.it/rapportilegislazione/index.php*

[33] Rinvio, in argomento, ai miei: *Artt. 116, co. 3 Cost., e 118, co. 1, Cost. «Regionalismo differenziato» e «principio di sussidiarietà verticale»: due facce, ma, in fondo, una sola medaglia*, in *Ambientediritto.it* n. 1/2020, pp. 1 - 16 (13.2.2020); *Considerazioni a prima vista di diritto costituzionale sulla 'bozza di legge-quadro' in materia di articolo 116, co. 3, Cost.*, in *Federalismi.it* n. 21/2019, pp. 1 - 12 (27.11.2019); *Annotazioni e riflessioni sul referendum veneto in materia di «*autonomia*»*, in *Federalismi.it* n. 17/2017, pp. 1 - 39 (13.9.2017).

[34] 22.12.1999 - 19.4.2000. La prima approvazione della Camera avvenne il 26.9.2000.

[35] 26.4.2000 - 31.5.2001. La seconda approvazione del Senato avvenne, come già ricordato, l'8.3.2001.

biecamente conservatrici - «*Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117*[36] *e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo*[37] *alle lettere* l)[38]*, limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace,* n)[39] *e* s)[40]*, possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei princìpi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata*».

E' difficile. Lo posso affermare anche per esperienza personale, ma è pur vero che in Parlamento siedono deputati e senatori provenienti dalle singole Regioni italiane e che in queste vengono eletti.

Anche in quest'ambito l'unione può fare la forza.

8*b*. (Segue) La via dei Testi unici.

Seconda strada da percorrere ... nel frattempo.

Il ricorso ai testi unici[41], ma non a quelli c.d. di *mera compilazione*, che posso fare anch'io, bensì a quelli *di coordinamento*.

Testi unici per «*riordinare*» e per «*semplificare*», come già dice oggi l'art. 40 dello Statuto umbro, ma dove *semplificare* deve voler dire

[36] Competenza legislativa concorrente.

[37] Competenza legislativa esclusiva statale.

[38] «... *giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa* ...».

[39] «... *norme generali sull'istruzione* ...».

[40] «... *tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali* ...».

[41] Sul tema rinvio alle opere di M. MALO, *I testi unici*, in *Osservatorio sulle fonti* 1996, a cura di U. DE SIERVO, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 83 - 105; *Nuove problematiche in ordine ai testi unici*, in *Osservatorio sulle fonti* 1998, a cura di U. DE SIERVO, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 161 - 178; *Testi unico*, in *Dig. discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, vol. 15, 1999, pp. 293 - 313; *Ulteriori note in tema di testi unici*, in *Osservatorio sulle fonti* 1999, a cura di U. DE SIERVO, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 181 - 191; *I testi unici nel quadro delle iniziative per la semplificazione e la qualità della normazione*, in AA.VV., *Le deleghe legislative: riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale* , *Atti* del Convegno di Pisa, 11.6.2002, a cura di P. Caretti e A. Ruggeri, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 163 - 184; *Note di aggiornamento sui testi unici*, in *Osservatorio sulle fonti* 2001, a cura di U. DE SIERVO, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 157 - 170; *Manutenzione delle fonti mediante* testi unici, Giappichelli, Torino, 2004; *Una sola natura per i testi unici*, in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare: il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene, Napoli, 2009, vol. 1, *Delle fonti del diritto*, pp. 165-189.

ricercare di essere strumento a favore di quella «*certezza del diritto*»[42] che tanti cittadini lamentano di non avere, pur senza sapere di che si tratta. E, per farlo compiutamente, ci vogliono *testi unici - fonti di produzione* e non mere fonti di cognizione.

Mai «misti», quindi (testi unici fatti sia di leggi regionali sia statali che, adottati dalla Giunta regionale, non possono che avere, per forza di cosa, natura di mera fonte di cognizione), ma testi unici di leggi regionali, varati con legge regionale e, mi permetto, i più coraggiosi possibile. E circa i quali la Regione Umbria ha già imboccato, invero, la strada migliore[43].

[42] Lo stretto nesso tra *certezza* e *testi unici* lo sottolineava LORENZA CARLASSARE già nel 1961 in *Sulla natura giuridica dei testi unici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1961, a p. 63, sostenendo che «*lo scopo pratico*» di quelle fonti è raggiungere «*la certezza del diritto*» e poco dopo, in un'epoca in cui non si scriveva tanto come adesso, CLAUDIO ROSSANO, *I testi unici nell'esercizio della funzione amministrativa e di quella legislativa*, in *Rass. dir. pubbl.* 1963, II, p. 194, che ragiona dei tt.uu. come di atti attuativi della *certezza del diritto*.

[43] Si vedano, al riguardo, il TESTO UNICO REGIONALE DELL'UMBRIA in materia di «*FORESTE*» - l.r. Umbria 19.11.2001, n. 28 (poi modif. con l.r. 28 dicembre 2017, n. 20); TESTO UNICO REGIONALE DELL'UMBRIA in materia di «*COMMERCIO*» - l.r. 13.6.2014, n. 10 (poi modif. con l.r. 28 dicembre 2017, n. 20); TESTO UNICO REGIONALE DELL'UMBRIA in materia di «*GOVERNO DEL TERRITORIO*» e materie correlate - l. r. Umbria 21.1.2015, n. 1 (poi modif. con l.r. n. 13/2016) [v. Corte cost. 5 aprile 2018, n. 68]; TESTO UNICO REGIONALE DELL'UMBRIA in materia «*URBANISTICA*» - l. r. Umbria 9.4.2015, n. 9.; TESTO UNICO REGIONALE DELL'UMBRIA in materia di «*SANITÀ E SERVIZI SOCIALI*» - l. r. Umbria 9.4.2015, n. 11 (poi modif. con l.r. 28 dicembre 2017, n. 20, e con l.r. n. 9/2018).

TABELLE 1, 2, 3 e 4.

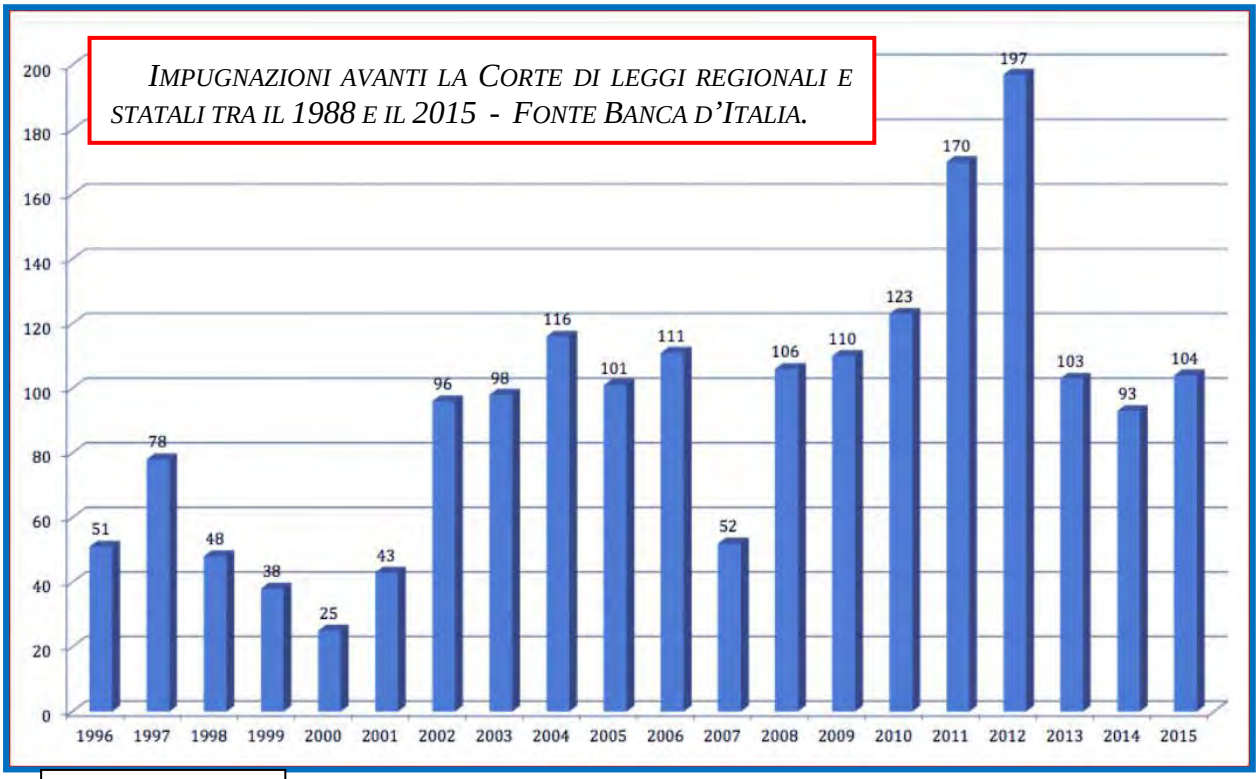


TABELLA N. 1

..*.*.*.

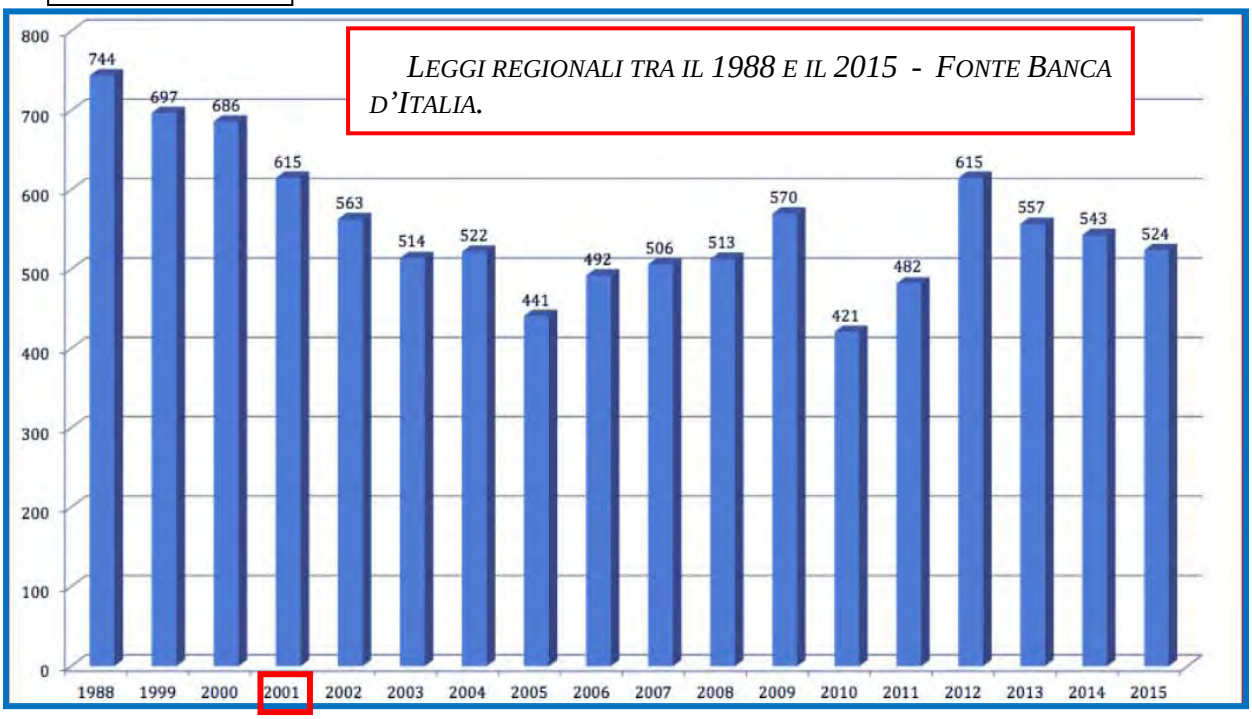
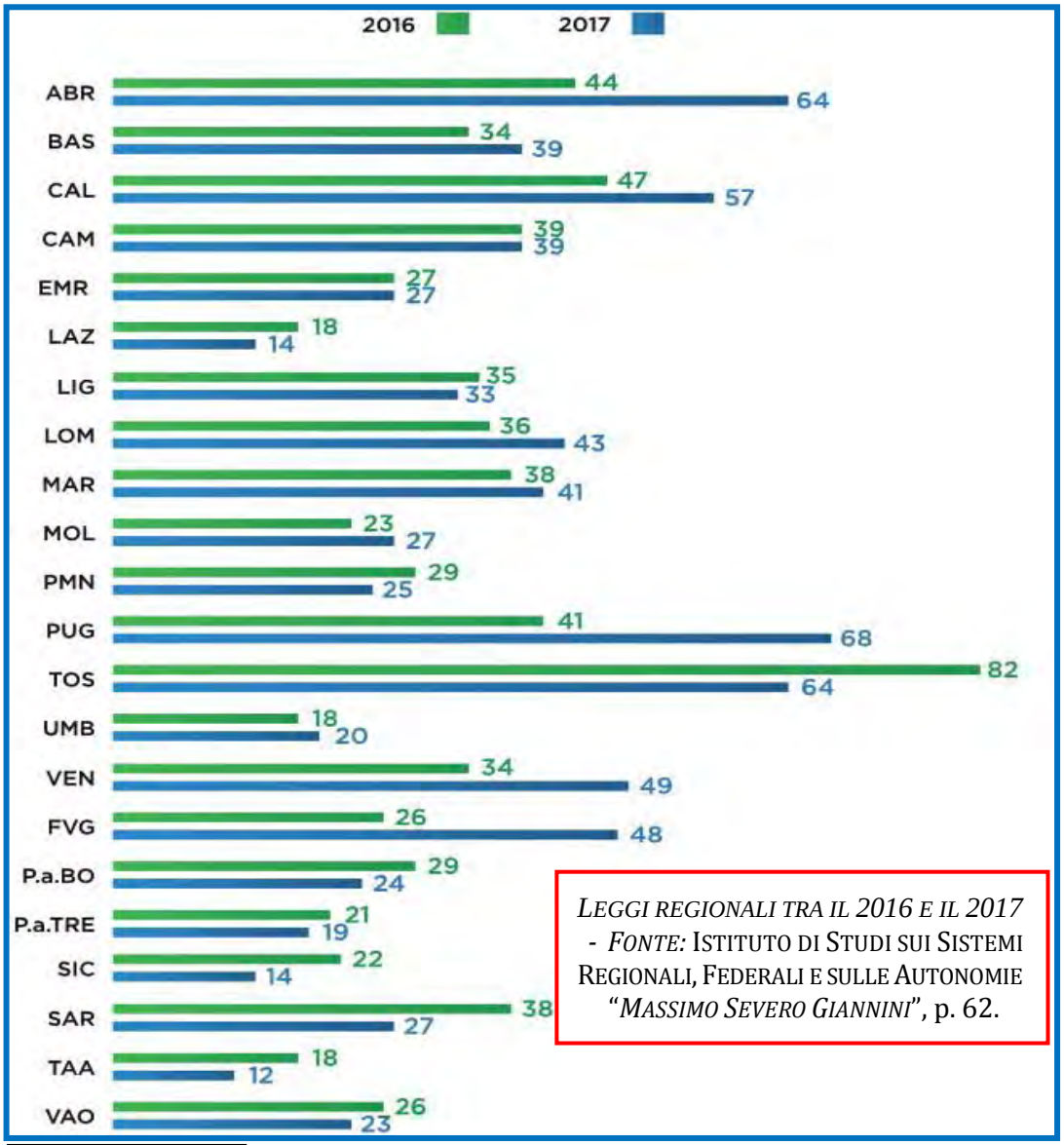


TABELLA N. 2

..*.*.*.



LEGGI REGIONALI TRA IL 2016 E IL 2017 - FONTE: ISTITUTO DI STUDI SUI SISTEMI REGIONALI, FEDERALI E SULLE AUTONOMIE "*MASSIMO SEVERO GIANNINI*", p. 62.

TABELLA N. 3

..*.*.*.

LL. REGG. DEL 2019
FONTE: OSSERV. SULLA LEGISLAZIONE - CAMERA DEI DEPUTATI - XVIII LEGISLATURA, P. 154.

TABELLA 1 - *Numero e dimensioni delle leggi regionali (ordinarie e statutarie) - 2019*

Regioni e province autonome	n. leggi	n. articoli	n. commi	n. parole
Abruzzo	48	351	799	56.972
Basilicata	30	153	283	n.d.
Calabria	62	333	649	48.124
Campania	28	204	615	51.988
Emilia R.	31	299	751	63.807
Lazio	29	428	1.391	120.536
Liguria	34	288	568	n.d.
Lombardia	26	258	632	95.917
Marche	43	406	887	56.091
Molise	22	151	301	n.d.
Piemonte	25	396	1.173	81.605
Puglia	56	441	1.101	104.851
Toscana	68	825	1.671	166.531
Umbria	7	40	68	5.223
Veneto	53	472	953	450.032
Totale Regioni ordinarie	562	5.045	11.842	1.301.677
Friuli V. Giulia	25	618	2.898	n.d.
P.a. Bolzano	17	291	753	n.d.
P.a. Trento	14	250	769	71.275
Sardegna	25	188	n.d.	n.d.
Sicilia	26	289	n.d.	n.d.
Trentino A.A.	10	64	103	470.704
Valle d'Aosta	20	263	649	45.116
Totale Regioni spec.e P.a.	137	1.963	5.172	587.095
TOTALE	699	7.008	17.014	1.888.772

TABELLA N. 4

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

GLI INTERESSI ADESPOTI DAL GIUDICE DELLE LEGGI AI GIUDICI CONTABILI

del Prof. Pelino Santoro, Presidente on. della Corte dei conti.

Abstract
Lo studio intende analizzare come e perché una nozione, nata come tecnica di tutela sviluppatasi nell'area del diritto amministrativo e poi assecondata dal legislatore, per ampliare l'area di posizioni soggettive individuali di diritto privato, sia a stata adottata dalla Corte costituzionale e dalla giustizia contabile nell'interesse del diritto obiettivo, a garanzia di una sana ed equilibrata gestione finanziari, e solo di riflesso a beneficio degli interessi comuni della collettività amministrata, in una visione ideale del bilancio come bene comune. L'adattamento però non è facile, poiché il carattere funzionale e finalistico degli interessi diffusi, e perciò asseritamente adespoti, nella materia di contabilità pubblica ne rende incerta l'attribuzione, facendo spesso emergere conflittualità latenti tra gli organi indicati come intestatari.

Sommario. 1. La tutela di interessi adespoti nelle le funzioni istituzionali (secondo la Consulta). 2. Le aperture della dottrina. 3. Gli interessi diffusi nella giurisprudenza amministrativa. 4. Gli interessi diffusi nella giurisdizione contabile. 5. La tutela degli interessi finanziari della collettività quali interessi adespoti. 6. Valenza processuale e funzionale degli interessi adespoti. 7. La legittimazione processuale del P.M. contabile nell'area del controllo. 8. Una nuova legittimazione incidentale in sede di controllo. 9. La legittimazione a sollevare pregiudiziali comunitarie in sede di controllo. 10. L'intervento di portatori di interessi diffusi nei giudizi contabili. 11. Epilogo.

1. La tutela di interessi diffusi quale tratto caratterizzante le funzioni istituzionali (secondo la Consulta)

Nei tempi più recenti, si tende a dare molta enfasi, anche nell'area pubblica, ai c.d. interessi adespoti, su indicazione della Consulta, che si è preoccupa della tutela dei cosiddetti interessi adespoti[1], perché privi di un legittimato processuale a sostenerli, tanto da azzardare un vero e proprio *assist* legittimante l'Istituzione della Corte dei conti, nell'esercizio delle sue funzioni di rilievo costituzionale[2]

Una prima pronuncia, a fronte di una legge adottata al di fuori delle competenze della Regione, riconosce che la destinazione di nuove risorse, senza che peraltro siano ravvisabili diretti controinteressati, non potrebbe agevolmente essere sottoposta al giudizio di costituzionalità per altra via che non sia il giudizio di parificazione, nella considerazione che l'esigenza di fugare zone d'ombra nel controllo di costituzionalità, rappresenta un tratto costitutivo del sistema di giustizia costituzionale, tale da riflettersi sui criteri di valutazione dei requisiti di ammissibilità delle questioni[3]; la sentenza, peraltro, non manca di richiamare la sentenza n. 226 del 1976, che aveva ritenuto la funzione di controllo (preventivo) analoga a quella giurisdizionale, diretta a valutare la conformità degli atti che ne

[1] Gli interessi diffusi e/o collettivi esprimono una comunanza di un interesse a più soggetti e la circostanza, tendenzialmente necessaria, che costoro si coalizzino al fine di rendere tale interesse tutelabile (R. FERRARA,,Interessi collettivi e diffusi, in Dig. pub., VIII, Torino, 1993, 482). L'interesse diffuso resta una posizione soggettivata (che può fare a meno di un titolare) nel senso che l'ordinamento si fa carico della possibilità che esso sia curato, assorbendolo all'interno delle proprie funzioni amministrative o giurisdizionali. P. MADDALENA, Giurisdizione contabile e tutela degli interessi diffusi, in Cons. St., 1982, 291); F.G. SCOCA,Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile, in Dir. soc., 1985, 645; M. SCIASCIA "La giurisdizionalità della funzione di controllo della Corte dei conti a tutela degli interessi diffusi" in Riv. C. conti 1982, n. 3.

[2] La problematica generale riguarda essenzialmente la legittimazione ad agire, tanto che era stata proposta un disegno di legge costituzionale che, tra l'altro intendeva modificare l'art. 24 Cost. inserendo un secondo comma per consentire che potessero agire in giudizio per la tutela di interessi collettivi gli enti e le associazioni che perseguono finalità di salvaguardia di tali interessi». Gli interessi adespoti sono nati come interessi privi di un loro "portatore", interessi non attribuibili a determinati titolari, ma a categorie indeterminate di persone che non hanno proprie organizzazioni rappresentative.

[3] C. cost., 9 novembre 2018, n. 196, in Riv. C. conti 2018, 5, 207, con nota di D. MORGANTE, Parificazione del rendiconto da parte della Corte dei conti e autonomia finanziaria degli enti territoriali nella giurisprudenza costituzionale; M. PIERONI e C. FORTE, Ancora sulla sentenza n. 196 del 2018 della corte costituzionale, ivi 2109, 3, 100; P. SANTORO, La ridondanza del vizio di incompetenza legislativa nel giudizio di parificazione.(Corte costituzionale n. 196/2018), in contabilita-pubblica 13 marzo 2019.

formano oggetto alle norme del diritto oggettivo, operando un controllo esterno, "rigorosamente neutrale e disinteressato".

Una successiva pronuncia conferma la legittimazione della Corte dei Conti a sollevare questioni di costituzionalità in sede di parifica, poichè, da un lato, gli interessi erariali alla corretta spendita delle risorse pubbliche non hanno, di regola, uno specifico portatore in grado di farli valere processualmente in modo diretto, e, dall'altro, che le disposizioni contestate non sono state impugnate nei termini dal Governo, unico soggetto abilitato a far valere direttamente l'invasione di materie di competenza legislativa statale, divenendo intangibili per effetto della decorrenza dei predetti termini e della decadenza conseguentemente maturata[4].

L'eliminazione delle zone d'ombre diventa, quindi, elemento qualificante della specificità dei compiti assegnati alla Corte dei conti nel quadro della finanza pubblica, per correggere il *vulnus* agli equilibri di bilanci per interventi legislativi al di fuori delle competenze regionali[5].

Tali pronunce sono valse a preparare il terreno per un ulteriore approccio verso il riconoscimento della Corte dei conti quale punto di riferimento garantistico degli interessi adespoti che si esteriorizza a chiare lettere nella famosa sentenza cosiddetta San valentino[6], già da noi commentata per aver riconosciuto, per la prima volta la

[4] C. cost., 6 giugno 2019, n. 138, in Foro italiano, 2020, I, 462; P. CHIRULLI, Una conferma dalla Consulta: La Corte dei conti può sollevare la questione di legittimità costituzionale nei giudizi di parificazione invocando parametri diversi dall'art. 81 Cost., in Giur. cost. 2019, 4, 2342; M. MASSA, Corte costituzionale e giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio: dal principio alle regole (e ritorno), in Osservatorio fonti n. 3/2019; M. CECCHETTI, La parificazione dei rendiconti delle Regioni nel difficile equilibrio tra le garanzie costituzionali della legalità finanziaria e quelle dell'autonomia regionale, in federalismi.it, 2020, n. 34; C. BERGONZINI, Trasparenza e Veridicità dei bilanci: l'annullamento del rendiconto oggetto di manipolazioni contabili, in forumcostituzionale.it, 2018; G. RIVOSECCHI, La parificazione dei rendiconti regionali nella giurisprudenza costituzionale, in Federalismi.it. luglio 2019;

[5] C.E. MARRÈ BRUNENGHI, Il sindacato della Corte dei conti in sede di parifica come strumento circostanziato di tutela di interessi erariali adespoti, in Riv. C,conti,2020, 4, 285; G. RIVOSECCHI, I controlli sulla finanza pubblica tra i diversi livelli territoriali di governo, in Riv. trim. dir. pubb,2019,.3

[6] C. cost. 14 febbraio 2019, n. 18, con commento di C. FORTE e M. PIERONI, prime osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 18/2019.

legittimazione delle Sezioni regionali di controllo nell'esercizio del controllo di sana gestione sul fronte delle autonomie territoriali[7].

Per la verità l'introduzione del concetto di interessi adespoti, era parso un argomento rafforzativo di non eccessivo rilievo, ma semplicemente utile per qualificare il controllo come giudizio e quale unica sede in cui possono essere fatti valere gli interessi dell'amministrazione e degli altri soggetti che si ritengano direttamente incisi dalla pronuncia della sezione regionale.

L'eclatanza che ha avuto tale singolare riconoscimento ci induce ad altre riflessioni sulla portata del nuovo lemma concettuale, che la Consulta utilizza in due passaggi motivazionali di supporto.

Per il giudice delle leggi le norme di riferimento sul controllo sui bilanci degli enti territoriali determinano «un'integrazione della funzione giurisdizionale e di quella di controllo, geneticamente riconducibile al dettato costituzionale (artt. 100 e 103 Cost.) in materia di contabilità pubblica, ove sono custoditi interessi costituzionalmente rilevanti, sia adespoti (e quindi di difficile giustiziabilità), sia inerenti alle specifiche situazioni soggettive la cui tutela è affidata, ratione materiae, alla giurisdizione a istanza di parte della magistratura contabile (punto 3, cpv 8).

Il secondo esplicito riferimento agli interessi adespoti (punto 3, cpv 11) è al giudizio di impugnazione della deliberazione di controllo che "costituisce l'unica sede in cui possono essere fatti valere gli interessi dell'amministrazione sottoposta al controllo e degli altri soggetti interessati; in particolare, nei giudizi in unico grado il P.M. contabile, sta in giudizio quale aggregatore degli interessi adespoti al bilancio dei cittadini, oltre che come rappresentante dello Stato ordinamento, nella sua triplice unità: giuridica, finanziaria ed economica".

[7] P. SANTORO, L'accesso alla giustizia costituzionale delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, in materia di equilibri finanziari, in www.contabilita-pubblica 26/2/2019.

Parrebbe, quindi, che la sede in cui emergono interessi adespoti non sia tanto quella del controllo, ma piuttosto quella giurisdizionale del giudizio di impugnazione quale giudizio a istanza di parte, riservato alla giurisdizione esclusiva della magistratura contabile; in realtà la Consulta azzarda un vero e proprio salto di corsia, utilizzato le prerogative proprie di quella giurisdizionale[8].

Il richiamo agli interessi adespoti, tuttavia, è parso ultroneo in ragione della posizione costituzionale intestata nell'ordinamento alla Corte dei conti la quale, già opera un controllo esterno rigorosamente disinteressato e neutrale[9], ma soprattutto esuberante (aggiungiamo noi) quando tira in ballo il procuratore generale, quale rappresentante di interessi adespoti di natura finanziaria, che però entra in scena solo nell'eventualità che si apre un giudizio speciale ad istanza di parte.

L'altro punto di riferimento, invece, fa perno sulla "integrazione" delle funzioni della Corte di conti geneticamente riconducibile al dettato costituzionale (artt. 100 e 103 Cost.) in materia di contabilità pubblica.

In realtà la prospettazione di una posizione adespota della Corte dei conti, che la Consulta recepisce, appartiene alla Sezione di controllo proponente[10] che chiaramente lo riferiva (solo) alla funzione

[8] In realtà la primogenitura della costruzione della funzione adespota è della Sezione remittente)Sez. Campania ord. 20 febbraio 2018 n. 19, in Riv. C. conti 2018, 1, 133), secondo cui la Corte nel procedimento di controllo sui piani di riequilibrio è super partes…..soprattutto rispetto alla "comunità" di riferimento e agli interessi afferenti il bene della vita che tramite il controllo ricevono tutela obiettiva (il bilancio come bene pubblico). si tratta, infatti e segnatamente, di interessi finanziari adespoti, afferenti i membri della collettività di riferimento, i quali entrano in una relazione (soltanto) "mediata" col bilancio: di conseguenza, gli "interessati" al bilancio non sono solo gli amministratori, ma anche i cittadini utenti nonché il "mercato" che interagisce col bilancio, fornendo beni e servizi.

[9] C. FORTE e M. PIERONI, Prime osservazioni, cit.

[10] Nell'ordinanza di remissione della Sezione di controllo per la Campania 28 febbraio 2018 n. 70 si legge: che nell'ordinanza di remissione spiega che: 1) la Corte dei conti, nel procedimento di controllo sui piani di riequilibrio è «super partes», ossia è doppiamente neutrale: lo è rispetto allo Stato-ordinamento (art. 114 Cost.), nella sua plurale articolazione (C. cost., n. 29/1995, n. 470/1997 e n. 60/2013); ma lo è soprattutto rispetto alla «comunita'» di riferimento e agli interessi afferenti il bene della vita che tramite il controllo ricevono tutela obiettiva (il bilancio come bene pubblico); 2) Si tratta, infatti e segnatamente, di interessi finanziari adespoti, afferenti i membri della collettività di riferimento, i quali entrano in una relazione (soltanto) «mediata» col bilancio; di conseguenza, gli «interessati» al bilancio non sono solo gli amministratori, ma anche i cittadini utenti nonché i «mercato» che interagisce col bilancio, fornendo beni e servizi.

La Sezione Campania, del resto, non era nuova a siffatta motivazione che, ad esempio si rinviene, con il medesimo, nelle delibere 28 febbraio 2018, n. 19, e nell'altro significato di "La legalità contabile e finanziaria, che attraverso la disciplina dei "vincoli," contribuisce alla tutela di interessi finanziari adespoti

di controllo sugli equilibri di bilancio esercitato super partes negli interessi finanziari adespoti della comunità amministrata.

La Consulta, invece, ne ha apparentemente ampliato ampliare il raggio di influenza, riferendola anche al Procuratore generale, rappresentante degli interessi adespoti di natura finanziarie e soprattutto alla materia di contabilità pubblica ove sono custoditi.

Per completezza va segnalato che in altro giudizio di incostituzionalità sollevato da una Sezione del controllo, la Consulta, pur avendo la remittente fatto riferimento agli interessi finanziari adespoti alla congruità delle risorse per l'erogazione dei livelli essenziali, ha riconosciuto la legittimazione a proporre una questione di costituzionalità (nella specie nella sede di controllo di un bilancio sanitario) per il fatto che nel sindacato di legittimità-regolarità sui bilanci degli enti territoriali e degli enti del Servizio sanitario nazionale la situazione è analoga a quella in cui si trova un qualsiasi giudice[11].

2. Le aperture della dottrina

La lettura che ne ha dato la dottrina va ben oltre gli enunciati della Consulta.

La Corte dei conti è vista come centro d'imputazione di interessi adespoti di natura finanziaria, insuscettibili di puntualizzarsi in posizioni soggettive tutelabili in sede giurisdizionale e per questo a rischio di finire in "zone d'ombra", o "zone franche" sottratte di fatto allo scrutinio di legittimità costituzionale; in particolare è stato sottolineato che gli interessi erariali alla corretta spendita delle risorse pubbliche non hanno, di regola, uno specifico portatore in grado di farli valere processualmente in modo diretto, tanto che le disposizioni in contrasto non sempre vengono impugnate nei termini dal Governo,

e alla regolazione della discrezionalità delle amministrazioni nella costruzione del "bene pubblico" bilancio" (del. 21 dicembre 2017, n. 267), in cui sono collegati interessi di vario tipo anche adespoti.

[11] C. cost. 21 luglio 2020, n. 157, in Riv. C. conti, 2020, 4, 273.

che di fatto è l'unico soggetto abilitato a farle valere divenendo intangibili[12].

Tali interessi diffusi (o generali) restano distinti da quelli dei singoli, i quali se titolari di un interesse personale, concreto e attuale possono partecipare al giudizio di controllo[13].

Gli approdi della Consulta appena descritti, tuttavia, tendono a generalizzare la nozione di interessi adespoti, collegandola oggettivamente alla funzione (di controllo), alla sedes materie (contabilità pubblica), al collegamento tra controllo e giurisdizione, oppure soggettivamente alla posizione del P.M. contabile, non senza indulgere alle problematiche sulla riscossione delle imposte[14]

Indubbiamente la polivalenza della nozione rivela un certo eclettismo quando è riferita allo stesso tempo al giudice controllore e all'oggetto del controllo[15].

Tutto ciò ha innescato un rinnovato fervore proteso a una valorizzazione complessiva delle funzioni dell'Istituzione di controllo finanziario, sinteticamente espresso nella riflessione che gli interessi adespoti, che sono sottesi e connessi all'equilibrio di bilancio e che hanno carattere strumentale rispetto ai diritti sociali, trovano nella Corte dei conti il loro naturale plesso magistratuale[16].

[12] M. SCACCIA, il bilancio quale strumento di responsabilità democratica nella giurisprudenza costituzionale, in Riv. C. conti 2012, 2,11. M. BERGO, Nuovi confini del sindacato di controllo della Corte dei conti in sede di parifica e di tutela degli interessi adespoti: commento alle sentenze della Corte cost. n. 196 del 2018 e n. 138 del 2019, in Federalismi ott. 2019; MARRÈ' BRUNENGHI, Il sindacato della Corte dei conti in sede di parifica come strumento circostanziato di tutela di interessi erariali adespoti, in Rivista della Corte dei conti, 2020, .4, 285.

[13] M. SCACCIA, op. cit.; G. AMATO, "La tutela degli interessi adespoti", Lectio magistralis 31 marzo 2021.

[14] C. cost., 15 marzo 2019, n. 51, su questione sollevata da una sezione giurisdizionale sottolinea che una riscossione ordinata e tempestivamente controllabile delle entrate è elemento indefettibile di una corretta elaborazione e gestione del bilancio, inteso come «bene pubblico» funzionale «alla valorizzazione della democrazia rappresentativa». M. BASILAVECCHIA, La Corte delimita la nozione di "agente di riscossione", in Giur. cost., 2019, 2, 782.

[15] F. SUCAMELI, Attuazione ed esecuzione della l. cost. n. 1/2012 attraverso il giudice del bilancio, in Federalismi 30 dicembre 2020, di magistratura che si attiva officiosamente in ragione del tipo di interessi che sono normalmente in gioco, ossia gli interessi trasversali e adespoti all'ordinato sviluppo della vita finanziaria delle comunità repubblicane ed allo stesso tempo qualifica il diritto del bilancio come sistema di norme che di solito attiene, regolamenta e dà rilevanza ad interessi adespoti

[16] Presidente Carlino, presentazione della lectio magistralis del prof. Amato, cit., che, tra l'altro, ha ricordato le pronunce della Corte costituzionale (sent. n. 10 e 275/2016 e n. 169/2017) che hanno approfondito il profilo funzionale dell'equilibrio di bilancio e stretto legame fra equilibrio di bilancio, buona amministrazione e diritti sociali.

Si parla di nuove sfide per la funzione del controllo sul fronte delle entrate, in coerenza con il nesso tra bilancio e principio di democraticità[17], con l'esaltazione della Corte dei conti come organo introduttivo del controllo di costituzionalità dei bilanci dello Stato e degli enti territoriali[18], in una prospettiva in cui il suo controllo è funzionale alla democrazia[19] e alla tutela degli interessi finanziari della collettività e dei diritti sociali finanziariamente condizionati[20], perché non c'è separatezza tra i principi di ordine finanziario e quelli sui diritti fondamentali (Amato)

Soprattutto in sede di parifica la Corte dei conti viene eretta a presidio degli interessi adespoti, di quegli interessi cioè, come affermato dalla stessa Corte costituzionale, incisi da normative che, "siccome prive di una immediata riferibilità soggettiva o, comunque, di una loro rilevanza nell'ambito di conflitti intersoggettivi, rimarrebbero immuni dal vaglio di costituzionalità[21].

Ma la tematica è più ampia e coinvolge le interrelazioni tra le varie funzioni della Corte dei conti e la loro proiezione evolutiva[22], nella consapevolezza che nella tutela degli interessi adespoti di natura finanziaria sia coinvolta la Corte dei conti in ogni sua funzione[23], venendo in considerazione, nell'ambito del giudizio di responsabilità, il corretto utilizzo di risorse pubbliche e, nelle attribuzioni di controllo,

[17] L. ANTONINI, Riscoprire in chiave "umanistica" il ruolo della corte dei conti nello sviluppo costituzionale italiano, in Riv. C. conti, quad. n. 3/2020, 91; C. PINOTTI, Le funzioni giurisdizionali della corte dei conti nelle materie di contabilità pubblica fra tradizione e innovazione, ivi, 50.

[18] M. DOGLIANI, Lo stato attuale della identità costituzionale della corte dei conti ovvero: corte dei conti e sviluppo della forma di governo in Italia, in Riv. C. conti, Quad. n. 3/2019, 31.

[19] F.S. MARINI, La Corte dei conti di fronte all'autonomia delle regioni: prospettive di riforma in un'ottica di rafforzamento della democrazia e della legalità, in Riv. C. conti 2020. 6, 23.

[20] C. cost., 19 ottobre 2016, n. 275, in Foro it. 2017, I, 259, con commento di G. BOGGERO La garanzia costituzionale della connessione adeguata tra funzioni e risorse. Un "mite" tentativo di quadratura del cerchio tra bilancio, diritti e autonomie, in Riv. AIC n. 4/2019. C. cost., 12 gennaio 2016, n. 10, in Riv. C. conti 2016. 1, 362. F. GALLO, La tutela dei diritti sociali e ilo principio del pareggio di bilancio, in Riv. C. conti 2016, 5, 647.

[21] Sez. contr. Campania, 30 gennaio 2021 n. 5, in Riv. C. conti 2021, 1, 135. Relazione del Presidente Buscema inaugurazione a.g. 2020; F. FIMMANO', La tutela degli interessi adespoti e il ruolo del procuratore della Corte dei conti, in Riv. C. conti 2 2021, 1, 1.

[22] Sul tema, C. CHIAPPINELLI, Diritto del bilancio e interessi adespoti finanziariamente rilevanti, in Dir. conti n. 1/2020.

[23] A: CORSETTI, Il ruolo del Pubblico ministero nei giudizi dinanzi alle Sezioni Riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, in atti in Convegno aprile 2021, in memoria di GARRI, sottolinea che nell'ambito del giudizio di responsabilità, viene in considerazione il corretto utilizzo di risorse pubbliche e, nelle attribuzioni di controllo, la sana gestione degli enti destinatari

la sana gestione degli enti destinatari anche sotto il profilo del diritto del bilancio (da intendersi non in senso formale, bensì come giusta allocazione delle risorse indispensabili a garantire i servizi essenziali della collettività).

3. Gli interessi diffusi nella giurisprudenza amministrativa

L'esigenza di tutela, anche giurisdizionale, degli interessi diffusi, altrimenti detti superindividuali, perché contraddistinti dal riferimento simultaneo a tutti (e a nessuno in particolare), o parte dei componenti di una collettività individualmente considerati, trova fondamento nel dettato costituzionale dell'all'art. 2, che riconosce "i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", e nell'art. 24 (diritto di difesa).

L'espressione interessi diffusi, tuttavia, è stata ritenuta, in origine altamente equivoca, perché frequentemente adoperata in significati spesso radicalmente diversi dagli amministrativisti, dai civilisti, dai costituzionalisti, dai giuslavoristi, e definiti, in un primo momento, come collettivi per essere successivamente qualificati come interessi diffusi per divenire poi interessi diffusi della collettività[24].

Va anche tenuto presente che la Carta costituzionale si limita, per finalità varie, a fare riferimento all'"interesse della collettività" (art. 32), all'"interesse generale" (artt. 35, 42, 43, 118), alla "utilità sociale" e "fini sociali" (art. 41), alla "funzione sociale" (artt. 41, 45), alla "utilità generale" (art. 43), al "pubblico interesse (art. 82) e all'attività di interesse generale (art. 118).

Dal punto di vista della teoria dei beni comuni, mentre gli interessi collettivi hanno ad oggetto beni divisibili fra tutti i propri potenziali fruitori, l'interesse diffuso tende alla fruizione di beni per loro natura

[24] A. PROTO PISANI, Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi, in Le azioni a tutela di interessi collettivi, Convegno Pavia, giugno 1974, atti , 263; F. G.. SCOCA, La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo, ivi 43.

"indivisibili" e perciò insuscettibili di appropriazione esclusiva da parte di un singolo[25].

Per il giudice amministrativo interesse legittimo e interesse ultraindividuale, nella forma per così dire primitiva di interesse diffuso, sono esattamente agli antipodi[26]; mentre il primo riguarda una posizione di vantaggio personale e differenziata, il secondo è, al contrario, un interesse non individuale e non differenziato, poiché il soggetto singolo non vanta, con riferimento al bene specifico, aspettative specifiche rispetto ad altri soggetti; egli, cioè, non è portatore di una posizione differenziata, visto che si trova nella stessa condizione in cui versano le persone che appartengono alla collettività, più o meno ampia, che è interessata al provvedimento amministrativo o al comportamento della p.a.; ciò ha indotto la dottrina a qualificare tale interesse come adespota, perché privo di un titolare [27]

L'interesse diffuso, pertanto, è un interesse privo di titolare, latente nella comunità e ancora allo stato fluido, in quanto comune a tutti gli individui di una formazione sociale non organizzata e non individuabile autonomamente; l'interesse collettivo, invece, è quell'interesse che fa capo a un ente esponenziale di un gruppo non occasionale, della più varia natura giuridica ma autonomamente individuabile, senza escludere la contemporanea configurabilità (c.d. doppio binario) di interessi legittimi [28]; è stato chiarito, infatti, che gli

[25] V. CERULLI IRELLI-L. DE LUCIA, Beni comuni e diritti collettivi, in Scritti in onore di Franco Bassi, Parma 205, 1131.

[26] Cons. St., Sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3507, in Foro amm. C.d.S. 2008, 2113.

[27] M.S. GIANNINI, Diritto amministrativo, Milano 1988, 593; A.M. SANDULLI, Manuale di diritto amministrativo, Napoli 1989, 111. Il primo riconoscimento nella legittimazione a ricorrere a un ente esponenziale si ebbe con la pronuncia del Cons. St, Sez. V, 9 marzo 1973 n. 253, in Foro amm. 1973, I, 2, 966, che riconobbe l'associazione Italia Nostra portatrice di un interesse qualificato in posizione differenziata rispetto al comune cittadino; A. ANDREANI, Individuazione dell'interesse legittimo, ivi 737; S. CASSESE, Gli interessi diffusi e la loro tutela, in Lanfranchi, (a cura di),La tutela degli interessi collettivi e diffusi, Torino, 2003, 569; C. CUDIA, Interessi diffusi e collettivi (dir. amm.9, in Treccani on.line.; sui più recenti approdi giurisprudenziali, F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo Roma 2020. 29; M. SCIASCIA, Evoluzione della tutela degli interessi diffusi innanzi alle giurisdizioni amministrativa e contabile, in Riv. C. conti 2019, 4, 219.

[28] Cons. St., A.P., 10 aprile 1979, n. 24, in Foro amm. 1979, I, 2419, secondo cui gli interessi diffusi sono caratterizzati dalla simultaneità del loro riferimento soggettivo a tutti o parte dei componenti di una

interessi diffusi sono "adespoti" e possono essere tutelati in sede giudiziale solo in quanto il legislatore attribuisca ad un ente esponenziale la tutela degli interessi dei singoli componenti una collettività, che così appunto assurgono al rango di interessi collettivi,[29].

In concreto gli interessi diffusi assumono rilevanza giuridica, con azionabilità e tutelabilità dinanzi al g.a., divenendo interessi collettivi, solo se siano riferibili ad un ente esponenziale di un gruppo non occasionale che se ne fa diretto portatore; una tecnica di tutela contro l'esercizio del potere amministrativo, quindi, per ampliare la protezione di interessi prima irrilevanti perché considerati communes omnium, è poi legittimati attraverso una soggettivizzazione rappresentativa.

Per tali fini gli enti associativi esponenziali, sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie atteso che tali enti oltre ad essere titolari di posizioni giuridiche proprie quali persone giuridiche sono anche titolari sia di posizioni giuridiche che appartengono a ciascun componente della collettività da esso rappresentata, sia posizioni giuridiche di cui sono titolari in via esclusiva, cioè interessi collettivi propriamente detti, la cui titolarità è solo degli enti, proprio perché risultanti da un processo di soggettivizzazione dell'interesse altrimenti diffuso ed adespota[30].

collettività Attraverso la costituzione dell'ente esponenziale l'interesse diffuso, sino a quel momento adespota e indifferenziato, si soggettivizza e si differenzia, assurgendo al rango di interesse legittimo meritevole di tutela giurisdizionale (Cons. St. comm. spec., parere 26 giugno 2013 n. 3014), altrimenti non sarebbero di per sé tutelabili (Cass., S.U., 8 maggio 1978, n. 207, in Giur. civ. 1978, 1214.

[29] Cass., S.U., 16 novembre 2016, n. 23304, in Foro It., 2017, 2, 1, 603, che richiama Cass., S.U., 28 marzo 2006, n. 7036, in Giur. It., 2007, 6, 1384.

[30] Cons. St., Sez. IV, 23 aprile 2020, n. 2585 e 5 ottobre 2018, n. 5719; Cass., S.U., 16 ottobre 2017, n. 24300; Cass. civ., 10 novembre 2015, n. 22885. Per le procedure a evidenza pubblica si è astrattamente riconosciuto (negandolo in concreto, cfr. Cons. St., Sez. III, 2 novembre 2020, n. 697) che in una visione necessariamente dinamica della emersione degli interessi evocati dall'esercizio del potere pubblico, tra l'indifferenziato interesse della collettività a fruire di un servizio qualitativamente adeguato e sicuro e l'interesse individuale del singolo operatore al conseguimento dell'aggiudicazione, quale bene della vita, può dunque polarizzarsi in capo all'Associazione di categoria un interesse intermedio, ontologicamente diverso dagli altri, riferito inscindibilmente al gruppo in quanto tale e che,

La giurisprudenza amministrativa si è quindi sforzata di ricercare di un criterio di collegamento tra gli interessi adespoti, che appartengono ontologicamente a tutti i componenti di una collettività, e i meccanismi processuali, che richiedono che l'azione sia portata avanti da un ben individuato soggetto dell'ordinamento, in modo da superare il meccanismo tradizionale di tutela attraverso la creazione di un ente pubblico[31].

Recentemente l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato[32] ha fatto il punto sulla distinzione osservando che nel diritto pubblico, gli interessi adespoti sono tutelati in modo "collettivo" quando l'interesse protetto corrisponde a beni della vita a fruizione collettiva che fanno "ascendere" l'interesse legittimo ad una dimensione diffusa; l'interesse sostanziale (bene della vita) del singolo, inteso quale componente individuale del più ampio interesse diffuso, invece, non assurge ad una situazione sostanziale "personale" suscettibile di tutela giurisdizionale (non è cioè protetto da un diritto o un interesse legittimo) posto che l'ordinamento non può offrire protezione giuridica ad un interesse sostanziale individuale che non è in tutto o in parte esclusivo o suscettibile di appropriazione individuale; viene innanzitutto ribadito che la legittimazione, per sussistere, deve riferirsi a un interesse originariamente diffuso, e quindi adespota,

nella detta dimensione, si riferisca al compendio degli atti generali che definiscono l'assetto organizzativo della gara.

[31] Cons. St., Sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8686, in Rass. Avv. Stato 2011, 2, con commendo di F. ANGELI, Legittimazione attiva per la tutela degli interessi adespoti e autonomia negoziale della PA; id. in Foro amm. 2011, 1184, con commento di C. FORMENTI, Legittimazione degli enti territoriali: il tragitto concettuale del Consiglio di Stato. In caso delle tariffe autostradali; TAR Lazio, 8 gennaio 2015, n. 186 , in Urb. app. 2015, 593.

[32] Cons. St, A. P., 20 febbraio 2020, n. 6, in Foro It., 2020, 3, 289, ricorda che la protezione degli interessi "diffusi", ossia adesposti, non consentita in via teorica a causa della mancata sussistenza del requisito della differenziazione che tradizionalmente qualifica la posizione giuridica di interesse legittimo, è stata sin dagli anni '70 assicurata attraverso il riconoscimento dell'esistenza di un interesse legittimo di natura collettiva imputabile ad un ente che, in forza del possesso di alcuni requisiti giurisprudenzialmente individuati; l'intervento di un'associazione esponenziale di interessi collettivi, deve essere supportato da un interesse concreto ed attuale (imputabile alla stessa associazione) alla rimozione degli effetti pregiudizievoli del provvedimento controverso (Cons. St., A.P., 2 novembre 2015, n. 9, in Foro it., 2016, 3, 65; in materia di appalti è legittimata a intervenire in giudizio l'associazione rappresentativa di imprese che faccia valere interessi omogenei dei propri iscritti, anche se non sia investita della rappresentanza dell'intera categoria, purché operi per perseguire gli scopi statutari di tutela degli interessi degli operatori ad essa aderenti (Cons. St., A.P., 21 maggio 2019, n. 8, in Foro It., 2019, 3, 365). Sulla tematica, Convegno di Varenna del 1977, Rilevanza e tutela degli interessi diffusi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività.

che, attenendo a beni a fruizione collettiva, si "personalizza" in capo a un ente esponenziale, munito di dati caratteri, ponendosi per tale via come interesse legittimo proprio dell'ente.

Confermando la c.d. teoria del doppio binario viene affermato il principio che l'investitura della tutela esponenziale d'interessi adespoti può trarsi o da uno specifico riconoscimento normativo[33], a favore di un ente che svolga proprio un'attività inerente a determinati interessi diffusi, ovvero in base ad una verifica giudiziale[34], allorché l'ente che se ne propone portatore si caratterizzi non già per essere una aggregazione meramente seriale ed occasionale, ma per essere identificabile in relazione ad un vincolo che, in quanto afferente ad una realtà territoriale o ad una medesima manifestazione non occasionale della vita di relazione, si presenti come concreto (quanto al suo oggetto) e temporalmente persistente (quanto alla sua durata).

L'A.p. osserva che ragionando nei termini opposti si rischierebbe di rimettere alla discrezionalità del legislatore ordinario la tutela in giudizio di interessi di notevole peso e valore sociale, con evidente limitazione dell'effettività della tutela garantita dall'art. 24 Cost. Gli interessi coinvolti, infatti, riguardano settori come l'ambiente, la

[33] Il codice dei beni culturali ammette l'impugnazione dell'autorizzazione paesaggistica da parte associazioni portatrici di interessi diffusi (art. 146, comma 5, D.lgs n. 42/2004); il codice dell'ambiente originariamente prevedeva (art. 18, comma 5, L. n. 149/1986) la legittimazione delle associazioni ambientali individuate a intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi; i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale (art. 1, D.lgs n. 198/2009); la L. 30 luglio 1998, n. 281 riconosce e garantisce i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, e ne promuove la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa (Cass. S.U., 16 novembre 2016, n. 23304); l'art. 32-bis D.lgs n. 58/1998 - T.U. finanza - prevede che le associazioni dei consumatori qualificate sono legittimate ad agire per la tutela degli interessi collettivi degli investitori, connessi alla prestazione di servizi e attività di investimento; la L. n. 241/1990, infine, attribuisce (art. 9) la facoltà di partecipare al procedimento (oltre che ai portatori di interessi pubblici o privati) ai portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, nonché di esercitare il diritto di accesso ai documenti amministrativi (art. 22, comma1); la l. n. 231/2019 ha introdotto l'art. 840 bis c.p.c. che disciplina l'azione di classe per la tutela dei diritti individuali omogenei nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità; mezzo di tutela collettiva è c.d. class. action nella forma di tutela dei consumatori (art. 140 bis D.lg n. 206/2005)e di tutela contro la p.a. (D.lgs n. 198/20099).

[34] Cass., S.U., 16 ottobre 2017, n. 24300, in Amb. svil., 2018, 5, 350 ; Cons. St., 18 novembre 2013, n. 5451, in Foro amm. C.d.S. 2013, 3012, secondo cui e l'interesse collettivo non può mai costituire posizione dei singoli, ma sorge quale posizione sostanziale direttamente e solo in capo all'ente esponenziale.

salute, oppure, come in questo caso, la stabilità dei mercati finanziari, che i singoli potrebbero proteggere solo agendo in forma associata, con una modalità che del resto è pienamente consona allo spirito dell'art. 2 Cost, che riconosce e garantisce le "formazioni sociali" come luogo in cui la personalità dei singoli va a manifestarsi.

Il fondamento teorico della cd. collettivizzazione dell'interesse diffuso attraverso la sua entificazione risiede nella individuazione di interessi che sono riferibili ad una collettività, a una categoria più o meno ampia di soggetti (fruitori dell'ambiente, consumatori, utenti, etc.) o in generale a una formazione sociale, senza alcuna differenziazione tra i singoli che quella collettività o categoria compongono, e ciò in ragione del carattere sociale e non esclusivo del godimento o dell'utilità che dal bene materiale o immateriale, a quell'interesse correlato, i singoli possono trarre[35].

Opportunamente la stessa Plenaria rileva che sul diverso e più generale versante dell'interesse pubblico vero e proprio, la cura è rimessa, secondo la tradizionale impostazione, unicamente all'amministrazione sulla base del principio di legalità[36], oppure (aggiungerei) alle varie Autorità indipendenti di regolazione dei vari settori di servizi pubblici.

In disparte va tenuto presente che, nei giudizi incidentali di costituzionalità gli interessi diffusi o collettivi hanno assunto rilievo processuale quali "amici curiae" della Consulta, essendo stato riconosciuto che le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla

[35] Cons. St. Sez. IV, 16 febbraio 2010, n. 885, in Foro amm. C.d.S. 2010. 305 e Sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554, ivi 1908.

[36] La Plenaria avverte, tuttavia, che trattasi di situazioni diverse ed eterogenee, poichè l'amministrazione ha il dovere di curare l'interesse pubblico e dunque gode di una situazione giuridica capace di incidere sulle collettività e sulle categorie (potestà), mentre le associazioni rappresentative delle collettività o delle categorie incarnano l'interesse sostanziale, ne sono fruitrici, e dunque la situazione giuridica della quale sono titolari è quella propria dell'interesse legittimo, *id est*, quella pertinente alla sfera soggettiva dell'associazione, correlata a un potere pubblico, che, sul versante processuale, si pone in senso strumentale ad ottenere tutela in ordine a beni della vita, toccati dal potere riconosciuto all'amministrazione.

questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta[37].

4. Gli interessi diffusi nella giurisdizione contabile

Completamente diverso è oggi l'approccio della giurisdizione contabile, poiché la c.d. soggettivizzazione (pro tutela), o manca quando si riferisce l'interesse adespota allo stesso Organo di rilevanza costituzionale nell'esercizio delle sue funzioni, o viene intestato all'organo propulsivo o interveniente nei giudizi contabili di resposabilità o speciali.

Resta un punto di riferimento storico l'elaborazione della teoria del danno ambientale da parte delle giurisprudenza contabile basata sulla tutela diffusa degli interessi attraverso il ruolo del P.M. contabile[38]; in concreto veniva riconosciuta una valenza patrimoniale "all'insieme di beni e utilità economicamente apprezzabili, che fossero a disposizione ed in uso alla collettività e nei cui confronti lo Stato a o l'ente territoriale assume l'obbligo di tutela", pervenendo alla conclusione che "la lesione di interessi generali della collettività, quali sono gli interessi diffusi", concretizza una ipotesi di danno allo Stato ai sensi delle norme di contabilità pubblica e come tale può esser fatto valere davanti alla Corte dei conti; approccio successivamente ribadito con l'affermazione che il giudice contabile agisce come giudice naturale nella materia degli interessi diffusi, con riferimenti a beni ambientali danneggiati che appartengono indifferenziatamente alla collettività nazionale organizzata dallo Stato[39].

[37] Art. 1, comma 7, Del. C. cost., 8 gennaio 2020 - Modificazioni alle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

[38] Sez. I, 8 ottobre 1979, n. 61, in Foro amm., 1980, 825 e 22 giugno 1982, n. 10, in Riv. C. conti, 1982, 89; S.R., 16 giugno 1984, n. 378/A, ivi, 1985, 818, sebbene cassata per carenza di attualità del danno da inquinamento marino (Cass. S.U. 25 gennaio 1989, n. 440, ivi 1989, 1, 241).

[39] Sez. I, 18 settembre 1980, n. 86, in Foro amm. 1981, I, 975, che tra l'altro sottolinea che il giudice amministrativo può intervenire a difesa degli interessi diffusi a istanza di parte. E' nota la vicenda del danno ambientale, la cui tutela è stata successivamente affidata direttamente allo Stato (art. 18 L. n. 349/1986) la cui legittimazione ad agire, secondo la Consulta (sent. 30 dicembre 1987, n. 641) non trova fondamento nel fatto che essi hanno affrontato spese per riparare il danno o nel fatto che essi abbiano subito una perdita economica ma nella loro funzione a tutela della collettività e delle comunità

In precedenza era stata elaborata la nozione di danno pubblico alla collettività[40] e più in generale di danno pubblico[41] e di danno all'economia nazionale[42]; con particolare riferimento alla finanza locale era stato elaborato il concetto di danno alla finanza pubblica[43] o più in generale al buon andamento[44]; tale approccio era stato ritenuto[45] innovativo perché si inseriva nella tendenza a considerare gli interessi diffusi come interessi pubblici e quindi a ricondurne la tutela nell'alveo dell'azione pubblica di danno, con ciò superando la concezione individualistica del processo amministrativo.

5. La tutela degli interessi finanziari della collettività quali interessi adespoti.

Nell'area contabile l'attribuzione di una nuova giurisdizione speciale *ratione materiae*, ha contribuito a rendere rilevante, ai fini della giustiziabilità, l'interesse diffuso alla corretta gestione delle risorse pubbliche attribuzione di una nuova giurisdizione speciale ratione materiae, contribuisce a qualificare la Corte dei conti come il giudice naturale più idoneo a conoscere del contenzioso su controversie di finanza pubblica tra amministrazioni soggette a vincoli gestionali, rimediando ad una carenza di giustiziabilità di un interesse diffuso alla

nel proprio ambito territoriale e degli interessi all'equilibrio ecologico, biologico e sociologico del territorio che ad essi fanno capo. C. TALICE, La responsabilità per danni ambientali non rientra nella responsabilità amministrativa, in Foro amm. 1988, 9; B. CARAVITA, Il danno ambientale tra Corte dei conti, legislatore e Corte costituzionale, in Riv. giur. amb., 1988, 1,93.

[40] Sez. I, 15 maggio 1973 n. 39, in Foro amm. 1973, 3, 247 e 30 dicembre 1975, n. 108, in Foro it. 1977, 3, 249.

[41] Sez. II, 25 marzo 1981, n. 64, in Giur. it. 1981; P. MADDALENA, La definizione del concetto di danno pubblico: premessa indispensabile per qualsiasi riforma della Corte dei conti, in Foro amm. 1983, 255.

[42] Cass., S.U., 4 gennaio 1980, n. 2, in Foro it. I, 46.

[43] S.R., 15 luglio 1980, n. 81, in Foro amm. 1981, 84, qualificava come pregiudizio alla finanza pubblica l'iscrizione di mutua pareggio in elusione delle regole di contenimento del deficit; S.R. 29 aprile 1980, n. 234/A, ivi. 1981, 155, affermava che le spese facoltative dei comuni dovevano essere comunque destinate al soddisfacimento degli interessi morali e materiale Il collettività comunale che quindi costituiva danno erariale l'assistenza a popolazioni estere; S.R. 28 giugno 1986 n. 576, in Riv. C. conti 1990, 5, 658 (danno equilbrio bilancio); S.R., 9 aprile 1990, n. 659, in Foro amm. 1990, 2164 (danno valutari), non condivisa da Cass., S.U., 3 aprile 1992, n. 4486, in Riv. C. conti 1993, 4, 178, poiché la normativa non consentiva di trasformare gli interessi soggettivi diffusi in diritti soggettivi patrimoniali.

[44] Sez. II, 19 maro 1983, n. 50, in Riv. C. conti 1983, 399: G. DE SETA, Principio giurisprudenziali in tema di buon andamento, in Amm. cont. 1985, 4, 27.

[45] V. DENTI, Interessi diffusi, in N.ssmo D.I. app. 1980, 305.

corretta gestione delle risorse pubbliche mediante una cognizione esclusiva e quindi piena e non solo di legittimità che risponde ad una esigenza di corretta regolazione dei rapporti di contabilità pubblica[46]; tale giurisdizione contenziosa sussiste a garanzia degli interessi finanziari adespoti che sorgono attorno dovere democratico delal relazione di fine mandato, nonché per materia, sui correlati diritti a non vedere ingiustamente compressa la propria sfera giuridica da atti amministrativi[47]

Le sezioni di controllo, dopo la sentenza n. 196/2019, cit., tendono a richiamare gli "interessi adespoti" per intestarsi la difesa di situazioni soggettive che parrebbero prive di titolari[48]; in particolare per giustificare l'effetto inibitorio delle pronunce si sottolinea che trattasi di un controllo di natura magistratuale, esercitato da un organo terzo, neutrale, indipendente ed imparziale posto al servizio non dello Stato-apparato, ma dello Stato collettività, come tale non portatore di alcun altro interesse pubblico, se non quello generale, diffuso ed adespota, al rispetto della legalità finanziaria[49]; d'altronde, proprio la legalità contabile e finanziaria, attraverso la disciplina dei "vincoli," contribuisce alla tutela di interessi finanziari adespoti[50]; nell'ordinamento, in effetti, sussistono una serie di interessi finanziari adespoti, costituzionalmente rilevanti, ascrivibili a tutti coloro che, a vario titolo, entrano in potenziale contatto col bilancio[51].

[46] Sez. Campania, 25 maggio 2020, n. 74, in Riv. C. conti 2020, 3, 74, con nota di A. LUBERTI, Ancora sulle funzioni di controllo della Corte dei conti come forma di tutela giurisdizionale degli interessi adespoti.

[47] S.R. 21 febbraio 2021, n. 7, in banca dati (sulla verifica dei presupposti per l'applicazione delle sanzioni).

[48] F. SUCAMELI, La "iurisdictio" contabile e la tutela degli interessi diffusi nell'ottica dell'attuazione "domestica" del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio, in Federalismi 8 novembre 2017; C. BUZZACCHI, il controllo di legalità finanziaria a garanzia del principio democratico e della responsabilità di mandato, in Riv. C. conti 2019, 6, 32; Sez. contr. Campania, 27 luglio 2019, n. 148/2019/par, rileva che il giudizio e l'accertamento contabile, di legittimità-regolarità, assicura la certezza del diritto del bilancio e costituisce la garanzia degli interessi adespoti alla informazione corretta sui risultati della gestione e alla funzionalità del bilancio rispetto agli obiettivi fissati dalla legge, nei limiti tracciati dalla Costituzione (questione dichiarata infondata da. C.cost. n. 157/2019).

[49] Sez. Marche, 27 agosto 2020, n. 83, in banca dati.

[50] Sez. contr. Lombardia, 7 febbraio 2018, n. 38, in banca dati.

[51] Sez. contr. Abruzzo, 14 settembre 2020 n. 202, in banca dati.

Viene anche precisato che l'accertamento compiuto dalla Sezione regionale riguarda interessi non più adespoti, che si soggettivano in quelli giuridicamente qualificati di determinati soggetti[52].

Per altra via si tende a riproporre genericamente l'indicazione della Consulta che nelle funzioni della Corte dei conti attinenti la materia di contabilità pubblica sono custoditi sia interessi costituzionalmente rilevanti, sia adespoti e quindi di difficile giustiziabilità[53]; va maturando l'idea di un "diritto al bilancio" inteso come il diritto dei cittadini ad avere un quadro finanziario della gestione dell'ente, rispetto al quale la magistratura contabile è custode dell'equilibrio economico e finanziario dell'intero settore pubblico[54].

Una missione, che non è nuova, ma risale al primo concreto riconoscimento della piena legittimazione di giudice a quo in sede di giudizio di parifica, la cui essenza attiene anche alla verifica degli scostamenti che, negli equilibri stabiliti nel bilancio preventivo, si evidenziano in sede consuntiva, assumendo rilevanza le leggi che determinassero veri e propri effetti modificativi dell'articolazione del bilancio dello Stato, in modo da incidere, in senso globale sugli equilibri di gestione disegnati (allora) con il sistema dei risultati differenziali[55].

Rappresenta comunque un *acquis d*ottrinale e giurisprudenziale la constatazione che la tutela giuridica degli interessi collettivi debba essere affidata in primo luogo al controllo svolto da un organo esterno e terzo rispetto ai soggetti ai quali spetta di soddisfare gli

[52] S.R. spec, 4 luglio 2019, n. 17, in banca dati C. conti; S.R., 29 luglio 2019, n. 23, in Riv. C. conti 2019, 4, 194, valorizza il principio di solidarietà intergenerazionale quale espressione di interessi finanziari adespoti.

[53] Sez. contr. Piemonte, 30 dicembre 2020, n. 287 e n. 288.

[54] Sez contr. Calabria, 10 marzo 2021, n. 42, in Riv. C. conti 2021, 2, 130.

[55] C. cost., 14 giugno 1995, n. 244, in Giur. cost. 1995, 1764, con commento di LUPÒ AVAGLIANO, Pieni poteri alla corte dei conti per il controllo sulla spesa pubblica; A. CARDONE A., Legittimazione al promovimento della questione di costituzionalità e natura giurisdizionale della parificazione dei rendiconti regionali, in Giur. cost.,2020,5,2585; C. CHIAPPINELLI, La corte costituzionale muta radicalmente indirizzo e riconosce nuovi compiti al giudizio di parificazione, in Riv. C. conti 1995,3,169.

interessi stessi[56], tanto più che la Corte dei conti è riconosciuta come organo di rilevanza costituzionale posto al servizio dello Stato-comunità e non già dello Stato-apparato, quale garante imparziale dell'equilibrio economico finanziario del settore pubblico allargato[57]; enfatizzando il ruolo si è prospettato, con una frase a effetto, che i giudici contabili da "tutori" dovrebbero diventare i "guardiani" dell'efficienza finanziaria veicolata dal paradigma europeo[58].

In via generale si afferma che l'accertamento compiuto dalla Sezione regionale di controllo, una volta compiuto, per gli effetti di legge che vi sono collegati, può compromettere interessi, non più adespoti, ma che si soggettivano in quelli giuridicamente qualificati di determinati soggetti giuridicamente rilevanti[59].

Un'interessante pronuncia[60], partendo dalla premessa che il principio della trasparenza dei conti pubblici nazionali, invoca una tutela equivalente a quella prevista per il diritto interno per gli analoghi interessi finanziari adespoti alla "sincerità" del bilancio, si riconosce che, in astratto, la giurisdizione integrata della Corte dei conti sussiste anche con riguardo agli effetti esecutivi e necessitati dei propri accertamenti sulla situazione di bilancio è perciò la legittimazione ad agire di soggetti diversi dall'ente controllato, che si

[56] N. MASTROPASQUA, Il Ruolo della Corte dei Conti, Relazione al Convegno di Varenna del 2011, su Il Federalismo Fiscale alla prova dei decreti delegati; secondo cui l'accesso alla Corte costituzionale è limitato al suo ruolo di "giudice di interessi adespoti e diffusi.

[57] CERULLI IRELLI, La posizione costituzionale della Corte dei conti tra funzioni di controllo e giurisdizione, in Atti convegno Varenna 2005, su Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (a un decennio dalle riforma), Milano 2006, 403; A. BRANCASI, Il controllo finanziario e contabile sugli enti territoriali, in atti Conv. Varenna 2006 su I controlli sulle autonomie nel nuovo quadro istituzionale; C. CHIAPPINELLI, I controlli sulle autonomie nel nuovo quadro istituzionale, in Giur. cost. 2006, 2812; F. FRACCHIA, La Corte dei conti tra funzione giurisdizionale, di controllo, di consulenza e di certificazione, in Dir. econ., 2014, n. 3, 431; P ed E. SANTORO, Nuovo manuale di contabilità pubblica, Rimini, 2021, 795. C. cost. 27 gennaio 1995, n. 29, in Giur. cost., 1995, 270, 14 giugno 1995 n. 244, in Riv. C. conti 1995, 3, 160, 6 luglio 2006, n. 2, ivi, 2006, 6, 276, 24 febbraio 2010, n. 57, in Foro It., 2011, 2, 1, 3837 giugno 2007, n. 179, in Riv. C. conti 2007, 3, 260, 9 febbraio 2011, n. 37, ivi 2011, 1, 338, 20 luglio 2012, n. 198, ivi 2013,24, 5 aprile 2013, n. 60, ivi 2013, 1, 365 e 6 luglio 2006, n. 267, ivi, 2006, 6. 276.

[58] R. URSI, Riflessioni sul giudizio di parificazione dei rendiconti regionali, in Milan law review n. 1/2020.

[59] S.R., 4 luglio 2019, n. 17, in banca.dati.

[60] S.R., 12 novembre 2020, n. 32, in Riv. C. conti 2°20, 6, 209, che tuttavia, in concreto ha ammesso la legittimazione a ricorrere dei consiglieri comunali in carica, mentre ha escluso la legittimazione iure proprio dei cittadini residenti i cui interessi indifferenziati potrebbero trovare tutela attraverso la possibilità di esperire anche di fronte a questo giudice, l'azione popolare prevista dall'art 9 Tuel.

assumono titolari di situazioni giuridiche soggettive lese dalla pronuncia della Sezione di controllo, non può essere in alcun modo esclusa.

La dottrina in una prospettiva totalizzante afferma che la giurisdizione della Corte dei conti, tra controllo e giurisdizione, diventa lo strumento attraverso cui si predispongono i mezzi per la tutela dell'interesse diffuso alla buona amministrazione, costruita attorno al postulato fondamentale dell'equilibrio di bilancio[61]; il tema, peraltro, è sempre stato presente, sia quando si discuteva della qualificazione alternativa del controllo come funzione a sé stante o come espressione di giurisdizione[62], sia quando si affermava che le due funzioni si riconnettono per la specialità della materia e soprattutto per la diretta o indiretta incidenza sulla finanza statale[63], essendo entrambi funzionali alla correttezza della gestione[64].

Si è pure rilevato[65] che la vasta gamma degli interessi "finanziari" che fanno capo alla collettività comporta una compresenza di interessi non già meramente ascrivibili alla nozione di interessi diffusi, ma suscettibili di creare vere e proprie situazioni differenziate giuridicamente tutelabili, nel perimetro oggetto delle nuove forme di controllo intestate alla Corte dei conti.

E' opportuno ricordare che la tutela di un interesse comune o collettivo è sempre stata considerata una caratteristica della giurisdizione contabile, poiché volta a tutelare non l'interesse di parte ma la soddisfazione di quel "nomos" che è l'interesse comune[66];

[61] F. SUCAMELI, op. cit., secondo cui gli interessi diffusi sono rappresentati nel bilancio.

[62] L. GRECO, Funzione di controllo e giurisdizione, in Riv. C. conti 1949, I, 53. La Consulta, tuttavia, ha rilevato la diversa figura che assume la Corte dei conti, quale organo di controllo della legalità dell'amministrazione e quale organo di giurisdizione contabile, essendo attualmente ribadita nel modo più netto dallo stesso testo della Costituzione dove le funzioni di controllo sono previste separatamente da quelle giurisdizionali (sent. 26 giugno 1970, n. 110, in Foro amm. 1971, I, 1, 163.

[63] F. CARBONE, Discorso in occasione dell'insediamento a presidente della Corte dei conti,, in Riv. C. conti. 1954, I. 54; M. ALEMANNO, Il problema del controllo globale in materia finanziario-contabile: profili costituzionali, in Foro amm. 1974. II, 73.

[64] G. CAIANIELLO Principio di legalità e ruolo della Corte dei conti in Dir. pubb. 1999, 899.

[65] C. CHIAPPINELLI, Diritto del bilancio e interessi adespoti finanziariamente rilevanti, cit.

[66] F. BENVENUTI, Intervento al Convegno di Siena, su Minori garanzie, minori diritti e libertà del cittadino, giugno 1997, atti Contabilita-pubblica marzo/1998, 169; P. MADDALENA, Danno alla

quello che più di tutto la valorizza è l'officiosità dell'azione pubblica intestata ad un organo nato e configurato come rappresentante del pubblico ministero[67]; una prospettazione funzionale, quindi, che considera l'azione di responsabilità diretta alla tutela di interessi diffusi e sovraindividuali, ovvero interessi della collettività, il cui rilievo emerge quotidianamente in ogni ambito della vita sociale e politica[68]; ciò consentiva di ipotizzare una legittimazione generale del p.m. idonea ad un allargamento delle tutele delle istanze generali della collettività qualificabili come interessi diffusi[69].

La tutela dell'interesse comune rimaneva, quindi, una prerogativa del Procuratore contabile.

Più in generale, nei tempi più vicini, si tende a qualificare il danno erariale come danno alla collettività in quanto riferibile alla Stato-comunità[70] o a enucleare una nozione di danno collettivo riferito a utilità in immediato godimento dei singoli che costituiscono il contenuto di diritti fondamentali[71].

Secondo la Corte costituzionale, nella giurisdizione contabile, la funzione di garante dell'ordinamento è predominante e assorbente, poichè il Procuratore contabile, nella promozione dei giudizi, agisce nell'esercizio di una funzione obiettiva e neutrale e rappresenta l'interesse generale al corretto esercizio, da parte dei pubblici dipendenti, delle funzioni amministrative e contabili, e cioè un interesse sostanziale direttamente riconducibile al rispetto

collettività e finalità della responsabilità amministrativa, in Riv. C. conti 2008, 1, 196; id., Giurisdizione contabile e tutela degli interessi diffusi, in Cons. St., 1982, p. 2.

[67] M. VARI, Il Procuratore generale presso la Corte dei conti come organo di pubblico ministero nei giudizi di contabilità pubblica, in Rass. Cons. St. 1977, II, 1808; G. GIUGNI, Il Procuratore generale nelle funzioni della Corte dei conti, in Riv. C. conti, 1948, 15; G. BORZELLINO, Sulla figura giuridica del Procuratore generale presso la Corte dei conti, in Giust. civ., 1956, 27; L. GRECO, Il pubblico ministero della Corte dei conti, in Riv. C. conti, 1955, 77; P. MADDALENA, Il pubblico ministero nel giudizio di responsabilità amministrativa, in Foro amm., 1977, 2005, in Riv. C. conti, 1949, 53; sulla posizione del P.M. contabile, P., SANTORO, I giudizi nelle materie di contabilità pubblica, Napoli, 2018, 547.

[68] Presidente Martucci di Scarfizzi, a. g. 2017.

[69] M. FRANCO, Tutela del territorio, interessi diffuse ed operato del giudice (ordinario, amministrativo, contabile, in Foro amm. 1986, 2603;

[70] P. MADDALENA, Danno all collettività e finalità della responsabilità amministrativa, in Riv. C. conti, 2008, 1, 196

[71] M. SCIASCIA, Diritto processuale contabile, Milano, 2012, 636.

dell'ordinamento giuridico nei suoi aspetti generali ed indifferenziati[72]; il p.m. agisce a difesa dell'ordinamento e in esso, per la essenziale specialità della materia, si ricompongono anche gli interessi dell'Erario globalmente inteso[73], e quindi anche l'interesse particolare e concreto dello Stato in ciascuno dei suoi settori e degli altri enti pubblici in relazione agli scopi specifici che ciascuno di essi persegue[74]; in particolare, il Procuratore contabile esercita una funzione obiettiva e neutrale in quanto conferita a tutela di un interesse all'integrità della finanza pubblica direttamente riconducibile al rispetto dell'ordinamento giuridico[75]; ciò spiega perché nel giudizio di parifica il p.m. è coinvolto a tutela dell'interesse generale oggettivo della regolarità della gestione finanziaria e patrimoniale dell'ente territoriale[76].

Gli ampi poteri istruttori, tuttavia, non giustificano un'impropria attività di controllo generalizzato[77]; in materia ambientale, tuttavia, il p.m. non è più portatore di un interesse generale essendo ora legittimato (art. 313, comma 6, D.lgs n. 152/2006) solo per l'azione

[72] C. cost., 8 marzo 1989, n. 104, in Giur. cost. 1989, 556; Cass., S.U., 2 marzo 1982, n. 1282, in Foro amm., 1982, I, 1442; A. BRANCASI., Sul potere d'inchiesta della procura generale della corte dei conti, in Le Regioni, 1990,4,1083; A CORPACI, l principio cardine del giudizio di responsabilità amministrativa, in atti Conv. Varenna del 2005, cit., 265.

[73] C. cost., 24 febbraio 1992, n. 65, in Giur. cost. 1992, 358; C. Cost., 9 gennaio 1996, n. 1, in Foro it. 1996; I, 2, secondo cui il Procuratore regionale ha l'esercizio dell'azione di responsabilità, e sempre agisce nell'interesse oggettivo dell'ordinamento, assumendo un vero ruolo di "organo di giustizia", ma non interviene nei giudizi di Costituzionalità; C. cost., 2 novembre 1996, n. 275, in Riv. C. conti 1996, 6, 243.

[74] Il P.m. contabile, tuttavia, agisce al contempo, anche a tutela degli interessi concreti e particolari dei singoli e delle amministrazioni pubbliche, cfr .C. Cost. 18 luglio 2008, n. 291, in Foro amm. 2008, 2002 con commento di P. SANTORO, L'assenza dell'amministrazione nei giudizi contabili. Il procuratore regionale, tuttavia, non svolge una funzione di mera sostituzione processuale nel perseguire le ragioni dell'ente interessato, ma è portatore di propri autonomi interessi di natura sostanziale (S.R. 20 marzo 2003 n. 6/QM, in Riv. C. conti 2003, 2, 50).

[75] La presenza del Procuratore Generale nei giudizi innanzi alla S.R. in speciale composizione si giustifica in ragione della rappresentanza di interessi adespoti di natura finanziaria, che costituisce l'unica sede in cui possono essere fatti valere gli interessi dell'amministrazione sottoposta al controllo (Cost. n. 18/2019, cit.); il collegamento degli interessi adespoti, generali e dei singoli, con le "materie di contabilità pubblica", tra le quali si colloca il controllo della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali, segna quella riserva di giurisdizione esclusiva attribuita alla Magistratura contabile direttamente dalla Costituzione (ex artt. 100, comma 2, e 103, comma 2, Cost.), che impone alla medesima Magistratura contabile di mostrare sensibilità verso quegli interessi di terzi che potrebbero essere incisi "da un asserito non corretto esercizio della funzione di controllo" (S.R. spec,. sent. n. 17/2019).

[76] C. cost. 27 aprile 2017, n. 89, cit.

[77] C. cost., 31 marzo 1995, n. 100, in Giur. cost. 1995, 819 e 2 giugno 1994, n. 209, in Riv. C. conti 1994, 3, 186.

di danno (spese ripristino), su rapporto del Ministro dell'ambiente per le ipotesi dai danno causato da soggetti sottoposti alla giurisdizione contabile[78].

In passato, uno dei decreti legge[79] che accompagnarono la riforma della giurisdizione contabile e il suo decentramento intestava al procuratore regionale l'azione a tutela della legittimità amministrativa, legittimandolo a proporre in via autonoma, ricorso innanzi al giudice amministrativo avverso atti e provvedimenti di pubbliche amministrazioni, in vista dell'interesse generale al buon andamento e all'imparzialità di esse; trattasi di una prospettiva già nota all'ordinamento[80], che tuttavia si risolverebbe in una soggettivizzazione dell'interesse obiettivo di cui il soggetto/autorità è già portatore[81]; autorevole dottrina auspica, alla stregua di quanto consentito ad alcune Autorità indipendenti, di introdurre una analoga legittimazione del procuratore regionale della Corte su tutte le materie che direttamente e indirettamente, in fase genetica e

[78] Cass., S.U., 21 maggio 2014, n. 11229, in Riv. C. conti 2014, 3, 525. E. SANTORO, Il nuovo danno ambientale, la titolarità dell'azione e l'ampliamento della giurisdizione contabile, in Foro amm. 2008m 221 F. GIAMPIETRO, La responsabilità per danno ambientale: la concorrenza delle giuridizioni, in Danno resp. 2007, 725; U. SALANITRO, Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali, in Riv. dir. civ. 2018, 246; V. GIOMI, Le stagioni della giurisdizione contabile nella reazione al danno all'ambiente. Problemi attuali, in Federalismi.it., maggio 2020. C. cost., 1 giugno 2016, n. 126, in Foro it. 2016, 1, 3409, sottolinea che nella nuova prospettiva del danno ambientale è prioritario il ripristino mentre la fase risarcitoria, intestata esclusivamente al Ministro. è solo complementare ed eventuale; Cass., S.U., 21 maggio 2014, n. 11229, in Riv. C. conti 204, 3, 526).

C. conti, Sez. I, 26 maggio 2016, n. 412. Per la Consulta (sent. n. 179//2019) l'equilibrio ambientale, esprime una funzione sociale e incorpora una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale.

[79] L'art. 3 del D.L. 8 marzo 1994, n. 54 (non convertito) si proponeva di introdurre l'azione a tutela della legittimità amministrativa, prevedendo che il Procuratore regionale presso preso la Corte dei conti potesse proporre ricorso al TAR avverso atti e provvedimenti di p.a. in vista dell'interesse generale al buon andamento e all'imparzialità in vista della legittimità dell'azione amministrativa.

[80] Attualmente una legittimazione attiva è riconosciuta all'Autorità garante della Concorrenza per i provvedimenti che violino le norme a tutela della concorrenza (art. 21 bis, L. n. 287/199) e all'ANAC contro atti di procedure di gara affetti da vizi di particolare gravità (art. 211, comma 1-bis) codice contratti).; gli artt. 14 comma 7, 62, 110 comma 1, 121, comma 6 e 157 comma 2 del D.Lgs. n. 58 del 1998 con cui la Banca d'Italia e la Consob sono state legittimate ad impugnare le deliberazioni delle società vigilate adottate in violazione di alcune disposizioni sul diritto di voto in materia di intermediazione finanziaria (D.lgs n. 58/1998). N. PICA, La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM, in Dir. proc. amm., 2019, 807.

[81] La legittimazione straordinaria dell'ANAC è esercitata a presidio dell'interesse pubblico alla concorrenza in senso complessivo, senza muoversi nella logica di un mutamento in senso oggettivo dell'interesse (Cons. St., A.P., 26 aprile 2018, n. 4, in Foro It., 2019, 3, 67); Cons. St. Sez V, 3 novembre 2020, n. 6787, in Dir. serv. pubb. 2021 e 6 maggio2021, n. 3538. E. TEDESCHI, la legittimazione attiva dell'Anac. Profili oggettivi della giurisdizione o legittimazione straordinaria ad agire , in Riv. C. conti 2020, 2, 93.

funzionale, riguardino la finanza pubblica allargata e gli interessi erariali adespoti[82].

A prescindere dal rilievo di ciascuna funzione a tutela e garanzia degli interessi finanziari, è maturata e si va sempre più radicando la convinzione che tutta la materia della contabilità pubblica, di cui la Corte dei conti è custode nell'esercizio della funzione di controllo e giurisdizionale, sia funzionale alla tutela degli interessi finanziari della collettività[83]; trattasi di una prospettiva da tempo indicata che partiva dal presupposto di un rapporto di natura pubblicistico tra collettività ed enti impositori[84].

Viene spesso ricordato, con evidente allusione a un monito della Consulta, che quelli che sono stati rappresentati come interessi "finanziari" della collettività nella cornice normativa della contabilità pubblica sono apparsi "due facce" della stessa medaglia[85] e che i cittadini sono indicati tra i primi utilizzatori del sistema di bilancio pubblico (art. 1, lett. c), d.lgs. n. 91/2011); se la finanza pubblica è sana grazie al rispetto delle regole giuscontabili, anche i servizi resi alla collettività sono garantiti; diversamente, si manifesterebbe un duplice vulnus: allo Stato e alla collettività nelle sue molteplici espressioni.

Nel quadro delle funzioni assegnate alla Corte dei conti (referto al Parlamento, plurimi controlli, funzione giurisdizionale e requirente, oltre a funzioni consultive) si sottolinea(va) che è l'interdipendenza di queste attività che dà corpo alla funzione di custode degli equilibri finanziari pubblici, facendo dell'Istituzione l'organo di garanzia della

[82] FIMMANO'. op. cit.

[83] Significativo è il tema del convegno di Varenna del 2017 "La tutela degli interessi finanziari della collettività nel quadro della contabilità pubblica: principi, strumenti, limiti"; M. DUGATO, Corte dei conti giudice dell'erario: la tutela degli interessi finanziari della collettività, in MUNUS», 2018, 2, 607; N. DURANTE, La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi, Lectio magistralis Università della Calabria, 29 aprile 2015.

[84] S. BUSCEMA, Trattato di contabilità pubblica, Milano 1979, I, 86, che sinteticamente affermava che la contabilità pubblica è al servizio della collettività, in quanto finalizzata a regolare la convergenza di interessi concreti dei singoli con gli interessi della collettività

[85] C. cost., 3 luglio 2012 n. 192 e 20 dicembre 2017, n. 274, in Riv. C. conti 2017, 5, 493. P. MADDALENA, Giurisdizione contabile e tutela degli interessi diffusi, cit.

gestione delle risorse nazionali; ma la Corte resta soprattutto un organo di garanzia dell'ordinamento, rigorosamente neutrale e disinteressato, preordinato a tutela del diritto oggettivo[86]; compito della Corte sarebbe proprio quello di tutelare quale giudice della contabilità gli interessi diffusi che non hanno rappresentanza[87].

Il controllo sulla gestione, in particolare, costituisce uno strumento che attiene alla gestione delle risorse collettive e fa capo alla Corte dei conti quale organo terzo, che vigila sul rispetto dell'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, a tutela dell'unità economica della Repubblica[88].

Infine va sottolineato che nel rinnovato quadro normativo che rafforza il raccordo tra funzione di controllo e giurisdizionale, l'interesse costituzionale e finanziario di cui all'art. 81 Cost. è visto essenzialmente come un interesse diffuso e perciò rimesso, in prima istanza, alla funzione di controllo e alla tutela oggettiva della giurisdizione esclusiva (in senso ampio) della Corte dei conti, prima ancora che in sede contenziosa, attraverso l'azione del P.M.[89].

Prevale oramai la convinzione che l'unitarietà delle garanzie che stanno alla base della «contitolarità» di funzioni di controllo e giurisdizione contribuisce a rendere più saldo il senso di affidabilità

[86] C. cost., 17 ottobre 1991, n. 384, in Giur. cost. 1999, 3055. SALERNO G., La copertura finanziaria delle leggi di spesa tra utopia contabile e responsabilità politica, in Giur. it.,1992,I,405; C. cost., 18 novembre 1976, n. 226, in Foro amm., 1976, 295 P. CIRIELLO, Attività di controllo della Corte dei conti e giudizio incidentale di legittimità costituzionale, in Foro amm. 1977, 1701; P. SANTORO, Il controllo di legittimità su atti e gestioni statali, in Riv. C. conti, 2003, 3, 356; G. RIVOSECCHI, I controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali, Studi in memoria di Zambardi, Milano 2015, 131.

[87] G. AMATO, Lectio magistralis, cit., R. SCALIA, Il giudizio di parificazione del rendiconto generale delle Regioni, dopo il 2012. Gli orientamenti della Corte Costituzionale, in Federalismi 11 aprile 2018. C. cost., 23 giugno 2015, n. 181, in Riv. C. conti 2020, 4, 283; L. TORCHIA, I CONTROLLI SUGLI ENTI FRA CONTROLLO DI LEGITTIMITÀ E CONTROLLO DI GESTIONE, in Riv. C. conti, quad. n. 2/2019, 77, ricorda che tutta l'attività di referto ha l'attività di referto ha come riferimento la collettività,

[88] C. cost., 7 giugno 2007, n. 179, in Riv. C. conti 2007, 3, 26 e 5 aprile 2013, n. 60, ivi 2013, 1, 365.

[89] F. SUCAMELI, La "iurisdictio" contabile e la tutela degli interessi diffusi nell'ottica dell'attuazione "domestica" del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio, cit.; secondo la Corte costituzionale (il bilancio è un "bene pubblico", nel senso che è funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente territoriale; cfr. sent. 20 luglio 2016, n. 184, in Riv. C. conti 2016, 5, 184 e 29 novembre 2017, n. 247, in Foro It., 2018 1, 3387; A. CAROSI, Il principio di trasparenza nei conti pubblici, in AIC. n. 3/2018, sottolinea che il concetto di bilancio quale "bene pubblico", cioè come strumento indispensabile per illustrare procedure e progetti in cui prende corpo l'attuazione del programma, che ha concorso a far ottenere l'investitura democratica, nonché le modalità di rendicontazione di quanto realizzato; T. TESSARO, Analogie e similitudini tra trasparenza amministrativa e bilancio come beni pubblici: profili di diritto positivo e future prospettive, in Riv. C. conti 2021, 2, 31.

dell'apparato pubblico, destinato ad approntare risposte sostenibili ai loro bisogni individuali[90].

6. Valenza processuale e funzionale degli interessi adespoti

Da quanto sommariamente descritto, emerge, di primo impatto, la diversità della stessa nozione di interesse adespota o collettivo, assunta come rilevante nella giurisdizione contabile rispetto a quella amministrativa.

Nella giurisprudenza amministrativa, infatti, la nozione esprime un significato esclusivamente processuale, utilizzata per ampliare la tutela giurisdizionale del singolo attraverso la mediazione di un soggetto collettivo di una posizione soggettiva altrimenti qualificabile come interesse collettivo di ciascuno e di tutti, tutelabile solo attraverso la mediazione di un soggetto collettivo[91], l'ampliamento di tutela riguarda soggetti privati portatori di una posizione qualificata di diritto soggettivo o interesse legittimo, con l'effetto che l'interesse diffuso non è più adespota, perché l'ordinamento consente di individuarne un portatore legittimato, in quanto tale, a esercitare le relative azioni[92], determinando una sorta di mutazione genetica[93].

Nello scenario di giustiziabilità della materia contabile, invece la nozione è utilizzata per qualificare la posizione della Corte dei conti nell'esercizio di funzioni giudicanti, requirenti e di controllo[94].

[90] S. AURIEMMA, Nuove forme di giustiziabilità per la finanza pubblica: posizioni giuridiche sostanziali e garanzie giurisdizionali, in D. Crocco (a cura di), La Corte dei conti tra tradizione e novità, Napoli, 2014, 54; A. Buscema, Tutela dell'unità economica della Repubblica e unitarietà delle funzioni intestate alla Corte dei conti, in atti conv. Varenna La tutela degli interessi finanziari della collettività, cit.

[B] B. CARAVITA, Interessi diffusi e collettivi, in Dir. soc., 1982, 187; S. PUGLIATTI, Diritto pubblico e diritto privato, in Enc. dir. vol. XII, 1964, 696.

[92] C. PUNZI, La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi, in Riv dir. proc., *2002, 649.*

[93] M. NIGRO, Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza, *in* Foro it., 1987, V, 9.

[94] Sez. contr. Campania, 17 luglio 2019, n. 14, in Riv. C. conti 2019. 4, 138, come premessa per sollevare una questione di costituzionalità afferma: il giudizio e l'accertamento contabile, di legittimità-regolarità, assicura la certezza del diritto del bilancio e costituisce la garanzia degli interessi adespoti all'informazione corretta sui risultati della gestione e alla funzionalità del bilancio rispetto agli obiettivi fissati dalla legge, nei limiti tracciati dalla Costituzione.

La nozione assume quindi una valenza, non propriamente processuale ma funzionale e finalistica, per giustificare l'ampliamento dell'area di riferimento, in termini di attribuzioni di nuovi controlli e di potenziamento del relativo esercizio (giudice a quo in sede di controllo) o di estensione della giurisdizione in chiave strettamente sanzionatoria.

Punto di partenza, diventa la presa d'atto che le funzioni della Corte dei conti hanno matrice unica, riducibile alla comune finalità di preservare la finanza pubblica, a tutela di interessi, di natura collettiva, connessi alla stabilità ed alla tenuta dei conti pubblici ed alla correttezza e trasparenza della gestione delle risorse provenienti dal prelievo fiscale[95]; si afferma pure che il giudizio e l'accertamento contabile, di legittimità-regolarità, assicura la certezza del diritto del bilancio e costituisce la garanzia degli interessi adespoti alla informazione corretta sui risultati della gestione e alla funzionalità del bilancio rispetto agli obiettivi fissati dalla legge, nei limiti tracciati dalla Costituzione[96]; è essenziale, del resto, che la dimostrazione della situazione economico-finanziaria sia espressa con chiarezza e coerenza anche in rapporto alla fondamentale interdipendenza con il principio di legittimazione democratica, indefettibile raccordo tra la gestione delle risorse della collettività e il mandato elettorale degli amministratori[97].

Punto d'arrivo, per il momento, è il riconoscimento che la giurisdizione contenziosa sussiste a garanzia degli interessi finanziari adespoti che sorgono attorno al corretto adempimento dell'obbligo

[95] Sez. contr. Campania, 10 settembre 2018, n. 107, con commento di F. DIMITA, Il blocco dei programmi di spesa dell'ente locale, nell'ambito dei controlli di legittimità-regolarità della Corte dei conti, in Federalismi 9 gennaio 2019.

[96] Sez. contr. Campania, 27 maggio 2019, n. 148, sul controllo dei rendiconti sanitari.

[97] C. cost., 5 marzo 2018, n. 49, in Riv. C. conti 2018, 3, 412 e 26 luglio 2016, n. 184, ivi 5, 484. G. D'AURIA, Sull'incostituzionalità di bilanci e rendiconti regionali e sui rimedi per ripristinare l'ordinata continuità tra esercizi finanziari, in Foro it. 2018, I, 2654.

della relazione di fine mandato e si estende per materia, sulla verifica integrale del presupposto delle sanzioni applicabili[98].

7. La legittimazione processuale del P.M. contabile nell'area del controllo

La dimensione processuale, invece, è utilizzata per ampliare la legittimazione del P.M. contabile, come parte sostanziale anche nei giudizi in cui sarebbe solo interveniente necessario a tutela egli interessi adespoti

A tale ultimo riguardo, infatti, si è affermato[99], in sede di ricorso contro una pronuncia di accertamento di una Sezione regionale finalizzata all'adozione di misure correttive che il Procuratore Generale, al quale "il ricorso è notificato in ogni caso" ex art 124, comma 1, partecipa al giudizio "in rappresentanza degli interessi adespoti di natura finanziaria", echeggiando la menzionata pronuncia n. 18/2019.

Tutta la giurisdizione in un "unico grado", esclusiva e piena (artt. 2 e 3 c.g.c.), è caratterizzata dalla presenza necessaria del Pubblico ministero contabile, il quale sta in giudizio quale aggregatore degli interessi adespoti al bilancio dei cittadini, oltre che come rappresentante dello Stato ordinamento, nella sua triplice unità: giuridica, finanziaria ed economica[100]; il Pubblico Ministero interviene sempre a tutela dell'interesse generale e anche nei giudizi che si basano su una pregressa delibera della Sezione regionale di controllo, la sua presenza ha natura sostanziale[101] servendo a garantire il

[98] C. conti, S.R. spec., 16 febbraio 2021, n. 5, che tra l'altro ribadisce il necessario parallelismo tra le funzioni della Corte dei conti. Sez .contr. Abruzzo, 22 marzo 2001, n. 71 e 24 marzo 2021 n. 97. Le Sezioni riunite in speciale composizione sono naturalmente legittimate a sollevare questioni di costituzionalità (C. cost., 11marzo 2021, n. 34 e 28 gennaio 2020, n. 4).

[99] F. FIMMANO'. La tutela degli interessi adespoti ed il ruolo del procuratore della Corte dei conti, in Riv. C. conti 2020, 1, 1.; A CORSETTI, op. cit.

[100] C. conti, S.R. spec, 19 giugno 2020, n. 17, in Riv. C. conti 2020, 4, 85 e 2 ottobre 2020, n. 20, in bancadati.

[101] S.R. spec., 7 dicembre 2016, n. 26, in Riv. C. conti 016. 5, 87; si esclude invece che la Sezione regionale opposta possa assumere la qualità di parte nel giudizio sul ricorso contro l'atto adottato (S.R. spec. n,12 giugno 2013, ivi, 2013, 23, 301 e 11 ottobre 2013, 5, ivi 2013, 5, 278

contraddittorio e pertanto non vi sarebbe alcun motivo per escludere la sua legittimazione ad agire in via principale in tutti i giudizi innanzi alle Sezioni Riunite in speciale composizione, quale rappresentante degli interessi adespoti di natura finanziaria[102].

A supporto della legittimazione come asseritamente sostanziale si adduce la circostanza, fatta propria dalla Consulta[103], che nel contraddittorio del procedimento di parificazione è contemplato anche il coinvolgimento del pubblico ministero a tutela dell'interesse generale oggettivo della regolarità della gestione finanziaria e patrimoniale dell'ente territoriale[104]; in particolare, si è detto, il P.M. contabile incarna l'interesse della collettività nella sua massima espressione e più ampia estensione, a salvaguardia dello Stato-ordinamento sotto il profilo della legalità, dello Stato-comunità sotto il profilo degli interessi tutelati, ma soprattutto sotto il profilo della salvaguardia degli equilibri della finanza pubblica c.d. allargata[105].

Con efficace espressione si è sottolineato che nel giudizio di parifica il p.m. contabile resta la voce processuale del principio di legalità contabile, quello di garante del principio di legalità e soprattutto, nel contraddittorio delle forme contenziose, della effettività del principio di legalità in tema di equilibrio dei bilanci e di regolarità delle gestioni finanziarie[106].

[102]M. PISCHEDDA, le azioni giurisdizionali a tutela degli equilibri di finanza pubblica, in atti Convegno annuale contabilità - Pisa 2018 su La dimensione globale della finanza e della contabilità pubblica. S. R. spec., 3 luglio 2014 n. 27, in Riv. C conti, 2014, 1, 277 e 11 novembre 2014, n. 38.

[103] C. cost., 27 aprile 2017, n. 89, cit., (fattispecie in cui la questione di costituzionalità è stata sollecitata dal Procuratore regionale); M. MASSA, Corte costituzionale e giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio: dal principio alle regole (e ritorno), in osservatoriosullefonti.it, n. 3/2019.

[104] Cass., S.U., 30 ottobre 2014, n. 23072, in Foro amm. 2015, 1, 24, ha dichiarato inammissibile il ricorso del P.M. avverso la delibera di parifica, non essendo configurabile alcun contrasto di interessi poiché il il P.M. interverrebbe nel giudizio solo in veste di organo di garanzia; Cass., S.U., 13 settembre 2016, n. 22645, esclude l'ammissibilità del ricorso del P.M. proprio in ragione della riconosciuta giustiziabilità della medesima delibera innanzi alle Sezioni riunite. C. CHIAPPINELLI, Il giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato e dei rendiconti delle regioni, in Riv. C. conti, 2016, 3, 505.

[105] D. MORGANTE, La posizione del Pubblico Ministero contabile nel giudizio di parificazione del rendiconto, in Riv. C. conti, 2019, 2, 62; C. cost., 27 aprile 2017, n. 89, cit.; S.R., 14 dicembre 2017, n. 44, in Riv. C. conti 2017, 5, 269, hanno ritenuto ammissibile il ricorso del Procuratore regionale avverso un delibere di parifica (nella specie S.r. Sicilia), in quanto titolare di uno specifico interesse alla corretta verifica degli equilibri di bilancio, finalizzato all'esercizio della funzione di garanzia dell'ordinamento.

[106] A POLLICE, Il ruolo del Pubblico Ministero nel giudizio di parifica dei rendiconti regionali tra giurisprudenza costituzionale e diritto eurounitario, in atti Convegno in memoria di Garri, cit.; A.

Il ricorso alle Sezioni rappresenterebbe un momento pienamente processuale in cui eventuali interessi lesi, adespoti o soggettivi, possono trovare piena tutela nelle forme tradizionali del processo[107], sebbene il ricorso del P.M si ponga in collisione con l'accertamento (presumibilmente positivo) della competente sezione.

Siffatto profilo, tuttavia, non giustifica assolutamente l'assunzione di nuove attribuzioni praeter legem[108] se non come argomento ermeneutico per nuovi orizzonti funzionali (presenza in sede di controllo e parte attrice nei giudizi impugnatori); ma ciò comporterebbe un'ulteriore deriva giustizialista del controllo[109] rendendo sindacabile e contendibile una pronuncia resa con le formalità della giurisdizione che dovrebbe dare certezze finanziarie che invece diventano sindacabili (nel merito) e contendibili[110].

La dottrina più attenta ha osservato che lo schema di base dell'esercizio della funzione non è fondato su un contrasto di interessi, ma generalmente costituisce un supporto all'amministrazione affinché l'azione si svolga secondo le regole che presidiano i procedimenti e persegua in modo efficiente l'interesse della collettività; in tale prospettazione non si intravedono esigenze di difesa nell'ambito delle procedure di controllo, perché manca la contrapposizione di interessi e non c'è alcuna lite[111].

MORRONE, Funzione di parifica e incidente di costituzionalità, Relazione Convegno "Il giudizio sui bilanci delle Regioni a statuto ordinario" (Bologna, 2 marzo 2021).

[107] F. SUCAMELI, Il giudizio di parifica tra costituzionalismo antico e moderno. il modello cavouriano e il lungo percorso verso la sentenza di san valentino, in Riv. C. conti 2019, 1, 48; A. LUBERTI, I controlli della corte dei conti come giurisdizione nell'ottica di razionalità della "costituzione in senso sostanziale", in Dir. conti, 2020, 2, 128.

[108] G. SCACCIA, op. cit., ricorda che l'attività giurisdizionale è oggetto di apposite norme processuali che allo stato non sono rinvenibili con riferimento ad un procedimento di controllo, a sua volta provvisto di una dettagliata procedura normativamente prevista.

[109] P. SANTORO, La deriva giustizialista del controllo. La Corte dei conti giudica se stessa, in contabilita-pubblica, 2 dicembre 2019; M. SCIASCIA, La giurisdizionalità della funzione di controllo della corte dei conti a tutela degli interessi diffusi, in Riv. c. conti, 1981, 747;

[110] P. ed E. SANTORO, Nuovo manuale di contabilità pubblica, cit. , 873 e 1043; P. SANTORO, Le due anime del giudizio di parificazione, in Amm. cont., dicembre 2019. 44; G. COLOMBINI, La progressiva giurisdizionalizzazione del controllo nel codice della giustizia contabile: limiti e prospettive, in Riv. C. conti, 2017, 1, 739; F. PETRONIO, I controlli sulle autonomie e la tendenza alla giurisdizionalizzazione del controllo, ivi 2019, 2, 56.

[111] G. SCACCIA, Il bilancio quale strumento di responsabilità democratica nella giurisprudenza costituzionale, in Riv. C. conti 2020, 2, 11; G. BOTTINO, Il ruolo del Pubblico ministero nei giudizi

Ciononostante, la progressiva giurisdizionalizzazione del controllo ha consentito di ammettere, in quella sede, la disapplicazione degli atti amministrativi ritenuti illegittimi[112].

8. Una nuova legittimazione incidentale in sede di controllo

L'esigenza di fugare zone d'ombra nel controllo di costituzionalità, è stata più volte affermata dalla Corte costituzionale quale tratto costitutivo del sistema di giustizia costituzionale, è tale da riflettersi sui criteri di valutazione dei requisiti di ammissibilità delle questioni, nel particolare caso di cui qui si discute[113]; l'apertura è valsa ad accreditare il giudice ammnistrativo[114] e a legittimare le Sezioni regionali in sede di controllo sulla gestione dei bilanci degli enti locali a sollevare questioni di costituzionalità che siano rilevanti ai fini del decidere[115].

Le zone d'ombra sono individuate[116] nelle «situazioni in cui l'allargamento dei concetti di giudice o giudizio appare necessaria non

dinanzi alle Sezioni Riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, in atti convegno in memoria Garri, cit.

[112] Sez. Campania, 7 febbraio 2011, n. 11, in Riv. C. conti 2020, 1, 154.con nota di LUBERTI.

[113] *C. cost., 9,* novembre 2018, n. 196, cit.; R. BIN, Zone d'ombra del controllo di legittimità e zone buie del ragionamento giuridico (note brevissime a Corte cost. 196/2018), in Le Regioni, 2019, 1, 15; G. RIVOSECCHI, Il ricorso incidentale in sede di controllo della Corte dei conti, in Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria, Milano, 2019; M. ARMANNO, Corte dei conti come giudice 'a quo' e rilevanza della questione, in Giur. cost., 2018, 2382; C.E., MARRÈ BRUNENGHI, Il sindacato della Corte dei conti in sede di parifica come strumento circostanziato di tutela di interessi erariali adespoti, op. cit. C. cost., 6 marzo 2019, n. 105, in Riv. C. conti 2019, 3, 254. G. D'AURIA, Nuove opportunità di accesso della Corte dei conti (nell'esercizio delle funzioni di controllo) al giudizio incidentale di costituzionalità: purché il controllo...diventi giurisdizione, in Foro it., 2020, I, 108.

[114] C. cost., 19 ottobre 2016, n. 275,cit., per affermare la legittimazione del Tar, esclude che legge di approvazione del bilancio o qualsiasi altra legge incidente sulla stessa , costituiscano una zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità.

[115] C. cost., 14 febbraio 2019, n. 18, cit. P. SANTORO, L'accesso alla giustizia costituzionale delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, in materia di equilibri finanziari, cit.; M. MIDIRI, Essere "giudice" per la Corte: implicazioni istituzionali, in NOMOS, n. 3, 2019; C. FORTE, M. PIERONI, Prime osservazioni a margine della sentenza della corte costituzionale n. 18 del 2019, cit.; F.S. MARINI, Il controllo della Corte dei conti sui piani di riequilibrio degli enti locali alla luce della sentenza n. 18 del 2019 della Corte costituzionale, ivi 2019, 2, 5. La legittimazione è stata ribadita da: C. cost., 23 giugno 2020, n. 115, in Riv. C. conti 2020, 3, 186, con commento di K. NIKIFARAVA, Prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 115/2020 e sul ruolo operativo della Corte dei conti nella garanzia degli equilibri di bilanci degli enti locali ; C. cost., 21 luglio 2020, n. 157, con commento di F.A. CANCILLA, L'equilibrio di bilancio e i livelli essenziali dei diritti sociali tra principi fondamentali e regole contabili, in Giur. cost., 2020, 1781.

[116] C. cost., 31 gennaio 2019, n. 13, negando la legittimazione dell'AGCM per difetto di terzietà, ricorda che la tendenza all'affermazione piena del principio di costituzionalità, tocca il suo apice in quelle sentenze che ravvisano i requisiti di accesso in presenza di mere "zone d'ombra", ossia di situazioni in cui l'allargamento dei concetti di giudice o giudizio appare necessaria non solo per attrarre al controllo di costituzionalità un'area che altrimenti ne resterebbe esclusa ma anche per ammettere «al sindacato della

solo per attrarre al controllo di costituzionalità un'area che altrimenti ne resterebbe esclusa ma anche per ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte[117].

La finalità nobile di ampliare l'area dell'accesso allo scrutinio di costituzionalità di atti con forza di legge era già stata espressa nella storica sentenza n. 226 del 1976, che aveva riconosciuto la Corte dei conti come possibile *giudice a quo* in sede di esercizio del controllo preventivo, con l'intento di ammettere al sindacato della Corte leggi che più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte[118].

Nelle richiamate pronunce è senza dubbio dominante la preoccupazione della Consulta di ridurre le c.d. zone d'ombra, ossia quelle questioni inerenti alla tutela di interessi adespoti, cioè prive di un "padrone processuale" in grado di portarle davanti al giudice delle leggi.

La Consulta, quindi ha sostanzialmente riconosciuto la legittimazione di organi estranei alla giurisdizione (o comunque non nell'esercizio di funzioni giurisdizionali) a sollevare questione di costituzionalità[119].

Corte costituzionale leggi che, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte (sent. n. 226/1976).

[117] C. cost., 23 giugno 2015, n. 181, cit. e 22 marzo 2017, n. 89, ivi, 2017, 1, 521, nelle quali si ribadisce che la legittimazione si giustifica anche con l'esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte». M. CECCHETTI, La parificazione dei rendiconti delle Regioni nel difficile equilibrio tra le garanzie costituzionali della legalità finanziaria e quelle dell'autonomia regionale, in federalismi, n. 34/2020; R. SCALIA, Il giudizio di parificazione del rendiconto generale delle Regioni, dopo il 2012. Gli orientamenti della Corte costituzionale, ivi, n. 8/2018; G. RIVOSECCHI G., Controlli della Corte dei conti e incidente di costituzionalità, in Dir. pubb., 2017, 2, 35; G. D'AURIA, Corte dei conti in sede di controllo e accesso al giudizio incidentale di costituzionalità (ma il controllo di "sana gestione" è ... fuori dal gioco), in Giur. cost., 2020, 2227; per un inquadramento generale si rinvia a P ed E. SANTORO, Nuovo manuale di contabilità e finanza pubblica, cit., 869.

[118] C. cost., 12 novembre 1976, n. 226, in Foro amm., 1976, 295. R. CHIEPPA, Ancora sulle questioni di legittimità costituzionale sollevabili incidentalmente dalla corte dei conti (sezione di controllo), in Giur. cost.,1976, 2010; A. BENNATI., Il controllo della corte dei conti sugli atti del governo e la sentenza della corte cost. n. 226/1976, in Cons. St., 1979, II, 347; G. CAIANIELLO, un nuovo canale per i giudizi di costituzionalità: il controllo della Corte dei conti, in Impr. amb. p.a., 1976, 835.

[119] In tempi recenti la legittimazione delle Sezioni regionali di controllo era stata negata (C. cost., 9 febbraio 2011, n. 37, in Riv. C. conti 2011, 3. 338) perché il controllo esercitato era diretto, non a dirimere una controversia, ma ad assicurare, in via collaborativa, la sana gestione degli enti locali, nonché il rispetto da parte di questi ultimi del patto di stabilità interno e del vincolo in materia di indebitamento. A. ODDI, Sulla legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità in sede di controllo, in Giur cost. 2011, 1, 519.

In tale prospettiva l'asserita "titolarità" di interessi adespoti, quindi, ha dato la spinta ad una nuova legittimazione, come giudice a quo, nell'esercizio di una funzione comunque assibilabile a un giudizio di natura dicotomia nel quale l'applicazione di una norma sospettata di incostituzionalità può assumere rilevanza[120];

Da ultimo la Consulta ha riaffermato[121] la legittimazione delle Sezioni di controllo in sede di parifica, ribadendo che il riconoscimento, legato alla specificità dei suoi compiti nel quadro della finanza pubblica, si giustifica per la sua funzione di garanzia dell'ordinamento, di "controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato preordinato a tutela del diritto oggettivo e anche con l'esigenza di consentire il sindacato di legittimità costituzionale su norme che difficilmente vi verrebbero; in particolare, si censura il meccanismo elusivo dei piani di riequilbrio per violazione del principio di responsabilità democratica, in quanto, in luogo di un ripianamento rispettoso dei tempi del mandato elettorale, ne introduce uno che consente di differire l'accertamento dei risultati, ivi compresa l'indicazione di idonee coperture, oltre la data di cessazione dello stesso; l'equilibrio di bilancio, infatti, ha una funzione pubblica di garanzia nel senso che assicura la continuità delle prestazioni costituzionali nel tempo e ribadisce la fiducia degli elettori nei confronti degli eletti (accountability); in particolare la lesione dell'equilibrio di bilancio e della sana gestione finanziaria, sono valori alla cui tutela è preordinata la Corte dei conti, cui spetta accertare tutte le «irregolarità» poste in essere dagli enti territoriali suscettibili di pregiudicarli[122].

[120] In tale prospettiva il rapporto di ausiliarità si indirizzerebbe nei confronti della Corte costituzionale e non dell'assemblea regionale, cfr. R. URSI, Riflessioni sul giudizio di parificazione dei rendiconti regionali, in Milan law review n. 1/2020.

[121] C. cost., 29 aprile 2021, n. 80, in Riv. C. conti 2021, 2, 257. con commento di A. PETA, Fondo anticipazione di liquidità e recupero del disavanzo: la Corte costituzionale fornisce le coordinate per la sana gestione del bilancio; analoga conferma con la sentenza 31 luglio 2020, n. 189, in Riv. C. conti 2021, 2, 224, con ampia nota di commento di V. CARUCCI.

[122] C. cost. 19 giugno 2019, n. 146, in Foro it. 2020, I, 462. M.BERGO, Le funzioni della parifica della Corte dei conti alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale, in Riv. C. conti, 2019, 4, 45; L.

9. La legittimazione a sollevare pregiudiziali comunitarie in sede di controllo

La configurabilità della Sezione regionale di controllo quale organo giudicante, che assicura il controllo indipendente in forma giurisdizionale sugli enti della finanza pubblica allargata, a tutela degli equilibri di bilancio, della sostenibilità del debito pubblico e dei vincoli europei della finanza pubblica, è valsa a rivendicare la legittimazione a investire[123] la CGE del quesito interpretativo se tali funzioni rientrino tra quelle che possono essere sospese dalla normativa emergenziale[124]; la sezione remittente precisa che per fattispecie non sussiste un obbligo in tal senso, in quanto avverso le decisioni delle Sezioni regionali di controllo sui piani di riequilibrio è ammesso ricorso alle Sezioni riunite in speciale composizione.

La CGE, nell'unico caso noto, ha ritenuto che nell'esercizio del controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche la Corte dei conti non costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 177 del Trattato UE[125].

A rafforzare la propria legittimazione la Sezione remittente ricorre all'artificio di una sorta di assimilazione per incorporazione, affermando che trattasi di un giudizio che si svolge in "unico grado" in due fasi, una contenziosa, dinanzi alla Sezione di controllo, e una non contenziosa, dinanzi alle Sezioni riunite in speciale composizione.

D'AMBROSIO, Continua il percorso di ampliamento delle questioni di costituzionalità rilevabili in sede di parifica, ivi 2020, 4, 259

[123] Sez. Campania, 9 marzo 2021, n. 37, in Riv. C. conti 2021, 2, 138, motiva il rinvio per la sussunta violazione dei regolamenti sul patto di stabilità e sul SEC 2010, nonché delle direttive sui quadri di bilancio, norme che impongono trasparenza sulla contabilità comune europea, anche per le varie pubbliche amministrazioni interne dello Stato membro (i cc.dd. sotto-settori), nonché per la violazione della direttiva sulla tempestività dei pagamenti, poiché la sospensione dell'istruttoria determina la sospensione delle azioni esecutive dei creditori oltre i tempi della direttiva citata, in quanto collegata, nel diritto interno, alla pendente omologazione del piano di riequilibrio da parte della Sezione di controllo.

[124] l'art. 53, comma 8, d.l. n. 104/2020, conv. l. n. 126/2020, dispone la sospensione dei termini istruttori assegnati dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, fino al 30 giugno 2021.

[125] CGE, 26 novembre 1999 C-192/98, in Foro it. 2000, IV, 2. La legittimazione è stata invece riconosciuta in sede di giudizio delle S.R. in speciale composizione, quale "giudice del rinvio" CGE 11 settembre 2019, C.612 e C.613, in Riv. C. conti 2019, 1, 171.

Nessun dubbio invece sulla legittimazione a sollevare pregiudiziali comunitarie in sede di giurisdizione esclusiva speciale, sui ricorsi avvero gli elenchi ISTAT[126].

Recentemente sono state sollevate[127] altre pregiudiziali (a preferenza dell'eccepita questione di costituzionalità)[128] sulla compatibilità della normativa nazionale (art. 23-quater, d.l. n. 137/2020, conv. l. n. 176/2020) che ha limitato gli effetti del giudicato sulla legittimità della inclusione negli elenchi Istat "ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica", prospettando che la Corte dei conti è divenuto giudice naturale del bene pubblico bilancio, essendo titolare della giurisdizione unitaria e per materia sul bilancio, con due possibili modalità: il controllo, attraverso cui viene verificata la legittimità dei conti pubblici (accountability), e la responsabilità (liability) tramite cui è possibile attuare il principio di deterrenza da comportamenti illeciti dei funzionari pubblici (art. 28 Cost.).

Non sappiamo quale sarà l'esito, ma è certo che la pregiudiziale dovrà confrontarsi in termini di ammissibilità con la Raccomandazione della. CGE (2019/C 380/01), secondo cui la domanda di pronuncia pregiudiziale deve riguardare l'interpretazione o la validità del diritto dell'Unione, e non l'interpretazione delle norme del diritto nazionale o questioni di fatto sollevate nell'ambito del procedimento principale.

10. L'intervento di portatori di interessi diffusi nei giudizi contabili

[126] CGE, 11 settembre 2019, C-612 e 613/2017.

[127] S.R. spec., 3 giugno 2021, n. Ferrovie nord- Milano) , in banca dati. e 10 giugno 2021, n. 6, ivi (Fed. triathlon).

[128] In precedenza la Corte regolatrice aveva respinto i dubbi di costituzionalità per l'attribuzione impropria di un ricorso contro un atto amministrativo di natura ricognitivo, con la motivazione che non esiste una riserva di amministrazione né e garantita il doppio grado di giudizio, mentre risultava rispettato il principi del giudice naturale, cfr. Cass.; S.U. 18 maggio 2017, n. 112496 (ed altre coeve), in Riv. C. conti 2917, 3, 503; sulla natura servente degli elenchi ISTAT, C. cost. 11 gennaio 2017, n. 7, ivi 207, 1, 545.

Recentemente si è posto il problema della legittimazione di soggetti esponenziali di interessi diffusi ad intervenire nei giudizi di responsabilità, sulla base dell'art. 85 c.g.c..

Richiamando l'orientamento dei giudici amministrativi, si è ribadita la differenza tra interessi diffusi e interessi collettivi[129].

L'interesse diffuso si coglie solo nell'appartenenza dell'individuo a un gruppo, e non in relazione all'individuo in sé, singolarmente considerato con la conseguenza che esso è adespota, perché non è qualificato sulla base dei requisiti di appartenenza al gruppo, né trae forza dal gruppo, eppure solo nel gruppo esso si può individuare, e perciò vive allo stato fluido e magmatico all'interno della collettività e, quindi, quasi per definizione, è pre-giuridico e, come tale, non tutelabile in sede giurisdizionale.

Gli interessi collettivi, invece, assumono natura di posizioni soggettive giuridicamente rilevanti, la cui peculiarità è data dal fatto che la titolarità di tali posizioni è vantata da un'organizzazione che si pone come ente esponenziale, rappresentativo non già di interessi individuali dei singoli, bensì di interessi comuni, riferibili alla sfera categoriale complessivamente e unitariamente considerata.

L'interesse collettivo s'identifica, pertanto, non nella sommatoria degli interessi individuali dei membri della categoria, ma nella sintesi di quegli interessi in un interesse meta-individuale, qualitativamente diverso rispetto a quello dei singoli. A differenza degli interessi diffusi, gli interessi collettivi, trovando una titolarità in enti esponenziali, sono suscettibili di tutela giurisdizionale; e attraverso la costituzione dell'ente esponenziale che l'interesse diffuso, fino a quel momento

[129] Sez. Lazio, 15 giugno 2018, n. 346, in Riv. C. conti 2018, 3, 3, 251, che ha negato la legittimazione delle associazioni di consumatori, in quanto l'azione risarcitoria per danno erariale non involgeva interessi dei consumatori, bensì l'interesse diffuso dei contribuenti, trattandosi di danno al bilancio dello Stato, per attività in derivati finanziari; la pronuncia è stata confermata da Sez. I, 1 marzo 2019, n. 46, ivi 2019, 2,193, secondo cui l'azione della Procura per danni da operazioni finanziarie non involge gli interessi collettivi dei consumatori, dei quali dette associazioni sono esponenziali, bensì l'interesse diffuso dei contribuenti all'integrità del bilancio dello Stato.

adespota, si soggettivizza e si differenzia, assurgendo al rango di interesse meritevole di tutela giurisdizionale.

In altra occasione è stato ritenuto inammissibile l'azione a istanza di parte, anche sub specie di azione popolare[130], poiché non è sufficiente il generico interesse al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, del buon andamento, del legittimo e proficuo utilizzo delle risorse pubbliche, come ipotizzato dalla ricorrente, richiedendosi piuttosto la titolarità della situazione giuridica soggettiva differenziata, che si pretende lesa[131].

11. Il sintagma contabilità pubblica

All'indomani della riforma costituzionale del titolo V della Costituzione (L. n. 3/2001) si avvertì la necessità di riconoscere alla Corte dei conti, strappandola all'organo consultivo naturale, il potere di dare "pareri in materia di contabilità pubblica" (art. 7, comma 8, L. n. 131/2012) a supporto del nuovo controllo collaborativo sugli equilibri di bilancio degli enti territoriali.

La disposizione provocò un certo imbarazzo negli ambienti della Corte dei conti che provarono delimitarne i confini anche per evitare interferenze con la funzione giurisdizionale, inserendo la Corte dei conti nei processi decisionali degli enti[132].

In un coevo nostro commento critico[133], proponevamo un interpretazione funzionale e finalistica della nozione di contabilità pubblica come sintagma polivalente a seconda del livello di riferimento, richiamando le pronunce della Consulta che avevano

[130] L'azione popolare, a prescindere dal giudice competente, resta comunque uno strumento di tutela di interessi individuali omogenei. Sull'evoluzione si rinvia a P. SANTORO, I giudizi nelle materie di contabilità, cit., 546.

[131] C. conti, Sez. Veneto, 13 dicembre 2019, n. 198, in Riv. C. conti 2019. 6, 196, con commenti di R. FRASCIONE; La sanabilità della mancata indicazione delle parti e la legittimazione delle associazioni rappresentative degli interessi diffusi.

[132] Sez. Autonomie 10 marzo 2005 n. 5, in Foro amm. 2006, 1607, con. commento di E.SCHLITZER La nuova funzione consultiva della Corte dei conti per regioni ed enti locali nella riduttiva lettura della sezione autonomie.

[133] P. SANTORO, Le materie di contabilità pubblica: dalla interpositio legislatoris alla interpositio in house, in Foro amm. 2006, 2914.

considerato come la contabilità pubblica rappresentasse un elemento di razionalizzazione dei parametri di giudizio nell'esercizio dei controlli sui risultati[134].

Nella nuova lettura della Consulta le materie di contabilità pubblica, da contenitore di regole essenziali per la sana gestione e buon andamento della finanza pubblica, sarebbero divenute depositarie di interessi adespoti.

Le regole diventano sostanza ma ciò è una prospettiva che solo una motivazione ad alto impatto ermeneutico, può giustificare.

L'evoluzione di prospettiva è servita, comunque, a giustificare l'integrazione della funzione giurisdizionale con quella di controllo nel comune denominatore delle materie/a di contabilità pubblica[135].

11. Epilogo

La sovrapposizione di profili oggettivi e soggettivi e l'eterogeneità funzionale, di fini e di mezzi, non contribuisce certo a chiarire il vero significato e utilità degli interessi adespoti rispetto ai quali i singoli non sono più attori ma destinatari o beneficiari delle attività altrui[136].

Una nozione polisenso e multivalente, se pure può risultare utile per descrivere un fenomeno e la sua ratio funzionale o arricchire la logica motivazionale, certamente non contribuisce a definire i confini entro cui i relativi poteri possono essere esercitati, né i soggetti che ne hanno la cura concreta e le azioni di tutela cui sono legittimati; una nozione, che così come descritta, smentisce in radice il suo stesso etimo perché nel momento in cui si intesta soggettivamente cessa di essere adespota e non è più anonimo e senza patrone.

[134] C. cost. 27 gennaio 1995, n. 29, cit. e 30 dicembre n. 1977, n. 470, in Riv. C. conti 1977, 282.

[135] C. cost., 6 marzo 2019, n. 105,cit. Sul rapporto tra contabilità e controlli, P. ed E SANTORO, Nuovo manuale di contabilità , cit, 36.

[136] M. NIGRO, Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza, *in* Foro *it.*, 1987, V, 9.parlava a riguardo di mutazione genetica perché la necessaria presenza di un soggetto esponenziale allontana l'interesse dai soggetti del gruppo

La nozione di interessi collettivi (e generali) e la declamata intestazione di indefinibili interessi adespoti ad un organo di rilevanza costituzionale, già riconosciuto come garante imparziale degli equilibri economico-finanziari del settore pubblico e vigile custode degli interessi finanziari della collettività[137], al di là della formula verosimilmente suggestiva, nulla toglie e nulla aggiunge, alla realtà normativa che, trattandosi di funzioni di rilievo costituzionale, esige una interpositio legis.

La verità è che gli interessi adespoti, più che una categoria giuridica, tendono a rappresentare una caratterizzazione della Corte dei conti quale "giudice che previene gli sprechi e tutela gli interessi finanziari della collettività", ovvero quelli che possono essere custoditi, in quanto processualmente adespoti, solo attraverso strumenti processuali di natura obiettiva[138].

Ma la nozione non potrebbe essere "abusata", per forzare i limiti che l'ordinamento assegna a ciascuna funzione, o diventare un'intestazione ballerina che passa dai cittadini, al procuratore, al controllore e persino al giudice, organo terzo per definizione[139].

Gli interessi adespoti, collettivi o generali, a prescindere dalle distinzioni elaborate a fini di giustiziabilità, restano finalistici e alla loro efficace tutela ben s'addice l'attività di controllo naturalmente proiettata verso la legalità e l'efficienza, che sono valori che inevitabilmente ricadono positivamente sugli interessi "silenti" (perché non direttamente reclamabili) dei cittadini, come pure delle generazioni future.

[137] G. FAVA, La Corte dei conti garante imparziale nell'interesse dello Stato-comunità, in Riv. C. conti 2019, 6, 1.
[138] A. CAROSI, il ruolo della corte dei conti nella salvaguardia delle regole di bilancio nazionali e comunitarie, in Riv. C. conti 2015, 3, 577.
[139] Sulla appropriatezza o meno dell'uso della nozione di interessi adespoti, C: BUZZACCHI, II controllo di legalità finanziaria a garanzia del principio democratico e della responsabilità di mandato, in Riv. C. conti 2019, 6, 32.

La Consulta nello scrutinare la legge rafforzata n. 243/2012 sull'attuazione del principio di equilibrio del bilancio[140], ha sottolineato che l'equilibrio dei rispettivi bilanci è prodromico al buon andamento e all'imparzialità dell'azione amministrativa e che il miglior rapporto tra equilibrio del bilancio e buon andamento risiede in un armonico perseguimento delle finalità pubbliche attraverso il minor impiego possibile delle risorse acquisite mediante i contributi e il prelievo fiscale, in sostanza, un ottimale rapporto tra efficienza ed equità.

Sono questi gli interessi generali (o se si vuole adespoti) indubbiamente tutelati dal controllo di legalità finanziaria esercitato dalla Corte dei conti, soprattutto sul fronte delle autonomie locali, che, come si è accennato, costituiscono la ratio del riconoscimento come giudice (di controllo) di avanguardia, legittimato a segnalare i vulnus di costituzionalità che siano rilevanti all'esercizio delle sue prerogative di controllo.

Nell'attuale ruolo della Corte dei conti, quale custode e verificatore degli equilibri di bilancio (art. 7, comma 7. L. n. 131/2003) e della sana gestione finanziario, è indubbio che i controlli esterni e neutrali, esercitati sulla finanza delle autonomie, realizzano naturalmente gli interessi diffusi delle comunità amministrate ad una buona amministrazione[141], ma ciò non postula necessariamente la presenta del P.M. contabile che, anzi, potrebbe rappresentare un appesantimento, quanto meno dialettico, che mal si concilia con l'auspicata accelerazione della tempistica dei controlli tanto più efficienti quanto più ravvicinati e magari concomitanti[142]; ove mai si

[140] P. SANTORO, La resilienza della legge rinforzata sugli equilibri di bilancio: moniti e correttivi della Consulta, in www.contabilità-pubblica. n. 1/2018; G. RIVOSECCHI, La Corte costituzionale garante dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali nella problematica attuazione dell'equilibrio di bilancio, in Giur. cost. 2017, 2579; A. CAROSI, Il principio di trasparenza nei conti pubblici, in Riv. AIC n. 3/2018; 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, ivi n. 1/2018

[141] F. LONGAVITA, I nuovi connotati della funzione di controllo. in Dir. conti, n. 2/2019.

[142] Il P.m., al contrario, è a volte vincolato agli esiti del controllo anche in sede giurisdizionale, dovendo disporre (art. 69, comma 3) l'archiviazione per assenza di colpa grave, ove valuti che l'azione amministrativa si sia conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva o in sede di

dovese pervenire ad ammettere un ruolo attivo (di ricorrente diretto) del p.m. ai fini dell'anche nei confronti delle delibere delle sezioni regionali del controllo[143], si realizzerebbe una sorta di conflittualità dialettica in cui (per dirla secondo Croce) la dialettica dei distinti si evolverebbe in una sorta di dialettica degli opposti, che "opera la stintesi della tesi e dell'antitesi", consentendo al P.M. di rappresentare allo stesso tempo interessi adespoti indeterminati e quelli neutrali (deprocessualizzati) della sezione di controllo al cui deliberato si oppone.

Si realizzerebbe una sorta di eterogenesi dei ruoli poiché configurando il P.M. quale unico depositario della tutela di interessi adespoti, si vanificherebbe la posizione della Sezione del controllo quale garante di primo livello.

L'apertura di un nuovo fronte contenzioso rischierebbe di incrinare il già delicato rapporto tra Stato e autonomie in materia di finanza pubblica che la Consulta è riuscita finora a contenere, nonostante la torsione[144] dei controlli da collaborativi a cogenti[145], attraverso un

controllo (art. 69, comma 2). G. FAVA, La Corte dei conti garante imparziale nell'interesse dello Stato-comunità, cit.

[143] M. CATALANO, Il rito del giudizio di parifica innanzi alle Sezioni regionali di controllo, in atti Convegno in memoria di Garri, lamenta un deficit partecipativo nella sede dl controllo, non essendo prevista la partecipazione di un soggetto terzo ed imparziale, in funzione di garanzia della legalità finanziaria.

[144] C. BUZZACCHI, Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria, in Costituzionalismo, n. 1/2020; M. SALVAGO, I nuovi controlli della Corte dei conti sulla gestione finanziaria regionale (art. 1, d.l. n. 174 del 2012) nei più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale, in Federalismi, n. 19/2015; D. MORGANTE, Controlli della Corte dei conti e controlli regionali: autonomia e distinzione nella sentenza della Corte costituzionale n. 60/2013, in Federalismi. n. 9/2013; M. MORVILLO, La Corte dei conti e i controlli sulla finanza locale: spunti per una lettura congiunta della sent. 60/2013 e del d. l. 174/2012, in Forum Quad. cost. n. 6/2013; A. SALA, Principio autonomistico e controllo di legalità e regolarità contabile sugli enti locali in Giur. it. 2014, 2264; O. SPATARO, l'impatto dei controlli della Corte dei conti sul sistema finanziario locale, in Federalismi. n. 21/2018; F. GUELLA, Il coordinamento delle attribuzioni di controllo nel conflitto tra autonomia finanziaria (speciale) e prerogative costituzionali della Corte dei conti, in Forum cost. 2013.

[145] Il cambio di etichetta si deve a C. cost. ,10 febbraio 2014, n. 40 (est. Carosi) che riconobbe che i controlli delle sezioni regionali della Corte dei conti avevano assunto progressivamente caratteri cogenti nei confronti dei destinatari (sentenza n. 60 del 2013), proprio per prevenire o contrastare gestioni contabili non corrette, suscettibili di alterare l'equilibrio del bilancio (art. 81 Cost.) e di riverberare tali disfunzioni sul conto consolidato delle pubbliche amministrazioni, vanificando conseguentemente la funzione di coordinamento dello Stato finalizzata al rispetto degli obblighi comunitari. P. SANTORO, il controllo cogente sugli equilibri di bilancio delle autonomie locali (C. cost. 10 marzo 2014, n. 40, in giustamm.it., 4/2014; B. CARAVITA–E. JORIO, La Corte costituzionale e l'attività della Corte dei conti, in federalismi, n.6/2014.

attento percorso di bilanciamento[146]; la chiave di raccordo tra istanze autonomiste e istanze di salvaguardia degli equilibri finanziari unitari, come già accennato, è stata proprio la nozione del bilancio come «bene pubblico» da intendersi come strumento di garanzia della responsabilità politica e di preservazione del rapporto fiduciario, alla base dei quali si costruisce il principio democratico[147].

A ciascuno il suo, i ruoli vanno rispettati e la funzione di controllo va salvaguardata anche dalla pervasività della funzione giurisdizionale in materia di responsabilità risarcitoria e sanzionatoria[148], pur nella contiguità dei canali di comunicazione, così come delineato dal nuovo codice di giustizia contabile; una Corte giudice di se stessa quando esercita il controllo svilisce la missione che le è intestata in funzione di garante neutrale della finanza pubblica nell'interesse della collettività.

[146] Le pronunce accertative cogenti comportano in tutta evidenza, una limitazione dell'autonomia degli enti (del SSN) che, tuttavia si giustifica "in forza del diverso interesse alla legalità costituzionale-finanziaria e alla tutela dell'unità economica della Repubblica (C. cost., n. 157/2020).

[147] M. DEGNI, P. DE IOANNA, Il bilancio è un bene pubblico. Potenzialità e criticità delle nuove regole del bilancio dello Stato, Roma, 2017; 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, cit.

[148] Per le ipotesi di responsabilità sanzionatoria è delineata una sorta di staffetta tra controllo e giurisdizione, intermediata dal P.M. contabile (art. 52 c.g.c.), cfr. P. ed E SANTORO, I giudizi nelle materie di contabilità pubblica, cit., 535. A. CIARAMELLA, Il ruolo del P.M. presso il giudice contabile nella tutela dell'equilibrio dei bilanci pubblici. atti Conv. Varenna 2012, cit., 531.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

PROFILI EVOLUTIVI DELLA LIBERTÀ PERSONALE

di Francesco Perchinunno, Professore Aggregato - Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Abstract: L'interesse per lo studio della libertà personale scaturisce anzitutto dalla natura di diritto inviolabile dell'uomo e al tempo stesso nucleo essenziale e presupposto di tutti gli altri diritti di libertà «in quanto logicamente li precede e li condiziona a livello operativo, rendendone possibile la piena esplicazione». Il saggio esamina alcuni profili problematici con particolare riguardo alla materia penale e alla libertà personale. L'analisi prende le mosse dalle criticità emerse dalla tutela multilivello, dall'incidenza della stessa nei rapporti tra fonti interne e sovranazionale e nell'interazione tra la giurisprudenza costituzionale e delle Corti europee. Il graduale processo evolutivo è stato contrassegnato, infatti, dall'idea della custodia cautelare in carcere come l'antidoto più efficace per tutelare la collettività, alla concezione della "misura inframuraria" come strumento eccezionale cui ricorrere nei casi in cui le altre misure cautelari risultino inadeguate, nell'intento di assegnare alla custodia carceraria il ruolo di extrema ratio.

Abstract: The interest in the study of personal freedom derives from the nature of man's inviolable right and it reèresents the essential core presupposition of all the other rights of freedom "as it logically precedes and conditions them, leading to full application ". The essay examines some problematic profiles with particular regard to criminal matters and personal freedom. The analysis starts from the critical issues that emerged from multilevel protection, from the impact of the same in the relations between internal and supranational sources and in the interaction between constitutional jurisprudence and the European Courts. The gradual evolutionary process was marked, in fact, by the idea of pre-trial detention in prison as the most effective

antidote to protect the community, to the conception of the "inframural measure" as an exceptional tool to be used in cases where other precautionary measures are inadequate, in order to assign the role of last resort to prison custody.

SOMMARIO: 1. La tutela multilivello della libertà personale.- 2. Alcuni cenni sul dialogo tra le Corti in materia penale.- 3. I primi approdi della Corte costituzionale in tema di libertà personale.- 4. La giurisprudenza costituzionale sulle misure di prevenzione.- 5. L'ergastolo ostativo e il vaglio di costituzionalità: la sentenza n.253 del 2019.- 6. (Segue) Ergastolo ostativo e liberazione condizionale: l'ordinanza n. 97 del 2021.- 7. L'interazione tra le Corti in tema di sovraffollamento carcerario.- 8. Le ragioni della crisi del principio di legalità.- 9. Riflessioni conclusive.

1. La tutela multilivello della libertà personale.

Nel quadro di tutela dei diritti e libertà fondamentali il tema della libertà personale, da sempre costellato di complesse problematiche esegetiche ed applicative, richiede maggiore chiarezza e uniformità prescrittiva anche alla luce dei principi statuiti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fattore essenziale di verifica dei principi di legalità, convenienza e razionalità delle misure restrittive della libertà personale[1].

L'ambito di tutela dei diritti delle persone sottoposte alla restrizione della libertà personale si colloca tra i settori nei quali gli effetti e l'incidenza del sistema sovranazionale di protezione dei diritti umani si sono avvertiti nel modo più significativo negli ordinamenti interni contemporanei[2]. L'assunto è comprovato dall'ingente numero di questioni inerenti alle ipotesi di violazione delle libertà individuali

[1] Il saggio costituisce una rivisitazione, con aggiornamento, di un mio recente lavoro dal titolo: *La libertà personale in trasformazione. Genesi, itinerari e mutazioni*, Bari, Cacucci, 2020.

[2] Sul punto, si vedano le considerazioni svolte da M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali (Il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona)*, in cortecostituzionale.it; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, 2004, "Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale", in www.associazionedeicostituzionalisti.it; G. M. FLICK, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012; T. GIUPPONI, *La tutela multilivello dei diritti e il" gioco" delle tre Corti*, Bologna, Bononia University Press 1, p. 101 ss.

portate al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'uomo nel corso degli ultimi anni e dal numero di pronunce che hanno evidenziato la violazione delle garanzie dei diritti umani in alcune ipotesi di ricorso, della giurisdizione statale, a mezzi di coercizione eccessivamente invasivi.

In conformità ad un principio ormai consolidato, l'art. 5 § 1 Cedu trova applicazione nelle ipotesi di privazione della libertà personale, nel senso più tradizionale di "libertà fisica", specificando, in maniera tassativa, le singole ipotesi in cui è consentita la privazione della libertà personale; sul piano teleologico, la disposizione indica un sistema di garanzie formulate in chiave soggettiva che si estendono alla persona "arrestata" o "detenuta". La disposizione in esame viene in rilievo nelle ipotesi di violazione della sfera di libertà meramente fisica e non riguarda la cosiddetta "libertà morale"; lo spazio di applicazione, quindi, è quello attinente alle coercizioni fisiche ed al controllo diretto di terzi sulla libertà personale degli individui, al fine di tutelarlo da illegittime ed arbitrarie compressioni[3].

Nel diritto affermatosi presso la Corte di Strasburgo, una privazione della libertà si realizza senza dubbio ove la libertà fisica venga a mancare del tutto perché si è in presenza di coercizioni sul corpo (come nel caso di arresto, fermo e detenzione a vario titolo). Nella ipotesi di vincoli particolarmente incisivi sulla libertà di circolazione (con sorveglianza rigorosa delle forze dell'ordine), anche tali restrizioni, tuttavia, potrebbero essere qualificate come una privazione della libertà, come tali sussumibili nella previsione dell'art. 5 § 1. Infatti, secondo la giurisprudenza europea, la differenza tra "privazione" e "restrizioni" della libertà personale è semplicemente «una differenza di grado e di intensità, non di natura e di contenuto»[4].

[3] Quanto, invece, alla legittimità delle misure che comportano semplici limitazioni della libertà di circolazione, secondo l'orientamento consolidato dei giudici europei, essa deve essere vagliata alla stregua dell'art. 2 prot. 4 della stessa Cedu. Occorre, pertanto, operare una distinzione preliminare tra le misure che comportano una concreta "privazione" della libertà, come tali riconducibili alla sfera applicativa dell'art. 5 § 1 Cedu e le misure che determinano semplici "restrizioni" della libertà di circolazione che ricadono, invece, nell'ambito dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu.

[4] Si pensi al principio, ormai consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo secondo cui, anche il fermo di

La Corte europea è intervenuta al fine di delineare con maggior precisione i confini tra le due nozioni e, caso per caso, ha individuato gli elementi che connotano il concetto di "privazione" della libertà, ritenendo sussistente la privazione della libertà personale, sotto il profilo oggettivo, nelle ipotesi di reclusione in spazi particolarmente ristretti e per tempi significativi. Quanto al profilo soggettivo, invece, elemento necessario è quello del "consenso" alla detenzione; la Corte, sul punto, ha evidenziato che il diritto alla protezione della libertà personale non viene meno anche nelle ipotesi in cui una persona abbia inizialmente accettato di essere reclusa in quanto il consenso alla detenzione è sempre revocabile, non può mai giustificarne la detenzione prolungata, né elide i doveri dei competenti organi interni di controllarne scrupolosamente la sua legalità.

In sintesi, alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, l'art. 5 § 1 Cedu si applica in tutte le ipotesi di restrizione della libertà personale mediante misure adottate dall'autorità pubblica, che costringono la persona in un luogo determinato e delimitato, per un tempo non definito, contro la sua volontà o senza il suo consenso; nelle ipotesi di adozione di misure che comportano una "mera restrizione" della libertà personale, la legittimità delle stesse deve essere vagliata alla stregua dei criteri fissati dall'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, che afferisce alla tutela della libertà di circolazione[5].

Tra le questioni più annose affrontate dalla Corte di Strasburgo, vi è senz'altro quella relativa ai casi di liberazione del detenuto "ritardata", ossia di non immediata esecuzione ai provvedimenti di rilascio, ipotesi

breve durata, deve essere considerato privazione della libertà personale e ricondotto nella sfera applicativa dell'art. 5 § 1 Cedu. Per tutte, Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia.

[5] L'art. 2 Prot. n. 4, al § 3 prevede che le autorità statali possano adottare misure limitative della libertà personale se finalizzate alla tutela di determinati interessi espressamente indicati nello stesso articolo, (sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, ordine pubblico, prevenzione dei reati, protezione della salute e della morale o protezione dei diritti e libertà altrui). Quanto, poi, all'art. 2 Prot. n. 4, esso richiede, innanzitutto, il requisito della "legittimità dell'interferenza". Dall'orientamento della Corte di Strasburgo emerge che la legge posta a fondamento di qualsiasi provvedimento restrittivo della libertà personale debba comunque soddisfare i requisiti qualitativi di "accessibilità" e "prevedibilità" e definisca chiaramente i presupposti di applicazione delle misure restrittive, così da consentire che ciascuno possa ragionevolmente prevedere le conseguenze delle proprie condotte. Le misure restrittive della libertà di circolazione, inoltre, sono soggette ai principi di "necessità" e "proporzione" e la Corte è tenuta ad operare un bilanciamento tra il rispetto del diritto garantito dalla norma in esame e le esigenze della collettività, in tutte le ipotesi di interferenza con la sfera applicativa dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu,

sulle quali la Corte si è limitata, in assenza di una previsione esplicita, ad auspicare una riduzione dei casi di ritardo, la cui tollerabilità è limitata alle sole ipotesi di quanto più celere espletamento delle formalità amministrative connesse alla rimessione in libertà delle persone detenute.

Altro principio che emerge dalla lettura dell'art. 5 Cedu, come accennato, è quello di "legalità", imperniato sulla valutazione di conformità alle norme processuali e sul sindacato di osservanza delle norme sostanziali. Seguendo l'interpretazione della Corte di Strasburgo gli elementi di valutazione si estendono alla conformità della detenzione rispetto al diritto nazionale e la "qualità" dello stesso e l'eventuale arbitrarietà della detenzione, non potendosi ritenere legittima la detenzione disposta in esecuzione di un provvedimento delle autorità nazionali difforme dalle regole sostanziali e processuali dello Stato interessato. A ciò si aggiunga che occorre aver riguardo affinché la legge interna sia sufficientemente precisa e adeguatamente accessibile da consentire ai cittadini di prevedere in termini ragionevoli le conseguenze delle proprie azioni; occorre, poi, verificare l'osservanza del principio della certezza del diritto e la provenienza di ogni misura privativa della libertà da parte dell'autorità competente, al fine di evitare provvedimenti arbitrari e proteggere l'individuo da privazioni arbitrarie della libertà personale. Sul requisito della "non arbitrarietà", spesso espressamente associato a quello di "legalità", alcune pronunce si sono orientate diversamente, inquadrandolo come fattispecie di valutazione autonoma, pur in assenza di una esplicita definizione di significato e portata. Il requisito in esame appare come un filo conduttore dell'intero art. 5 che interagisce sia nel momento iniziale di adozione della misura, sia nella sua fase esecutiva[6].

[6] La detenzione diviene arbitraria e deve cessare immediatamente nelle ipotesi di provvedimenti che diventino sproporzionati e violativi delle garanzie sancite dall'art. 5: è il caso delle detenzioni con prolungamento automatico, oltre un certo periodo. Il caso può verificarsi se le autorità statali ordinino la prosecuzione dell'internamento in un ospedale psichiatrico giudiziario di un soggetto nonostante sia venuto meno il disturbo psichico che ne aveva legittimato inizialmente il ricovero o nelle more del procedimento di espulsione di uno straniero, se le autorità omettano di attivarsi celermente per consentirne l'allontanamento.

La lettura fornita dai giudici di Strasburgo ha ampliato il quadro della disposizione in esame richiedendo, con riferimento alle ipotesi di detenzione sub art. 5 lett. b, d) ed e), che la detenzione sia "necessaria" rispetto allo scopo perseguito, mentre per le previsioni di cui alla lettera c) ed f) il requisito di proporzionalità viene di regola valutato sotto il profilo della ragionevolezza della protrazione della misura cautelare[7]. La disamina del quadro di garanzie e di tutela dei soggetti sottoposti a restrizioni di libertà da parte dei singoli Stati aderenti, non può non considerare la problematica delle misure custodiali del soggetto indiziato di reato in attesa di giudizio, tema sempre più discusso in seno alla sfera di privazione della libertà personale. La natura delle misure restrittive per i soggetti che sono in attesa dell'esito dell'accertamento giudiziario è sicuramente "eccezionale", vigendo la regola di base dell'assenza di misure coercitive per l'imputato in procinto di affrontare il processo; il vaglio operato dalla Corte europea consente di verificare se la misura carceraria in funzione cautelare adottata dagli Stati aderenti, sia rispettosa degli *standards* minimi di tutela previsti dalla Convenzione. La persona indiziata di reato può essere sottoposta a restrizione di libertà solo in circostanze eccezionali e l'adozione della misura limitativa della libertà si inquadra come ipotesi di *extrema ratio*; ossia in un quadro di valutazione di misure alternative meno afflittive, qualora queste ultime siano state ritenute inidonee a tutelare l'interesse individuale o collettivo.

Tra le indicazioni che sono emerse dalla Corte dei diritti dell'uomo – al di là del generico e costante invito agli Stati aderenti di verificare la

[7] La privazione della libertà, secondo la disposizione in commento, può avvenire solo nei modi previsti dalla legge e nei seguenti casi: "(a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente; (b) se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge; (c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso; (d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente; (e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo; (f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione".

conformità della legislazione interna alle disposizioni Cedu attinenti alla libertà in esame – vi è sicuramente l'auspicio di un ricorso quanto più ampio possibile alle misure alternative alla custodia cautelare[8]. A tal fine, i giudici di Strasburgo hanno sottoposto ad attenta analisi di conformità ai principi stabiliti dalla Convenzione le misure alternative alla custodia in carcere, partendo dall'accennata distinzione tra misure privative e restrittive della libertà personale, (art. 5 - Prot. n. 4) ed evidenziando l'afflittività della misura dell'obbligo di restare a casa per l'intera giornata e la sua incidenza nella sfera della libertà personale, al di là della intensità e frequenza dei controlli operati dagli organi di polizia. Quanto, invece, alla misura della permanenza domiciliare con facoltà di allontanarsi dalla propria abitazione per l'attività lavorativa, la stessa è stata inquadrata come fattispecie restrittiva della libertà di circolazione, considerando i benefici della convivenza con i familiari e della possibilità di svolgere un'attività lavorativa, fattori da cui si evince l'insussistenza di ipotesi limitative della libertà in parola, in ogni misura restrittiva che preservi il normale equilibrio nella propria vita privata e lavorativa. La questione della natura privativa o restrittiva della libertà da parte delle misure limitative della libertà che comportano l'obbligo di soggiorno nella propria abitazione resta, comunque, particolarmente controversa, anche se il vaglio operato dalla Corte europea è sempre attento al diverso grado e intensità della privazione che ogni singola misura restrittiva determina.

La complessità è emersa in merito all'inquadramento della misura dell'obbligo di soggiorno nella propria abitazione, poiché nell'orientamento consolidato dei giudici di Strasburgo sono state considerate mere restrizioni della libertà di circolazione (dunque sussumibili nella previsione del Prot. 2), il divieto di trasferire la residenza in un comune diverso, l'obbligo di presentarsi agli organi di

[8] Si pensi all'obbligo, per l'indagato, di risiedere ad un indirizzo specificato, il divieto di lasciare o di raggiungere un luogo senza autorizzazione, la scarcerazione previa cauzione, o il controllo e il sostegno di un organismo specificato dall'autorità giudiziaria", sino ai sistemi di sorveglianza elettronici finalizzati alla verifica dell'osservanza degli obblighi di dimora.

polizia una volta al giorno e il divieto di espatrio[9].

Ma al di là dei criteri che determinano il diverso inquadramento delle singole ipotesi di privazione della libertà personale nella previsione di cui all'art. 5 o 2 Prot. n. 4 Cedu, la Corte di Strasburgo si è raccomandata ad ogni Stato aderente affinché le misure adottate siano oggetto di frequente verifica, oltreché proporzionate agli scopi richiesti.

In merito alle ipotesi di detenzione conseguente ad una decisione di condanna, anche non definitiva, l'orientamento offerto dalla Corte di giustizia si è orientato sulla collocazione nella fattispecie di cui alla lettera c), anziché a) dell'art. 5, delimitando l'ambito di applicazione ai provvedimenti non necessariamente definitivi, che contengano dichiarazioni di colpevolezza a seguito di accertamento di una violazione di legge e comminazione di una pena detentiva o di altra misura restrittiva della libertà personale. Contrariamente all'ordinamento italiano (anche in virtù della presunzione di innocenza) che consente restrizioni alla libertà personale anteriori alla condanna definitiva solo in caso di sussistenza delle esigenze cautelari, la giurisprudenza europea ritiene legittimo che le sentenze di condanna siano eseguibili prima del loro passaggio in giudicato, in un'ottica meno garantista rispetto al nostro ordinamento.

2. Alcuni cenni sul dialogo tra le Corti in materia penale

Negli ultimi anni il ricorso all'espressione "dialogo tra le Corti" ha trovato larghissimo impiego negli approfondimenti dottrinali e nella giurisprudenza della Corte costituzionale che ha impiegato tale termine per definire i propri rapporti con la Corte di Giustizia e

[9] La nostra giurisprudenza ritiene che l'obbligo di dimora, strutturato nel divieto, per il sottoposto alla misura, di allontanarsi dal territorio di un determinato comune, è istituto ontologicamente diverso e contrapposto rispetto alle misure coercitive detentive degli arresti domiciliari e della custodia carceraria. In quest'ottica è stato stabilito che il "divieto di allontanarsi dalla propria abitazione in alcune ore del giorno", senza pregiudizio per le normali esigenze di lavoro, che il giudice può prescrivere ex art. 283, comma 4, c.p.p., non possa avere ad oggetto un numero tale di ore, nell'arco della giornata, talmente elevato da renderla assimilabile agli arresti domiciliari con facoltà di allontanamento per poter svolgere l'attività. Nella sentenza Cedu, 30 marzo 2010, Cipriani c. Italia (ric. n. 22142/07), § 3, la Corte ha escluso che l'imposizione nei confronti del ricorrente della misura di prevenzione dell'obbligo di presentarsi settimanalmente alla polizia giudiziaria e del divieto di allontanarsi dal comune di residenza avesse comportato una privazione della sua libertà personale.

sottolineare l'esigenza di una cooperazione tra i diversi "attori" coinvolti nella tutela multilivello dei diritti[10].

Il dialogo tra le Corti sui diritti fondamentali, con riguardo alla materia penale e al tema della libertà personale ha suscitato particolare interesse dei giuristi ed è stato analizzato dalle prospettive più disparate, anche alla luce della progressiva evoluzione storico-giuridica delle Carte internazionali, in particolare, di quelle che si sono spinte oltre la mera consacrazione formale, istituendo un organo di garanzia e vigilanza delle libertà in esse riconosciute[11]. Nel corso del dibattito si è posto l'accento sul valore giuridico delle carte internazionali nell'ordinamento interno e sugli effetti delle pronunce dei giudici europei sulla protezione nazionale dei diritti che in alcuni settori ha garantito una tutela ancor più estesa rispetto a quella statale.

In materia penale, sia le norme convenzionali che la giurisprudenza della Corte europea sono state di forte impatto sul sistema interno e soprattutto sulle garanzie costituzionali e processuali, se si pensa all'incidenza che l'art. 6 Cedu e le numerose pronunce di condanna

[10] *Ex plurimis,* sent. n. 269 del 2017, n. 117 del 2019, in ordine alla quale si rinvia, per tutti, a F. MEDICO, *La sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale: un'eccezione che rischia di farsi regola?*, in C. Caruso, Medico F., Morrone A., Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale, Bologna, Bononia University Press, 2020. Quanto alla Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. n. 49 del 2015. Sul dialogo tra le Corti, anche la dottrina se n'è occupata diffusamente, come emerge dalla copiosa produzione scientifica: si vedano ex multis, A. BARBERA, *Un moderno "Habeas Corpus"?*, in *forumcostituzionale.it*, 27 giugno 2013; Id. *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*; A. MORRONE, *Sui rapporti tra norme della Cedu e ordinamento costituzionale*, in L. Mezzetti e A. Morrone (a cura di), Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convezione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010), Torino, Giappichelli, 2011, p. 189 ss.; Id., *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *federalismi.it*, n. 20, 2018, pp. 1-27; B. LIBERALI, *Fra Corte EDU e Corte costituzionale: quale spazio per un'interpretazione conforme?*, in M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), Il divieto di donazione dei gameti fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 114 ss.; E. NAVARRETTA, A. PERTICI (a cura di), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*. Atti del Seminario congiunto del Dottorato di Diritto Privato e del Dottorato di Giustizia Costituzionale e Diritti Fondamentali dell'Università di Pisa (Pisa, 3 aprile 2003), Pisa, Ed. Plus, 2004; S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost*., 2006, n.2, p. 1643 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2006, n. 2, p. 297 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010; P. RIDOLA, *Il "dialogo tra le Corti": comunicazione o interazione?*, in *Percorsi costituzionali*, 2012, n. 3, p. 273 ss.; F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *federalismi.it*, n. 18/2019, pp. 1-15; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e Corte Europea di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2012; A. PUGIOTTO, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in Quad. cost. 2016, n. 1, p. 149 ss.

[11] Infatti, proprio a seguito dell'emanazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si sono insediati organi di protezione giurisdizionale che insieme a quelli nazionali, hanno dato origine ad un intenso e complesso dialogo alimentato dall'esigenza di una cooperazione tra i diversi "attori" coinvolti nella tutela multilivello dei diritti.

della Corte di Strasburgo nei confronti dello Stato italiano in ordine alla "irragionevole" durata dei processi hanno avuto sulla riforma sul "giusto processo" che nel 1999 ha sottoposto ad ingente revisione l'originaria formulazione dell'art. 111 della Carta costituzionale[12]. L'accennato dialogo tra le Corti in materia penale è emerso, in tutta la sua complessità, anzitutto in ordine alla verifica delle ipotesi in cui la valorizzazione convenzionale delle garanzie penali realizzi un effettivo rafforzamento di tutela, oltre all'individuazione delle modalità e degli strumenti più idonei per l'ordinamento italiano al fine di recepire e dare concreta attuazione alle decisioni provenienti da Strasburgo[13].

Particolare interesse hanno suscitato, tra i giuristi, le "sentenze gemelle" nn. 348 e 349 del 2007 con le quali la Corte costituzionale ha affrontato l'accennata tematica del valore della Cedu nel nostro sistema delle fonti, attraverso un lavoro esegetico dell'art. 117, I comma, Cost., nell'intento di chiarire meglio precedenti decisioni, tese ad inquadrare la Cedu come un fattore interpretativo di natura integrativa rispetto al parametro costituzionale in materia di nuovi diritti. La peculiarità della Cedu rispetto alle fonti del diritto internazionale pattizio e la condivisione delle stesse finalità da parte delle due Corti - entrambe votate alla tutela dei diritti fondamentali - non modificano il ruolo primario che la Corte costituzionale rivendica di vigilare sulle disposizioni convenzionali e sulla loro conformità ai diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Carta costituzionale; in tal senso di colloca – a parere della Consulta - l'inquadramento della Cedu quale complesso di norme di rango "sub-costituzionale", ossia di fonte interposta che rende operativo il parametro dell'art.

[12] Si tratta della Legge cost. 2 nov. 1999 n. 2. Per un commento al novellato art. 111 Cost., sia consentito rinviare a: F. PERCHINUNNO, *Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione*, Bari, 2005.

[13] Quest'ultima necessità era stata rimarcata dal giudice penale dopo la ben nota sentenza della Corte EDU del 9 settembre 1998 (Dorigo c. Italia) in considerazione delle perplessità in ordine alle modalità di esecuzione delle decisioni di condanna di Strasburgo, tanto che era stato espressamente mosso l'auspicio che il legislatore interno introducesse nell'ordinamento italiano strumenti che consentissero l'immediato recepimento dei principi del giusto processo garantiti dalla Cedu (art. 6). Nella circostanza, la Corte di legittimità aveva rimarcato la diretta efficacia delle decisioni della Corte europea, per gli Stati aderenti, poiché costitutive di diritti e obblighi che devono operare anche nell'ordinamento nazionale, a tal punto che il giudice dell'esecuzione deve dichiarare non eseguibile il giudicato nelle ipotesi di accertamento, da parte della Corte europea, di pronunce di condanna violative dei precetti sul processo equo.

117, I comma[14]. L'art. 117, I comma, viene interpretato come una disposizione capace di riconoscere forza passiva superiore a quella delle leggi ordinarie, ma non di elevare al rango di fonte costituzionale dal punto di vista del lato attivo; la verifica di compatibilità delle norme Cedu con le disposizioni costituzionali si ispira anche al criterio del ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante in particolare dalla giurisprudenza di Strasburgo e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta nella Costituzione[15].

Il processo di integrazione del tessuto normativo nazionale ad opera del sistema Cedu, già avviato dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, ha trovato ulteriore consolidamento nella sentenza n.113 del 2011 con la quale la Corte costituzionale, nel demandare il bilanciamento concreto al legislatore, ha tentato di assicurare che l'equilibrio tra i poteri dello Stato non venisse compromesso dall'integrazione di Strasburgo e che, anzi, ciascuno di essi venisse responsabilizzato, nell'ambito delle proprie competenze, nell'opera di attuazione e concretizzazione del disposto convenzionale.

La Corte ha confermato quanto costantemente affermato nelle precedenti decisioni circa i rapporti con il sistema Cedu, percorrendo i singoli passaggi del controllo di conformità della norma interna a quella convenzionale, per come già elaborato nella propria giurisprudenza, valutando anzitutto se esistano "controlimiti" convenzionali, per poi verificare la possibilità di pervenire ad una soluzione ermeneutica del dissidio. Constatata, poi, l'impossibilità di sanare il *vulnus* costituzionale in via interpretativa e non potendo più

[14] La Corte ha evidenziato che le norme della Cedu vivono attraverso l'interpretazione che di esse dà la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e la norma "sub-costituzionale" non è la disposizione Cedu, ma la norma come prodotto dell'interpretazione. Il dato più discusso è nell'aver affermato che le sentenze di Strasburgo non sono incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali e che, nonostante l'obbligo internazionali dell'Italia di adeguare la propria legislazione alle norme della Cedu, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, quest'ultima non ha una competenza giurisdizionale sovrapponibile a quella degli organi giudiziari italiani, bensì solo una funzione autorevole di natura interpretativa. D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Forum di Quad. cost.*, 13 febbraio 2008.

[15] Sul punto, cfr., M. CARTABIA, Relazione introduttiva, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo, Torino, Giappichelli, 2007.

prorogarsi *ad libitum* una situazione di grave violazione statale di obblighi convenzionali la Corte decideva di dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma censurata (nella fattispecie, l'art. 630 c.p.p.)[16]. La decisione non sembra far sorgere nuove questioni rispetto a quelle già emerse con le precedenti pronunce, ricavando dal bilanciamento tra le istanze Cedu e quelle costituzionali la necessità di introdurre nel nostro ordinamento una norma di cui si riconosce espressamente l'incompatibilità con le finalità interne dell'istituto che dovrà concorrere a disciplinare. Inoltre, per il giudice comune la decisione ha aperto la strada alla facoltà di sottoporre a revisione il processo alla luce della contestata violazione della CEDU, assumendo il ruolo di "giudice comune" della Convenzione europea.

3. I primi approdi della Corte costituzionale in tema di libertà personale

L'apporto giurisprudenziale offerto dal giudice delle leggi in tema di libertà personale risulta senza dubbio imponente. Si pensi al lavoro esegetico offerto con le prime pronunce emesse sin dalla prima metà degli anni '50 del secolo scorso, in ordine ai limiti al sindacato di costituzionalità delle leggi e alla possibile estensione anche alle leggi emanate prima della Costituzione[17]. Con la prima storica sentenza

[16] La declaratoria di illegittimità dell'art. 630 c.p.p. ha attinto la parte in cui la disposizione non prevedeva un "diverso" caso di revisione della sentenza e di riapertura del processo che consentisse di rispondere alla violazione dell'art. 46, par. 1, CEDU. La Corte ribadiva a chiare lettere che il proprio intervento non avrebbe determinato una pregiudiziale opzione di favore per l'istituto della revisione, essendo la declaratoria di incostituzionalità «giustificata soltanto dall'inesistenza di altra e più idonea *sedes* dell'intervento additivo». Sicché al legislatore veniva restituita ogni discrezionalità in ordine alla futura disciplina dei rimedi interni per adeguarsi ad una sentenza CEDU di condanna, rimanendo libero di prevedere un autonomo e distinto istituto a tal fine precipuamente preposto.

[17] La questione prospettata alla Consulta attraverso un cospicuo numero di ordinanze di rimessione (30!) emesse da diversi organi della giurisdizione penale, riguardava la costituzionalità dell'allora T.U. delle leggi di P.S. approvato con R.D. 18 giugno 1931, n.773, e per sostenere l'incostituzionalità della legge presero la parola alcuni fra gli avvocati e i giuristi più illustri, fra cui Costantino Mortati, Vezio Crisafulli e Giuliano Vassalli (divenuti successivamente giudici costituzionali), oltre a Piero Calamandrei, già membro dell'Assemblea costituente e grande studioso del processo e della Corte costituzionale e ancora Massimo Severo Giannini, già capo di gabinetto al ministero per la Costituente. In parte motiva, chiaro e univoco l'assunto circa la portata applicative del "nuovo" istituto della "illegittimità costituzionale", da ricondursi, secondo la Consulta, sia alle leggi posteriori alla Costituzione che a quelle anteriori, atteso che dal lato testuale, sia l'art. 134 Cost. che l'art. 1 della legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1, fanno menzione delle questioni di legittimità costituzionale delle leggi, (senza fare alcuna distinzione). Inoltre, affermò la Corte, dal lato logico, risulta innegabile il rapporto intercorrente tra le leggi ordinarie e quelle costituzionali e altrettanto chiaro appare il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti, non ravvisandosi alcuna differenza tra leggi ordinarie anteriori o posteriori a quelle costituzionali, nel senso che nell'uno quanto nell'altro caso la legge costituzionale, per la sua intrinseca natura all'interno del sistema a "Costituzione rigida", deve prevalere sulla quella ordinaria.

resa a conclusione dell'udienza pubblica del 23 aprile 1956, pur se nello specifico incentrata sulla verifica di conformità del R.D. n.773/1931 all'art. 21 Cost, la consacrazione del principio in ordine al quale tutte le leggi, anteriori o posteriori alla Costituzione, potevano essere controllate e dovevano essere annullate se contrastanti con i precetti costituzionali, aprì la strada ad innumerevoli sentenze, anche in tema di libertà personale, che hanno "bonificato" l'ordinamento da norme desuete del passato ormai prive di armonia con la Carta costituzionale, soprattutto in quei settori in cui l'intervento innovatore del legislatore si è rivelato tardivo o inefficace[18].

L'attenzione della Corte sulla tutela della libertà personale, infatti, emerse evidente di lì a poco, con la sentenza n. 11 del 1956, in occasione di una nuova questione di legittimità costituzionale del precitato R.D. n. 773/1931 avente, quale parametro di riferimento, proprio l'art. 13 Cost[19]. In quella occasione, la Corte costituzionale, in linea con la dottrina costituzionalistica dell'epoca, evidenziò la funzione primaria dell'art. 2 Cost., ove risiede un principio che indica chiaramente che «la legge statutaria eleva a regola fondamentale

[18] Si tratta della sentenza Corte cost., 14 giugno 1956, n.1, recentemente riesaminata da G. GRASSO, *La sentenza n. 1 del 1956. Sessant'anni dopo*, in *Oss. cost.*, 2017, fasc. 1, 2 gennaio 2017, pp. 1-11 e da A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, op.cit.; l'A. di recente, sia pur in seno ad un'analisi più ampia, ha evocato la sentenza n.1 del 1956, capace di distinguere fra "*norme costituzionali che fungono da parametro di legittimità (in base all'art.134 cost.) e norme costituzionali che, oltre a poter produrre (al pari di ogni altra norma costituzionale) l'invalidità della norma legislativa con esse contrastante, possono anche, avendo altresì una puntuale e decisa vis abrogans, essere direttamente utilizzate dal giudice ordinario in forza dell'art.15 delle Preleggi, relativo alla successione nel tempo di norme antinomiche, la c.d. abrogazione implicita*", così condividendo il pensiero di V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario, in Diritto comunitario e diritto interno*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, il 20 aprile 2007, Milano, 2008, pp. 47-73; cfr., inoltre, M. LUCIANI, *Le norme programmatiche e la sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale*, in *La magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita*, Atti del Convegno di Studi del CSM, Torino, 6 marzo 2012, Torino, 2012, p. 80 ss.; M. CARTABIA, *Portata e limiti della retroattività delle sentenze della Corte costituzionale che incidono sugli status giuridici della persona. In margine ad alcune recenti sentenze della Corte di cassazione in materia di cittadinanza,* in *Giur. cost*., 1996, p. 3260 ss.; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012. Per alcuni commenti dell'epoca si rinvia a P. CALAMANDREI, *La prima sentenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, p. 149 ss.; Id. *Opere giuridiche. Diritto e processo costituzionale*, vol. III, Napoli, 1968, p. 655 ss.; E.T. LIEBMAN, *Invalidità e abrogazione delle leggi anteriori alla Costituzione,* in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 161 ss.; V. CRISAFULLI, *Le sentenze* "interpretative" *della Corte costituzionale,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 12 ss.; V. CRISAFULLI, C. ESPOSITO, M. S. GIANNINI, C. LAVAGNA, C. MORTATI, e G. VASALLI, *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione,* in *Giur. cost*., 1956, p. 261 ss.

[19] Corte cost., 3 luglio 1956, n.11, in *Giur. cost*., 1956, p. 612 ss. La conclusione cui è pervenuta la Consulta è che le "norme sull'ammonizione" sono costituzionalmente incompatibili con il diritto soggettivo di libertà personale costituzionalmente garantito, atteso che l'art. 13, quanto meno nel punto in cui sottrae all'autorità amministrativa la competenza a provvedere nelle materie *de libertatis*, "esprime un precetto che, nella volizione che contiene, è compiuto, concreto, categorico".

dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irretrattabile della personalità umana: diritti che appartengono all'uomo inteso come essere libero». Inoltre, a parere della Corte, dopo la generica formulazione di tale principio, il dettato costituzionale si caratterizza per una specifica indicazione dei singoli diritti inviolabili, tra i quali si eleva, primo fra tutti, il "diritto di libertà personale" che non si presenta affatto come «illimitato potere di disposizione della persona fisica, bensì come diritto a che l'opposto potere di coazione personale, di cui lo Stato è titolare, non sia esercitato se non in determinate circostanze e col rispetto di talune forme».

Sin dalla precitata sentenza n.11 del 1956, alla Corte apparve evidente l'esigenza di contemperare la tutela dell'attività di prevenzione dai reati da un lato e il rispetto dei diritti inviolabili della personalità umana dall'altro, dilemma che poteva risolversi con il riconoscimento dei tradizionali diritti di *habeas corpus* nell'ambito del principio di stretta legalità[20]. In tal senso, la libertà personale si qualifica, pertanto, come « diritto soggettivo perfetto nella misura in cui la Costituzione impedisce alle autorità pubbliche l'esercizio della potestà coercitiva personale», atteso che «l'uomo non potrà essere privato o limitato nella sua libertà se questa privazione o restrizione non risulti astrattamente prevista dalla legge, se un regolare giudizio non sia a tal fine instaurato, se non vi sia provvedimento dell'autorità giudiziaria che ne dia le ragioni».

Con la pronuncia n. 27 del 1959, con riguardo alla riserva di legge di cui al secondo comma, si precisò, altresì, che essa non genera una potestà illimitata del legislatore ordinario, rimanendo esso sempre sottoposto al vaglio di costituzionalità da parte della Corte, nelle ipotesi di limitazioni legislative ai diritti di libertà, in violazione dei precetti costituzionali[21].

[20] Sul punto, sia consentito rinviare a F. PERCHINUNNO, *La libertà personale in trasformazione. Genesi, itinerari e mutazioni*, *op. cit.*, spec. cap. I.
[21] Cfr., Corte cost., 5 maggio 1959 n. 27.

La definizione dell'art. 13 come norma avente ad oggetto la tutela della libertà personale contro ogni forma di costrizione o limitazione fisica compiuta senza l'intervento dell'autorità giudiziaria, trova ulteriore menzione nella successiva pronuncia n.49 del 1959 ove sono rievocate le guarentigie supreme dell'*habeas corpus*, vere e proprie «pietre angolari della convivenza civile in un regime democratico»[22] che non devono essere intese soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, «ma anche alla menomazione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere»[23].

In tal senso, l'ambito precettivo della norma in esame, diretta a difendere l'individuo di fronte alla potestà coattiva dello Stato, non comprende ogni violazione o limitazione della libertà personale, cui può essere sottoposto in vario modo il cittadino nello svolgimento della sua attività, ma «soltanto gli atti lesivi di quel diritto che trae la sua denominazione tradizionale dall'*habeas corpus* inteso come autonomia e disponibilità della propria persona»[24]. Peraltro, l'art. 13 va a regolamentare potestà coattive dirette a limitare l'autonomia e la disponibilità della persona, ma non afferisce agli oneri assunti volontariamente che non determinano alcuna "degradazione giuridica" e che non ledono in alcun modo la dignità dell'uomo [25].

La Corte, anche in alcune pronunce successive, ha ribadito che la "degradazione giuridica" dell'individuo costituisce l'elemento qualificante la limitazione della libertà personale, precisando che la sussistenza della stessa può ritenersi integrata solo nelle ipotesi in cui il provvedimento restrittivo determini «una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si

[22] Così, Corte cost., 15 luglio 1959, n. 49.
[23] La Corte nella citata pronuncia, Corte cost., 27 marzo 1962, n. 30, coglie l'occasione, di riassumere il proprio orientamento: l'art. 13 non si riferisce a qualsiasi limitazione della libertà personale, ma a quelle limitazioni che violano il principio tradizionale dell'*habeas corpus* (sentenza 14 giugno 1956, n. 2; 19 giugno 1956, n. 11; 20 aprile 1959, n. 27; 15 marzo 1960, n. 12; 21 giugno 1960, n. 45).
[24] In tal senso, Corte cost. 18 febbraio 1975 n. 23.
[25] Cfr., Corte cost., 25 giugno 1980, n. 99.

concreta la violazione del principio dell'habeas corpus» [26].

4. La giurisprudenza costituzionale sulle misure di prevenzione

La Corte costituzionale italiana, pur collocandosi nel quadro di precise e specifiche regole della Costituzione della Repubblica, ha una fisionomia e un ruolo analoghi a quelli delle Corti e Tribunali costituzionali o delle Corti supreme e, sempre più incessantemente, nel suo lavoro non trascura l'esperienza degli altri paesi nei quali la cultura giuridica italiana esercita comunque un'influenza significativa[27]. In questo ambito e in un proficuo dialogo tra le Corti si è generato il costituzionalismo multilivello riemerso, proprio di recente, nelle pronunce del 2019 della Corte Costituzionale la n. 24 concernente i presupposti applicativi delle misure personali e

[26] Corte cost. 7 dicembre 1994, n. 419. Interessanti spunti di riflessione in ordine al concetto e ai limiti "dell'assoggettamento fisico all'altrui potere", sono emersi, successivamente, nella sentenza Corte cost. 10 aprile 2001, n. 105, sui profili correlati al trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza, definito una "misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'articolo 13 della Costituzione"; una misura su cui può forse dubitarsi sia o meno da includere nelle misure restrittive tipiche espressamente menzionate dall'articolo 13, tuttavia, se si ha riguardo al suo contenuto, il trattenimento è quantomeno da ricondurre alle "altre restrizioni della libertà personale", di cui pure si fa menzione nell'articolo 13 della Costituzione. Ciò che rileva, nella richiamata pronuncia, è l'interpretazione offerta dalla Corte che il "trattenimento", anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, configuri quella "mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale". Precisa la Corte che le garanzie dell'articolo 13 della Costituzione non possono subire attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti, anche alla luce dei molteplici interessi pubblici che incidono sulla materia della immigrazione e della percezione con particolare gravità dei problemi attinenti alla sicurezza e all'ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati. E ciò, in considerazione del divieto di porre in essere un nocumento al carattere universale della libertà personale, che, "al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani".

[27] Cfr., A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia, op. cit*. L'A. evidenzia che relazioni più intense riguardano le Corti costituzionali europee simili alla nostra per storia ed esperienza (la Corte costituzionale federale tedesca, il Tribunale costituzionale austriaco, il Consiglio costituzionale francese, il Tribunale costituzionale spagnolo, quello portoghese: con gli ultimi tre la Corte ha formalizzato i rapporti con uno specifico accordo quadrilaterale che prevede incontri annuali tra Giudici e scambi di documentazione). Quanto, poi, alla Corte europea, essa non può però sostituirsi alle autorità nazionali: può solo condannare lo Stato a rimediare alla violazione del diritto, se possibile, o a pagare una somma al danneggiato a titolo di riparazione. A partire dal 2007 (sentenze nn. 348 e 349), la Corte costituzionale, facendo leva sul primo comma dell'art. 117 della Costituzione (nel nuovo testo introdotto dalla legge costituzionale n. 3 del 2001), dichiara illegittime le leggi nazionali in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione ad essa data dalla Corte di Strasburgo. Un'altra Corte sovranazionale, la Corte di giustizia dell'Unione europea, in un certo senso è anch'essa una Corte costituzionale, che però si occupa essenzialmente degli atti posti in essere dalle autorità dell'Unione, o delle violazioni del diritto "eurounitario" da parte degli Stati membri. Possono sorgere anche contrasti fra le Corti interne e quella europea sulla delimitazione delle rispettive competenze. Finora però, pur ragionando in modi diversi, Corte costituzionale e Corte di giustizia hanno evitato gravi conflitti fra le rispettive decisioni e attraverso la migliore conoscenza reciproca e la cooperazione internazionale delle Corti, si rafforzano i presupposti perché gli ideali e i princìpi del costituzionalismo - diritti e doveri della persona, equilibrio fra i poteri, garanzie di giustizia - si affermino e si rafforzino in tutto il mondo.

patrimoniali di prevenzione e la n. 25 – incentrata sul reato che sanziona la violazione di prescrizioni imposte con la misura personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza – entrambe afferenti al rapporto intercorrente tra il principio di legalità e la disciplina legislativa in materia di misure di prevenzione personali e patrimoniali. Il particolare interesse suscitato dalle citate pronunce, pur contrassegnate da profili tra loro differenti, va ad imperniarsi sulla disamina sistematica della natura e funzione delle misure di prevenzione, sul sistema di garanzie costituzionali e convenzionali ad esse correlate, sul rapporto tra ordinamento interno e diritto sovranazionale, in un tessuto ormai sempre più pregno di approdi della giurisprudenza europea[28]. L'aspetto innovativo che le caratterizza si coglie nell'adesione agli approdi giurisprudenziali della Corte europea e della Corte di cassazione e nella condivisione di uno schema dialogico multilivello.

Matrice comune si coglie nei principi statuiti nella nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2017 (de Tommaso c. Italia), molto dibattuta per via della ferma condanna della Corte di Strasburgo della normativa italiana in materia di misure di prevenzione, ritenuta non conforme ai canoni di legalità, di precisione, di determinatezza e prevedibilità ed in tal senso difforme ai principi riconosciuti nella Convenzione e nei suoi Protocolli, Nello specifico, era stata accertata, all'unanimità, la violazione dell'art. 2 del protocollo 4 alla Convenzione (libertà di circolazione) per violazione del principio di legalità, essendo stata riscontrata la mancanza di prevedibilità della l. n. 1423 del 1956 in tema di misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità, nonché la violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione (diritto a un equo processo) solo per la mancata

[28] Si tratta delle sentenze nn. 24 e 25 della Consulta, depositate entrambe il 27 febbraio 2019; la prima ha dichiarato illegittima l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale e di quelle patrimoniali del sequestro e della confisca, nei confronti delle persone, individuate dall'art. 1 lett. a) d.lgs. 159/2011 (in cui è confluito l'art. 1, n. 1 l. 1423/1956), che «debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dedite a traffici delittuosi»; la sentenza n. 25, invece, ha invece dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 75, commi 1 e 2, d.lgs. 159/2011 nella parte in cui sanziona penalmente la violazione delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» imposte con la misura personale della sorveglianza speciale.

pubblicità dell'udienza[29]. Gli effetti che si sono determinati dopo la richiamata pronuncia e dalle censure mosse a livello sovranazionale, sono confluiti in un'operazione sinergica tra la giurisprudenza di merito, di legittimità e costituzionale, nell'ottica di un dialogo tra Corti e di interazione tra Carte, con il precipuo obiettivo di innalzare il livello di tutela dei diritti fondamentali della persona.

Il prologo disegnato dalla Corte di Strasburgo si era imperniato sull'indeterminatezza del dettato normativo che individua tra i destinatari della misura di prevenzione anche i soggetti cosiddetti "pericolosi generici", abitualmente dediti a traffici delittuosi e coloro che vivono abitualmente, anche solo in parte, con i proventi di attività delittuose (art. 1, nn. 1 e 2, l. 1423/1956, oggi confluito nell'art. 1, lett. a e b, d.lgs. 159/2011); si tratta di norme che fungono da presupposto applicativo sia della misura personale della sorveglianza speciale, che delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca e che sono poi confluite proprio nelle questioni di costituzionalità oggetto della sentenza n. 24 del 2019. I rilievi di eccessiva indeterminatezza della normativa applicabile ai destinatari della misura personale della sorveglianza speciale (i principi del «vivere onestamente» e «rispettare le leggi» e «non dare ragione alcuna di sospetto in ordine alla propria condotta» insiti nella legge n.1423 del 1956 e nell'art. 8, comma 4 d.lgs. 159/2011), sono confluiti, invece, nelle questioni di incostituzionalità sottoposte a disamina nella sentenza n. 25 del 2019.

Quanto ai rilievi emersi dalla sentenza n. 24 del 2019, al di là dell'analitico lavoro di ricostruzione dell'evoluzione storico-legislativa operato dalla Corte, emerge come il requisito della "pericolosità sociale" richiesto ai fini della misura personale della "sorveglianza speciale" sia stato assunto dalla Corte anche quale indice della natura effettivamente preventiva di tale istituto, escludendosi invece espressamente – in linea con quanto statuito nella sentenza "de Tommaso" – il suo carattere sanzionatorio-punitivo, esigendo, in tal

[29] Si tratta della Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 23 febbraio 2017 - Ricorso n. 43395/09 - Causa De Tommaso c. Italia.

senso, la necessaria applicazione delle garanzie proprie della materia penale. In tal senso, la funzione assegnata alle misure di prevenzione personali appare quella di limitare la libertà di movimento del loro destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati e consentire, al tempo stesso, all'autorità di pubblica sicurezza di esercitare un più efficace controllo sulle possibili iniziative criminose del soggetto; l'innegabile portata afflittiva deve inquadrarsi, pertanto, tra le misure di controllo della futura pericolosità sociale del soggetto interessato e non già tra le punizioni per ciò che questi ha compiuto nel passato. D'altronde, il carattere non punitivo della misura era stato già inquadrato dalla giurisprudenza costituzionale fin dal 1956, allorquando la Consulta aveva ricondotto tale misura nell'alveo dell'art. 13 Cost., subordinandone la legittimità al rispetto di condizioni che ne impongono l'applicazione in termini ancor più garantistici di quelli richiesti in sede sovranazionale, così determinando una sorta di "statuto costituzionale" della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, contrassegnato dall'esistenza di un'idonea base legale, dalla necessaria proporzionalità della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati e dalla riserva di giurisdizione. Quanto alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca, invece, la *ratio* viene individuata nell'origine illecita dei beni da confiscare, che il giudice della prevenzione patrimoniale è sempre tenuto ad accertare, ancorché in via presuntiva; il loro presupposto giustificativo risiede nella «ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita». La confisca di prevenzione condivide la medesima finalità della confisca allargata di cui all'art. 240-bis c.p., costituendo le due misure, altrettante "*species* di un unico *genus*", come già messo in luce dalla sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2018.

L'ablazione dei beni deriva dalla «naturale conseguenza della loro illecita acquisizione», e si contrassegna per il «vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà in capo a chi ne abbia

acquisito la materiale disponibilità». Il sequestro e la confisca del bene medesimo, pertanto, non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta, ma di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene costituitosi in maniera non conforme all'ordinamento giuridico. Viene affermata la natura ripristinatoria della confisca di prevenzione volta a neutralizzare quell'arricchimento di cui il soggetto non potrebbe godere se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta. Pur non avendo natura penale, la Corte sottolinea l'importanza della cogenza di un sistema di garanzie sottese alla confisca di prevenzione, tra legalità, proporzione e giusto processo e, analogamente, per la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, lo statuto di garanzie viene precipuamente individuato nell'art. 13 Cost. e nell'art. 2 Prot. n. 4 CEDU e imperniato sul principio di legalità, di proporzione e sulla riserva di giurisdizione. La Corte, inoltre, ha evidenziato come l'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza "de Tommaso" consenta oggi di assicurare, in via interpretativa, contorni sufficientemente precisi alla fattispecie descritta dalla normative in esame, consentendo di prevedere ai "consociati" ragionevolmente in anticipo in quali «casi» – oltre che in quali «modi» – essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca. In tal senso, la locuzione «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» può ritenersi oggi suscettibile di essere interpretata come espressiva della necessità di predeterminazione non tanto di singoli "titoli" di reato, quanto di specifiche "categorie" di reato. Si tratta di una linea di interpretazione che si pone in conformità all'esigenza ravvisata dalla Corte europea, di individuazione dei «tipi di comportamento» assunti a presupposto della misura.

Nella sentenza n.25 del 2019, invece, la Corte si è occupata della questione correlata all'accennata indeterminatezza delle prescrizioni

di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi», questione che colloca in un quadro delineato da altre pronunce delle tre Corti (costituzionale, europea e di cassazione) all'interno del quale, la questione stessa si pone come possibile completamento dell'operazione di adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU, già svolta dalle Sezioni unite, nei limiti in cui l'interpretazione giurisprudenziale può ritagliare la fattispecie penale, escludendo dal reato condotte che prima si riteneva vi fossero comprese. La censura ha riguardato la norma (art. 75, comma 2, d.lgs. n.159/2011) che sanziona penalmente il soggetto che, dopo essere stato raggiunto dalla misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, violi gli obblighi prescritti dal giudice con quella misura ai sensi dell'art. 8 d.lgs. 159/2011. Tra le prescrizioni che quest'ultima norma impone obbligatoriamente al giudice di applicare al destinatario della misura della sorveglianza speciale figurano anche quelle di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» (art. 8, comma 4 d.lgs. 159/2011). In merito all'eccessiva genericità delle prescrizioni di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi» si era alimentato un acceso dibattito a livello giurisprudenziale (sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 2010, sentenza "de Tommaso" della Corte EDU e sentenza "Paternò" della Corte di cassazione, sezioni unite penali, n. 40076 del 2017) e la Corte, ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011, nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi», per violazione del canone di prevedibilità contenuto in generale nell'art. 7 CEDU e in particolare nell'art. 2 Prot. n. 4 CEDU, rilevanti come parametri interposti ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. Nella parte motiva ha ricordato che per verificare il rispetto del principio di tassatività o di determinatezza della norma penale occorre non già valutare isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì

collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa s'inserisce.

Nello specifico, la prescrizione di vivere onestamente e di rispettare le leggi, a parere della Corte, non violerebbe il principio di legalità in materia penale e deve essere collocata nel contesto di tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5, terzo comma, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 e quindi ha il valore di un monito rafforzativo di queste ultime senza un autonomo contenuto prescrittivo.

Inoltre, dei due parametri convenzionali, evocati nell'ordinanza di rimessione, che però esprimono lo stesso canone di prevedibilità della condotta prevista dalla norma nazionale perché possa giustificarsi una limitazione della libertà personale, è stato preso in considerazione dalla sentenza de Tommaso della Corte EDU, in particolare, l'art. 2 del Protocollo n. 4 della Convenzione, nella parte in cui pone il principio di legalità con riferimento specifico alla libertà di circolazione che può subire solo le restrizioni «previste dalla legge».

La Corte EDU, nella precitata pronuncia (De Tommaso c. Italia) aveva evidenziato come il sistema nazionale delle misure di prevenzione, quanto ai presupposti soggettivi e al loro contenuto, sia stato censurato, perché formulato «in termini vaghi ed eccessivamente ampi», violando così il criterio della «prevedibilità». La stessa Corte transnazionale, pur considerando il lavoro esegetico operato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 282 del 2010) con riferimento all'omologo principio di legalità dell'art. 25, secondo comma, Cost., ha ritenuto, contrariamente, che gli obblighi di «vivere onestamente e rispettare le leggi» non fossero delimitati adeguatamente, determinando così la violazione del principio di "prevedibilità della condotta", da cui consegue la limitazione della libertà personale, come sancito dall'art. 2 del Protocollo Addizionale n. 4 della Cedu.

Forte incidenza ha avuto la citata pronuncia della Corte EDU nella scelta operata dalla Corte di cassazione, sezioni unite penali, (n. 40076 del 2017, "sentenza Paternò") in tema di violazione delle

prescrizioni della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, fattispecie analoga a quella oggetto dell'ordinanza di rimessione, atteso che, nel caso di specie, il sorvegliato speciale, nel commettere un reato comune, aveva contestualmente violato anche l'obbligo di "vivere onestamente e rispettare le leggi", sottolineando la permanenza di una evidente indeterminatezza dei comportamenti che si pretendono dal sorvegliato speciale, soprattutto nella misura in cui possono integrare la fattispecie penale di cui all'art. 9 legge n. 1423 del 1956 (ora art. 75, comma 2, d.lgs. 159 del 2011).

La Corte, quindi, in aderenza alla CEDU, era pervenuta alla conclusione che «il richiamo "agli obblighi e alle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno" può essere riferito soltanto a quegli obblighi e a quelle prescrizioni che hanno un contenuto determinato e specifico, a cui poter attribuire valore precettivo. Tali caratteri difettano alle prescrizioni del "vivere onestamente" e del "rispettare le leggi"». In tal senso, in piena convergenza verso la citata pronuncia della Corte EDU, le Sezioni unite avevano ritenuto che le prescrizioni del "vivere onestamente e rispettare le leggi" non potessero integrare la norma incriminatrice di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. 159 del 2011, semmai ad esse tuttavia può essere data indiretta rilevanza ai fini dell'eventuale aggravamento della misura di prevenzione della sorveglianza speciale.

Sicché, la questione di costituzionalità si pone come possibile completamento dell'operazione di adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU – già avviata dalle Sezioni unite – nel rispetto dei limiti in cui l'interpretazione giurisprudenziale può intervenire sulla fattispecie penale, escludendo dal reato condotte che prima si riteneva vi fossero comprese.

Con l'occasione la Corte precisa che l'interpretazione del giudice comune, ordinario o speciale, pur orientata alla conformità alla CEDU e ai relativi obblighi internazionali, non determina (quale parametro interposto ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.)

necessariamente l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto di censura, in quanto la concorrenza di tutele non si manifesta perfettamente simmetrica e sovrapponibile. Peraltro, quando viene in rilievo un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali deve costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa (sentenza n. 317 del 2009) senza però alcun automatismo, come già statuito in altra recente pronuncia (sentenza n. 49 del 2015) ove era stato assodato il «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU» e la sussistenza, da parte della Consulta, di un «approdo giurisprudenziale stabile» (sentenza n. 120 del 2018) o un «diritto consolidato» (sentenze nn. 49 del 2015 e 80 del 2011), nella piena osservanza del criterio di bilanciamento del singolo principio, con altri principi presenti nella Costituzione. La Corte costituzionale, infatti, opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante (sentenza n. 264 del 2012; nel senso più ampio, sentenze n. 193 del 2016, n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009).

Ciò posto, la Corte riconosce, nella fattispecie in esame, la sussistenza di entrambi i presupposti necessari per l'adeguamento alla CEDU, in linea con l'interpretazione già operata dalle Sezioni unite.

Quanto al primo profilo, pur considerando alcuni orientamenti discordanti della giurisprudenza di merito, la Corte di Cassazione ha già ritenuto di valutare tale sentenza come idonea a fondare l'interpretazione convenzionalmente orientata di cui si è detto ("sentenza Paternò"); peraltro, la stessa Corte costituzionale - nella surrichiamata sentenza n. 24 del 2019 - ha tenuto conto proprio della sentenza della Corte EDU e dell'esigenza di conformità al principio di prevedibilità fondandone la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 1423 del 1956, dell'art. 19 della legge 22 maggio 1975, n. 152 (Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico) e degli artt. 4, comma 1, lettera c), e 16 cod. antimafia.

Quanto all'altro profilo, la Corte ha riconosciuto che «la valutazione di sistema all'interno dei parametri della Costituzione e il possibile bilanciamento con altri valori costituzionalmente tutelati non è affatto distonica, nella fattispecie, rispetto al pieno dispiegarsi dei parametri interposti».

In conclusione, la Corte ha evidenziato che le prescrizioni specifiche che l'art. 8 del cod. antimafia consente al giudice di indicare e modulare come contenuto della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con o senza obbligo (o divieto) di soggiorno, rappresenta idonea garanzia per contrastare il rischio che siano commessi reati, che poi è la *ratio* delle misure di prevenzione che si raccorda alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, come valore costituzionale. Infine, la previsione come reato della violazione dell'obbligo «di vivere onestamente» e «di rispettare le leggi» che grava sul sorvegliato speciale, ha sia l'effetto abnorme di sanzionare come reato qualsivoglia violazione amministrativa sia quello di determinare, ove la violazione dell'obbligo costituisca di per sé reato, l'aggravamento della pena, «laddove l'art. 71 cod. antimafia già prevede come aggravante, per una serie di delitti, la circostanza che il fatto sia stato commesso da persona sottoposta, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione della misura». Nella delineata cornice, la norma censurata si pone come violative del canone di prevedibilità della condotta sanzionata con la limitazione della libertà personale, quale contenuto in generale nell'art. 7 CEDU e in particolare nell'art. 2 del Protocollo n. 4, e rilevante come parametro interposto ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.

La Corte perviene alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui punisce come delitto l'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi" da parte del soggetto sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno e, di conseguenza, per le stesse

ragioni, dell'art. 75, comma 1, cod. antimafia, nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti la misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno, ove consistente nell'obbligo di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

5. L'ergastolo ostativo e il vaglio di costituzionalità: la sentenza n.253 del 2019

Nel quadro appena delineato, la questione del c.d. "ergastolo ostativo" merita apposita trattazione per mezzo dell'interazione tra gli artt. 2, 3, 13, 25 e 27 della Costituzione[30]. Dai recenti approdi della Corte costituzionale può cogliersi il particolare interesse e le difficoltà che legislatore e Consulta hanno incontrato nell'approccio alla suddetta tematica. Con la sentenza n. 253 del 2019, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, dell'ordinamento penitenziario, nella parte in cui non prevedeva che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* del codice penale (reati di associazione mafiosa e/o di contesto mafioso) e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al

[30] La definizione di "ergastolo ostativo" è stata coniata dalla dottrina per indicare quelle situazioni giuridiche processuali in cui la perpetuità della pena detentiva non è suscettibile di attenuazioni, se non previa collaborazione con la giustizia. Dall'art. 4-bis (Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti), nel quadro dell'ord. penit. (legge n.354/75), emerge la ragione ostativa alla concessione di benefici (permessi premio e misure alternative alla detenzione), per il soggetto detenuto, ossia la volontà o meno di collaborare, elemento che comproverebbe il distacco del condannato dai legami con l'associazione mafiosa. La *ratio* dell'ergastolo "ostativo" è estrinsecata nella presunzione assoluta di pericolosità del condannato che rifiuta di collaborare con la giustizia; sicché la "collaborazione" si offre come il fattore di differenziazione rispetto all'ergastolo comune, per il quale invece permane la possibilità di un progressivo miglioramento del trattamento penitenziario, parallelo alla crescita dell'opera di rieducazione del reo. Particolarmente vasto il contributo offerto dalla dottrina: *ex plurimis*, E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2017, p. 1500 ss.; Id., *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. contemp.*, n.3/2018; L. EUSEBI, *Ostativo del fine pena, ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1515 ss.; G. FIANDACA, *Ergastolo ostativo, carcere duro e dintorni*, in *Questione giustizia*, 9 marzo 2021; E. PERUCATTI, *Perché la pena dell'ergastolo deve essere attenuata*, Coll. "Diritto penitenziario e Costituzione", Editoriale scientifica, 2021; E. DOLCINI, F. FIORENTIN, D. GALLIANI, R. MAGI, A. PUGIOTTO, (a cura di), *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Giappichelli, Torino, 2020; A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio cost.*, fasc. 3/2018, p. 405 ss.; Id., *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. contemp.*, 5 marzo 2013; D. GALLIANI, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n.2)*, in *Osservatorio cost*, fasc. 4/2019, p. 191 ss.; C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali sull'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016.

fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, potessero concedersi permessi premio anche in assenza di attività collaborativa con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* del medesimo ordin. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. In via consequenziale, poi, la Corte ha esteso gli effetti della declaratoria di incostituzionalità, nei limiti e nei termini sopra indicati, anche ai detenuti per gli altri delitti contemplati nell'art. 4-*bis*, comma 1, ordin. penit. elidendo, successivamente, analoga preclusione con riguardo all'esecuzione penale minorile attraverso la successiva sentenza n. 263 del 2019.

La recente pronuncia n.253 del 2019 si muove in un perimetro ben delineato e circoscritto, ossia quello della «preclusione assoluta» di accesso ai benefici penitenziari, in particolare al permesso premio, per il condannato per i reati di associazione mafiosa e per altri reati disciplinati dall'art. 4-*bis*, comma 1, ordin. penit., che decide di non collaborare con la giustizia**.** Tale preclusione impedisce al magistrato di sorveglianza «qualunque valutazione in concreto sulla pericolosità del condannato, determinando *in limine* l'inammissibilità di ogni richiesta di quest'ultimo di accedere ai benefici penitenziari»; come la stessa Corte ha evidenziato, la questione in esame, per il vero, non riguarda il c.d. ergastolo ostativo, oggetto di recente intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. 13 giugno 2019, Viola c. Italia), non interessando la preclusione alla concessione della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo che non collabora con la giustizia e che abbia già scontato i ventisei anni effettivi di carcere. La cornice interessata è quella dei condannati per reati c.d. ostativi "a pena perpetua" o "temporanea" che non possono accedere ai permessi premio, ove non abbiano fornito collaborazione alla giustizia, anche in epoca successiva alla condanna, a fronte di una disciplina vigente che consente l'accesso ai predetti benefici nelle ipotesi di collaborazione "inesigibile" (partecipazione limitata del soggetto condannato al fatto criminoso), "impossibile" (per integrale

acclaramento dei fatti e delle responsabilità in sentenza), "oggettivamente irrilevante" (avvenuta concessione delle circostanze attenuanti, minima incidenza nella preparazione o esecuzione del reato).

In tal senso, la scelta di collaborare con la giustizia diventa la sola idonea ad elidere l'ostacolo alla concessione dei succitati benefici, «in ragione della sua valenza "rescissoria" del legame con il sodalizio criminale» e la scelta di non collaborare con la giustizia genera una presunzione assoluta circa il permanente collegamento con l'organizzazione criminale e dunque circa la permanente pericolosità del condannato.

A giudizio della Corte, tale presunzione non è affetta da incostituzionalità, apparendo irragionevole, semmai, pretendere che la presunzione «non possa essere vinta da prova contraria»; l'incostituzionalità, infatti, può cogliersi solo nell'assolutezza della presunzione, per le sue ulteriori conseguenze afflittive per il detenuto che non collabora, per l'impossibilità di valutare il percorso carcerario del condannato e per l'esclusione della possibilità di una specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza. Ne consegue che la presunzione in esame debba intendersi di natura "relativa", sia pur concedibile solo «a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto», non essendo sufficienti la regolare condotta carceraria o la partecipazione al percorso rieducativo, né tantomeno una dissociazione solo verbale, ma occorrendo «altri, congrui e specifici elementi» in ordine ai quali «grava sullo stesso condannato che richiede il beneficio l'onere di fare specifica allegazione» (inversione dell'*onus probandi*) al magistrato di sorveglianza[31].

[31] Sul punto, cfr. M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 2019. L'A. ha evidenziato come la presunzione assoluta sia stata sostituita da una presunzione semi-assoluta piuttosto che relativa, come avviene nella materia cautelare per le persone gravemente indiziate di colpevolezza in ordine a reati che presuppongano l'appartenenza all'organizzazione mafiosa, a fianco di una presunzione assoluta circa l'adeguatezza della misura carceraria, l'art. 275, terzo comma, c.p.p., delinea una presunzione comunque sia relativa per cui le esigenze cautelari debbono essere considerate sussistenti a meno che non consti la prova della loro mancanza («salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari».

Peraltro, in ordine alla natura e finalità del permesso premio nel complessivo programma di trattamento, la Corte, rievocando quanto statuito nelle sentenze nn. 436 del 1999, 90 del 2017 e 149 del 2018 ha evidenziato come consenta i primi spazi di libertà al detenuto, nel quadro del fine rieducativo, consentendo anche «l'osservazione da parte degli operatori penitenziari degli effetti sul condannato del temporaneo ritorno in libertà». Il dubbio che è stato paventato è in ordine all'estensione del beneficio in esame, ossia se sia applicabile in caso di pene medio-lunghe, divenendo di difficile attuazione nei casi di ergastolo ostativo, così comprimendo il profilo rieducativo, nucleo essenziale della pena, oltre alla necessaria funzione repressiva: quale dunque la compatibilità con l'art. 27, terzo comma, Cost., rischiando così di assumere, la pena, una natura "perpetua" non solo *de iure*, ma anche *de facto.*

La giurisprudenza costituzionale ci ha insegnato che nel bilanciamento tra valori o interessi contrapposti l'uno può prevalere sull'altro, ma non oltre il punto che ne determini il totale sacrificio, in tal senso le legittime esigenze di difesa sociale, (a maggior ragione se riferite alle fattispecie di reati di natura mafiosa), possono giustificare limitazioni al perseguimento della finalità rieducativa della pena, ma non possono determinare il travalicamento del confine valoriale, per non alterare il giusto equilibrio tra le esigenze del processo e la tutela della libertà, in ossequio al principio secondo cui deve comunque essere scelta la soluzione che comporta il minor sacrificio della libertà personale, in conformità al *favor libertatis* che aveva ispirato l'art. 13 Cost.

Sempre di recente la Corte europea dei diritti dell'uomo nella nota decisione sul caso Viola ha rimarcato come sia: «inammissibile

Inoltre, come accennato nel cap. III, la Corte costituzionale ha differenziato il regime presuntivo riguardante i delitti di "contesto mafioso" (sent. n. 57 del 2013) e le ipotesi di "concorso esterno" (sent. n. 48 del 2015), dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, terzo comma, c.p.p., nella parte in cui «non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure», nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo o per il caso di concorso esterno, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari.

privare le persone della libertà senza impegnarsi per la loro riabilitazione e senza fornire la possibilità di riconquistare quella libertà in una data futura»[32]. La Corte Edu, partendo dalla sentenza n. 313 del 1990 della stessa Corte Costituzionale e dalla funzione centrale della risocializzazione della pena, ha ricordato che la tutela della dignità umana impedisce di privare una persona della propria libertà senza intervenire contemporaneamente per il reinserimento della medesima persona e senza fornire la possibilità di essere rimesso in libertà. Ciò posto, riconosciuta la possibilità per gli stati di introdurre meccanismi presuntivi rispetto alla valutazione di pericolosità dei condannati per gravi reati, la Corte ha valutato se la necessità di dimostrare la rottura dei legami con associazioni criminose particolarmente "resistenti" attraverso la collaborazione sia compatibile con il principio della possibilità di revisione della pena attraverso una valutazione del percorso trattamentale. La risposta negativa si ricollega al fatto che mantenere la equivalenza tra mancata collaborazione e permanenza della pericolosità sociale significa ancorare la valutazione di pericolosità al momento della commissione del fatto senza tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi compiuti nel corso dell'esecuzione. Infatti, in relazione alla scelta di collaborare con la giustizia, "la Corte dubita della libertà della predetta scelta e anche dell'opportunità di stabilire un'equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato" se si pensa, peraltro, al fatto che la scelta di non collaborare può dipendere dal timore di mettere a repentaglio la propria vita e quella dei propri congiunti. Si desume che la scelta di non collaborare non deriva sempre da una scelta libera e volontaria di adesione ai valori criminali e di mantenimento di legami con l'organizzazione di appartenenza, (in tal senso, Corte Costituzionale, sentenza n. 306 del 1993), ma anche da altre circostanze esterne possono indurre il detenuto a non collaborare; in questa cornice valutativa, l'equivalenza tra assenza di collaborazione

[32] Si tratta della nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, I sez., Viola c. Italia, ric. n. 77633/16, del 13 giugno 2019.

e la presunzione di pericolosità sociale determina un'alterazione del reale percorso di rieducazione del soggetto ristretto.

6. (Segue) Ergastolo ostativo e liberazione condizionale: l'ordinanza n. 97 del 2021

In ultimo, la Corte di cassazione ha aperto un nuovo capitolo sull'ergastolo ostativo rinviando alla Consulta il quesito sulla legittimità costituzionale delle norme che impediscono la concessione del beneficio della liberazione condizionale - a meno di una formale collaborazione - a chi è stato condannato alla pena perpetua per reati di mafia[33]. Il giudice *a quo*, nel caso in esame, ha fatto perno soprattutto sulla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo (la già citata sentenza Viola c. Italia) e proprio sulla richiamata pronuncia n. 253 del 2019 della Consulta, ritenendo ormai acclarato il principio secondo il quale i benefici in sede di espiazione della pena dell'ergastolo per mafia non possono essere guidati da automatismi preclusivi, come appunto il requisito di essere collaboratore di giustizia. E ciò in considerazione del fatto che la collaborazione con gli inquirenti o l'accertata impossibilità di realizzarla assurge a specifico requisito per poter accedere al riconoscimento dei periodi di liberazione anticipata ai fini della concessione della liberazione condizionale rendendo, di fatto, del tutto irrilevante il percorso rieducativo e la reale dissociazione dalla criminalità organizzata di colui che, però di fatto, non ha collaborato. Si viene a generare, a parere della Corte rimettente, un evidente contrasto con il terzo comma dell'art. 27 Cost. e con il principio di centralità del fine rieducativo della pena. Mentre, al contrario, l'ergastolo è stato ammesso come legittimo dalla giurisprudenza sovranazionale e nazionale nei limiti in cui sia possibile la valutazione dell'effettiva risocializzazione del condannato detenuto, così da non ledere il "diritto alla speranza" e la "libertà di collaborare" che non possono essere negati neanche ai condannati, anche per i reati

[33] Si tratta di Cass., I sez. pen., ord. 18 giugno 2020 n. 18518.

particolarmente gravi.

La Consulta ha dato alla luce la recentissima ordinanza n. 97 del 2021 esaminando le censure sollevate, in riferimento agli artt. 3, 27 terzo comma e 117, primo comma Cost., in ordine agli artt. 4-bis comma 1 e 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nonché dell'art. 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203, nella parte in cui, nel combinato disposto di queste tre norme, viene ad escludersi che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo – per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste – che non abbia collaborato con la giustizia[34].

La Corte rimettente aveva rimarcato come il regime restrittivo per l'accesso ai benefici penitenziari (art. 4-bis ord. pen.) sia applicabile, con riguardo alla liberazione condizionale, per effetto dell'articolo 2 del d.l. n. 152 del 1991; con riferimento, invece, ai cosiddetti delitti di "prima fascia" (art. 4-bis) il beneficio può essere richiesto e ritenuto ammissibile, solo nelle ipotesi di collaborazione con la giustizia o nelle ipotesi equivalenti di collaborazione impossibile o inesigibile[35].

Seguendo il percorso affrontato dai precedenti evocati, poiché sostanzialmente la scelta se collaborare o no, non è da considerarsi, secondo il rimettente, una scelta essenzialmente libera, dovrebbe considerarsi "inumano e degradante" un trattamento che alla fine si

[34] Nel giudizio a quo, il ricorrente - condannato alla pena perpetua in relazione ad un delitto aggravato di omicidio volontario aggravato dal contesto mafioso - aveva chiesto di ottenere un provvedimento di liberazione condizionale, ma la richiesta era stata dichiarata originariamente inammissibile dal Tribunale di Sorveglianza in assenza di collaborazione, trattandosi di beneficio limitato ai soli condannati che abbiano prestato collaborazione con la giustizia ai sensi del 58-ter del precitato ord. pen. o che siano nell' impossibilità di collaborare o, infine, la cui collaborazione sia inesigibile.

[35] Sul punto - a parere della Corte remittente – la preclusione normativa aveva impedito al Tribunale di sorveglianza l'esame di merito della domanda di liberazione condizionale (pena già espiata e margini di ravvedimento del condannato). Nello specifico, come ricordato dal giudice a quo, il ricorrente aveva peraltro già scontato oltre ventisei anni di reclusione (nel cui computo vanno ricompresi anche i periodi di liberazione anticipata) e dunque si era maturata una delle condizioni oggettive per chiedere il beneficio.

fonda sulla reclusione a vita, nell'assenza di qualsiasi possibilità di uscire dall'ambiente carcerario[36].

Con la pronuncia n. 253 del 2019, peraltro, la stessa Corte aveva riconosciuto che la disciplina allora vigente si fondava su una presunzione assoluta di perdurante pericolosità non superabile, se non per il tramite della collaborazione stessa e di conseguenza affermandone, proprio in quanto assoluta e non relativa, l'incompatibilità con il dettato costituzionale[37]. Allo stesso modo, a parere del rimettente, le disposizioni più recentemente censurate rischierebbero di comprimere ingiustificatamente la funzione rieducativa della pena, anche in considerazione degli approdi della sentenza Viola contro Italia[38].

Punctum crucis della questione è racchiuso nella disciplina che non consente di concedere lo specifico beneficio della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo, per delitti di "contesto" mafioso, che non collabora utilmente con la giustizia e che abbia già scontato ventisei anni di carcere (anche grazie a provvedimenti di liberazione anticipata). La presunzione assoluta per il soggetto condannato all'ergastolo che non collabora, comporterebbe una trasformazione della pena perpetua *de iure* in pena perpetua anche *de facto* atteso che il divieto della riammissione alla liberazione condizionale costituisce ragione di esclusione permanente dei condannati all'ergastolo, dal processo rieducativo e di reinserimento sociale, in aperto contrasto con l'art. 27, terzo comma, Cost.[39].

[36] Sul punto, infatti, la Corte EDU, (dalla sentenza *Vinter* contro Regno Unito in poi) ha preso in specifica considerazione la compatibilità convenzionale di un regime che condiziona appunto l'accesso alla liberazione condizionale, alla collaborazione dell'interessato con l'autorità giudiziaria, evidenziando come la scelta collaborativa non possa rappresentare l'unico parametro per identificare e misurare un percorso di effettiva risocializzazione, potendo quella scelta fare difetto per ragioni diverse dalla conservazione di un legame con organizzazioni criminali o mafiose.

[37] La fattispecie al vaglio della sentenza n. 253 del 2019 verteva sul divieto di accordare "permessi premio" e non la liberazione condizionale. In sintesi, la Corte aveva affermato che la presunzione in sé non risulta costituzionalmente illegittima, non essendo irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza. Occorre, purtuttavia, che tale presunzione sia relativa e non già assoluta, atteso che, una disciplina improntata al carattere relativo della presunzione si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obbiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena (artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.).

[38] Si tratta della nota sentenza della Corte di Strasburgo, Viola c. Italia (ricorso n. 77633/16) del 13 giugno 2019.

[39] Il beneficio della liberazione condizionale, secondo la giurisprudenza della Corte EDU (a partire dalla sentenza della Grande Camera 12 febbraio 2008, Kafkaris contro Cipro e fino alla già citata sentenza

Sin dalla sentenza n.306 del 1993 la Corte ha assunto un indirizzo diverso iniziando progressivamente ad affermarsi il principio secondo cui la collaborazione con la giustizia non sia necessariamente presupposto di ravvedimento, così come a contrario, l'assenza di collaborazione non possa assurgere ad insuperabile indice legale di mancato ravvedimento, potendo essere il frutto di valutazioni utilitaristiche e non per forza elemento da cui dedurre l'effettiva risocializzazione del condannato. La collaborazione appare solo come uno degli elementi da cui desumere la prova della possibile dissociazione del condannato dal vincolo criminale, poiché ve ne sono altri che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto; in tal senso, la presunzione assoluta di pericolosità a carico del non collaborante mostra la propria irragionevolezza, perché si basa su una generalizzazione che i dati dell'esperienza possono smentire (sentenza 253 del 2019), ponendosi come elemento di "tensione" con i parametri costituzionali evocati nella parte in cui è sancito che la collaborazione rappresenti l'unico rimedio a disposizione del condannato a pena perpetua per l'accesso alla libertà condizionale. Il carattere assoluto della presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata determina, per la magistratura di sorveglianza, l'impossibilità di valutare l'intero percorso carcerario del condannato all'ergastolo, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, garantita dall'art. 27, terzo comma, Cost.; peraltro, tale presunzione permane non essendo irragionevole ipotizzare che il condannato conservi i propri legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, per la particolare forza intimidatrice e capacità di protrarsi nel tempo di quest'ultima[40].

Viola contro Italia del 2019) assicura la compatibilità della pena perpetua con la CEDU e nello specifico, con l'art. 3, che fa divieto di sottoporre chiunque «a tortura» od a «pene o trattamenti inumani o degradanti». La pena perpetua, infatti, non lede la dignità della persona, e quindi non integra un trattamento degradante ed inumano, a condizione però che siano previsti in astratto, strumenti giuridici utili a interrompere la detenzione e a reimmettere i condannati meritevoli nella società.

[40] Principi cui si ispirano la sentenza n. 253 del 2019; in materia cautelare e le sentenze n. 48 del 2015, n. 213 e n. 57 del 2013, n. 164 e n. 231 del 2011; ordinanza n. 136 del 2017. Il quadro rimane di particolare rilievo e non di certo si è affievolito nel tempo, se si pensa che il vincolo associativo può rimanere inalterato anche in esito a lunghe carcerazioni, proprio per le caratteristiche del sodalizio criminale in questione, finché il soggetto non compia una scelta di radicale distacco, come quella che generalmente viene espressa dalla collaborazione con la giustizia.

Il percorso che la Corte compie muove dalla constatazione che le censure afferiscano ad aspetti delicati e complessi, "apicali" nel contrasto alle organizzazioni criminali; in tal senso, operare in senso "demolitorio" con una declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni in esame, rischierebbe di compromettere le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva necessarie per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa. Peraltro, a parere della Corte, le valutazioni che ineriscono scelte di politica criminale eccederebbero i poteri dei giudici della Consulta, appartenendo semmai alla discrezionalità legislativa, sicché un'immediata declaratoria di illegittimità costituzionale potrebbe determinare disarmonie e contraddizioni nella complessiva disciplina di contrasto alla criminalità organizzata, nonché minare il rilievo che la collaborazione con la giustizia continua ad assumere nell'attuale sistema.

D'altronde, la stessa Corte EDU nella sentenza Viola contro Italia aveva indicato la necessità che la disciplina in questione richiedesse una iniziativa legislativa, messaggio che si interseca con la scelta della Corte di ottemperare allo spirito di leale collaborazione istituzionale con l'organo legislativo, facendo ricorso alla scelta del rinvio della decisione definitiva, con fissazione della discussione delle questioni di legittimità costituzionale in esame ad altra successiva udienza (10 maggio 2022), proprio per consentire al Parlamento un congruo tempo per occuparsi nuovamente della materia in esame.

7. L'interazione tra le Corti in tema di sovraffollamento carcerario

Un tema particolarmente aderente alla tutela della libertà personale e all'interazione tra le Corti è quello del "sovraffollamento carcerario" e dei correlati diritti dei detenuti che, peraltro, è stato caratterizzato dall'emanazione di una "sentenza pilota' (Corte EDU, Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia). Come noto, si tratta di una tecnica decisoria che consente alla Corte di Strasburgo di accertare

non solo l'inadempimento nel caso concreto, ma anche il connesso problema strutturale che è nell'esistenza nell'ordinamento dello Stato responsabile di una legislazione o di una prassi amministrativa o giudiziaria che causino una violazione sistemica e continuativa della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'ordinamento italiano, come detto, è stato destinatario di una procedura pilota nella nota decisione "Torreggiani e altri" attraverso la quale la Corte europea ha denunciato per l'ennesima volta il principale problema strutturale del sistema penitenziario italiano, quello del sovraffollamento carcerario, dichiarando nuovamente la violazione dell'art. 3 Cedu per le condizioni sofferte dai soggetti ristretti, costretti a dividere una cella di dimensioni irrisorie insieme ad altri detenuti. La denunciata violazione dell'art. 3 Cedu, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, era attestata dalle condizioni sofferte dai ricorrenti e dai trattamenti disumani e degradanti patiti, pur disconosciuti dallo Stato italiano.

Le ragioni poste a sostegno della censura si sono fondate, anzitutto, sulla condizione di detenuto che, ad avviso della Corte, come ogni soggetto sottoposto a misure privative della libertà non può essere privato del beneficio dei diritti garantiti dalla Cedu, per la sola ragione dello *status in vinculis*. La persona incarcerata, infatti, ha bisogno di una tutela più efficace proprio per la sofferenza della sua situazione personale, anche per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato cui grava, in virtù dell'art. 3 della Cedu un obbligo positivo di assicurare, per ogni detenuto, condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana e modalità di esecuzione della misura che non eccedano il limite di sofferenza già connaturato allo stato detentivo.

Sul tema del sovraffollamento, la Corte costituzionale sosteneva che le condizioni detentive di Torreggiani e degli altri ricorrenti erano state tali da sottoporre «gli interessati ad una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione», così stabilendo in un anno il termine per porre fino a tale violazione,

invitando lo Stato italiano a «creare senza indugio un ricorso o una combinazione di ricorsi con effetti preventivi e compensativi», capaci di garantire «realmente una riparazione effettiva» delle violazioni della Convenzione.

Con la sentenza n. 279 del 2013, investita della questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione e all'art. 3 della Convenzione (attraverso il parametro dell'art.117, primo comma, Cost.), aveva affermato che le condizioni di sovraffollamento degli istituti penitenziari in cui i ricorrenti scontavano la pena definitiva realizzavano una violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., per violazione del senso di umanità ed in rapporto alla finalità rieducativa della pena. Sul punto, la Consulta richiamava il metro di valutazione della Corte europea che aveva ritenuto integrato il carattere disumano e degradante nei casi di detenuti costretti alla in spazi eccessivamente ristretti, evidenziando l'incidenza delle condizioni di "inumanità" causate dal sovraffollamento sull'effettivo rispetto della finalità rieducativa della pena e che la mancata previsione da parte del legislatore del rinvio dell'esecuzione della pena, quando questa si svolga in condizioni contrarie al senso di umanità, risultava in difformità rispetto ai «parametri di vivibilità minima», (già evocati dalla Corte di Strasburgo nel caso Torreggiani e altri c. Italia) al diritto inviolabile alla dignità umana (artt. 2 Cost. e 27 Cost.), oltre che in contrasto con «la razionalità giuridica e la coerenza costituzionale dell'intero sistema» e con il divieto di pene crudeli (art. 3 Cost.). La Corte costituzionale nella declaratoria di inammissibilità della questione indicava, quale unico rimedio, il ricorso alla iniziativa legislativa per cercare di risolvere il problema del sovraffollamento, ritenendo che il rinvio dell'esecuzione della pena proposto dal *giudice a quo* avrebbe configurato una disparità di trattamento in danno dei soggetti reclusi che avrebbero visto respingersi l'istanza una volta che il numero fosse sceso sotto soglia massima, oltre alla facoltà di esperire un reclamo al giudice di sorveglianza (ex art. 35, ord. pen.) per le ipotesi di

violazione dei loro diritti e divergendo, sul punto, da quanto affermato dalla Corte di Strasburgo, aveva ritenuto sufficienti le prescrizioni e i semplici "ordini" del giudice dell'esecuzione per assicurare una tutela effettiva, in ragione della loro natura vincolante. La Corte costituzionale, in sostanza, riconoscendo la sussistenza di trattamenti disumani e degradanti patiti dai detenuti e la grave violazione degli artt. 27 Cost. e 3 Cedu, indicava al legislatore alcune possibili alternative alla restrizione in carcere (come la detenzione domiciliare) al fine di salvaguardare «…i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale…» e garantire quel livello minimo, ma ineludibile, di tutela che qualifica l'inviolabilità della libertà personale.

Sul versante legislativo, il primo provvedimento legislativo che ha ampliato le ipotesi di ricorso all'applicazione della misura della detenzione domiciliare è la L. 26 novembre 2010, n. 199, avente ad oggetto l'esecuzione, presso il proprio domicilio, delle pene detentive non superiori a diciotto mesi, al fine di fronteggiare il problema del sovraffollamento nelle carceri[41]. Si tratta di un istituto di natura straordinaria destinato prevalentemente ai condannati ai quali era stata applicata la recidiva reiterata ex art. 99, comma 4 c.p. che ha introdotto la possibilità di espiare le pene detentive brevi (non superiori a dodici mesi) presso un luogo esterno al carcere (l'abitazione del condannato ovvero altro luogo privato o pubblico di cura, assistenza e accoglienza). Con il successivo D.L. 22 dicembre 2011, n. 211 (convertito in L. 17 febbraio 2012, n. 9) erano state introdotte una serie di misure specifiche sempre rivolte a ridurre il sovraffollamento, decretando la definitiva chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari. Le misure più incisive, però, sono state adottate in seguito alla sentenza Torreggiani c. Italia, con il varo del decreto-legge 23/12/2013 n° 146, convertito nella L. 21 febbraio 2014, n. 10

[41] Agli inizi del 2010 era stato varato dal consiglio dei ministri il c.d. "Piano Carceri", insieme di provvedimenti finalizzati ad arginare il problema del sovraffollamento nelle carceri italiane con operazioni di edilizia penitenziaria consistenti nella ristrutturazione degli ambienti delle carceri e nella costruzione di nuovi padiglioni e l'aumento del personale di polizia penitenziaria. Dal versante legislativo una serie di riforme normative avrebbero dovuto aumentare il numero di detenuti in uscita e soprattutto per diminuire il flusso in ingresso. Proprio lungo queste linee direttrici è stata emanata la l. 26 novembre 2010, n. 199.

(recante «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria») la cui *ratio* era quella di mantenere in vita il precitato istituto che aveva avuto una forte incidenza positiva sul problema del sovraffollamento carcerario in quanto, consultando i dati del ministero della giustizia, al 30 novembre 2013 i detenuti che avevano usufruito della misura de qua erano circa tredici mila. Dunque, in questo modo, l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi muta completamente il suo status all'interno dell'ordinamento in quanto passa dall'essere un mero rimedio emergenziale (e per tale ragione di natura temporanea e straordinaria) a divenire uno strumento ordinario di espiazione *extramoenia* della pena.

Come indicato nella rubrica, il testo nasce dalla necessità di restituire alle persone detenute la possibilità di un effettivo esercizio dei diritti fondamentali e di affrontare il fenomeno dell'ormai endemico sovraffollamento carcerario, nel rispetto delle fondamentali istanze di sicurezza della collettività e in conformità alle sollecitazioni provenienti dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo. Tra gli obiettivi, quello di diminuire, in maniera selettiva e non indiscriminata, il numero delle persone ristrette in carcere attraverso misure dirette ad incidere sia sui flussi di ingresso negli istituti di pena, sia su quelli di uscita dal circuito penitenziario, mediante la stabilizzazione dell'istituto della esecuzione della pena presso il domicilio prevista dalla citata L. 199 del 2010. L'intervento già preannunciato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa si configura come un tentativo di adeguamento alla sentenza "Torreggiani" che aveva imposto l'adozione di misure compensative interne per i casi di sovraffollamento. Il rafforzamento degli strumenti di tutela dei diritti delle persone detenute si coglie nell'istituzione della figura del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o comunque private della libertà personale e nella previsione di un nuovo procedimento giurisdizionale davanti al magistrato di sorveglianza per garantire l'effettività delle decisioni giudiziarie e della

tutela dei diritti dei detenuti.

Di recente, anche il decreto "Cura Italia" 17 marzo 2020, n. 18, poi convertito con L. 24 aprile 2020, n. 27, ha apportato alcune modifiche, tra cui la previsione degli arresti domiciliari per i detenuti che hanno pene da scontare sino a 18 mesi e, nei casi di pene non superiore ai 6 mesi, l'applicazione del "braccialetto elettronico" e di altri strumenti tecnici" per sorvegliare a distanza il rispetto delle prescrizioni imposte per coloro che termineranno di scontare la pena nelle proprie abitazioni. L'obiettivo del recente decreto è quello di diminuire la presenza nelle carceri per gestire meglio l'emergenza sanitaria da coronavirus; l'estensione del beneficio si esclude per i detenuti i responsabili di gravi reati e per i delinquenti abituali, con previsione di una procedura per la concessione della detenzione domiciliare molto più snella dell'attuale, tramite l'eliminazione di alcuni passaggi. Il decreto ha di fatto trasformato così la detenzione da intramuraria in domiciliare per i detenuti ormai prossimi al "fine pena", possibilità già esistente, ma come detto agevolata da un regime più celere, per contrastare la diffusione del contagio tenuto conto del sovraffollamento carcerario e degli effetti devastanti della pandemia.

8. Le ragioni della crisi del principio di legalità in materia penale

La giurisprudenza costituzionale, nel tempo, si è espressa in conformità al principio di legalità penale, solo in rare occasioni incrinato ed anche la graduale crisi della riserva di legge è stata recepita dalla Corte con molta tolleranza, spesso in fiduciosa attesa di interventi legislativi che colmassero le gravi lacune che si sono nel tempo create in seno all'ordinamento penale, anche per l'intempestività del Parlamento a legiferare, anche nella materia penale[42].

[42] L'operato della Corte costituzionale, nel tempo, è stato sempre molto attento a non valicare i limiti della materia penale, in conformità ai principi costituzionali e nel pieno rispetto del ruolo centrale ricoperto dal legislatore. Sulla centralità del Parlamento, infatti, sin dalle prime pronunce in materia, è stato eretto un argine al sindacato della Corte sulle norme penali, rafforzato dalla natura incidentale del

Ancor oggi, nonostante *l'incipit* della dottrina, la Corte ha cercato di preservare la riserva di legge, ribadendo il compito esclusivo del legislatore nel varo di leggi penali[43], giungendo gradualmente ad un approccio più interventista, come nel caso della distinzione tra norme penale di favore e norme penali più favorevoli[44] e ciò dopo aver escluso per anni dal sindacato costituzionale tale fattispecie[45], o nel caso della declaratoria di incostituzionalità di una norma penale di favore per violazione del principio di ragionevolezza, dopo aver dichiarato in altre occasioni l'infondatezza della questione[46].

Il Giudice delle leggi pur avendo affermato in più occasioni di volersi astenere dichiarando inammissibili le singole questioni aventi oggetto norme penali, ha finito per aggravare la crisi della riserva di legge in materia penale, intervenendo con sentenze manipolative in *bonam partem*, talvolta anche incidenti su fattispecie penali o sui profili sanzionatori, generando così norme di risulta di complessa

giudizio di costituzionalità, come ancora oggi emerge, anche alla luce delle diffuse esortazioni provenienti dalla dottrina finalizzate a porre in essere un nuovo indirizzo giurisprudenziale tendente a superare i limiti della riserva di legge penale e l'assegnazione di una competenza esclusiva al solo legislatore.

[43] In questo senso, *ex plurimis*, G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, in *Giur. cost*., 2006, p. 4160 ss.; V. ONIDA, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Ai confini del 'favor rei'. Il falso in bilancio davanti alla Corte costituzionale e di Giustizia*, Torino, 2005, p. 288 ss. Con riferimento all'inammissibilità delle questioni *in malam partem* e ad un suo possibile superamento e sul contrasto con norme provenienti dall'Unione europea, si rinvia analitica ricostruzione fornita da M. D'AMICO, *Relazione introduttiva*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), op. cit., p. 1 ss. A favore di una espansione del sindacato di costituzionale anche *in malam partem*, A. LOLLO, *Norme penali di favore e zone d'ombra della giustizia costituzionale*, in *federalismi*, 30 giugno 2009, p. 10 ss.; M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali,* Pavia, 2012; A. BONOMI, *Zone d'ombra, norme penali di favore e additive in malam partem: una «differenziazione ingiustificata» da parte della Corte costituzionale*?, in R. BALDUZZI - P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi,* Torino 2007, p. 154 ss. In senso contrario, e dunque a favore del *self restraint* della Corte, v. invece la posizione di A. CARAMONA, *La legislazione penale ad personam. I rimedi in malam partem della Corte costituzionale*, in *Cass. pen*., 2012, p. 717 ss., che esprime preoccupazione per l'erosione della zona franca, in riferimento al sindacato di costituzionalità riguardante le norme penali di favore, anche N. ZANON, *Corte costituzionale e norme penali di favore: verso un sindacato sulle scelte politico-criminali*?, in L. ZILLETTI – F. OLIVA (a cura di), *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali*?, Pisa, 2007, p. 53 ss.

[44] Si tratta della sentenza, Corte cost. n. 148 del 1983.

[45] Come è noto, con la citata sentenza n. 148 del 1983, la Corte ha superato questa iniziale perplessità, risolvendo in senso positivo il dubbio circa l'ammissibilità delle questioni aventi ad oggetto norme penali di favore. Il Giudice costituzionale è quindi riuscito, ripensando teoricamente il significato del nesso di incidentalità, ad elaborare una motivazione soddisfacente per evitare il crearsi di vere e proprie zone franche dal controllo di legittimità costituzionale. Su questi profili, v. V. ONIDA, , in *Giur. cost.*, 1978, p. 996 ss.; D. PULITANÒ, *La "non punibilità" davanti alla Corte costituzionale*, in *Foro it*., 1983, I, 1803 ss.

[46] G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, cit., p. 4160 ss.

interpretazione. La crisi del principio di legalità penale[47] è stata attenzionata dalla Corte, nella piena consapevolezza della difficoltà che il codice penale del 1930 avrebbe determinato all'esito dell'entrata in vigore, in via successiva, della Carta costituzionale[48], tanto che si era auspicato, da più parti, un intervento del legislatore di riforma integrale del codice stesso. L'obiettivo, quello di salvaguardarne l'organicità, la contraddittorietà fra i singoli valori del sistema penale e della Costituzione, i profili di evidente incostituzionalità che sarebbero emersi per evidenti discrasie correlate non soltanto ai differenti tempi di attuazione, ma principalmente ai differenti parametri di tutela dei beni, se si pensa alla predominanza, nel codice Rocco, del principio statalista, con alcune fattispecie di tutela indiretta della persona umana, protetta dalla legge penale solo in relazione all'interesse dello Stato[49], rispetto all'innovativa affermazione del principio della centralità della persona che la Costituzione ebbe a introdurre, ponendo al centro del quadro di tutela penale, la persona umana[50]. In tal senso si collocano gli

[47] In merito alla crisi della legalità penale la letteratura è molto vasta; si v., *ex multis*, tra i penalisti, sul tema a tutto tondo, G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.; F. PALAZZO, , in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. Fior*., XXXVI, 2007, p. 1281 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004; in particolare, sulle cause esterne della crisi dell'istituto, si v. C. GRANDI, , 2006, Milano; sull'abuso degli atti aventi forza di legge e in particolare dell'art. 76 Cost., C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, p. 8 ss.; sul ruolo della Corte costituzionale italiana, E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2007; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011, p. 315 ss.; M. D'AMICO, *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, p. 2 ss.; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2016.

[48] Sul punto, M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost*., 1998; F. PALAZZO, *Costituzione e diritto penale (un appunto sulla vicenda italiana)*, in *Riv. Dir. cost.*, 1999, p. 168; ID, *Un penalista del XXI secolo legge il codice penale del 1930*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011; L. STORTONI, G. INSOLERA (a cura di), *Gli ottant'anni del codice Rocco*, Bologna, 2012.

[49] Si v. la sentenza n. 27 del 1975, che ha dichiarato incostituzionale l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p., "nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre".

[50] Il passaggio dal principio statalista a quello personalista si evince, peraltro, dalla lettura sistematica degli artt. 2, 3 e 13 Cost., oltre dall'intera trama normativa della Carta costituzionale, avallata dagli interventi della Corte costituzionale, «come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana» (*ex multis*, Corte cost., sentenza n.167 del 1999). Si tratta di un principio che esprime «una naturale "eccedenza assiologica" rispetto agli stessi principi fondamentali restanti, debordando dunque dai confini, pure in modo assai largo, segnati dall'enunciato costituzionale che si ritiene farvi menzione e distendendosi senza limitazione alcuna per l'intero dettato costituzionale, per

interventi, come detto graduali, attuati dalla Corte costituzionale, facendo ricorso a particolari pronunce di natura para-legislativa[51].

Altro profilo di criticità si è determinato con riguardo all'esatta esegesi della riserva di legge[52] (art. 25, comma 2, Cost.) e al non troppo isolato ricorso ad atti aventi forza di legge nei settori dell'ordinamento penale[53], avallato da alcune pronunce in cui la Corte ha affermato che l'uso del decreto-legge come atto di normazione penale soggetto alla conversione in legge, non costituisce un pregiudizio rispetto alla funzione legislativa assegnata al Parlamento in via prioritaria, né tantomeno il principio della riserva di legge verrebbe ad esserne intaccato. Prova ne è che nella giurisprudenza costituzionale più recente la Corte non si è sottratta a rimarcare il ruolo centrale del Parlamento ed il primato della legge ordinaria con riferimento alla materia penale[54] e percorrendo il solco della riserva dell'art. 25, comma 2, Cost, ha evidenziato come spetti al Parlamento, in quanto organo rappresentativo della volontà popolare, il compito di legiferare sulla materia penale, anche in ragione del

quindi da esso discendere ai gradi sottostanti e coprire tutto l'ordinamento e l'esperienza sulla sua base formatasi». Così, A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, n.17/2013, p. 13 ss.). La Carta costituzionale ha il suo «cuore pulsante» nella persona umana intesa quale valore fondante. Secondo l'A., infatti, le proiezioni del principio personalista si possono apprezzare anzitutto in seno alla teoria dei diritti fondamentali, in ordine alla quale il pieno riconoscimento della centralità della persona umana, determinerebbe l'impossibilità interpretare l'art. 2 Cost. come norma a fattispecie chiusa. Particolare incidenza rinviene dal quadro della giustizia costituzionale e della giurisdizione in genere, nel quale si svolge l'opera di bilanciamento tra i valori costituzionali, strettamente correlati alla tutela del principio personalista. Il principio personalità, inoltre, è stato posto «a base delle opzioni di fondo fatte alla Costituente in sede di rifacimento dell'intera impalcatura istituzionale dello Stato» ed è alla base della nostra forma di Stato e di governo, definendo i contorni di una «democrazia personalista». Il principio personalista non comporta che gli interessi individuali debbano sempre prevalere su quelli collettivi, ma per lo meno che questi ultimi, pur se contraddistinti da interessi socialmente e giuridicamente rilevanti non possono collocarsi sullo stesso piano (tramite un'opera di bilanciamento) dei diritti costituzionalmente sanciti a tutela della persona umana, *in primis* dei diritti fondamentali (A. MORELLI, *Persona e identità personale*, in *BioLaw Journal*, 2/2019).

[51] Cfr. ad esempio le sentenze nn. 290 del 1974 e 165 del 1983,

[52] Sulla riserva di cui all'art. 25, comma 2, Cost., F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 32 ss.; C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 181 ss.; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, Milano, 2016.

[53] E' il caso di citare il decreto – legge 14 agosto 2013, n. 93, recante Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province, convertito nella l. n. 119 del 2013 e il d. lgs 24 settembre 2015, n. 158, Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, n. 23.

[54] Sul punto, cfr. N. ZANON, *Corte costituzionale e norme penali di favore: verso un sindacato sulle scelte politico-criminali?*, cit., p. 53 ss.; V. MANES, *Illegittime le "norme penali di favore" in materia di falsità nelle competizioni elettorali (nota a Corte cost. n. 394/2006)*, in *Diritto & giustizia*, 46/2006, 34 ss; I. PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2006.

fatto che essa verte su diritti e principi fondamentali[55]. Inoltre, la Corte ha evidenziato che l'intervento del legislatore nella materia penale dovrebbe seguire i canoni di cui all'art. 72 Cost., caratterizzandosi tramite una legge ordinaria, anche al fine di evitare il ricorso smodato alla decretazione governativa[56].

La Corte costituzionale con due fondamentali decisioni relativamente recenti, del 2014 (la n. 5 e la già citata n. 32), è giunta a denunciare apertamente alcuni gravi vizi procedurali nell'impiego degli atti aventi forza di legge e per la prima volta, ha affermato il proprio potere di controllo nei confronti di interventi normativi *in bonam partem*, in quanto «operati da soggetti non legittimati, proprio perché non rappresentativi dell'intera collettività nazionale», evidenziando come «la verifica sull'esercizio da parte del governo della funzione legislativa delegata diviene, allora, strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale sancito dall'art. 25, comma 2, Cost.».

Altro profilo di criticità è da individuarsi nella carenza di sistematicità dell'ordinamento penale[57], generato dalla mancanza di una riforma del vigente codice penale e aggravato da alcune scelte di politica criminale del legislatore settoriali. Altrettanto indubbia è l'incidenza dei più recenti interventi europei e sovranazionali il cui ingresso nei sistemi penali nazionali, ha determinato un'erosione dei contorni della norma penale, come nel caso dell'introduzione di cause di giustificazione e di nuove fattispecie che hanno indotto la Corte costituzionale a ritenere sindacabili norme di favore interne, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con

[55] Cfr. Corte cost., sentenza n. 230 del 2012. Il potere di normazione in materia penale, in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale, viene demandato al Parlamento che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica, organo eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), le cui deliberazioni implicano un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze pubbliche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione". Profili critici sul punto, in F. COLOMBI, *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra Costituzione e Cedu: riserva di legge e base legale. riflessioni a margine di un obiter dictum di Corte cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230*, in *Rivista AIC*, 3/2013, 13 settembre 2013, p. 9 ss.

[56] Cfr., *ex multis*, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 32 ss.

[57] Sul punto, F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1699-1770; A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, con richiamo ad un diritto penale "patologicamente frammentato".

norme dell'Unione europea prive di effetto diretto - come nel caso della sentenza n.28 del 2010 - riconoscendo la possibilità che le scelte di politica criminale *in bonam partem* compiute dal legislatore nazionale recedano dinanzi ai vincoli posti dall'ordinamento comunitario[58]. Nella crisi della legalità penale anche la giurisprudenza costituzionale ha in parte inciso se si pensa ad alcune pronunce in cui la Corte è apparsa granitica nelle declaratorie di inammissibilità di questioni di costituzionalità su norme penali più favorevoli, nell'intento di evitare decisioni manipolative *in malam partem*, pur essendosi registrate alcune eccezioni tra cui le sentenze nn. 25 del 1994[59] e 317 del 1996[29] e l'ordinanza n. 95 de 2004[60], in occasione delle quali la Corte è stata chiamata, infatti, a valutare se le scelte sanzionatorie del legislatore non fossero in contrasto con il principio di uguaglianza o con il diritto comunitario.

9. Riflessioni conclusive

La tutela della libertà personale costituisce da sempre esigenza connaturata ad ogni individuo, misura e parametro di civiltà di ogni ordinamento. Dalla disamina dei profili attuativi dei diritti inviolabili e della libertà personale, quale nucleo essenziale di ogni diritto, come riconosciuto dalla nostra Carta fondamentale e dalle altre Carte

[58] A commento, tra i molti, F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia (sent. 8 settembre 2015 (Grande Sezione), Taricco, causa C-105/14*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 1 e ss.; C. SOTIS, *I limiti del giudice come controlimiti*, intervento nell'ambito del convegno, *Crisi della legalità penale e diritto costituzionale*, svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano, 15 aprile 2016, in www.*forumcostituzionale*.it (5 ottobre 2016).

[59] Corte Cost., 10 febbraio 1994, n. 25; in questo caso la Corte Costituzionale ha dovuto giudicare della legittimità costituzionale della norma che prevede alcune sanzioni per chi consegua indebitamente erogazioni dal Fondo europeo agricolo, mediante l'esposizione di dati o notizie falsi. La questione è stata sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., in quanto la disposizione impugnata avrebbe contenuto sanzioni eccessivamente attenuate rispetto ai casi dei reati di truffa e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche. La Corte Costituzionale ha ritenuto la questione non fondata, perché la norma censurata, secondo la sua interpretazione, deve essere applicata in via residuale rispetto ai reati di truffa e truffa aggravata. Con questa pronuncia, la Corte entra nel merito, nonostante la previsione del legislatore, che le si chiede di dichiarare incostituzionale, contenga delle sanzioni meno gravi rispetto alle altre norme.

[60] La questione è del tutto analoga a quella risolta dalla sent. n. 25 del 1994. Oltre all'art. 3 Cost., però, viene invocato come parametro l'art. 11 Cost., per violazione della Convenzione per la salvaguardia degli interessi finanziari della Comunità europea. Il giudice *a quo* sostiene, infatti, che, oltre alla disparità di trattamento rispetto al caso di truffa, sussista una violazione del diritto comunitario. Infatti, le sanzioni previste nella norma impugnata non sarebbero idonee a proteggere gli interessi finanziari della Comunità europea. La Corte Costituzionale ribadisce la sua interpretazione, per cui la norma impugnata è applicabile in via residuale rispetto alla truffa, ed esclude di conseguenza una violazione dell'art. 11 Cost.

sovranazionali, emerge tuttavia un dato non rassicurante, poiché in nessun altro campo dell'ordinamento giuridico l'individuo si trova così assoggettato alla potestà statale quanto nell'ambito penale, sia nella fase di esecuzione della pena, ma spesso anche nel corso del procedimento penale. Il percorso che si è inteso ripercorrere indubbiamente conduce alla constatazione che prima dell'avvento della Costituzione e delle Carte europee e internazionali al soggetto nei confronti del quale si innestava un processo penale, non veniva riconosciuto alcun tipo di diritto, essendo sottoposto alla libera discrezionalità dello Stato, perché privo di un concreto e proficuo sistema di garanzie. Il primo forte segnale di cambiamento e di tutela dei diritti spettanti ad ogni persona si è registrato nel significativo riconoscimento dell'inviolabilità della libertà personale, sancita all'art. 13 della Costituzione, baluardo che nella materia delle misure cautelari personali ha consentito di erigere una protezione a beneficio della persona, riconfigurando la misura inframuraria da regola ad eccezione, in conformità al principio secondo cui il ricorso alla restrizione cautelare in carcere debba applicarsi solamente nei casi in cui le altre misure cautelari risultino inadeguate. In alcuni casi, però, i buoni propositi di relegare la custodia carceraria ad un ruolo di extrema ratio sono stati più volte disattesi nel corso degli ultimi anni, come comprovato dalle reiterate pronunce di condanna comminate dalla Corte di Strasburgo e i costanti richiami a seguito di abusi della custodia carceraria, tra le cause che hanno portato il nostro Paese al connesso problema del sovraffollamento carcerario. La libertà personale: genesi, itinerari e mutazioni Sulla delicata questione la Corte costituzionale ha cercato di demolire, con il suo intervento sempre più incessante, quelle presunzioni di adeguatezza ritenute fino a pochi anni fa essenziali a fronteggiare le esigenze di tutela della sicurezza collettiva e i reiterati allarmi sociali. Tra gli obiettivi principali dei giudici della Consulta, l'intento di evitare l'abuso delle misure cautelari quali anticipazione della pena, chiarendo l'estraneità al vigente ordinamento costituzionale dell'idea che la restrizione della

libertà in esame possa comportare il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria costituzionale. La nostra Carta costituzionale, infatti, si fonda sul primato della persona umana che non deve essere offuscato dallo stato di restrizione della libertà personale; i diritti inviolabili restano vividi ed immutati anche nella fase di esecuzione della pena, già di per sé fortemente afflittiva per l'evidente contrazione di altre libertà correlate. Nel corso della fase esecutiva della pena lo Stato detiene "il corpo" della persona sottoposta a restrizione e ha il dovere di osservare rigorosamente il complesso sistema di garanzie interne e sovranazionali, custodendo il "corpo" con spirito di protezione e di salvaguardia della sua integrità psico-fisica, condizioni essenziali per la reintegrazione del detenuto nel tessuto sociale, dal quale è stato escluso dalla sua condotta violativa di legge. La genesi tribolata, l'itinerario farraginoso e la significativa trasformazione del concetto di libertà personale costituiscono tappe essenziali dell'evoluzione dello Stato e della persona umana, ma ogni arresto è un grave e inaccettabile passo indietro e il cammino è ancora lungo e in salita. Ogni potere che umilia la persona nella sua integrità del corpo e della mente, ne offende la dignità e la sua parte più intima. È la storia che deve insegnarci che la libertà della persona non ha tempo, né confini e se c'è un prezzo, è stato sin troppo pagato.

Rispetto al potere di incriminazione penale e di adozione di misure limitative della libertà personale, la libertà personale ha innalzato un argine spesso infranto da disposizioni normative non sempre conformi al disegno costituzionale. Occorre, pertanto, un impegno di tutti gli operatori del diritto, con una piena convergenza di intenti, diretto verso l'obiettivo condiviso di contemperare efficacemente l'inviolabilità del bene primario della persona con le esigenze di tutela collettiva, perché c'è un confine di basilare importanza nella materia della libertà personale, oltre il quale non si può andare, nemmeno di fronte alle esigenze di difesa della società.

Prezioso arricchimento dovrebbe trarsi dal passato: «…uno Stato non è veramente democratico se non è al servizio dell'uomo, se non ha come fine supremo la dignità, la libertà, l'autonomia della persona umana, se non è rispettoso di quelle formazioni sociali nelle quali la persona umana liberamente si svolge e nelle quali essa integra la propria personalità…abbiamo bisogno perciò di questo sicuro criterio di orientamento, per una lotta che non è finita adesso e che non può finire, lotta per la libertà e per la giustizia sociale…». Così Aldo Moro nel famoso intervento nel corso della seduta dell'Assemblea Costituente del 13 marzo 1947, oggi fonte di ispirazione da preservare nelle scelte più delicate che ricadono sulla libertà e dignità della persona.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

IL FALSO VALUTATIVO

della Prof.ssa Federica Collaretti, Docente di Ragioneria Professionale Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

La politica legislativa del nostro Paese ha spesso abituato gli interpreti e gli operatori ad oscillazioni anche brusche, di orientamento: esemplare ne è a riguardo il tema delle false comunicazioni sociali, sul quale si intende soffermarsi nel presente contributo.

Il reato di false comunicazioni sociali – c.d. falso in bilancio – rientra nel novero degli illeciti penali regolamentati all'interno del codice civile: detta fattispecie, prevista all'interno del titolo XI del libro V denominato "Disposizioni in materia di società e consorzi", è attualmente disciplinata dagli artt. 2621, 2621- bis, 2621-ter e 2622 c.c..

Molteplici sono state, nel corso degli anni, le evoluzioni che hanno interessato la figura in esame e che possono essere schematizzate in quattro momenti salienti, rappresentati dalla fase di genesi della norma, ad opera dell'art. 247 del Codice del Commercio del 1882, dalla fase successiva rappresentata dal testo del 1942, dalla conseguente riforma del 2002, fino all'approdo attuale rappresentato dal nuovo testo - ad opera della legge del 27 maggio 2015 n.69

recante "*Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*"- ed entrata in vigore il 14 giugno 2015.

La legge contiene, al Capo II - dagli artt. 9-11-, una radicale riforma del reato di "False informazioni sociali" di cui al previgente dettato normativo rappresentato dagli artt. 2621 e 2622 c.c..

Nel corso di tale disamina, si procederà ad individuare ed analizzare i vari indirizzi giurisprudenziali che si sono avvicendati sul tema del "falso valutativo", sino all'ultimo approdo cui sono pervenuti i Giudici di Legittimità attraverso la nota sentenza a SS UU nr. 22474 del 31 marzo 2016.

La v*exata questio*, sorta a seguito della riforma del reato di false comunicazioni sociali ed oggetto di dibattito da parte di quasi tutti i primi commentatori della novella, ruota attorno al nodo interpretativo legato all'incidenza, rispetto all'area di punibilità, delle falsità contenute in bilancio, della soppressione dell'inciso "*ancorché oggetto di valutazioni*" che, nella precedente versione normativa, contribuiva a tratteggiare l'oggetto della condotta di esposizione di *"fatti materiali non rispondenti al vero".*

L'eliminazione dell'inciso, unitamente alla mancata riproposizione della soglia di punibilità riguardante le valutazioni estimative, ha riportato a galla l'annoso dibattito sul se nel termine fatti, questa volta "fatti materiali", siano da ricomprendere anche le valutazioni.

L'ambiguità della formula "*fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni*", adottata dal Legislatore del 2002 con l'intento di sopire il prolungato dibattito dottrinale e giurisprudenziale in punto di rilevanza penale delle valutazioni estimative dei dati contabili, è stata esclusa dal Riformatore, che però ha aggiunto all'aggettivo "*rilevanti*" ai "*fatti materiali*" e sostituito con "*fatti materiali rilevanti*" anche il termine "*informazioni*", come si vedrà in seguito, prima oggetto della condotta omissiva.

A tal punto, viene naturale chiedersi quale sia l'accezione da attribuire, in via interpretativa, a tali modifiche normative.

È chiaro come, in prima lettura, l'eliminazione dell'inciso "ancorché oggetto di valutazione", che nella formulazione previgente qualificava i "fatti materiali" suscettibili di essere mendaci, sembri aver portato ad una parziale abrogazione della norma e ad un conseguente restringimento delle condotte considerate illecite, con specifico riguardo all'esclusione del falso valutativo, ovverosia il mendacio perpetrato attraverso valutazioni che adottino criteri diversi da quelli dichiarati o differenti da quelli imposti dalla norma civilistica.

Tuttavia, dalla ricostruzione della *voluntas legis* attraverso l'*excursus storico* degli interventi legislativi sul testo, potrebbero concettualmente essere tratte diverse conclusioni.

Come si riteneva già prima dell'intervento del Legislatore del 2002, con riguardo alla rilevanza penale delle valutazioni, è ragionevole ritenere che nulla sia cambiato e che esse continuino a rientrare nel concetto di "*fatti materiali*" [1].

Infatti, ancor prima di tale riforma, che inserì nella formulazione del reato la locuzione "*fatti materiali*", la nozione di materialità era stata utilizzata sia in dottrina che in giurisprudenza, proprio come argomentazione per giustificare l'inclusione delle valutazioni nell'alveo della rilevanza penale del falso in bilancio, osservando come le valutazioni estimative previste dalla normativa codicistica non potessero considerarsi mere valutazioni del tutto svincolate dagli accadimenti interessanti della vita della società, ma che dovessero considerarsi come "*fatti*" in senso economico, in ragione dell'esplicitato rilievo attribuito dal codice civile, nella predisposizione del bilancio, anche a quei giudizi espressivi delle condizioni economiche della società[2].

[1] R. Ricci, *Il nuovo reato di false comunicazioni sociali*, Giappichelli, 2015, pag.51.
[2] N. Mazzacuva, La tutela penale dell'informazione societaria, in *Giur. Sist. Dir. pen.*, 1990, pag, 105

Oltretutto, che l'intento del Legislatore (già dal 2002) fosse quello di sancire la rilevanza penale delle valutazioni, trovò poi conferma nel successivo intervento del 2005 con il quale, lo stesso Legislatore, limitò la punibilità alle valutazioni estimative che si discostavano da quelle corrette in misura superiore al 10%[3].

Va da sé che, in tal caso, l'inserimento nel testo normativo del riferimento alle valutazioni sarebbe stato da considerarsi superfluo in quanto, le stesse, già rientranti *ex se* nel concetto di "*fatti materiali*".

Il permanere della nozione di fatti materiali, spogliata però del richiamo alle valutazioni di bilancio, ha dato rinnovata centralità al nodo interpretativo, se «*nell'area punitiva della norma incriminatrice [rientrano] soltanto i dati oggettivi della realtà sensibile, oppure possono essere false anche le valutazioni di bilancio, ossia le stime di valore contabile in esso contenute* »[4].

Ad alimentare ulteriormente le divergenze interpretative al riguardo ha concorso altresì la circostanza che all'emanazione della nuova disciplina ha fatto seguito, a distanza di pochi giorni, la pronuncia della Quinta Sezione della Corte di Cassazione n. 33774 del 30 luglio 2015 la quale ha stabilito, con evidenti ricadute sulla portata del reato di falso in bilancio, che « *il dato testuale e il confronto con la previgente formulazione degli artt. 2621 e 2622, come si è visto in una disarmonia con il diritto penale tributario e con l'art. 2638 cod. civ., sono elementi indicativi della reale volontà legislativa di far venir meno la punibilità dei falsi valutativi* ».

La Corte, per affermare la negazione della rilevanza penale delle valutazioni di bilancio, ha fatto riferimento ai lavori preparatori che hanno preceduto la norma: l'intenzione legislativa di giungere a tale

[3] A.Crespi, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta in Riv.soc, 2001*

[4] Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, n. V/003/15.

esito emergerebbe con chiarezza già dal momento che immediatamente precede il testo definitivo che è stato il frutto di uno specifico emendamento che ha sostituito il testo dell'originario disegno di legge il quale, nel descrivere l'oggetto della condotta (sia commissiva che omissiva), aveva utilizzato il termine "informazioni".

In particolare, mentre il disegno di legge, con formulazione idonea a comprendere anche le poste suscettibili a valutazione, si riferiva alle "informazioni", nel testo definitivo sarebbe stato reintrodotto il richiamo ai «fatti materiali» proprio al fine di escludere la rilevanza penale delle valutazioni di bilancio[5] e pertanto di far venir meno la punibilità dei falsi valutativi.

Secondo i giudici di legittimità, l'aver sostituito detto termine, che ben si prestava a ricomprendere al suo interno anche il concetto di valutazioni, con quello contenuto nell'emendamento "*fatti materiali*", unitamente alla mancata riproposizione dell'inciso "*ancorché oggetto di valutazioni*", è stato letto da una parte della dottrina come implicita volontà del Legislatore di non attribuire più rilevanza penale alle attività meramente valutative ovvero alle stime che caratterizzano alcune voci di bilancio.

Ancora, la pretesa abolizione dei falsi valutativi troverebbe altresì fondamento nel raffronto del nuovo testo degli artt. 2621 e 2622 c.c. con il tenore letterale di altre disposizioni.

In particolare, la locuzione "*fatti materiali*", era stata utilizzata nella legge 154/1991 per descrivere il reato di frode fiscale previsto dall'art. 4 lettera f) della Legge 516/1982, con il chiaro e voluto intento di non attribuire rilevanza penale alle valutazioni delle componenti attive e passive del reddito dichiarato. Il citato art. 4, infatti, puniva l'utilizzazione "*di documenti attestanti fatti materiali non corrispondenti al vero*", nonché il compimento di "*comportamenti*

[5] G. Strampelli, , in *Riv. Soc.*, fasc. 1, 2016, pag. 119

fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento di fatti materiali". Detta formulazione, rispecchiava una precisa scelta del legislatore ben chiarita nel disegno di legge, con la quale si volle escludere la rilevanza penale delle valutazioni inserite nella dichiarazione dei redditi. Tale impostazione è stata poi superata con la riforma dei reati tributari del 2002, già cennata, con cui è stata attribuita specifica rilevanza alle valutazioni estimative divergenti da quelle ritenute corrette, seppur entro la soglia di tolleranza del 10%.

A tal punto è necessario sottolineare come numerosi interpreti, già all'indomani della sentenza della Quinta Sezione della Corte di Cassazione n. 33774 del 30 luglio 2015, hanno fermamente contrastato la soluzione perentoria e distruttiva accolta dalla Corte, che condurrebbe alla sostanziale soppressione dei falsi valutativi, con una ingiustificabile e pericolosa menomazione del reato di false comunicazioni sociali[6].

Di fatti, sia l'aggettivo "materiali" (retaggio di matrice anglosassone dei *"material fact"*, intesi come fatti rilevanti), che la rimozione della locuzione "ancorché oggetto di valutazioni", che di converso non è stato espunto in altre parti dell'ordinamento, hanno creato una profonda spaccatura tra coloro che ritenevano depenalizzati i cd. "falsi valutativi" e coloro, invece, che consideravano la novità legislativa sostanzialmente sul punto ininfluente. Se, da un lato, la dottrina si è schierata sostanzialmente unanimemente con la seconda tesi, paventando una ulteriore riduzione dell'ambito delle false comunicazioni sociali in caso contrario – dal momento che, salvo poche eccezioni, tutte le voci del bilancio risulterebbero essere oggetto di valutazione -, totalmente in difformità con lo spirito della

[6] V. Napoleoni, *Valutazioni di bilancio e false comunicazioni sociali: lineamenti d'una indagine dopo l'attuazione della quarta direttiva CEE*, in *Cass. pen.*, 1994, 416

riforma del 2015, in giurisprudenza vi sono stati dei più marcati contrasti.

Con una decisa inversione di tendenza rispetto a quanto appena detto, la Corte di Cassazione, nuovamente investita sul tema, ha dato risposta positiva alla annosa questione se, a seguito della novella dell'art. 2621 c.c., il falso valutativo rientrasse nella sfera di punibilità delle false comunicazioni sociali, prendendo apertamente le distanze dalla pronuncia di segno opposto appena esposta.

La Sentenza Giovagnoli, infatti, riconosce all'inciso "ancorché oggetto di valutazioni" finalità "ancillare", con funzione esplicativa e chiarificatrice del nucleo sostanziale della proposizione principale, chiarendo come il Legislatore dell'epoca volesse semplicemente intendere che, nei "fatti materiali" oggetto di esposizione nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali, dirette ai soci o al pubblico, erano (solo) da intendersi ricompresi anche quelli "oggetto di valutazione". Si tratterebbe, dunque, secondo la nuova Sentenza, di una mera specificazione/chiarificazione, la cui soppressione lascerebbe intatta la portata della norma incriminatrice.

Invero, si sostiene nella sentenza in questione, "materialità" e "rilevanza" dei fatti economici da rappresentare in bilancio, sono termini che esprimono l'esigenza della corretta informazione cui è tenuto il redattore e non andrebbero intesi nella loro accezione comune, in quanto si tratta di espressioni del linguaggio contabile, derivanti dalla terminologia anglosassone (in un'ottica di adeguamento, anche lessicale, alla normativa europea e sovrannazionale in genere.).

"Materialità", pertanto, altro non vuol significare che essenzialità, nel senso che, nella redazione del bilancio, devono essere riportati (e valutati) solo dati informativi essenziali, cioè significativi ai fini dell'informazione: quelli utili e necessari per garantire la "rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale,

finanziaria ed economica della società e del risultato economico di esercizio" (art. 2423 c.c.).

Viene inoltre da notare come la Legge 27 maggio 2015, nr. 69, viene a manifestarsi nell'ambito di una più grande strategia di anticorruzione. Invero, è proprio il falso valutativo ad essere considerato come un "reato mezzo" dei fenomeni corruttivi, attraverso false appostazioni contabili e dunque indice di altre attività *conta legem*. Ne consegue che, abrogare la rilevanza penale di un tale "evento sentinella", finirebbe per ledere fortemente la finalità primaria della novella stessa.

Al fine di risolvere tale inconciliabile contrasto giurisprudenziale in seno alla Sezione V della Corte di Cassazione, con ordinanza n. 9186/2016, è stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: «*se ai fini della configurabilità del delitto di false comunicazioni sociali, abbia tuttora rilevanza il falso "valutativo" pur dopo la riforma di cui alla legge n. 69 del 2015*», alla quale veniva data risposta affermativa, rilevando come la quasi totalità delle poste in bilancio abbia carattere valutativo e, quindi, "*sterilizzare il bilancio con riferimento al suo contenuto valutativo significherebbe negarne la funzione e stravolgerne la natura*".

La Cassazione perviene alla ultima riforma della norma in esame, evidenziando come la legge 69/2015 avesse il dichiarato fine di tendere al ripristino della "trasparenza societaria" e di reintegrare una significativa risposta sanzionatoria ai fatti di falsità in bilancio, non ritenendo adeguato il previgente assetto repressivo.

La *ratio* complessiva della riforma, pertanto, è da rinvenirsi nella veridicità e completezza dell'informazione societaria *«sempre avendo come referente finale le potenziali ripercussioni negative delle falsità sulle sfere patrimoniali»* degli stakeholders.

Il falso valutativo resta dunque punibile, in quanto "*se così non fosse il corpus normativo denominato finirebbe per presentare*

una significativa falla nella sua trama costitutiva, prestandosi a una lettura depotenziata proprio nella parte che dovrebbe essere una delle più qualificanti: quella della trasparenza aziendale, quale strumento di contrasto alla economia sommersa e all'accumulo di fondi occulti, destinati non raramente ad attività corruttive" .

Sulla base di tali argomentazioni indubbiamente più razionali sul piano sistematico e teleologico, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto[7]: *«sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di valutazione, se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni».*

È un dato certo che la Corte di Cassazione, con l'orientamento da ultimo espresso, abbia voluto dare un'interpretazione più repressiva alla norma, punendo il falso valutativo, sia pure circoscrivendone la portata secondo il principio di diritto sopra riportato.

In linea con quanto sopra esposto, il falso valutativo viene a configurarsi come una "condotta" consapevole da seguire e alla quale attenersi nelle operazioni di valutazione, posta a presidio del rispetto della veridicità delle informazioni societarie.

Viene da rilevare poi, che l'introduzione dell'ipotesi lieve e di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, attribuiscono un maggior potere discrezionale al Giudice. Con riferimento all'eliminazione delle soglie, la nuova norma affida al Giudice un compito ancor più delicato, ovvero la valutazione, in concreto, della incidenza della falsa appostazione o della arbitraria

[7] C.Benussi, *I nuovi delitti di false comunicazioni sociali e la rilevanza penale delle false valutazioni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, pag. 45.

preterintezione della stessa: «(…) *dovrà quindi il giudice operare una valutazione di causalità ex ante, vale a dire che dovrà valutare la potenzialità decettiva della informazione falsa contenuta nel bilancio e, in ultima analisi, dovrà esprimere un giudizio prognostico sulla idoneità degli artifizi e raggiri contenuti nel predetto documento contabile, nell'ottica di una potenziale induzione in errore in incertam personam*»[8].

Di fatti, ulteriori indicazioni atte a delineare le condotte penalmente rilevanti, sono pervenute dalla sentenza Cass. Pen. Sez. V. n. 46689 dell'8 novembre 2016, con cui è stata ripresa l'impostazione ermeneutica adottata dalle Sezioni Unite, rilevando come, sebbene vi siano determinati criteri che vincolano il redattore nel suo operato, nel giudizio di falsità sulle poste valutative esposte nel bilancio, sarà comunque da vagliare il grado di dettaglio e la precisione che tali criteri dettano, dovendosi inoltre contestualizzare le valutazioni e considerare le modalità con cui sono state motivate le scelte di appostazione dei dati. Infatti, nel caso concreto posto all'esame della Suprema Corte, i giudici hanno censurato la decisione della Corte territoriale per aver omesso di argomentare sulla "*eventuale totale irragionevolezza del criterio scelto*", nonché sulla mancata "*corrispondenza tra i criteri di valutazione dichiarati e quelli seguiti*".

Alla luce di quanto chiarito, appare meglio definito il contorno della rilevanza penale della condotta valutativa posta in essere dagli amministratori e dagli altri soggetti attivi individuati dalla norma: al fine di poter ascrivere la responsabilità penale in capo all'agente, il Giudice sarà chiamato a compiere un complesso giudizio *ex post*, che dovrà considerare ogni singola voce del documento contabile contestato, e comporsi di diversi "livelli" di valutazione, tra loro necessariamente concorrenti. Qualora la valutazione non sia stata

[8] Cass., Sez. V, n. 46689/2016

effettuata in modo aderente rispetto ai criteri normativamente fissati o tecnicamente accettati, occorrerà verificare se di tale discostamento sia stato dato conto in modo idoneo a rendere il fruitore del documento sociale consapevole delle scelte contabili effettuate. Solo qualora il Collegio ritenga totalmente irragionevole il criterio utilizzato, sarà possibile pronunciare un giudizio di falsità sulla posta di bilancio iscritta.

Ciononostante, l'esito di tale accertamento non sarà comunque sufficiente a ritenere integrato il reato di false comunicazioni sociali: il giudizio prognostico dovrà riguardare altresì l'idoneità delle poste ritenute false, sia per la loro rilevanza "numerica"(nel senso di elevato numero di poste valutate mendaci) che per la loro essenzialità o per i valori monetari espressi, ad alterare il quadro decisionale dei soggetti cui tali comunicazioni sono indirizzate.

Statuita la capacità decettiva delle poste false, sarà ulteriormente necessario verificare l'esistenza dell'elemento soggettivo del dolo in capo all'agente.

In ogni caso, come autorevolmente rilevato, la falsità non si anniderebbe solamente nelle semplici appostazioni numeriche[9]; le scelte ermeneutiche adottate dalla giurisprudenza hanno infatti indirettamente conferito un'estrema rilevanza alla nota integrativa (*ex* art. 2427 c.c.), documento che consentirebbe di tradurre il dato algebrico in un processo valutativo, consentendo al fruitore di comprendere le scelte operate dal redattore del bilancio e rappresentando quindi "*chiave di lettura del bilancio e la esplicitazione dei criteri (e della eventuale deroga a tali criteri) di redazione dello stesso*"[10].

[9] D'ALESSANDRO, La persistente rilevanza penale delle valutazioni di bilancio delle nuove false comunicazioni sociali, in Cass. Pen. 7/8, 2016

[10] Cass. SS.UU. n. 22474 del 31 marzo 2016, cit., § 9.1

Sarà quindi necessario accertare che tale documento contenga chiara e precisa informazione delle scelte adottate in ordine ai principi contabili utilizzati, ciò al fine di escludere qualsiasi possibile rilevanza penale nell'esposizione dei "fatti societari".

È poi necessario notare come la condotta avente ad oggetto l'esposizione di dati considerati non falsi (oppure non rilevanti) dal punto di vista penalistico possa tuttavia essere censurabile dal punto di vista civilistico, essendovi una linea di demarcazione tra un bilancio che non sia rispettoso delle norme civilistiche e un bilancio "falso" dal punto di vista dello *jus terribile.*

Premessi infatti i criteri di valutazione della falsità come indicati dalla giurisprudenza, il discrimine tra i due diversi profili di illiceità sarebbe dunque costituito dalla ricostruibilità dei processi valutativi, ed in tale risvolto si apprezzerebbe la differenza tra la normativa civile di redazione del bilancio e quella penale sulla falsità delle comunicazioni sociali.

Se, infatti, potrebbe astrattamente essere civilmente sanzionabile qualsiasi condotta che non rappresenti in modo veritiero la condizione economica della società, lo *jus terribile* viene in rilievo solo quale *extrema ratio*, ovverosia quando non sia garantita la trasparenza della comunicazione sociale attraverso la possibilità di ricostruire le scelte contabili utilizzate.

Da quanto sopra si evince chiaramente che il reato di cui si discute difficilmente si presta, in particolare per la specifica pregnanza del profilo soggettivo, ad una effettivamente estesa sanzionabilità, contrariamente a quanto accade in altri ordinamenti, come quello statunitense, molto attenti alla quantificazione economica delle condotte; tuttavia, posto che il reato dovrebbe assumere altra configurabilità in presenza di società quotate con capitale diffuso, lo stesso riveste ulteriore rilevanza quale "reato mezzo" rilevabile anche ai fini della responsabilità amministrativa delle Imprese ex Dlgs

231/2001 (della quale costituisce uno dei presupposti) e, come servente, a eventuali fatti di bancarotta ed altri eventi concorsuali.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

I DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELL'AMBITO DEL D.LGS. 50/2016 – CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: FATTISPECIE INCRIMINATRICI E LORO APPLICAZIONE

di Liborio Capozzo e Antonella Gorga - Consiglio nazionale delle ricerche

1. PREMESSA

Il diritto penale applicato agli appalti pubblici costituisce un ambito di disciplina che, per la rilevanza e la molteplicità degli interessi coinvolti, merita una specifica attenzione data anche la relativa scarsità di approfondimenti in materia.

A tal fine, risulta opportuno effettuare, in via preliminare, una ricognizione delle fattispecie incriminatrici previste dal codice penale; in seconda battuta, si tratterà di analizzare i contenuti ed evidenziarne i tratti somatici peculiari, da correlare alle scelte sanzionatorie e di politica criminale che vi sono sottese, suscettibili di valutazioni critiche soprattutto nella prospettiva di un procedimento che individua, anche mediante rinvii ad altre parti del codice penale, i passaggi fondamentali che ogni stazione appaltante, in ogni procedura, è tenuta a porre in essere in un quadro giuridico governato da fonti sovranazionali abbondanti in materia[1].

[1] L. PICOTTI, Il "Diritto penale degli appalti pubblici": profili sistematici, in Diritto penale degli appalti pubblici, a cura di S. RIONDATO - E. BORSARI, Padova, 2012, pp. 63 e ss.

Occorre, pertanto, affrontare in primis il problema definitorio, concernente la qualifica pubblicistica o meno dei "soggetti" degli appalti e dei contratti pubblici. Al riguardo va osservato che l'indiscutibile autonomia delle nozioni proprie del diritto penale, non significa certo contrapposizione o separatezza dello stesso diritto penale. Al contrario, risulta necessario individuare e riconoscere, in sede ermeneutica, il corretto legame giuridico che consente a quest'ultimo di adempiere nel modo migliore alla propria funzione di specifico strumento sanzionatorio di precetti peraltro molto spesso posti ed operanti in altri campi dell'ordinamento giuridico, ma bisognosi, comunque, di un adeguato presidio punitivo che ne assicuri l'effettività, nel rispetto del principio di estrema ratio: la pena, infatti, può essere prevista ed irrogata solo laddove misure di altra natura, meno limitative come ad esempio sanzioni di natura amministrativa o civilistica, contabile o disciplinare, che certamente vengono in rilievo in materia di appalti pubblici, non risultino idonee o sufficienti.

Se, dunque, è necessario operare un coerente raccordo fra il diritto punitivo ed i precetti da presidiare, le forme in cui tale rapporto può esprimersi sono molteplici, andando dal vero e proprio "rinvio", contenuto nelle fattispecie incriminatrici ad un precetto di fonte extra penale, fino alla previsione di singoli elementi normativi, costitutivi della fattispecie penale, da interpretare alla stregua delle norme di riferimento di natura non penale, passando per i concetti che rimandano, in tutto o in parte, a categorie e nozioni di altri rami dell'ordinamento giuridico, diversi da quelli penali, da cui però sono richiamati.

Quest'ultimo è il caso delle nozioni di "pubblico ufficiale" e di "incaricato di pubblico servizio" definite dagli artt. 357[2] e 358 c.p.,

[2] ROMANO, I delitti contro la Pubblica Amministrazione, IV edizione, Varese, 2019.

mediante espressi richiami a categorie e nozioni proprie del diritto pubblico, da interpretare e applicare in conformità ai principi e alle finalità proprie del diritto penale.

La disciplina giuridica che governa gli appalti pubblici è rappresentata, dal d.lgs. 50/2016 rubricato "Codice dei contratti pubblici". Da questa normativa andranno ricavate le nozioni cui fanno rinvio gli artt. 357 e 358 c.p. per attribuire la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio nella materia trattata.

Diversi sono i criteri ermeneutici cui potrebbe farsi astrattamente riferimento: il primo, di natura nominalistico formale, comporterebbe una trasposizione immediata delle qualifiche e definizioni usate dal Codice dei contratti pubblici al campo penale. La stessa denominazione degli appalti come "pubblici", del resto, non può certo far estendere automaticamente una corrispondente qualifica pubblicistica "agli effetti penali" a tutte le attività, procedure ed in definitiva ai soggetti coinvolti, essendo le definizioni in esame espressamente enunciate e valide soltanto nell'ambito dello stesso Codice dei contratti pubblici.

Se non può seguirsi un criterio nominalistico formale, non può neppure accogliersi l'opposto criterio sostanzialistico, che si basa sulle finalità e sugli interessi materiali perseguiti o da salvaguardare con la regolamentazione in esame. Il criterio decisivo per risolvere la *vexata quaestio* non può allora che essere quello "oggettivo" della disciplina giuridica dell'attività svolta dai diversi soggetti che vengono in rilievo in successione.

In particolare, in conformità alle definizioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio, si dovrà stabilire se ci si trovi difronte all'esercizio di una "pubblica funzione" ovvero di un "pubblico servizio" enunciati negli articoli sopra richiamati alla luce della disamina ricavabile dal Codice dei contratti pubblici.

Più agevolmente circoscrivibile appare la nozione di "pubblica funzione" che, accanto alla qualità di norme di diritto pubblico e di "atti autoritativi" che devono avere le proprie fonti di disciplina, deve esprimersi nell'esercizio di "poteri tipici" individuabili con relativa facilità.

L'ambito degli incaricati di pubblico servizio sembra, invece, emergere più propriamente nelle attività che, pur non manifestandosi con l'esercizio di poteri tipici, si configurano come legittimate e da svolgere in forza di un "titolo" di diritto pubblico, ossia riconosciuto o attribuito dalla Pubblica amministrazione in conformità a norme di diritto pubblico ed atti autoritativi.

Non solo nella fase dell'affidamento dei contratti pubblici ma anche in quella del controllo e della vigilanza sulla loro esecuzione, nonché in altre attività amministrative comunque connesse, vi è per tali soggetti l'obbligo di seguire determinate procedure tipizzate da disposizioni di natura pubblica e atti autoritativi. Per cui si deve attribuire una qualificazione pubblica, per gli effetti penali, ai soggetti responsabili dei relativi procedimenti e delle suddette attività, e questo a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'ente cui detti soggetti appartengono o per cui conto formalmente agiscano.

Nella fase di scelta del contraente e di stipula del contratto, sono estremamente importanti i principi dell'imparzialità e del buon andamento enunciati dall'art. 97 della Costituzione, dovendosi escludere in queste attività situazioni di libera "disponibilità negoziale" di natura privata, come conferma il rinvio per tutto quanto non previsto dal Codice dei contratti pubblici alle regole del procedimento amministrativo di cui alla legge 241/1990. In tale ambito, seppur il novellato art. 1, comma 1-bis, contempli la possibilità per la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, di agire secondo le norme di diritto privato, resta salvo il principio già enunciato nell'art. 97 della Costituzione in

combinato disposto con l'art. 12 della già richiamata legge 241/90 in tema di provvedimenti attributivi di vantaggi economici.

Accanto alla qualificazione soggettiva, appare opportuno porre attenzione anche alle fattispecie poste a tutela delle gare pubbliche nell'ambito delle quali rilevano alcune incriminazioni specifiche introdotte oppure la previsione di pene inasprite.

Nel seguito saranno delineati gli aspetti tipici che mettono in relazione, le fattispecie incriminatrici previste dal codice penale nell'ambito del Codice dei contratti pubblici.

2. I DELITTI DEI PUBBLICI UFFICIALI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: ABUSO D'UFFICIO

Passando ad una disamina di parte speciale dei delitti che vengono maggiormente in rilievo nella materia *de qua*, risulta opportuno muovere preliminarmente dai delitti commessi dai pubblici ufficiali nei confronti della P.A., che presentano il più forte impatto, anche sanzionatorio, nel "controllo penale" degli appalti pubblici. Iniziamo dall'abuso di ufficio.

Il D.L. 76/2020 cosiddetto decreto "Semplificazioni" convertito con modificazioni in legge n. 120/2020, all'art. 23 ha ridimensionando la portata della fattispecie incriminatrice dell'abuso d'ufficio prevista dall'art. 323 c.p.[3] .

In particolare, l'area penalmente rilevante non viene più ricondotta alle violazioni delle "norme di legge o di regolamento" ma viene adesso circoscritta all'inosservanza "di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge",

[3] Art. 323 c.p., Abuso d'ufficio: Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni.
La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità.

così escludendo che il reato in questione sia configurabile in caso di trasgressione di norme di rango secondario, regolamentare o sub-primario, ovvero finanche in ipotesi di norme di rango primario, tutte le volte che da queste ultime non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse per il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio. In aggiunta, si richiede in ogni caso, sempre ai fini dell'integrazione del delitto *de quo*, che dalla norma violata non debbano residuare "margini di discrezionalità" in capo al soggetto agente.

Sennonché l'eliminazione, ad opera del decreto "Semplificazioni", dal novero delle fonti capaci di azionare l'abuso d'ufficio dei regolamenti, e la contemporanea previsione secondo cui le norme di rango primario invece sono tuttora idonee ad innescare la criminalizzazione del contegno dell'agente ma solo se disciplinano espressamente la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio senza lasciargli margini di discrezionalità, rischiano di essere paletti troppo alti, tali da determinare una depenalizzazione di fatto dell'abuso d'ufficio.

Difatti, se da un lato il riferimento a "specifiche regole di condotta espressamente previste" sembra inteso ad escludere che possano avere rilievo penale, come invece ritenuto da una parte delle giurisprudenza, violazioni di principi generalissimi come quelli di buon andamento ed imparzialità sancito dall'art. 97 della Costituzione, dall'altro lato, l'eliminazione del rimando ai "regolamenti" rischia di sottrarre ad ogni possibile intervento del giudice penale violazioni, anche gravi, proprie di quelle disposizioni in cui si rivengono normalmente le regole di condotta "specifiche" ed "espresse" che presiedono all'esercizio dei pubblici poteri, alla luce dell'ampio processo di delegificazione in atto da tempo nel nostro ordinamento (si pensi, tra i casi più recenti e rilevanti, alla previsione dell'art. 216, comma 27-octies, del vigente Codice dei contratti

pubblici aggiunto ad opera del D.L. n. 32/2019, convertito con modificazioni dalla legge n. 55/2019, per effetto del quale si demanda ad un emanando Regolamento unico la disciplina esecutiva, integrativa e attuativa di tante parti importanti del Codice stesso, tra cui quella relativa alle procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie).

La clausola di riserva fa soccombere la norma nel concorso apparente rispetto ai reati più gravi, a prescindere dal principio di specialità.

Con il nuovo impianto normativo il reato si configura sempre come un reato di evento, dove è richiesto il dolo generico, ma si modifica l'elemento oggettivo della fattispecie e si attribuisce rilevanza alle specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, dalle quali non residuino margini di discrezionalità per il soggetto agente. Si elimina quindi il regolamento tra le fonti capaci di attivare l'abuso d'ufficio.

In sintesi, ciò che si modifica come detto e come si legge all'interno della relazione illustrativa del Senato della Repubblica è l'ambito oggettivo di applicazione della fattispecie che è circoscritto in quanto:

– non sono più sanzionati sul piano penale comportamenti in trasgressione di misure regolamentari, ma solo di specifiche regole di condotta previste da norme di rango primario (legge o atto avente forza di legge);

– ulteriore condizione per la configurazione del delitto che le regole di condotta violate non contemplino margini di discrezionalità in sede applicativa.

Alla luce di quanto esposto appare comunque chiara la motivazione delle suddette modifiche relative al reato previsto dall'art. 323 c.p.. L'idea del legislatore infatti è quella di un allentamento delle

responsabilità per i funzionari pubblici spronandoli a darsi da fare in vista della ripartenza del paese post pandemia da Covid19.

Di conseguenza, non sono sindacabili nel merito le scelte operate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore, e restano penalmente irrilevanti anche le eventuali violazioni sostanziali di criteri tecnici, ovvero che soddisferebbero meglio il buon andamento e l'imparzialità stessa della P.A., se non integrino violazioni "di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge".

In effetti, nella scelta del contraente, momento cruciale del sistema delle gare ad evidenza pubblica, va riconosciuta una sfera di discrezionalità amministrativa, quantomeno di natura tecnica, non sindacabile dal giudice penale. Senza ombra di dubbio, vi dovrà poi essere una valutazione di merito, spesso frutto di un bilanciamento di interessi concorrenti, alla stregua dei parametri sostanziali di competitività, economicità ed efficienza nel settore specifico, cui non può certo sostituirsi il giudice penale, fermo solo l'obbligo dell'ente aggiudicatore di formare ed esprimere la propria "volontà" nel rispetto delle modalità e dei termini delle procedure ad evidenza pubblica, quando prescritte dall'ordinamento.

3. RIVELAZIONE ED UTILIZZAZIONE DI SEGRETI DI UFFICIO

Accanto alle figure principali di delitti contro la Pubblica Amministrazione, va prestata specifica attenzione anche al delitto di rivelazione e utilizzazione di segreti d'ufficio previsto dall'art. 326 c.p.[4], che appartiene, invece, ai reati meramente "funzionali", quali

[4] Art. 326 c.p. - Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio:
1. "Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.
2. Se l'agevolazione è soltanto colposa, si applica la reclusione fino a un anno.
3. Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, è punito con la reclusione da due a cinque anni. Se il fatto è commesso al fine di procurare a sé

l'appena analizzato abuso di ufficio e l'omissione di atti d'ufficio che analizzeremo nel seguito.

La fattispecie si trova oggi nel mezzo di un contrasto fra le tradizionali esigenze di segretezza che connotavano l'operato della P.A. - tanto da essere punita eccezionalmente a titolo di colpa anche la semplice "agevolazione" della violazione del segreto, ex art. 326, comma 2, c.p. - e quelle invece di trasparenza e possibilità di ampio controllo, non solo pubblico, ma anche da parte dei privati cittadini, proprie di una concezione più moderna e democratica, quasi partecipativa, dell'amministrazione e operato pubblico.

In tale assetto, non sparisce però del tutto l'esigenza di tutela penale del segreto d'ufficio, che va al contrario valorizzata per determinate ipotesi tassative, poste a garanzia di particolari esigenze di riserbo, legate all'oggetto dei contratti pubblici, ovvero dell'imparzialità e del buon andamento delle procedure pubbliche in specifiche fasi in cui serve ad assicurare la stessa parità di trattamento, ai fini concorrenziali, fra i partecipanti agli appalti ed alle relative procedure di affidamento.

In tale contesto, si inserisce quanto disciplinato dal d.lgs. 50/2016 che, da un lato riconosce il generale diritto di accesso[5] dei partecipanti e dei terzi interessati agli atti del procedimento, rinviando ai principi espressi dalla legge 241/1990; dall'altro prevede specifiche eccezioni per gli appalti c.d. "segretati" o "la cui esecuzione necessiti di speciali misure di sicurezza", nonché un più ampio potere-dovere di differimento dell'accesso nei seguenti casi: a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la

o ad altri un ingiusto profitto non patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto, si applica la pena della reclusione fino a due anni".

[5] NICOSIA F.M., Principio di trasparenza dell'azione amministrativa ed obbligo di motivazione. Il diritto di accesso, Napoli, 1992; G. VIRGA, Trasparenza della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale, in nuova rassegna, 1989; V. VENEZIANO, La trasparenza dell'azione amministrativa tra tutela del diritto di accesso e tutela del diritto alla riservatezza: alla ricerca di un equilibrio; in CHITI M.P. – PALMA G. (a cura di), I principi generali dell'azione amministrativa, Napoli, Jovene, 2006.

presentazione delle medesime; b) nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare; c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione; c-bis) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva.

Si deve, in conclusione, riconoscere che la sfera della segretezza penalmente protetta è, in concreto, definita dalla relativa disciplina extra penale che, abbandonata una sua concezione assoluta, ne abbraccia una relativa riaffermandone la necessità nei soli limiti fissati dalla normativa stessa.

Tale realtà collima, tuttavia, con la funzione di garanzia dell'imparzialità e della parità di posizioni concorrenziali che deve avere il segreto nell'ambito delle regole procedimentali da rispettare in materia di appalti pubblici. Funzione di garanzia che già trapelava dalla scelta del legislatore del 1990 quando, aggiungendo un terzo comma all'art. 326 c.p., ha voluto punire il comportamento del pubblico ufficiale che "per procurare a sé o agli altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete", con una severità sanzionatoria addirittura maggiore (reclusione da due a cinque anni) dell'ipotesi base (reclusione fino a due anni) prevista per il reato di abuso d'ufficio secondo la medesima novella del 1990, alla cui

stregua bastava che l'agente operasse per procurare un ingiusto profitto non patrimoniale ovvero per cagionare un danno ingiusto.

Viceversa oggi la situazione dell'abuso d'ufficio "patrimoniale" risulta addirittura inferiore a quella della fattispecie in esame, pur trattandosi di un'incriminazione rispetto alla mera "utilizzazione" del segreto che possa favorire concorrenti nelle procedure di gara o danneggiarne altri, ad esempio grazie all'apertura anticipata delle buste in cui si presentano le offerte. Appare, dunque, evidente come, anche rispetto a tale profilo sanzionatorio, risulti necessaria una revisione razionale dei diversi limiti edittali delle pene e dei rapporti dei diversi delitti fra loro.

Un'ultima riflessione con riferimento all'art. 326 c.p., è che quest'ultimo può operare in qualsiasi tipologia di affidamento o aggiudicazione, non facendosi menzione, all'interno della fattispecie, di particolari modalità, come al contrario avviene negli artt. 353 e 354 c.p., di cui si dirà in seguito.

L'incriminazione opera, quindi, in qualsiasi tipo e fase dei procedimenti regolati dal Codice dei contratti pubblici, anche non necessariamente ad "evidenza pubblica", essendo predominante l'esigenza di protezione della notizia e delle informazioni, in quanto il riserbo è strumentale al buon andamento e imparzialità delle procedure stesse, che devono condurre ad una formazione per così dire "neutra" e "terza" della volontà della Pubblica amministrazione.

4. RIFIUTO DI ATTI D'UFFICIO: OMISSIONE

La fattispecie dell'abuso d'ufficio può assorbire - se ne sussistono i requisiti tipici della fattispecie - le eventuali ipotesi (meno gravi) di rifiuto e di omissione di atti d'ufficio previsto all'art. 328 c.p.[6].

[6] Ai sensi e per gli effetti dell'art. 328 c.p., il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni. Fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo

Si deve osservare che la fattispecie incriminatrice in esame, con la formulazione inserita nella riforma dell'articolo introdotta nel 1990, include al suo interno due autonome fattispecie incriminatrici. Nell'ipotesi di cui al primo comma, il bene giuridico tutelato è il buon andamento della Pubblica amministrazione, il cui presupposto immancabile è l'effettività (la tempestività) dell'assolvimento delle pubbliche funzioni o dell'erogazione di un pubblico servizio. Il termine "rifiuto" indica un'espressione, una manifestazione di volontà di non compiere l'atto legalmente richiesto ed implica, pertanto, una previa richiesta di adempimento. Inoltre, gli elementi oggettivi della condotta criminosa del delitto in oggetto sono i seguenti: la doverosità e l'indifferibilità che deve rivestire l'atto di ufficio; le ragioni di giustizia, sicurezza pubblica o di ordine pubblico oppure quelle di igiene e di sanità.

Rispetto al reato contemplato dal secondo comma dell'art. 328 c.p., invece, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza, aderendo alla tesi dottrinaria prevalente ante riforma (la quale riteneva che la norma tutelasse, sia pure in via mediata, anche le situazioni giuridiche dei cittadini che sono parte del rapporto con la P.A.), sono per lo più concordi nel ritenere che la fattispecie incriminatrice abbia natura pluri-offensiva. Essa, infatti, è idonea a ledere non soltanto l'interesse, pubblico, al buon andamento e alla trasparenza della P.A., ma anche l'interesse privato del soggetto interessato al compimento dell'atto e che ne abbia fatto concreta richiesta. Questi è titolare di una situazione giuridica tutelata, sub specie di diritto soggettivo o di interesse legittimo, nonché di una legittima aspettativa ad ottenere il provvedimento richiesto ovvero la comunicazione dei motivi del ritardo o del mancato accoglimento

ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a 1.032 euro. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa.

della richiesta. Minoritaria risulta, quindi, la tesi dottrinale secondo cui unico titolare dell'interesse leso è la pubblica amministrazione.

La soluzione proposta, tanto per la prima quanto per la seconda fattispecie, non è di poco momento, atteso che qualificare le fattispecie incriminatrici in parola quali reati pluri-offensivi porta con sé la necessità di qualificare, oltre alla P.A., anche il privato interessato come persona offesa dal reato e, come tale, tutelata dalle garanzie procedimentali di cui agli artt. 408 - 410 c.p.p. (es. opposizione alla richiesta di archiviazione).

Il reato di cui all'art. 328, comma 1, c.p., è un reato di pericolo che si perfeziona ogni qual volta venga denegato un atto non ritardabile, incidente su beni di valore primario tutelati dall'ordinamento, indipendentemente dal nocumento che in concreto possa derivarne.

Riconducendo la fattispecie *de qua* alla materia degli appalti pubblici, il delitto sembra configurabile soprattutto con riferimento al secondo comma, cioè nell'omessa risposta all'apposita richiesta dell'operatore economico (ad esempio di accesso ai documenti ovvero diretta a sollecitare il compimento di determinati atti nel corso del procedimento di gara) non debitamente motivata dalle ragioni del ritardo. Solo in casi più rari si potrà realizzare un diretto "rifiuto" dell'atto di fronte a situazioni di "urgenza" nelle materie specificate dalla norma che potrebbero comunque ipotizzarsi anche nella fase di stipula del contratto.

5. FATTISPECIE PENALI POSTE A TUTELA DELLE GARE PUBBLICHE

Nell'ambito dei delitti dei privati contro la Pubblica amministrazione rilevano alcune incriminazioni specifiche caratterizzate da livelli sanzionatori che erano in origine estremamente bassi, non solo per l'assenza di investitura pubblica o, comunque, di esercizio di funzioni o di servizi pubblici in capo ai privati autori dei reati in

questione, ma anche per l'evidente sottovalutazione dell'importanza della materia all'epoca del Codice Rocco e, più in generale, per la propensione, fino a tempi recenti, a non considerare con il dovuto rigore le manifestazioni della criminalità economica d'impresa.

Cambiato il contesto storico e politico è intervenuta la legge 13 agosto 2010, n. 136, recante un "*piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*". Essa ha innalzato, come si evidenzierà in seguito, i limiti della pena detentiva portata ora da un minimo di sei mesi ad un massimo di cinque anni, oltre alla multa da 103 euro a 1.032 euro, ed ha al contempo introdotto la fattispecie di "Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente", ai sensi dell'art. 353-bis c.p., che prevede la medesima sanzione ma prende in considerazione le fasi prodromiche del "procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto" nonché procedure di affidamento non contemplate nel delitto di cui all'art. 353 c.p., nel chiaro intento di adeguare la disciplina penale a quella del Codice dei contratti pubblici, che, come detto, prevede una ricca molteplicità di procedure.

6. TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI

L'art. 353 c.p. inserito nel Titolo II - "Dei delitti contro la Pubblica amministrazione", capo II - "Dei delitti dei privati contro la Pubblica amministrazione", punisce il reato di turbata libertà degli incanti.

Secondo prevalente dottrina[7], l'oggetto giuridico si identificherebbe con la tutela della libertà e del regime di concorrenza nello svolgimento degli incanti (*rectius:* gare), improntata alla massima trasparenza delle procedure che realizzi un risultato equo e conveniente per la Pubblica amministrazione.

[7] G. FIANDACA - E. MUSCO, Diritto penale. Parte speciale, op. cit., p. 331 e ss.

Una diversa impostazione minoritaria, invece, ritiene che tali oggetti siano solo potenzialmente ed eventualmente tutelati dalla norma, che avrebbe riguardo alla protezione del solo regolare svolgimento della procedura, riconducendolo, quindi, al buon andamento della Pubblica Amministrazione.

La giurisprudenza, tuttavia, tende a coniugare entrambe le impostazioni configurando nell'oggetto giuridico sia l'interesse della Pubblica Amministrazione alla regolarità della gara, sia l'interesse delle imprese concorrenti alla tutela della concorrenza, alle libere condizioni di accesso alla procedura e all'imparzialità nella scelta del concorrente aggiudicatario. Trattasi, in quest'ottica, di un reato pluri-offensivo, tutelando la norma non solo la libertà di partecipare alle gare ma anche la libertà di chi vi partecipa ad influenzarne l'esito, secondo il principio di libera concorrenza ed il sistema della pluralità delle offerte. Peraltro, secondo l'opinione oggi prevalente, si tratta di un reato di pericolo, che si perfeziona indipendentemente dall'effettiva compromissione del bene oggetto della tutela.

In questa prospettiva sembra muoversi il legislatore che con l'introduzione della legge n. 136 del 2010 ha notevolmente inasprito le pene per il reato in esame.

Infatti, il reato *de quo* si estende anche alle gare che si svolgono in forme diverse da quelle prescritte dalla legislazione in materia di pubblici incanti o di procedure negoziate semplificate[8] e la nozione di "soggetti preposti" non è limitata solo a colui che presiede o dirige la gara (RUP), ma comprende tutti coloro che svolgono funzioni essenziali nel procedimento amministrativo relativo, essendo rilevante al riguardo solo il fatto che il comportamento posto in

[8] Il reato è configurabile anche nelle gare informali in cui la Pubblica amministrazione pur non essendovi tenuta procede alla consultazione di imprese private tra loro in concorrenza, decidendo così di porre un limite alla propria attività, limite che non è previsto legislativamente, ma che essa deve comunque rispettare. Tale estensione, permette di aprire una prima strada verso una possibile configurabilità del reato di turbata libertà degli incanti anche alla nuova procedura del dialogo competitivo.

essere provochi una lesione del principio della libera concorrenza che la norma intende tutelare a garanzia degli interessi della Pubblica Amministrazione.

Per quel che concerne l'elemento oggettivo, la Corte di Cassazione ha voluto chiarire la portata della condotta che integra la fattispecie di reato sottolineando che "*la condotta di turbamento si verifica quando si altera il normale svolgimento della gara attraverso l'impiego di mezzi tassativamente previsti dalla norma incriminatrice*". La Corte ha evidenziato, inoltre, quali siano tali mezzi chiarendo che la collusione va intesa come ogni accordo clandestino diretto ad influire sul normale svolgimento delle offerte, mentre il mezzo fraudolento consiste in qualsiasi artificio, inganno o menzogna concretamente idoneo a conseguire l'evento del reato, che si configura non soltanto in un danno immediato ed effettivo, ma anche in un danno mediato e potenziale, dato che la fattispecie prevista dall'art 353 c.p., come accennato, si qualifica come reato di pericolo[9].

Il suddetto reato di pericolo si configura anche quando il danno sia solo mediato o potenziale, il che comporta che il reato è integrato per il solo fatto che gli accordi collusivi siano idonei a influenzare l'andamento della gara[10]. Tale lettura dipende dalla previsione della sufficienza anche del semplice "turbamento": condizione che ricorre quando la condotta fraudolenta o collusiva abbia anche soltanto influito sulla regolare procedura restando irrilevante un'effettiva

[9] Infatti ciò che ha importanza non è la ricerca dell'evento effettivo, ma la semplice esposizione a pericolo del bene tutelato. Il reato di turbata libertà degli incanti è reato di pericolo che si realizza, indipendentemente dal risultato della gara, quando questa sia fuorviata dal suo normale svolgimento, attraverso le condotte tipiche descritte dalla norma, le quali alterino il gioco della concorrenza, che deve liberamente svolgersi sia a tutela dell'interesse dei privati partecipanti, sia a garanzia dell'interesse della Pubblica amministrazione all'aggiudicazione al miglior offerente. Non è necessario, perché il reato si verifichi, anche nella forma aggravata prevista dal capoverso dell'art. 353 c.p., che siano posti in essere atti concretanti violazioni di legge, essendo sufficiente qualsiasi irregolarità che impedisca o alteri il confronto delle offerte, purché compiuta attraverso le condotte tipiche descritte dalla norma. (Fattispecie nella quale la commissione alla quale era affidato il compito di giudicare, sulla base di parametri predeterminati, le varie offerte per l'aggiudicazione dell'appalto, dapprima scelse la ditta vincitrice e solo in seguito passò all'attribuzione dei punteggi).

[10] Cassazione sez. VI, 29 settembre 2014, n. 40304

alterazione dei suoi risultati. La giurisprudenza, recentemente, sembra seguire un diverso orientamento, in base al quale l'evento naturalistico non può in ogni caso mancare e deve consistere nell'effettivo verificarsi dell'impedimento della gara o del suo turbamento. Quindi, secondo tale diversa lettura, l'accertamento deve riguardare anche l'idoneità dell'accordo collusivo a influenzare il risultato[11].

Al di là di quanto previsto all'art 353 c.p., a chiarire la definizione, i soggetti attivi, l'applicazione e le condotte che provocano il reato sono stati gli interventi della Corte di Cassazione che ha spesso dato una lettura estensiva alla norma in questione. Ciò permette di estendere una possibile configurabilità del reato della turbativa d'asta anche a istituti quali il dialogo competitivo che non sono espressamente menzionati nell'art 353 c.p. ma che per loro natura si prestano a comportamenti che possono integrare la fattispecie di reato.

7. TURBATA LIBERTÀ DEL PROCEDIMENTO DI SCELTA DEL CONTRAENTE: MERO AMPLIAMENTO DELL'ART. 353 C.P. O *QUID PLURIS*?

Una delle maggiori novità introdotta dalla legge n. 136 del 2010 appena richiamata, è quella recata dall'art. 10, il quale prevede il nuovo reato di "Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente"[12].

Attraverso l'introduzione di questo delitto, il legislatore ha voluto neutralizzare tutte le attività prodromiche alla predisposizione del bando, punendo i singoli atti criminosi che si susseguono prima e durante la procedura di indizione. Il riferimento normativo al

[11] Cassazione sez. VI, 24 aprile 2013, n. 28970

[12] Art. 353-bis c.p., Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente: Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della Pubblica Amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032.

procedimento amministrativo è stato descritto dalla giurisprudenza di legittimità[13] la quale ha chiarito che la procedura rilevante ai fini della norma penale è del tutto sganciata con la nozione amministrativista. Infatti, i comportamenti illeciti devono inserirsi in un procedimento -anche potenziale- finalizzato alla manifestazione di volontà di contrattare della Pubblica Amministrazione.

La Corte ha fornito una nozione ampia di procedimento definendolo come l'iter procedimentale che espliciti "interesse specifico, obiettivi, contenuti e modalità di concretizzazione" della volontà di concludere un contratto da parte della Pubblica Amministrazione. Inoltre va osservato che il significato del procedimento d'indizione deve essere accertato in concreto. Occorre, a tal proposito, fare riferimento al d.lgs. n. 50/2016 che prevede alcune peculiarità nel meccanismo di gara, di procedura e di affidamento. Infatti il Codice dei contratti pubblici, individua tra le varie procedure, quelle ristrette, aperte e negoziate nonché quelle di dialogo competitivo ed i concorsi di progettazione. Deve pertanto concordarsi con quella tesi che ritiene consumato il delitto anche nel caso in cui le condotte ex art. 353-bis c.p, siano volte all'ottenimento di un bando che indica una procedura ristretta o negoziata anziché quella aperta[14].

Essendo un reato di pericolo, va detto che ai fini dell'integrazione del delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente è sufficiente che sia concretamente messa in pericolo la correttezza della procedura di predisposizione del bando e non è necessario che il contenuto di questo sia modificato in modo tale da condizionare la scelta del contraente[15]. In effetti, la norma prospettando varie condotte, punisce anche la promessa. Da ciò consegue che il delitto

[13] Cassazione, sez. VI, 14 aprile 2015, n. 26840.
[14] In tal senso MARCONI, Delitti cit., p. 321; per procedure ristrette si intendono, ai sensi dell'art. 3, lett. ttt) d.lgs. 50/2016, "le procedure di affidamento alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal presente codice".
[15] Cassazione, sez. VI, 7 novembre 2013, n. 44896

è integrato a prescindere dall'effettiva realizzazione dell'alterazione della modalità di scelta del contraente, specificamente perseguita. Per tale ragione si esclude la configurabilità del tentativo[16].

Secondo l'orientamento prevalente, le condotte di cui all'art. 353 (le stesse tra l'altro, dell'art. 353-bis) sarebbero suscettibili di attuazione già prima dell'avvio della procedura di gara, con la conseguenza che il legislatore avrebbe creato una sorta di doppione in quanto il delitto di turbata libertà degli incanti potrebbe configurarsi anche durante il "pre-confezionamento" del bando[17].

L'area di operatività della norma tuttavia si limita alla modalità di scelta del contraente per cui si interrompe al momento in cui viene emanato il bando di gara. Oltre detto confine, si applica l'art. 353 c.p. con la conseguenza che esulano dall'ambito applicativo dell'art. 353-bis, sia l'impedimento della gara, sia l'allontanamento degli offerenti[18].

Tra le due fattispecie sussistono differenze fondamentali, nonostante le condotte siano identiche. In primo luogo si differenziano per l'elemento soggettivo essendo richiesto dall'art. 353-bis il dolo specifico di condizionare la scelta del contraente, non presente nella precedente disposizione.

[16] GAROFOLI, Manuale cit., p. 437; contrario MARCONI, Delitti cit., p. 322, il quale osserva che la consumazione coincide con l'alterazione del procedimento di indizione della gara. Da ciò consegue che il tentativo è configurabile in quanto può verificarsi l'eventualità che l'alterazione del bando, nonostante le condotte illecite poste in essere, non venga emanato per la ferma resistenza opposta dalla P.A.; sulla stessa linea CONSULICH, Delitti a tutela cit., p. 681, il quale ritiene consumato il delitto nel momento e nel luogo in cui viene alterato il procedimento; in giurisprudenza, Cassazione, sez. VI, 24 giugno 2013, n. 27719 secondo cui "il reato di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 c.p. – a differenza della fattispecie prevista dall'art. 353-bis c.p. – non è configurabile, neanche nella forma del tentativo, prima che la procedura di gara abbia avuto inizio, ossia prima che il relativo bando sia stato pubblicato, dovendosi ritenere carente in tale situazione il presupposto oggettivo per la realizzazione delle condotte previste dalla norma incriminatrice". Va inoltre ricordato che l'art. 80, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 50/2016, pone tra i motivi di esclusione di un operatore economico dalla procedura di appalto, la commissione dei delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p. nonché all'art. 2635 c.c.

[17] GAROFOLI, Manuale cit., p. 437; MARCONI, Delitti cit., p. 320, osservando che la condotta deve concretizzarsi in una alterazione del procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando, chiarisce che l'evento lesivo deve ricadere sulla fase d'iniziativa dell'iter procedimentale e cioè sulla cd indizione della gara ed in particolare che il bando subisca una vera e propria manipolazione per effetto delle condotte del soggetto attivo; CONSULICH, Delitti a tutela, p. 682, parla di fattispecie sussidiaria rispetto alle incriminazioni più gravi.

[18] MARCONI, Delitti op. cit., p. 321.

In secondo luogo, l'art. 353 c.p. prevede al secondo comma un'aggravante che punisce più gravemente l'autore del reato se esso sia un soggetto preposto dalla legge o dall'Autorità agli "incanti" ed alle "licitazioni". Tale aggravante non pare potersi applicare alla fattispecie in esame.

Deve ritenersi che tra le due fattispecie sussista un rapporto di specialità e, dunque, le stesse non possono concorrere. Si avrebbe un concorso apparente di norme risolvibile attraverso il criterio della specialità di cui all'art. 15 c.p. . In dottrina si è discusso anche di sussidiarietà[19] ed assorbimento ed ancora di fattispecie a progressione criminosa: un'eventuale emanazione del bando, cui segua una procedura di affidamento con conseguente aggiudicazione, integrerebbe il reato di cui all'art. 353 c.p. riducendosi, il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, ad antefatto non punibile.

Il criterio migliore per risolvere il concorso apparente tra le due norme risulta essere quello della specialità che presuppone che tra le due fattispecie vi sia un rapporto di genere a specie. La norma speciale esclude l'applicazione della norma generale. Con riferimento ai delitti dei cui agli artt. 353 e 353-bis c.p. la turbata liberà degli incanti costituisce norma generale che, prevedendo anche l'impedimento o il turbamento della gara nelle procedure aperte o nelle procedure negoziate semplificate, nonché l'allontanamento degli offerenti, ri-espande il suo ambito applicativo laddove il fatto travalichi i confini limitati alla modalità di scelta del contraente. La specialità consiste in ciò: la norma generale ha un'estensione maggiore rispetto a quella speciale[20].

La giurisprudenza di legittimità ha interpretato il rapporto tra le due fattispecie nel senso che il reato di turbata libertà di scelta del

[19] CONSULICH, Delitti a tutela op. cit., p. 682.
[20] F. ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, Giuffrè, 2016.

contraente troverebbe applicazione in via residuale, solo con riferimento ai comportamenti manipolatori non incidenti sul bando sia per la mancata approvazione dello stesso, sia per la mancata alterazione del suo contenuto.

Potrebbe essere assegnato all'art. 353-bis un ambito applicativo più ampio se si ritenesse che le condizioni di competitività siano solo quelle definite nel bando medesimo, con la conseguenza che il delitto di turbata libertà degli incanti si consumerebbe in un momento successivo consistente nella turbativa delle condizioni suddette.

Così, il reato previsto dall'art. 353-bis, si avrebbe nelle sole e limitate ipotesi specifiche, di atti prodromici al confezionamento del bando medesimo. Attraverso questa interpretazione, non si avrebbe nessuna interferenza tra le due fattispecie ed il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, avrebbe la sua autonoma funzionalità[21].

8. I PROFILI CARATTERISTICI DEL DELITTO DI ASTENSIONE DAGLI INCANTI

Il microcosmo delle fattispecie poste a tutela delle gare pubbliche è completato dalla previsione contenuta nell'art. 354 c.p. .

La norma in questione disciplina un reato meno grave rispetto a quelli contemplati agli artt. 353 e 353-bis c.p. e consiste nel fatto di chi, per denaro o altre utilità, si astiene dal concorrere agli incanti o alle licitazioni. La disposizione è, dunque, strutturata sulla diade che congiunge un'azione del soggetto attivo - l'accettazione di denaro o altre utilità o delle relative promesse in vista del successivo contegno omissivo e, un evento, l'astensione dagli incanti[22].

[21] GAROFOLI, Manuale op. cit., p. 437, il quale ammette che la nuova disposizione inserita nel 2010 avrebbe avuto la funzione di colmare una lacuna normativa dal momento che l'art. 353 non era estensibile ai momenti preparatori del bando, fatte salve le ipotesi in cui il bando e la gara avrebbero poi trovato seguito.

[22] N. MADÍA, La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche, Jovene, 2012.

È da segnalare che di tale ipotesi criminosa non risultano, al momento attuale, applicazioni giurisprudenziali.

Contrariamente a quanto rilevato in relazione ai doni e alle promesse menzionate nell'art. 353 c.p., la norma oggetto di analisi sanziona un'ipotesi di corruzione tra privati, all'interno della quale il denaro o altre utilità si convertono in autentico *pretium sceleris* percepito a titolo di compenso per una ben precisa prestazione. La scelta dei termini e la loro connessione sintattica, infatti, rileva che il legislatore ha inteso descrivere un patto a prestazioni corrispettive avente ad oggetto l'astensione dagli incanti di un soggetto. I compilatori, da un lato, anziché riferirsi ai "doni", hanno impiegato un vocabolo dal contenuto semantico estremamente pregnante: il "denaro", che rappresenta uno strumento a chiara vocazione compensativa per un servizio ricevuto; dall'altro, hanno costruito la proposizione normativa in guisa da sottendere un rapporto di mezzo a fine tra prestazione e controprestazione. Probabilmente, il legislatore ha calibrato l'art. 354 c.p. pensando che l'art. 353 c.p., laddove punisce la dazione di doni o la formulazione di promesse, risultasse delineato in termini tali da non prestarsi a colpire anche il loro precettore, con l'effetto che l'articolo in argomento sarebbe stato deputato a colmare questa lacuna. Tuttavia, in questo modo non ci si è avveduti che, attesi i connotati caratteristici del fatto descritto nell'art. 354 c.p., lo stesso poteva essere tranquillamente riportato all'alveo applicativo dell'art. 353 c.p. sotto forma di collusioni le quali, è appena il caso di ricordarlo, rendono la turbativa d'asta, in parte qua, un reato plurisoggettivo proprio[23].

Lo scarso coordinamento tra i due testi normativi genera una situazione priva di logica tale per cui l'offerente il quale, in adempimento degli accordi raggiunti in occasione di intese collusive,

[23] MARINUCCI, DOLCINI, GATTA. Manuale di diritto penale. Parte generale. Giuffrè, Milano, 2017

si astenga dal concorrere, dovrebbe rispondere, con una pena autonoma e attenuata, del reato di cui all'art. 354 c.p., mentre colui il quale consegni la *pecunia sceleris*, nell'ambito della medesima intesa, dovrebbe essere sottoposto alle maggiori pene previste dall'art. 353 c.p.

L'unica via percorribile per restituire un minimo di razionalità al sistema, è dunque quella di ritenere che l'art. 354 c.p. abbia voluto isolare, dal vasto genere delle collusioni di cui all'art. 353 c.p., una specifica tipologia di esse che, per ciò che concerne la posizione del percettore della ricompensa illecita, si presenta connotata da minore disvalore penale. Si tratta, in particolare, di quei casi in cui il soggetto, senza determinare o istigare altri a consegnargli del denaro per non prendere parte alla procedura di gara, si limiti ad accogliere l'invito ad astenersi corredato dall'erogazione o dalla promessa di una somma di denaro o altra utilità.

Da quest'ordine di idee, discende che ricorrerà per tutti gli agenti un'ipotesi di "collusione" rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 353 c.p. esclusivamente allorché ciascuno dei protagonisti della vicenda abbia svolto un ruolo attivo nel perfezionamento del *pactum sceleris*.

Al contrario, laddove non si rintracci una partecipazione dinamica da parte dell'astenuto, il quale si accontenti di accettare di non intervenire nella gara per avere ricevuto denaro o altra utilità, si integrerà solamente a suo carico il reato meno grave di cui all'art. 354 c.p., anziché quello di turbata libertà degli incanti.

La tutela penale è estesa, in via generale, sia all'ipotesi di inadempimento di contratti di pubbliche forniture (art. 355 c.p.), sia a quelle di frode di pubbliche forniture (art. 356 c.p.). Circa il secondo reato è stato osservato che dalla formula legislativa dell'art. 356 c.p. si evince agevolmente che tra questo delitto e quello

innanzi esaminato vi è identità per quanto attiene all'oggetto giuridico, al soggetto passivo e al soggetto attivo. Può solo rilevarsi, relativamente all'oggetto giuridico, che in questa disposizione si intende tutelare l'ente pubblico o l'impresa esercente un servizio pubblico o di pubblica utilità anche dalla condotta inducente in errore posta in essere dall'altro contraente, onde evitare che da un adempimento sleale sia compromesso il funzionamento dei pubblici stabilimenti o dei pubblici servizi.

La ripetuta identità, circa il soggetto attivo, risulta dall'espressione della legge "nell'adempimento degli altri obblighi contrattuali indicati nell'articolo precedente", la quale è stata adottata, appunto, per far richiamo anche agli obblighi dei subfornitori, dei mediatori e dei rappresentanti. La ripetuta espressione, cioè, va intesa non nel senso di altri obblighi oltre a quello della fornitura, che non si sa, poi, quali potrebbero essere, bensì nel senso di obblighi nascenti dagli altri contratti diversi da quello di fornitura e con questo coordinati[24].

Soggetto attivo può essere chiunque, non importa - nel dato testuale della norma - se interessato o meno alla gara. Invero, la norma in analisi si riferisce soltanto agli offerenti, intesi, questi ultimi, come coloro che si apprestano ad avanzare un'offerta ma che, non avendola ancora materialmente depositata, si astengono dal farlo[25]. Pertanto, nelle procedure in materia di appalti pubblici, i soggetti attivi si identificano con i "candidati", "concorrenti" o "offerenti".

La condotta incriminata consiste nella "astensione", non solo nei casi di mancata partecipazione all'appalto pubblico, ma anche qualora si ometta di porre in essere atti necessari affinché la propria offerta sia presa in considerazione[26].

[24] T. PADOVANI, voce Astensione dagli incanti, in Codice penale, a cura di PADOVANI.
[25] 51 Nello stesso senso, A. SANTORO, op. cit., p. 391; G. FIANDACA- E. MUSCO, op. cit., p. 327
[26] F. ANTOLISEI, Manuale di diritto penale. Parte speciale, op. cit., p. 397

La condotta del "corruttore", cioè di colui che determina il partecipante alla gara ad astenersi dal presentare l'offerta o dal depositare altri documenti di gara, sembra dover essere considerata punibile ex art. 353 c.p. proprio perché con il suo comportamento (la promessa o la dazione di "doni" tra cui rientra con certezza anche il denaro), determina "un allontanamento degli offerenti" evento espressamente contemplato dalla norma in esame. Tra la dazione o la promessa di denaro o altra utilità e l'astensione del concorrente, in particolare, deve transitare un rapporto di causa ed effetto. Sotto questo profilo ci si domanda se l'astensione si presenti come l'evento del reato.

L'evento consiste nel tenere un dato contegno omissivo: proprio perché la norma risulta impostata sulla logica del sinallagma, il reo prima deve accettare una somma di denaro, un'altra utilità, ovvero ne deve accogliere la promessa, con la precisa finalità di astenersi (condotta) e poi, in adempimento dell'impegno contratto, deve rinunciare alla partecipazione alla gara pubblica (evento).

Il termine "astensione", in particolare, definisce la condotta di colui il quale rinuncia dal partecipare a un dato avvenimento. In questo senso, il comportamento di chi si astiene dal concorrere si distingue da quello di colui il quale si ritira dalla gara. Il primo, rinunciando da subito dal gareggiare, demorde dal presentare offerta; il secondo, invece, lungi dall'astenersi dalla gara, vi partecipa per poi recedere. Pertanto, il reato si consuma nel momento in cui scade il termine per concorrere, che si identifica con quello utile per depositare un'offerta e si perfeziona nel luogo in cui occorre porre in essere gli adempimenti richiesti dal bando per presentare una proposta. Se è così, l'art. 354 c.p. ha un campo operativo più circoscritto rispetto all'art. 353 c.p., riferendosi solo a quelle forme di "corruzione" da cui derivi, a monte, la rinuncia alla partecipazione a un pubblico incanto, o a una licitazione (*rectius:* trattativa) privata.

Constatazione, quest'ultima, in cui sono presenti i germi patogeni di un'asimmetria del sistema. Non è dato comprendere, invero, per quale ragione colui il quale, a seguito dell'apprensione del denaro o di altre utilità, ometta di prendere parte a una gara debba essere punito ex art. 354 c.p., mentre colui il quale, sulla base delle stesse motivazioni, cessi dalla contesa debba andare incontro al più severo trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 353 c.p.

Costui, invero, avendo comunque aderito ad un accordo collusivo da cui è derivato il successivo allontanamento dalla gara, deve rispondere del delitto di turbativa d'asta anziché di astensione proprio perché sottrae dal dominio dell'art. 353 c.p. esclusivamente quella particolare categoria di intese collusive che presentano due caratteristiche determinate: 1) il percettore della *pecunia sceleris* non deve avere messo in opera alcuna attività di determinazione o istigazione; 2) tali accordi devono avere dato causa solamente all'evento-astensione del soggetto agente.

Per quanto rilevato, trattandosi di reato omissivo proprio, parte della dottrina asserisce che non sia configurabile il tentativo. Parte minoritaria, al contrario, facendo leva sul fatto che l'astensione configura un reato di evento, lo definisce come ammissibile. Tuttavia, nel caso di promesse, ancorché la norma non indichi in via espressa la necessità di una loro intervenuta accettazione, appare indispensabile la ricorrenza di tale estremo ai fini della realizzazione del tentativo. Infatti, poiché la norma punisce, non già il soggetto che enuncia la promessa, bensì colui il quale la riceve per astenersi e poiché l'astensione deve avvenire proprio a causa delle promesse, sembra sottointesa la necessità di una loro accettazione, senza la quale, quindi, non sarebbero rinvenibili neppure gli estremi di un contegno penalmente rilevante. Ne segue che, quando la promessa non venga accolta, colui il quale l'ha formulata risponde di tentata

turbata libertà degli incanti, mentre il soggetto il quale abbia rifiutato l'offerta va esente da qualsiasi addebito.

Peraltro, ove il soggetto incameri l'utilità o ne accerti la promessa, manifestando la falsa intenzione di astenersi, non si integreranno i presupposti del delitto in esame, facendo difetto il sinallagma e potrà, invece, configurarsi l'ipotesi di truffa a carico di colui il quale ometta di astenersi. È del tutto indifferente che la promessa venga mantenuta ovvero che venga formulata con la riserva mentale di non adempierla, rilevando unicamente che la stessa abbia esercitato un'influenza casuale sulla successiva astensione dall'incanto.

Infine, si deve sottolineare come l'art. 354 c.p. rappresenti anch'esso una disposizione speciale rispetto all'art. 2596 c.c., ritagliando, dalla classe delle intese restrittive della concorrenza autorizzate, quei patti edificati sulla logica del sinallagma, in esecuzione dei quali un soggetto, a fronte di un vantaggio immediato o futuro, si risolva a non concorrere a determinare gare.

9. INADEMPIMENTO DI CONTRATTI E FRODE NELLE PUBBLICHE FORNITURE

Gli articoli 355[27] e 356[28] c.p. chiudono il capo del Codice penale dedicato ai delitti dei privati contro la Pubblica amministrazione e si pongono a tutela del corretto adempimento degli obblighi

[27] Art. 355 c.p., Inadempimento di contratti di pubbliche forniture: "Chiunque, non adempiendo gli obblighi che gli derivano da un contratto di fornitura concluso con lo Stato, o con un altro ente pubblico, ovvero con un'impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità [c.p. 359], fa mancare, in tutto o in parte, cose od opere, che siano necessarie a uno stabilimento pubblico o ad un pubblico servizio, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a euro 103. La pena è aumentata [c.p. 64] se la fornitura concerne:
1. sostanze alimentari o medicinali, ovvero cose od opere destinate alle comunicazioni per terra, per acqua o per aria, o alle comunicazioni telegrafiche o telefoniche;
2. cose od opere destinate all'armamento o all'equipaggiamento delle forze armate dello Stato [c.p. 251];
3. cose od opere destinate ad ovviare a un comune pericolo o ad un pubblico infortunio.
Se il fatto è commesso per colpa, si applica la reclusione fino a un anno, ovvero la multa da euro 51 a euro 2.065 euro.
Le stesse disposizioni si applicano ai subfornitori, ai mediatori e ai rappresentanti dei fornitori, quando essi, violando i loro obblighi contrattuali, hanno fatto mancare la fornitura".

[28] Art. 356 c.p., Frode nelle pubbliche forniture: "Chiunque commette frode nella esecuzione dei contratti di fornitura o nell'adempimento degli altri obblighi contrattuali indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione da un anno a cinque anni o con la multa non inferiore 1.032 euro. La pena è aumentata nei casi preveduti dal primo capoverso dell'articolo precedente".

contrattuali gravanti in capo a soggetti privati nei confronti della Pubblica Amministrazione, per evitare che la stessa incontri ostacoli rilevanti nello svolgimento della sua attività, con conseguente pericolo di violazione del principio di buon andamento ed efficacia dell'agere amministrativo. Poiché nelle norme in esame risulta piuttosto accentuata la connessione tra fattispecie di reato e fattispecie contrattuale, incriminandosi l'inadempimento di obbligazioni e le frodi nei contratti di pubblica fornitura, si rendono necessarie alcune puntualizzazioni di carattere strettamente civilistico per meglio delimitare i contorni applicativi dei due reati.

Come è noto il contratto di fornitura riveste un profilo sostanzialmente atipico, non essendo previsto e regolato da alcuna norma specifica del Codice civile, appartenente alla categoria dei contratti a prestazioni corrispettive. Sicuramente molte figure tipiche possono presentare delle affinità con il contratto di fornitura (si pensi, ad esempio, alla somministrazione, alla compravendita) ma non ne esauriscono il contenuto che si caratterizza in relazione alla cosa o all'opera da fornire.

Il legislatore ha volutamente fatto riferimento ad una fattispecie di contratto innominata proprio per consentire la più ampia interpretazione possibile, idonea a ricomprendere tutte quelle prestazioni di cose o di opere necessarie alla Pubblica amministrazione, anche se rientranti in tipologie contrattuali diverse.

Addentrandosi nell'analisi della fattispecie prevista dall'art. 355 c.p., l'interesse tutelato è anche in questo caso il buon andamento della Pubblica Amministrazione, riferibile all'esigenza di garantire la tempestiva disponibilità da parte della stessa o di un'impresa esercente un servizio pubblico o di pubblica necessità delle cose o opere che per contratto devono essere fornite e che sono necessarie a uno stabilimento pubblico o a un pubblico servizio.

Malgrado il legislatore abbia utilizzato la locuzione "chiunque", la fattispecie in esame appartiene alla categoria dei reati propri, poiché risulta configurabile solo se il suo autore rivesta quella particolare qualificazione o si trovi in quella determinata posizione richiesta dalla norma.

Il soggetto attivo, infatti, può essere rappresentato dal fornitore, che è colui che ha assunto l'obbligazione di fornire beni specifici o servizi dietro il corrispettivo di un prezzo; il subfornitore che, sempre mediante contratto, ha assunto l'obbligo nei confronti del fornitore della Pubblica Amministrazione di procurargli, a sua volta, quanto è necessario ai fini dell'adempimento; il mediatore, che ai sensi dell'art. 1754 c.c., è colui il quale ha messo in relazione le due parti per la conclusione della fornitura stessa; il rappresentante del fornitore che esercita poteri di rappresentanza legale, funzionale o organica del fornitore. La condotta punibile nel reato previsto dall'art. 355 c.p. consiste nel far mancare, in tutto o in parte, cose o opere necessarie ad un ente pubblico o a un pubblico servizio. "Far mancare" significa, in pratica, omettere la fornitura o ritardarla dolosamente oppure fornire cose diverse da quelle originariamente pattuite.

Per "opere", invece, si intendono sia i lavori che devono essere compiuti dall'obbligato, sia le assunzioni di mano d'opera indispensabili per effettuarli. Tanto le cose quanto le opere devono possedere il requisito della "necessarietà per la Pubblica Amministrazione", nel senso cioè che la loro mancanza mette in pericolo il regolare funzionamento del servizio o dell'ente.

La condotta tipica deve essere realizzata mediante l'inadempimento di un contratto di fornitura, sia esso totale o parziale, nel senso civilistico del termine. Infatti, l'adempimento da parte del debitore, per essere considerato satisfattivo, dovrà essere esatto, coincidendo

il contenuto della prestazione con quello dell'obbligazione; integrale, potendo il creditore rifiutare l'adempimento parziale anche se la prestazione è divisibile; puntuale, dovendo avvenire nel luogo e nel tempo concordati tra le parti. Di converso, il comportamento inadempiente sussiste quando il debitore non esegue esattamente la prestazione dovuta, a meno che lo stesso non provi che l'inadempimento o il ritardo è dovuto all'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile[29].

La condotta adempiente sarà tale, quindi, se indirizzata in una duplice direzione: oggettiva e soggettiva. La prima richiede che la prestazione corrisponda a quella pattuita per quanto riguarda l'oggetto, il modo, il luogo e il tempo dell'esecuzione; la seconda impone di consegnare la prestazione nelle mani del creditore o a chi risulti legittimato a riceverla ai sensi dell'art. 1188, comma 1, c.c..

Non rileva la circostanza che l'inadempimento della fornitura sia totale o parziale, poiché, da un lato, le norme del Codice civile (artt. 1218 e 1181 c.c.) richiedono i requisiti dell'esattezza e dell'integralità dell'adempimento; dall'altro, l'articolo in esame punisce il far mancare in tutto o in parte cose o opere alla Pubblica Amministrazione. Semmai, la parziale esecuzione della prestazione potrà essere valutata come attenuante ai fini della commisurazione della pena secondo i parametri dell'art. 133 c.p. .

In concreto, l'inadempimento contrattuale preso in considerazione dall'art. 355 c.p. (lo si ricorda, anche quello meramente tardivo nei contratti ad esecuzione periodica o continuata) può configurarsi nel caso di mancata consegna, totale o parziale, o nella ritardata consegna.

Come accennato, l'inadempimento viene escluso quando la prestazione diventa impossibile per una causa oggettiva non

[29] Si veda l'art. 1218 c.c., Responsabilità del debitore: "Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

imputabile al soggetto passivo dell'obbligazione. Traslando questa ipotesi nel campo del diritto penale, la situazione di impossibilità sopravvenuta risulta equiparabile a quella di caso fortuito o forza maggiore, che escludono la punibilità ex art. 45 c.p. . Tuttavia, se in linea di massima le regole del Codice civile appaiano applicabili alla condotta criminosa in esame, alcune di esse sembrano, viceversa, incompatibili, sia per gli interessi protetti dalla norma penale, sia per la circostanza che una delle parti del rapporto è la Pubblica Amministrazione o, comunque, un soggetto privato che svolge un servizio di pubblica rilevanza. Si fa riferimento alle ipotesi in cui il creditore può acconsentire a ricevere una prestazione in parte difforme da quella pattuita, o in un luogo o in un momento diverso da quelli concordati, che possono esonerare il debitore dalla responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. .

In dottrina, si ritiene che rientri nella disponibilità delle parti la possibilità di novare o risolvere il negozio nonché quella di modificarne il contenuto o un elemento accidentale: visto che contraente è la Pubblica Amministrazione, ciò deve avvenire nel rispetto delle procedure volte a garantire la corrispondenza tra modificazione del contratto ed interesse pubblico. Inoltre, tenuto conto che solo in particolari situazioni di necessità e urgenza, i contratti della Pubblica Amministrazione sono immediatamente esecutivi, la responsabilità del privato contraente, che non adempie ai suoi obblighi, deve ritenersi in genere esclusa quando, pur essendoci stato lo scambio dei consensi, il contratto non sia efficace per vizi di legittimità del procedimento.

La fattispecie si consuma nel momento e nel luogo in cui lo Stato o altro ente pubblico non ricevono le prestazioni di cose o opere pattuite, a causa del comportamento inadempiente del fornitore dovuto ad un suo esclusivo comportamento, o ad una violazione

degli obblighi contrattuali da parte del subfornitore, del mediatore o del rappresentante.

La punibilità è prevista anche se il reato è commesso in forma colposa, nel caso in cui l'inadempimento sia dovuto a negligenza, imprudenza o imperizia del fornitore, per essersi ad esempio accollato l'obbligo di una prestazione difficilmente eseguibile date le sue scarse capacità tecniche o per non aver vigilato sull'operato del subfornitore o dei suoi collaboratori.

Infine, l'art. 356 c.p., essendo in gran parte modellato sulla fattispecie dell'art.355 c.p., tutela lo stesso bene protetto, con riguardo a comportamenti di tipo fraudolento che vengono ad intaccare l'interesse alla puntuale esecuzione dei contratti in oggetto.

La condotta incriminata consiste alternativamente "nel commettere frode nell'esecuzione dei contratti di fornitura o nell'adempimento degli obblighi contrattuali indicati nell'articolo precedente".

Il concetto di "frode" è molto controverso nonché dibattuto sia in dottrina che in giurisprudenza, tanto che a tutt'oggi non si è riusciti ad elaborare una nozione unica ispirata a canoni di certezza interpretativa: la frode, infatti, viene ora identificata con la semplice modifica dell'esecuzione del contratto a danno dell'altro contraente e, quindi, con la semplice "dolosa esecuzione del contratto consumata con fornire cose per specie, qualità o quantità diverse da quelle pattuite"[30], oppure talora si richiede, invece, la presenza di un espediente malizioso che serva al soggetto agente per conseguire un profitto illecito[31]. Secondo tale ultimo orientamento, la frode, comunque la si voglia intendere, deve essere sempre caratterizzata da un *quid pluris* rispetto al semplice inadempimento, nel quale si fa consapevole impiego di materiali e tecniche diverse da quelle

[30] Così G. MAGGIORE, Diritto penale, Parte speciale, Delitti e contravvenzioni, Tomo I, artt. 241-544, Bologna, 1958, p. 23 e ss.
[31] F. ANTOLISEI, op. cit., p. 401.

convenute e poco rispettose delle regole dell'arte, o anche ricadere, come parte della giurisprudenza sostiene, nella malafede contrattuale, ritenendo al contrario superfluo l'uso di artifici o di mezzi fraudolenti idonei a dissimulare carenze qualitative o quantitative della fornitura.

Anche la dottrina si pone su posizioni analoghe, soprattutto quel filone[32] che, per arrivare alle medesime conclusioni, trae spunto dalla rubrica dell'art. 515 c.p. .

Infatti, nel reato di frode nell'esercizio del commercio, il legislatore non si è limitato a fare riferimento al concetto di frode tout court, ma ha descritto la condotta fraudolenta identificandola nella consegna di una cosa mobile per un'altra, ovvero di una cosa mobile, per origine, provenienza, qualità o quantità diversa da quella dichiarata o pattuita. Ora è chiaro che nel caso ad esempio dell'*aliud pro alio*, la condotta rimane allo stato di un puro e semplice inadempimento. Per diventare fraudolento e, quindi, partecipare ad un'illiceità maggiore, meritevole di una pena più severa, l'atteggiamento del soggetto attivo dovrà possedere un *quid pluris* ravvisabile nella volontà tesa a dissimulare la realtà esistente o, quanto meno, un comportamento non conforme ai doveri di lealtà e moralità commerciale e di buona fede contrattuale.

La frode esiste se l'agente induca in errore il creditore in buona fede, ottenendo conseguentemente dallo stesso una liberazione dal debito che, né più né meno, costituisce un atto di disposizione patrimoniale. Dunque, proprio dalla considerazione dell'offesa tipica incriminata dall'articolo in esame (lesione del buon andamento della Pubblica Amministrazione) e pur nel silenzio della norma, parte della dottrina ritiene essenziale che la frode nell'adempimento sia causalmente idonea ad impedire al fornitore di adempiere la sua prestazione,

[32] M. RICCIO, op. cit., p. 592; V. MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, vol. IX, Torino, 1952, p. 723.

lasciando la Pubblica Amministrazione priva di cose o opere ad essa necessarie. Tale interpretazione evidenzia come, per il fine della norma penale, la frode che non provochi conseguenze lesive per il soggetto passivo, non sembra dotata di un sufficiente grado di offensività che la renda meritevole di pena.

Il momento consumativo del reato assume notevole importanza poiché rappresenta l'elemento caratterizzante di questa fattispecie, rispetto alla "truffa contrattuale", simile per modalità esecutive, che si compie con il far concludere, al soggetto passivo un contratto mediante artifici e raggiri[33]. Il reato di frode nelle pubbliche forniture, infatti, si consuma non nel momento della conclusione del contratto ma in quello successivo alla sua esecuzione, ove il comportamento ingannevole non serve ad indurre alla prestazione del consenso, già antecedentemente prestato, ma a dissimulare l'inadempimento.

In conclusione, il rapporto tra le fattispecie fin qui esaminate, l'art. 355 e l'art. 356 c.p., darà luogo ad un semplice concorso apparente di norme, risolvibili attraverso il principio di specialità, che imporrà l'applicazione dell'art. 356 c.p., in tutti i casi in cui gli artifici o i raggiri siano compiuti nella fase esecutiva del rapporto contrattuale, di pubblica fornitura ovviamente.

Da rilevare che, in base alla formulazione normativa, non assumono rilevanza ai fini della consumazione del reato, gli eventi successivi alla commissione della frode, quali, ad esempio, il profitto dell'agente o il danno patrimoniale per la Pubblica Amministrazione. Pertanto, il reato *de quo* sussiste anche in presenza di una frode che abbia arrecato perdite economiche al fornitore o un vantaggio patrimoniale per la Pubblica Amministrazione.

[33] Il reato di truffa contrattuale non si consuma con la semplice conclusione del contratto, poiché per la perfezione l'art. 640 richiede sia la verificazione del danno patrimoniale per il soggetto passivo sia la realizzazione del profitto ingiusto per il reo. Così v. F. MANTOVANI, Diritto penale. Parte speciale, Delitti contro il patrimonio, Padova, 2018.

Sostanziandosi la frode nelle pubbliche forniture in un reato d'evento a condotta attiva, implicando che il soggetto compia delle azioni tese a frodare, è pacificamente ritenuto ammissibile il tentativo[34], come ad esempio nel caso in cui il fornitore presti delle cose viziate dissimulandone il difetto, ma l'altro contraente se ne accorga e rifiuti la prestazione.

10. CONCLUSIONI

Nella materia degli appalti e dei contratti della Pubblica Amministrazione si riflette la credibilità, interna ed esterna, del nostro Paese, soprattutto con riguardo alla trasparenza del gioco concorrenziale, alla compiutezza e buona qualità delle opere realizzate e, quindi, alla correlata effettività della tutela offerta dallo strumento preventivo e sanzionatorio contro il persistente dilagare del malaffare.

Dall'analisi effettuata si può ricavare una prima considerazione: nessuna fase della procedura di contrattazione pubblica, nessun meccanismo di aggiudicazione, nessun passaggio procedurale è al riparo dal rischio di un'interferenza arbitraria da parte delle organizzazioni criminali.

Il settore delle gare ad evidenza pubblica, infatti, si pone a cavallo tra le regole della funzione amministrativa e quelle di mercato. Le strategie di contrasto all'infiltrazione mafiosa devono, pertanto, contribuire ad assicurare la concorrenza effettiva in un contesto quanto più possibile trasparente, ma anche consolidare una prassi di controlli sulle varie fasi, dal progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, all'attuazione e al collaudo, relativamente alle opere pubbliche ed anche sulle forniture di beni e servizi, ove attualmente manca una garanzia effettiva del rapporto costi – benefici, non

[34] v. per tutti, G. FIANDACA - E. MUSCO, op. cit., p. 172.

garantendo la qualità dell'opera o la necessità reale del servizio o della fornitura.

La filiera della pubblica fornitura, a tutt'oggi, resta un fenomeno alquanto opaco. La normativa di riferimento e la prassi agevolano la trasparenza solo in modo declamatorio. La prima alimentando un contesto che consente di mantenere intatta le possibilità di scambi occulti; la seconda sfruttando istituti ad alto tasso di manipolazione, come l'urgenza procurata, per poter gestire le gare con un ampliamento abnorme della scelta discrezionale.

Su quest'ultimo punto, il richiamato decreto semplificazioni, ancorando la necessità di attivare gli investimenti pubblici a ridosso dell'emergenza sanitaria pone problemi di non poco momento rispetto alla necessità di tutela dell'interesse pubblico e, al contempo, del rispetto della trasparenza e della concorrenza. Lo stato di emergenza e la correlata "semplificazione" delle norme a tutela degli appalti non deve consentire il diffondersi di potenziali infiltrazioni mafiose o del malaffare.

Per quanto concerne, in particolare, i delitti contro la Pubblica Amministrazione, poiché le fattispecie poste a protezione delle procedure di gara, pur tutelando, in via immediata, la libertà di concorrenza, sono finalizzate a garantire alla stessa una contrattazione giusta e vantaggiosa, sarebbe indicato presidiare direttamente siffatto interesse.

Per quanto concerne l'azione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (ANAC) in ordine all'osservanza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei principi di legittimità, trasparenza ed economicità delle commesse pubbliche, questa non appare direttamente assistita dall'erogazione di sanzioni adeguate alle stazioni appaltanti riservate invece alle imprese. Allo stato attuale, infatti, la richiesta di riesame delle decisioni di aggiudicazione è stata

riconosciuta solo in via giurisprudenziale, ma non in via normativa. L'ANAC chiede di far conoscere quale sia stata la valutazione del rilievo, ma non vi è un obbligo, sancito da una norma, per le amministrazioni di motivare il loro eventuale discostarsi dalle decisioni della stessa Autorità.

Da un punto di vista dell'assetto normativo, poi, è ormai comune acquisizione che più si moltiplicano le norme, più si rendono di difficile esecuzione i procedimenti; più si prevedono passaggi, più si appesantisce il processo di aggiudicazione ed esecuzione e, di conseguenza, c'è più spazio per l'insinuarsi dell'organizzazione criminale. Di qui l'importanza, al fine della lotta contro la criminalità, delle azioni di semplificazione dei procedimenti, intrapresa dal Governo senza ledere il principio di legalità.

Quindi, oltre a riportare nel suo alveo fisiologico la normativa di emergenza, che tanti abusi ha creato o potrebbe creare, si deve operare una radicale semplificazione delle procedure amministrative che possono determinare rapporti più trasparenti tra imprese e Pubbliche Amministrazioni e razionalizzare le funzioni amministrative delle stazioni appaltanti in modo da valutare la loro capacità gestionale per classi d'importo o per tipologia di contratto. E questo in relazione alle diverse fasi di un appalto, registrando gli aspetti organizzativi, le capacità della struttura tecnica e del personale, le misure di controllo e anticorruzione adottate.

Il rischio di infiltrazioni di stampo criminale va, poi, valutato anche in relazione alle procedure di selezione prescelta.

Il maggior rischio, nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso, si realizza quando l'impresa abbia raggiunto un accordo corruttivo con il committente in fase di gara. Questi può infatti ispirare un prezzo talmente basso da non consentire a nessun altro di offrire di meno. L'impresa sarebbe poi agevolata nel rinegoziare il prezzo del

contratto attraverso l'iscrizione di varianti e riserve, anche se per quest'ultime è stato di recente posto un tetto proporzionale con l'intento di frenarne l'abuso in senso quantitativo, ma non certo di stroncarne la pretestuosità. E questo a tacere della preoccupante corrispondenza tra ribassi eccessivi e infiltrazione dei gruppi criminali dotati di capitali illimitati e che si saldano facilmente con gli amministratori corrotti in una zona grigia di difficile diradamento.

Diversamente, nella procedura negoziata e nell'offerta economicamente più vantaggiosa il rischio si carica maggiormente sulla commissione aggiudicatrice che si trova a dover valutare "discrezionalmente" le offerte. In un sistema altamente formalistico come il nostro l'alterazione delle procedure contrattuali avviene attraverso collaudate tecniche collusive che conducono ad assicurare una certa scelta preferenziale.

Certamente, occorre un combinato disposto di interventi di natura penalistica e di natura organizzativa, con preferenza per quegli interventi che nell'ottica di tipo preventivo sono predisposti per evidenziare la patologia utilizzando tecniche ambientali di intelligence. Tra le sanzioni sono utili quelle per le società i cui amministratori condannati per un delitto contro la Pubblica Amministrazione non siano, ad esempio, ammessi a contrattare con la stessa.

Naturalmente a fronte di un sistema da sanzionare occorre un sistema sanzionatorio organico e concreto. Regole di comportamento, ruoli ben strutturati e relazioni di connivenza innervano ordinamenti efficienti. L'azione sulla domanda di mercato da parte della committenza pubblica comporta, comunque, una forte attualizzazione della sanzione che deve essere realizzata in tempi ristretti con strutture giudiziarie specializzate dedite a tempo pieno.

Nel prospettare, poi, alcune ipotesi di implementazione delle strategie di contrasto alla pervasività della criminalità organizzata

nel settore degli appalti pubblici, a miglior tutela della libertà di iniziativa economica e della concorrenza tra le imprese, in conformità all'art. 41 della Costituzione e a fondamentali principi dell'ordinamento comunitario, si pone l'accento sulla considerazione che l'azione di contrasto all'illegalità ed alla penetrazione criminale non si realizza esclusivamente tramite la revisione delle disposizioni vigenti o la definizione di nuove norme, ma anche mediante una promozione della legalità tramite "prassi trasparenti e responsabili, soprattutto della pubblica amministrazione come soggetto responsabile di tutto il ciclo del contratto", in grado di per sé di superare i limiti della legislazione vigente legati al gap che si crea tra la normativa di contrasto e le multiformi e variabili azioni di aggressione delle criminalità organizzate derivanti dalle capacità strategiche di adattamento e risposta di queste ultime.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

BREVI RIFLESSIONI SULLA PROPOSTA DI CREARE L'EURO DIGITALE

di Giovanna Marchianò, Professore associato Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

SOMMARIO: - Premessa e limiti dell'indagine; 1-. Lo sviluppo delle monete digitali: dalla direttiva 2015/2366/UE alla proposta di regolamento del 24.9.2020; 2-. Le CBDC nel quadro del dibattito della BIS di Basilea 2020: primi tentativi di individuarne la funzione strutturale; 3-. Il Report on digital euro, October 2020.

Abstract

Nel presente lavoro si è voluto sottoporre talune brevi riflessioni sull'euro digitale che diventerebbe la terza moneta della BCE, avendo la stessa funzione dell'euro cartaceo. Molti sono ancora i problemi aperti ma dalle ultime indicazioni parrebbe emergere la volontà di assumere l'euro digitale da affidare ai cittadini europei i quali dovrebbero utilizzare tale moneta ai fini commerciali e non d'investimento.

Abstract

The aim of this paper is to present some brief reflections on the digital euro, which could become the third currency of the BCE,

having the same function as the paper-based euro. There are still many problems, but the latest indications suggest that there is a willingness to take on the digital euro to be entrusted to European citizens, who can use it for commercial purposes and not for investment.

Premessa e limiti dell'indagine

Nell'ultimo decennio l'avvento delle nuove tecnologie ha fortemente impattato il sistema bancario e finanziario. Gli operatori del settore hanno trasformato i propri servizi tramite il c.d. fenomeno del fintech e, al contempo le nostre abitudini di pagamento sono radicalmente mutate, abbracciando a pieno la rivoluzione apportata dalle innovazioni digitali proposte da operatori privati.

E' evidente che la net economy e le "reti" della finanza istituzionale digitale sono venute ad imporsi in modo prepotente all'attenzione della comunità sociale nel suo complesso, in particolare sulle autorità e sui regolatori[1], sotto l'ombra dei colossi del mercato digitale[2].

Siamo ancora all'inizio di un fenomeno che tuttavia è in via di sviluppo e sul quale s'intende proporre queste brevi note per capire lo stato dell'arte senza pretese ulteriori.

[1] E' utile specificare che ci sono diversi tipi di denaro nel sistema che variano a secondo dello scopo (regolamento delle transazioni bancarie verso acquisti di beni e servizi), di chi ha accesso (Banche commerciali o consumatori), di chi è l'emittente (Banche centrali o Banche commerciali) e della tecnologia che sta alla base della funzionalità della valuta digitale. E' un sistema che funziona da molti decenni, tuttavia in quest'ultimo periodo si assiste a innovazioni tecnologiche che stanno cambiando il paradigma e animando il dibattito su quale possa essere il futuro del denaro: basti pensare alle cripto valute in particolare ai *Bitcoin* nonché alla proposta di *Facebook*.. M. Cian, *La criptovaluta – Alle radici dell'idea giuridica del denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 3/2019, p. 315.

[2] M. Cian, *La criptovaluta – Alle radici dell'idea giuridica del denaro attraverso la tecnologia, cit.*, pp. 315, 316 ove si legge «*Essa si manifesta, nella sua forma più genuinamente innovativa, nelle valute aperte a struttura decentrata, e cioè si fondano su meccanismi di emissione distribuite all'interno della rete e delle quali è prevista la convertibilità da e verso forme di ricchezza tradizionali e in particolare da e verso valute aventi corso legale*». L'A. rinvia altresì a De Vecchis, *Voce moneta e carte valori – Profili generali e diritto privato*, in *Enc. Giurs. XXII*, Roma, 1190, 2, sui rapporti correnti tra i termini "moneta", "denaro" e "valuta".

1-. Lo sviluppo delle monete digitali: dalla direttiva 2015/2366/UE alla proposta di regolamento del 24.9.2020

A sottolineare tale fenomeno è la stessa Unione, attraverso la direttiva 2009/110/CE del 16 settembre 2009, oggi modificata dalla direttiva 2015/2366/UE del 25 novembre 2015 (Psd2)[3], la quale ha avvertito la necessità d'introdurre una disciplina sulle monete digitali in generale. Al di là delle lacune contenute nel testo delle disposizioni in esame, il dato che maggiormente emerge da un'analisi complessiva dei servizi di pagamento è rappresentato dalla difficoltà di governare una materia ancora in fieri che, oltretutto, impone non solo di adeguare le norme esistenti alle nuove soluzioni di tipo tecnologico, ma di contemperare molteplici esigenze attinenti a piani distinti e complementari che vanno dalla tutela del consumatore, alla sicurezza dei pagamenti, alla responsabilità degli intermediari finanziari, alla concorrenza e alla protezione dei dati personali[4].

[3] Nel Considerando n. 6 della Direttiva 2015/2366/UE del 25 novembre 2015, si legge testualmente: «*Il continuo sviluppo di un mercato interno integrato per pagamenti elettronici sicuri è essenziale al fine di sostenere la crescita dell'economia dell'Unione e garantire che i consumatori, i commercianti e le imprese dispongano la possibilità di scelta e condizioni di trasparenza in relazione ai servizi di pagamento in modo da trarre il massimo vantaggio dal mercato interno*». Al Considerando n. 8 si prevede che queste forme di pagamento «*si applichino, ove opportuno anche alle operazioni in cui uno dei prestatori di servizi di pagamento è situato fuori dallo spazio economico europeo (SEE) al fine di evitare approcci divergenti nei vari Stati membri a danno dei consumatori*». Ancora nel Considerando n. 34 si legge che la presente direttiva non modifica sostanzialmente le condizioni per la concessione e il mantenimento dell'autorizzazione ad operare in qualità di istituti di pagamento «*Come la direttiva 2007/64/CEE, le condizioni includono requisiti prudenziali proporzionati ai rischi operativi e finanziari cui sono esposti tali organismi nel corso della loro attività…*». Inoltre si osservi come, anche nel Provvedimento del 23 luglio 2019 della Banca d'Italia avente ad oggetto *Disposizione di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*, in G.U. n. 193 del 19.8.2019 – Supplemento ordinario n. 34, alla sez. I, sulle fonti normative si legge testualmente «*Gli istituti di pagamento sono regolati: dalla direttiva 2005/2366/UE, del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno; dal titolo V-ter del decreto legislativo 1° settembre 1993 n. 385, recante il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (di seguito, TUB) e successive modifiche. Gli istituti di moneta elettronica sono regolati: dalla direttiva comunitaria 2009/110/CE, del 16 settembre 2009, concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'architettura degli istituti di moneta elettronica e successive modifiche; dal titolo V bis del TUB. La materia è inoltre direttamente regolata dai seguenti regolamenti della Commissione europea recanti le norme tecniche di regolamentazione in materia di: cooperazione tra le autorità competenti dello stato di origine e dello stato ospitante per la vigilanza sugli istituti di pagamento su base transfrontaliera ai sensi dell'art. 26, par. 6, della direttiva 2015/2366/UE (Psd2); requisiti tecnici per lo sviluppo, la gestione e la manutenzione del registro elettronico centrale e accesso alle informazioni ivi contenute ai sensi dell'art. 15, par. 4, della direttiva 2015/2366/UE (Psd2); dettagli e strutture delle informazioni che le autorità competenti inseriscono nei registri pubblici e notificano all'EBA ai sensi dell'art. 15, par. 5, della direttiva 2015/2366/UE (PSD2)…*».

[4] F. Cirolo, *Open banking, open problems. Aspetti controversi del nuovo modello dei "sistemi bancari aperti"*, in www.rivistadirittobancario.it, ottobre/dicembre 2020, p. 648.

Si tratta di una materia in continua evoluzione è ciò è dimostrato dal fatto che, anche tale ultima direttiva, dovrebbe essere superata nell'ipotesi in cui venga approvata la proposta di regolamento del 24 settembre 2020, adottata dalla Commissione europea, avente ad oggetto un nuovo pacchetto legislativo Digital finance package che comprende significativi interventi nell'ambito Digital Identity Open Finance, cryptoasset, stablecoin, DLT, tutela del consumatore, resilienza digitale e la definizione di nuove strategie di pagamento al dettaglio che porterebbe alla revisione di quanto disposto nella precedente direttiva, sicché il Psd2 verrebbe sostituito con il nuovo Psd3. Nella proposta di regolamento del 24.9.2020, la Commissione sottolinea come, il pacchetto sulla "finanza digitale" ha l'obiettivo di garantire che l'Unione abbracci la rivoluzione digitale e ne assuma la guida con le imprese europee permettendo alle stesse nonché ai consumatori, di trarne il massimo vantaggio.

Dall'accettazione della finanza digitale si deve prendere atto della volontà della BCE (e non solo di essa ma anche di altre banche centrali) di verificare la possibilità d'introdurre nell'euro zona l'euro digitale; tale sperimentazione sembra dettata non solo dalle esigenze che si sono appalesate nel corso della pandemia, tra le quali l'impossibilità talvolta di poter utilizzare il contante, ma anche come mossa difensiva rispetto ai colossi della finanza privata, in particolare Libra oggi Bilancia, moneta digitale promossa da Facebook annunciata nel giugno 2019 e la cinese yuan digitale che ha enormi ambizioni anche se nel breve periodo dovrebbe rimanere inconvertibile e non utilizzabile per gli scambi internazionali[5].

[5] L'avvio della moneta digitale in Cina trova la sua base anche nelle continue tensioni economiche e commerciali tra Cina e Stati Uniti e quindi è interesse della Cina il rischio continuo di sanzioni poiché in tal modo la stessa non sarebbe oggetto del sistema di pagamento internazionale legato al dollaro. Alcuni dettagli che emergono dalle cronache ci aiutano a capire la portata dell'innovazione. Nella quattro città oggetto della sperimentazione – Shenzhen, Suzhou, Chengdu, and Xiong'an – a maggio una parte della retribuzione sarebbe stata versata in yuan digitali. Ciò aveva come presupposto che le banche coinvolte

Quest'ultima risulta più interessante, ai nostri fini in quanto si basa su un modello centralizzato non essendo controllata da algoritmi ma gestita dal Governo, funzionando come una moneta tradizionale pur essendo totalmente digitale[6].

La proposta di una CBDC[7] delle banche centrali sembra al momento come un vaso di terracotta costretto a viaggiare in compagnia di molti vasi di ferro, tenendo conto del peso delle imprese finanziarie private. Proprio per evitare per quanto possibile questa situazione, si deve prendere atto della lungimiranza della BCE la quale, attraverso la costituzione di un gruppo di studi High-Level Task Force on Central Bank Digital Currency, ha inteso verificare la possibilità di proporre questo percorso nel quale, com'è stato

nella sperimentazione avessero convertito parte dei loro depositi presso la banca centrale in valuta digitale – sostituendo quindi nella M0 le banconote con lo yuan virtuale – oltre ad aver sviluppato e testato i wallet necessari per far circolare questa valuta in un sistema di pagamenti alternativo. Ciò ha reso possibile accreditare parte della retribuzione sul conto corrente in denaro virtuale.

[6] L. Fantacci, *Euro digitale, pro e contro*, in www.lavoce.info 08.10.2020. «*L'introduzione di un euro digitale non è soltanto una questione di progresso tecnico ma vista la sua portata politica e istituzionale, nel quadro di una possibile ridefinizione dei rapporti dell'autorità monetaria con il governo da un lato e con il sistema bancario privato dall'altro*». G. Ardito, *Il nuovo euro. Il progetto di moneta digitale della BCE*, *cit.*, l'A. cita testualmente Fantacci «*La Banca centrale non è titolata per "lanciare soldi dagli elicotteri" quando si tratta di trasferimenti sottoforma di sussidi sono i Governi che devono decidere. Quando si tratta di prestiti, è il sistema bancario privato in regime di concorrenza. In quest'ottica, l'introduzione dell'euro digitale pone anche il tema di una possibile ridefinizione dei rapporti tra autorità monetaria, governi e banche*». L'espressione "lanciare la moneta dall'elicottero" e i suoi effetti economici sono rinvenibili anche in P. Benigno e S. Nisticò, nel *CASMEF Working Paper Series The economis of helicopter money , Working Paper*, 1 April 2020, Arcelli *Centre for Monetary and Financial Studies Department of Economics and Finance LUISS*, http://casmef.luiss.edu. *The Fed can really throw from the sky as many dollar bills as needed to lower the value of money and reflate the price level. Helicopter money should work! This suggestive idea has recently received considerable attention in academia and policy circles given that central banks across the globe have lost their conventional ammunitions, having slashed the nominal interest rate down to zero. Helicopter money has been discussed as a viable option to reflate the economy (see among others Bernanke, 2002 and 2003, 2020, Tuner 2013, 2016).* L'*helicopter money* è una politica monetaria ipotizzata come estremo tentativo per rilanciare l'economia e deriva da una provocazione fatta dall'economista *Milton Friedman* nel 1969 (M. *Friedman*, *The Optimum Quantity of Money*, 1969) mentre spiegava quali fossero i meccanismi di trasmissione di denaro dallo Stato all'economia reale. Infatti, secondo *Friedman*, se tutte le strategie ordinarie di politica monetaria adottate non funzionassero si potrebbe ricorrere alla distribuzione del denaro lanciandolo direttamente da un elicottero in modo da aumentare l'inflazione. La gente non deve risparmiare il denaro gettato dall'elicottero e l'economia deve trovarsi al pieno impiego, solo così sarebbe lecito aspettarsi un aumento della domanda nominale e quindi dell'inflazione. La metafora fu successivamente rilanciata nel 2002 da *Ben Bernanke* che suggerì alla *Bank of Japan* di stampare denaro per finanziare un taglio delle tasse in modo da distribuire la moneta direttamente all'economia, attraverso tagli fiscali e la distribuzione diretta di denaro ai cittadini mediante le poste. In una fase in cui la politica monetaria, in entrambe le sue forme convenzionali e non convenzionali, sta risultando inefficace (credito e consumi non stanno aumentando adeguatamente), torna di attualità l'ipotesi contemplata da *Friedman*.

[7] In estrema sintesi, trattasi di una valuta digitale emessa dalla Banca centrale (CBDC) che utilizza un *token* basato su una *blockchain* per rappresentare la forma digitale di una valuta *fiat* di una particolare nazione o regione. Un CBDC è centralizzato e regolato dall'Autorità monetaria competente del Paese.

sottolineato[8], la cooperazione internazionale sarà l'elemento chiave per delineare il futuro ecosistema della CBDC stante il fatto che vi sono alcune caratteristiche fondamentali e standard comuni per guidare una banca centrale ad emettere la valuta digitale per il pubblico.

Le due monete emesse dalla BCE sono il contante ovvero le banconote fisiche e i depositi delle banche commerciali che svolgono il ruolo di riserva bancaria. Il cash fisico è accessibile a tutti e si scambia direttamente tra i soggetti per qualsivoglia transazione economica, al contrario delle riserve bancarie che, come noto, circolano solo tra gli istituti di credito. Ciò che si vuole introdurre accanto a queste è un altro tipo di moneta, quella digitale avente i caratteri di una banconota «sarebbe un debito diretto della Banca centrale nei confronti di chi la detiene, ma del tutto de-materializzata»[9]. Tutto ciò implica che la banca centrale verrebbe a favorire la nascita di un sistema nel quale operino soggetti che gestiscano i dati relativi alla "banconota digitale", per esempio gli intermediari finanziari, incoraggiando e mantenendo le applicazioni necessarie alla loro circolazione. Da questo punto di vista una CBDC, a differenza di qualunque stablecoin o di altre cripto-valute, avendo come riferimento la banca centrale, è destinata ad avere

[8] *Burkhard Balz*, componente del *board* della *Bundesbank*

[9] M. Sgroi, *La moneta digitale e la competizione per l'egemonia sul sistema monetario*, in *Economia e finanza, Il sole 24 Ore*, 19 novembre 2020. Si rammenti, in via di estrema sintesi, che è moneta ciò che assolve le funzioni di strumento di pagamento, riserva di valore e unità di conto. Su questa definizione di natura economica finanziaria, si innesta necessariamente quella di natura più squisitamente giuridica che richiede di orientarsi tra una tesi statalista e una tesi comunitaria o sociale: secondo la prima impostazione è moneta il mezzo di pagamento che lo Stato riconosce idoneo ad estinguere le obbligazioni pecuniarie e perciò non può essere legittimamente rifiutato dal creditore, *ex* art. 1277 cc. ovvero moneta avente "corso legale nello Stato"; la seconda impostazione ritiene che sia moneta «*qualunque cosa che funzioni generalmente come intermediario di scambi, o più ampiamente ancora se non ci si vuole addirittura rifugiare nell'icastica espressione money is what money does, ciò che viene utilizzato come moneta e da tutti riconosciuta come tale. E' difficile negare che, almeno nell'attuale (abbastanza risalente) momento storico e nell'angolo (abbastanza ampio) di mondo in cui viviamo, viga la teoria statalista. Ci si può semmai domandare se con essa non possa convivere anche l'altra impostazione, ove ne ricorra il suo fondamentale presupposto*». A. Pisano Massamorile, *Notarelle pessimistiche sui bitcoin*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 3/2020, p. 466.

naturalmente un pubblico di utilizzatori. «Tutti sanno cos'è un euro senza bisogno di tante spiegazioni. Solo una nicchia conosce il Bitcoin o Libra»[10]. Partendo da tale affermazione, che sicuramente richiederebbe ben altri approfondimenti, proviamo ad addentrarci sul tema senza pretese esaustive, con l'obiettivo di mettere a fuoco il rapporto BCE/cittadini privati con riferimento al Report[11] derivante dalla riunione della BIS di Basilea che ha iniziato a precisare i contorni di quella che sarà la futura moneta digitale, mettendo in luce le caratteristiche e i requisiti della CBDC, in riferimento sia al rapporto dell'agosto 2020, sia a quello dell'ottobre 2020[12].

2-. Le CBDC nel quadro del dibattito della BIS di Basilea 2020: primi tentativi di individuarne la funzione strutturale

L'emissione e la progettazione di una CBDC sono decisioni sovrane che devono essere assunte da ciascuna banca centrale; pur tuttavia nessuna delle banche centrali che ha partecipato a Basilea 2020, ha espresso dubbi sull'opportunità o meno di emettere CBDC, anzi dalla riunione della BIS di Basilea emerge che tutte le banche siano propense alla "costruzione" della moneta digitale a patto che: - la banca centrale non comprometta la politica monetaria o la stabilità del mercato mediante l'emissione di CBDC; - una CBDC deve coesistere e/o integrare le forme già esistenti di denaro legale; - una CBDC dovrebbe promuovere l'innovazione, l'efficienza e l'inclusione.

[10] M. Sgroi, *loc*., *cit*.
[11] *Central Bank digital curriencies: foundational principles and core features*, *Report no 1*, *in a series of collaborations from a group of central banks.*
[12] Il 9 ottobre la *Bank of Japan* ha pubblicato un *paper* sul proprio sito per motivare le ragioni dell'opportunità di adottare lo yen digitale; il 13 ottobre 2020 è la Banca di Russia che illustra l'intenzione dell'istituto di procedere all'emissione del rublo digitale. Ciò che preme però in questa sede rilevare è che prima ancora della pubblicazione della Bis, il 2 ottobre 2020, la BCE aveva pubblicato il suo rapporto sull'euro digitale, ultimo ma non certo per importanza il 19 ottobre il Fondo monetario internazionale ha pubblicato uno studio (*Digitla money across borders*, *Macro finazial implicatons)* che mette a fuoco alcune caratteristiche delle monete digitali soprattutto nello stabilire la diversità tra una CBDC e una *Global Stable Coin.*

Inoltre, le caratteristiche fondamentali della CBDC sono: la sua convertibilità che serve ad assicurare la fiducia nella valuta, la sua interoperabilità, che consente alla moneta di potere circolare senza impedimenti in qualunque sistema di pagamenti, lo standard internazionale della valuta, ossia la sua capacità di operare in maniera efficiente nei pagamenti transfrontalieri. Sotto quest'ultimo profilo si richiederà però di evolvere anche il sistema internazionale di pagamenti, compito peraltro che fa parte della roadmap disegnata dal G20 per sviluppare i pagamenti transfrontalieri, nella quale anche la moneta digitale di banca centrale è entrata a far parte.

La moneta elettronica può essere anche denaro bancario mentre la CBDC è moneta digitale di banca centrale: la prima richiede un conto corrente, la seconda sembra non richiedere tale requisito ed è questo un dato molto importante che distingue le attuali monete elettroniche (bancomat, carte di credito …) dalla CBDC.

Una CBDC è sicuramente uno strumento importante per le banche centrali per continuare a fornire mezzi sicuri di pagamento al passo con una più ampia digitalizzazione della vita quotidiana delle persone. La fiducia del pubblico nelle banche centrali è l'elemento precipuo per la stabilità monetaria, finanziaria e la fornitura del denaro (bene pubblico) di un'unità comune di conto e riserva sicura di valore. Per mantenere quella fiducia e capire se una CBDC ha un peso specifico nel territorio dove opera, la banca centrale deve procedere con cautela e, contestualmente, garantire l'apertura alla collaborazione. Infatti, Burkhard Balz, componente del board della Bundesbank, ha sottolineato come le monete digitali di banche centrali potranno avere un corretto funzionamento soltanto se

crescerà il coordinamento internazionale che dovrà fissarne le caratteristiche sostanziali[13].

Per le banche centrali la motivazione comune per esplorare il campo della CBDC è il suo utilizzo come mezzo di pagamento; distribuire denaro ai privati è una responsabilità propria delle banche centrali le quali hanno l'obbligo morale di garantire denaro in contanti fintanto che sussista una domanda pubblica. Ciò comporta la creazione di una moneta "complementare" al denaro in contante e al denaro derivanti da monete elettronche, sostenendo un sistema di pagamento più resiliente e diversificato nonché un'opportunità concreta per il sostegno all'innovazione.

E' in questo quadro che s'intende ricorrere alle CBDC come mezzo di pagamento, unità di conto e riserva di valore per una giurisdizione. Gli argomenti a favore e contro il rilancio delle CBDC sono condizionati dalla progettazione che, a sua volta, dovrà tener conto delle circostanze specifiche del tessuto economico di quel territorio.

In genere, proprio dai lavori della BIS, emergono alcuni progetti tecnici afferenti alle CBDC. Un numero crescente di banche centrali stanno prendendo in considerazione varie "strutture" in cui inserire le CBDC quale credito diretto della banca centrale. Tali progetti si distinguono in:

- CBDC diretta - sistema di pagamento gestito direttamente dalla banca centrale che offre essa stessa servizi di vendita al dettaglio e detiene il registro contenente tutte le transazioni;

[13] M. Sgroi, *Central bank digital currency, la versione della Buba*, dal *Blog*, *The walking debt, by Maitre à panZer – Il debito è affare troppo serio perché se ne occupino gli economisti*, 2/2021. «*Le CBDC saranno l'esperimento più avanzato che servirà anche a testare l'efficienza di quella che, ironicamente abbiamo chiamato, l'internazionale dei banchieri centrali nel designare il futuro della moneta, mai quanto oggi al centro di desiderata fortemente centripeti rispetto al modello tradizionale basato sul duopolio banca centrale/commerciale, sotto l'egida dei governi*».

- CBDC ibrida - una soluzione intermedia che funziona su due profili: gli intermediari gestiscono i pagamenti al dettaglio ma la CBDC è un debito imputabile alla banca centrale la quale mantiene anche il registro centrale di tutte le transazioni e gestisce un'infrastruttura tecnica di backup che consente di riavviare il sistema di pagamento nell'ipotesi in cui gli intermediari falliscano;
- CBDC intermedia - un'architettura simile alla CBDC ibrida ma in cui la banca centrale mantiene solo un registro all'ingrosso, piuttosto che un registro centrale di tutte le transazioni al dettaglio. Ancora una volta la CBDC è un debito della banca centrale e gli intermediari privati eseguono soltanto i pagamenti;
- CBDC indiretta o sintetica - sistema di pagamento gestito da intermediari. I consumatori vantano crediti nei confronti degli intermediari che gestiscono tutti i pagamenti al dettaglio. Tuttavia gli intermediari devono rimborsare integralmente tutte le passività dei clienti rivolgendosi alla banca centrale.

L'utilizzo delle CBDC sembra idoneo sia per i pagamenti al dettaglio che per i pagamenti all'ingrosso: tutto ciò, come si legge nei Report di Basilea 2020, dipenderà dalla progettazione e dalle interconnessioni tra la CBDC nei confronti dei soggetti residenti nel territorio della banca centrale e che sia altresì accessibile ai soggetti non residenti, proprio per i pagamenti transfrontalieri. L'accesso può essere basato su token o su account[14], che al momento sembra essere il tipo di accesso preferito.

[14] I progetti CBDC analizzati dagli studi derivanti dal BIS, trovano un'ampia gamma di approcci infrastrutturali, sia per l'accesso che per le interconnessioni transfrontaliere, sia al dettaglio che all'ingrosso. Quanto all'architettura delle CBDC sono rinvenibili quattro banche centrali che sembrano aver abbracciato il c.d. modello diretto (spesso per migliorare l'inclusione finanziaria). Sette banche centrali stanno vagliando le opzioni c.d. ibride o intermedie (in alcuni casi accanto a un'opzione diretta) e un gruppo più ampio non ha ancora specificato il tipo di architettura che intendono porre in essere.

Per quanto riguarda le infrastrutture, talune banche centrali s'ispirano nei loro prototipi a DLT[15], tre banche centrali con tecnologia convenzionale e una che considera entrambi gli aspetti ovvero sia il token che le DLT.

3-. Il Report on digital euro, October 2020

A seguito delle indicazioni derivanti da Basilea 2020, il 2 ottobre 2020, l'Unione europea ha pubblicato il Report on a digital euro, October 2020, redatto dalla High-Level Task Force on Central Bank Digital Currency, frutto dei lavori di una Commissione di esperti in merito all'eventuale adozione dell'"euro digitale". Tale Report risulta volutamente molto generico e volto a delineare possibili scenari e potenziali soluzioni senza tuttavia né scegliere né entrare nel dettaglio delle stesse; dopo la sua elaborazione si è avviata una survey per ottenere un feedback in merito all'adesione o meno a quanto disposto nello stesso. La consultazione europea è stata chiusa il 21 gennaio 2021 e, solo dopo un periodo di elaborazione di tali dati, si potrà o si potrebbe veder nascere una prima forma sperimentale di valuta digitale.

Sia pure nella sua genericità, dal Report emerge che l'euro digitale è una forma elettronica di moneta emessa dalla BCE che sostanzialmente avrebbe lo stesso "valore" dell'euro cartaceo. I primi commentatori hanno sottolineato l'aspetto in parola affermando che "l'euro cambia pelle" diventa digitale ma pur sempre euro rimane! Osserva C. Lagarde, nel suo intervento tenuto a Parigi il 20 novembre 2020 che, nonostante tutti i cambiamenti che si possono prospettare, le basi del denaro rimangono intatte: le persone accettano denaro

[15] DLT: *Distributed Ledger Technology*, sono registri di informazioni digitalizzati e decentralizzati ma differenziati da un insieme non condiviso di funzionalità specifiche.

solo se altamente affidabile e mantenga il proprio valore nominale «Queste basi sono state e continueranno ad essere trovate nella moneta della BCE indipendentemente dalla forma che assumerà in futuro»[16].

Come sottolinea il Report che sul punto ipotizza più soluzioni (evidentemente non volendo il gruppo di lavoro proporre esso stesso una di queste) la base giuridica per l'emissione di un euro digitale da parte dell'euro sistema, dipenderà dalla "struttura" di quest'ultimo e dallo scopo per cui verrà emesso:

- se l'euro digitale viene emesso come strumento di politica monetaria, simile alle riserve della banca centrale e accessibile solo alle controparti[17] della BCE, l'euro sistema potrebbe invocare, come base giuridica l'art. 127 TFUE, comma 2, il quale precisa che «I compiti fondamentali da assolvere tramite il SEBC sono i seguenti: — definire e attuare la politica monetaria dell'Unione, — svolgere le operazioni sui cambi in linea con le disposizioni dell'articolo 219, — detenere e gestire le riserve ufficiali in valuta estera degli Stati membri, — promuovere il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento». Tutto ciò in combinato disposto all'art. 20 dello Statuto del SEBC, il quale prevede che il Consiglio direttivo può decidere d'introdurre nuovi metodi di controllo monetario[18];

[16] *C. Lagarde*, *Il futuro del denaro: innovare mantenendo la fiducia*, Parigi, 30 novembre 2020, Comunicazione della BCE.

[17] BCE, settembre 1998, *La politica monetaria unica nella terza fase. Caratteristiche generali degli strumenti e delle procedure di politica monetaria del SEBC*, ove al punto 1.4 si legge testualmente «*Controparti L'assetto della politica monetaria del SEBC mira, tra l'altro, a garantire la partecipazione di un ampio numero di controparti. Le istituzioni assoggettate al regime di riserva obbligatoria ai sensi dell'art. 19.1 dello Statuto del SEBC/BCE potranno accedere alle operazioni su iniziativa delle controparti e prendere parte alle operazioni di mercato aperto basate su aste standard. Il SEBC può selezionare un numero limitato di controparti che partecipino alle operazioni di fine-tuning. Per le operazioni definitive non sono stabilite a priori restrizioni alla gamma delle controparti ammesse. Per le operazioni di swap in valuta condotte a fini di politica monetaria, vengono considerati i soggetti attivi sui mercati valutari. L'insieme delle controparti per queste operazioni è limitato a quelle istituzioni situate nell'area dell'euro ammesse a partecipare agli interventi del SEBC sul mercato dei cambi*».

[18] Articolo 20, SEBC, *Altri strumenti di controllo monetario. 1. Il Consiglio direttivo può decidere, a maggioranza dei due terzi dei votanti, sull'utilizzo di altri metodi operativi di controllo monetario che*

- se invece l'euro digitale è messo a disposizione delle famiglie e degli altri soggetti privati, anche in questo caso la base giuridica sarebbe l'art. 127 TFUE, comma 2, in combinato disposto però con l'art. 17 dello Statuto del SEBC[19]; la BCE e le banche centrali nazionali potrebbero aprire conti intestati a enti creditizi o altri operatori del mercato e accettare come garanzia attività ivi compresi i titoli scritturali – vedi titoli di credito;
- se l'euro digitale ha come obiettivo l'essere mezzo di regolamento per tipi specifici di pagamento, elaborato da una infrastruttura di pagamento dedicata accessibile solo ai partecipanti idonei, la base giuridica più opportuna per la sua emissione sarebbe l'art. 128 TFUE combinato con la prima frase dell'art. 16 dello Statuto del SEBC;
- se l'euro digitale dovesse essere strutturato come strumento equivalente ad una banconota, e questa sembra l'ipotesi che il Report implicitamente caldeggia, la base giuridica per consentire la sua emissione sarebbe l'art. 128 TFUE «1. La Banca centrale europea ha il diritto esclusivo di autorizzare l'emissione di banconote in euro all'interno dell'Unione. La Banca centrale europea e le banche centrali nazionali possono emettere banconote. Le banconote emesse dalla Banca centrale europea e dalle banche centrali nazionali costituiscono le uniche banconote aventi corso legale nell'Unione»; tutto ciò in correlazione con l'art. 16 dello Statuto del SEBC[20], dove si legge che il Consiglio direttivo ha il diritto esclusivo di autorizzare le emissioni di banconote in

esso ritenga appropriato, nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 2. Se tali strumenti impongono obblighi a terzi il Consiglio ne definisce la portata secondo la procedura prevista all'articolo 41.

[19] Articolo 17 SEBC, *Conti presso la BCE e le banche centrali nazionali. Al fine di svolgere le loro operazioni, la BCE e le banche centrali nazionali possono aprire conti intestati a enti creditizi, organismi pubblici e altri operatori del mercato e accettare come garanzia attività, ivi compresi i titoli scritturali.*

[20] Articolo 16 SEBC. *Conti presso la BCE e le banche centrali nazionali. Conformemente all'articolo 128, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il Consiglio direttivo ha il diritto esclusivo di autorizzare l'emissione di banconote in euro all'interno dell'Unione.*

euro all'interno dell'Unione; questo da un punto di vista della funzione principe della BCE contenuta nel Trattato. Per tale via sarà necessario, per rendere l'euro digitale moneta avente corso legale, un atto derivato adottato sul modello dell'art. 133 TFUE[21] per disciplinarne le condizioni.

Come rileva il Report al punto 4, il diritto primario introduce il concetto di moneta avente corso legale senza approfondirne la portata e gli effetti giuridici. Sebbene nei trattati risulti che le banconote in euro emesse dall'euro sistema siano le uniche banconote a godere dello status di moneta a corso legale, né il TFUE né lo Statuto del SEBC escludono esplicitamente la possibilità di immettere, nell'euro Sistema, altre banconote anch'esse aventi corso legale. Pertanto l'emissione di banconote in euro comprende il diritto di emissione di euro aventi un diverso formato o support. Se l'euro digitale deve essere "trattato" come un'euro cartaceo, la competenza sarebbe esclusiva della BCE, ex art. 128 TFUE[22].

In verità nonostante le ipotesi sopra richiamate, nel Report emerge una scelta di fondo ovvero l'equipollenza dell'euro digitale rispetto alla banconota cartacea, posto che il diritto primario dell'Unione non esclude (nel silenzio delle disposizioni compreso l'art. 128 TFUE sopra richiamato) la possibilità di emettere un euro digitale avente corso legale, anzi è questa la caratteristica precipua dell'euro

[21] Articolo 133: *Fatte salve le attribuzioni della Banca centrale europea, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie per l'utilizzo dell'euro come moneta unica. Tali misure sono adottate previa consultazione della Banca centrale europea*.

[22] Art. 128 TFUE: 1. La Banca centrale europea ha il diritto esclusivo di autorizzare l'emissione di banconote in euro all'interno dell'Unione. La Banca centrale europea e le banche centrali nazionali possono emettere banconote. Le banconote emesse dalla Banca centrale europea e dalle banche centrali nazionali costituiscono le uniche banconote aventi corso legale nell'Unione. 2. Gli Stati membri possono coniare monete metalliche in euro con l'approvazione della Banca centrale europea per quanto riguarda il volume del conio. Il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e della Banca centrale europea, può adottare misure per armonizzare le denominazioni e le specificazioni tecniche di tutte le monete metalliche destinate alla circolazione, nella misura necessaria per agevolare la loro circolazione nell'Unione.

digitale rispetto a tutte le altre valute digitali, godendo la banca centrale di un ampio potere discrezionale sul punto.

L'euro digitale è una sfida di grande portata che coinvolge tutti i Paesi dell'euro zona (o che almeno in prima battuta riguarderebbe l'euro zona ma che esplicherebbe effetti anche al di fuori dei Paesi dell'euro) e che vede la partecipazione anche dell'Italia grazie al contributo del prof. Panetta che è tra coloro che hanno stilato il Report stesso.

Ci si può chiedere perché, proprio in questo momento, si sia proposta una moneta digitale nell'euro zona: i fattori sono molteplici, certo a spianare la strada verso la moneta digitale vi è innanzi tutto l'aumento di pagamenti elettronici a discapito dell'utilizzo del contante; si tratta di un fenomeno che piano piano anche in Italia è esploso con la progressiva digitalizzazione delle transazioni e che trova riscontro quotidianamente nelle modalità dei pagamenti[23]. In definitiva si deve prendere atto dell'espansione dei c.d. "pagamenti elettronici", come sottolinea lo stesso Report e, in quest'ottica e sulla scia di questo dato, il Consiglio direttivo della BCE ha deciso di portare avanti i lavori sulla possibile emissione dell'euro digitale: un euro digitale che non si sostituirebbe al contante ma che lo affiancherebbe avendo tuttavia come elemento positivo un sistema di pagamento europeo più innovativo, competitivo e resiliente.

Il Report non giunge a conclusioni su questioni pur dirimenti quali i costi di esercizio o il recupero dei costi di un euro digitale, si legge soltanto che qualsiasi potenziale soluzione deve soddisfare precisi requisiti tra cui la sicurezza, l'efficienza e la protezione della privacy nel rispetto della legislazione attualmente in vigore, dovendo

[23] Si veda in tal senso l'Osservatorio *Innovative Payments* del Politecnico di Milano, dal quale si desume che nel 2019 i pagamenti digitali in Italia, pur rimanendo fanalino di coda in Europa, sono comunque aumentati dell'11%.

altresì tener conto delle norme sul riciclaggio del denaro e sul finanziamento del terrorismo. Per ciò che attiene la tutela della privacy occorre far riferimento all'art. 22 del Regolamento 2016/679[24] il quale stabilisce che «l'interessato ha diritto di non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione [25] che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incidono in modo analogo significativamente sulla sua persona». La dottrina prevalente in un primo momento ascriveva il diritto alla privacy in una concezione per cosi dire "proprietaria" in quanto si presentava come diritto alla riservatezza e alla tutela della propria identità personale; tuttavia, a partire dagli anni ottanta le esigenze di tutela vengono a mutare, ciò in quanto i soggetti erano costretti in molti campi a disvelarsi e il diritto della privacy veniva a proiettarsi in una dimensione sociale, concetto questo che trova conferma nel Considerando n. 4 del Regolamento sulla Privacy n. 679/2016, il quale così si esprime «Il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerata alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità…». Tale dimensione era connotata

[24] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, ove nel Considerando n. 6 si legge «*La rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione comportano nuove sfide per la protezione dei dati personali. La portata della condivisione e della raccolta di dati personali è aumentata in modo significativo. La tecnologia attuale consente tanto alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività. Sempre più spesso, le persone fisiche rendono disponibili al pubblico su scala mondiale informazioni personali che le riguardano. La tecnologia ha trasformato l'economia e le relazioni sociali e dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali, garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali*».

[25] Per profilazione s'intende «*qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistenti nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi di affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica*», *ex* art. 4, Regolamento 2016/679. R. De Meo, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, p. 587.

dall'intensità delle contrattazioni di mercato nonché dal modo in cui il mercato stesso produce un autonomo bisogno d'informazioni. Il diritto alla riservatezza, in questo specifico contesto si riduce ad operare, per la forza del mercato, in quegli spazi nei quali il dato personale cessa di essere utile all'economia ma deve cedere di fronte all'obbligo d'informare e al contestuale diritto di essere «…informati che sorge in capo a chi possiede comunque un ruolo nell'economia dell'affare (la controparte, il mediatore, l'agente, la banca ecc.)»[26]. Di conseguenza, sempre secondo il Regolamento sopra citato all'art. 6, il consenso dell'interessato da presupposto necessario di legittimità di trattamento dei dati è divenuto uno dei possibili presupposti di liceità del trattamento dei dati stessi[27] .

[26] C. Camardi, *Mercato delle informazioni e privacy: riflessioni generali sulla legge n. 675/1996*, in *Eur. Dir. priv*., 1998, p. 1054. F. Pizzetti, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2018, pp. 37, ss.

[27] Regolamento n. 679/2016 - Articolo 6 - *Liceità del trattamento 1. Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore. La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti. 2. Gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni più specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento con riguardo al trattamento, in conformità del paragrafo 1, lettere c) ed e), determinando con maggiore precisione requisiti specifici per il trattamento e altre misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto anche per le altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX. 3. La base su cui si fonda il trattamento dei dati di cui al paragrafo 1, lettere c) ed e), deve essere stabilita: a) dal diritto dell'Unione; o b) dal diritto dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento. La finalità del trattamento è determinata in tale base giuridica o, per quanto riguarda il trattamento di cui al paragrafo 1, lettera e), è necessaria per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento. Tale base giuridica potrebbe contenere disposizioni specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento, tra cui: le condizioni generali relative alla liceità del trattamento da parte del titolare del trattamento; le tipologie di dati oggetto del trattamento; gli interessati; i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali e le finalità per cui sono comunicati; le limitazioni della finalità, i periodi di L 119/36 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 4.5.2016 conservazione e le operazioni e procedure di trattamento, comprese le misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto, quali quelle per altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX. Il diritto dell'Unione o degli Stati membri persegue un obiettivo di interesse pubblico ed è proporzionato all'obiettivo legittimo perseguito. 4. Laddove il trattamento per una finalità diversa da quella per la quale i dati personali sono stati raccolti non sia basato sul consenso dell'interessato o su un atto legislativo dell'Unione o degli Stati membri che costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per la salvaguardia degli obiettivi di cui all'articolo 23, paragrafo 1, al fine di verificare se il trattamento per un'altra finalità sia compatibile con la finalità per la quale i dati personali sono stati inizialmente raccolti, il titolare del trattamento tiene conto, tra l'altro: a) di ogni nesso tra le finalità per cui i dati personali sono stati raccolti e le finalità dell'ulteriore*

Le risposte alla survey non si sono fatte attendere: in Italia l'ABI ha dato via libera all'euro digitale, purché la stabilità monetaria e il pieno rispetto della cornice regolamentare europea siano preservati in via prioritaria. Una moneta digitale programmabile rappresenta un'innovazione nel campo finanziario in grado di rivoluzionare profondamente il denaro e gli scambi apportando miglioramenti significativi soprattutto per quanto attiene l'efficienza dei processi attivi e di gestione, così come la CBDC sarebbe lo strumento che concilia la necessità d'innovazione e l'"interoperabilità" con il mondo analogico. Il ruolo della banca centrale resta cruciale, sottolinea l'ABI, nel senso che rappresenta lo strumento che più di ogni altro può conciliare l'esigenza d'innovazione, in coerenza con l'attuale quadro di riferimento di regole e strumenti esistenti. L'adozione dell'euro digitale porterebbe al contempo a ridurre l'attrattività di strumenti di uso compatibile ma emessi da soggetti privati o non identificabili, caratterizzati da un profilo di rischio intrinsecamente elevato. Alcuni vantaggi della CBDC includono la liquidazione di transazioni peer to peer transfrontaliere, l'attenuazione dei tassi d'interesse e le transazioni machine to machine che diventerebbero molto più facili.

Come osserva Sgroi[28], rimangono aperte le questioni puramente tecniche che poi finiscono sempre per divenire politiche, essendo la moneta un bene pubblico. Paradossalmente l'euro digitale "può avere troppo successo"; se non venisse progettato bene, la sua maggiore forza, sicurezza e liquidità potrebbero sortire effetti sulla

trattamento previsto; b) del contesto in cui i dati personali sono stati raccolti, in particolare relativamente alla relazione tra l'interessato e il titolare del trattamento; c) della natura dei dati personali, specialmente se siano trattate categorie particolari di dati personali ai sensi dell'articolo 9, oppure se siano trattati dati relativi a condanne penali e a reati ai sensi dell'articolo 10; d) delle possibili conseguenze dell'ulteriore trattamento previsto per gli interessati; e) dell'esistenza di garanzie adeguate, che possono comprendere la cifratura o la pseudonimizzazione.

[28] M. Sgroi, *L'euro digitale si farà*, in www.ilfogliettodellaricerca.it , 01 marzo 2021.

stabilità finanziaria e monetaria. Una moneta digitale emessa dalla banca centrale può facilmente spiazzare il denaro di origine bancaria, tipicamente quello dei depositi, proprio come una banconota; specie in tempi di crisi ha più successo di un investimento finanziario di un deposito bancario in quanto l'istinto di "tesaurizzazione" può trovare di che alimentarsi facilmente e a buon mercato con le banconote digitali, che non richiedono neanche particolari accorgimenti per essere custodite, a differenza di quanto accade oggi per le banconote, avendo a disposizione un wallet magari custodito presso la banca centrale e non richiedendo l'essere correntista. Questo rappresenta uno dei problemi che il Report ha posto in evidenza: onde evitare il fenomeno sopra descritto, si sostiene di dover progettare l'euro digitale imponendo un limite massimo che ogni persona può conservare. E' probabile che non sarà la banca centrale a gestire l'euro digitale ma com'è emerso a Basilea 2020, si è ritenuto più opportuno che la stessa sia supportata dagli intermediari finanziari.

Infine occorre osserva che, si è conclusa con un numero record di feedback da parte del pubblico, la consultazione della BCE sulla possibile adozione dell'euro digitale. Come si legge sulla stampa le risposte sono state oltre ottomila il ché dimostra l'interesse verso il tema in oggetto. I cittadini europei hanno condizionato tale adozione con la necessità che l'euro digitale sia rispettoso della privacy, della sicurezza e della copertura a livello paneuropeo.

Sul piano politico viene ribadito che «L'euro appartiene ai cittadini europei e la nostra missione è esserne i custodi - ha dichiarato la Presidente della BCE Christine Lagarde - I cittadini europei stanno ricorrendo sempre più alla tecnologia digitale nei loro comportamenti di spesa, di risparmio e investimento. Il nostro ruolo è mantenere la fiducia nella moneta assicurando anche che l'euro sia

pronto ad affrontare l'era digitale. Dovremmo essere preparati all'emissione di un euro digitale qualora ce ne fosse bisogno».

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

DUE DILIGENCE – UNA ESPERIENZA PRIVATISTICA NEL SETTORE PUBBLICO

della Dott.ssa Federica Collaretti.

Due diligence

La due diligence rappresenta un'attività organizzata che, attraverso un processo lungo e complesso, consente di avere un'approfondita analisi e la raccolta di tutte le informazioni necessarie per i diversi obiettivi prefissati, da parte di un professionista, di una società (target).

Ogni intervento di due diligence non è predeterminato, è unico, diverso e dipende dagli scopi per cui l'attività di analisi viene posta in essere, dalle aree da verificare e da chi lo richiede.

Nella prassi aziendale, nell'attuale contesto economico italiano e internazionale, è un utile strumento di verifica delle varie aree oggetto di indagine che devono essere esaminate in varie operazioni societarie. E' infatti, un'attività che ricorre principalmente in occasione di acquisizioni e operazioni straordinarie di impresa con relative valutazioni economiche – finanziarie e patrimoniali del soggetto giuridico preso in considerazione, in modo da ottenere, con un report finale una descrizione particolareggiata della realtà in

esame evidenziando i punti di forza, di debolezza e i correlati rischi connessi con le operazioni suddette.

Nei casi più ricorrenti di acquisizione o di una fusione, le aree di indagine oltre a quella contabile, sono spesso estese a quelle legali, fiscali, giuslavoristiche, ambientali ecc.. (full due diligence).

Al contrario quando le aree e gli obiettivi sono limitati, come per esempio l'analisi della sola area fiscale o legale (limited due diligence), la verifica si focalizzerà alle aree di rischio relative, al contenzioso fiscale e legale, ai contratti, all'individuazione delle loro eventuali passività effettive e potenziali.

Si è assistito ad una notevole crescita nella richiesta di due diligence negli ultimi anni nel settore privato, sia per l'incremento delle operazioni straordinarie da parte di investitori stranieri, ma soprattutto perché si ha avuto la necessità di ottenere idonee garanzie sui rischi effettivi e potenziali esistenti presso le realtà esaminate.

Obiettivi e procedimento

Pensiamo ad un'operazione di acquisizione di una società (target) con una due diligence richiesta da un potenziale acquirente.

Tale analisi, critica e soprattutto indipendente da parte di terzi advisor, evidenzia i punti di forza e di debolezza della società, ne indica i rischi e le garanzie necessarie per la definizione dell'operazione di acquisizione che, per essere conveniente, deve consentire all'acquirente di creare valore oppure di sviluppare quello già potenzialmente esistente, che non è stato ancora espresso del tutto.

In questa visione la due diligence assume grande importanza come strumento indispensabile per intraprendere un'operazione di acquisizione, che si possa tradurre in una decisione strategica vincente di lungo periodo.

L'attività si esplicita in un'analisi approfondita di tutti gli elementi caratteristici dell'operazione e permette al compratore di avere tutte le informazioni necessarie per verificare la validità dell'investimento nel rispetto degli obiettivi e i criteri strategici che hanno motivato l'acquirente potenziale ad interessarsi alla società target.

Pertanto è essenziale per l'advisor conoscere le motivazioni e gli obiettivi che stanno alla base dell'acquisizione, al fine di raccogliere e analizzare i dati specifici e considerare la quantità di rischi derivati dalla crescente complessità negli ambiti legali, fiscali e contabili concernenti l'attività societaria.

Infatti, la necessità di idonee garanzie sia su rischi effettivi che potenziali esistenti, presso le società target, richiede un'analisi approfondita al fine di identificare ipotetici eventi che potrebbero derivare da una acquisizione o da una operazione straordinaria. Tali rischi possono essere causati da una errata rappresentazione dei dati, a frodi, a passività fiscali o legali nascoste, a rischi ambientali, ecc..

In questo caso, sarebbe opportuno prevedere l'utilizzo di più sofisticate clausole di garanzia che consentono una totale tutela del compratore sotto l'aspetto patrimoniale e reddituale, al di là delle convenzionali garanzie a carico del venditore in caso di inadempienze contrattuali o risoluzione per danni. Le garanzie possono riguardare ad esempio, il volume di affari annuo della società target e le previsioni reddituali future quando questi elementi sono utilizzati come criteri nella determinazione del prezzo di acquisto.

I rilievi che emergono da questa attività devono essere comunicati al cliente prima della consegna del report finale, per ottenere quindi, in fase di negoziazione, una riduzione del prezzo o garanzie aggiuntive da parte del venditore, in modo tale da coprire l'eventuale manifestazione dell'evento rischio.

La due diligence verrà poi perfezionata sulla base delle richieste del cliente.

Gli obiettivi più frequenti per il compratore possono essere:

- verificare che il business sia conforme a quello prospettato dal venditore;
- verificare che l'investimento soddisfi i parametri dell'investitore;
- identificare le diverse opportunità presenti e prospettiche nella società;
- controllare l'assunzione di rischi;
- proteggere documenti e informazioni;
- verificare la capacità del business di autofinanziarsi.

Fasi

La due diligence è un'attività con un processo complesso, richiede risorse umane (advisor) specializzate che, attraverso una pianificazione di indagine, possano suggerire al proprio cliente le opportune strategie da intraprendere e come comportarsi nell'eventuale decisione di acquisire un nuovo business. Tale attività deve essere suddivisa in fasi ben precise che devono essere completate nel corso dell'intervento.

Dopo la preparazione dell'intervento, la sua pianificazione e l'individuazione delle aree di indagine, la fase operativa di due diligence consiste nella raccolta di informazioni sulla società target e all'analisi delle stesse.

In questa fase l'advisor deve cercare di ottenere più informazioni possibili attraverso interviste al management, l'uso di tecniche di revisione approfondite, analisi di budget e business plan, bilanci, relazioni, certificazioni, verbali dei consigli di amministrazione e degli altri libri sociali e colloqui con consulenti legali e fiscali.

Il grado di cooperazione del venditore e del management della società target è un elemento basilare per la buona riuscita di un intervento di full due diligence. Eventuali limitazioni nella raccolta delle informazioni devono essere prontamente segnalate.

Per quanto tutti i dati contenuti nel resoconto fornito dal venditore potrebbero essere veritieri, è evidente l'importanza di accertarne la bontà poichè sicuramente, tali informazioni sono strutturate in modo da far apparire l'impresa migliore rispetto a quella che è realmente.

Va precisato, naturalmente, che la verifica non mette in evidenza solo fattori negativi, ma può far emergere nuove opportunità all'acquirente che potrebbero essere allo stato latente ed ancora inespresse dalla società target.

Analisi

Una volta raccolte le informazioni si procede al loro esame: si individuano quelle più rilevanti e si approfondiscono, in base alle specifiche richieste del cliente e agli obiettivi da questo perseguiti. L'analisi e la valutazione razionale del business sono garantite solo da un approccio neutrale e libero da ogni pregiudizio. Nell'intervento di due diligence occorre dare precedenza agli aspetti che si verificano frequentemente rispetto ad accadimenti isolati.

Le aree oggetto di approfondimento da parte degli advisor sono normalmente le seguenti:

1) area business: l'analisi si concentra sul prodotto e sul mercato
2) struttura della società: si basa sull'analisi di organigrammi, management information, cultura manageriale e aziendale, ambiente, etc.

In queste aree, e in particolare, nel caso di acquisizione realizzata in un settore diverso da quello in cui opera l'azienda acquirente, è opportuno verificare le politiche e i know-how del management al fine di capire una loro possibile integrazione .

Se invece l'acquisizione venisse fatta al fine di ampliare il proprio business ma rimanendo sempre nello stesso settore, sarebbe necessario verificare essenzialmente che la struttura e la gestione

della società da acquisire sia in linea con quella della società acquirente e non necessiti di eccessivi costi di adattamento;

3) struttura del capitale
4) organizzazione
5) personale: struttura gerarchica, motivazione del personale, etc.
6) posizione finanziaria: analisi dei flussi di cassa, tipologia di investimento, metodologia di raccolta etc..
7) contabilita' e bilancio: dovranno essere chiari i criteri di predisposizione delle informazioni finanziarie fornite, sia correnti che storiche, per dare un giudizio di attendibilità e di uniformità sulla base dei principi contabili di riferimento. L'analisi di questa area consisterà in una revisione dei dati contabili consuntivi e preventivi della società da acquisire per verificarne la coerenza interna e l'aderenza alla realtà. In tale sede è importante effettuare un'analisi della situazione economica e patrimoniale, compresa una verifica critica delle informazioni finanziarie, per esempio, gli interessi passivi devono essere proporzionati all'indebitamento e le vendite devono essere compatibili con i movimenti di magazzino.
8) posizione fiscale: l'analisi è rivolta a verificare che non esistano irregolarità formali o sostanziali di natura fiscale dalle quali potrebbero derivare, in futuro, oneri per la stessa società acquirente verificando il contenzioso esistente.
9) contratti: l'intervento è finalizzato ad analizzare tutti i documenti inerenti la vita societaria, quali lo statuto, i libri sociali, le delibere assembleari, l'individuazione dei poteri di firma, i patti parasociali, eventuali vincoli di trasferimento, tutti i contratti in essere. Da tali contratti, infatti, è possibile esprimere valutazioni su eventuali possibili passività future,

sulla situazione del personale, sullo stato di eventuali controversie in corso, al fine di valutare quale esito potrebbe presumibilmente avere e il possibile impatto sull'acquirente.

Dall'analisi effettuata si possono avere effetti diversi che possono essere riepilogati come segue:

1) rettifica del prezzo;

2) modifica dell'oggetto della transazione;

3) richiesta nel contratto di opportune garanzie per tutelare l'acquirente da

eventuali passività future;

4) suggerimenti operativi utili per l'integrazione;

5) interruzione delle trattative.

Area contabile e di bilancio

Una delle aree di indagine più importanti nell'analisi di due diligence è quella contabile, relativa al bilancio della società target. L'analisi dell'area patrimoniale ed economica è fondamentale in ogni intervento di questo genere, dal quale non si può prescindere per ottenere una buona conoscenza della realtà da esaminare.

Oltre all' esame di dati storici della società target, attraverso la lettura dei bilanci forniti, le analisi economico-finanziarie possono essere condotte anche su dati prospettici i quali hanno sempre un certo rilievo ai fini delle strategie di lungo periodo. L'intervento è esteso a tutte le diverse fasi della transazione mediante analisi economiche e patrimoniali, analisi della redditività e dei flussi di cassa, gestionali, ambientali, normalizzazione dei risultati e così via, in modo da ottenere come risultato finale una descrizione completa.

Il Bilancio d'esercizio, pur costituendo una ricca fonte informativa per procedere ad analisi volte all'apprezzamento della gestione aziendale e dei risultati da esso prodotti in termini reddituali e finanziari, non permette di porre in risalto gli aspetti particolari legati alla realtà di

ogni singola azienda, nè d'altra parte, offre la possibilità di evidenziare le similitudini e le diversità con realtà analoghe.

Si rendono quindi necessarie analisi e riclassificazioni che permettano di comprendere i fattori che hanno dato luogo ai valori contabili, tramite le quali poter apprezzare l'economicità con cui è stata condotta la gestione nel suo complesso e le potenzialità di sviluppo dell'azienda in questione, unitamente alla dinamica finanziaria che l'ha caratterizzata.

A seconda dell'interesse specifico, si utilizzerà uno o l'altro indice o riclassificazione. Sostanzialmente si può indagare la medesima realtà, ma con angolazioni differenti.

La riclassificazione ha come obiettivo quello di rielaborare i valori esposti nel bilancio d'esercizio secondo gli schemi del conto economico e dello stato patrimoniale. Infatti il valutatore responsabile della riclassificazione deve individuare le specificità delle voci di bilancio patrimoniali ed economiche al fine di inserirle nello schema di riclassificazione per garantire la significatività dei margini operativi e degli aggregati patrimoniali.

Lo scopo è quello di ottenere informazioni aggiuntive e sintetiche sulla situazione dell'azienda attraverso l'individuazione e la combinazione di determinati quozienti e aggregati fra loro omogenei sia di natura economica che patrimoniale-finanziaria.

Per esempio, dal confronto degli stati patrimoniali di più esercizi si potrebbe notare che la società, in un dato periodo, ha avuto un notevole sviluppo dimensionale verificabile dal progressivo aumento dei valori di bilancio indicati nello stato patrimoniale. In questo caso potrebbe essere interessante per un potenziale acquirente capire come è stato affrontato questo fenomeno. La crescita dimensionale è generalmente un fenomeno positivo, in quanto è legata ad una maggiore competitività dell'impresa rispetto alla concorrenza o alla presenza della stessa sui mercati in espansione, ma tale crescita pone

spesso il problema del reperimento delle risorse che consentono tale espansione, senza compromettere l'equilibrio della struttura patrimoniale dell'azienda. Dall'analisi dell'incidenza percentuale delle componenti delle fonti si potrebbe verificare che l'impresa, in un primo momento, abbia affidato all'indebitamento a breve tale sviluppo e, solo successivamente, l'abbia sostituito con un sensibile aumento del capitale di rischio. Nel caso di specie, questa soluzione fa emergere una certa attenzione dell'azienda alla ricerca di un equilibrio strutturale permanente, e questo significa una certa positività nella valutazione globale.

Analisi patrimoniale

Le attività e le passività aziendali sono elementi fondamentali per la valutazione societaria, a volte di difficile analisi, e meritano un adeguato approfondimento da parte dell'advisor.

Per quanto concerne le attività, esse sono indicate contabilmente attraverso i valori di bilancio, ma ai fini di una acquisizione devono essere rideterminati in considerazione del loro reale valore di mercato.

Pensiamo alla necessità di valutare le risorse immateriali quale i marchi e i brevetti, che consentono all'azienda di acquisire un vantaggio competitivo duraturo e stabile sul mercato. Le caratteristiche peculiari che fanno dei beni immateriali delle risorse in grado di consentire all'impresa di acquisire tale differenziale positivo sul mercato sono legate alla difficoltà di acquisizione o di creazione di tali beni, alla molteplicità di possibili impieghi contemporanei ed infine alla loro incrementabilità.

Per quanto riguarda le passività, l'analista, oltre a quantificarne l'entità dovrà capire le loro potenziali manifestazioni in futuro e quindi sconosciute all'acquirente.

L’ advisor in questo caso deve verificare non solo la completezza delle rilevazioni e l'esatta applicazione dei principi contabili, ma deve anche esaminare la solidità e l'equilibrio della struttura patrimoniale, devono analizzare se la società sia eccessivamente indebitata, se il reddito sia adeguato e se l'impresa abbia la capacità di gestirsi in condizioni di equilibrio.

La presenza di una struttura sbilanciata per l'attivo circolante rispetto al capitale immobilizzato può richiedere notevoli sforzi al potenziale acquirente per ripristinare un giusto equilibrio, il contrario può essere sintomo di problemi gestionali radicati e profondi. È auspicabile che il capitale circolante netto di una società sia sempre positivo, quindi, che le attività correnti superino in congrua misura le passività correnti in modo da poter far fronte ad esse con la liquidità a breve termine prodotta dagli incassi dei crediti.

Una struttura patrimoniale adeguata presuppone l'esistenza di un equilibrio tra necessità operative e finanziarie tipiche dell'attività svolta dall'azienda.

È importante altresì, che la stuttura degli investimenti e dei finanziamenti della società è sostenibile nel lungo periodo e che sia in grado di far fronte alle remunerazioni finanziarie dovute eventualmente ai terzi prestatori di capitale e capire il grado di dipendenza da questi.

Nell’ambito di questa analisi, sono innumerevoli gli indici, i flussi e le considerazioni che si possono trarre ai fini di una valutazione affidabile e per una loro elencazione esaustiva si rimanda ad una trattazione più specifica.

Analisi economica

Nell'area di bilancio l'analisi economica fornisce al potenziale acquirente informazioni fondamentali circa la performance dell’azienda e i suoi risultati reddituali.

L'obiettivo principale è quello di capire e spiegare la redditività dell'impresa con l'evidenziazione dei margini ottenibili dai diversi business. La redditività è il presupposto fondamentale affinchè un'azienda continui ad operare nel tempo.

Inizialmente lo studio si basa sull'andamento economico realizzato dalla società negli ultimi anni, sulla determinazione dei risultati economici reali e di quelli "normalizzati" dell'esercizio in corso, confrontati con quelli passati.

Ai fini della redditività, lo schema di conto economico, fornisce solo una suddivisione sommaria dei costi e dei ricavi d'impresa, ma non fornisce quelle indicazioni peculiari necessarie. Per questo motivo, al fine di ottenere un'analisi approfondita della redditività occorre esaminare la composizione di ogni singola voce e rilevare le variazioni intervenute rispetto all'anno precedente al fine di evidenziare quelle componenti non strettamente collegate alle performance aziendali. Anche per l'analisi della redditività, si utilizzano indici combinati tra loro: ROI (return investment), ROS (return on sales), ROE(return on equity).

Qualora l'attività del business consista nella produzione di diversi beni o nella fornitura di una vasta gamma di servizi, si cercherà di individuare il loro contributo alla redditività totale mediante l'analisi metodologica dei costi di produzione e del margine di contribuzione. A secondo la rispettiva pertinenza gestionale, è possibile indagare la redditività delle diverse aree di gestione, risalendo alle origini del risultato di esercizio.

Questo esame viene condotto al fine di valutare se le combinazioni scelte consentano di ottenere il massimo margine di profitto possibile. La valutazione non può basarsi unicamente sulla presenza di un margine di contribuzione positivo o negativo, bensì deve prendere in considerazione eventuali vantaggi che tali produzioni o servizi comunque generano sull'intero processo produttivo aziendale. Solo

l'analisi combinata di questi elementi potrà far emergere se sia più conveniente eliminare un prodotto con margine di contribuzione negativo, liberando così capacità produttiva utilizzabile per prestazioni più redditizie, o se la sua presenza, indipendentemente dai margini realizzati, sia comunque importante per l'organizzazione aziendale.

Anche l'analisi dei costi d'impresa è una variabile fondamentale per capire le performance aziendali. Una delle più importanti strategie competitive si basa proprio sul vantaggio di costo, inteso come capacità di produrre a un costo più basso rispetto ai concorrenti. L'analisi dell'andamento dei costi dell'azienda target comparata con quelli delle società concorrenti, può far emergere eventuali punti di forza o di debolezza utili per valutare la fattibilità dell'acquisizione. Per una corretta valutazione del costo del venduto (componenti di costo dipendenti dall'attività produttiva, relativamente ai beni che sono stati venduti) e soprattutto per consentire un suo confronto con i valori medi del settore di attività in cui la società opera o di altre imprese concorrenti, è necessario che i verificatori conoscano con precisione la composizione delle voci di costo. Se più prodotti utilizzano lo stesso processo, impianto o macchinario, il metodo di allocazione dei costi generali deve essere approfondito dai verificatori. I costi non monetari, ammortamenti e svalutazioni, richiedono una particolare analisi.

Una cultura manageriale si è soprattutto concentrata sulla qualità del prodotto o del servizio, che è diventata un'arma strategica nella lotta tra i vari competitori. Oltre alla qualità è necessario considerare altri indicatori, come il tasso di sconto, tempi di risposta o di consegna, nonché a valutare le performance dei prodotti, servizi ed operazioni che sono diventati importanti termini di paragone in qualunque tipo di confronto aziendale. E' importante misurare le proprie prestazioni confrontandole con le migliori aziende del settore (benchmarking), con l'obiettivo di comprendere i fattori di vantaggio competitivo di

queste imprese rispetto alle proprie, verificare come queste ultime raggiungono tali livelli di prestazione e utilizzare tali informazioni per fissare i propri obiettivi, le proprie strategie e i criteri di implementazione. Fare benchmarking, in sintesi, significa scoprire le migliori prassi e metodologie ovunque esse esistano e identificare le misure di riferimento qualitative e quantitative come risultato dell'adozione delle prassi stesse.

Vengono così fornite all'acquirente informazioni idonee a valutare lo sforzo necessario per stimolare un processo di miglioramento continuo in grado di fronteggiare la concorrenza.

Un esempio di benchmarking può partire dalla classificazione dei concorrenti in termini di posizionamento strategico attraverso indici quali: quota di mercato, tasso di crescita, return on asset (ROA) e return on equity (ROE). Si possono identificare per ogni concorrente gli aspetti qualitativi che li caratterizzano in termini di sviluppo prodotto/servizio, produzione e servizio al cliente. Incrociando il posizionamento competitivo e i parametri che rappresentano il vantaggio si possono ottenere informazioni rilevanti sulle strategie perseguite, sugli scarti tra le performance e, quindi, gli sforzi necessari per colmarli.

Al fine di completare la verifica della situazione economico - patrimoniale, è importante soffermarsi sulle previsioni future prospettiche, affinchè l'acquirente possa avvalersi di dati rilevati per valutare la capacità di ripagare l'investimento.

Il problema principale nell'esaminare questa area riguarda la discrezionalità dei dati, nel senso che i valori sottoposti a verifica sono costruiti sulla base di assunzioni che per loro natura sono aleatorie e influensabili da diversi fattori.

Nel trattare questo aspetto, l'analista dovrà ripercorrere criticamente l'iter di formazione dei costi e dei ricavi previsionali per accertarne la correttezza metodologica e la ragionevolezza dei dati utilizzati. Si

verificherà la congruità delle assunzioni fatte, sia con i trend storici sia con le previsioni prospettiche.

Nell'analisi si cercherà di verificare che i presupposti fondamentali riguardanti vendite, marketing, acquisti, produzione, ricerca e sviluppo rispondono all'andamento storico di tali grandezze e che tengano nella giusta considerazione eventuali variazioni intervenute nei fattori che per molto tempo hanno caratterizzato il trend passato. Si evidenzieranno le aree di vulnerabilità riscontrate e, se possibile, l'effetto sulle previsioni delle variazioni dei principali presupposti.

L'analisi delle previsioni deve partire dalla verifica del volume di affari, con particolare attenzione alle due grandezze da cui scaturisce tale valore, ossia:

- volumi di produzione e di vendita, in relazione alla domanda del mercato, alla capacità di sfruttamento del potenziale aziendale e degli eventuali nuovi investimenti produttivi;
- prezzi ai quali la produzione potrà essere venduta. Il management conoscendo il mercato e la propria clientela sarà in grado di stimare eventuali aumenti nei prezzi a livello generale o per singole aree geografiche.

Basi documentali per questo esame sono, principalmente, le statistiche di vendita e gli studi di mercato, che dovranno essere scomposte per quantità e valore, tipi di prodotto, categorie di clienti e zone geografiche di vendita, al fine di comprendere a fondo la loro struttura. Per determinare i volumi di produzione l’advisor deve assicurarsi che la capacità produttiva aziendale ed il suo livello di sfruttamento attuale e prospettico siano parte integrante dell'analisi condotta. In relazione alla previsione dei costi, l’advisor verifica la correttezza della loro determinazione e la loro coerenza con i volumi di produzione e di vendita preventivati. Per tale confronto ci si riferirà principalmente all'analisi della composizione e dei trend dei costi storici e alle previsioni dell'andamento delle retribuzioni e dei prezzi

nei relativi mercati, alle spese generali che dovranno essere analizzate e confrontate con i dati storici e interaziendali, mentre per gli oneri finanziari verrà verificata la loro consequenzialità con la struttura finanziaria dell'azienda e con gli andamenti finanziari previsti.

Devono, inoltre, essere considerati gli aspetti macroeconomici quali, la svalutazione della moneta e l'inflazione, che possono incidere in modo disomogeneo sui ricavi e sui costi, con conseguente effetto sugli utili.

Nella maggior parte degli interventi di due diligence che abbiano come oggetto l'area economica, oltre ai risultati reali e ai confronti temporali o settoriali, viene richiesta la determinazione dei risultati normalizzati. L'attività di normalizzazione consiste nell'eliminazione di tutte le componenti distorsive e non strettamente collegate alle performance aziendali.

Per correggere e normalizzare il reddito è necessario operare delle rettifiche che, più frequentemente, possono riguardare i seguenti elementi:

- componenti di reddito connessi ai costi pluriennali (ammortamenti, politiche di capitalizzazione dei costi, rivalutazioni, ecc.), qualora la loro contabilizzazione non risponda alla corretta applicazione dei principi contabili oppure si differenzi da quelli adottati dal potenziale acquirente;
- distorsioni di natura fiscale.
- componenti di origine contabile, che comportano un'incidenza sul risultato di esercizio che è solo un riflesso contabile e, in quanto tale, privo di significato economico (ad esempio, vengono variati, rispetto all'esercizio precedente, i metodi di valutazione di una determinata posta, è il caso del passaggio da una valutazione del magazzino dal criterio LIFO a quello FIFO);

- componenti straordinari di reddito, ovvero quelle voci che per l'eccezionalità della loro natura e frequenza di accadimento devono essere considerate straordinarie e che quindi, vanno stornate ai fini della determinazione dei normali risultati di esercizio. Durante la normalizzazione del reddito, il concetto di straordinarietà deve essere analizzato anche in relazione alla gestione operativa, ovvero alla presenza di ricavi e costi particolari. Elevati ricavi derivanti da un contratto a tempo determinato inerente solo all'anno in questione, per il quale si è consapevoli che non potrà essere rinnovato successivamente, per esempio, dovrebbero essere evidenziali ed eliminati dal risultato di esercizio al fine di non gonfiare gli indicatori di riferimento. Anche riguardo ai costi dovuti, per esempio, al guasto imprevedibile di numerosi impianti, essi dovrebbero essere stornati per non distorcere la conoscenza della struttura aziendale. Nell'analizzare le componenti straordinarie è importante prendere come punto di riferimento il principio contabile sulla base del quale sono state contabilizzate. Il concetto di straordinario "allude all'estraneità della fonte generatrice del provento o dell'onere rispetto all'attività ordinaria". Sulla base di questo, dovranno essere così considerate le plusvalenze o minusvalenze derivanti dalla cessione di beni quali, complessi industriali, fabbricati industriali, intere linee di produzione, ecc., mentre le componenti positive o negative relative agli altri beni, rientreranno tra le poste ordinarie del reddito.

Come precedentemente esplicato, non esiste uno standard di due diligence riconosciuto dalla prassi professionale, ma questo tipo di attività può essere svolta con modalità e tecniche diverse dal professionista incaricato. Dipende dagli obiettivi, da chi lo richiede e dagli ambiti in cui viene svolta.

Gli ambiti possono essere molteplici.

Due diligence investigation

In questa riflessione si è cercato di rappresentare, anche se sinteticamente, i tipici interventi di due diligence (full e limited due diligence), la loro complessità e il processo che conduce alla valutazione di una azienda o complesso aziendale e del suo capitale economico oggetto di valutazione ai fini di una acquisizione o operazione straordinaria.

L'attività di due diligence può anche essere richiesta in alcuni casi particolari aventi obiettivi diversi.

Si tratta di un'attività di "investigation" per un intervento che, quasi sempre, ha obiettivi e aree di indagine limitati e predefiniti che possono essere richiesti da alcuni committenti a professionisti per motivi specifici.

Un esempio può essere l'ipotesi di una richiesta di due diligence investigation da parte di un'impresa estera, per verificare l'attività amministrativa, direzionale e gestionale da parte dell'amministratore unico di una società controllata italiana. Dal report potrebbero emergere una "mala gestio" da parte dell'amministratore, l'esistenza di una contabilità diversa da quella ufficiale, spese di natura personale imputate alle casse sociali, operazioni inesistenti e così via.

Altre volte l'investigation è richiesta da soggetti istituzionali che hanno una costante necessità di ricorrere ad interventi mirati che possono essere di supporto alle loro indagini, come per esempio la magistratura e per essa la polizia giudiziaria con obiettivi e verifiche specifiche.

Dal report di investigation, potrebbero emergere varie situazioni come per esempio l'individuazione di eventuali responsabilità che hanno causato dissesti di società, appropriazione indebita dei fondi

sociali, operazioni "fuori bilancio" con relative transazioni finanziarie attuate con terzi, reato di falso in bilancio ecc..
Per quanto concerne l'attività mirata ad accertare il falso in bilancio, la legislazione, dopo varie oscillazioni ha ritenuto di mantenere il falso valutativo con situazioni di sopravvalutazioni dell'attivo, sottovalutazioni del passivo, che necessiterà di altre e più particolareggiate rappresentazioni.

Sulla base dei fattori e delle considerazioni rappresentate, si ritiene che in futuro, oltre ad una maggiore specializzazione dei verificatori o investigator, sarebbe opportuno traslare l'esperienza privatistica qui rappresentata, nella realtà delle amministrazioni pubbliche.
Oltre al tradizionale e indispensabile organo della Corte dei conti che rappresenta l'organo di controllo e di verifica con massimo rilievo costituzionale, sarebbe necessaria la capacità di un' attività di "due diligence investigation" anche nel settore pubblico strutturato all'interno di esso.
All'inizio degli anni '90 un processo normativo ha già avviato rilevanti trasformazioni che hanno creato un innovativo cambiamento nel sistema della pubblica amministrazione. Innanzitutto il baricentro del sistema dei controlli è stato spostato da un tradizionale controllo di legittimità (con una amministrazione attenta quasi unicamente alla conformità degli atti alla legge e non al raggiungimento degli obiettivi) a quello gestionale, di verifica dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità dell'azione amministrativa in relazione agli strumenti finanziari e all'effettivo raggiungimento degli obiettivi affidati alle varie amministrazioni, e a quello strategico volto a promuovere una continua analisi degli scenari ambientali ed economici in cui l'azione pubblica deve manifestarsi.
Le nuove esigenze poste dal perseguimento di obiettivi di efficacia ed efficienza nell'utilizzo delle risorse hanno quindi determinato una

maggiore attenzione alla funzione di tipo gestionale, caratterizzata da approcci economico-aziendalistici, con un ampliamento della strumentazione disponibile e dell'utilizzo di tecniche dedotte dall'esperienza di impresa.

In linea con le tendenze internazionali (New Public Financial Management), è stato recepito dalla Legge di contabilità n. 196 del 2009, l'affiancamento, a fini conoscitivi, al sistema di contabilità finanziaria, un sistema di contabilità economico-patrimoniale. La contabilità economica consente una più immediata relazione tra fonti di finanziamento ed impieghi e tra risorse utilizzate e beni e servizi prodotti.

In questo contesto, quindi, è stato necessario modificare il modello gestionale del bilancio dello Stato, rinnovando il suo processo di gestione e di controllo ampliando l'orizzonte dagli aspetti autorizzatori, che pure rimangono di fondamentale importanza nel nostro sistema, a quelli legati alla valutazione dei risultati.

Purtroppo, nonostante il legislatore abbia cercato di introdurre negli ultimi anni un "approccio aziendalistico" nella gestione pubblica con numerose norme, al fine di renderla più economica, più efficiente, più efficace e trasparente, permangono ad oggi le inefficienze e carenze nella rilevazione delle informazioni e dei dati relativi all'attuazione delle spesa pubblica e nella misurazione e nella verifica dei risultati conseguiti. La stratificazione nel tempo di vari interventi normativi, la proliferazione e sovrapposizione di organi, comitati e commissioni, la commistione tra le diverse finalità perseguite, la complessità degli adempimenti demandati alle amministrazioni con un notevole dettaglio delle informazioni, spesso eccessivo rispetto alle esigenze conoscitive e la difficoltà di fornire un'interpretazione univoca alle priorità politiche e ai vari tipi di obiettivi hanno ostacolato il raggiungimento di un' accresciuta rispondenza dell'azione pubblica ai

bisogni della collettività ed una concreta valutazione dell'efficacia nell'allocazione delle risorse.

Da qui nasce l'esigenza di un attento riesame della struttura complessiva per un completo rinnovamento delle procedure, delle modalità operative e organizzative delle amministrazioni centrali e periferiche. E' necessario un rafforzamento dell'attività di verifica e di "investigation pubblica", di una programmazione e un sistema di controlli di tipo manageriale, i quali si caratterizzano per l'applicazione di strumenti e concetti propri delle scienze aziendali, per arrivare ad un sistema virtuoso utile e favorire una "governance" della finanza pubblica.

L'attività di monitoraggio e controllo dei conti pubblici costituisce uno dei momenti fondamentali per realizzare, nei confronti di tutti i soggetti istituzionali e non, una forma di accountability sulla verifica della coerenza dei risultati raggiunti rispetto agli obiettivi di finanza pubblica programmati attraverso l'attivazione e gestione di un corretto, sempre aggiornato, sistema di monitoraggio integrato; tale strumento costituisce anche il supporto indispensabile per la trasparente lettura e valutazione delle poste finanziarie iscritte, e da iscrivere, nei documenti contabili e di bilancio, preventivi e di consuntivo.

La "aziendalizzazione" parte dal principio che lo Stato è un'azienda di erogazione in quanto è costituito da un'organizzazione sociale indirizzata a realizzare prestazioni, beni e servizi per la stessa comunità amministrata che ne identifica la presenza pubblica ed istituzionale sul territorio in cui vive il popolo. Infatti, la finalità della amministrazione pubblica è costituita principalmente al soddisfacimento dei bisogni sociali espressi dalla collettività amministrata, svolgendo un' attività economica non lucrativa.

Einaudi aveva definito lo Stato come "grande azienda" anche se la principale distinzione fra lo Stato ed un'azienda sta nel fatto che la seconda è profit oriented e cioè pone il profitto come fine principale.
Anche l'azienda è un istituto economico duraturo che produce beni e servizi per la soddisfazione dei bisogni umani ed è proprio questa finalità che accomuna ogni organismo aziendale.
Dunque, affinchè sia possibile l'utilizzo di strumenti tipici della realtà d'impresa, come la due diligence, è necessario un processo di acquisizione dei criteri di gestione economico-aziendali, superando i modelli organizzativi e comportamentali che finora hanno dominato nella conduzione delle pubbliche amministrazioni.
La rilevante complessità dell'azione amministrativa dello Stato per il raggiungimento delle proprie finalità caratteristiche, necessita di un approccio metodologico e di analisi della governance pubblica e della contemporanea conduzione aziendale in una dimensione particolarmente complessa e dinamica di efficienza, efficacia ed economicità.
La "governance" degli equilibri complessivi di finanza pubblica, il ricorso a strumenti più idonei per il contenimento della spesa e gli interventi di sostegno sociale richiedono, dunque, un forte coordinamento a livello di controlli e verifiche, specie per l'impostazione corretta dei programmi di intervento e della relativa pianificazione finanziaria, dell'allocazione di risorse di bilancio che tengano conto delle effettive necessità e seguano, con il ricorso a successive integrazioni e rimodulazioni, i tempi di realizzazione delle strategie.
Il conseguimento di avanzamenti significativi nell'impostazione e nella realizzazione dell'azione pubblica impone di operare contemporaneamente su più aspetti: il sistema informativo contabile e non contabile del bilancio dello Stato, la riorganizzazione delle strutture amministrative, la realizzazione di importanti infrastrutture

di collegamento dell'attività delle varie amministrazioni, lo snellimento delle procedure di attuazione degli interventi, la responsabilizzazione dei dirigenti e di tutti i lavoratori del settore pubblico, e possibilmente di un' attività di "due diligence investigation" intesa come un rafforzamento dell'attività di analisi e verifica, con una disponibilità di dati significativi ed esaurienti che costituisce la base per accrescere la trasparenza, la controllabilità e la valutazione da parte delle istituzioni e dei cittadini, delle attività svolte dal settore pubblico, dei loro costi e dei loro risultati soprattutto con le attuali esigenze derivanti dalle pressanti contingenti congiunture economiche.

L'estensione al settore pubblico della due diligence, che tradizionalmente appartiene all'esperienza privatistica, meriterebbe un approfondimento scientifico e uno studio sulle metodologie e sulla sua operatività.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

IL DECRETO SEMPLIFICAZIONI E IL REGIME TRANSITORIO IN TEMA DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO-CONTABILE: I CHIARO-SCURI DELLA RIFORMA

di Angelo Canale, Procuratore generale della Corte dei conti

Incentrerò il mio intervento non su di una esegesi della norma (l'art. 21 del Decreto Semplificazioni) che, com'è oramai noto, ha modificato – con norme sostanziali e quindi non applicabili ai giudizi in corso - l'elemento soggettivo richiesto per la responsabilità amministrativa, ma sui presupposti e su reali effetti della stessa modifica, su talune sue criticità sotto il profilo del rispetto dei principi costituzionali e infine sul rapporto tra il nuovo regime giuridico introdotto dall'art. 21 e la regolamentazione europea relativa al Recovery Fund.

Considerato il tempo a disposizione, non ho alcuna pretesa di essere esaustivo ma quantomeno di accendere una luce, quella del dubbio, spero del forte dubbio, in chi ha approvato una norma che io ritengo non utile rispetto ai fini che il Legislatore si era prefissato e soprattutto non in linea con la normativa eurounitaria.

^^^

L'art. 21 del Decreto Semplificazioni ha apportato importanti modifiche sostanziali al regime della responsabilità amministrativo-contabile, quella cui soggiace il dirigente che causa un danno

patrimoniale all'Erario.

In particolare, sul piano strutturale, in quanto regola modificativa dell'art. 1 della L. 20/1994, con il primo comma dell'art. 21 è stato precisato che ai fini della prova dell'elemento soggettivo del dolo, occorre dimostrare la volontà dell'evento dannoso.

E' pertanto richiesto, pur non disponendo il PM contabile degli strumenti d'indagine e istruttori del PM penale, un dolo "in chiave penalistica".

Con il secondo comma è stata introdotta la limitazione della responsabilità amministrativo-contabile, per i fatti commessi dall'entrata in vigore del decreto (17 luglio 2020) e sino al 31 dicembre 2020, ai soli fatti commessi con dolo, nei termini del modificato art. 1 della detta legge 20/1994, salvo quelli cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente per i quali la detta limitazione non è applicabile.

In sintesi, il nuovo regime della responsabilità amministrativa, sino al 31 dicembre 2021, non prevede più il requisito della colpa grave, se non per i danni causati da omissione o inerzia; per i fatti commissivi, attivi, prevede, in via strutturale, come elemento psicologico necessario solo il dolo, ma quello "in chiave penalistica", ovviamente assai più difficile, per l'attore, da provare.

Come era prevedibile, c'è già chi ritiene che le regole poste dall'art. 21 debbano avere tutte un carattere strutturale. C'è chi lavora per questo obiettivo.

^^^

La previsione dell'art. 21 - che ha oggettivamente attenuato il regime delle responsabilità gravante su amministratori e pubblici funzionari, perché quello era il dichiarato obiettivo, l'effetto voluto - è stata motivata con la necessità, legata anche all'imminente attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, di alleggerire il peso della responsabilità, restringerne il perimetro e contrastare

l'inerzia derivante dalla c.d. *paura della firma*.

Dunque, la premessa da cui si è mosso il Legislatore è che il rischio di incorrere nella responsabilità amministrativa indurrebbe i dirigenti alla c.d. bur*ocrazia difensiva*, alla quale si deve la colpa dei ritardi nella realizzazione di piani, progetti, opere.

Tuttavia la "premessa", opportunamente rilanciata dagli organi di informazione, tanto da assurgere a verità assoluta (nel senso che si dà oramai per scontato che l'azione amministrativa sia bloccata per la paura del processo contabile e della Corte dei conti), 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, anche ricavabili *ex post* da un'analisi delle migliaia di sentenze pronunciate dalle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, tutte accessibili nella banca dati della stessa Corte dei conti.

In verità, illustri studiosi hanno evidenziato che la "paralisi del fare", che esiste e certamente va contrastata, è tuttavia ascrivibile in larga misura alla farraginosità delle regole, alla esondazione o ipertrofia normativa, alla tortuosità dei percorsi decisionali, alla impreparazione della dirigenza o almeno di parte di essa, ad una serie di concause che potremmo cumulativamente qualificare come "cattiva amministrazione".

(Io aggiungo anche la riduzione dei controlli preventivi; e con riferimento ai cantieri bloccati anche le lacune progettuali e le criticità delle analisi di fattibilità)

Ma, si è detto, i vari tentativi tesi alla semplificazione normativa sono falliti, per cui limitare il "rischio" della responsabilità amministrativo-contabile per contrastare la c.d *paura della firma* è apparsa non la migliore soluzione, ma quella più facilmente praticabile: in questo ragionamento manca però un elemento di assoluto rilievo, e cioè l'analisi delle ricadute della più facile soluzione scelta sull'azione amministrativa, il suo riflesso sull'allentamento del

principio di legalità e sulla conseguente alimentazione dei fenomeni corruttivi, per questi ultimi nella intelligente definizione che anni fa l'ANAC diede della nozione di fatto corruttivo: nozione che è «*più ampia dello specifico reato di corruzione e del complesso dei reati contro la pubblica amministrazione*» e coincide con la "*mala amministrazione* ", intesa come assunzione di decisioni (*di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche*) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari.

Ecco, nessuno si è chiesto quale ricaduta o quale concorrente ricaduta avrebbe il nuovo regime della responsabilità.

Neppure noi, magistrati del Pubblico Ministero contabile, ma certamente uniti in questo ai colleghi di qualsiasi funzione svolta dalla Corte dei conti, ce lo siamo chiesto: non ce lo siamo chiesto perchè già lo sappiamo. E lo sappiamo perché, come ha recentemente ricordato il Presidente Draghi, siamo "i guardiani autorevoli dei conti pubblici" e siamo, per cultura ed esperienze, ben consapevoli delle dinamiche della spesa pubblica e dei suoi profili patologici.

Quando si abbassa l'effettività del principio di legalità, quando si delimita al di sotto di una certa soglia il perimetro delle responsabilità, quando la "fuga della firma" in realtà è la "fuga dai controlli", si innesca il processo di formazione non di buone prassi ma della "mala amministrazione", nel significato datole dall'ANAC. Facciamo solo un pensiero a quello che sta emergendo in questi giorni a proposito degli acquisti di mascherine e altra prodotti medicali….

Gli stessi vagheggiati "benefici" (l'avvio di piani, progetti, opere, lo sblocco dei cantieri) sono solo meramente supposti, come in realtà era supposto il loro "blocco" a causa della "paura della firma" derivante dal timore della responsabilità amministrativa.

Come ho detto, nessuno ha illustrato casi concreti, nessuno è

entrato nel dettaglio. E pensare che centinaia di cantieri siano bloccati, tutti o solo una parte, per la paura della responsabilità amministrativa è una cosa che proprio non esiste. Noi non abbiamo il potere giuridico di sequestrare o bloccare cantieri.

Permettetemi di fornire qualche dato: sono stati circa 2000 i giudizi di responsabilità promossi nel biennio 2019/2020; l'analisi della tipologia delle fattispecie dedotte in questi duemila giudizi di responsabilità ci consegna un quadro dove spiccano: fattispecie direttamente connesse alla commissione di reati (267 nel 2019, 203 nel 2020), frodi comunitarie (un centinaio), numerosi casi di assenteismo, i casi dei furbetti del cartellino, mancate entrate tributarie, mancata riscossione di canoni, percezione di emolumenti non dovuti, indebiti conferimenti di incarichi e di consulenze, danni derivanti da attività sanitarie, indebita percezione o indebito impiego di contributi pubblici, indebita corresponsione di premi, indennità, trattamenti accessori, omesso recupero di crediti, ritardati o mancati accertamenti, danni di varia natura al patrimonio pubblico, assunzioni illegittime, falsi invalidi, etc.

Ebbene, in apparenza nulla, fin qui, che si possa ricondurre alle supposte cause della "paura della firma", né le fattispecie ricordate sembrano riguardare piani, progetti, programmi, opere pubbliche, cantieri bloccati.

Ma è su queste fattispecie, dove spesso si combinano elementi dolosi e colposi, o più spesso si rinviene solo colpa grave, cioè grave e inescusabile trascuratezza dei doveri minimi richiesti, che andrà soprattutto ad impattare il nuovo regime della responsabilità amministrativa.

È vero che nel 2019 ci sono state anche 14 citazioni legate alla realizzazione di opere pubbliche e 17 citazioni connesse ad attività contrattuali e che nel 2020, a causa della riduzione delle attività a causa del Covid, le stesse citazioni sono state complessivamente 15:

ma si converrà che questi numeri -in rapporto alle stazioni appaltanti, che pare siano oltre 30mila - non sembrano tali, ammesso che in astratto queste ultime fattispecie possano riferirsi a piani, progetti, programmi, opere, da aver determinato una così diffusa, paralizzante "paura" o gli effetti della c.d. burocrazia difensiva.

Aggiungo per completezza statistica, che mediamente su 100 istruttorie solo 3 o 4 diventano giudizi di responsabilità; e solo il 60% di questi giudizi si conclude con una sentenza definitiva di condanna.

Le tantissime archiviazioni nella fase istruttoria, le tante assoluzioni all'esito del processo danno conto - e sottolineano in ciò la professionalità di PM e Giudici - anche di una particolare attenzione alle difficoltà operative che affronta il dirigente, alla considerazione della poca chiarezza normativa nella quale opera il funzionario, alla scarsità dei mezzi a disposizione, sino alla valutazione dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata (specifica esimente prevista dalla legge 20/1994).

Si dice che il processo di per sé sia una condanna, ma ciò non può risolversi nel non fare il processo quando ne sussistano le ragioni. Deve però trattarsi di un "giusto", rapido ed equilibrato processo.

Il dubbio è forse che si guardi, ancora oggi, all'istruttoria e al giudizio di responsabilità secondo vecchi stereotipi, del tutto superati: chi ha questi timori ignora, e purtroppo lo ignorano ancora in tanti, che dall'ottobre 2016 è entrato in vigore il primo Codice di giustizia contabile, che ha previsto regole certe e, per quanto interessa in questo ragionamento, ampie e inedite tutele difensive sin dalla fase istruttoria, riti abbreviati, etc. Un "giusto processo", preceduto da una istruttoria che, nella chiara volontà del Legislatore delegato del 2016, non poteva e non può mai tradursi in una anticipata condanna. Un'istruttoria, tra l'altro, che, come detto, non prevede la possibilità di bloccare lavori o sequestrare cantieri.

Certo, di più si può fare per migliorare il regime della

responsabilità, ad esempio in tema di spese legali, prevedendo il rimborso – nella misura corretta e congrua - anche per quelle sostenute a seguito di invito a dedurre, e quindi in una fase che solo eventualmente precede il processo; ovvero si può intervenire sulle condizioni, già abbastanza vantaggiose, dei riti abbreviati (quelli hanno introdotto misure alternative al processo, attraverso il pagamento immediato di una somma inferiore alla pretesa risarcitoria).

Insomma, il contesto normativo, le fattispecie dedotte in giudizio, i numeri – non quelli vagheggiati o semplicemente non forniti– ci dicono che le cause della "*paura della firma*", della fuga dalle responsabilità vanno ricercate altrove, e non nella responsabilità amministrativa, che è posta a tutela della corretta gestione delle pubbliche risorse.

Questo per quanto riguarda le premesse che avrebbero motivato la disposizione in esame.

^^^^^^

Ora, il profilo costituzionale.

È noto che la limitazione (generalizzata, perché limitazioni specifiche già esistevano per lo svolgimento di attività a rischio) della responsabilità amministrativa al dolo o colpa grave, fu introdotta con le riforme degli anni '90.

Soprattutto con questa ultima regola ma anche con il carattere personale della responsabilità, con la connessa intrasmissibilità agli eredi, salvo i casi di illecito arricchimento, etc. la responsabilità amministrativa si allontanava dalla tradizionale matrice civilistica, cioè dalla comune responsabilità risarcitoria - che per circa un secolo ne aveva permeato sia i profili sostanziali che quelli processuali - e assumeva una nuova conformazione, come riconobbero le Sezioni riunite della stessa Corte dei Conti all'indomani della riforma del 1994 e come precisò la Corte costituzionale allorquando si pronunciò sulle

questioni di legittimità costituzionale sollevate da alcune sezioni giudicanti della Corte, ancora legate al precedente assetto sostanziale.

Si denunciava, tra l'altro, la violazione dell'articolo 3 della Costituzione, perché si riteneva da parte dei giudici rimettenti che la nuova responsabilità, distaccandosi da quella civile, avesse determinato una ingiustificata disparità di trattamento a favore dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti.

Non era l'unico profilo di incostituzionalità dedotto, ma indubbiamente era quello più suggestivo. Era stata denunciata anche la violazione degli artt. 24, 81, 97, 103 della Costituzione.

Vale allora la pena di ricordare alcuni passaggi della sentenza della Corte costituzionale numero 371 del 1998, di grande e attuale interesse alla luce della riforma introdotta con l'articolo 21 del Decreto Semplificazioni.

Osservava la Corte costituzionale che, nel processo di nuova conformazione della responsabilità amministrativa deve essere valutata positivamente la limitazione della responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, poiché essa risponde all'intento "*di predisporre nei confronti dei dipendenti e degli amministratori pubblici un assetto normativo in cui il timore della responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzia nello svolgimento dell'attività amministrativa*".

Sottolineava la Corte, che "*nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, che connotano l'istituto qui in esame, la disposizione in questione risponde alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo*".

Un "punto di equilibrio", affermava la Corte costituzionale.

Il concetto è importante: significa, in altri termini, che interventi legislativi che allontanino la prospettiva della responsabilità, elevando oltre una certa misura la soglia della imputabilità, alterano inevitabilmente la equilibrata ripartizione del rischio, facendolo gravare in larga misura o pressoché esclusivamente sull'apparato pubblico - diciamo pure sulla fiscalità generale - senza concretizzare quegli effetti di deterrenza e quella ragione di stimolo che si accompagnano alla prospettiva della responsabilità.

A mio avviso, il nuovo regime della responsabilità, sono certo in buona fede e ispirato dalla volontà di velocizzare la ripresa, ha fatto venir meno il punto di equilibrio saggiamente indicato dalla Corte costituzionale, al di qua o al di là del quale probabilmente si porrebbe anche un problema di costituzionalità, almeno con riferimento all'art. 97 della Costituzione, che invece, relativamente alla limitazione della responsabilità al solo dolo o colpa grave, era stato escluso proprio con le argomentazioni sopra richiamate.

In ipotesi, avuto riguardo alle ragioni che hanno motivato il nuovo regime della responsabilità, si è visto quanto incoerenti e prive di dati di fatto, forse si porrebbe anche un problema di irragionevolezza e arbitrarietà della scelta normativa.

Del resto, secondo la sentenza Corte costituzionale n. 411 del 1988, il Legislatore è arbitro di stabilire non solo quali comportamenti possano costituire titolo di responsabilità, ma anche quale grado di colpa sia richiesto ed a quali soggetti la responsabilità sia da ascriversi, ma deve comunque osservare il limite della ragionevolezza e della non arbitrarietà.

^^^^^^^

Ed ora, l'ultimo profilo, quello afferente ai rapporti tra il nuovo regime della responsabilità introdotto dal più volte citato art. 21 e la regolamentazione europea relativa al Recovery Fund.

Il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n.

2021/241 del 12 febbraio 2021, "*che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza*" (il c.d. Recovery Fund") dedica molta attenzione al controllo sulla corretta gestione dei fondi .

Il complesso normativo che disciplina il dispositivo trova, ai sensi dell'art. 8 del Regolamento 241 del 2021, le sue regole generali nel Regolamento finanziario e nel Regolamento 2092 del 2020.

In tale contesto, e per quanto attiene specificamente alla tutela degli interessi finanziari della UE, i principi normativi impongono il rispetto, tra l'altro:

- del corretto funzionamento delle autorità preposte al controllo, alla sorveglianza e all'audit finanziari, nonché il corretto funzionamento di sistemi efficaci e trasparenti di gestione e responsabilità finanziarie (art. 4, comma 2, lett. b), Reg. n. 2092 del 2020);

- dell'effettivo controllo giurisdizionale, da parte di organi giurisdizionali indipendenti, delle azioni od omissioni compiute dalle autorità (art. 4, comma 2, lett. d), Reg. n. 2092 del 2020);

- del recupero dei fondi indebitamente versati (art. 4, comma 2, lett. f), Reg. n. 2092 del 2020).

Particolare attenzione, a livello eurounitario, è data a tale ultimo profilo, ossia al recupero dei fondi.

A tal fine, il Regolamento n. 241 del 2021 all'art. 8 fa espresso rinvio alla normativa generale del Regolamento finanziario, che prevede la responsabilità degli agenti finanziari, che sono tenuti "*a risarcire il danno alle condizioni dello statuto" (art. 92 Reg. finanziario UE*); il riferimento è allo Statuto dei funzionari UE, che prevede all'art. 22 che "*Il funzionario può essere tenuto a risarcire, in tutto o in parte, il danno subito dall'Unione per colpa personale grave da lui commessa nell'esercizio o in occasione dell'esercizio delle sue funzioni*".

A sua volta, l'art. 22, primo comma, del Regolamento 241 – che

è fonte primaria del diritto - espressamente stabilisce:

1. Nell'attuare il dispositivo gli Stati membri, in qualità di beneficiari o mutuatari di fondi a titolo dello stesso, adottano 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, in particolare per quanto riguarda la prevenzione, l'individuazione e la rettifica delle frodi, dei casi di corruzione e dei conflitti di interessi. A tal fine, gli Stati membri prevedono un sistema di controllo interno efficace ed efficiente nonché provvedono al recupero degli importi erroneamente versati o utilizzati in modo non corretto. Gli Stati membri possono fare affidamento sui loro normali sistemi nazionali di gestione del bilancio.

Nel contesto delle articolate motivazioni e nelle prescrizioni del Regolamento 241, il Legislatore europeo si è pertanto soffermato sul controllo e sul fatto che l'attuazione del dispositivo – anche con il rinvio dinamico previsto dall'art. 8 del medesimo Regolamento - debba essere in linea con il principio della sana gestione finanziaria, che comprende la prevenzione e il perseguimento efficaci della frode, ivi compresa la frode fiscale, l'evasione fiscale e il conflitto di interessi. E' altresì previsto che gli interessi finanziari dell'Unione siano, da ciascun Paese, tutelati efficacemente.

È importante evidenziare quanto emerge dalle motivazioni e dalle prescrizioni del Regolamento 241 sul rapporto tra l'attività di controllo e le azioni dirette all'immediata e puntuale azione repressiva, non solo di carattere penale, ma diretta anche all'effettivo recupero delle somme di cui si riscontrino profili di frode.

Il rinvio all'art. 22 dello Statuto dei funzionari U.E., che espressamente richiama la colpa grave per il risarcimento del danno è poi di particolare rilievo, in quanto, oltre all'azione recuperatoria, pare prevedere anche la risarcibilità dei danni arrecati con colpa grave: è

ovvio, con riferimento aigli interventi finanziati con fondi europei del Recovery Fund.

E dunque, l'Europa, in estrema sintesi, ci fornisce i mezzi finanziari per la ripresa, ma esige, giustamente, una sana gestione finanziaria ed efficaci azioni di contrasto, non solo di carattere penale ma anche recuperatorie, nei casi di impiego illecito dei fondi del Recovery Fund, nonchè risarcitorie nei termini di cui all'art. 22 dello Statuto funzionari UE, che entra nel quadro normativo che regola l'attuazione del Recovery Fund per effetto del già menzionato art. 8 del Reg. 241-

Queste ultime azioni, quella recuperatoria e quella risarcitoria, chiamano in causa innegabilmente la "giustizia contabile ", che deve poter contare, con specifico riferimento alle misure da attuale con il Recovery Fund, su tutti gli strumenti giuridici necessari per adempiere agli obblighi posti dal Regolamento a carico dello Stato italiano.

Quanto alle frodi, l'azione al loro contrasto non è estranea all'attività e alle esperienze del Pubblico Ministero contabile.

È ciò che senza clamori, ma seriamente, facciamo da anni.

Devo infatti ribadire che sul fronte del contrasto alle frodi, comunitarie e non, le procure regionali sono da tempo particolarmente attive, come dimostrano i dati – numero delle sentenze (1173 nel decennio trascorso), importi delle condanne (oltre 1,1 mld di euro, nel medesimo periodo) – forniti in occasione della recente inaugurazione del corrente anno giudiziario.

La Procura generale, in collegamento e sinergia con omologhi organi di tutti i paesi europei, è partner oramai storico di OLAF – l'ufficio europeo antifrode – e ha già avviato contatti con finalità operative con EPPO, la Procura europea antifrode.

Vale rammentare, per ultimo, che, ai sensi dell'art. 325 del Trattato UE, i Paesi membri sono tenuti a proteggere gli interessi

finanziari dell'Unione con i medesimi strumenti con i quali proteggono i propri interessi finanziari: e dunque l'abbassamento del livello di protezione dei nostri interessi finanziari (restringendo il perimetro delle responsabilità amministrativo-contabili, ammesso che ciò sia possibile alla luce della stessa normativa europea) determina anche, di riflesso, l'abbassamento del livello di protezione degli interessi finanziari dell'Unione, e ciò per l'appunto mi sembra in contrasto con le prescrizioni del Regolamento 241/2021.

Non si giustifica allora, a maggior ragione, la recente attenuazione del regime della responsabilità, che a me pare contrastare con il quadro normativo eurounitario, che fa da cornice all'attuazione del c.d. dispositivo.

In tale quadro, torno a ribadire, si fa espresso riferimento, come detto, sia alle finalità recuperatorie, sia a quelle risarcitorie, essendo per queste ultime richiesto, ai sensi dell'art. 22 Statuto funzionari UE, l'elemento soggettivo della colpa grave (escluso dall'art. 21 del decreto Semplificazioni).

Concludendo, tutti i magistrati della Corte dei conti e nello specifico tutti i pubblici ministeri contabili non sono solo "guardiani autorevoli dei conti pubblici" italiani, ma sono, direi nello stesso tempo, con riguardo al dispositivo per la ripresa e la resilienza che ha un rilievo strategico per il Paese e con riferimento alle regole di controllo cui lo Stato italiano è tenuto per effetto della normativa eurounitaria, anche i "guardiani autorevoli" delle finanze comunitarie.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

SUL SISTEMA DEI CONTROLLI EX PROGRAMMA OPERATIVO FESR SICILIA 2014-2020: ALCUNE PROPOSTE DI MIGLIORAMENTO E UN TENTATIVO DI SISTEMATIZZAZIONE DELLE POSSIBILI LINEE DI INTERVENTO

di Andrea Cuccia, Dottore di ricerca in Modelli per il miglioramento della performance nel settore pubblico, Università degli Studi di Palermo

Abstract

Partendo da un inquadramento del controllo quale sistema integrato comprendente tre sub-sistemi (struttura organizzativa, struttura informativa e processo), e quale attività incardinata sulla compresenza di dualità amministrative soggettuali, oggettuali, finali e temporali, il presente lavoro ha cercato di illustrare lo stato dell'arte relativo al sistema dei controlli ex PO FESR Sicilia 2014-2020. In particolare, ha cercato di scandagliare il ruolo che l'Area 7 (Controlli, Repressioni Frodi Comunitarie e Chiusura Programmi Comunitari) del Dipartimento Regionale della Programmazione facente capo alla Presidenza della Regione Siciliana dovrebbe avere in seno all'architettura organizzativa tracciata dal Sistema di Gestione e Controllo (SIGECO) associato al Programma Operativo. Traendo spunto dalla propria esperienza di formazione e lavoro presso l'Unità di Monitoraggio e Controllo dell'Area 7 (U.O.B. A7.1), responsabile dei controlli sulle operazioni che pertengono all'asse prioritario 11 (Assistenza Tecnica) del POR FESR, l'Autore ha, quindi, cercato di elaborare alcune proposte di miglioramento di stampo manageriale, a

valere sui tre livelli di inferenza del controllo sopracitati. Tali proposte, da un lato, potrebbero consolidare il ruolo dell'Area 7 quale garante della funzione di "audit interno"; dall'altro, potrebbero tradursi in suggerimenti operativi passibili di adozione all'interno di tutte le UMC preposte all'espletamento dei controlli di primo livello, e potenzialmente generalizzabili a tutti gli Uffici di Controllo operanti in un'Amministrazione Pubblica.

1. I sistemi dei controlli nella Pubblica Amministrazione.

Secondo i tradizionali dettami di matrice economico-aziendale, l'attività di controllo dischiude il tentativo di porre ad ordinamento sistematico le regole di comportamento amministrativo riconducibili ad una data Amministrazione. Il controllo, infatti, punta ad appurare ex post l'adozione di comportamenti amministrativi informati a canoni di razionalità, assunto che la razionalità amministrativa sottende una consonanza dell'agire amministrativo con le aspettative, le conoscenze in essere ed i poteri e le capacità correlati ad un'Amministrazione.

Avendo la pretesa di porre in ordine le regole di comportamento amministrativo secondo logiche tendenzialmente sistemiche, il controllo si ammanta normalmente di linee di sviluppo di carattere estensivo, dal momento che esso punta ad accertare il grado di razionalità delle singole operazioni e, in ultima istanza, dell'intera attività amministrativa.

Sebbene il perdurare di una condizione di razionalità dell'agire amministrativo sia già di per sé invocato dal dettato normativo, come comprovato dalla Legge n. 241/1990 e, nel caso delle Amministrazioni Pubbliche siciliane, dalla legge Regionale n.7/2019 ("Disposizioni per i procedimenti amministrativi e la funzionalità dell'azione amministrativa"), secondo cui l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di

efficienza, di economicità, di efficacia, di pubblicità, di imparzialità e di trasparenza, tale condizione andrebbe ricercata trascendendo dalla mera osservanza delle prescrizioni normative, e predisponendo all'uopo assetti organizzativi e meccanismi di funzionamento trasparenti, che ricomprendono un'attività di controllo condotta su base sistematica. Soltanto ricorrendo ad una simile panoplia di strumenti operativi, diventa possibile, infatti, per un'Amministrazione traguardare ad un tempo la piena rispondenza fra i beni e servizi approntati e risultati attesi (efficacia), la massimizzazione dei risultati ottenuti a fronte del minor dispendio di risorse possibile (efficienza), nonché il soddisfacimento delle attese facendo leva su un prelievo di ricchezza socialmente accettabile (economicità).

Fra gli strumenti operativi sommariamente identificati quali catalizzatori del perdurare di una condizione di razionalità amministrativa, l'attività di controllo merita particolare attenzione per via della sua natura peculiare. Essa, infatti, si regge su uno spettro di dualità amministrative avvinte fra loro da rapporti di codeterminazione interattiva e rideterminazione iterativa. Nello specifico, il controllo è tradizionalmente incardinato sulla compresenza delle seguenti dualità amministrative, in forza delle quali si può stabilire chi fa, che cosa, per quali scopi e con quali tempistiche:

- dualità soggettuali, del tipo ruoli/contro-ruoli, per cui ad un soggetto incaricato di porre in essere materialmente le singole operazioni, si oppone un soggetto tenuto a raccogliere riscontri;
- dualità oggettuali, del tipo azioni/contro-azioni, dove la contro-azione corrisponde normalmente all'accertamento delle osservanza delle regole che, in linea di principio, dovrebbero guidare lo svolgimento delle singole azioni;

- dualità finali, espressione di una difformità a livello di scopi che guidano l'operato dei ruoli e i contro-ruoli, da bypassare attraverso l'ancoramento alle preminenti finalità istituzionali verso cui l'attività amministrativa tout court dovrebbe tendere;
- dualità temporali, del tipo antecedenze/susseguenze, per cui il controllo richiede che le azioni e le contro-azioni si realizzino in diversi istanti temporali e nel rispetto di un rigido ordine logico-cronologico.

In coerenza con la sua natura poliedrica, al fine di mettere in atto un approccio diagnostico delle possibili disfunzioni rinvenibili sul piano della razionalità amministrativa, l'attività di controllo si serve di tre partizioni poste in stretta sinergia fra loro:

- una struttura organizzativa, intesa come complesso di posizioni di lavoro concatenate fra loro, ciascuna delle quali ricomprende ad un tempo le operazioni da svolgere, le competenze e le skills richieste e il grado di autonomia decisionale accordato, espressione di un maggiore o minore ventaglio di alternative di comportamento possibili;
- una struttura informativa, coincidente con il complesso di dati e modalità di fruizione attraverso cui vengono prodotte informazioni tempestive e accurate a beneficio di utilizzatori interni ed esterni;
- una dinamica di processo che, tenendo insieme elementi di feedback e di feedforward, rivela l'attivazione iterativa di un ciclo che parte dall'individuazione ex ante dei risultati attesi associati alle diverse posizioni di lavoro, prosegue con la verifica ex post dei risultati raggiunti e si conclude con l'analisi delle cause degli scostamenti, in vista della ridefinizione dei risultati attesi.

Sic stantibus rebus, il presente lavoro ha inteso trarre dall'analisi del sistema dei controlli ex PO FESR Sicilia 2014-2020, nonché dall'analisi del ruolo assegnato all'Area 7 (Controlli, Repressioni Frodi Comunitarie e Chiusura Programmi Comunitari) del Dipartimento Regionale della Programmazione facente capo alla Presidenza della Regione Siciliana in seno al Sistema di Gestione e Controllo (SIGECO) associato al Programma Operativo, alcune proposte di miglioramento di stampo manageriale, a valere sui tre livelli di inferenza del controllo sopracitati, e potenzialmente generalizzabili a qualsivoglia Ufficio di Controllo operante in un'Amministrazione Pubblica. Tali proposte di miglioramento potrebbero sancire un ridimensionamento della tradizionale ottica burocratica, realizzando quell'afflato alla responsabilizzazione diffusa codificato dalle sopracitate prescrizioni normative.

2. Il sistema dei controlli per il PO FESR Sicilia 2014-2020.

Come statuito dal manuale dei controlli di primo livello relativo al PO FESR della Regione Siciliana 2014/2020, aggiornato a gennaio 2021, le attività di controllo hanno l'obiettivo di contribuire alla sana gestione finanziaria dei fondi strutturali e di investimento europei secondo principi di economia, efficacia, ed efficienza.

L'Autorità di Gestione (AdG) di un Programma Operativo cofinanziato da fondi comunitari è tenuta ad implementare all'uopo le attività, le procedure e gli strumenti di sua responsabilità già prospettati dal Reg.UE 1303/2013. L'architettura organizzativa sottostante all'attuale Sistema di Gestione e Controllo (SIGECO) associato al PO FESR Sicilia 2014/2020 fa leva su una rigida separazione funzionale all'interno dell'AdG fra gli Uffici Competenti per Operazioni (UCO) e le Unità di Monitoraggio e Controllo (UMC). I primi coincidono con gli uffici preposti a dare avvio all'esecuzione delle singole operazioni a titolarità e a regia che pertengono all'Asse Prioritario di diretta

competenza; i secondi, invece, rappresentano quegli uffici che, acquisita dagli UCO tutta la documentazione relativa alle singole operazioni, sono tenuti a verificare che sussistano i requisiti di ammissibilità della spesa, fermo restando il compito delle UCO di identificare in prima approssimazione il ventaglio di voci di spesa potenzialmente eleggibili. In tal senso, il Manuale dei controlli di primo livello associato al PO FESR 2014/2020 della Regione Siciliana, in combinato disposto con quanto previsto dal Reg. UE 1303/2013 e dal DPR n.22/2018, compendia i seguenti criteri in forza dei quali una spesa può essere catalogata come ammissibile ed eleggibile in sede di acquisizione di un co-finanziamento comunitario:

1. effettività della spesa eleggibile, con riferimento ai pagamenti effettuati dal beneficiario nell'attuazione dell'operazione cofinanziata;
2. legittimità della spesa, intesa come conformità alle disposizioni di legge in materia fiscale, contabile e civilistica vigenti a livello europeo, nazionale e regionale, nonché conformità a quanto disposto dal Programma sulle condizioni di sostegno alla relativa operazione;
3. temporalità della spesa, intesa come confluenza del sostenimento e del pagamento della spesa da parte del beneficiario nel periodo di ammissibilità previsto dal Programma, compreso tra l'1 gennaio 2014 ed il 31 dicembre 2023;
4. pertinenza ed imputabilità della spesa ad un'operazione selezionata dall' Autorità di gestione o sostenuta sotto la sua responsabilità;
5. sussistenza di una prova documentale del sostenimento di una spesa, tale per cui essa deve risultare comprovata da fatture quietanzate o giustificata da documenti contabili

aventi valore probatorio equivalente e, in ogni caso, deve esserci idonea documentazione tesa ad attestare la pertinenza della spesa sostenuta rispetto all'operazione selezionata dall'AdG;

6. tracciabilità della spesa, intesa come verificabilità delle spese sostenute facendo leva su una corretta e completa tenuta della documentazione che comprovi l'esistenza sullo sfondo di un'adeguata pista di controllo;
7. corretta localizzazione della spesa, per cui essa deve sostenere quelle operazioni che interessano esclusivamente l'area territoriale indicata dal Programma;
8. divieto di cumulo di finanziamenti, per cui, al fine di evitare un doppio finanziamento delle medesime spese, tutti i documenti giustificativi di spesa devono essere corredati da univoci rimandi all'operazione in esame e al Programma di riferimento;
9. la stabilità delle operazioni finanziate.

Come già anticipato, nell'attuale Sistema di Gestione e Controllo associato al PO FESR Sicilia
2014/2020, le UMC sono incaricate di espletare i controlli di primo livello, in coerenza con quanto previsto dall'Articolo 125, paragrafo 5, del Regolamento (UE) 1303/2013. Si tratta di controlli relativi ai processi per i quali l'organizzazione è responsabile, svolti al fine di verificare la fornitura dei prodotti e dei servizi cofinanziati, l'effettività delle spese dichiarate in sede di rimborso, e la conformità con le norme nazionali e le norme comunitarie applicabili, nonché con i termini della decisione della Commissione che approva il Programma Operativo.

Tipicamente, i controlli di primo livello si servono di piste di controllo, check list e rapporti di controllo distinti per macro-processo (almeno tre, ovvero, la realizzazione delle opere pubbliche, l'acquisizione di beni e servizi e gli aiuti erogati a imprese e individui), e tipologia di operazioni, siano esse a regia o a titolarità.

Ai sensi dell'articolo 25, paragrafo 1, lettera i), del regolamento delegato (UE) n. 480/2014 della Commissione, la pista di controllo si atteggia a tentativo di mappare i processi favorendo la riconciliazione tra i dati relativi agli indicatori di output dell'operazione e i target finali, i dati comunicati e il risultato del Programma. Proprio il ruolo rivestito dalle piste di controllo permette di comprendere in che termini il controllo di primo livello tenda a favorire idealmente l'allineamento fra scelte strategiche e scelte operative. Tutte le verifiche di gestione svolte dalle UMC rappresentano un primo livello di screening del grado di legittimità e regolarità delle spese sostenute e devono essere concluse in tempo utile per consentire all'AdG inteso come complesso dei Dipartimenti Regionali qualificati come Centri di Responsabilità competenti per Asse Prioritario, a cui si aggiunge il Dipartimento Regionale della Programmazione nel suo duplice ruolo di Centro di Responsabilità per l'Asse Prioritario 11 (Assistenza Tecnica), e di Autorità di Coordinamento dell'AdG di trasmettere puntualmente all'Autorità di Certificazione (AdC) le dichiarazioni di spesa comprendenti gli importi, divisi per priorità e per pagamenti attestati, validati sul gestore documentale Caronte. Tale gestore, collegato al Sistema Nazionale di Monitoraggio, rappresenta il basamento su cui si innesta l'attività dell'AdC, dal momento che quest'ultima dovrà monitorare i soli importi validati sul sistema Caronte e svolgere verifiche di ricevibilità formale ed ammissibilità sostanziale sui contenuti delle dichiarazioni di spesa rese, al fine di accertare la completezza e la conformità della

documentazione trasmessa rispetto a quanto previsto dalle procedure.

Sic stantibus rebus, la pista di controllo dev'essere d'ausilio ai fini della riconciliazione fra gli importi aggregati dichiarati in sede di certificazione, i dati dettagliati riguardanti gli output e i risultati raggiunti e i documenti giustificativi conservati presso gli uffici dell'AdG, AdC e degli eventuali organismi intermedi coinvolti nella fase di implementazione del Programma.

In questo quadro, il controllo di primo livello, pur assumendo la veste operativa di controllo procedimentale, mira ad accertare che le operazioni in esame ascrivibili a quel macro-processo abbiano direttamente o indirettamente contribuito a creare valore a beneficio della collettività di riferimento.

Andando a scandagliare il piano delle verifiche di gestione tipicamente svolte dalle UMC, occorre precisare che esistono almeno due tipi di verifiche: le verifiche amministrative di tutte le domande di rimborso presentate dai beneficiari, e le verifiche in loco delle operazioni. Mentre le verifiche amministrative dovranno monitorare l'intera documentazione a supporto dell'operazione si pensi a fatture, relazioni di avanzamento o fogli presenze in vista dell'inclusione delle spese nella dichiarazione di certificazione, le verifiche in loco si atteggiano a verifiche di gestione a geometria variabile. In effetti, la natura, le caratteristiche specifiche di un'operazione, l'importo del sostegno pubblico, il livello di rischio e la mole delle verifiche amministrative sono destinate a condizionare la tempistica e la portata delle verifiche in loco. Come criterio generale, le verifiche in loco andrebbero espletate ogni qual volta l'operazione in esame è ben avviata da un punto di vista fisico e finanziario, e può essere opportuno adottare in corso d'opera misure correttive per evitare che eventuali disfunzioni rilevate possano tradursi a cascata in irregolarità

di spesa e impossibilità di procedere a certificazione. Va poi chiarito che vi è una sorta di trade-off fra le due forme di verifiche di gestione, dal momento che il potenziamento delle verifiche amministrative potrebbe rendere meno impellente la necessità di effettuare verifiche in loco. Infatti, le verifiche amministrative, nel loro decorso fisiologico, consentirebbero alle UMC di acquisire su base periodica la documentazione in possesso dell'UCO a supporto delle operazioni, e aumenterebbero le possibilità di presentare in chiusura di operazione unitamente alla domanda di rimborso una documentazione probatoria completa.

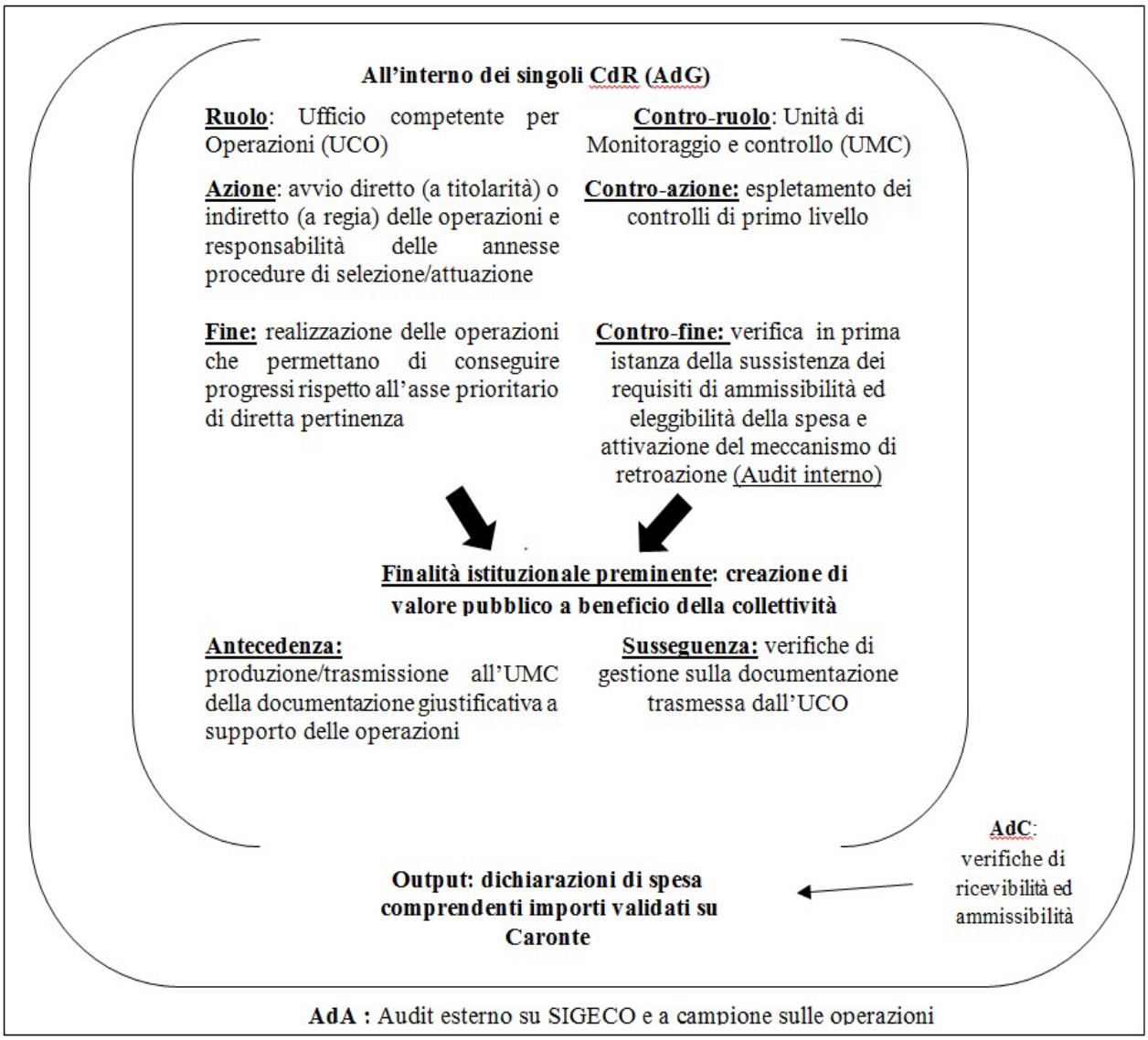
Nel complesso, come indicato nelle Linee guida per gli Stati membri sulle verifiche di gestione redatte dalla Commissione per il periodo 2014/2020, le verifiche di gestione dovrebbero accertare la compresenza dei requisiti richiesti ai fini della ammissibilità ed eleggibilità della spesa. Sul piano della legittimità, le verifiche di gestione dovrebbero certificare la conformità alle condizioni stabilite dal Programma, l'adeguatezza dei documenti giustificativi di spesa e della sottostante pista di controllo, nonché l'osservanza degli obblighi in materia di sviluppo sostenibile, pari opportunità e non discriminazione e la conformità alle norme comunitarie e nazionali in materia di appalti pubblici, aiuti di stato e pubblicità. In termini più strettamente procedurali, le verifiche di gestione dovrebbero attestare i progressi fisici dell'operazione, misurati tramite indicatori di output e, se del caso, tramite indicatori di risultato, siano essi comuni o specifici per Programma Operativo. In condizione di indipendenza funzionale, l'Autorità di Audit dovrà poi in sede di controllo di secondo livello valutare la complessiva affidabilità del SIGECO associato al Programma Operativo, nonché verificare a campione la correttezza delle dichiarazioni di spesa inoltrate e la legittimità delle transazioni a cui tali dichiarazioni fanno riferimento. Occorre puntualizzare che fra l'ampiezza del campione di operazioni

controllate ed il grado di affidabilità riconosciuto al SIGECO vige un rapporto di proporzionalità inversa, assunto che il riconoscimento da parte dell' AdA di un minore grado di trasparenza e fluidità del SIGECO imporrà di procedere al monitoraggio di un campione di operazioni via via maggiore.

Dall'esame dei manuali operativi e dalle linee guida licenziate dalla Commissione, traspare in ultima istanza la concezione del controllo di primo livello quale controllo sia burocratico, in quanto controllo procedimentale teso ad assicurare il rispetto delle norme, sia manageriale (audit interno), data l'attivazione di un meccanismo di retroazione teso a incidere sul comportamento degli operatori e, a fortiori, a migliorare il rendimento del procedimento amministrativo, tenendo conto della funzionalizzazione delle mansioni poste in essere dai singoli uffici verso il perseguimento di preminenti finalità istituzionali. In tal senso, i recenti tentativi di snellimento delle procedure di controllo in essere costituiscono un'ulteriore conferma dell'anelito ad una progressiva sburocratizzazione del sistema dei controlli. In effetti, il ridimensionamento in forza del D. Lgs. 158/2019 della portata dei controlli preventivi esperiti dalla Corte dei Conti, ad oggi riservati ai soli atti normativi a rilevanza esterna, atti di programmazione comportanti spese e atti generali attuativi di norme comunitarie, si configura come un tassello di un più ampio disegno di managerializzazione del sistema dei controlli, che si intarsia, fra le altre cose, anche della riforma del sub-sistema dei controlli amministrativo-contabili esperiti dalla Ragioneria Generale della Regione Siciliana. Come dettagliato dalla circolare della Ragioneria n. 13 del 28/09/2020, a decorrere da ottobre 2020 la Ragioneria Generale della Regione è stata investita soltanto di un controllo preordinato a certificare il rispetto degli step procedurali propri di procedimenti amministrativi codificati dalla legge. Per converso, la verifica della completezza e della regolarità amministrativa dell'intera

documentazione propedeutica alla redazione di ciascun provvedimento di impegno, liquidazione o ordinazione di pagamento è stata demandata ai singoli uffici, investiti, dunque, della responsabilità di svolgere controlli auspicabilmente conformi ad un certo standard di qualità, mantenendo sullo sfondo l'ancoramento ai criteri di efficacia, efficienza, economicità, imparzialità, legalità e trasparenza statuiti dalla Legge della Regione Siciliana n.7/2019. Non vi è dubbio che il prosciugamento del bacino dei controlli preventivi di legittimità e l'eventuale attivazione di controlli successivi a campione da parte della Ragioneria Generale della Regione Siciliana a coronamento del sub-sistema dei controlli amministrativo-contabili lasciano sguarniti punti di controllo che devono essere presidiati dai singoli uffici Dipartimentali coinvolti nella realizzazione delle operazioni (in primis, UCO e UMC). Tali uffici sono chiamati, pertanto, a progredire sul fronte della responsabilizzazione attiva e dell'apprendimento organizzativo. Peraltro, la cooperazione fra l'UCO e l'UMC presso ciascun CdR darebbe maggiore impulso alla successiva attività di pertinenza dell'AdC e renderebbe meno invasivo l'intervento di audit esterno ad appannaggio dell' AdA.

In sintesi, richiamando il quadro teorico di riferimento tratteggiato in premessa, il sistema dei controlli può essere schematizzato come segue:



3. Il ruolo dell'Area 7 del Dipartimento Regionale della Programmazione nell'ambito del SIGECO ex PO FESR Sicilia 2014/2020.

Fin dal 2011 la Regione Siciliana ha avviato un percorso finalizzato a garantire la regolarità delle spese attraverso il miglioramento della performance delle strutture regionali dedicate ai controlli e la definizione puntuale delle procedure. Tale percorso è culminato nell'istituzione all'interno del Dipartimento Regionale della Programmazione – afferente alla Presidenza della Regione Siciliana – di un'area di coordinamento degli uffici di controllo di primo livello,

l'Area 7 (Controlli, Repressioni Frodi Comunitarie e Chiusura Programmi Comunitari). A quest'Area è stato assegnato il compito di rafforzare la funzione di controllo di primo livello attraverso la supervisione delle attività di competenza delle UMC e la verifica dell'adeguatezza di procedure e processi poste in essere da tali Unità. Il ruolo di cabina di regia assegnato all'Area 7 trova conferma nel riconoscimento del ruolo propulsivo dell'Area nella stesura dei modelli standard di piste di controllo distinte per maxi-processo e nella stesura del manuale che illustra le procedure e le funzioni del Sistema di Gestione e Controllo associato al Programma Operativo.

Andando nel dettaglio, l'Area 7, in qualità di soggetto istituzionale dotato di una condizione di sostanziale indipendenza funzionale, è tenuta a svolgere le seguenti mansioni:

(i) il supporto, l'affiancamento e la consulenza specialistica alle UMC dei Centri di Responsabilità (rectius, i Dipartimenti Regionali) responsabili delle attività di controllo di diretta pertinenza;

(ii) l'aggiornamento delle risultanze confluite nel gestore documentale Caronte e la comunicazione delle irregolarità/frodi;

(iii) il monitoraggio della qualità dei controlli di primo livello, inteso quale verifica del corretto ed esauriente svolgimento delle attività di controllo svolte dalle singole UMC all'interno dei singoli Centri di Responsabilità;

(iv) l'espletamento di controlli di sistema tesi ad accertare la sussistenza degli standard qualitativi adottati per i controlli di primo livello svolti dalle singole UMC dislocate nei diversi Dipartimenti.

Restringendo il campo al solo controllo di sistema, va detto che, secondo il manuale dei controlli di primo livello, l'Area 7 è tenuta ad accertare, anche per il tramite di controlli a campione sulle spese controllate dalle UMC, il corretto utilizzo dei modelli di checklist, la

corretta archiviazione delle informazioni nel fascicolo di progetto e l'adeguatezza della pista di controllo. Tale controllo si pone idealmente a chiusura della fase di "audit interno", in quanto ha come obiettivo ultimo garantire la congruità delle procedure e degli strumenti adoperati dalle UMC rispetto agli interventi finanziati di pertinenza dei singoli CDR. A fortiori, si tratta di un controllo volto ad attestare che la spesa certificata abbia avuto ricadute tangibili in termini di creazione del valore a beneficio della collettività di riferimento. In termini operativi, il controllo di sistema svolto dall'Area 7 si atteggia a verifica dettagliata dell'iter procedurale seguito nell'espletamento dei controlli di primo livello da parte delle singole UMC dipartimentali. Il controllo di sistema pone, in particolare, l'accento sull'adeguatezza quali-quantitativa della dotazione organica, e sull'affidabilità delle piste di controllo adoperate dalle singole UMC in termini di rispetto delle procedure codificate ed adeguatezza degli strumenti a supporto della tracciabilità dei maxiprocessi. Inoltre, il controllo di sistema dovrebbe scandagliare il profilo della correttezza delle procedure di archiviazione e conservazione della documentazione giustificativa a supporto delle operazioni realizzate, nonché vagliare il grado di efficacia dell'operato delle singole UMC.

A latere, va precisato che all'interno della Area 7 confluisce anche l'U.O.B. A7.1. Tale unità operativa di base è UMC per ciò che concerne le operazioni di competenza del Dipartimento Regionale della Programmazione, atteso che quest'ultimo è il Centro di Responsabilità (CdR) preposto all'attuazione dell'Asse 11 (Assistenza Tecnica) di cui al POR FESR. In qualità di UMC, l'unità operativa in esame è tenuta allo svolgimento delle seguenti attività:

(i) espletamento delle verifiche amministrative rispetto a ciascuna domanda di rimborso presentata dai beneficiari, propedeutiche alla certificazione delle spese alla UE;

(ii) validazione sul sistema Caronte dei dati di certificazione di spesa;

(iii) comunicazioni di eventuali irregolarità riscontrate al momento dell'effettuazione dei controlli di primo livello e predisposizione delle schede OLAF in relazione a eventuali frodi rilevate.

4. Proposte di miglioramento del sistema dei controlli ex PO FESR Sicilia 2014-2020.

Traendo spunto dalla propria esperienza di formazione e lavoro presso la summenzionata UMC afferente all'Area 7, l'Autore si è sforzato di elaborare alcune considerazioni sul ruolo dell'Area 7 in seno all'architettura organizzativa del SIGECO, nonché di approntare alcuni possibili suggerimenti operativi passibili di adozione all'interno della suddetta UMC responsabile dei controlli sulle operazioni relative all'Asse 11 del PO FESR Sicilia 2014-2020, e generalizzabili alle restanti UMC preposte all'espletamento dei controlli di primo livello.

Su un piano di massima astrazione, richiamando la tripartizione del controllo esplicitata in premessa, chi scrive ritiene che sarebbe opportuno soppesare i margini di riconfigurazione del sistema di controllo in corrispondenza di ciascuna delle tre partizioni in cui viene suddivisa l'attività di controllo tout court: struttura organizzativa, struttura informativa e processo.

Restringendo il focus sul caso in esame, rispetto al processo di controllo, si registra la mancanza di un momento di raccordo fra le varie UMC, nel corso del quale l'Area 7 potrebbe dare piena esecuzione al suo ruolo di garante del corretto funzionamento del SIGECO, a presidio della cristallizzazione di un dato standard di qualità dei controlli effettuati dalle varie UMC dislocate a livello dei

singoli CdR. Invero, assunto che nei singoli CdR è ammesso il ricorso a piste di controllo che si arricchiscono di ulteriori elementi e indicazioni al fine di approntare una rappresentazione più nitida e coerente delle singole operazioni, ai sensi del manuale SIGECO, l'Area 7 deve verificare che non sia avvenuto un eccessivo discostamento dal modello predefinito di pista di controllo. Il controllo sulla qualità dei controlli esperiti dalle singole UMC si porrebbe quale azione di chiusura del sistema dei controlli, a garanzia della sana gestione finanziaria e della corretta esecuzione del Programma, con un ulteriore check sulla qualità dei rilievi mossi dalle singole UMC in merito alle fasi di selezione, attuazione e verifica delle operazioni, e certificazione dei pagamenti. Tale controllo di sistema garantirebbe una migliore performance del sistema dei controlli tout court e metterebbe al riparo da eventuali azioni dell'ADA di valutazione di rischio intrinseco e di controllo e di estrapolazione di rettifiche finanziarie in sede di controlli di secondo livello. Peraltro, il mancato espletamento della funzione di audit interno da parte dell'Area 7 spianerebbe la strada all'intervento dell' AdA che, sulla scorta di un giudizio non positivo sull'affidabilità del SIGECO, adotterebbe un intervallo di confidenza sempre maggiore (sino al 90%) per quanto concerne il campionamento di operazioni da monitorare.

Specularmente all'AdA, soggetto gerente la funzione di audit esterno (controllo di secondo livello), anche l'Area 7, in qualità di cabina di regia investita della funzione di audit interno, dovrebbe, a parere di chi scrive, innervare il proprio operato osservando gli step procedurali propri del ciclo di Deming (Plan, Do, Check e Act). Nello specifico, l'Area 7 quale soggetto deputato a monitorare l'operato delle singole UMC, in sede di espletamento dei controlli di sistema, dovrebbe realizzare i seguenti adempimenti procedurali logicamente sequenziati:

(i) definire gli standard di qualità relativi ai controlli delle UMC, le piste di controllo standard e il campione di UMC da verificare, atteso che la scelta di quali UMC vagliare andrebbe fatta considerando errori e irregolarità riscontrate dai vari soggetti responsabili dei controlli, avanzamento finanziario delle spese certificate, volume di risorse gestito, innovatività delle procedure e numero di procedimenti attivati (PLAN);

(ii) coordinare e supportare le attività di controllo delle UMC (DO);

(iii) Espletamento dei controlli di qualità sui controlli svolti dalle singole UMC (CHECK);

(iv) Adottare misure correttive per minimizzare gli scostamenti dagli standard di qualità definiti ex ante (ACT).

Sul piano della struttura organizzativa, la tesaurizzazione del ciclo di Deming comporterebbe un carico di lavoro aggiuntivo e, pertanto, imporrebbe di soppesare il dimensionamento dell'organico ad oggi operante presso l' UMC per l'asse 11 (n. 2 unità) e, complessivamente, all'interno dell'Area in cui la suddetta Unità confluisce (n. 4 unità). Partendo dall'accertamento delle esigenze funzionali che l'UOB e l'Area devono in linea teorica garantire, dall'identificazione dei processi, ossia delle sequenze di operazioni e decisioni attraverso cui essi dovrebbero dare risposta a tali esigenze, andrebbe fatta una riflessione sulla congruità della dotazione organica rispetto alle diverse posizioni di lavoro individuate, assunto che quest'ultime ricomprendono contestualmente le operazioni da svolgere, le skills richieste e il grado di autonomia decisionale riconosciuto.

Nelle more, a fronte della categorizzazione delle tipologie di operazioni da sottoporre a controllo sottesa dalla raffigurazione per maxi-processi, potrebbe essere proficuo dar corso all'assegnazione di

una specifica tipologia di controllo su una data operazione ad una singola unità della dotazione organica dell'UOB e, se del caso, dell'Area o dell'Assistenza Tecnica a supporto dell'Amministrazione. Idealmente, ciascun'unità della dotazione organica potrebbe assurgere al rango di referente unico per un dato maxiprocesso, e ciò permetterebbe di rilevare con più celerità l'impatto e la probabilità di accadimento della verifica di errore e/o dell'emersione delle due forme di rischio frodi (lordo e netto), identificate in funzione dell'incidenza del sistema di controlli. Tale modus operandi potrebbe instillare una maggiore presa di coscienza dell'iter procedurale associato a ciascun maxi-processo, assunto che tale maggiore padronanza degli step procedurali potrebbe tradursi in un surplus di efficacia ed efficienza in sede di espletamento dei controlli. D'altra parte, il livello di rischiosità di una data operazione è considerato funzione del numero di passaggi di documentazione amministrativo-contabile tra i soggetti previsti nelle piste di controllo, del numero di attività incluse nel maxi-processo, della durata dell'operazione, della dimensione finanziaria, e della esperienza pregressa del beneficiario in rapporto alla tipologia di operazione. Cionondimeno, a fronte di una maggiore autonomia operativa concessa nello svolgimento delle singole mansioni, occorrerebbe non perdere di vista l'indefettibile necessità di dare maggiore impulso al momento del raccordo intra-dipartimentale, permettendo ai singoli lavoratori di confrontarsi fra loro, di condividere problematiche operative e proposte di miglioramento. Con specifico riferimento alla risoluzione di problematiche operative e di questioni di stampo strettamente amministrativo, disporre di un supporto giuridico ad hoc quale l'Assistenza Tecnica potrebbe essere di ausilio in sede di accertamento della conformità alla normativa in materia di appalti, e potrebbe dirimere alcuni dubbi in sede di compilazione delle checklist di controlli.

In prospettiva, una schematizzazione dell'agire amministrativo del tipo Input → Processo → Output → Outcome quest'ultimi intesi come effetti condivisi da una platea variegata di stakeholders che si traducono in un'influenza sui comportamenti economici e sociali e in ricadute rilevanti sul contesto di riferimento in termini di soddisfacimento dei bisogni potrebbe proficuamente orientare un'opera di reingegnerizzazione dei meccanismi di premialità, quest'ultimi inquadrati come una potente leva attraverso cui favorire l'infittimento di proficui interscambi informativi fra UCO e UMC in ciascun CdR. Invero, il progetto di retribuzione del lavoro straordinario denominato Easy Go avviato nel Dipartimento Regionale della Programmazione potrebbe essere una potentissima leva da azionare al fine di dare impulso all'avanzamento del Programma Operativo, specie se ne viene prospettato l'ancoramento ad indicatori quali:

(i) indicatori di attività, incentrati sui volumi di attività realizzati;

(ii) indicatori di efficacia, tesi ad attestare la rispondenza fra prestazioni effettive e prestazioni programmate, per esempio mettendo in raffronto l'ammontare delle somme portate a certificazione con un target definito su base annua;

(iii) indicatori di efficienza, tesi a rapportare fra loro i risultati ottenuti e i costi sostenuti o le unità fisiche dei fattori produttivi impiegati (ad esempio, le ore lavoro);

(iv) indicatori di qualità, ove il concetto di qualità delle prestazioni va declinato come qualità in sé del servizio reso rispetto ad esempio ad alcune best practices consolidate, o qualità definita in termini relazionali come grado di rispondenza alle attese dei destinatari/clienti esterni, per cui, a titolo esemplificativo, si potrebbe costruire un indicatore di qualità destinato a scandagliare la quota di documentazione caricata sul gestore documentale Caronte, assunto che il reperimento della

documentazione probatoria è essenziale ai fini dei controlli di primo livello.

Sul piano della struttura informativa, il venir meno dei controlli preventivi di legittimità della Corte dei Conti su taluni atti, così come il ridimensionamento della portata dei controlli di regolarità amministrativo-contabile della Ragioneria, andrebbero ricondotti ad un complessivo disegno di semplificazione delle piste di controllo, che potrebbe permettere di inanellare un surplus di trasparenza delle procedure. Come già anticipato in precedenza, la compressione dell'ambito dei controlli esterni richiederebbe come contraltare una valorizzazione del momento dell'audit interno all'insegna di una sempre maggiore cooperazione fra UCO e UMC secondo logiche di governance.

Alcuni validi spunti nell'opera di razionalizzazione delle piste di controllo potrebbero essere derivati dall'osservazione dei meccanismi operativi propri della Regione Basilicata, regione obiettivo convergenza benché a titolo transitorio (phasing out), e prima regione del Mezzogiorno per quota di spesa portata a certificazione, come traspare dalle statistiche fornite dall'Agenzia per la Coesione Territoriale.

In effetti, pur nella consapevolezza che sussista un netto dislivello fra la dotazione finanziaria del PO FESR della Regione Basilicata, pari a circa 551 milioni, e quella propria del PO FESR della Regione Sicilia, pari a 4,5 miliardi di euro, potrebbe essere proficuo mutuare la buona prassi di includere nelle piste di controllo una tabella documentale che illustra il responsabile del controllo, il tipo di controllo da espletare e la documentazione richiesta, nonché il responsabile preposto alla conservazione dei documenti giustificativi a sostegno dell'operazione. Una tabella così strutturata valorizzerebbe ulteriormente lo status della pista di controllo quale tracciato di riferimento per ogni maxi-processo, costellato da vari punti di misura, intesi come snodi

procedimentali, in corrispondenza dei quali diventa essenziale raccogliere misure di elementi chiave (input, volume di attività, risorse) e verificare la congruenza di tali misure rispetto agli standard o agli obiettivi definiti a monte.

Ancora, potrebbe essere una felice intuizione istituzionalizzare la buona pratica di inserire nelle checklist una scheda di rendicontazione comprendente tutta la documentazione giustificativa a supporto della corresponsione dei pagamenti, nonché una tabella documentale che riepiloga il percorso logico-cronologico che ha scandito l'effettuazione delle operazioni.

Restando sull'opportunità di intervenire sulle checklist, in merito alle operazioni di carattere strumentale, potrebbe essere utile inserire delle domande ove si attesti la possibilità per alcune operazioni di essere sprovviste di uno specifico indicatore di monitoraggio fisico, atteso il loro rapporto di strumentalità rispetto alle altre operazioni afferenti al medesimo Asse Prioritario e, di conseguenza, il loro contributo all'avanzamento di un indicatore di realizzazione tout court.

Sul piano della gestione documentale, potrebbe essere proficuo utilizzare una codifica omogenea per la documentazione presente su Caronte, al fine di favorire il pronto reperimento dei documenti richiesti e la verifica del loro caricamento sul gestore documentale, con l'accertamento della corretta allocazione nella sezione di diretta pertinenza. Il tempestivo caricamento della documentazione su Caronte certificato dal reperimento dell'ossatura documentale dell'operazione snellirebbe notevolmente la procedura dei controlli, in vista dell'espletamento dell'attività dell'AdC, per cui ai fini della corretta conclusione della domanda di rimborso, come già esposto in precedenza, è richiesta la pronta disponibilità di tutta la documentazione associata alle fasi di impegno e liquidazione della spesa, nonché degli ordinativi di pagamento correlati. In questa

prospettiva, un forte impulso in termini di celerità nel caricamento della documentazione potrebbe essere dato dall'avvio di un regime di interoperabilità dettagliato nella Circolare della Ragioneria Generale n. 11/2020 del 10/08/2020 fra il gestore Caronte ed il Sistema di Contabilità SIC, la piattaforma utilizzata dalla Ragioneria Generale in sede di contabilizzazione di impegni e ordinativi di pagamento, ai fini dell'espletamento dei controlli di regolarità amministrativo-contabile ad essa spettanti.

5. Conclusioni.

L'analisi del sistema dei controlli ex Programma Operativo FESR Sicilia 2014-2020 permette di comprendere in che termini il modello burocratico andrebbe ridimensionato in nome di una progressiva managerializzazione imperniata su una responsabilizzazione dei risultati. Invero, in seno al modello burocratico la responsabilizzazione puntiforme per singolo atto e l'aggregazione di compiti secondo criteri di omogeneità prestano il fianco a rilevanti problemi in fase di coordinamento dei contributi dei vari uffici, sfociando inesorabilmente in un allungamento dei tempi di esecuzione, nonché, talvolta, nello sviluppo di sequenze procedurali irrazionali che si concludono in infruttuosi ritorni alla casella di partenza. Date queste premesse, il perseguimento delle finalità istituzionali e, in ultima istanza, il soddisfacimento dei bisogni che la collettività manifesta nei confronti di una data Amministrazione richiedono in sede di espletamento dell'attività di controllo l'internalizzazione di una logica di governance. Se infatti il modello burocratico tradizionalmente associato alla P.A. è incardinato su un'eccessiva frammentazione delle mansioni che rischia di far perdere di vista le strette interdipendenze fra di esse, una managerializzazione del sistema dei controlli all'insegna di una sempre maggiore responsabilizzazione sui risultati e di una

semplificazione delle dinamiche relazionali fra le unità organizzative potrebbe permettere di superare definitivamente il fideistico affidamento al criterio di specializzazione tecnico-operativa.

La soluzione dei singoli problemi che attanagliano un'Amministrazione non può rintracciarsi nella semplice esistenza di ruoli e contro-ruoli, ma va, invece, ricercata nella capacità di mobilitare soggetti che agiscono con vesti differenti all'interno della medesima organizzazione. Tale capacità di mobilitazione andrebbe fondata non sulla pretesa intrinseca razionalità amministrativa, tecnica ed economica che traspare dal formalismo burocratico, bensì sulla capacità di creare convergenze parallele, se del caso, servendosi di meccanismi di premialità e incentivi, in nome della realizzazione di quelle preminenti finalità istituzionali che costituiscono la ragion d'essere dell'Amministrazione.

Assunto il ruolo nevralgico svolto dall'attività di controllo nel tentativo di favorire l'insinuarsi di una perdurante condizione di razionalità amministrativa, le proposte di miglioramento dettagliate nella sezione precedente lasciano intendere il convincimento che il ruolo dell'Area 7 quale garante della funzione di "audit interno" andrebbe consolidato in forza dei progressi ottenuti in corrispondenza delle tre componenti di un sistema di controllo: processo di controllo, struttura organizzativa e struttura informativa.

Rispetto al processo di controllo, può essere proficuo ricorrere al ciclo di Deming nell'espletamento di controlli di sistema ad opera di chi, investito delle funzioni di meta-governance, è tenuto a verificare che i diversi Uffici di Controllo dislocati all'interno di una stessa Amministrazione abbiano espletato le loro attività nel rispetto degli standard qualitativi codificati ex lege.

Sul piano della struttura organizzativa del controllo, dal caso in esame traspare l'opportunità di sollecitare una riconfigurazione del sistema di meccanismi di premialità che ricalchi una

schematizzazione dell'agire amministrativo del tipo input → processi → output → outcome. Così facendo, troverebbe evidenza l'utilità di ricorrere ad indicatori multiformi in grado di verificare che ci sia stato un quid pluris sul piano della produttività. Ancora sul piano organizzativo, occorre favorire un costante aggiornamento formativo del personale addetto ed una responsabilizzazione attiva degli Uffici di Controllo, di riflesso alla semplificazione e riduzione del numero di piste di controllo, rectius dei tracciati di norme atti a codificare analiticamente i diversi step procedurali correlati all'attività di controllo. Sul filone della responsabilizzazione attiva degli uffici di controllo, si innesterebbe la buona prassi di designare univocamente un referente per maxi-processo, al fine di ottenere un ritorno in termini di efficacia, efficienza e tempestività nello svolgimento dell'attività dei controlli, senza perdere di vista la necessità di dare maggiore impulso al raccordo all'interno dell'Ufficio di Controllo e tra l'Ufficio di Controllo e il corrispettivo Ufficio di Amministrazione Attiva.

Sul piano della struttura informativa, si possono generalizzare almeno le seguenti proposte di miglioramento: semplificazione e revisione più tempestiva delle "carte di controllo" dei processi amministrativi, e rapida trasmissione della completa documentazione probatoria correlata all'operazione, al fine di consentire all'Ufficio di Controllo di poter dare piena attuazione alle proprie prerogative.

Su un piano di massima astrazione, le proposte di miglioramento individuate rispetto a ciascuna delle partizioni del sistema di controllo potrebbero tradursi in suggerimenti operativi passibili di adozione all'interno di tutte le UMC preposte all'espletamento dei controlli di primo livello, ed essere estese a tutti gli Uffici di Controllo operanti in un'Amministrazione Pubblica. In tal caso, tali suggerimenti operativi andrebbero applicati mutatis mutandis a ciascun'Amministrazione, nella consapevolezza che la managerializzazione del controllo è il

complemento naturale della logica burocratica, in quanto si mira a consolidare quella perdurante condizione di razionalità amministrativa ampiamente evocata dal dettato normativo.

Bibliografia essenziale

Anessi Pessina, E. (2007). L'evoluzione dei sistemi contabili pubblici: Aspetti critici nella prospettiva aziendale. Egea, Milano.
Bianchi, C. (2016). Dynamic performance management (Vol. 1). Springer, Berlino.
Borgonovi, E.(2005). Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche, 5° edizione, Egea, Milano.
Cappello, M. (2015). Guida ai fondi europei 2014-2020. Maggioli Editore.
Cassese, S. (Ed.). (1993). I controlli nella pubblica amministrazione. Il Mulino, Bologna.
Cassese, S. (2014). Governare gli italiani: storia dello Stato. il Mulino, Bologna.
Clemente, G. (2009). Le politiche europee di coesione tra vecchia e nuova programmazione. Rivista giuridica del Mezzogiorno, 23(1), 21-36.
Costa, M. (2021). Introduzione alla ragioneria. Nozioni istituzionali e generali. Giappichelli Editore, Torino.
Cristiano, E. (2006). Il sistema dei controlli e la valutazione nella pubblica amministrazione. Pellegrini Editore, Cosenza.
De Dominicis, S. (2020). Gestione, pianificazione e controlli negli enti locali minori: prospettive per una riforma radicale. Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici. Fascicolo Speciale 4-5-6 del 31/12/2020.
Forte, F., & Robotti, L. (Eds.). (2007). La gestione manageriale nella pubblica amministrazione (Vol. 322). Franco Angeli, Milano.
Lipari, C., & Costa, M. (2012). Accounting as Administrative Semiotics. In Papers on Accounting and Accounting History, a cura di C. Lipari, 29-55, Rirea.
Melis, G. (1996). Storia dell'amministrazione italiana. Il Mulino, Bologna.
Peta, A. (2017). I controlli interni gestionali nella PA: criticità e correttivi di un sistema in continua evoluzione. Economia pubblica, p. 97-132.
Ruffini, R. (2010). L'evoluzione dei sistemi di controllo nella Pubblica Amministrazione. Franco Angeli, Milano.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

ALCUNE BREVI CONSIDERAZIONI SULLA COSTITUZIONE DEL CANADA

del Prof. Saverio F. Regasto, Università degli Studi di Brescia

1. Storia e ordinamento politico

La storia costituzionale del Canada si può far risalire al 1º luglio 1867 con l'emanazione, da parte del Parlamento di Westminster del British North America Act (BNA N.1). Attraverso tale atto, la Madre Patria britannica dà vita al Dominion del Canada, unificando le allora quattro province: Upper Canada, Lower Canada, Nuova Scozia e Nuovo Brunswick. Tutto questo fu il frutto della necessità di sviluppare una maggiore solidità economica e dar vita ad una più stretta unione; esigenza avvertita in modo marcato durante le crisi economiche ed il periodo storico in cui gli Stati Uniti erano dilaniati dalla guerra civile.

Nel 1864 a Charlottetown ebbe luogo un incontro tra i delegati delle province canadesi il cui fine ultimo era la redazione di un progetto di unificazione. Tale progetto fu approvato nella Conferenza del Québec nell'ottobre dello stesso anno: venne poi trasmesso al Parlamento Britannico che lo concesse nel 1867. Con tale atto nacque definitivamente il Dominion canadese "with a Constitution similar in

principle to that of the United Kingdom" (preambolo al Consitution Act del 1867).

Il British North America Act presenta notevoli differenze rispetto alla non scritta Costituzione britannica. Questo si preoccupava di regolare i rapporti fra il governo federale e quelli periferici, la disciplina relativa all'utilizzo della lingua francese, l'organizzazione interna di alcune Province e la disciplina relativa alle scuole confessionali. È da sottolineare che il BNA si limitava a disciplinare la ripartizione di competenze fra centro e periferia senza contenere alcuna norma in merito alla revisione costituzionale.

1.1 Tappe della storia canadese

Quasi cento anni separano il British North America Act dal Canadian Constituion Act del 1982. Profondi mutamenti hanno attraversato il paese soprattutto dal punto di vista socio-economico e dal 1867 al 1982 vengono integrati nella Federazione territori già sottoposti a dominio britannico ma precedentemente esclusi dal progetto di unificazione.

Nel corso del XX secolo si assiste a significativi cambiamenti anche per quanto riguarda la sfera del sistema federale. Oltre alla nascita di nuove province e territori, si fa sempre più forte la rivalità tra Canada anglofono, la cui provincia-guida è l'Ontario ed il Canada francofono che fa capo al Québec.

Altro aspetto rilevante, per poter comprendere le tappe evolutive del sistema canadese, è il progressivo ed inevitabile distacco dalla Madre Patria britannica. Preminente è la rilevanza dello Statuto di Westminster del 1931 il quale è sancì, all'articolo 4, che la legislazione britannica non potesse più essere imposta al Canada senza il consenso del suo Governo e che il Dominion avesse la potestà di abrogare o modificare la legge britannica applicata nel territorio coloniale. Lo stesso Statuto, all'articolo 2, afferma anche

che la legge approvata dal Parlamento del Dominion non può essere abrogata o sottoposta a modifiche qualora venga considerata in contrasto con quella della Madre Patria.

1.2 Il "caso del Québec"

Fin dal 1867, in Québec, si assiste alla formazione di due società nettamente distinte sul piano linguistico e soprattutto sul piano economico. Aspetto caratterizzante il Québec è la presenza ingombrante della Chiesa Cattolica: l'ingerenza di quest'ultima portò a vietare l'insegnamento universitario ad intellettuali considerati vicini a posizioni troppo radicali (come il futuro Primo Ministro Pierre Trudeau).

Nel corso degli anni '60 del XX secolo tale situazione mutò, a seguito della cosiddetta "Rivoluzione Tranquilla": un grande processo di sviluppo economico e di laicizzazione della Provincia. Questo evento portò alla rivendicazione di nuove pretese verso il Governo centrale come, ad esempio, la nazionalizzazione delle imprese idroelettriche.

In questo contesto, nonostante il periodo fiorente per i gruppi politici di orientamento nazionalista, nacquero anche gruppi terroristici francofoni composti da rivoluzionari contrari alla equiparazione giuridica della lingua francese e di quella inglese prevista dall'Official Language Act del 1969. Il clima teso portò ad un sempre più netto isolamento della Provincia francofona dalle altre ed alla proposizione di ben due quesiti referendari finalizzati a sancire l'indipendenza dalla Federazione.

1.3 Aspetti istituzionali

Il Canada è uno Stato federale composto da dieci Province e tre Territori. La forma di governo ricalca quella del modello inglese parlamentare. Il disegno costituzionale privilegia un equilibrio dei

poteri fortemente sbilanciato a favore dello Stato centrale. Le competenze legislative vengono elencate nel dettaglio sia per il governo federale che per i governi provinciali ma è riservata al primo la clausola dei poteri residuali.

Il leader del partito risultato maggioritario alle elezioni viene nominato Primo Ministro dal Governatore Generale: sceglie i ministri, determina la politica governativa di cui è responsabile di fronte alla Camera bassa e può anche chiedere al Governatore lo scioglimento anticipato di quest'ultima.

Il potere legislativo è attribuito alla Corona, alla House of Commons ed al Senate. Solo la Camera bassa è elettiva e titolare del rapporto di fiducia con il Governo; i senatori sono di nomina governativa. Mentre i deputati restano in carica, normalmente, per quattro anni, il mandato dei senatori dura fino al compimento dei settantacinque anni.

2. Caratteri del federalismo canadese

Il Canada venne dotato di un primo testo costituzionale ancora in epoca coloniale, nel 1867. Il British North America Act n.1 si occupava della distribuzione dei poteri fra i diversi livelli di governo, disinteressandosi completamente della tutela dei diritti.

Dal punto di vista delle fonti del diritto, l'attuale testo costituzionale, aggiornato del 1982, è collocato in una posizione di supremazia in quanto prevale, in caso di contrasto, sulle norme considerate di rango inferiore. Inoltre, è previsto che ogni sua eventuale modifica debba essere approvata tramite un particolare iter, disciplinato dalla Costituzione stessa.

L'esperienza canadese è interessante anche per quanto riguarda l'aspetto relativo al riparto di poteri fra le varie autorità territoriali. L'essenza del federalismo si concretizza in un compromesso

costituzionale, atto a garantire la convivenza in un unico Stato, fra entità nazionali e culturali molto distinte.

Fin dal 1867 il sistema federale del Canada ha subito una grande evoluzione. Al tempo dell'emanazione del BNA, il paese seguiva il modello del federalismo "duale": si caratterizzava per una netta separazione di competenze fra Province e Governo Centrale. Ai sensi della clausola "pleace order and good government", la competenza residuale spettava al centro, mentre la periferia era competente solo per quelle materie tassativamente indicate. Il netto squilibrio fra poteri è rilevabile anche nella potestà riconosciuta alla Federazione di annullare le leggi provinciali, per ragioni sia di merito sia di legittimità: tale potere, chiamato "disallowace" era un potere di cui godeva, in passato, la Corona Britannica nei confronti dei territori facenti parte del suo Impero coloniale. I livelli di governo diversi da quello Federale non avevano auorità in tema di nomina dei membri della Supreme Court e, a livello parlamentare, non erano rappresentati da alcuna camera apposita.

In base a tale primo assetto, il riparto dei poteri è fortemente sbilanciato in favore del Governo Federale e le Provincie hanno scarsi mezzi per "far sentire la propria voce".

Un'inversione di rotta inizia a manifestarsi a partire dagli anni '30 del XX secolo. Questa è favorita, innanzitutto, da un grande apporto della giurisprudenza costituzionale: del Privy Council e della Supreme Court. Entrambe hanno contribuito a dilatare le attribuzioni provinciali: interpretando in materia estensiva le disposizioni della Costituzione che conferivano alle Provincie competenza legislativa su temi quali la proprietà ed il diritto civile ed in maniera restrittiva la, già citata, clausola "pleace order and good government".

Un ulteriore sviluppo si ha con l'abbandono del sistema duale e l'adozione, a Costituzione invariata, di un nuovo modello di federalismo detto "cooperativo". In via convenzionale nascono vertici

non istituzionali tra autorità provinciali e federali che hanno lo scopo di cooperare nella determinazione dei mezzi attraverso i quali raggiungere obiettivi comuni. Quindi, nell'assetto attuale, Federazione e Province non si attengono alla rigida ripartizione di competenze ma lavorano insieme per la realizzazione dei progetti di interesse generale.

La sfida che il Canada si trova ad affrontare è quella di garantire a tutti i gruppi la tutela delle proprie radici identitarie e culturali nel rispetto dei princìpi.

Tutto ciò ricalca l'obiettivo delle costituzioni dei grandi Stati federali moderni: trovare il punto di equilibrio fra unità nazionale e tutela delle minoranze radicate sul territorio, garantendo il rispetto dei diritti e delle liberà conquistate dalla società occidentale nel corso degli ultimi secoli.

3. Struttura e contenuti della Costituzione

La Costituzione del Canada fu approvata nel 1982 sulla base di un accordo, stipulato ad Ottawa, a cui presero parte tutte le Provincie anglofone. Quella francofona, il Québec, decise di restare estranea, essendo contraria al processo detto "Patriation" destinato ad emancipare il Canada dall'assoggettamento alla ex Madre Patria.

Al fine di comprendere quali atti fanno parte della Costituzione canadese è necessario analizzare l'articolo 52, comma 2, il quale fa espresso riferimento al Constituion Act del 1982 ed ai suoi emendamenti, ai vari British North America Acts approvati dal 1867 al 1982 ed alle relative modifiche. All'interno del testo è poi presente una Charter of Rights and Freedoms: si tratta della prima approvata in Canada a livello federale e posizionata, nel sistema delle fonti del diritto, su un piano superiore rispetto alla legge ordinaria.

3.1 Il Constitution Act del 1982

Il Constitution Act consta di 61 articoli, distribuiti in sette Parti.

La Parte I è indicata con l'espressione "Canadian Charter of Rights and Freedoms" ed introduce, per la prima volta, un Bill of Rights efficace per l'intero Canada. È composta da 34 articoli all'interno dei quali sono positivizzati princìpi che prima trovavano esplicita tutela solo a livello Provinciale. Tra i valori codificati rientrano le libertà fondamentali, i diritti democratici, i diritti di mobilità ed i diritti legali. Seguono, poi, i diritti di uguaglianza, i diritti linguistici ed il diritto all'istruzione delle minoranze linguistiche. A chiusura della Parte I è previsto un insieme di disposizioni attuative dei richiamati diritti, con specifico riferimento ai rimendi giurisdizionali che l'ordinamento predispone in risposta ad eventuali violazioni.

La Parte II disciplina i diritti delle popolazioni indigene del Canada ed è formata da un solo articolo, il 35, che ha lo scopo di definire l'espressione "aboriginal peoples of Canada", di affermare il riconoscimento dei diritti originari e quelli introdotti da trattato dei popoli autoctoni.

La Parte III è relativa alla promozione delle pari opportunità mentre la seguente Parte IV relativa alla "Consulta Costituzionale" è stata abrogata nel 1983.

La Parte V, molto importante, introduce le tre procedure di revisione costituzionale. La prima è detta "generale procedure" e richiede il voto favorevole, oltre che delle due Camere, di 7 legislativi provinciali che siano rappresentativi di almeno il 50% della popolazione canadese. Successivamente sono disciplinati altri procedimenti come quello che, in materie tassativamente indicate, richiede l'intervento del solo Parlamento di Ottawa ed un altro relativo agli emendamenti apportati dalle autorità legislative provinciali, relativamente alla modifica della propria Costituzione.

Anche la Parte VI è stata abrogata, mentre la Parte VII, rubricata "Osservazioni Generali" svolge un ruolo importante dell'assetto

costituzionale canadese: oltre a sancire il principio del primato della Costituzione del Canada dichiara quali siano i testi che formano la legge fondamentale.

Infine, il Constitution Act si chiude con un Allegato contente una serie di disposizioni volte a modificare specifiche norme di testi di rilevanza primaria per quanto riguarda il costituzionalismo canadese (come il British North America Act, le leggi istitutive delle Provincie e lo Statuto di Westminster).

3.2 Il British North America Act del 1867

Il secondo testo richiamato all'articolo 52, comma 2, della Costituzione canadese è il British North America Act del 1867 ed i relativi aggiornamenti approvati fino al 1982. Tale atto può essere considerato il simbolo della nascita del costituzionalismo canadese: in quanto istitutivo del Dominion canadese sancisce l'unione tra le Provincie del Canada ed i rispettivi ordinamenti giuridici.

Questa prima Costituzione canadese "similar in Principle to that of United Kingdom" è composta da 147 articoli, suddivisi in undici Titoli.

Il Titolo I è composto da soli due articoli, uno dei quali abrogato. Il restante precisa quale sia la denominazione ufficiale dell'atto.

Il Titolo II ha la funzione di indicare quali territori rientrino nel neonato Dominion e quali siano i confini. I poteri statali sono, invece, disciplinati al Titolo III "Executive Power": viene qui affermata la titolarità assoluta, da parte del Monarca Britannico, del potere esecutivo in Canada. Le disposizioni successive introducono: la figura del Governatore Generale, soggetto deputato ad amministrare il Canada in nome e per conto della Regina e la figura del Governatori Provinciali posti a capo di ciascuna Provincia. Emerge, da una prima considerazione, che non è affatto disciplinata la forma di governo. Mancando una precisa disposizione costituzionale, si è consolidata la

prassi secondo cui il Gabinetto, formato dal Primo Ministro e dai suoi ministri, sia espressione della maggioranza parlamentare, in quanto nominato dai membri della House of Commons of Canada con la quale è instaurato anche un rapporto di fiducia.

La norma di apertura del Titolo IV "Legislative Power" afferma che il Parlamento è composto dalla Regina, da una Camera Alta, ossia il Senato, e dalla Camera dei Comuni, quest'ultima assembleare ed elettiva. È prevista una netta separazione tra le due assemblee legislative: è fatto divieto ai Senatori di prendere parte alle votazioni ed alle sedute della Camera dei Comuni e non è neppure disciplinato il caso di scioglimento anticipato della Camera dei Comuni.

Il Titolo V, dedicato alle "Provincial Constiution", è diviso in più parti. La prima si occupa di affermare che a capo di ogni Provincia vi è un Vice Governatore, nominato dal Governatore Generale. Le successive disposizioni disciplinano la durata in carica del Vice Governatore, la retribuzione ed i giuramenti. La seconda parte disciplina il potere legislativo provinciale, mentre le successive parti disciplinano i vari aspetti funzionali relativi ad i vari organi legislativi provinciali.

Il Titolo VI si occupa di un tema importante nell'ambito della determinazione degli equilibri tra centro e periferia. Disciplina il riparto delle competenze legislative tra i vari livelli di governo.

Il Titolo VII è relativo all'amministrazione della giustizia ed il Titolo VIII si occupa di "Introiti, debiti, beni e tassazione". Quest'ultimo disciplina la creazione di un fondo di introiti erariali consolidati, il calcolo degli interessi sui beni pubblici provinciali, la proprietà di miniere e terreni e la gestione dei beni pubblici provinciali. In merito al Titolo IX va segnalata la disciplina del giuramento di fedeltà che deve essere pronunciato da ciascun membro del Parlamento, prima dell'entrata in carica.

Il British North America Act si chiude con il Titolo X e XI. Il primo è stato abrogato del 1893 e si occupava della Ferrovia intercoloniale. Il secondo, rubricato "Ammissione di altre Colonie", pone in capo alla Regina d'Inghilterra il potere di ammettere, su istanza del Parlamento di Ottawa e delle assemblee legislative delle Provincie interessate, nuove colonie all'Unione.

Infine, il suddetto testo, è accompagnato da sei Allegati. Questi si occupano di materie in merito ad esempio, al passaggio di determinate categorie di opere pubbliche dalla proprietà delle Province a quella della Federazione, dei beni come gli ospizi per malati mentali ed il fondo permanente per le università e la definizione della nozione di produzione primaria derivante da risorse naturali non rinnovabili.

3.3 Carta canadese dei Diritti e delle Libertà

Nel 1982 non si assiste solo all'approvazione del Constitution Act ma anche alla cristallizzazione di tutta una serie di valori, contenuti in un documento ufficiale, che prende il nome di Charter of Rights and Freedoms.

L'adozione di tale documento segue ad un lungo processo costituente finalizzato a completare l'emancipazione del Paese dalla ormai ex Madre Patria e a dotarsi di una Costituzione rigida protetta da un'apposita Corte Suprema.

Come già accennato, il Constitution Act è composto da due parti ben distinte: la Charter of Rights and Freedoms che positivizza un elenco di diritti fondamentali ed il British North America Act che si occupa dell'allocazione delle competenze fra i diversi livelli di governo e dell'assetto dei poteri statali.

Pierre Trudeau è ritenuto il vero e proprio padre della Carta. Già sul finire degli anni '60, in qualità di Primo Ministro del Governo Pearson, dichiarò, rivolgendosi alla Canadian Bar Association, come

l'obiettivo primario del suo programma fosse l'adozione di una Carta dei diritti attraverso la quale creare un sentimento di unità nazionale, finalizzato a garantire una pacifica e duratura convivenza dei vari gruppi etnici ed a tutelare la libertà individuale e collettiva dei singoli. Secondo Trudeau, la solida convivenza fra i due gruppi principali non poteva essere garantita tramite la mera concessione al Québec di una maggiore autonomia: era necessario anche il riconoscimento del francese, al pari dell'inglese, come lingua ufficiale del paese, in modo da permettere a tutti i cittadini di spostarsi tra le varie Province mantenendo la propria lingua madre.

Così, una volta ottenuto l'ufficio di Primo Ministro, Trudeau si prefisse lo scopo di avviare un processo costituente basato sulla consultazione popolare, anziché su lunghi iter parlamentari. Venne istituito un comitato, composto e presieduto da parlamentari, incaricato di studiare le criticità del BNA su tale materia. Nonostante gli sforzi, i cittadini non si dimostrarono sensibili alla questione dei diritti fondamentali ed i progetti di riforma di Trudeau trovarono resistenze anche da parte delle autorità provinciali.

La svolta si ebbe nel 1980, quando Trudeau venne nuovamente eletto Primo Ministro: in tale occasione le sue elezioni mostrarono, a differenza delle precedenti, un forte consenso popolare nei confronti del suo programma. Fermo nel suo progetto, dopo l'ennesimo rifiuto delle Province, il Primo Ministro decise di proporre unilateralmente al Parlamento di Ottawa, e quindi a quello di Londra, una proposta di riforma. Si rivolse, inoltre, al popolo, presso il quale godeva di un grande consenso, riuscendo anche a superare il veto posto dai vari Premier Provinciali.

Ciò che più caratterizza come documento condiviso la Charter è proprio il nuovo interesse mostrato dalla cittadinanza nei confronti dell'approvazione di un Bill of Rights che funge da collante tra i diversi strati della società canadese.

3.4 Possibilità di deroga ai diritti fondamentali

Un aspetto molto interessante dal punto di vista teorico e dottrinale è la previsione dell'articolo 33 della Carta dei diritti e delle Libertà che disciplina la "notwithstanding clause" o "clause nonobstant", per usare la terminologia francese.

Tale articolo conferisce alle assemblee legislative canadesi, sia a livello centrale sia a livello provinciale, la potestà di emanare un atto avente forza di legge che contenga, in tutto o in parte, disposizioni dichiaratamente confliggenti con il dettato dell'articolo 2 (libertà fondamentali di opinione o di religione, di associazione o riunione pacifica) e dell'insieme delle norme che vanno dall'articolo 7 al 15 compreso (garanzie essenziali come il diritto alla libertà, alla vita e alla sicurezza ed il principio di uguaglianza) senza incorrere in declaratoria di incostituzionalità. È da rilevare come non si tratti mai di diritti che assumono un rilievo collettivo, politico o di diritti democratici, ma solo di diritti inerenti all'autonomia degli individui.

L'articolo 33 della Charter of Rights and Freedoms recita:

"(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under section (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under section (1).

(5) Section (3) applies in respect of a re-enactment made under section (4)".

Traduzione: "(1) Il parlamento o il legislatore di una provincia può dichiarare espressamente in una legge del parlamento o del legislatore, a seconda dei casi, che la legge o una sua disposizione deve operare nonostante una disposizione inclusa nella sezione 2 o nelle sezioni 7 a 15 della presente Carta. (2) Un atto o una disposizione di un atto in relazione al quale è in vigore una dichiarazione resa ai sensi della presente sezione avrà l'operazione che avrebbe se non fosse per la disposizione della presente Carta cui si fa riferimento nella dichiarazione. (3) Una dichiarazione resa ai sensi della sezione (1) cesserà di avere effetto cinque anni dopo la sua entrata in vigore o in una data precedente come può essere specificata nella dichiarazione. (4) Il Parlamento o il legislatore di una provincia può riattivare una dichiarazione resa ai sensi della sezione (1).(5) La sezione (3) si applica in relazione a una rievocazione effettuata ai sensi della sezione (4)"

Si desume dal dettato costituzionale come siano escluse dall'operatività di tale clausola materie comunque fondamentali quali, ad esempio, le garanzie democratiche previste negli articoli 3, 4 e 5, il diritto d'istruzione nella lingua della minoranza di appartenenza e la garanzia della parità di trattamento dei sessi. La deroga ha durata massima di cinque anni, salvo proroga che potrà essere conferita solo a seguito di una nuova deliberazione da parte del legislatore federale o provinciale.

L'inserimento della Notwithstanding Clause nel testo costituzionale risponde all'esigenza di trovare una soluzione alla diffidenza che talune Provincie mostravano nei confronti dell'imminente Patriation.

La possibilità di sollevare espressamente la Corte Suprema dal sindacato di costituzionalità di talune norme parve uno strumento idoneo ad evitare una eccessiva omogeneità nell'interpretazione e dell'applicazione dei diritti fondamentali, tale da non considerare le singole e specifiche esigenze provinciali.

Un'autorevole dottrina considera, inoltre, la Notwithstanding Clause come un tributo alla tradizione giuridica britannica nella quale è preponderante il ruolo del Parlamento: è ammesso un controllo giurisdizionale della legislazione ma sarà subordinato a vincoli stringenti.

In conclusione, è possibile affermare che tale clausola sia finalizzata a preservare l'autonomia legislativa provinciale ed a riaffermare con forza la superiorità parlamentare. Nonostante ciò non ha, nella pratica, trovato larga applicazione, se non da parte del Québec. Quest'ultimo, già all'indomani dell'approvazione del testo costituzionale, sviluppò la prassi di inserire la clausola dell'articolo 33 in ogni legge emanata dal proprio legislatore: arrivò così, addirittura, a modificare la legislazione preesistente al fine di sottrarla al controllo di legittimità della Corte Suprema.

4. La revisione costituzionale

4.1 Considerazioni introduttive e procedure

Il British North America Act del 1867 risultava privo di ogni riferimento alle procedure di revisione. Ciò era dovuto al fatto che all'epoca della nascita del Dominion non era presa in considerazione la possibilità di un netto distacco dalla Madre Patria, preferendo, invece, rimettere la competenza su tale materia al Parlamento londinese.

Innanzitutto va considerato il contesto storico in cui fu adottato il primo BNA: si risale al 1867, due anni dopo il termine della Guerra Civile Americana. Dopo tale conflitto i Padri fondatori canadesi furono

portati a diffidare del modello statunitense, considerandolo fonte di instabilità politica ed inidoneo a garantire una stabile e sicura convivenza tra le varie componenti etniche e sociali del paese nordamericano.

Conseguenza della Patriation non è solo l'adozione della Charter of Rights and Freedoms, ma anche la stesura di un apposito Titolo V della Costituzione dedicato interamente alla materia della revisione costituzionale.

L'ordinamento canadese, così come innovato nel 1982, conosce diverse procedure di revisione, il cui ricorso non richiede alcun intervento del Parlamento britannico: la scelta dell'una o dell'altra dipende dal diverso tipo di rigidità attribuito alle varie disposizioni contenute nella Carta fondamentale. Dal 1982 ad oggi le modifiche al Constitution Act sono state poco numerose e comunque mai di grande rilievo. La difficoltà nel selezionare l'iter procedimentale adeguato alla revisione di una specifica norma ha comportato che le innovazioni apportate al testo fossero, sostanzialmente, di scarsa importanza, rendendo di fatto la Costituzione canadese "bloccata".

Il nuovo assetto conferisce alle autorità Provinciali un importante ruolo all'interno dei procedimenti di revisione. Il Constitution Act è considerato un atto contenente valori condivisi da tutti i canadesi e, infatti, alla sua approvazione hanno preso parte tutte le Province tranne una: il Québec fin dal principio ha lamentato la mancanza, nel nuovo testo, della previsione di un diritto di veto, in proprio favore, nei confronti di ogni progetto di riforma costituzionale che venisse proposto. Il quadro così delineato prende atto della complessità dei valori trattati dalla Carta ed opta per una differenziazione delle procedure di revisione a seconda del grado di rigidità conferito alla specifica norma.

Il Titolo V della Costituzione individua cinque procedimenti di revisione costituzionale, tre dei quali richiedono l'intervento congiunto

sia del Parlamento di Ottawa che dei legislativi provinciali perché il testo risulti validamente emendato. Tra queste procedure aggravate due sono considerate "speciali" operando solo nei casi tassativamente previsti, una è considerata "ordinaria" ed opera in via residuale. Tale ultimo iter è detto anche "Sever/Fifty". Esso richiede il consenso di un numero di Provincie non inferiore a sette, che rappresentino almeno il 50% della cittadinanza: in tal modo viene valorizzato il ruolo delle Provincie in sede di revisione costituzionale. Esiste, inoltre, un iter fortemente aggravato che opera per talune materie specificatamente individuate come, ad esempio, le attribuzioni della Corona o del Governatore Generale. In tali materie è richiesto, oltre al consenso del Parlamento di Ottawa, l'unanimità delle autorità legislative provinciali. Questo ultimo processo spiega quanto sia importante il ruolo che il Constitution Act del 1982 riserva alle autorità provinciali.

4.2 Federalismo e revisione

Come già evidenziato, il Costituente del 1982 ha deciso di dotare la Costituzione canadese di disposizioni che disciplinano i procedimenti di revisione della stessa, al fine di dare maggiore stabilità all'assetto costituzionale concedendo, al contempo, la possibilità di modificarlo in armonia con le evoluzioni sociali e politiche del Paese.

I procedimenti di revisione previsti valorizzano a pieno l'essenza pluralistica del territorio canadese. Ciò è dimostrato dal fondamentale ruolo attribuito dalla Carta alle Province, le quali sono tenute a pronunciarsi su quasi ogni proposta di revisione. La ratio di tali previsioni è quella di sottrarre la materia della revisione costituzionale al monopolio del Governo centrale e rendere co-titolari del potere di riformare la Costituzione, Federazione e Province.

Tale organizzazione rappresentò, nel 1982, un'assoluta novità: il precedente testo di riferimento, ossia il British North America Act del

1867, considerato l'allora assoggettamento del Dominion al Regno Unito, non faceva alcun riferimento alla possibilità di autonomi procedimenti di revisione.

Negli anni '30 del novecento nasce e si sviluppa la consuetudine per cui le modifiche delle disposizioni del BNA relative ai rapporti centro-periferia potessero essere proposte al Parlamento britannico da quello di Ottawa solo in seguito alla pronuncia favorevole da parte degli organi governativi provinciali. La portata di tale consuetudine è individuata dalla Corte Suprema: quest'ultima, prendendo atto dell'assenza sia di norme ad hoc, sia di specifici accordi tra centro e periferia su tale questione, assume il compito di dichiarare quale sia il ruolo delle Provincie in tema di revisione costituzionale, in linea con la natura federale dello Stato.

In conclusione, si può affermare come l'esigenza di valorizzare l'essenza pluralistica dello Stato canadese e quella di determinare il peso che questa dovesse avere all'interno delle procedure di revisione costituzionale, sono state soddisfatte sia dall'operato della Supreme Court, che si è preoccupata di delineare i caratteri essenziali della convenzione formatasi nella prima parte del XX secolo, sia dall'emanazione della Costituzione del 1982, atto che consacra l'importanza del coinvolgimento delle Province in sede di modifica della Costituzione.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

In ricordo del Prof. Giuseppe Guarino

di Simone Budelli, Professore Associato di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Perugia

Un occhio sempre attento a ciò che cambia nel mondo, un cervello vivacemente aperto alla riflessione, una penna impegnata a registrare i risultati di una vita dedicata con alacre tranquillità alla ricerca hanno smesso di funzionare.

Il diritto pubblico ha perso uno studioso che è stato in grado di interpretare non solo testi giuridici, ma con occhio interdisciplinare alcune epoche. Il prof. Guarino, anticipando l'individuazione di problemi che sarebbero emersi successivamente, ha sempre cercato di proporre concretamente meditate soluzioni, senza restare mai prigioniero delle ondate di conformismo, che spesso in Italia hanno travolto, assieme agli operatori dell'informazione, anche i cultori della scienza.

La vastità dell'opera scientifica di Giuseppe Guarino è tale da renderne difficile non solo una riassuntiva esposizione panoramica, ma ancora di più ogni sintesi volta ad indicare gli aspetti essenziali del suo insegnamento, anche se può forse cogliersi nel continuo impegno a varcare i confini tradizionalmente posti tra le varie

discipline giuridiche e tra il diritto e il non diritto, una radicata fede nella forza integrativa e ordinativa dell'argomentazione giuridica.

Due meditate riflessioni sembrano aver ispirato, fin dai primi lavori, la sua analisi: la formazione spontanea del diritto non si realizza nel chiuso di un determinato gruppo sociale, ma entrando necessariamente in rapporto con "la compiuta interezza del diritto"; lo studio del diritto è lo studio dell'"unità e la contemporaneità degli ordinamenti" nelle loro interrelazioni spaziali e temporali, giuridiche e non giuridiche, che tendono a moltiplicarsi assieme agli ordinamenti. L'evidente allargamento degli orizzonti che queste premesse comportano si riflette largamente nella ricerca di Giuseppe Guarino, che ha spaziato in una grande varietà di ambiti.

Nel 1946, analizzando l'esperienza costituzionale transitoria italiana, aveva percepito il determinante rilievo dei partiti nel CLN e nella formazione dei governi, rilevandone le modalità e aveva avuto occasione di illustrare con lucidità l'immanente condizionamento politico del diritto costituzionale nella problematica dello *scioglimento delle assemblee parlamentari*, che sarà oggetto di una sua nota monografia del 1948. Con *I decreti legislativi luogotenenziali. Sulla normatività della Costituzione materiale*, (*Foro penale* 1947), le problematiche della transitorietà gli suggeriranno ulteriori approfondimenti sul rapporto tra normatività e forza politica e sociale nella formazione del diritto costituzionale. Dopo aver potuto partecipare, dalle pagine della *Rassegna di diritto pubblico* al dibattito culturale tra giuristi, che ha accompagnato la fase costituente, ha dedicato la sua attenzione ad alcuni istituti della Carta che risultavano particolarmente innovativi dell'assetto costituzionale (referendum, presidente della repubblica, indirizzo politico etc.), mantenendo vivo e costante un interesse per gli argomenti giuridici di carattere generale, che l'accompagnerà per tutta la vita (cfr., tra gli altri, *Potere giuridico e diritto soggettivo*,

1949; *Oggetto, funzione e metodo della teoria generale del diritto*, 1953). Un tale interesse si sarebbe concretato in approdi sistematici del diritto amministrativo espressi con *L'organizzazione pubblica* (1977), attraverso la promozione e la direzione scientifica di ricerche come quella sugli enti pubblici italiani (1968), e del *Dizionario amministrativo* (iniziata nel 1977, e ripresa successivamente), ma anche con le riflessioni *Sulla utilizzazione dei modelli differenziati nella organizzazione pubblica* (1968) e la sintesi in *Atti e poteri amministrativi* (1994), oltre che nella prosecuzione del percorso iniziato con *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi* (*Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1970), che perverrà, con *L'uomo istituzione* (2005), alla costruzione di una *teoria delle istituzioni* che costituirà un completamento e un'integrazione della teoria di Santi Romano e che, con *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzion*i. (*Diritto e cultura* 2004), risulterà orientata a superare le barriere interdisciplinari e ad integrare la ricerca economica dei nostri giorni.

La parabola dell'espansione dell'intervento pubblico nell'economia, che ebbe Giuseppe Guarino indiscusso protagonista politico, lo vide contemporaneamente impegnato alla costruzione degli strumenti concettuali funzionali al necessario allargamento dell'indagine giuridica in campi che le apparivano preclusi. Alcuni saggi raccolti nei volumi di scritti di diritto pubblico dell'economia, come *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo* (1961), *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regional*i (1962), *Pubblico e privato nella organizzazione e nella disciplina delle imprese* (1968), unitamente a *Efficienza e legittimità dell'azione dello Stato: le funzioni della Ragioneria dello Stato nel quadro di una riforma della pubblica amministrazione* (1969), nonché *La Banca d'Italia e il sistema bancario 1919-1936*, (1993), hanno posto quelle che sono state

considerate le basi della vasta produzione scientifica italiana di diritto pubblico dell'economia .

La consapevolezza della frequenza dei limiti delle impostazioni stato-centriche, particolarmente ricorrenti nelle trattazioni giuspubblicistiche, ha indotto Giuseppe Guarino ad esplorare e approfondire gli argomenti della globalizzazione con *Il governo del mondo globalizzato* (2000) e con *I soldi della guerra. Gli Stati Uniti: spesa militare, innovazione, economia globale*, 2003.

Espressa in una serie di monografie a partire da *Dieci giorni per privatizzare* , (1993), *Dalla Costituzione all'Unione Europea* (1994), *Verso l'Europa ovvero la fine della politica* (1997), *Salvare l'Europa, salvare l'euro* (2013), *Cittadini europei e crisi dell'euro* (2014), l'appassionata partecipazione al dibattito, tuttora in corso, sulle tormentate dinamiche dell'integrazione europea ha evidenziato un'eccezionale capacità di anticipare l'esplosione delle più forti tensioni e di individuarne le radici.

Anche sulle problematiche ambientali il contributo di Giuseppe Guarino, che è stato direttore di *Atomo, petrolio, elettricità*, è stato di grande rilievo. Negli studi del diritto dell'energia possono considerarsi particolarmente pionieristici: *Stato ed energia nucleare* (1959), *Unità ed autonomia del diritto dell'energia* (1961), *La disciplina giuridica dei permessi di ricerca e delle concessioni minerarie* (1962), *La disciplina giuridica degli oleodotti* (1964).

Nell'epoca del Corona Virus, di fronte alla crescita continua di sempre più pervasive forme di prescrittività legittimate dalle più varie competenze tecniche può sembrare attuale una delle osservazioni conclusive della Prolusione romana del 1962 dal titolo *Tecnici e politici nello Stato contemporaneo*, in cui si avvertiva la necessità della frequente revoca dei tecnici "politicamente rilevanti": «*se si riconoscesse ai tecnici la stabilità, sia pure entro un periodo*

predeterminato, si verrebbe ad attribuire ad essi una forza eccessiva nei confronti dei politici» che, rilevava Giuseppe Guarino, «*restano in carica talvolta per periodi molto brevi*».

Sono consapevole di aver trascurato di menzionare parecchi approdi importanti di una ricerca che è proseguita fino agli ultimi giorni di una vita, ma sono sicuro che il prof. Guarino avrebbe ridacchiato e mi avrebbe perdonato.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

Nota a Sent. Corte Cass., SS.UU. n. 18592 del 07/09/2020

a cura del Prof. Saverio F. Regasto, Università degli Studi di Brescia

La Sentenza in commento è destinata, visti gli esiti, a creare un certo clamore sia fra gli addetti ai lavori, sia, più in generale, nell'ambito della comunità (accademica e non) a causa degli esiti che mettono una pietra tombale sulla discrezionalità tecnica delle Commissioni giudicatrici per il conseguimento dell'Abilitazione Scientifica Nazionale alle funzioni di professore di prima e seconda fascia delle Università italiane.

La decisione è altresì peculiare per il raro mezzo di impugnazione che il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ha utilizzato, il ricorso in Cassazione di una sentenza del Consiglio di Stato per difetto di giurisdizione, ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, cost.

Il Consiglio di Stato con la decisione oggetto di ricorso (sent. n. 1321 del 2019, sez. VI) non solo aveva confermato quanto statuito dal giudice di prime cure (annullamento della decisione di mancata abilitazione e rivalutazione della candidata a cura di una Commissione giudicatrice in diversa composizione), ma vista l'inottemperanza del competente Ministero si era spinto, innovando profondamente la propria giurisprudenza e mutuando i precedenti in tema di corretta

scelta del contraente, ad assegnare alla medesima ricorrente l'Abilitazione per così dire banco judicis, superando ogni obiezione formale e sostanziale tanto del Ministero quanto della Commissione giudicatrice.

Ricorre il MIUR nel tentativo, evidentemente, di evitare il consolidamento del precedente secondo il quale in determinate condizioni di fatto e di diritto (quando, ad esempio, è leso il bene della vita, oppure quando nonostante lo stratificarsi di decisioni di ottemperanza, quest'ultima viene eseguita parzialmente o in maniera del tutto difforme da quanto statuito dal giudice), può essere riconosciuto al magistrato un vero e proprio potere sostitutivo dell'amministrazione, con ciò privando la Commissione giudicatrice, in tutto o in parte, dell'esercizio della discrezionalità tecnica che connota tutte le selezioni pubbliche.

Cassazione civile sez. un. - 07/09/2020, n. 18592

Intestazione

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MAMMONE Giovanni - Primo Presidente -

Dott. DI IASI Camilla - Presidente di sez. -

Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Presidente di sez. -

Dott. TRIA Lucia - rel. Presidente di sez. -

Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere -

Dott. SCRIMA Antonietta - Consigliere -

Dott. CIRILLO Francesco M. - Consigliere -

Dott. LAMORGESE Antonio Pietro - Consigliere -

Dott. CRUCITTI Roberta - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 19144-2019 proposto da:

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA, in

persona del Ministro pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;

- ricorrente -

contro

L.M.C., elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA SAN BERNARDO 101, presso lo studio dell'avvocato GENNARO TERRACCIANO,

che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ROBERTO D'ATRI;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1321/2019 del CONSIGLIO DI STATO, depositata

il 25/02/2019;

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 07/07/2020 dal Presidente Dott. LUCIA TRIA;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CELENTANO CARMELO, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso;

uditi gli avvocati Gennaro Terracciano, e Roberto D'Atri.

FATTI DI CAUSA

1. La professoressa L.M.C. - con qualifica, dal 1 novembre 2001, di professore associato di Diritto del lavoro (SSD IUS/07) presso l'Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Giurisprudenza, confermata nel ruolo a decorrere dall'1 giugno 2005 - ha presentato domanda di ammissione alla procedura per conseguimento dell'abilitazione scientifica - nazionale (di seguito: "ASN") alle funzioni di professore universitario di prima fascia, indetta dal Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca (d'ora in poi: MIUR), per l'anno 2012, con Decreto Direttoriale 20 luglio 2012, n. 222;

La Commissione esaminatrice, pur con valutazioni di merito positive delle pubblicazioni della candidata (attestate tra il livello "buono" e il livello "accettabile"), esprimeva un complessivo giudizio negativo;

L'interessata impugnava gli atti e il TAR del Lazio, Roma, con la sentenza 13 novembre 2014, n. 11423, ne dichiarava l'annullamento ordinando il riesame della candidata da parte di una nuova Commissione sottolineando che, ancorchè i giudizi di merito avessero tenore positivo, l'abilitazione non era stata attribuita a causa della particolare metodologia di valutazione adottata dalla Commissione nominata per il settore di Diritto del Lavoro e, in particolare, a causa del travisamento del significato assegnato dal D.M. n. 76 del 2012 (Regolamento recante criteri e parametri per la valutazione dei candidati ai fini dell'attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale per l'accesso alla prima e alla seconda fascia dei professori universitari, nonchè le modalità di accertamento della qualificazione dei Commissari, ai sensi della L. 30 dicembre 2010, n. 240, art. 16, comma 3, lett. a, b e c, del D.P.R. 14 settembre 2011, n. 222, art. 4 e art. 6, commi 4 e 5) alla valutazione di "accettabile" attribuita ad alcune opere della ricorrente.

Anche la nuova Commissione esprimeva un giudizio negativo, avendo rilevato la mancata produzione della seconda monografia da parte della L.M., ma confermava la valutazione di merito assolutamente positiva già espressa dalla precedente Commissione.

Pure detta valutazione negativa veniva annullata dal TAR del Lazio che, con la sentenza 4 luglio 2017, n. 7695, accoglieva la censura dell'interessata riguardante l'asseritamente omessa produzione della seconda monografia (sulla quale si era basata la mancata attribuzione dell'ASN). rilevando principalmente che tale parametro di valutazione era stato illegittimamente introdotto ex post dalla Commissione come requisito preliminare di ammissibilità della valutazione delle pubblicazioni a pena di esclusione, senza alcun riscontro nel D.M. n. 76 del 2012, art. 3, comma 3.

Il TAR Lazio, dopo aver ribadito che il giudice amministrativo aveva già dichiarato la portata positiva dei giudizi resi dalla prima Commissione, disponeva l'annullamento del diniego di abilitazione senza rimettere la candidata al riesame di una ulteriore Commissione.

Il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (d'ora in poi: MIUR) e la Commissione di rivalutazione nominata in data 3 febbraio 2017 non davano esecuzione alla suddetta sentenza n. 7695 del 2017, ormai passata in giudicato.

La professoressa adiva il Giudice dell'ottemperanza mediante la proposizione di apposito ricorso, ma nel frattempo, in data 31 gennaio 2018, veniva pubblicato il giudizio ancora una volta negativo della Commissione di rivalutazione.

Anche tale ultimo diniego veniva impugnato innanzi al TAR del Lazio, il quale, con la sentenza n. 4283 del 18 aprile 2018, respingeva il ricorso, escludendo l'illegittimità della valutazione di merito negativa questa volta espressa dalla Commissione di riesame, che ribaltava il giudizio positivo per due volte in precedenza formulato sui medesimi titoli dalle altre Commissioni. Il TAR in particolare sottolineava che la Commissione di riesame era tenuta, nell'esercizio della propria discrezionalità ed entro i limiti indicati dalla sentenza da eseguire, a valutare ex novo la candidata non essendo obbligata a fare propri i giudizi di merito espressi, in particolare, dalla prima Commissione, in quanto anche in sede di ottemperanza l'effetto conformativo del giudicato non può elidere la suddetta discrezionalità.

In particolare veniva precisato che la "nuova" Commissione doveva soltanto rispettare i limiti derivanti dai due giudicati intervenuti nella vicenda - limiti riguardanti, rispettivamente, l'accezione di un eventuale nuovo giudizio di "accettabile" in senso positivo nonchè la

cristallizzazione dei criteri posti dalla "prima" Commissione oltre che l'illegittimità della interpolazione di un nuovo parametro di valutazione di tipo "quantitativo" costituito dalla seconda monografia - ma certamente, proprio perchè di rinnovata composizione, la Commissione non doveva attenersi ai giudizi di merito delle precedenti Commissioni.

2. In sede di appello avverso tale ultima sentenza del TAR Lazio, il Consiglio di Stato, Sezione Sesta, con la sentenza 25 febbraio 2019, n. 1321 - cui si riferisce il presente ricorso - ha annullato gli atti impugnati ed ha stabilito che il MIUR in attuazione del giudicato in contestazione fosse tenuto a rilasciare l'abilitazione di cui si tratta all'interessata.

3. In data 11 giugno 2019 il MIUR ha provveduto ad inserire la professoressa L.M. nell'elenco degli abilitati alle funzioni di professore universitario di prima fascia per il settore concorsuale di Diritto del lavoro, di cui alla tornata del 2012;

Il 14 giugno 2019 è stato notificato alla L.M. il presente ricorso proposto dal MIUR avverso la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1321 del 2019;

In data 17 giugno 2019 è stata notificata alla professoressa istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza n. 1321 del 2019 (ancorchè già eseguita), esaminata dal Consiglio di Stato nella camera di consiglio del 18 luglio 2019.

4. Il ricorso del MIUR, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domanda la cassazione di quest'ultima sentenza del Consiglio di Stato per un unico, articolato motivo deducendo eccesso di potere giurisdizionale per travalicamento da parte del Giudice amministrativo dei limiti esterni del proprio ambito di

giurisdizione consistito nell'arbitraria invasione nella sfera riservata al potere della Pubblica Amministrazione, derivante dalla diretta attribuzione alla ricorrente del bene della vita desiderato.

5. La professoressa L.M.C. resiste con controricorso illustrato da memoria.

6. La causa, la cui trattazione è stata originariamente fissata per l'udienza del 10 marzo 2020 è stata rinviata a nuovo ruolo, per sopravvenuto impedimento del relatore e quindi rimessa in decisione all'odierna udienza pubblica.

7. In vista di tale ultima udienza la ricorrente ha depositato un'ulteriore memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con l'unico motivo il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (d'ora in poi: MIUR) propone ricorso per motivi di giurisdizione ex art. 111 Cost., comma 8, denunciando violazione e falsa applicazione della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, art. 4 e successive modifiche e integrazioni "per eccesso di potere giurisdizionale sotto il profilo del c.d. sconfinamento o invasione dai limiti della giurisdizione laddove il Consiglio di Stato ha affermato la propria giurisdizione nella sfera riservata al potere dell'Amministrazione".

Si sostiene che il Consiglio di Stato - avendo ordinato all'Amministrazione di attribuire alla candidata l'abilitazione scientifica nazionale (di seguito: "ASN") alle funzioni di professore universitario di prima fascia senza sottoporre l'interessata al riesame di una nuova Commissione, eventualmente indicando i parametri di valutazione da

applicare - avrebbe privato l'Amministrazione della propria discrezionalità tecnico-valutativa costantemente riconosciutale dalla giurisprudenza amministrativa in tema di concorsi ed esami pubblici e si sarebbe di fatto sostituito all'Amministrazione stessa nel conferire alla candidata il bene della vita cui aspirava.

Il ricorrente ricorda che, per costante indirizzo della giurisprudenza amministrativa (che trova riscontro anche nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite; si cita Cass. SU 20 gennaio 2014, n. 1103, recte: n. 1013), nelle procedure del tipo di quella che viene in considerazione si riconosce un elevato margine di discrezionalità all'Amministrazione chiamata ad esprimersi per mezzo di organi altamente tecnici e si afferma che in sede di legittimità il giudice amministrativo può sindacare le valutazione espresse dalle Commissioni giudicatrici solo se le stesse risultino ictu oculi affette da eccesso di potere per illogicità o irrazionalità ovvero per travisamento dei fatti o anche per macroscopiche carenze nella motivazione oppure nei criteri prestabiliti per la valutazione. Si ritiene, infatti, che il giudice amministrativo possa sindacare tali valutazioni soltanto sotto il profilo della logicità/ragionevolezza ma senza sostituire una propria valutazione a quella della commissione.

Nella sentenza impugnata tali principi non sarebbero stati rispettati oltretutto sulla base di "passaggi logici evidentemente contraddittori" in quanto sarebbe stata esclusa la violazione dei precedenti giudicati per le medesime ragioni per le quali è stato poi disposto l'annullamento del giudizio negativo espresso dall'ultima Commissione, dopo essersi ricordato che l'art. 31, comma 3 cod. proc. amm. stabilisce che soltanto quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di discrezionalità, il giudice potrà spingersi sino alla verifica dell'esistenza in concreto

dei presupposti e requisiti in presenza dei quali il ricorrente può ottenere il provvedimento richiesto.

2. Il ricorso è da respingere per le ragioni di seguito esposte.

3. Per risalente e constante indirizzo di questa Corte l'eccesso di potere giurisdizionale - qui denunciato - che costituisce un aspetto dei motivi inerenti alla giurisdizione per i quali le sentenze dei Giudici speciali possono essere impugnate dinanzi a queste Sezioni Unite, in base all'art. 111 Cost., comma 8, deve essere inteso come esplicazione di una potestà riservata dalla legge ad un diverso organo, sia esso legislativo o amministrativo, e cioè come una usurpazione o indebita assunzione di potestà giurisdizionale. Esso presuppone il superamento dei limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali del giudice speciale e l'esistenza di quei soli vizi attinenti all'essenza della funzione giurisdizionale, con esclusione di ogni sindacato sui modi di esercizio della funzione medesima (fra le tante: Cass. SU 11 novembre 1983, n. 6690; Id. 19 aprile 1984, n. 2566; Id. 9 novembre 1994, n. 9290 e, in continuità: Cass. SU 5 dicembre 2016, n. 24740; Id. 5 giugno 2018, 14438; Id. 6 marzo 2020, n. 6462).

Pertanto, il suddetto vizio non è configurabile con riferimento all'attività di interpretazione delle norme effettuata dal Giudice speciale perchè tale attività - anche quando la "voluntas legis" sia stata individuata, non in base al tenore letterale delle singole disposizioni, ma alla "ratio" che esprime il loro coordinamento sistematico rappresenta il "proprium" della funzione giurisdizionale e non può dunque integrare, di per sè sola, la violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale ma, eventualmente, dare luogo ad un "error in judicando", estraneo al sindacato di queste Sezioni Unite

(indirizzo consolidato, di recente ribadito da Cass. SU 28 febbraio 2020, n. 5589).

4. Per quel che riguarda il Consiglio di Stato è stato precisato, in linea generale, che il controllo di legittimità del giudice amministrativo importa un sindacato pieno non solo sul fatto, ma pure sulle valutazioni, pure di ordine tecnico, operate dall'Amministrazione (Cass. SU 9 marzo 2020, n. 6691).

E, con specifico riferimento alle valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici dei pubblici concorsi - ipotesi che ricorre nella presente fattispecie - è stato affermato che tali valutazioni sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale di legittimità del giudice amministrativo, che può rilevarne l'irragionevolezza, l'arbitrio o la violazione del principio della "par condicio" tra i concorrenti, senza che ciò comporti un'invasione della sfera del merito amministrativo, denunciabile con il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione (Cass. SU 19 dicembre 2011, n. 27283; Id. 28 maggio 2012, n. 8412; Id. 13 febbraio 2020, n. 3562).

5. Con la presente sentenza il Consiglio di Stato - muovendo dal rispetto del consolidato (espresso a partire dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2 del 15 gennaio 2013) secondo cui è ammissibile la proposizione di un solo ricorso avverso tutti i provvedimenti emanati dall'Amministrazione successivamente al giudicato di annullamento di un precedente provvedimento - ha cercato di trovare un punto più avanzato di equilibrio rispetto a quello affermato nella suddetta Adunanza Plenaria, che - chiamata a giudicare proprio sulla rinnovazione di un concorso universitario in cui la medesima Commissione aveva reiterato con motivazioni diverse il suo giudizio negativo già oggetto di annullamento giurisdizionale - non aveva accolto le "istanze evolutive desumibili dall'impianto del

codice del processo amministrativo", in quanto le aveva ritenute contrastanti con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'Amministrazione.

Tale scelta è stata operata nell'idea che non sia accettabile nè conforme al codice del processo amministrativo - espressamente finalizzato a garantire una tutela piena ed effettiva "secondo i principi della Costituzione e del diritto Europeo" (art. 1) - che la crisi di cooperazione tra P.A. e cittadino possa risolversi in una defatigante alternanza tra procedimento e processo senza che sia possibile addivenire ad una soluzione positiva, oltretutto con grave dispendio di risorse pubbliche e private. Situazione - ad avviso del Consiglio di Stato - frequente proprio in materia di concorsi del tipo di quello sub judice.

6. In questa ottica in primo luogo è stato escluso l'accoglimento della censura di violazione del giudicato, in base alla duplice considerazione delle particolari caratteristiche del giudicato amministrativo - che non può che formarsi con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto ritenuti sussistenti, alla stregua dei motivi dedotti nel ricorso - nonchè del contenuto "alquanto ristretto" dell'accertamento delle due decisioni passate in giudicato, perchè tali decisioni si erano limitate a vincolare l'attività dell'Amministrazione al seguente duplice divieto: di non incorrere nel vizio motivazionale in cui era incorsa la "prima" Commissione (limite qualitativo); di non ricollegare effetti preclusivi alla mera omessa "allegazione" della seconda monografia, ove comunque esistente (limite quantitativo).

Ma in esse non era contenuta alcuna statuizione sulla fondatezza della pretesa.

7. Il Consiglio di Stato ha, invece, accolto l'appello in relazione alle sollevate censure di legittimità, muovendo dalla premessa secondo cui il giudizio espresso dall'ultima Commissione fosse da considerare viziato da eccesso di potere per plurimi deficit motivazionali, a partire dalla marcata ed immotivata divaricazione tra la valutazione espressa (oggetto del giudizio del Consiglio di Stato) e quelle rese dalle due precedenti Commissioni.

Pertanto, la suddetta statuizione è stata adottata in conformità con l'orientamento della giurisprudenza amministrativa - richiamato dal ricorrente - secondo cui il Giudice amministrativo esercita il proprio controllo di legittimità sull'operato delle commissioni esaminatrici dei pubblici concorsi se lo ritiene caratterizzato da macroscopici profili del vizio di eccesso di potere per irragionevolezza, irrazionalità o arbitrarietà, o errore di fatto e così via (tra le tante, di recente: Cons. Stato, Sezione terza, sentenza 29 marzo 2019, n. 2091).

Ciò rende altresì evidente che, diversamente da quel che sostiene il MIUR, le ragioni poste alla base del rigetto della censura di violazione del giudicato non coincidono con quelle su cui poggia la decisione di annullamento.

8. Disposto l'annullamento anche del "terzo" diniego di abilitazione il Consiglio di Stato - anche ricordando la conclusione del giudizio di cui all'Adunanza Plenaria n. 2 del 2013 cit. - ha rilevato che il contenuto ordinatorio della sentenza di accoglimento (e quindi di annullamento dell'atto impugnato) non sempre consente una definizione della fattispecie sostanziale, conforme all'esigenza di una tutela piena ed effettiva "secondo i principi della Costituzione e del diritto Europeo", che il codice del processo amministrativo pone in primo piano (art. 1).

E il Giudice amministrativo ha specificato che ciò accade proprio nelle ipotesi - come quella in discussione - di esercizio della "discrezionalità tecnica" da parte dell'Amministrazione, in cui il fatto presupposto del potere di abilitazione (segnatamente: il livello di maturazione scientifica dei candidati) viene preso in considerazione dalla norma attributiva del potere, non nella dimensione oggettiva di "fatto storico" (accertabile in via diretta dal Giudice), bensì di fatto "mediato" e "valutato" dalla Pubblica Amministrazione. In questi casi, il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Amministrazione, dovendo verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto.

Poichè di frequente questa "possibilità attuativa" si trova a dovere necessariamente scontare l'introduzione di un indefinito numero di giudizi di cognizione prima di poter essere completamente soddisfatta, il sistema della giustizia amministrativa deve dimostrarsi in grado di approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela, rendendo concretamente tangibile l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, come delineata dal suddetto nuovo codice del processo amministrativo.

Il Consiglio di Stato considera a tal fine non utilmente invocabile il "principio del dedotto e del deducibile", quale espediente per ampliare i confini di estensione dell'area coperta dalla forza del giudicato amministrativo, principalmente in quanto l'anzidetto principio giurisprudenziale - il quale, come avverte la dottrina, non influisce in modo alcuno nel senso di restringere o ampliare i limiti oggettivi del

giudicato - comporta esclusivamente che il giudice di un futuro processo non può disconoscere o diminuire il bene riconosciuto nel precedente giudizio. Ma, nella ipotesi in esame, tale bene è rappresentato dalla sola possibilità di vedere realizzato il "risultato sperato".

Per gli stessi motivi il Giudice amministrativo considera del pari infruttuoso richiamare gli esiti del dibattito civilistico sull'oggetto del processo e del giudicato nelle impugnative c.d. negoziali, in quanto trattasi di profili che evidentemente per nulla sono in grado di proiettare verso la "spettanza" la tipologia di contenzioso in esame, precisazione quest'ultima che conferma come anche per il giudice amministrativo i richiamati principi civilistici abbiamo carattere fondamentale (arg. ex Cass. SU 28 dicembre 2007, n. 27169, n. 27170, n. 27171; Id. 22 aprile 2008, n. 11656; Id. 12 dicembre 2014, n. 26242), tanto che si considerano non utilizzabili al suddetto scopo solo in considerazione del tipo di bene che si intende tutelare.

9. Il Consiglio di Stato osserva poi che sulla base del menzionato codice - cui si è pervenuti all'esito di una complessa evoluzione giurisprudenziale e normativa - il sistema delle tutele è stato segnato da una serie di sviluppi, che si pongono tutti in direzione di una maggiore "effettività" del sindacato del giudice amministrativo, sia nei casi in cui il provvedimento viene confermato, sia nei casi in cui l'interesse legittimo viene ritenuto leso.

In particolare, la giurisdizione è stata configurata come "piena", nel senso dell'attribuzione al giudice amministrativo del potere di riformare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, la decisione impugnata resa dall'autorità amministrativa.

Si sottolinea che un importante strumento di attuazione di tale disegno è rappresentato dall'attribuzione al giudice della cognizione del potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta (art. 34, comma 1, lett. e), consentendo di esplicitare a priori, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più a posteriori, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento.

Con l'introduzione della suddetta inedita modalità di "cognizione ad esecuzione integrata" l'art. 34 cod. proc. amm. sembra postulare che non sia riservata alla funzione esecutiva la traduzione in concreto dei precetti, mentre l'ampia formulazione dell'art. 114 cod. proc. amm. (per il giudizio di ottemperanza) riflette la tradizionale tesi della riedizione della funzione amministrativa dopo la sentenza di annullamento del giudice amministrativo, sindacabile in una fase processuale di "esecuzione a cognizione integrata.

Del resto, anche l'art. 31, comma 3, art. 34, comma 5, e 40 cod. proc. amm., riferendosi rispettivamente alla pretesa e all'oggetto della domanda, richiamano l'aspettativa di conseguire il bene della vita, a differenza dell'art. 7, commi 1 e 4 e artt. 30 e 108 cod. proc. amm. che chiamano in causa l'interesse legittimo.

10. All'art. 31, comma 3 e all'art. 34, comma 2 il codice del processo amministrativo affida il compito di esplicitare (per la prima volta) il punto di contemperamento tra il principio di giustiziabilità delle pretese e di effettività della tutela (artt. 24,103 e 113 Cost., artt. 6 e 13 della CEDU) ed il principio di separazione dei poteri (artt. 1 e 97

Cost., con il quale tradizionalmente viene giustificata la riserva di valutazione in capo alla Pubblica Amministrazione).

Per effetto dell'art. 31, comma 3 cod. proc. amm. - avente applicazione generale, sia che l'Amministrazione rimanga inerte sia che emani un provvedimento espresso di diniego - per la definizione dell'intero rapporto sostanziale, vengono dettati i seguenti limiti:

soltanto quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di discrezionalità, il giudice potrà spingersi sino alla verifica dell'esistenza in concreto dei presupposti e requisiti in presenza dei quali il ricorrente può ottenere il provvedimento richiesto.

Dall'art. 34, comma 2 cod. proc. amm. - alla cui stregua il giudice non può pronunciarsi "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" (art. 34, comma 2) - si desume invece che non sono consentite domande di tutela preventiva dell'interesse legittimo, dirette cioè ad orientare l'azione futura dell'Amministrazione, prima che questa abbia ancora provveduto.

Di qui la conclusione che lo stesso codice del processo amministrativo, pur non tratteggiando un modello compiuto, consente di delineare in via interpretativa un dispositivo di chiusura del sistema, volto a scongiurare l'indefinita parcellizzazione giudiziaria di una vicenda sostanzialmente unitaria.

11. Tale rimedio viene indentificato dal Consiglio di Stato, su ampie basi argomentative, nella "riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa" (anche tecnica), in via sostanziale o processuale, che può derivare da molteplici cause.

In particolare, la riduzione o "consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile frattura del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri", in quanto in presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all'Amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati.

12. Nella vicenda in esame il susseguirsi di una pluralità di giudicati amministrativi di annullamento di procedure di abilitazione scientifica nazionale e la nomina di altrettante Commissioni di valutazione non determina, di per sè, l'insorgere di un vizio di violazione del giudicato nel provvedimento che ulteriormente nega l'abilitazione nazionale, per quel che si è detto.

Ma il susseguirsi di tre giudicati di annullamento ha comunque l'effetto di "svuotare" l'Amministrazione del proprio potere discrezionale, con la precisazione che il giudicato costituisce, in tale ipotesi, un vincolo alla discrezionalità amministrativa che opera come "fatto" e non come "atto".

Alla luce delle suddette considerazioni, il Consiglio di Stato perviene alla conclusione che, nella vicenda in esame, l'ambito di discrezionalità tecnica rimessa all'Amministrazione si sia progressivamente ridotto sino a "svuotarsi" del tutto.

Per tali ragioni l'appello viene accolto stabilendosi che, nel dare esecuzione alla sentenza, il MIUR dovesse rilasciare l'abilitazione per cui è causa in favore della professoressa L.M..

13. Il Giudice amministrativo aggiunge che il rimedio tratteggiato - i cui contorni e i cui limiti saranno precisati dalla casistica giurisprudenziale - consente un contemperamento tra la regola per cui il processo amministrativo non può attribuire un bene della vita prima di una determinazione della Pubblica Amministrazione e l'esigenza di fare sì che la giustizia amministrativa svolga il proprio compito precipuo di approntare i mezzi che consentono di ridurre la distanza che spesso si annida tra l'efficacia delle regole e l'effettività delle tutele.

Del resto, la "tutela piena" (indicata dal codice e qui perseguita) risponde anche ad un obiettivo di efficienza complessiva del sistema, dal momento che lo sviluppo economico e sociale del Paese passa anche attraverso una risposta rapida e "conclusiva" delle ragioni di contrasto tra le Amministrazioni ed i cittadini.

14. Dalla riportata sintesi della sentenza in oggetto risulta evidente che è da escludere che il Consiglio di Stato - avendo ordinato all'Amministrazione di attribuire alla L.M. l'abilitazione scientifica nazionale (di seguito: "ASN") alle funzioni di professore universitario di prima fascia senza sottoporre l'interessata al riesame di una nuova Commissione e quindi avendo disposto l'attribuzione diretta alla ricorrente del bene della vita cui ella aspirava - abbia arbitrariamente invaso il campo dell'attività riservata alla Pubblica Amministrazione.

Infatti, la suddetta conclusione è il frutto di una interpretazione articolata ed "evolutiva" delle norme del codice del processo amministrativo, a partire dall'art. 34, comma 1, lett. e) che consente al giudice della cognizione di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta esercitando così un potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza.

E va aggiunto che essa rappresenta una prima applicazione di un rimedio che il Consiglio di Stato ha inteso apprestare per fare sì che le proprie decisioni di annullamento anche - e forse specialmente in caso di provvedimenti delle Commissioni esaminatrici di concorsi pubblici dotate di discrezionalità tecnica, come si afferma nella sentenza - possano trovare una definizione della fattispecie sostanziale, conforme all'esigenza di una tutela piena ed effettiva dell'interessato "secondo i principi della Costituzione e del diritto Europeo", cui il codice del processo amministrativo attribuisce primario rilievo (art. 1), senza costringere il privato all'introduzione di un indefinito numero di giudizi di cognizione prima di poter essere completamente soddisfatto.

15. In sintesi, il prospettato eccesso di potere giurisdizionale non è certamente configurabile in quanto la contestata decisione rappresenta l'esito dell'attività di interpretazione delle richiamate norme del codice del processo amministrativo effettuata dal Consiglio di Stato e tale attività rappresenta il "proprium" della funzione giurisdizionale e non può dunque integrare, di per sè sola, la violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale e quindi dare luogo al vizio denunciato (Cass. SU 27 dicembre 2020, n. 34470, in aggiunta ai precedenti indicati sopra al punto 3).

16. La novità della questione trattata giustifica la compensazione delle spese del presente giudizio.

17. Nulla va disposto con riguardo al versamento dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, nel testo introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, non potendo tale normativa trovare applicazione nei confronti dello Stato e delle Amministrazioni ad esso parificate, le quali, mediante il meccanismo

della prenotazione a debito, sono esentate dal pagamento delle imposte e tasse che gravano sul processo, come accade per l'Amministrazione ricorrente (vedi, per tutte, in tal senso: Cass. SU 8 maggio 2014, n. 9938; Cass. 29 gennaio 2016, n. 1778).

P.Q.M.

La Corte a Sezioni Unite rigetta il ricorso. Compensa tra le parti le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, il 7 luglio 2020.

Depositato in Cancelleria il 7 settembre 2020

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

NOTE SULLA SENTENZA N. 164/2020 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di Gian Paolo Dolso, Professore associato di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Trieste.

SOMMARIO: 1. La questione di costituzionalità sollevata dal T.A.R. Lazio 2. La sentenza n. 164 del 2020. 3. La fase istruttoria di fronte alla Corte costituzionale: la convocazione di esperti di chiara fama. 4. Il merito della *quaestio*. 5. Spunti conclusivi

1. La questione di costituzionalità sollevata dal T.A.R. Lazio

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 164 del 2020, si è pronunciata sulle posizioni organizzative di elevata specializzazione istituite presso le Agenzie fiscali, a conclusione di una serie di vicende normative e giurisprudenziali che in questa sede si possono solo accennare. La sentenza appena indicata ha ad oggetto l'art. 1, comma 93, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 27 dicembre 2017, n. 205. La *quaestio* è stata sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio nel corso di un giudizio promosso da Dirpubblica–Federazione del pubblico impiego avente ad oggetto l'impugnazione di diversi provvedimenti emanati dall'Agenzia delle

entrate sulla scorta della norma citata[1]. Il giudice rimettente solleva dubbi di costituzionalità in relazione alla previsione delle posizioni organizzative previste dalla citata legge: si tratta di posizioni a cui vengono conferiti una serie di poteri ulteriori rispetto a quelli propri del funzionari che tali posizioni rivestono e che avvicinano le stesse a figure di natura dirigenziale[2].

La sentenza è caratterizzata da diverse particolarità. Oltre alla discrasia tra giudice relatore e giudice redattore, la pronuncia si segnala anche per la parentesi istruttoria che essa conosce. La Corte ha infatti, per la prima volta, fatto uso dell'art. 14-*bis* delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, che contempla la possibilità di procedere alla convocazione di esperti di chiara fama[3]. Nel caso gli esperti sono stati individuati, convocati, e sentiti in camera di consiglio. Con l'ordinanza 27 febbraio 2020 sono stati individuati gli esperti nelle persone del prof. Elio Borgonovi e del dott. Vieri Ceriani. Non va poi sottaciuto che si tratta di una quesitone non del tutto nuova., dato che in un non lontano precedente la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su una questione simile, tanto simile da evocare una violazione dell'art. 136 Cost. attesa la pregressa dichiarazione di incostituzionalità (Corte cost., sent. n. 37 del 2015).

La vicenda ha origini remote e costituisce l'epilogo di una serie di interventi legislativi intervallati da pronunce di giudici amministrativi e dalla decisione della Corte costituzionale appena richiamata. Il TAR Lazio aveva già nei primi anni 2000 annullato procedure concorsuali bandite dalle Agenzie fiscali: le posizioni dirigenziali vacanti venivano

[1] La questione è stata in particolare proposta con ordinanza 3 giugno 2019, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 42, prima serie speciale, 2019. Per un primo commento, cfr. S. DE GÖTZEN, *Accesso alla dirigenza e a posizioni organizzative: il perimetro del requisito del pubblico concorso*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2020, 1 ss.

[2] Si tratta di poteri e funzioni meglio precisati dal citato art. 1, comma 93, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 27 dicembre 2017, n. 205.

[3] L'Ordinanza di convocazione di esperti (reg. ord. n. 167 del 2019) risulta depositata in cancelleria il 27 febbraio 2020.

quindi coperte con contratti a tempo determinato con funzionari dell'Agenzia, sulla base di norme regolamentari che venivano pure annullate dal giudice amministrativo dato che le proroghe che si erano susseguite non consentivano più di inquadrarle nell'istituto della "reggenza", facendo difetto sia la straordinarietà che la temporaneità. Veniva nel frattempo approvata il decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16, il cui art. 8, comma 24 autorizzava le Agenzie ad attivare procedure concorsuali per la copertura delle posizioni dirigenziali vacanti, facendo salvi gli incarichi dirigenziali già affidati a funzionari e ritenuti illegittimi dal giudice amministrativo. La stessa norma prevedeva di attribuire nuovi incarichi dirigenziali ai funzionari con contratti di lavoro a tempo determinato. Proposta dal Giudice amministrativo questione di legittimità costituzionale sulla norma appena citata, per violazione degli articoli 3, 51 e 97 Cost., la Corte, con la già citata sentenza n. 37 del 2015, premesso che «nessun dubbio può nutrirsi in ordine al fatto che il conferimento di incarichi dirigenziali nell'ambito di un'amministrazione pubblica debba avvenire previo esperimento di un pubblico concorso, e che il concorso sia necessario anche nei casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio», annullava la norma censurata. Le Agenzie fiscali, onde contenere gli effetti della decadenza dei funzionari "reggenti", provvedevano ad attribuire incarichi *ad interim* a dirigenti di ruolo e deleghe di firma ai funzionari.

Con il decreto legge n. 78 de 2015 si consentiva alle Agenzie fiscali di annullare le procedure concorsuali per posti dirigenziali già bandite di indire nuovi concorsi pubblici: nel frattempo le Agenzie erano abilitate a delegare a funzionari della terza area le funzioni dirigenziali relative agli uffici di cui avessero assunto la direzione *ad interim*. I funzionari erano individuati sulla base di una procedura selettiva, che teneva in considerazione la preparazione e l'esperienza professionale. Il termine di espletamento di tali procedure veniva più volte prorogato fino al il

31 dicembre 2018 (art. 1, comma 95, lettera b), della legge n. 205 del 2017). Con l'art. 1, comma 93, della legge n. 205 del 2017, oggetto della presente questione di costituzionalità, si è consentito alle Agenzie fiscali di istituire le posizioni organizzative di elevata professionalità (POER appunto). Tali figure possono svolgere incarichi di elevata responsabilità, alta professionalità o particolare specializzazione, compresa la responsabilità di uffici operativi di livello non dirigenziale.

Il giudice rimettente rileva, in relazione appunto all'art. 1, comma 93, lettere a), b), c) e d), della legge n. 205 del 2017, che esso consente alle Agenzie fiscali di istituire «posizioni organizzative per lo svolgimento di incarichi di elevata responsabilità, alta professionalità o particolare specializzazione» (POER), caratterizzate da poteri di natura dirigenziale, in violazione dell' 136 Cost. (in relazione alla citata sent. n. 37 del 2015) e degli artt. 3, 51 e 97 Cost. in quanto l'accesso a tali posizioni organizzative consentirebbe, attraverso una progressione verticale in assenza di un concorso pubblico, lo svolgimento di funzioni tipicamente dirigenziali[4]. Tali posizioni attribuirebbero poteri di spesa e di acquisizione delle entrate e la complessiva «responsabilità dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di organizzazione delle risorse umane»: si tratterebbe in sostanza di poteri estranei a quelli tipici della terza area e tipici invece della qualifica dirigenziale[5]. Ciò determinerebbe «una vera e propria progressione di carriera verticale

[4] L'art. 1, comma 93, della legge n. 205 del 2017, prevede che le Agenzie fiscali possano istituire posizioni organizzative per lo svolgimento di incarichi di elevata responsabilità, alta professionalità o particolare specializzazione, ivi compresa la responsabilità di uffici operativi di livello non dirigenziale; il conferimento può essere disposto a favore di funzionari con almeno cinque anni di esperienza nella terza area mediante una selezione interna che tiene conto delle conoscenze professionali, delle capacità tecniche e gestionali degli interessati: ai titolari di tali posizioni vengono attribuiti diversi poteri: quello di adottare atti e provvedimenti amministrativi, compresi gli atti che impegnano l'Agenzia verso l'esterno, poteri di spesa e di acquisizione delle entrate rientranti nella competenza dei propri uffici e la responsabilità dell'attività amministrativa, spettando ad essi un potere di organizzazione delle risorse umane e strumentali e di controllo.

[5] Sulla base, in particolare, di quanto previsto dagli artt. 4, comma 2, 16 e 17 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, oltre che dal CCNL del personale delle Agenzie fiscali di data 28 maggio 2004.

per i dipendenti appartenenti alla terza area», con conseguente violazione degli artt. 3, 51 e 97 Cost.[6].

Viene censurato anche l'art. 1, comma, 93, lettera e) della legge n. 205 del 2017 nella parte in cui prevede la possibilità di esonerare dalla prova preselettiva del concorso pubblico per l'accesso alla qualifica dirigenziale i dipendenti delle Agenzie fiscali che abbiano svolto per almeno due anni funzioni dirigenziali o siano stati titolari di POER o di posizioni organizzative speciali temporanee; viene infine prevista la possibilità di riservare fino al cinquanta per cento dei posti banditi ai dipendenti delle Agenzie fiscali con almeno dieci anni di anzianità nella terza area, senza demerito. La disposizione in esame violerebbe gli artt. 3, 51 e 97 Cost.[7].

2. La sentenza n. 164 del 2020

L'assetto organizzativo che l'art. 1, comma, 93, lettera e) della legge n. 205 del 2017 disegna non è incompatibile, con la Corte, con i parametri costituzionali che sono evocati dal giudice rimettente. Si tratta, stando alla motivazione della sentenza, di un assetto organizzativo che non comporta l'attribuzione di vere e proprie funzioni dirigenziali. Si tratta di una conclusione a cui la Corte giunge a seguito della comparazione tra i compiti spettanti ai titolari di queste nuove posizioni e le funzioni che spettano ai dirigenti. E' vero secondo la Corte, che i titolari delle POER dispongono del potere «di adottare atti e provvedimenti amministrativi, compresi gli atti che impegnano l'Agenzia verso l'esterno, i poteri di spesa e quelli di

[6] Ancora, sent. n. 164 del 2020.

[7] L'art. 1, comma 93, lettera e), non sarebbe conforme, secondo il rimettente, al principio del pubblico concorso, perché attribuirebbe una posizione privilegiata ai dipendenti delle Agenzie fiscali; sarebbe in contrasto con il principio di eguaglianza perché, esonerando dalla prova preselettiva anche quanti «vantano la sola anzianità decennale nella terza area alle dipendenze delle Agenzie fiscali», discriminerebbe «altri dipendenti di altre amministrazioni in possesso di analoghi requisiti», violando infine il principio di buon andamento della pubblica amministrazione (ancora Corte cost., sent. n. 164 del 2020).

acquisizione delle entrate», ma tale possibilità rientra nelle competenze proprie degli uffici di tali funzionari e «la responsabilità dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati» non è, diversamente da quanto previsto in capo ai dirigenti, «esclusiva» né «autonoma» (art. 1, comma 93, lettera c). Si tratta di una serie di elementi che portano a ritenere che i titolari di POER si collocano in una posizione di subordinazione gerarchica rispetto ai veri e propri dirigenti delle Agenzie.

La Corte osserva che vi è stato un processo di riorganizzazione delle Agenzie fiscali attraverso un rafforzamento e una valorizzazione delle competenze e delle professionalità maturate dai funzionari della terza area all'interno delle Agenzie stesse. Le disposizioni oggetto di censura non danno luogo ad una nuova area intermedia, trattandosi al contrario di «incarichi» di elevata responsabilità e particolare specializzazione, come anche riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione relativa ad analoghe figure organizzative, che ragiona appunto di meri «incarichi», per natura temporanei, comportanti un conseguente beneficio economico per i funzionari che li ricoprono[8].

La Corte costituzionale constata infine che la cifra di tale figura è la *non stabilità* di essa, non compatibile con un passaggio di area o di ruolo che si avrebbe se si fosse al cospetto dell''attribuzione di un nuovo *status*. Nel pubblico impiego l'acquisizione di uno *status* ricorre quanto appunto esso è caratterizzato da una certa stabilità, potendo solo in casi tassativi venire meno. Si tratta di un dato caratterizzante della dirigenza pubblica che è indubbiamente connesso all'autonomia e all'indipendenza delle posizioni dirigenziali. Le cosiddette POER sono

[8] Cassazione, sezione lavoro, sentenza 15 ottobre 2015, n. 20855, secondo cui «la posizione organizzativa non determina un mutamento di profilo professionale, che rimane invariato, né un mutamento di area, ma comporta soltanto un mutamento di funzioni, le quali cessano al cessare dell'incarico». La stessa Corte costituzionale ha affermato che la «posizione organizzativa» si caratterizza per la «temporaneità dell'assegnazione, cui corrisponde una quota accessoria della retribuzione (Corte cost., sent. n. 128 del 2020).

del resto state qualificate alla stregua di veri e propri "incarichi", alla cui cessazione i destinatari riprendono ad esercitare le funzioni proprie della loro area di appartenenza senza poter aspirare alla stabilità della posizione organizzativa temporaneamente occupata.

Secondo la Corte, quindi, alla situazione in esame non sono applicabili i principi via via enucleati dalla giurisprudenza costituzionale in relazione all'obbligo del pubblico concorso per l'assunzione di incarichi dirigenziali: si tratta di un filone giurisprudenziale che ha come presupposto indispensabile l'acquisizione di un diverso *status*, caratterizzato da stabilità, situazione che implica la necessità del rispetto della regola del pubblico concorso in considerazione della collocazione della dirigenza pubblica in posizione di vertice, caratterizzata da spiccata autonoma, in una area intermedia fra il potere politico e il livello burocratico. Sulla base di queste considerazioni, la Corte conclude per l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 93, lettere a), b), c) e d), in riferimento agli artt. 3, 51 e 97 Cost.[9]

La questione relativa all'art. 1, comma 93, lettera e), della legge n. 205 del 2017, che autorizza le Agenzie ad attribuire, nell'ambito delle procedure concorsuali, un vantaggio competitivo ingiustificato al personale interno delle Agenzie fiscali, in violazione degli artt. 3, 51 e 97 Cost., viene del pari ritenuta infondata dalla Corte costituzionale[10].

[9] Dubbi sul rispetto delle regole del pubblico concorso sono sollevati da S. SFRECOLA, *Non tocca alla Corte sindacare il potere discrezionale delle Camere*, in *LaVerità*, 19 maggio, 2020, 15, secondo cui «non si potrebbe pervenire alla conclusione che sia costituzionalmente legittimo il reclutamento di personale in astratto idoneo a soddisfare "esigenze organizzative" quando le modalità della selezione contrastassero, come sospetta il TAR, con i principi che si rinvengono negli artt. 3 e 97, ultimo comma, della Costituzione, i quali prescrivono la regola del concorso, pubblico e aperto, per l'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni».

[10] La disposizione viene censurata nella parte in cui: 1) esonera dalla (eventuale) prova preselettiva i candidati che, come dipendenti delle Agenzie fiscali, abbiano svolto, per almeno due anni alla data di pubblicazione del bando, funzioni dirigenziali o siano stati titolari di POER o di POT, oppure siano stati assunti mediante pubblico concorso e abbiano almeno dieci anni di anzianità nella terza area, senza demerito; 2) prevede la possibilità che fino al cinquanta per cento dei posti sia riservato al personale assunto mediante pubblico concorso, con almeno dieci anni di anzianità nella terza area, senza demerito (cfr. ancora la sent. n. 164 del 2020).

La Corte non ritiene irragionevole la previsione di un trattamento di favore per coloro che, attraverso il servizio già prestato nelle Agenzie fiscali, abbiano sufficientemente dimostrato "sul campo" effettive capacità lavorative. Con riguardo alla riserva di una quota di posti, la Corte ricorda che la propria giurisprudenza non ha escluso in radice l'ammissibilità di riserve parziali di posti, precisando che è necessario trovare un ragionevole punto di equilibrio tra il principio del pubblico concorso e l'interesse a consolidare pregresse esperienze lavorative presso l'amministrazione di appartenenza in sintonia con il principio di buon andamento. Sulla base di alcuni precedenti, la Corte ha dunque ritenuto che una riserva ai dipendenti interni può essere considerata legittima nei limiti del 50 per cento dei posti messi a concorso[11].

3. La fase istruttoria davanti alla Corte costituzionale: la convocazione di esperti di chiara fama

La sentenza n. 164 rivela alcuni profili di interesse sul versante processuale. In primo luogo essa conosce una discrasia tra giudice relatore e giudice redattore. Il giudice Zanon, infatti, è stato sostituito, per la redazione della motivazione, dal giudice Coraggio. Del resto il giudice Zanon aveva provveduto a redigere la motivazione della sentenza n. 37 del 2015 rispetto alla quale erano stati dal giudice amministrativo sollevati dubbi in relazione al contrasto della nuova disciplina normativa con la sentenza stessa (in violazione dell'art. 136 Cost.).

Il profilo processuale più rilevante consiste nella decisione della Corte di procedere all'audizione di "esperti di chiara fama", così come previsto dall'art. 14-*bis* della *Norme integrative*: si tratta di un istituto

[11] Corte cost., sent. n. 234 del 1994.

introdotto dalla Corte nel contesto del recente pacchetto di riforma delle Norme integrative[12]. Secondo la norma citata la Corte ha la possibilità di disporre l'audizione di esperti, quando «ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline»[13].

L'ordinanza di *convocazione di esperti* (dd. 27/02/2020) illustra i quesiti a cui gli esperti dovranno rispondere, in particolare ritenendo «di dover acquisire ulteriori e specifiche informazioni in relazione alle *esigenze organizzative delle agenzie fiscali*, alle *mansioni assegnate al personale* e alle *modalità di selezione dello stesso*, con particolare riferimento a *presupposti e ricadute della introduzione delle cosiddette posizioni organizzative di elevata responsabilità*»[14]. Il baricentro della questione riguarda proprio la contiguità delle funzioni svolte dai titolari di POER rispetto a quelle svolte dai dirigenti. Il problema consiste poi nel rispetto delle regole del pubblico concorso delle agevolazioni previste per l'accesso a tale ruolo in favore dei dipendenti dell'Agenzia. I quesiti posti dalla Corte sembrano rivestire natura giuridica, in violazione della regola secondo cui *jura novit curia*[15].

I punti toccati sono i seguenti: 1.quali siano le esigenze organizzative delle Agenzie fiscali che comportano la necessità di creare la nuova figura lavorativa delle posizioni organizzative di elevata responsabilità

[12] Si tratta della modifica adottata con delibera della Corte dd. 8/01/ 2020, rubricata *Modifica per le Norme integrative per i giudizi di fronte alla Corte costituzionale*, in *Gazzetta Ufficiale*, Serie generale, n. 17, 22/01/2020. Sul pacchetto di modifiche, M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista Aic*, 2/2020, 403 ss. Cfr. anche G.P. DOLSO, *Recenti interventi sul processo costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2/2020, 621 ss.

[13] Così Art. 14-*bis*, Norme integrative dei giudizi davanti alla Corte costituzionale. Si può ricordare che l'istituto di nuovo conio completa il quadro della fase istruttoria prevista dalle Norme integrative e dalla legge n. 87 del 1953. Sull'attività istruttoria davanti alla Corte costituzionale, T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; G. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nel giudizio di legittimità costituzionale*, Torino, 2012.

[14] Ordinanza di convocazione di esperti dd. 27/02/2020 della Corte costituzionale. I quesisti in sostanza vanno a toccare questioni organizzative interne alle Agenzie fiscali, questioni che dovrebbero rimanere estranee al giudizio di legittimità costituzionale: in questo senso S. SFRECOLA, *Non tocca alla Corte sindacare il potere discrezionale delle Camere*, cit., secondo cui «deborderebbe, dunque, la Corte se decidesse in base alle "esigenze organizzative" le quali identificano una questione di merito, di natura squisitamente politica, che non compete alla Corte».

[15] L'art. 14-*bis* ragiona di «specifiche discipline»; si tratta di una indicazione forse troppo ampia che potrebbe, in linea teorica, riguardare anche questioni di carattere giuridico: ma questo costituirebbe, come si è giustamente notato in dottrina, «una deroga al consolidato principio del *jura novit curia*»: così M. LUCIANI, op. cit., 416.

(POER); 2. quali siano le mansioni assegnate al personale chiamato a ricoprire tali posizioni organizzative; 3. quali siano le modalità di selezione per queste figure professionali; 4. quali i presupposti e le ricadute dell'introduzione delle POER.

In relazione alle mansioni assegnate al personale in questione (quesito n. 2), esse sono dettagliatamente previste dalla legge istitutiva delle POER: la questione consiste nel comparare le mansioni tipicamente dirigenziali e le mansioni di competenza dei titolari di POER alla luce anche del d.lgs. n. 165/2001. Con riguardo alle modalità di selezione del personale adibito alle POER (n. 3), il dubbio risiede nel rispetto del dettato costituzionale sull'accesso al pubblico impiego tramite concorso (art. 97, comma 4 Cost.) con specifico riferimento alle figure delle POER: un quesito quindi di carattere eminentemente giuridico.

Meno netta la natura giuridica delle altre questioni. Le "esigenze organizzative" di cui al primo quesito riguardano aspetti di organizzazione del lavoro all'interno delle Agenzie fiscali, aspetti cui non è certo estraneo l'art. 97, comma 2, Cost. Il principio di buon andamento è un modo per declinare, nell'ambito del lavoro pubblico, i concetti di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa: stando così le cose, anche questo quesito riguarda in sostanza l'interpretazione di norme, di carattere costituzionale per giunta. Il quarto quesito ha ad oggetto i presupposti e le ricadute dell'introduzione della POER. La legge ha come obiettivo la riduzione del numero dei dirigenti in un'ottica di riduzione dei costi. Il meccanismo avrebbe il vantaggio di valorizzare le professionalità dei dipendenti delle Agenzie fiscali al fine di garantire il buon andamento dell'azione amministrativa. Anche in questo caso i concetti di buon andamento dell'amministrazione, di efficienza ed economicità non sono affatto estranei al quesito formulato.

In fin dei conti tutti i quesiti sono di natura sostanzialmente giuridica in quanto si riferiscono a profili di organizzazione e/o regolazione del pubblico impiego, così come disciplinato dall'articolo 97 Cost. e dal d.lgs. n. 165/2001.

Non pare poi così scontata la funzionalità dei quesiti stessi rispetto alle questioni di costituzionalità sottoposte all'esame della Corte. Gli unici aspetti certamente utili a risolvere le questioni sono quello sulle mansioni assegnate e quello sulle modalità di selezione delle POER. Si tratta dei due quesiti che rivestono carattere squisitamente giuridico e che quindi non potrebbero a rigore essere sottoposte a valutazione da parte dei consulenti del giudice[16].

Le altre questioni sembrano non del tutto funzionali rispetto alla decisione da assumere. Il quesito sulle *esigenze organizzative delle agenzie fiscali* e quello sui *presupposti* e sulle *ricadute della introduzione* delle *posizioni organizzative di elevata responsabilità* non si prestano a valutazioni "oggettive", e tanto meno sembrano connotati dal requisito di "scientificità" che sembra sotteso all'art. 14-bis N.I.[17] L'individuazione dei quesito non sembra molto precisa né rispondente ad uno stretto nesso di strumentalità rispetto alla decisione da assumere[18].

La Corte non ha neppure illustrato le ragioni in base a cui ha deciso di fare ricorso all'audizione piuttosto che una istruttoria ai sensi dell'art. 12 N.I.: si tratta di una scelta che ha significative ricadute in termini

[16] Le questioni giuridiche esulano, per consolidata tradizione giurisprudenziale, da quelle sottoponibili alla consulenza tecnica d'ufficio. In questo senso, ad esempio, Cassazione, sent. 22 gennaio 2016, n. 1186; Cassazione, 6 dicembre 2019, n. 31886. Sul punto, G. FERRO, op. cit., spec. 258 ss.

[17] Di questioni di carattere scientifico ragiona P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in www.federalismi.it, 22 gennaio 2020. In senso analogo, M. LUCIANI, op. cit.; G. L. CONTI, *La Corte si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2020, 96; A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020, , 13 ss.

[18] Al contrario di quanto si registra in altre occasioni in cui la Corte ha dimostrato, nell'espletamento di una articolata istruttoria, un indiscutibile rigore processuale. Caso esemplare, in questo senso, è costituito da Corte cost., sent. n. 197 del 2019 (giudice redattore Carosi; sulla pronuncia cfr. G.P. DOLSO, *Ancora un tassello nella elaborazione giurisprudenziale del processo costituzionale*, in *Le Regioni*, 1/2020, 134 ss.).

di diversità di garanzie previste per le parti costituite[19]. Secondo l'art. 14-*bis*, gli esperti vengono sentiti in camera di consiglio alla quale possono partecipare le parti costituite, con l'unica facoltà di rivolgere domande, mentre nell'istruttoria tradizionale il coinvolgimento delle parti è maggiore e comporta anche il deposito del materiale istruttorio con facoltà delle parti di prenderne visione[20].

La Corte avrebbe potuto fornire indicazioni sull'*iter* procedurale da seguire, in modo da completare i contorni processuali dell'istituto. Irrisolto rimane il problema della documentazione dell'attività istruttoria espletata. La Corte esclude espressamente ogni forma di verbalizzazione: "l'audizione", si legge nell'ordinanza, si terrà in camera di consiglio, «avverrà solo in forma orale e sarà videoregistrata ad uso esclusivo della Corte»[21]. Si tratta di una documentazione che rimane –curiosamente- nella esclusiva disponibilità della Corte. Non si comprende se si tratta di una "regola" che verrà seguita anche in altri casi. Parrebbe del resto problematico fare dipendere l'*iter* processuale da una decisione presa di volta in volta dalla Corte.

Ulteriori dubbi attengono al procedimento di selezione degli "esperti"[22]. Quella che emerge è una assoluta assenza di giustificazione della scelta, mentre potrebbero essere indicati elementi in grado di giustificare la scelta, anche con riferimento alla preparazione dell'esperto sul punto in discussione (si potrebbe immaginare la allegazione del *curriculum vitae* dell'esperto)[23].

[19] A. CERRI, *Note minime sulla recente riforma delle norme integrative*, in *Giur. cost.*, 1/2020, 484 ss., che si sofferma sui profili legati al rispetto del principio del contraddittorio. Le garanzie più piene si registranonel caso di istruttoria tradizionale

[20] Si tratta di una disciplina (artt. 12-14 N.I.) che fornisce una tutela del contraddittorio certamente più intensa rispetto a quella di cui all'art. 14-*bis* N.I.

[21] Così la citata ordinanza della Corte dd. 27/02/2020.

[22] Alcuni spunti al riguardo in G. TROPEA, *La Consulta salva "il Re Pallido" nell'annosa vicenda delle c.d. Poer (posizioni organizzative a elevata responsabilità) presso l'Agenzia delle Entrate*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6/2020, spec. 506.

[23] Cfr. A. SCHILLACI, *La "porta stretta": qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla "società civile"*, in www.dirittocomparati.it, 31 gennaio 2020, 488 ss.

Nella pur articolata motivazione della sentenza non emerge alcun elemento relativo al contenuto dell'audizione. Si può rinvenire un'unica traccia quando si fa riferimento all'evoluzione della disciplina delle Agenzie fiscali «improntata a criteri di snellimento e agilità operativa, ritenuta più consona alla naturale dinamicità dei rapporti economici nazionali e internazionali […] e più idonea al raggiungimento di obbiettivi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa di questo settore»; «in questo senso, *come più volte sottolineato dagli esperti nella camera di consiglio del 27 maggio 2020*, si sono espresse anche l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) […] e il Fondo monetario internazionale (FMI)»[24].

L'impressione è che l'audizione non abbia influito in modo particolare sulla decisione, a meno di non ritenere che in realtà ciò sia accaduto ma la Corte non ne abbia dato atto nella motivazione. In ogni caso l'esperimento di questo mezzo istruttorio non ha lasciato alcun segno nella motivazione della sentenza e questo non pare un dato né positivo né promettente.

4. Il merito della *quaestio*

Nel merito della questione, si può rilevare che il legislatore, da diversi anni a questa parte, nel tentativo di rendere più funzionale il lavoro delle Agenzie fiscali, e per sopperire alla carenza di posizioni dirigenziali *stricto sensu* intese, ha tentato di creare posizioni professionali di elevata professionalità che svolgessero (anche) funzioni normalmente spettanti a figure di livello dirigenziale. In relazione ad una norma in fin dei conti analoga la Corte aveva decretato l'illegittimità costituzionale delle norme introdotte

[24] Ancora Corte cost., sent. n. 164 del 2020 (mio il corsivo).

constatando che alle figure create finivano per competere funzioni tipicamente dirigenziali per un tempo in sostanza indefinito. L'accesso a tali posizioni violava poi le norme costituzionali in materia di pubblico concorso[25].

Il legislatore ha introdotto successivamente nuove figure ancora accomunate per certi versi ai dirigenti, prevedendo corsie privilegiate di accesso ai ruoli per i dipendenti delle Agenzie delle entrate. Il *focus* della pronuncia consiste nell'inquadramento delle «posizioni organizzative per lo svolgimento di incarichi di elevata responsabilità, alta professionalità o particolare specializzazione», di cui all'art. 1, comma 93, della legge n. 205/2017. Si tratta di verificare se tali figure finiscano per coincidere con la figura del dirigente pubblico (artt. 16 e 17 d.lgs. n. 165/2001). Le caratteristiche di queste nuove figure organizzative sono le seguenti: si tratta di posizioni affidate, previa selezione interna, a funzionari con almeno cinque anni di anzianità nella terza area; i titolari delle posizioni possono adottare atti e provvedimenti aventi rilevanza anche esterna, atti di spesa e di entrata e infine atti gestionali ed organizzativi; è prevista una retribuzione di risultato; si prevede che, ai fini dell'accesso alla qualifica dirigenziale vera e propria, i dipendenti interni che per almeno due anni abbiano svolto funzioni dirigenziali oppure siano stati titolari delle nuove posizioni organizzative ad elevata responsabilità, sono esonerati da eventuale prova preselettiva, oltre a prevedere una riserva di posti del 50%.

Il rimettente enuclea diversi profili di incostituzionalità. In primo luogo la violazione degli artt. 3, 51 e 97 Cost., in quanto i titolari delle POER svolgerebbero vere e proprie funzioni dirigenziali, le competenze loro assegnate non rientrando tra i poteri tipici dei funzionari di terza area; in secondo luogo, lamenta la violazione

[25] Si tratta della già citata sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2015.

dell'art. 136 Cost. in relazione alla sent. 37 del 2015 della Corte; si evocano infine gli artt. 3, 51 e 97 Cost., in quanto si prevedono, ai fini dell'accesso alla qualifica dirigenziale, condizioni di favore per i dipendenti delle Agenzie che per almeno due anni abbiano svolto funzioni dirigenziali oppure siano stati titolari di POER, oltre alla riserva del 50% dei posti messi a concorso.

La Corte giunge alla conclusione che le POER sono una categoria lavorativa avente caratteristiche proprie, diverse dalla dirigenza pubblica. La conclusione solleva qualche dubbio alla luce della giurisprudenza, sia costituzionale che di legittimità. In primo luogo giova soffermarsi sulla ricognizione dei principi giurisprudenziali impiegati per delineare l'inquadramento del dirigente pubblico.

Muovendo dal presupposto secondo cui la «la riforma della dirigenza pubblica è stata caratterizzata dal passaggio da una concezione della dirigenza intesa come *status*, quale momento di sviluppo della carriera dei funzionari pubblici, ad una concezione della stessa dirigenza di tipo funzionale»[26], la Cassazione, in relazione al rapporto di lavoro del dirigente, ha precisato che è necessario distinguere il profilo del rapporto di lavoro in senso stretto, di norma a tempo indeterminato, da quello dell'*incarico* dirigenziale, a carattere temporaneo[27]. Nell'impiego pubblico contrattualizzato esiste una scissione fra l'acquisizione della qualifica di dirigente ed il successivo conferimento delle funzioni dirigenziali[28].

La Cassazione ha avuto poi modo di pronunciarsi sul trattamento economico di cui beneficia il dirigente, caratterizzato da una retribuzione di risultato[29]. La giurisprudenza ha precisato che i

[26] Così Cassazione, sez. Lavoro, n. 8674 del2018; Cassazione, sentt. n. 29817 del 2008 e n. 27888 del 2009.
[27] Cassazione, sez. Lavoro, sent. n. 20840 del 2019,
[28] Così Cassazione, sez. Lavoro, 10 febbraio 2007. Dalla scissione indicata viene desunta «l'insussistenza di un diritto soggettivo del dirigente pubblico al conferimento di un incarico dirigenziale» (Cassazione, sez. Lavoro, n. 8674 del 2018).
[29] «La retribuzione di posizione riflette il livello di responsabilità attribuito con l'incarico di funzione, mentre la retribuzione di risultato corrisponde all'apporto del dirigente in termini di produttività o redditività della sua prestazione»: così Cassazione, sez. Lavoro, sent. 31 gennaio 2018, n. 2462.

compiti dei dirigenti si differenziano da quelli dei funzionari, a cui sono estranei gli obblighi di risultato, dirigendo essi l'ufficio loro assegnato secondo gli ordinari criteri di gestione[30]. I tratti distintivi della dirigenza pubblica si possono così sintetizzare: potere di adottare atti e provvedimenti amministrativi, compresi gli atti che impegnano la pubblica amministrazione verso l'esterno; poteri di spesa e poteri di acquisizione delle entrate rientranti nella competenza dei propri uffici; responsabilità dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati; poteri di gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa mediante autonomi poteri di organizzazione delle risorse umane e strumentali; potere di controllo sull'attività degli uffici dipendenti; potere di valutazione del personale assegnato; sottoposizione alla responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001.

L'accesso al ruolo dirigenziale, disciplinato dagli artt. 28 e 28-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, avviene per concorso pubblico per titoli ed esami e corso-concorso selettivo di formazione. La Corte costituzionale, ad esempio con la sentenza n. 453 del 1990 (e con la sent. n. 293 del 2009), ha riconosciuto al concorso pubblico la forma generale e ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, ribadendo l'indefettibilità di tale forma di accesso, in sintonia con i principi di eguaglianza, imparzialità e buon andamento di cui agli artt. artt. 3 e 97 della Costituzione[31]. In senso analogo la Cassazione ha precisato che «il concorso pubblico costituisce la forma generale ed ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, in quanto meccanismo strumentale all'efficienza dell'Amministrazione, e che a tale regola può derogarsi solo in presenza di peculiari situazioni giustificatrici, nell'esercizio di una discrezionalità che trova il suo limite nella necessità di garantire il buon andamento della pubblica

[30] In questo senso, ad esempio, Cassazione, sez. Lavoro, sent. n. 8529 del 2006.
[31] Corte Cost., sentt. n. 134 del 2014, n. 28 del 2013, nn. 99, 212 del 2012.

Amministrazione ed il cui vaglio di costituzionalità passa attraverso una valutazione di ragionevolezza del legislatore»[32]. L'accesso dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni a funzioni anche dirigenziali non si sottrae alla regola del pubblico concorso, non risultando "ragionevoli" norme che prevedano scivolamenti automatici verso posizioni superiori in difetto di procedure concorsuali, né sono stati di norma ritenuti ammissibili concorsi interni per la copertura della totalità dei posti vacanti[33].

La stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n. 37 del 2015, ha dichiarato l'illegittimità delle procedure riservate ai funzionari dell'Agenzia delle Entrate per accedere alla dirigenza, sulla base della considerazione secondo cui «i contratti non sono […] assegnati attraverso il ricorso ad una procedura aperta e pubblica, conformemente a quanto richiesto dagli articoli 3, 51 e 97 della Costituzione»[34].

Da tempo le posizioni organizzative istituite presso le Agenzie fiscali sono oggetto di contenzioso. Con la sentenza n. 37 del 2015 la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 8, comma 24 del decreto legge n. 16/2012, disposizione che istituiva presso le Agenzie delle entrate la figura delle posizioni organizzative temporanee (conosciute come POT): con la pronuncia n. 164 del 2020 ha invece ritenuto legittimo l'art. 1, comma 93 della legge n. 205/2017 che istituiva una tipologia di figura professionale molto simile (le POER).

[32] In questo senso Cassazione, sez. lav., sent. n. 11537 del 2020, secondo cui la regola del pubblico concorso «può ritenersi rispettata solo qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie ed irragionevoli forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi». Secondo la Cassazione, «la procedura concorsuale costituisce l'atto presupposto del contratto individuale, del quale condiziona la validità, sicché, sia l'assenza sia l'illegittimità delle operazioni concorsuali si risolvono nella violazione della norma inderogabile dettata dall'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001, attuativo del principio costituzionale affermato dall'art. 97, comma 4, della Carta fondamentale» (sez. Lavoro, sent. n. 30992 del 2019).

[33] Nel senso indicato, Cassazione, sez. Lavoro, sent. n. 20915 del 2019; analogamente Corte cost,. sentt. nn. 218 del2002, n. 373 del 2002, n. 274 del 2003, n. 159 del 2005 e n. 195 del 2010. Ma sul punto si deve ricordare anche la più volte citata sent. n. 37 del 2015 della Corte costituzionale.

[34] Nello stesso ordine di idee la Cassazione più volte ha confermato che «nell'ambito del pubblico impiego contrattualizzato il conferimento di mansioni dirigenziali ad un funzionario direttivo è illegittimo» (così Cassazione, Sez. Lavoro, sentt. n. 13597 del 2009, n. 10027 del 2007, n. 8529 del 2006.

Quali sono gli elementi che accomunano o che distinguono queste due figure professionali? Le POT sono state create per coprire temporaneamente posizioni dirigenziali vacanti, nelle more dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'accesso alla qualifica dirigenziale, e quindi sono contrassegnate dai caratteri di straordinarietà e temporaneità, come la Corte costituzionale ha rimarcato nella sent. n. 37 del 2005.

Le POER sono state invece istituite sulla base della dichiarata volontà di ridurre le posizioni dirigenziali all'interno delle Agenzie fiscali, in funzione del contenimento della spesa e dello snellimento dell'attività della pubblica amministrazione.

Con riguardo alle POT, si ragiona di «*attribuzione di incarichi dirigenziali ai propri funzionari*»[35], con riguardo alle POER, si tratta di una figura lavorativa a sé stante, disciplinata dall'art. 1, c. 93, L. n. 205/2017, che la delinea come una posizione organizzativa avente in fin dei conti poteri e funzioni dirigenziali. Il contenuto *effettivo* delle funzioni attribuite alle posizioni organizzative di prima e seconda generazione appaiono tuttavia in fin dei conti accumunabili.

L'attribuzione di funzioni dirigenziali, tipica delle POT, richiama i tratti distintivi della categoria dirigenziale meglio indicati dall'art. 17 del d.lgs. n. 165/2001 e sopra richiamati. Sempre secondo l'art. 8, comma 24, d.l. n. 16/2012, «ai funzionari cui è conferito l'incarico compete lo stesso trattamento economico dei dirigenti», ricomprendente sia la retribuzione di posizione che quella di risultato. E' evidente che le funzioni affidate alle posizioni organizzative di prima e di seconda generazione risultano avere più profili di comunanza che di differenza e quindi, essendo le caratteristiche delle prime molto simili a quelle dei dirigenti, le POER finiscono per avere

[35] Cfr. art. 8, c. 24, d.l. n. 16/2012 così come modificato dall'art. 1, c. 1. L. n. 44/2012.

diversi tratti in comuni con le figure dirigenziali[36]. Non è stato ritenuto convincente nemmeno il tentativo di equiparazione della POER all'area dei quadri degli enti locali attesa la diversità tra le due figure[37].

Nella sentenza n. 37 del 2015 la Corte ha fatto leva sul carattere straordinario e temporaneo dell'assegnazione delle funzioni, assegnazione che avviene mediante conclusione di contratti di lavoro a tempo determinato, la cui durata non era in definitiva determinabile *ex antea*, essendo legata ai tempi di svolgimento delle procedure concorsuali a copertura dei ruoli dirigenziali. Il protrarsi nel tempo di tali procedure ha fatto sì che gli incarichi divenissero in sostanza a tempo indeterminato, contrariamente alle previsioni del decreto legge n. 16 del 2012.

Nella sentenza n. 164 del 2020 la Corte ha fatto leva sul difetto del carattere straordinario delle POER e sul rispetto del carattere della temporaneità. La Corte ha in sostanza valutato in maniera diversa le posizioni organizzative di prima e di seconda generazione (POT e POER), non tanto per le funzioni in concreto queste figure lavorative svolte, quanto per la durata dell'incarico, di fatto indeterminata nelle POT, definita nelle POER. Tale mancanza di stabilità denoterebbe la mancanza di un «passaggio d'area» e di conseguenza non si verificherebbe «l'attribuzione di uno nuovo status» tipica del passaggio alla dirigenza, che comporta l'acquisizione di uno *status* «caratterizzato da naturale stabilità»[38].

[36] Sul punto S. CASSESE, *Il Paese che rifiuta i concorsi*, in *Il Corriere della Sera*, 19 giugno 2020, che esplicitamente ragiona di «dirigenti mascherati». Le Agenzie delle entrate, «per sottrarsi al chiaro dettato costituzionale e a una sentenza del 2015 della Corte costituzionale, hanno cambiato nome ai dirigenti, chiamandoli «Posizioni organizzative di elevata responsabilità» (Poer), e quindi stabilito che a quelle posizioni si accede solo dall'interno»; «i compiti –constata l'Autore- sono gli stessi, cambia il nome».

[37] G. TROPEA, op. cit., secondo cui l'equiparazione non è funzionale allo scopo soprattutto alla luce della «non omogeneità tra organizzazione degli enti locali e delle Regioni ed organizzazione delle Agenzie delle entrate».

[38] Corte cost., sent. n. 164 del 2020.

Pe la Corte si tratta di meri "incarichi", «alla cui cessazione i destinatari riprendono fisiologicamente ad esercitare le funzioni che sono proprie della loro area di appartenenza». In realtà la temporaneità sembrava assicurata anche in relazione alle POT, non essendo in effetti prevedibile una durata oltre un certo termine di procedure concorsuali in essere[39]. La Corte non registra quindi un passaggio di area o un'acquisizione di uno *status*, rimarcando che che tutto ciò «non esclude affatto che la selezione dei soggetti cui attribuire le POER debba rispondere ai principi di imparzialità, trasparenza ed efficienza, che presiedono ad ogni attività amministrativa e che ne condizionano la legittimità»[40].

5. Spunti conclusivi.

Molte sono le particolarità che hanno caratterizzano la sentenza n. 164 del 2020. In primo luogo il recente precedente risalente a pochi anni or sono ha sollevato più di qualche dubbio in relazione al rispetto dell'art. 136 Cost.[41] Si è pure osservato che, per la prima volta, la Corte ha utilizzato lo strumento istruttorio della audizione di esperti di chiara fama. A seguito di tale audizione, il Giudice relatore (che aveva a suo tempo redatto la motivazione della sent. n. 37 del 2015) è

[39] Il dato della temporaneità non del tutto certo: «nulla assicura che non si siano proroghe anche in questo caso»: così S. DE GÖTZEN, op. cit., 9. In realtà in dottrina si è pure osservato che «la normativa sui POER non prevede espressamente la temporaneità dell'incarico (ed è legata solo allo svolgimento del concorso per dirigente, a sua volta più volte prorogato)»: G. TROPEA, op. cit., 504.

[40] Ancora Corte cost., sent. n. 164 del 2020.

[41] La sentenza ha dato adito a dubbi talora sfociati in aperte posizioni critiche, anche autorevolmente sostenute: così S. CASSESE, *Il Paese che rifiuta i concorsi*, cit., secondo cui nel caso in esame «la Corte costituzionale ha commesso molti errori. Ha tradito diritti e aspettative di molte persone che avrebbero potuto aspirare ad accedere a quegli uffici, se vi fosse stato un esame competitivo aperto a tutti. Ha danneggiato la pubblica amministrazione, perché l'ha privata della possibilità di fare eventuali scelte migliori. Ha riconosciuto un privilegio a chi era già dentro (che si sarebbe potuto accontentare di una valutazione dell'attività già svolta o anche di una riserva di posti). Ha ammesso una sorta di extraterritorialità alle agenzie fiscali, come se ad esse potessero non applicarsi la Costituzione e il diritto italiano, ma un diritto speciale. Ha così impedito quella mobilità tra le varie branche dell'amministrazione che tutti auspicano come necessaria per il migliore funzionamento dello Stato»: si tratta di considerazioni che appaiono del tutto condivisibili. Nel senso che la sentenza costituisce per la Corte una «decisa inversione di rotta» anche attraverso «forzature interpretative», relative tra l'altro alla «cruciale questione della temporaneità dell'assegnazione», G. TROPEA, op. cit., 507. Per una lettura del retroterra politico della pronuncia si può vedere A. DA ROLD, *Renziani in ginocchio alla Consulta per salvare i dirigenti delle Entrate*, in *LaVerità*, 16 maggio, 2020.

stato sostituito per la redazione della sentenza. Nella motivazione della sentenza compare solo un riferimento, del tutto marginale, al parere degli esperti. Ciò pare confermare che l'audizione non abbia fornito elementi decisivi ai fini della decisione, a tacere degli interrogativi relativi al procedimento di scelta dei consulenti. Dalla motivazione della pronuncia trapela una difesa molto attenta da parte dell'Avvocatura dello Stato, inequivoca testimonianza di un marcato interesse della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e quindi del Governo, per il caso in esame[42].

La decisione, del resto, si innesta in una situazione caratterizzata da un'estrema complessità e che ha conosciuto una successione di atti e procedimenti a tratti caotica. Procedure di reclutamento di personale dirigenziale connotati da tempi lunghissimi; un primo intervento legislativo teso a porre rimedio alle carenze di organico dovute alla patologica protrazione nel tempo di procedimenti concorsuali aventi ad oggetto figure dirigenziali; creazione di una nuova posizione organizzativa nel contesto delle Agenzie fiscali; sviluppo di un nutrito contenzioso amministrativo sfociato in una pronuncia di incostituzionalità nel 2015; adozione di una nuova legge volta a introdurre, in luogo di quelle dichiarate incostituzionali, nuove figure connotate da diversi elementi di contiguità con le prime; avvio di un procedimento davanti agli organi di giustizia amministrativa avente ad oggetto la legittimità delle figure organizzative introdotte, con conseguente rimessione alla Corte Costituzionale della questione di costituzionalità decisa con la pronuncia in commento.

Pur non essendo questa la sede adatta per indugiare sul contorno politico della vicenda, non si può fare a meno di constatare come sul piano politico la successione dei vari provvedimenti legislativi e il loro contenuto dimostri un forte tasso di politicità della vicenda in oggetto.

[42] Sul ruolo dell'Avvocatura generale dello Stato nel giudizio incidentale, si rinvia alle opportune osservazioni di G. ALBENZIO, *Corte e Avvocatura dello Stato*, in *Foro it.*, 2006, V, 328 ss.

Quanto questo elemento abbia condizionato la decisione della Corte è difficile dire. Del resto, «ogni legge […] che pervenga al sindacato del Giudice stesso, in quanto espressivo di una carica intrinseca di "politicità", pur variamente apprezzabile, è tenuto in conto, negli effetti che ha già prodotto e in quelli che potrebbe ulteriormente produrre, da chi è chiamato a valutarlo»[43].

Pare sufficiente prendere atto (dopo averli passati in rassegna) di tutti gli elementi di singolarità, di anomalia, di discontinuità, che connotano la pronuncia in esame, per concludere, con un giudizio in qualche misura "esterno" rispetto alla tormentata vicenda, che l'epilogo di essa lascia qualche ombra sull'operato della Corte, soprattutto nella prospettiva della coerenza della giurisprudenza e del rispetto dei precedenti[44]. Come ogni giudice, anche la Corte Costituzionale non solo deve *essere* imparziale, ma deve *apparire* imparziale[45]. Anche a prescindere dai profili di perplessità che circondano la decisione *sul merito* della questione, sono tutti gli altri elementi che abbiamo via via passato in rassegna, e relativi allo svolgimento del *processo*, a seminare dubbi sull'*iter* decisorio che ha condotto la Corte alla dichiarazione di infondatezza della questione. In quest'ottica, la decisione della Corte di utilizzare un istituto processuale di recente introduzione, senza rendere ragione della sua effettiva necessità e funzionalità rispetto all'esito del giudizio, costituisce un indizio di un percorso non del tutto lineare e rettilineo[46]. In questo contesto anche la deviazione da regole

[43] Così A. RUGGERI, *La Corte costituzionale davanti alla politica (nota minima su una questione controversa, rivista attraverso taluni frammenti di giurisprudenza in tema di fonti*, in *ConsultaOnLine*, 2010, secondo cui «la Corte […] confronta e soppesa la situazione normativa presente con quella futura, quale potrebbe aversi a seguito della eventuale caducazione dell'atto impugnato».

[44] In proposito S. CASSESE, op. cit., osserva che la Corte costituzionale «ha tradito la propria consolidata giurisprudenza, accettando una palese violazione del giudicato, rinunciando al proprio magistero, così rischiando di divenire una tigre di carta».

[45] Sul punto R. BIN, *Sull'imparzialità dei giudici costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2009, 4015 ss., secondo il quale «l'apparenza di imparzialità è un'esigenza che vale anche per la Corte costituzionale».

[46] In questa prospettiva, anche la scelta dei consulenti tecnici presta il fianco a dubbi, alimentati anche dall'assoluto riserbo della Corte in relazione a tale snodo processuale, del tutto inedito del resto nell'ambito del giudizio di costituzionalità. In relazione alla nomina degli esperti, in dottrina si è osservato che essi sarebbero «notoriamente in linea con le impostazione di fondo del *New Public*

processuali generalmente osservate, unitamente alle incertezze sull'uso di uno strumento processuale che avrebbe dovuto essere più sorvegliato, suonano come conferma del fatto che l'osservanza della disciplina processuale, unitamente al rigore nell'applicazione di essa, rappresentano irrinunciabili fonti di *legittimazione* della stessa funzione della Corte costituzionale[47].

Management»: così G. TROPEA, *La Consulta salva "il Re Pallido" nell'annosa vicenda delle c.d. Poer*, cit., 506.

[47] Il rispetto delle norme processuali rappresenta, secondo la migliore dottrina, un fattore di potente legittimazione della Corte: in questo senso, tra gli altri, M. CAPPELLETTI, *Giudici o legislatori*, Milano, 1984, 89; G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in AA.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 105 ss.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

CONSIDERAZIONI PRELIMINARI SUGLI ILLECITI AMMINISTRATIVI PER VIOLAZIONE DEL CODICE SULLA PRIVACY

dell'Avv. Sergio De Dominicis

La tutela della privacy è stata oggetto di una importante legge nel 1996 (la n. 675 del 31 dicembre 1996) seguita poi dal decreto legislativo n. 196 del 30 giugno 2003, chiamato CODICE SULLA PRIVACY.

Nella fase intermedia o intertemporale è intervenuto, inoltre, il decreto legislativo 28 dicembre 2001 n. 467, che ha introdotto una prima revisione dell'ipotesi di illecito penale-amministrativo, separando le fattispecie, che danno luogo ad un illecito esclusivamente amministrativo punibile con una sanzione pecuniaria, in virtù di un provvedimento ad hoc del Garante - da quei fatti che configurano tipiche fattispecie penali, accertabili innanzi ad un giudice-terzo, con le specifiche garanzie del processo penale ...

V'è da dire che la disciplina sulla privacy è riconducibile a due situazioni del tutto differenti fra loro; originate, per un verso, dallo sviluppo delle tecnologie digitali ed informatiche e, per l'altro, dalle disposizioni maturate in sede europea, e prima fra tutte la direttiva n. 95/46/CE del 24 ottobre 1995 ed, inoltre, l'accordo di Schengen, che riconobbe l'esigenza di proteggere la sfera della riservatezza privata, ben oltre i valori - pure importantissimi! - affermati nella nostra Costituzione agli articoli **13**

(libertà personale), **14** (inviolabilità del domicilio) e **15** (segretezza della corrispondenza)[1].

Infatti, lo sviluppo delle tecnologie informatiche e digitali ha incrementato e reso più raffinati i rapporti tra le persone, ma, al tempo stesso, ha aumentato i pericoli di ingerenza e di manipolazione dei dati personali, attraverso le nuove tecniche di telecomunicazioni e del commercio elettronico e, con i telefonini, potenziando ulteriormente gli strumenti di intercettazione telefonica e di sorveglianza ambientale. Ad esempio il *Troyan*!

Insomma, le norme poste a garanzia della privacy, non rappresentano - almeno sul piano giuridico soltanto una evoluzione delle tradizionali aree di protezione dei diritti fondamentali della personalità (diritto all' onore, alla riservatezza, all'inviolabilità del domicilio ed alla segretezza della corrispondenza), ma anche una risposta obbligata allo sviluppo tecnologico ed alla rete d'informazione, che soggetti specializzati (ad esempio, le banche-dati o i mediatori di credito, abilitati a fornire i giudizi di rating o di affidabilità delle imprese) [2] , emettono in funzione del mondo della produzione, del commercio o dei servizi.

[1] Le disposizioni a tutela della privacy non costituiscono una duplicazione né un'evoluzione delle norme costituzionali - articoli 13, 14 e 15 - poste a presidio delle libertà fondamentali, quali la libertà personale e l'onorabilità della persona, l'inviolabilità del suo domicilio e la segretezza della corrispondenza, in ogni sua forma e manifestazione.
Com'è noto, il rispetto della persona umana, della sua dignità e della sua onorabilità è uno dei valori che anima l'articolo 2 della Costituzione (cfr. Cass.Civ., Sez. III, 10.5.2001 n. 6507).
Secondo la giurisprudenza di merito (Trib. Bolzano, in Diritto dell'informazione e Informatica 1938 n. 616) la violazione della privacy può integrare gli estremi della diffamazione a mezzo stampa e della lesione dell'onorabilità della persona.
La disciplina sulla privacy si occupa, tra l'altro, delle relazioni tra i soggetti gestori dei dati personali ed i titolari dei diritti che possono discendere dal loro trattamento ed, inoltre, dei poteri autorizzatori ed inibitori del Garante sulla privacy, delle sue estese facoltà in materia regolamentare cd, infine, delle fattispecie che costituiscono illecito amministrativo oppure illecito penale.
1l codice sulla privacy è stato ritenuto fonte secondaria atipica da V. *De Siervo,* in "Diritto all'informazione e tutela dei dati personali", in *Foro It.* I999. Si veda anche *Buttare/li,* "Banche dati e tutela della riservatezza", Milano 1997. *G. Verde,* "Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale'\ in *Dir. Proc. Amm.,* 1998, pag. 739 e segg .. *G. Colla e G. Manzo,* "Le sanzioni amministrative", Milano 2001.
Secondo Pizzetti - prescelto insieme con Paissan dal Parlamento italiano - la privacy potrebbe collocarsi al vertice di due esigenze: quella del diritto di difesa e quella attinente al diritto all'informazione.
Del Pizzetti, si legga l'intervista concessa ad Antonello Gerghi sul Sole 24 Ore del 6.11.2006 e la sua nota sui poteri di verifica ed ispezione, pubblicata sul Corriere della Sera del 9 ottobre 2006.
Per un approfondimento dei poteri del Garante si legga la deliberazione del 29 dicembre 2005, concernente il "Regolamento dei dati sensibili e giudiziari presso il Garante per la protezione dei dati personale" (in G.U. n. 68 del 22 marzo 2006) ed il provvedimento del 27 ottobre 2005, sul "trattamento di alcuni dati personali (Immagini ed Impronte digitali) da parie di banche", in G.U. n. 68 del 22 marzo 2008.

[2] Il giudizio di "Rating" costituisce, nell'odierno sviluppo economico, una condizione necessaria ed indispensabile per l'accesso al credito e per la stipula di polizze di assicurazione, anche sul piano internazionale.

Si aggiunga, poi, tutto il complesso delle problematiche, che derivano dalla criminalità organizzata, dal terrorismo internazionale e dalla globalizzazione dell'economia, per rendersi conto che, non solo bisognava sviluppare una rete di discipline, a garanzia dell'inviolabilità della persona e della sua sfera di riservatezza - si pensi alle informazioni in materia di credo religioso o di convinzione politica - ma che occorreva creare un'Autorità amministrativa sui generis, qual è il Garante sulla privacy, conferendogli ampi poteri di controllo e di sanzione. Poteri che possono entrare in conflitto con altre Autorità pubbliche; ad esempio, con il P.M penale o con gli organi di direzione dei servizi segreti, quando, per motivi di sicurezza dello Stato, sono legittimati ad effettuare attività di spionaggio e ad invadere la sfera di riservatezza altrui[3].

Le anzidette analisi e valutazioni, circa l'esigenza di raccogliere in un Codice della privacy l'intero corpus normativo, dettato a tutela della riservatezza e del trattamento dei dati personali, certamente servono a rendere più intelligibile ed esaustivo il motivo dell'approvazione di un Testo Unico sull'importante e delicata materia; ciò, tuttavia, non esaurisce il tema introduttivo e non chiarisce uno degli aspetti centrali della nuova disciplina: infatti, s1 tratta di spiegare, preliminarmente, perché la materia

L'economia globalizzata non può prescindere dalla formulazione di questo giudizio, che società specializzate, grazie al trattamento dei dati e dell'informatizzazione delle comunicazioni commerciali, emettono per garantire l'affidabilità delle controparti e per indicarne, perfino, il grado di solvibilità.
Sull'importanza del rating nell'odierno sistema commerciale può consultarsi il volume "La Banca" di Giuseppe Marotta (Ed. Il Mulino, Bologna, 2003).
Secondo il citato autore il giudizio di rating, spesso avente carattere riservato, ha acquistato un rilievo economico nelle transazioni commerciali e ad esso si collega il sistema bancario ed assicurativo.
Orbene, ciò non sarebbe lecito se il trattamento dei dati non fosse autorizzato dal Garante e se venissero meno le cautele di conservazione e di aggiornamento prescritte dal codice del 2003 ed, in particolare, la garanzia della sicurezza e della qualità dei dati.

[3] Il rapporto tra privacy e processo penale è tra i più delicati ed importanti della nuova disciplina. Infatti, da una parte, occorre assicurare l'ottimale esercizio delle funzioni pubbliche, effettuate per motivi di giustizia o per ragioni di ordine e sicurezza, dall'altra, è necessario tutelare la privacy delle persone estranee alle investigazioni di polizia ed alle intercettazioni telefoniche cd ambientali (cfr. *Sorrentino*, "La protezione dei dati personali nel processo", in Q di Giustizia, 2001.
La necessità di bilanciare le opposte esigenze è stata approfondita dal Procuratore della Repubblica di Palermo, *dott.* G. *Pignatone* nell'incontro di studio del 9 - 11 maggio 2005 organizzato dal C.S.M.).
Sull'esigenza della segretezza nelle investigazioni, a garanzia della privacy, si vedano gli orientamenti della giurisprudenza della Suprema Corte (cfr. Cass., SS.UU., 23.2.2000, n. 2595).
Nella dottrina si segnala la ricostruzione di De Leo, in Quaderni del C.S.M., 2002, 123 e Melillo "Le intercettazioni tra diritto alla riservatezza ed efficenza delle indagini" in Cass. Pen., 1934 e segg .. Ed, inoltre, Piero Gualtieri "L'investigazione difensiva e la legge sulla privacy", in Incontro di studio organizzato dal C.S.M., 2w4 febbraio 2004, Ed, inoltre, Salvatore Frattalone, "Le investigazioni difensive, Processo penale, deontologia e trattamento dei dati personali", Verona, 2005.
Per una ricostruzione delle investigazioni difensive e private, anche Gaetano Insolera, "Disciplina penalistica e tutela delle investigazioni difensive", Roma, 2004, Crowne Plaza.

della privacy sia stata affidata alla cura del Garante, figura che non appartiene né al mondo della giustizia né a quello dell'amministrazione[4].

E, tuttavia, il Garante della protezione dei dati personali detiene poteri invasivi, interdettivi e di controllo che potrebbero definirsi a metà tra le attribuzioni di un Magistrato e quelle di un Ministro. Alla luce della legge n. 675 del 1996 e della scarsa giurisprudenza sulla materia un elemento balzò comunque all'evidenza: 1 provvedimenti del Garante, sia che avessero carattere concessorio, sia che costituissero condizioni inibitorie o interdittive, dovevano ritenersi impugnabili innanzi al T.A.R. in primo grado ed, eventualmente, innanzi al Consiglio di Stato, in grado di appello, per presunta lesione di un interesse legittimo; ora, però, con il Codice n. 196 del 2003, gli atti sanzionatori del Garante sono tutti impugnabili innanzi al Tribunale Civile competente[5].

Inoltre, ai sensi dell'art. 145 del Codice della Privacy il ricorso al Garante è alternativo rispetto all'azione risarcitoria proponibile innanzi al Giudice ordinario.

Il Garante, quando decide sul ricorso, può adottare provvedimenti cautelari o definitivi, avverso i quali è, poi, ammessa la tutela

[4] Va, in proposito, annotata quella dottrina apertamente ostile ai poteri del Garante.
Oltre ai contributi di analisi critica alla legge n. 675 del 1996, da parte di Scarano, in "Tutela della Privacy", Padova, 1999, e Buttarelli, in "Banche dati e tutela della riservatezza", va fatta menzione della forte riserva da parte di Federico Sorrentino, Magistrato di Cassazione, in "La protezione dei dati personali nel processo", Quaderni del C.S.M., ottobre 2003.
L'autore afferma che «*una funzione di controllo sull'attività giudiziaria da parte di una autorità amministrativa, ancorché prevista dalla legge, potrebbe rappresentare un vulnus dei principi costituzionali posti a garanzia del! 'indipendenza della Magistratura secondo la teoria della divisione dei poteri*».
Infatti, ai sensi dell'art. 104 Costit., la funzione giudiziaria costituisce un ordine autonomo cd indipendente da ogni altro potere; ed, inoltre, il diritto di difesa, ex art. 24 Costit., ed il principio del contraddittorio, ex art. 111 Costit., costituiscono valori della civiltà giuridica, non superabili con lo strumento della legge ordinaria o con l'affidamento di elevati poteri ad una autorità indipendente.

[5] Il procedimento giurisdizionale innanzi al Giudice ordinario è stato disciplinato dall'art. 152 del d.lg.vo n. 196 del 2003, detto Codice sulla Privacy. Lo strumento di accesso è il ricorso, *vacatio iuris,* avverso un provvedimento esplicito del Garante. E' ammessa la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, quando «*sussiste pericolo imminente di un danno grave ed irreparabile*» ossia il c.d. *periculum in mora.*
Il nono comma dell'art. 152 C. priv. consente che la causa venga trattata, «*omessa ogni.fòrmalità non essenziale al contraddittorio*».
Con ciò si è voluto lasciare ampi spazi interlocutori al Giudice, che è tenuto ad andare ben oltre la mera legittimità formale del provvedimento impugnato.
La decisione di merito segue allo scambio di memorie difensive e di atti conclusionali, sicchè solo eventualmente può darsi accesso alla discussione orale.
L'AGO può annullare il provvedimento amministrativo del garante ed, altresì, disporre le misure consequenziali.
La disposizione processuale del C.priv. è stata oggetto di analisi da parte della dottrina: *M Granieri,* nota alla sentenza della Cass. 20.5.2002 n. 7341; *R. Bellè,* "Il processo di opposizione alla sanzione amministrativa", in Riv. Proc. 2002, 900; *Giorgio Costantino,* "La tutela giurisdizionale", in Incontro di studio sul nuovo codice della privacy.
Federico Sorrentino, op. cit.

giurisdizionale innanzi al Tribunale, che decide in composizione monocratica e con la speciale procedura stabilita dall'art. 152 c.p. Le fattispecie che disciplinano l'irrogazione di sanzioni patrimoniali per violazioni al Codice della privacy sono previste all'art. 161 (omessa o non idonea informativa), all'art. 162 (omessa o incompleta notificazione), all'art. 163 (notificazione di dati incompleti) ed all'art. 164 (omessa informazione ed esibizione di dati al Garante).

L'Autorità di Garanzia, oltre alle sanzioni patrimoniali, può applicare anche la sanzione accessoria della pubblicazione dell'ordinanza-ingiunzione (art. 165) ed, inoltre, nel procedimento, si applicano le disposizioni della legge 24 novembre 1981 n. 689, che è la legge generale sugli illeciti amministrativi, discendenti da atti di depenalizzazione oppure da violazioni ed inosservanza di provvedimenti autoritativi, legittimamente erogati da un organo della Pubblica Amministrazione a ciò legittimato.

Con la legge n. 675 del 1996 la dottrina, partendo dalla considerazione che il Garante per la privacy "*amministra la materia*", ritenne che i suoi atti avessero carattere eminentemente amministrativo e, come tali, suscettibili di ledere solo interessi legittimi.

Con il Codice del 2003 il quadro delle garanzie giurisdizionali non può più dare adito ad alcuna perplessità. Infatti, avendo le sanzioni del Garante carattere patrimoniale, si è ritenuto che la materia contenziosa potesse essere riservata alla competenza del Giudice ordinario, quale giudice dei diritti soggettivi, così come avviene per la disciplina impugnatoria dei provvedimenti sanzionatori emessi dalle altre Autorità amministrative, in applicazione della predetta legge n. 689 del 1981[6].

[6] La legge 689 del 1981 prevede che il Giudice Ordinario competente possa annullare i provvedimenti sanzionatori erogati da altre Autorità amministrative. Il che costituisce una vistosa deroga al principio della separazione delle competenze, tra giurisdizione e amministrazione, come proclamato *dal! 'art. 4 della legge 20 marzo I 865 n. 2248 ali. E.*
Analogamente i provvedimenti" sanzionatori ovvero decisori (autorizzatori, concessori, inibitori, interdettivi, ecc.) del Garante della privacy possono essere annullati dal Giudice ordinario a seguito del relativo giudizio impugnatorio.
In dottrina: G. *Colla e* G. *Manzo,* "Le sanzioni amministrative", Milano 2001; *V. Scalese,* "Le opposizioni alle sanzioni amministrative", Milano 2001; *C.E Paliero e A. Travi,* voce "sanzioni amministrative", in Enc. Dir., Milano 1989; E. *Casetta,* voce "Sanzione amministrativa", in Digesto Pubblico, Xlll, UTET; *A. Proto Pisani,* "Verso il superamento della giurisdizione amministrativa", in Foro It., 2001, V, 21; *Giorgio Costantino,* op. cit.

Circa l'alternatività del ricorso al Garante, può dirsi che essa non altera lo schema delle garanzie processuali previste dall'art. 152 del Codice della Privacy.

Infatti, il ricorso ha natura di opposizione e, quindi, rientra nel quadro dei ricorsi amministrativi di tipo non contenzioso.

Dunque, alla radice dell'attività del Garante non v'è, solo, l'esigenza della buona amministrazione, nell'esercizio di un interesse pubblico superiore, consistente sia nel corretto trattamento dei dati personali -con tutte le cautele prestabilite dal Codice del 2003 -sia nel dovere di preservare, da qualsiasi forma di ingerenza, la riservatezza delle persone, quando possano emergere altre esigenze di ordine pubblicistico.

Il Garante è autorità che detiene un fascio di poteri assai ampio, come si deduce dall'art. 154 del Codice; poteri poteri che è in grado di autogovernare, nel senso che gli è stata riconosciuta la competenza ad adottare deliberazioni non solo aventi carattere dispositivo, ma anche aventi natura regolamentare.

Sicché i suoi compiti, veramente assai vasti, possono porsi m competizione con altri poteri e con altre prerogative pubbliche. Orbene, prima di fare qualche cenno ad ipotesi (piuttosto recenti) di conflitto tra tutela della privacy e libertà di stampa ovvero tra diffusione di notizie riguardanti inchieste giudiziarie e trattamento dei dati in campo giornalistico, preme fornire il quadro della odierna situazione amministrativa.

Come si è già osservato, la nascita delle *Authorities* - in cui va a collocarsi anche il Garante per la privacy - è piuttosto recente. La dottrina ha ampiamente esaminato queste nuove figure istituzionali, estranee alla tradizione giuridica italiana, e, tuttavia, accolte nel nostro ordinamento grazie al c.d. *filone neomodernistico*[7].

[7] Ritiene il prof. Costantino, op. cit., che *«Le Authorities sono state create, sulla base dei modelli del! 'esperienza giuridica, soprattutto statunitense, per sopperire alle esigenze di settori specialistici, bisognosi di regole specifiche, oggetto di rapido adeguamento, ed, in alcuni casi, sono state considerate uno strumento di attuazione della politica economica».*

La Cassazione (cfr. Cass. Civ. 20.5.2002 n. 741, in Foro it., 2002, 2680, con nota di Granatieri) ha affermato che «l'ordinamento giuridico non conosce un *tertium genus,* tra Giurisdizione ed Amministrazione .... in quanto la

In estrema sintesi, *si ritiene che la disciplina sulle Authorities, e sui poteri "ibridi" conferiti ai rispettivi uffici, si collochi in posizione intermedia tra l'illecito amministrativo* - la cui principale disciplina risale alla legge n. 689 del 1981 - *e la sanzione penale.*

Si è già detto, peraltro, che le *Authorities*, in realtà, non sono organi ministeriali, né possono essere assoggettate al controllo o alla vigilanza di un Ministero; d'altronde, esse non possono ritenersi neppure organi giurisdizionali per la ragione fondamentale che, pur esercitando funzioni di garanzia in posizione collegiale ed alquanto neutra, non sono tenute all'osservanza delle norme processuali, che, com'è noto, costituiscono disposizioni inderogabili, la cui principale fonte trovasi nella Carta Costituzionale, Sezione dedicata all'Ordinamento Giurisdizionale (artt. 101 e seguenti).

Peraltro, quasi sempre la collocazione istituzionale delle *Authorities* fa capo a materie di diritto comunitario o di fonte comunitaria.

Ed, ancorché si sia ritenuto che gli atti da esse emanate fossero provvedimenti e non sentenze, le *Authorities rappresentano, in definitiva, un segmento giuridico del tutto nuovo, una vera e propria area intermedia tra l'amministrazione e la giurisdizione*, con le qualità un poco dell'una e un poco dell'altra, e, quindi, con caratteri peculiari propri.

L'anzidetta premessa ci aiuta, dunque, a capire la misura ed il valore del conflitto tra la tutela della privacy e la libertà di cronaca, soprattutto a mezzo stampa[8].

funzione giudiziaria è esercitata da Magistrati ordinari. cd il secondo comma dell'art. 102 della Costit. vieta l'istituzione di giudici speciali».

Sulla natura delle Authorities, in dottrina: *R. Rordof*, "Le Autorità amministrative indipendenti", in Questione Giustizia, 2002, 407 e succ.; *Merusi,* "Democrazia e Autorità indipendenti", Bologna 2000; *Grassini,* "L'indipendenza delle Autorità", Bologna 2001; *Lazzara,* "Autorità indipendenti e discrezionalità", Padova 2001; *A. Pajno,* "Il Giudice amministrativo e le Autorità indipendenti", Varenna 2003; *F. Cardare/li,* "La tutela amministrativa innanzi al Garante", in Quaderni del C.S.M., 2003.

[8] Secondo *Francesco Cardarelli,* in Quaderni del C.S.M., 2003, la tutela amministrativa innanzi al Garante difetterebbe dei requisiti del giusto processo, ex articolo 111 della Costituzione.
Peraltro, nel Codice sulla privacy la disciplina dei reclami e delle segnalazioni viene collocata in un capitolo differente da quello riservato alla tutela giurisdizionale.
La predisposizione di una "apposita sezione per l'esercizio delle funzioni amministrative del Garante sembra essere stata imposta dalla Direttiva Comunitaria n. 95/46/CE che ha inteso rimarcare la natura garantistica della disciplina, protesa alla difesa dei dirit1i fondamentali del cittadino europeo ed alla garanzia di avere uno *"spazio proprio"*, personalissimo cd inviolabile, cioè un *"diritto a stare soli"*.

La vicenda scandalistica, meglio conosciuta come *"vallettopoli"*, è stata uno dei casi in cui si è fatta applicazione degli articoli 139 e 154 del Codice sulla privacy.

Con provvedimento del Garante, pubblicato nel marzo 2007 sulla Gazzetta Ufficiale, venne, infatti, disposto il *divieto assoluto di pubblicazione di notizie stampa riguardanti indagini giudiziarie in corso* su condotte estorsive, da parte di noti personaggi del mondo della moda e dello spettacolo, per fatti di prostituzione e di diffusione illecita di immagini fotografiche.

Secondo il Garante per la protezione dei dati personali la stampa aveva diffuso informazioni e notizie, anche estratte da intercettazioni disposte dall'Autorità Giudiziaria, che eccedevano i limiti di essenzialità e di correttezza del diritto di cronaca, violando, di conseguenza, la dignità e la sfera sessuale delle persone interessate, anche estranee alla commissione di reati.

Conseguentemente, sussistevano i presupposti di fatto e di diritto per l'intervento inibitorio del Garante, ex art. 154 Codice della Privacy, a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone lese dalle pubblicazioni. Inoltre, ad avviso del Garante, quegli stessi fatti, violando la riservatezza, la sfera sessuale, la dignità di persone ed il loro diritto alla protezione dei dati personali, costituivano anche illecito penale, ai sensi dell'art. 170 del Codice della privacy, ed, altresì, illecito civile, ai sensi dell'art. 15 dello stesso Codice[9].

[9] La violazione della riservatezza e della privacy delle persone coimporta un «illecito progressivo», nel senso che il fatto, oltre alla sanzione amministrativa patrimoniale inibitoria cd agli edicta del Garante, può integrare l'illecito penale ed il diritto al risarcimento del danno se ne deriva un
«nocumento» economico in pregiudizio della persona offesa.
L'episodio riportato nel testo ha, com'è noto, provocato una deliberazione del Garante, con cui, ai sensi degli arti. 139, 143 e 154 del Cod. Priv., è stata vietata la diffusione di notizie stampa, *«con dettagli e circostanze eccedenti il rispetto dell'essenzialità dell'informazione»* ed attinenti alla vita privata di persone estranee all'inchiesta penale e diffuse in violazione della tutela della loro sfera sessuale.
Nel convegno tenuto a Roma nell'ottobre 2003, sul tema del rapporto tra *riservatezza e cronaca giudiziaria,* si è osservato come il codice di deontologia professionale del 1998 non fosse sufficiente a fugare eventuali conflitti del mondo dei giornalisti con la tutela della privacy.
Il diritto di cronaca rientra tra una delle esigenze primarie del sistema democratico ed è attività d'interesse pubblico, ma essa non può eccedere dalla verità ed essenzialità della notizia.
La Cassazione, fin dal 1985, ha, poi, affermato che i personaggi pubblici godono di mm tutela affievolita, nel senso che chi occupa un posto di responsabilità politica oppure nell'amministrazione dello Stato, nella socielà civile o nello spettacolo, detiene una sfera di riservatezza limitata o relativa, Se non che questi limiti all'informazione ed alla

Pertanto, la violazione del Codice della pnvacy, a mezzo di pubblicazioni eccedenti *il limite di continenza, essenzialità e correttezza del diritto di cronaca*, andavano a configurare ben tre illeciti, sanzionabili in sede civile, penale ed amministrativa.

Prima di procedere ad un conclusivo raffronto tra le varie configurazioni giuridiche degli illeciti amministrativi occorre aggiungere qualche riflessione sulla vicenda sopra descritta.

Nella prospettiva della tutela della privacy e della protezione dei dati personali il primo problema che si è posto è stato quello del rapporto tra intercettazioni telefoniche, disposte dal!' Autorità Giudiziaria, ed il loro impiego nel processo penale, quando esse coinvolgano terze persone estranee alle vicende penali. La soluzione potrebbe essere quella di escludere dal materiale probatorio raccolto le intercettazioni non pertinenti ai fatti di causa.

Il che dovrebbe effettuarsi, con l'intesa dei difensori e secondo un criterio di rilevanza concordato, prima del deposito degli atti. Effettuata la selezione, il materiale di risulta dovrebbe essere, poi, conservato per il tempo strettamente necessario ed, infine, distrutto su ordine del GIP-GUP[10].

Il secondo problema che si è affacciato è stato quello del divieto di notizie stampa, ritenute arbitrarie o eccedenti i limiti della pertinenza e del corretto esercizio del diritto di cronaca.

La questione sembra potere avere una soluzione accettabile ove il Garante intervenga, con propri provvedimenti inibitori, comunque prima che sia effettuato il deposito degli atti istruttori, a conclusione dell'inchiesta penale

cronaca fanno riferimento all'iipotesi della diffamazione a mezzo stampa, che integra un illecito differente e, comunque, distinto dalla violazione della privacy, la cui lesione discende dall'inosservanza di altre fattispecie illecite.
Il problema di attualità attiene, invece, al rapporto tra informazione e violazione della riservatezza, in pregiudizio del terzo estraneo alla vicenda penale oggetto di intercettazione telefonica e/o ambientale.
Nel dibattito si segnala l'intervento di *Giuliano Pisapia* su "Liberazione" del 10.6.2008; di *Capotosti,* su "Il Messaggero" del 10.6.2008; di *Luciano Violante,* su "Il Corriere della sera" del 10.6.2008; di *Giovanni Negri* e *Donatella Stasio,* su "Il Sole 24 Ore" del 15.6.2008; di *Carlo Federico Grosso* su "L'Unità" del 15.6.2008; di *Vittorio Grevi,* su "Il Corriere della Sera" del 15.6.2008 e *Stefano Rodotà,* su "La Repubblica" del 9.6.2008.

[10] La soluzione esposta nel testo ha trovato ampia eco tra i maggiori giuristi italiani che da anni si occupano del problema e che reputano particolarmente delicato il momento del deposito delle indagini a conclusione della fase investigativa.
In dottrina, soprattutto, *Vittorio Grevi,* in "Corriere della Sera" del 7 agosto 2006 e del 21 giugno 2007.

del P.M. Ed, invero, dopo che tutti gli atti d'indagine siano stati depositati appare alquanto difficile dare prevalenza al diritto di privacy. Ma, nel legittimo esercizio del diritto d'informazione, devono essere comunque fatti salvi i diritti di riservatezza delle persone e la tutela dell'onore dei terzi ingiustamente o arbitrariamente coinvolti.

Le esigenze poste dal Codice del 2003 a garanzia della privacy possono collocarsi, quindi, al centro di due possibili conflitti: quello tra la privacy e il diritto di cronaca, e quello tra la privacy e le regole del processo penale.

In relazione alla prima ipotesi di conflitto, dobbiamo ricordare che la giurisprudenza della Corte di Cassazione, in tema di tutela dell'onore e della riservatezza delle persone, ha affermato che il diritto di cronaca deve rispettare tre limiti: la *verità* della notizia, la *continenza* della narrazione e la *correttezza* o pertinenza delle notizie. Ciò violando, l'informazione si manifesta potenzialmente diffamatoria e, oltre a rappresentare un illecito civile, che può dare luogo al risarcimento del danno, costituisce reato, *ex* art. 170 Codice sulla Privacy, punibile con la reclusione da tre mesi a due anni.

Tuttavia, per trovare un giusto bilanciamento tra privacy e stampa, occorre tenere presente che il concetto di privacy è piuttosto elastico e richiede degli adattamenti a seconda delle persone e delle circostanze riferite. Infatti, mentre la pubblicazione dell'immagine di persone ignote può costituire un illecito in sé, ove manchi il consenso, la stessa pubblicazione di uomini pubblici o di persone dello spettacolo può ritenersi legittima.

Il che dimostra che possono esserci sfere di privacy più affievolite di altre...[11]

Quanto all'ipotesi conflittuale tra le delibere adottate dal Garante e le disposizioni processuali penali nessun dubbio può emergere in ordine alla prevalenza delle seconde.

[11] L'orientamento trovasi affermato sia nella giurisprudenza costituzionale (Corte Costit. n. 184 del 1986 e n. 479 del 1987) che in quella della Corte di cassazione (cx multis, Cass, Civ., Sez. III, n. 6507 del 2001).

La questione conclusiva attiene, infine, alla differente collocazione dell'illecito amministrativo - ove disciplinato dalla legge n. 689 del 1981 ovvero dal Codice della privacy del 2003 - rispetto alla norma penale.

Il confronto tra la legge penale e le due discipline degli illeciti amministrativi tende, infatti, a configurare due sistemi differenti, ancorché, poi, assimilati sotto l'aspetto della sanzione patrimoniale e dell'eventuale azione di tutela cassatoria proponibile innanzi al Giudice Ordinario.

Nel raffronto tra la disposizione penale e la sanzione patrimoniale irrogata dal Garante, per una delle violazioni previste agli artt. 161, 162, 163 e 164, emerge, invero, un solo punto di commistione.

Ci si riferisce al caso in cui l'uso o la *conservazione dei dati personali, che possano presentare rischi specifici, in pregiudizio dei diritti fondamentali della persona e delle sue libertà fondamentali* (come quelli inerenti la sfera della sessualità), ex art. 17 del Codice privacy, sia sanzionato, *a seconda della gravità del fatto*, o come illecito amministrativo, *ex* art. 161 del Cod. Priv., oppure come delitto, *ex* art. 167, Cod. Priv.,

Perché ricorra l'ipotesi delittuosa, alla persona offesa deve derivare un *effettivo nocumento* e salvo che il fatto stesso non integri una fattispecie penale più grave, punibile alla stregua del Codice penale.

Quindi, la consunzione (o consumazione) di una fattispecie meno grave in un'altra più grave sembra costituire lo schema giuridico accolto dal Codice della privacy, almeno per quanto attiene ai diritti fondamentali della persona.

Ne consegue che si applica la sanzione più grave, ove comprenda e consumi quella meno grave, perfino quando le due fattispecie antigiuridiche siano astrattamente previste in due differenti ambiti normativi (Codice privacy e Codice penale).

Ma, al di fuori dell'ipotesi delittuosa prevista dall'art. 167 Cod. Priv., il trattamento illecito dei dati personali ed, in particolare, l'inottemperanza degli ordini del Garante, *ex* art. 170 Cod. Priv., non integra, in generale, lo

schema della consunzione, relativa ad una fattispecie penale più grande che assorbe e consuma dentro di se un'altra fattispecie meno grande.

Pertanto, nel quadro degli illeciti previsti dal Codice della privacy, si verifica, quasi sempre, l'ipotesi penalistica classica: del *cumulo degli illeciti e delle corrispondenti sanzioni*!

Può, infatti, accadere che un comportamento antigiuridico, in violazione di più disposizioni del Codice della privacy, sia idoneo ad integrare l'emersione di varie e differenziate fattispecie illecite, che, conservando ciascuna la propria individualità e specificità, si cumulano tra loro, comportando l'erogazione sia di sanzioni amministrative patrimoniali che di sanzioni penali o criminali. Nel qual caso viene in applicazione il principio *del cumulo materiale delle sanzioni*: *tot crimina tot poena*!

Invece, l'ipotesi del concorso formale o apparente - in relazione al quale una fattispecie normativa prevale rispetto ad un'altra - sembra adattarsi, in via generale, alle ipotesi illecite previste dalla legge n. 689 del 1981.

Quest'ultima legge, che ha depenalizzato taluni illeciti prima costituenti reato, configura fattispecie *che si pongono in concorso formale o ipotetico con la legge penale.* Secondo la Cassazione il concorso formale può configurarsi solo tra norme penali.

Ed, invero, *l'art. 9 della legge n. 689 del 1981 afferma il principio di specialità in via generale*, nel senso che tra una nonna che commina una sanzione penale ed una che commina una sanzione amministrativa - entrambe adottabili alla stessa concreta fattispecie - si applica la sanzione amministrativa che incide sulla sfera patrimoniale, considerata meno gravosa.

Inoltre, pure nella prevalenza della sanzione amministrativa rispetto a quella penale, si deve tenere conto del principio del *"favor rei"*, ai sensi dell'articolo 2 c.p.

L'anzidetto principio, di prevalenza della disposizione speciale, può essere escluso soltanto quando la legge lo dichiari espressamente.

Ciò nonostante la giurisprudenza ha ritenuto che la specialità della sanzione amministrativa è solo tendenzialmente generale; per cui non può

escludersi a *"priori"* che vi possa essere un raffronto all'interno della materia che ha dato luogo alla previsione di una sanzione amministrativa e di una concorrente sanzione penale. Mentre è da escludere che la sanzione patrimoniale irrogata dal Garante della Privacy abbia carattere speciale ed esclusivo, potendosi quasi sempre cumulare con una sanzione penale. Va, poi, detto che la disciplina sulla privacy si discosta molto dal sistema comminatorio disciplinato dalla legge n. 689 del 1981.

Basti considerare che mentre gli illeciti amministrativi contemplati dalla legge del 1981 riflettono, *"in piccolo"*, lo schema della disposizione penale - fondato sulla coesistenza dell'elemento materiale e di quello psicologico - quelli previsti dal Codice della privacy conservano una propria peculiarità che *prescinde dall'elemento volontaristico* e che, quindi, sembrano ignorare in toto il catalogo delle esimenti soggettive o oggettive, nonché delle circostanze che possono attenuare o aggravare l'ipotesi illecita astratta.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

ESPERIENZE GIUDIRICHE DI TRANSIZIONE ECOLOGICA E STRATEGIE PER LA MITIGAZIONE DEI CAMBIAMENTI CLIMATICI

di Vincenzo Pepe, Prof. Associato di Diritto Pubblico comparato, Università della Campania "Luigi Vanvitelli

Abstract:

L'esistenza dei cambiamenti climatici costituisce sul piano scientifico una certezza della società contemporanea. Sia la comunità internazionale che l'Unione europea hanno avviato politiche e di transizione ecologica e strategia di intervento per la mitigazione dei cambiamenti climatici. Ne sono la prova il Green new deal europeo, le politiche per il Clima adottate nei vari stati membri dell'U.E. In questo quadro l'Italia sembra aver dato inizio ad un percorso di transizione ecologica che deve assicurare un cambio di rotta verso una futuro sostenibile di economia circolare.

Abstract:

The existence of climate change is a scientific certainty of contemporary society. The international community and the European Union have initiated policies and ecological transition and intervention strategies for the mitigation of climate change. The European Green New Deal and the climate policies adopted in the various EU member states are proof of this change in environmental law. In this context, Italy seems to have initiated

an ecological transition path that must ensure a change of course towards a sustainable future of circular economy.

Sommario: 1. Introduzione. - 2. I profili internazionali. - 3. Il quadro normativo europeo: cenni. - 4. Esperienze di diritto comparato; 5. Il quadro normativo italiano. - 6. Prime note sul Decreto clima in Italia. - 7. Dal Piano di azione della Commissione Europea all'operatività dell'economia circolare. - 8. La transizione ecologica *in progress*.

1. Introduzione.

L'esistenza dei cambiamenti climatici costituisce sul piano scientifico una certezza della società contemporanea. Come afferma il *Centro Regionale di informazione delle Nazioni Unite*, il cambiamento climatico interessa i paesi di tutti i continenti. Esso sta condizionando le economie nazionali, con costi alti per persone, comunità e paesi oggi, e che saranno ancora più rilevanti un domani[1].

Tuttavia, il cambiamento climatico è una sfida globale che non rispetta i confini nazionali.

Un problema, dunque, che richiede soluzioni coordinate a livello internazionale e cooperazione anche al fine di aiutare i Paesi in via di sviluppo a progredire nella direzione di un'economia a bassa emissione di carbonio.

Come è noto, per far fronte ai cambiamenti climatici, i Paesi hanno firmato nel mese di aprile un accordo mondiale sul cambiamento climatico (Accordo di Parigi sul Clima).

[1] Sul punto cfr. https://www.unric.org/it/agenda-2030/30796-obiettivo-13-promuovere-azioni-a-tutti-i-livelli-per-combattere-il-cambiamento-climatico.

Ad oggi, soltanto il 9% dei 92,8 miliardi di tonnellate di materie prime immesse annualmente nell'economia mondiale viene riutilizzato in modo efficiente attraverso forme di recupero e di riciclo[2]. Il restante 91% delle risorse non trova invece una seconda vita, venendo così destinato allo smaltimento. Questo è il modello economico "lineare", che si basa sulla catena estrazione-produzione-scarto delle risorse. Questo *modus operandi*, protratto nel tempo, ha generato un massiccio sfruttamento delle risorse naturali del pianeta e ha comportato conseguenze anche sul clima, confermando lo strettissimo rapporto tra economia lineare e cambiamento climatico. Il modello lineare di produzione e consumo cosiddetto "*take-make-dispose*", non risponde più alle esigenze del sistema attuale. Oggi un modello di economia virtuosa mira al recupero e alla valorizzazione degli scarti e alla prevenzione delle esternalità ambientali negative nella prospettiva di un crescente bisogno di sostenibilità.

Nel contesto economico odierno il concetto di economia circolare ha imposto un ripensamento complessivo di tale modello tradizionale di produzione e consumo, basato sulla massimizzazione dei profitti e la riduzione dei costi di produzione. *Secondo la definizione di Ellen MacArthur Foundation, l'economia circolare è un'economia pensata per potersi rigenerare da sola. Di fatto come si esprime il modello dell'economia circolare? In via preliminare occorre chiarire che in un modello di economia circolare si distingue tra cicli tecnici e cicli biologici. Il consumo avviene solo nei cicli biologici, in cui alimenti e materiali a base biologica (come cotone o legno) sono progettati per alimentare il sistema attraverso processi come il compostaggio e la digestione anaerobica. Questi cicli rigenerano i sistemi viventi, come il suolo, che forniscono risorse rinnovabili per l'economia. I cicli tecnici, invece, recuperano e ripristinano prodotti, componenti e materiali attraverso strategie come riutilizzo, riparazione, rigenerazione o (in ultima istanza) riciclaggio.*

[2]Si veda in particolare il sito http://www.renewablematter.eu/en/art/776/The_World_is_only_9_Circular, Circle Economy, www.circle-economy.com , "Circularity Gap Report," www.circularity-gap.world.

In questi ultimi anni l'Unione Europea ha lavorato per contribuire ed accelerare la transizione verso un'economia circolare, elaborando un piano di azione per garantire una crescita sostenibile e un'occupazione sostenibile attraverso un impiego ottimale delle risorse. Il piano d'azione ha definito 54 misure al fine di "*riutilizzare, aggiustare, rinnovare e riciclare i materiali e i prodotti esistenti*" e individuato cinque macrosettori che possono fungere da traino per agevolare la transizione lungo la loro catena del valore (materie plastiche, rifiuti alimentari, materie prime essenziali, costruzione e demolizione, biomassa e materiali biologici)[3].

Il conseguimento di tali obiettivi è un'evidente priorità per la Commissione Europea che nella relazione della Commissione sull'attuazione del piano d'azione per l'economia circolare, sottolinea come "*la transizione verso un'economia circolare offre grandi opportunità per l'Europa e per i suoi cittadini (…) vi è un forte interesse ad esso sotteso che permette alle imprese di realizzare notevoli proventi economici e di diventare più competitive, consentendo importanti risparmi di energia e vantaggi per l'ambiente.*"

A comprova della stretta correlazione tra cambiamenti climatici ed economia circolare, la *Fondazione Ellen MacArthur*, in collaborazione con *Material Economics*, ha promosso la ricerca *Completing the Picture: How the Circular Economy Tackles Climate Change* (*"Completare il quadro: come l'economia circolare affronta il cambiamento climatico")*[4]. Il documento rivela la necessità di una profonda metamorfosi nell'approccio globale ai cambiamenti climatici. Il passaggio alle energie rinnovabili può solo agire sul 55% delle emissioni globali di gas a effetto serra. Per raggiungere gli obiettivi climatici delle Nazioni Unite, il documento evidenzia l'urgenza di limitare il restante 45% e di sfruttare le potenzialità dell'economia circolare esaminando cinque aree chiave: acciaio, plastica, alluminio, cemento e cibo.

[3]Su punto si veda https://ec.europa.eu/commission/priorities/jobs-growth-and-investment/towards-circular-economy_it.

[4] Per un approfondimento si veda in particolare https://www.ellenmacarthurfoundation.org/our-work/activities/climate-change.

Guardando oltre l'attuale modello industriale estrattivo, l'economia circolare mira a ridefinire la crescita, concentrandosi su benefici positivi per la società. Essa implica gradualmente il disaccoppiamento dell'attività economica dal consumo di risorse limitate e la progettazione di rifiuti fuori dal sistema. I programmi di transizione verso fonti di energia rinnovabile possono permettere al modello circolare di creare capitale economico, naturale e sociale. In particolare, l'economia circolare si basa su tre principi:1) progettare senza rifiuti e inquinamento; 2) mantenere in uso prodotti e materiali; 3) rigenerare i sistemi naturali. Pertanto, lo sviluppo dell'economia circolare non equivale solo ad aggiustamenti volti a ridurre gli impatti negativi dell'economia lineare. Piuttosto, rappresenta una transizione sistemica che costruisce forme di resilienza a lungo termine, genera opportunità commerciali ed economiche e offre vantaggi ambientali e sociali.

Di qui, le istanze promosse dall'economia circolare risultano essere strettamente interconnesse ai concetti di innovazione, competitività e sostenibilità, e sono tese a sviluppare valori condivisi dall'intera società e a fungere da volano e stimolo per tutti gli ambiti e i rispettivi attori: imprese, università, consorzi e associazioni.

La transizione verso l'economia circolare rappresenta, quindi, una grande opportunità per le imprese e contribuisce alla diffusione della concezione del rifiuto come una risorsa e un valore senza *fine-vita.*

Grande attenzione è stata rivolta per le materie plastiche che sono le componenti principali dei rifiuti marini, causa dell'inquinamento degli oceani. Attualmente a livello mondiale vengono prodotte ogni anno 300 milioni di tonnellate di materie plastiche, di cui almeno 8 milioni si perdono in mare. Come si ricorderà, nell'ambito della *Strategia europea per la Plastica*, il 5 giugno 2019, è stata adottata da parte del Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione europea, la Direttiva 2019/904 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'UE L 155/1), tesa a ridurre l'incidenza di determinati prodotti di plastica monouso sull'ambiente, in particolare sull'ambiente acquatico e sulla salute umana, nonché promuovere la

transizione verso un'economia circolare con modelli imprenditoriali, prodotti e materiali innovativi[5].

2. I profili internazionali

A livello internazionale, dall'OCSE all'UNEP *International Resource Panel* (UNEP-IRP) fino al G7, G8 e al G20, il tema dell'uso efficiente delle risorse è stato ampiamente discusso. La Presidenza Giapponese del G8 nel maggio del 2008, a Kobe, ha adottato il "Piano d'azione 3R - Ridurre, Riutilizzare, Riciclare", contenente una serie di azioni volte a migliorare la produttività delle risorse, a promuovere la "società del riciclo" e il mercato internazionale dei prodotti riciclati e la riduzione di emissioni di gas serra. Anche l'iniziativa della Presidenza tedesca del G7 del 2015 si muove in questa direzione. Sulla base dei risultati del vertice G7 di Elmau del 2015, del Summit di Ise-Shima del 2016, del *Toyama Framework* sul ciclo dei materiali, la Presidenza italiana del G7 del 2017 ha contribuito in maniera fattiva a tale processo, promuovendo l'adozione a Bologna di un piano di lavoro per sviluppare azioni comuni in tema di efficienza delle risorse ed economia circolare[6].

Oltre all'OCSE e all'UNEP-IRP (sede di riflessione scientifica, corrispettivo dell'IPCC rispetto ai problemi del clima), si segnalano il *World Resources Forum*, sede di dibattito scientifico-accademico; i lavori dell'EREP (*European Resource Efficiency Platform*) e del Gruppo Esperti "*The economics of the environment and resource use*" organizzati dalla Commissione Europea; la *Resource Efficiency Flagship Initiative* nell'ambito del Pacchetto Europa 2020; i lavori dell'Agenzia Europea

[5] Sul punto cfr. un recente studio di L. Colella, *La strategia "plastic free" e i principi della Direttiva europea 2019/904 tra economia circolare, diritto dell'ambiente ed ecologia integrale*, in Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it, Anno XX - Fascicolo 4/2020, pp. 1-20.

[66] Piano di Lavoro Quinquennale (2017-2022) per l'Uso Efficiente e Sostenibile delle Risorse (Allegato al Comunicato G7 del 2017) - Bologna, 12 giugno 2017 Aree prioritarie individuate per le azioni comuni a livello G7: 1) Indicatori di efficienza delle risorse, 2) Efficienza delle risorse e cambiamenti climatici, 3) Gestione sostenibile dei materiali a livello internazionale, 4) Analisi economica dell'efficienza delle risorse, 5) Coinvolgimento dei cittadini e sensibilizzazione del pubblico, 6) Spreco di cibo, 7) Plastica, 8) Appalti pubblici verdi, 9) Criteri per l'estensione della durata di vita dei prodotti, 10) Digitalizzazione della produzione.

dell'Ambiente fra i quali il rapporto "*More from less: material resource efficiency in Europe*" del 2016[7]. Tutti traggono ispirazione dal Rapporto al Club di Roma "Fattore 4: Raddoppiare la Ricchezza, Dimezzare l'Uso di Risorse" di Ernst Von Weizsaecker e Amory Lovins[8].

Il principale messaggio del rapporto dell'UNEP-IRP "*Resource Efficiency: Potential and Economic Implications*" del marzo 2017[9] è che promuovere lo sviluppo dell'economia circolare offre vantaggi sia dal punto di vista economico che ambientale, con politiche che se ben finalizzate al raggiungimento dello scopo anche incoraggiando nuove figure professionali, possono ridurre l'uso globale di risorse stimolando al contempo la crescita economica, e contenendo fortemente le emissioni di gas serra[10].

Nel rapporto "*Policy guidance on resource efficiency*" del 2016[11] l'OCSE persegue la concretizzazione di una serie di studi degli ultimi 20 anni sul tema dei flussi di materia, della gestione sostenibile dei materiali, dell'efficienza delle risorse e dell'economia circolare da cui derivano utili linee guida sia per l'azione politica che per le imprese. Il fulcro per l'avviamento di un nuovo modello di sviluppo è dato da adeguati strumenti e, soprattutto, da incentivi pubblici, finalizzati a dare impulso al ciclo economico senza la perdita di risorse presenti in quelli che tradizionalmente riteniamo rifiuti o scarti senza alcuna residua utilità. Secondo detta accezione, gli elementi concreti ai quali ci si richiama fanno riferimento ai concetti di *eco-design*, responsabilità estesa del produttore (EPR), ciclo di vita dei prodotti, piramide gerarchica nella gestione dei rifiuti, simbiosi industriale, dissociazione ("*decoupling*") tra valore aggiunto e quantità di risorse utilizzate). In questo contesto, acquistano

[7] Si veda sul punto https://www.eea.europa.eu/publications/more-from-less.
[8] E. Von Weiseracher, A. Lovins, *Facteur 4. Deux fois plus de bien-être en consommant deux fois moins de ressources : rapport au Club de Rome*, Terre Vivante, 1997.
[9] Si veda in tal senso il sito https://www.resourcepanel.org/sites/default/files/documents/document/media/resource_efficiency_report_march_2017._web_res.pdf.
[10] I Rapporti dell'UNEP-IRP e dell'OCSE per il G7 fanno seguito al vertice G7 di Elmau sotto Presidenza tedesca, è stato chiesto ad UNEP-IRP e OCSE quali siano le soluzioni più promettenti per migliorare l'efficienza delle risorse e dei suggerimenti in merito alle scelte politiche che si possono effettuare per facilitare la transizione verso un modello economico circolare basato sulla gestione sostenibile dei materiali. I Rapporti sono stati sottoposti alla discussione del G7 Ambiente del 2017 a Presidenza Italiana.
[11] https://www.oecd.org/environment/waste/Resource-Efficiency-G7-2016-Policy-Highlights-web.pdf

rilievo le agevolazioni volte a favorire la transizione delle attività economiche verso un modello di economia circolare, nella prospettiva di una riconversione produttiva del tessuto industriale, quali gli incentivi per il riciclo finalizzati a incoraggiare sia il riutilizzo e il riciclo degli imballaggi, sia l'acquisto di prodotti da riciclo e da riuso [12].

3. Il quadro normativo europeo: cenni.

Sul piano europeo il 4 luglio 2018 sono entrate in vigore le quattro direttive del "pacchetto economia circolare", pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 14 giugno 2018**.** Gli Stati membri dovranno recepirle entro il 5 luglio 2020. Il "pacchetto economia circolare" modifica 6 precedenti direttive su rifiuti (2008/98/Ce), imballaggi (1994/62/Ce), discariche (1999/31/Ce), rifiuti elettrici ed elettronici (2012/19/Ue), veicoli fuori uso (2000/53/Ce) e pile (2006/66/Ce).

Tra gli obiettivi delle nuove direttive è previsto il riciclo entro il 2025 per almeno il 55% dei rifiuti urbani (60% entro il 2030 e 65% entro il 2035) e parallelamente si vincola lo smaltimento in discarica (fino ad un massimo del 10% entro il 2035). Il 65% degli imballaggi dovrà essere riciclato entro il 2025 e il 70% entro il 2030. I rifiuti tessili e i rifiuti pericolosi delle famiglie (come vernici, pesticidi, oli e solventi) dovranno essere raccolti separatamente dal 2025 e i rifiuti biodegradabili dovranno essere obbligatoriamente raccolti separatamente o riciclati a casa attraverso il compostaggio, sempre a partire dal 2025. Il pacchetto Ue limita la quota di rifiuti urbani da smaltire in discarica a un massimo del 10% entro il 2035.

[12] In tal senso, è necessario ripensare gli incentivi pubblici esistenti e riallocare quelli che producono effetti in contrasto con l'economia circolare, ad esempio attraverso un riequilibrio del prelievo fiscale che incentivi l'uso di materie prime seconde, indispensabile per sostenere lo sviluppo degli investimenti nell'economia circolare. In particolare, la legge di conversione del decreto Crescita, Legge 28 giugno 2019, n. 58 rubricato "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, recante misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi*", ha previsto il riconoscimento di un abbuono, a valere sul prezzo dei successivi acquisti, in misura pari al 25 per cento del prezzo dell'imballaggio. All'impresa venditrice che riutilizza gli imballaggi usati ovvero che effettua la raccolta differenziata degli stessi ai fini del successivo avvio al riciclo è riconosciuto un credito d'imposta di importo pari al doppio dell'importo degli abbuoni riconosciuti all'impresa acquirente, ancorché' da questa non utilizzati.

Seguendo la strategia dei cicli e della transizione verso il nuovo sistema dell'economia circolare, l'Europa si pone l'obiettivo nel lungo periodo di coinvolgere le aziende nel realizzare prodotti con materiali nuovi, interamente riutilizzabili e che quindi non generino scarti, mentre quella nel breve medio periodo è gestire gli scarti prodotti in modo più responsabile, attraverso il riutilizzo ed il riciclo.

A livello europeo, già dal 2014, Austria, Belgio, Danimarca, Germania, Olanda e Svezia non hanno inviato alcun rifiuto in discarica, mentre Cipro, Croazia, Grecia, Lettonia e Malta hanno interrato più di tre quarti dei loro rifiuti urbani.

Le nuove direttive si prefissano a migliorare l'ambiente, con una riduzione media annua delle emissioni.

In questo quadro l'Europa svolge un ruolo chiave per l'adozione di Agenda 2030 e la definizione dei 17 Obiettivi di Sviluppo Sostenibile, universalmente condivisi.

L'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile è un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità sottoscritto nel *settembre 2015* dai governi dei 193 Paesi membri dell'ONU. Essa ingloba 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile – *Sustainable Development Goals*, SDGs – in un grande programma d'azione per un totale di 169 'target' o traguardi. L'avvio ufficiale delle attività finalizzare al conseguimento degli Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile ha avuto inizio nel 2016, indicando al mondo il percorso dei prossimi 15 anni: i Paesi, infatti, si sono impegnati a raggiungerli entro il 2030.

Il *tredicesimo goal* dell'Agenda 2030 è teso a contenere il cambiamento climatico (post 15/02/2016) i cui effetti potrebbero rendere il nostro pianeta ameno all'uomo.

Il *dodicesimo goal* dell'Agenda 2010 mira a garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo. Per consumo e produzione sostenibili si intende la promozione dell'efficienza delle risorse e dell'energia, di infrastrutture sostenibili, così come la garanzia dell'accesso ai servizi di base, a lavori dignitosi e rispettosi dell'ambiente e a una migliore qualità di vita per

Tutti. La sua attuazione contribuisce alla realizzazione dei piani di sviluppo complessivi, alla riduzione dei futuri costi economici, ambientali e sociali, al miglioramento della competitività economica e alla riduzione della povertà mondiale. Il consumo e la produzione sostenibile sono finalizzate a "fare di più e meglio con meno", aumentando i benefici in termini di benessere tratti dalle attività economiche, attraverso la riduzione dell'impiego di risorse, del degrado e dell'inquinamento nell'intero ciclo produttivo, migliorando così la qualità della vita.

In questo contesto, l'Accordo di Parigi, raggiunto il 12 dicembre del 2015 alla Conferenza annuale dell'Onu sul riscaldamento globale (Cop21), prevede che si operi per limitarlo a 1,5°C entro fine secolo e in ogni caso a rimanere al di sotto di 2°C (ANSA).

Non è un caso che nei documenti programmatici europei lo sviluppo di una bioeconomia sostenibile e circolare è indicato come strumento fondamentale per la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra e per lo sviluppo di una crescita sostenibile.

4. Esperienze di diritto comparato

Il Giappone già dal 2000 ha adottato una legge per promuovere l'economia circolare in un contesto caratterizzato da un alto consumo e una alta produzione di rifiuti.

Il modello economico circolare cinese è stato invece introdotto come un nuovo modello di sviluppo per rendere la propria economia più sostenibile[13]. L'obiettivo principale dell'economia circolare, incorporato nel concetto originale, è stato gradualmente trasferito dalla fase di "riciclo

[13] Zhu, D.J., *A framework for deepening study of circular economy. Scientific and Social Society*, 23 (3), 2008, p. 445-452; Geng, Y., Doberstein, B. *Developing the circular economy in China: challenges and opportunities for achieving "leapfrog development". International Journal of Sustainable Development and World Ecology* 15 (3), 2008, p. 231-239.

rifiuti" al concetto più ampio di efficienza delle risorse nelle fasi di produzione, distribuzione e consumo.

Gli Stati Uniti hanno adottato una strategia volta ad una gestione sostenibile (SMM "*Sustainable Materials Management*", derivazione OCSE) attraverso un uso più produttivo dei materiali in ogni fase del loro ciclo di vita. Un approccio SMM mira a: 1) ottimizzare la capacità produttiva dei materiali con un loro minore utilizzo, 2) ridurre le sostanze chimiche tossiche, i loro impatti ambientali in tutto il ciclo di vita del materiale, 3) assicurare risorse sufficienti per soddisfare le esigenze di oggi e quelle del futuro.

Sul piano delle esperienze europee, il primo Paese ad adottare una legge a ciclo chiuso e di economia circolare per la gestione dei rifiuti è stato la Germania, nel 1996, garantendo uno smaltimento dei rifiuti compatibile con la protezione dell'ambiente[14]. Il 29 febbraio 2012 il Governo ha adottato il Programma nazionale di Efficienza delle Risorse (ProgRess)[15], al fine di strutturare l'estrazione e l'uso delle risorse naturali in modo sostenibile. ProgRess si concentra sui fattori abiotici (combustibili fossili, minerali) e sull'uso materiale delle risorse biotiche. L'uso di materie prime è collegato all'utilizzo di altre risorse naturali quali acqua, aria, terra (suolo e sottosuolo), biodiversità ed ecosistemi, anche se tali risorse sono già oggetto di altre normative specifiche, con qualche incompatibilità non affrontate nel dettaglio. Nel marzo del 2016 è stato adottato dal Governo tedesco *German Resource Efficiency Programme II* (Progress II)[16], che include un'analisi di possibili indicatori specifici per l'economia circolare.

In Francia, nel Titolo IV della legge francese sulla transizione energetica per la crescita verde (Legge 2015-992 del 17 agosto 2015), si traduce in norme la "lotta contro gli sprechi e la promozione dell'economia circolare", in particolare negli artt. 69 – 172. L'economia circolare in Francia si basa sul concetto di disaccoppiamento sulla conservazione delle risorse,

[14]Sul punto si veda http://consultazione-economiacircolare.minambiente.it/sites/default/files/verso-un-nuovo-modello-di-economia-circolare_HR.pdf.

[1515]Sul punto si veda https://www.bmu.de/en/topics/economy-products-resources-tourism/resource-efficiency/overview-of-german-resource-efficiency-programme-progress/.

[1616]Sul punto si veda https://www.bmu.de/en/publication/german-resource-efficiency-programme-ii-programme-for-the-sustainable-use-and-conservation-of-natu/.

sull'estensione della durata dei prodotti, su modelli di produzione e consumo sostenibili, sull'*eco-design* e sul riciclaggio, con un obiettivo di aumentare del 30% GDP/DMC[17] entro il 2030 rispetto al 2010. L'economia circolare è riconosciuta come una leva importante per guidare la transizione verso la crescita verde ed è riconosciuta come uno dei cinque pilastri dello sviluppo sostenibile[18]. La Francia adotterà una nuova strategia di economia circolare nazionale "ogni cinque anni"[19] .

Nel Regno Unito, invece, è stato adottato dal 2010 il *Waste and Resource Action Programme* (WRAP), che sintetizza la visione economica del Paese con un orizzonte al 2020 (rispetto ad una linea di base 2010): - 30Mt di riduzione di input materiali nell'economia, - 20% di rifiuti prodotti (pari a circa 50Mt)[20]. Per realizzare questi risparmi sono previste cinque azioni fondamentali: 1) riduzione di input materiali per la produzione di merci; 2) riduzione dei rifiuti nella produzione e nel commercio; 4) riduzione della quantità di prodotti lavorati scartati; 5) aumento della percentuale di prodotti che vengono utilizzati (affittati o prestati) e non comprati.

In Olanda il Governo, nel 2016, si è prefissato di ridurre del 50% l'uso di materie prime vergini entro il 2030 e di ricorrere al 100% all'economia circolare entro il 2050. Tra i settori chiave su cui si concentreranno gli interventi figurano: biomassa e cibo, plastiche, industria manifatturiera, settore delle costruzioni. I principi guida sono: *eco-design* per un uso minore e migliore delle risorse, consumo e produzione più sostenibili tramite un'estensione della durata di vita e di uso[21].

La Francia in particolare ha istituito un vero *Ministero per la transizione ecologica* [22]per far fronte ai cambiamenti climatici e contribuire ad una

[17] [17]Sul punto si veda Indicatore della produttività delle risorse su base nazionale.

[18] Articolo 70, I: *Le III de l'article L. 110-1 du code de l'environnement est ainsi modifié : 1° Après la référence : « II, », la fin du premier alinéa est ainsi rédigée : « est recherché, de façon concomitante et cohérente, grâce aux cinq engagements suivants : » ; 2° Le 5° est ainsi rédigé : « 5° La transition vers une économie circulaire. »*

[19] Articolo 69: *Le Gouvernement soumet au Parlement, tous les cinq ans, une stratégie nationale de transition vers l'économie circulaire, incluant notamment un plan de programmation des ressources nécessaires aux principaux secteurs d'activités économiques qui permet d'identifier les potentiels de prévention de l'utilisation de matières premières, primaires et secondaires, afin d'utiliser plus efficacement les ressources, ainsi que les ressources stratégiques en volume ou en valeur et de dégager les actions nécessaires pour protéger l'économie française.*

[2020]Sul punto si veda http://www.wrap.org.uk/ .

[21]Sul punto si veda https://www.government.nl/topics/circular-economy/encouraging-a-circular-economy.

[22] Cfr. il sito https://www.ecologie.gouv.fr/ministere.

rivoluzione ambientale sostenibile. Il Ministero dell'Ecologia in Francia, rinominato Ministero della Transizione Ecologica e Solidale (MTES) nel 2017, poi Ministero della Transizione Ecologica nel 2020, è in Francia infatti l'amministrazione incaricata di preparare e attuare la politica del governo nei settori dello sviluppo sostenibile, dell'ambiente e delle tecnologie verdi, della transizione energetica e dell'energia; del clima, della prevenzione dei rischi naturali e tecnologici, della sicurezza industriale, dei trasporti e delle relative infrastrutture e attrezzature. Un modello pioniere in questa strategia di intervento nella lotta ai cambiamenti climatici.

5. Il quadro normativo italiano.

In Italia sono già state avviate, sin dal Decreto Ronchi e poi con il D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (cd. "Codice ambientale")[23], le riforme necessarie per favorire lo sviluppo di un prototipo di economia circolare.
Nel 2016 l'Italia presentava un livello di recupero e riciclaggio molto avanzato con riferimento ai rifiuti urbani e di eccellenza in Europa per quanto riguarda i rifiuti speciali.
Il 2 febbraio del 2016, con la legge di stabilità 2016, è entrato in vigore il *Collegato Ambientale* (legge 28 dicembre 2015, n. 221[24]) contenente disposizioni in materia di normativa ambientale per promuovere la *green economy* e lo sviluppo sostenibile, permettendo anche che principi dell'economia circolare entrassero nell'ordinamento italiano. L'economia circolare influisce su tutto ciò che riguarda l'ambiente, dalla gestione dei rifiuti fino alla mobilità sostenibile. Le norme sui rifiuti prevedono:

- l'*Articolo 32* contiene disposizioni volte a incrementare la raccolta differenziata e il riciclaggio. In particolare, gli obiettivi di raccolta differenziata (RD) possono essere riferiti al livello di ciascun comune

[23] Decreto Legislativo 5 febbraio 1997 n. 22.
[24] Sul punto si veda https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/01/18/16G00006/sg.

invece che a livello di ambito territoriale ottimale (ATO). Un'addizionale del 20% al tributo speciale per il deposito dei rifiuti solidi in discarica (c.d."ecotassa") viene posta direttamente a carico dei comuni che non abbiano raggiunto le percentuali di RD. Il superamento di determinati livelli di RD riduce automaticamente il predetto tributo speciale. Viene altresì disciplinato il calcolo annuale del grado di efficienza della RD e la relativa validazione, sulla base di linee guida definite dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

- L'*Articolo 45* consente l'introduzione di incentivi economici, da parte delle regioni, per incrementare la raccolta differenziata e ridurre la quantità dei rifiuti non riciclati nei comuni. Viene altresì prevista l'adozione di programmi regionali di prevenzione dei rifiuti (o, in alternativa, la verifica della coerenza dei programmi regionali già approvati) e la promozione di campagne di sensibilizzazione.
- L'*Articolo 46* dispone l'abrogazione dell'art. 6, comma 1, lettera p), del D.Lgs. 36/2003, che prevede il divieto di smaltimento in discarica dei rifiuti con potere calorifico inferiore (PCI) superiore a 13.000 kJ/Kg.
- L'*Articolo 47* interviene sulla disciplina degli obiettivi e delle modalità di adozione dei programmi regionali per la riduzione dei rifiuti biodegradabili da conferire in discarica.
- L'*Articolo 48* prevede l'individuazione, da parte dell'ISPRA, dei criteri tecnici da applicare per stabilire quando non ricorre la necessità di trattamento dei rifiuti prima del loro collocamento in discarica[25].

Nonostante l'inclusione di alcuni dei principi dell'economia circolare nella normativa nazionale sulla gestione dei rifiuti, ancora non è possibile indicare un quadro normativo organico afferente l'economia circolare nell'ordinamento italiano. Nuove sfide di recepimento ed implementazione si apriranno anche nel nostro Paese, la cui qualità sarà determinata anche dal coinvolgimento attivo della società, della ricerca accademica nel campo

[25] https://www.economiacircolare.com/normativa/.

del diritto e delle realtà economiche che hanno già scelto di implementare processi di produzione virtuosi, partendo anche da norme di riferimento, quali la Legge 221/2015[26] – Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali, e il Disegno di legge di ratifica della COP21 – 2016[27]. In Italia il recepimento delle quattro direttive europee comporterà molto probabilmente la modifica dei seguenti provvedimenti:

1. Dlgs 3 aprile 2006, n. 152 (cd. "Codice ambientale", recante norme, tra le altre, in materia di acque, imballaggi e rifiuti);
2. Dlgs 13 gennaio 2003 n. 36 (attuazione direttiva 1999/31/Ce in materia di discariche di rifiuti);
3. Dlgs 24 giugno 2003 n. 209 (attuazione direttiva 2000/53/Ce in materia di veicoli fuori uso);
4. Dlgs 20 novembre 2008 n. 188 (attuazione direttiva 2006/66/Ce in materia di pile);
5. Dlgs 14 marzo 2014 n. 49 (attuazione direttiva 2012/19/Ue in materia di rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE));
6. Dlgs 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici).

Nel nostro Paese, dei 497 kg di rifiuti pro-capite prodotti nel 2016, il 27,64% è andato in discarica, il 50,55% è stato riciclato o compostato e il 21,81% incenerito[28]

6. Prime note sul decreto Clima in Italia

Sulla Gazzetta ufficiale n. 241 del 14 ottobre 2019 è stato pubblicato il decreto-legge 14 ottobre 2019, n. 111 recante "*Misure urgenti per il rispetto degli obblighi previsti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità*

[26] Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo.di risorse naturali
[27]http://www.assocostieri.it/normativa/L.n.%20221_2015.pdf.
http://asvis.it/public/asvis/files/17PDL0045260.compressed.pdf.
[28]http://economiacircolare.confindustria.it/entrate-in-vigore-le-quattro-direttive-europee-sulleconomia-circolare/.

dell'aria e proroga del termine di cui all'articolo 48, commi 11 e 13, del decreto legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229". Il decreto-legge contiene i seguenti 9 articoli:

- art. 1 - Misure urgenti per la definizione di una politica strategica nazionale per il contrasto ai cambiamenti climatici e il miglioramento della qualità dell'aria;
- art. 2 - Misure per incentivare la mobilità sostenibile nelle aree metropolitane;
- art. 3 - Disposizioni per la promozione del trasporto scolastico sostenibile;
- art. 4 - Azioni per la riforestazione;
- art. 5 - Ulteriori disposizioni per fronteggiare le procedure d'infrazione in materia ambientale;
- art. 6 - Pubblicità dei dati ambientali;
- art. 7 - Misure per l'incentivazione di prodotti sfusi o alla spina;
- art. 8 - Proroga del termine di cui all'articolo 48, commi 11 e 13, del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189;
- art. 9 - Entrata in vigore.

Le nuove norme mirano a incentivare comportamenti e azioni virtuose programmando una serie di interventi multilivello, idonei a coinvolgere tutti gli attori responsabili. Tra le altre misure, il decreto prevede:

- all'articolo 2, un "buono mobilità" destinato ai cittadini che risiedono in comuni che superano i limiti di emissioni inquinanti indicati dalla normativa europea sulla qualità dell'aria. Il buono consiste in un contributo di 500 o 1.500 euro per chi rottama rispettivamente un motociclo o un'auto fino alla classe euro 3 entro il 31 dicembre 2021 e potrà essere usato per acquistare abbonamenti di trasporto pubblico locale o biciclette anche a pedalata assistita;
- allo stesso articolo 2, un fondo da 20 milioni per ciascuno degli anni 2020 e 2021, per finanziare progetti di creazione, prolungamento, ammodernamento di corsie preferenziali di trasporto pubblico locale;

- all'articolo 3, uno stanziamento di euro 10 milioni per ciascuno degli anni 2020 e 2021, per i comuni con particolari livelli di inquinamento che realizzano o implementano il trasporto scolastico dei bambini della scuola dell'infanzia statale e comunale attraverso mezzi di trasporto ibridi elettrici o non inferiori a euro 6, immatricolati per la prima volta dopo il 31 agosto 2019;
- all'articolo 4, la spesa di euro 15 milioni per ciascuno degli anni 2020 e 2021 per finanziare un programma sperimentale di riforestazione per la creazione di foreste urbane e periurbane, nelle città metropolitane;
- all'articolo 7, un fondo di 20 milioni di euro per ciascuno degli anni 2020 e 2021 per finanziare gli esercenti che, al fine di ridurre la produzione di rifiuti, attrezzano spazi dedicati alla vendita di prodotti sfusi o alla spina, alimentari e detergenti.

Il decreto, inoltre, prorogava al 31 dicembre 2019 il termine per l'avvio della restituzione dei tributi e dei contributi previdenziali e assistenziali non versati per effetto della cosiddetta "busta paga pesante", nei territori del centro Italia colpiti dal sisma del 2016.

7. Dal Piano di azione della Commissione Europea all'operatività dell'economia circolare.

Il Piano d'azione della Commissione ha individuato alcuni settori prioritari (plastiche, rifiuti alimentari, materiali da costruzione e demolizione, biomasse e prodotti biologici) tenuto conto della loro specificità, del valore dei prodotti, del loro impatto ambientale, della dipendenza da materie prime d'importazione provenienti da Paesi terzi extra europei. Tale *focus*, oltre a rivestire un'importanza fondamentale nell'evidenziare i settori maggiormente incisi dagli impatti ambientali, consente di attuare il passaggio da un'economia circolare programmatica – ossia formale, limitati ad ambiziosi intenti del legislatore – ad un'economia circolare

operativa, cioè in grado di tramutarsi in concreta opportunità per gli operatori economici coinvolti.

Per quanto attiene alla plastica, sono indiscutibili i vantaggi che l'industria della plastica ha apportato alla vita quotidiana delle persone. Eppure, secondo le stime di *Plastics Europe*, in poco più di mezzo secolo si è assistito ad una crescita di oltre venti volte del consumo di plastica e si prevede un ulteriore raddoppio nei prossimi vent'anni se non si dovessero implementare azioni specifiche per limitarne l'utilizzo. In particolare, ad avviso della Commissione, si rende necessario un intervento sinergico esteso a tutta la catena del valore del settore, al fine di contenere il ricorso allo smaltimento in discarica o per incenerimento, nonché la dispersione nell'ambiente, con tutte le problematiche ad essa connessa. In quest'ottica, si rende necessaria l'introduzione di incentivi per favorire l'uso di plastica riciclata in determinati settori strategici, quali il settore automobilistico, edile e degli imballaggi, nonché lo sviluppo di campagne di sensibilizzazione per incentivare il ricorso alla plastica riciclata, per migliorare la raccolta differenziata e per ridurre la plastica monouso. Anche gli appalti pubblici possono svolgere un ruolo determinante e, quindi, contribuire a tale causa, indirizzando gli investimenti pubblici verso modelli circolari, attraverso la previsione di criteri selettivi tesi a favorire l'utilizzo della plastica riciclata.

Sul punto non possono non considerarsi i recenti sviluppi in materia di riciclo delle materie plastiche nei servizi a rete, in particolare cavidotti elettrici, reti gas e fognarie su cui talune realtà economiche stanno concentrando i propri sforzi in vista di nuovi orizzonti.

Parte importante dell'economia circolare sono anche i rifiuti alimentari che costituiscono ad oggi un costo ambientale da non sottovalutare, in grado di determinare un rilevante spreco di risorse (quali terreni, acqua, energia ed altre risorse) e, conseguentemente, l'aumento delle emissioni di gas serra. In particolare, il Piano d'Azione sull'economia circolare promuove l'individuazione di azioni mirate a sostegno della lotta contro lo spreco alimentare, quali la creazione di un'apposita piattaforma UE sulle perdite e

sugli sprechi alimentari, al fine di misurare e monitorare lo spreco alimentare. In tal senso, l'Italia è chiamata ad adottare programmi specifici di prevenzione dei rifiuti alimentari da implementare nell'ambito dei programmi nazionali di prevenzione dei rifiuti. Al fine di rendere maggiormente concreto quanto sopra esposto si possono menzionale alcuni esempi virtuosi, quali il Progetto Re-Food, iniziativa filantropica promossa in Portogallo che mira a recuperare i prodotti altrimenti destinati a diventare rifiuti e a ridurre gli sprechi alimentari. L'obiettivo principale è quello di promuovere una partnership tra cittadini, aziende e istituzioni, affinché tutti cooperino "*to transform the world into a better place".* Le ricadute ambientali possono essere tangibili così come i benefici sociali ed economici, dovuti al maggior risparmio di risorse.

Anche l'agricoltura produce molteplici scarti e sottoprodotti che possono trovare un ulteriore impiego, come ad esempio nella produzione di mangimi, di bioenergia e per il miglioramento della qualità del suolo, tutte attività che contribuiscono oltre che ad uso più efficiente delle risorse naturali anche a favorire l'incremento della competitività delle aziende agricole. Si pensi ad esempio alla cd. "biomassa" quale frazione biodegradabile dei prodotti, rifiuti e residui di origine biologica provenienti dall'agricoltura (comprendente sostanze vegetali e animali), dalla silvicoltura e dalle industrie connesse, comprese la pesca e l'acquacoltura, la parte biodegradabile dei rifiuti industriali e urbani, dunque fonte rinnovabile di energia. In particolare, si vedano le specifiche categorie di "biomasse derivate" • i bioliquidi: combustibili liquidi per scopi energetici diversi dal trasporto, compr , il riscaldamento ed il raffreddamento, prodotti dalla biomassa; • i biocarburanti: carburanti liquidi o gassosi per i trasporti ricavati dalla biomassa; • il biometano: gas ottenuto a partire da fonti rinnovabili avente caratteristiche e condizioni di utilizzo corrispondenti a quelle del gas metano e idoneo alla immissione nella rete del gas naturale. Ma si pensi anche al cd. "biogas", ossia il gas

prodotto dal processo biochimico di fermentazione anaerobica di biomassa.

L'ordinamento prevede un incentivo monetario per il biometano immesso nella rete di trasporto o di distribuzione del gas naturale, senza specifica destinazione d'uso; il rilascio di Certificati di Immissione in Consumo (CIC) per il biometano immesso nella rete del gas naturale con destinazione specifica per i trasporti; un incentivo monetario per il biometano immesso nella rete del gas naturale e utilizzato in impianti di cogenerazione ad alto rendimento.

Pur tuttavia i benefici non si riducono a ciò, dovendosi considerare la grande importanza non solo le attività di produzione di biomassa e biogas – oltre che la loro distribuzione – a fini energetici, ma anche tutte quelle attività propedeutiche ad essa. Tra esse la possibilità di riunire, mediante accordi, più produttori agricoli al fine di creare una rete che da un lato garantisca quantitativi importanti di scarto/sottoprodotto così da fornire previsioni utili di produzione di biogas e biomassa; dall'altro, garantisca continuità nell'approvvigionamento di scarto/sottoprodotto finalizzato a una produzione costante di biomassa e biogas. Ciò con ricadute positive di tutta evidenza sia per l'ambiente sia in termini economici (per i produttori agricoli che possono liberarsi di "scarti" e per gli operatori che raccolgono lo scarto producendo e distribuendo biomassa e biogas), con la nascita di nuove filiere accanto alle produzioni tradizionali quali la viticoltura, l'ortofrutticolo o la cartiera. Lo stesso ragionamento può essere inoltre applicato agli scarti di allevamento e della produzione lattiero-casearia, con differenziazione delle nuove filiere in espansione in base alle zone geografiche di riferimento.

Al fine di alimentare l'economia circolare anche l'ottimizzazione delle risorse idriche si conferma essere una priorità, soprattutto alla luce delle sempre più frequenti emergenze ambientali e climatiche. In quest'ottica, si rende necessaria la predisposizione di strategie e azioni mirate ad un sicuro ed efficiente riutilizzo dell'acqua sia in ambito agricolo che industriale. Tuttavia, non si potrà prescindere da investimenti importanti

in tal senso, per consentire la rigenerazione delle risorse, a partire dal riuso delle acque depurate, e per accrescere la resilienza di reti e impianti, attraverso innovazioni tecnologiche e soluzioni eco-innovative da introdurre all'interno di reti e impianti che consentano una crescita sostenibile. Ad oggi il livello di effettiva ampia diffusione di percorsi circolari nel settore idrico è scarso per la mancanza di normative, regolamenti e politiche incentivanti adeguate. Per tale ragione, potrebbe, certamente, rivelarsi utile l'adozione di linee guida di supporto al legislatore in vista della normazione, che individuino rispettivamente piani e modalità per il recupero, gli standard di qualità per il trattamento delle acque reflue urbane, proponendo delle soluzioni standard, già valutate nella loro sostenibilità tecnica, economica ed ambientale. Non solo. Potrebbe rivelarsi opportuno in tal senso anche lo sviluppo di una politica di incentivi che induca le imprese a depurare le loro acque per rendere disponibile al riutilizzo un'acqua di buona qualità, oltre alla promozione di campagne informative volte a superare il preconcetto secondo cui il riutilizzo delle acque depurate sia pericoloso per l'agricoltura.

Le opportunità e le potenzialità derivanti da tale sistema potrebbero essere alquanto rilevanti, soprattutto nelle regioni italiane caratterizzate da problemi fisiologici di carenza idrica. A comprova di quanto sopra esposto, non possono non essere menzionati taluni esempi virtuosi di riutilizzo delle acque ai fini agricoli, quale il progetto "Family Biowater", iniziativa promossa da *Enel Green Power* che, mediante l'introduzione di innovativi sistemi di riutilizzo nell'impianto eolico di Morro do Chapéu, ha permesso il riuso delle acque grigie domestiche nell'irrigazione di orti e piantagioni. Tale progetto costituisce un valido esempio di economia sostenibile capace di coniugare tutela ambientale e garanzie igienico sanitarie e evidenzia, ancora una volta, l'impegno di *Enel Green Power* a favore della sostenibilità a vantaggio del territorio, delle comunità e delle persone che le abitano.

Anche il futuro delle grandi opere passa per la via dell'economia circolare attraverso la riduzione dell'impatto degli interventi e la spinta al riciclo e,

quindi, al riuso dei materiali. In particolare di grande interesse risulta essere l'utilizzo dei materiali da cava, spesso alla base della realizzazione di grandi opere ma fortemente impattante sia a livello paesaggistico che ambientale. Proprio in tale settore si sta dunque registrando il tentativo di riduzione dei materiali da estrazione sostituiti con il riutilizzo di rifiuti aggregati e inerti provenienti dal riciclo. I vantaggi derivanti da tale prospettiva aprirebbero potrebbero essere di grande rilevanza: *(i)* aumento occupazionale anche attraverso la nascita di nuove filiere specializzate; *(ii)* riduzione del prelievo da cava; *(iii)* riduzione di emissioni di gas serra derivanti dal mancato utilizzo di materiali derivati dal petrolio.
Per dare maggiore impulso a tali attività potrebbe certamente essere utile da un lato intervenire sui capitolati tecnici mediante l'espressa previsione – quali requisiti minimi o attribuendovi punteggi premianti - dell'utilizzo di materiali di riciclo invece che di materiali naturali; dall'altro sulle offerte tecniche, proponendo l'operatore economico (*i.e.* fornitore) l'utilizzo di materiali di riciclo quale soluzione migliorativa della propria fornitura. Alcuni esempi possono essere l'utilizzo di prodotti da fonderia (terre esauste, sabbie e scorie di fusione rappresentano) oppure l'utilizzo di aggregati di materiali provenienti dai rifiuti di costruzione e demolizione (C&D) in alternativa all'utilizzo di materiali da cava; o ancora, l'utilizzo di polverino di gomma proveniente dal trattamento di Pneumatici Fuori Uso (PFU) al posto di materiali di origine fossile.
Per offrire maggiore concretezza a quanto sin qui esposto si possono menzionare taluni esempi virtuosi, quali la realizzazione dello Juventus Stadium in Torino, che ha visto il recupero dei materiali dismessi del vecchio Stadio "Delle Alpi" poi reimpiegati nella nuova edificazione; nonché il Palaghiaccio, realizzato tra le opere olimpiche di "Torino 2006", che ha visto l'utilizzo di materiali aggregati riciclati per il sottofondo sia interno che esterno alla struttura.
Le distorsioni che il modello di economica circolare vuole correggere investono anche l'ambito tessile e, segnatamente, riguardano sia il processo di approvvigionamento delle materie prime sia quello di

produzione, considerati gli effetti negativi derivanti dall'utilizzo di prodotti chimici durante i processi di trattamento dei tessili oltre che dal consumo di gasolio, con inevitabili impatti sull'ambiente e – nello specifico - sulle risorse idriche (acque di scarico). Il riutilizzo/riciclo di alcuni tessuti incide direttamente sugli aspetti di cui sopra consentendo non solo di ricavare dal prodotto dismesso un nuovo prodotto (i.e. abbigliamento tecnico) ma altresì consentendo la creazione di una materia prima di secondo livello utilizzabile in settori industriali differenti, quali i materiali di isolamento tecnico o acustico per l'edilizia o l'*automotive*, la produzione di agrotessili utilizzati in agricoltura per la protezione del terreno e delle colture o la produzione di tessuti medicali, come quelli a base di polimeri superassorbenti. Sul punto non possono non ricordarsi taluni esempi virtuosi quali le campagne avviate da H&M e Calzedonia per la raccolta di abiti non più utilizzati proprio per i fini sopra indicati.

Creando una rete tra i produttori tessili, potrebbe così facilmente raggiungersi l'ambizioso obiettivo di raccogliere – con continuità – il maggior numero di scarto tessile, utilizzabile sia per le attività direttamente esercitate dall'operatore economico (realizzazione di grandi opere) sia per l'avvio di nuove filiere accanto alle attività tradizionali (*i.e.* la produzione di agrotessile da rivendere alla rete di produttore che fornisce biomassa). In tal modo gli indiscutibili benefici ambientali sarebbero di per sé generatori di nuove economie e nuovi vantaggi economici che si alimentano vicendevolmente.

Sostenibilità, responsabilità sociale d'impresa ed economia circolare sono, dunque, le parole chiave di tale cambiamento a cui dobbiamo essere preparati con un adeguato supporto educativo a tutti i livelli.

8. La transizione ecologica in progress.

Dal quadro sopra descritto emerge una distribuzione degli effetti del cambiamento climatico tutt'altro che proporzionata tra i Paesi sviluppati e quelli in via di sviluppo.

In questi ultimi il rischio di aggravamento delle criticità che riguardano settori come l'agricoltura, la pesca e la forestazione, cresce molto di più rispetto a quanto avviene nei Paesi sviluppati, esponendo la popolazione ad un progressivo impoverimento ed elevato tasso di mortalità.

Esiste, dunque, una condizione di palese ingiustizia verso quelle società più povere costrette a subire ancor di più gli impatti del cambiamento climatico.

Ne consegue un obbligo non solo morale ma anche economico da parte dei Paesi più sviluppati ad intervenire per finanziare quelle iniziative che possono in modo efficace ridurre le emissioni inquinanti e quindi limitare gli effetti negativi del cambiamento climatico globale.

Questi interventi sono essenzialmente di due tipi:

- *Interventi di mitigazione;*
- *Interventi di adattamento.*

Per interventi di mitigazione devono intendersi quelli strutturati ad affrontare le cause del cambiamento climatico; per interventi di adattamento devono invece intendersi quelli finalizzati ad assistere le persone e i Paesi per affrontare e sostenere gli effetti dei cambiamenti climatici.

Nell'ambito di questi interventi possono collocarsi le procedure di valutazione del cambiamento climatico che allo stato, benché metodologicamente definite, richiedono un ulteriore perfezionamento per poter meglio analizzare le differenze tra gli effetti sull'ambiente che deriverebbero dalla realizzazione di un determinato intervento, a fronte della situazione invariata (mancata realizzazione dell'intervento).

Occorre approfondire l'evoluzione del contesto normativo globale, comunitario e nazionale in tema di contenimento degli effetti dei cambiamenti climatici, al fine di individuare i principali strumenti impositivi e le principali strategie adottate e *adottande* dall'UE per sostenere e

condizionare i cambiamenti climatici nonché i relativi programmi attuativi specifici realizzati e "in corso" all'interno del territorio nazionale.

Urge comparare l'esperienza nazionale con quella di ordinamenti giuridici diversi nei quali siano stati già introdotti strumenti di valutazione degli effetti delle attività antropiche sui cambiamenti climatici, evidenziando somiglianze e differenze necessarie a perfezionare strumenti nazionali.

Ad oggi la rivoluzione verde e la transizione ecologica può dirsi *in progress* e ancora molto c'è da fare per assicurare un vero cambiamento. Particolare importanza in questo momento è in Italia la nuova e recente istituzione del *Ministero per la transizione ecologica*[29] che ha incorporato il dicastero dell'ambiente e delle politiche energetiche sulla scorta anche delle esperienze di Francia e di altri paesi a forte vocazione ecologica.

.

[29] Cfr. il sito https://www.minambiente.it/comunicati/nasce-il-ministero-della-transizione-ecologica. In questo sito si legge che "a*l nuovo dicastero, oltre alle competenze dell'ex Ministero dell'Ambiente, anche alcuni funzioni chiave per la transizione ecologica, principalmente nel settore dell'energia*". Come è noto il Consiglio dei ministri ha approvato il 26 febbraio 2021 il decreto legge "Ministeri", che riorganizza competenze e strutture di alcuni dicasteri. Nasce ufficialmente con tale provvedimento il Ministero della Transizione ecologica (Mite), che sostituisce il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare. Ampio l'ambito di azione del nuovo dicastero, che assorbe, oltre a tutte le competenze dell'ex Ministero dell'Ambiente, anche alcune delle competenze chiave nel processo della transizione ecologica, inerenti principalmente il settore dell'energia.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

LA RECENTE RIMODULAZIONE LEGISLATIVA DELLO STRUMENTO SOCIETARIO PUBBLICO

dell'Avv. Massimiano Sciascia, Professore Straordinario di diritto amministrativo presso l'Università Telematica "Pegaso".

Le partecipazioni pubbliche sono da tempo oggetto di un ripensamento critico da parte del legislatore, fondamentalmente per tre ordini di ragioni.

In primo luogo, perché le società pubbliche, finanziate con denaro pubblico, ove operino sul mercato in concorrenza con altri operatori privati, finiscono spesso per fruire di un indebito vantaggio concorrenziale rispetto agli altri *competitors*, generando effetti distorsivi, su larga scala, di notevole impatto economico, che il legislatore, sia nazionale che comunitario, intende scongiurare o perlomeno neutralizzare o elidere il più possibile.

In secondo luogo, perché le società pubbliche aggravano i costi di funzionamento degli apparati pubblici, senza tuttavia non sempre aumentarne l'efficienza gestionale. Sovente si è riscontrato che le amministrazioni locali, strette dai vincoli di finanza pubblica del PSI, hanno impiegato lo strumento delle società a partecipazione pubblica non tanto per incrementare i livelli di economicità ed efficienza gestionale nell'erogazione dei servizi, quanto piuttosto per scorporarne la gestione

dal proprio apparato organizzativo interno e far in modo che non andassero (formalmente) a gravare sugli equilibri di bilancio dell'ente([1]).

Ed in terzo luogo, perché le società pubbliche sono state spesso artatamente strumentalizzate quale espediente preordinato all'elusione dei vincoli e dei controlli pubblicistici sull'azione e sull'organizzazione amministrativa, quali in particolare l'obbligo del concorso pubblico per le assunzioni di personale, il rispetto dei principi di evidenza pubblica per la stipula dei contratti, l'assoggettamento al sistema dei controlli esterni (quale quello della Corte dei conti), i limiti di spesa imposti alle politiche di bilancio da parte delle norme sul PSI, ecc.([2]). Non di rado, dietro lo scudo dell'autonomia organizzativa, di cui godono, entro certi limiti, anche gli enti pubblici, soprattutto quelli territoriali, lo strumento delle partecipazioni societarie e, più in generale, quello della capacità negoziale di diritto privato, è stato piegato al perseguimento, diretto o indiretto, di politiche pubbliche al di fuori del rispetto delle regole dei vincoli imposti dal diritto pubblico([3]).

Sicché, la più recente legislazione si è mossa nella direzione, da un lato, di limitare l'attività delle società pubbliche, circoscrivendola ai soli soci pubblici; e dall'altro, di porre un freno agli sprechi finanziari, limitando la costituzione di società o le spese di funzionamento ed estendendo nei loro confronti alcuni dei principali vincoli pubblicistici (per esempio il principio concorsuale per le assunzioni) posti all'attività amministrativa, al fine di impedirne l'elusione([4]).

[1] GIARDINA, *Società miste e finanza locale*, in AA.VV., *Le società miste per i servizi locali* (a cura di Trimarchi), Milano, 1999, 59 e ss.; FARNETI, *Le società partecipate: problemi di attualità*, in *Azienditalia*, 2008, 684 e ss.

[2] Mentre l'acquisto di partecipazioni azionarie e i conferimenti di capitale costituiscono una spesa di investimento (cfr. art. 3, comma 18, L. 350/2003, le operazioni di ripianamento di perdite e le ricapitalizzazioni non costituiscono investimento, bensì spesa corrente. In tal senso, v. Corte conti, sez. aut., del. 16 settembre 2008, n. 13, la quale mette in evidenza il rischio che alla ricapitalizzazione per ripiano perdite vengano riconosciuti i caratteri di spesa in conto capitale, come tale fronteggiabile anche attraverso forme di indebitamento, pur senza che essa sia effettivamente destinata a investimento, violando quindi l'art. 119, ultimo comma, Cost. V. pure Corte conti, sez. contr. Lazio, n. 67/2009; sez. contr. Liguria, n. 56/2011 e n. 9/2008; sez. contr. Puglia, n. 42/2008 e n. 65/2007; sez. contr. Abruzzo, n. 578/2007; sez. contr. Marche, n. 22/2007. Maggiori approfondimenti in BARBAGALLO, *Le operazioni di ricapitalizzazione delle società partecipate dagli enti locali e il principio di sana gestione finanziario*, in *Riv. Corte conti*, 2015, 3-4, 568 e ss.

[3] CAMMELLI-ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica locale*, Rimini, 1999, 1; M. P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1115 e ss.; URSI, *Società* cit., 20.

[4] CLARICH, *Le società partecipate* cit., 7 e ss.; URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2012.

Le forti limitazioni introdotte dalla più recente legislazione alla capacità giuridica societaria delle amministrazioni pubbliche, sia statali che territoriali, rispondono a diverse finalità, tuttavia riassumibili in tre diverse esigenze di fondo.

In primo luogo, vi è l'esigenza, imposta dal diritto europeo, di tutelare l'assetto concorrenziale dei mercati. Invero, la presenza di società o imprese pubbliche non sarebbe, di per sé, di ostacolo alla concorrenzialità del mercato, sicché il diritto dell'Unione europea non ostacola, in linea di principio, la presenza di società o imprese pubbliche sul mercato (cfr. art. 345 TFUE)([5]). Ciò che invece è precluso è l'emanazione o il mantenimento nei confronti delle imprese o società pubbliche di diritti speciali o esclusivi che, creando un regime di favore per tali enti rispetto agli altri concorrenti privati, si traducano in un aggiramento del divieto di concessione degli aiuti di Stato (cfr. artt. 14, 101, 106 e 107 TFUE)([6]). Proprio in ragione del vantaggio competitivo che il socio privato può trarre dalla collaborazione con la parte pubblica, questi organismi possono essere in grado di arrecare pesantissime distorsioni all'assetto concorrenziale del mercato([7]). È stato sottolineato come i processi di privatizzazione, avviati all'inizio degli anni '90, per una sorta di non prevista palingenesi dei fini, hanno finito per determinare non tanto una riduzione dell'intervento pubblico diretto in economia, quanto piuttosto la mutazione della sua fisionomia organizzativa, che è stata privata di quei connotati di autoritatività che tradizionalmente, sotto diversi aspetti, lo caratterizzavano([8]).

La seconda tipologia di esigenze che queste recenti limitazioni legislative mirano a soddisfare, è quella di contenimento della spesa pubblica, specie alla luce del crescente inasprimento dai vincoli finanziari alle politiche di bilancio, imposti dalle istituzioni europee a tutela della

[5] BENEDETTI, *Verso l'impresa europea di interesse generale: il quadro normativo comunitario e nazionale*, in AA.VV., *Liberalizzazioni, impresa pubblica, impresa di interesse generale nell'Unione Europea* (a cura di Caffarata-Martellini-Velo), 2007, 435 e ss.
[6] In tal senso, *ex plurimis*, Corte giust. CE, sent. 21 marzo 1991, *Finmeccanica-Alfa Romeo*. Emblematico è, al riguardo, l'art. 8 L. 287/90, che estende assoggetta alla normativa *antitrust* tanto le imprese private che quelle pubbliche. Maggiori approfondimenti in MALAGUTI, *Assetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica ed impresa privata*, in AA.VV., *Le società "pubbliche"* (a cura di Ibba-Malaguti-Mazzoni), Torino, 2011, 32 e ss.
[7] Cons. Stato, comm. spec., par. 21 aprile 2016, n. 968.
[8] S. CASSESE, *La nuova costituzione economica* cit., 168; URSI, *Società* cit., 21.

stabilità della moneta unica, a seguito dell'aggravarsi della crisi economica, e declinati prima attraverso il PSI ed oggi dalla regola costituzionale del pareggio (o equilibrio) di bilancio. Se il diritto comunitario non impone di per sé l'eliminazione dell'intervento pubblico diretto in economia, sia esso fatto con imprese pubbliche o società partecipate, in quanto di per sé non in grado di alterare l'assetto concorrenziale del mercato, almeno laddove non beneficino di speciali regimi di favore, è però altrettanto vero che esse vanno a gravare sensibilmente sul livello della spesa pubblica contribuendo notevolmente all'appesantimento della struttura organizzativa degli apparati pubblici([9]).

Nel corso degli ultimi anni si è assistito, infatti, ad un fenomeno di creazione indiscriminata e spesso immotivata di organismi societari da parte delle amministrazioni pubbliche (soprattutto quelle territoriali)([10]), non di rado ispirato a ragioni non di efficacia ed efficienza gestionale dei servizi, bensì da logiche di smaccato affarismo e clientelismo politico([11]), che hanno finito col gravare sensibilmente sugli equilibri di bilancio e sulla stabilità finanziaria delle amministrazioni territoriali, sovente sfociando in vere e proprie situazioni di dissesto; anzi, molto spesso tali organismi, in quanto enti privati, come tali in passato sottratti ai controlli di gestione interni ed esterni([12]), specie quello della Corte dei conti, sono stati creati proprio per occultare debiti o cattive gestione finanziarie, che in questo modo non sarebbero risultate nelle scritture e nelle risultanze contabili dell'ente pubblico partecipante([13]).

[9] CASETTA, *Manuale* cit., 131.
[10] Gli enti territoriali, in quanto istituzionalmente preposti ad interpretare i bisogni delle collettività locali, hanno spesso adottato lo schema organizzativo societario non solo per la gestione dei servizi pubblici, ma anche per l'esternalizzazione di funzioni amministrative e per la produzione di beni e servizi strumentali. Cfr. NAPOLITANO, *Il capitalismo municipale* cit., 10 e ss.
[11] Sul punto v. anche URSI, *Società* cit., 25, il quale sottolinea come, soprattutto a livello locale, l'esigenza di costituire o acquisire partecipazioni sociali sia stata dettata non da effettive esigenze organizzative e gestionali, quanto piuttosto dalla possibilità di creare posti di lavoro orbitanti nella sfera di influenza dei partiti politici. E non è un caso che i dati relativi alla crescita del livelli occupazionali all'interno di questi enti siano in questi ultimi anni andati in netta controtendenza rispetto a quelli registrati negli altri settori dell'economia (cfr. NAPOLITANO, *Il capitalismo municipale* cit., 24).
[12] Essendo stato solo di recente, con il D.Lgs. 123/2011 e con il D.L. 174/2012, introdotto l'obbligo di consolidare il bilancio di queste società con quello degli enti pubblici partecipanti.
[13] In tal senso, prima che sul punto intervenissero le importanti novità introdotte dal D.L. 174/2012 e dai DD.Lgs. 91 e 118/2011 (come mod. dal D.Lgs. 126/2014), Corte conti, sez. aut., del. 16 settembre 2008, n. 13 aveva messo in evidenza l'insufficienza del bilancio dell'ente locale a fornire informazioni esaustive concernenti l'impatto finanziario che le partecipazioni dell'ente avevano sui propri equilibri di bilancio, attribuibile sia alla scarsa analiticità del bilancio stesso (che non consentiva di conoscere nel dettaglio e quindi disaggregare le

Sul regime delle società a partecipazione pubblica, sia statale che regionale o locale, hanno quindi così profondamente inciso anche numerosi interventi legislativi([14]), che hanno introdotto, soprattutto a

specifiche voci di entrata e spesa che accedevano alla stessa allocazione), sia alla diversità delle scelte adottate dagli enti locali nell'allocazione delle singole voci di entrata e di spesa variamente collegate alle partecipazioni. Si metteva altresì in evidenza come tali difficoltà si sarebbero potute ridurre con un'applicazione generalizzata della contabilità analitica per centri di costo e dei principi contabili per gli enti locali. Sotto diverso profilo, era stata ripetutamente rilevata anche l'imprescindibilità della redazione del bilancio consolidato, unico strumento che consenta di valutare l'economicità del gruppo ente locale/società controllate fornendo informazioni sufficienti sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dello stesso, consentendo anche di rapportare il sacrificio economico richiesto alla collettività (famiglie, imprese ecc.) ai servizi ricevuti. Il consolidamento del bilancio privato dell'ente societario partecipato con quello pubblico dell'ente partecipante era però notevolmente ostacolato dalle difficoltà insite nella ricerca di omogenee tecniche di consolidamento, stante una ancora scarsa diffusione della contabilità economico-patrimoniale, maggiormente in grado di rappresentare uniformemente i risultati di gestione, e la perdurante coesistenza di documenti contabili redatti secondo logiche differenti, che fanno riferimento alla contabilità finanziaria nel caso degli enti pubblici, ed alla contabilità economica, per quanto riguarda gli organismi partecipati (cfr. STADERINI-POZZOLI, *Esternalizzazioni e bilancio consolidato negli enti locali*, in *Azienditalia*, 2008, 7). Maggiori approfondimenti, in FARNETI, *Il "male oscuro" della nostra pubblica amministrazione: un'analisi relativa alle società partecipate dagli enti locali*, in *Riv. Corte conti*, 2014, 545 e ss.

[14] Al riguardo, in questa direzione possono essere ricordati: l'art. 1, commi 721 e ss., L. 296/2006 (legge finanziaria 2007), che aveva imposto alle Regioni l'adozione di disposizioni, normative o amministrative, finalizzate, tra l'altro, alla <<fusione delle società partecipate e al ridimensionamento delle strutture organizzative>>; l'art. 3, comma 30, L. 244/2007, che aveva imposto alle amministrazioni anche l'obbligo di adottare, una volta scelto di costituire società o assumere partecipazioni, provvedimenti di trasferimento delle risorse umane, strumentali e finanziarie in misura adeguata alle funzioni esercitate attraverso gli organismi costituiti o partecipati, e di provvedere contestualmente alla corrispondente riduzione della dotazione organica, con attivazione della procedura per la dichiarazione dell'eccedenza di personale (nonché alla riduzione degli stanziamenti in bilancio e del fondo per la contrattazione integrativa). Per gli enti locali, inoltre l'art. 14, comma 32, D.L. 78/2010 aveva vietato ai Comuni di minori dimensioni demografiche di costituire o partecipare società ed imposto loro di porre in liquidazione o cedere le partecipazioni in quelle già esistenti, fatte però salve alcune eccezioni, tra cui le c.d. "gestioni virtuose". Importanti limitazioni erano contenute anche nell'art. 6, comma 19, D.L. 78/2010 che, sempre ai fini del contenimento della spesa pubblica, poneva limiti alla ricapitalizzazione e al finanziamento pubblico delle società in perdita, sebbene con alcune eccezioni. Va anche ricordato che l'art. 29, comma 1-*ter*, D.L. 98/2011(la cui applicazione è fatta espressamente salva anche dall'art. 20 T.U.) ha previsto l'approvazione, da parte del MEF, di uno o più programmi per la dismissione di partecipazioni azionarie dello Stato e di enti pubblici non territoriali. La materia delle società a partecipazione pubblica era stata, più di recente, interessata anche dall'ampia opera di rimodulazione e contenimento della spesa pubblica, realizzata con l'art. 4 D.L. 95/2012 (conv. in L. 125/2012, c.d. *spending review*), il quale aveva imposto, con alcune eccezioni, a tutte le amministrazioni pubbliche (di qualsiasi livello territoriale di governo) di procedere allo scioglimento o, alternativamente, alla dismissione (con procedure di evidenza pubblica) dell'intera partecipazione in società, da esse direttamente o indirettamente controllate, a meno che, per le peculiari caratteristiche economiche e sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento, non sarebbe stato possibile <<per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato>>. Alle stesse amministrazioni controllanti viene inoltre concesso un termine perentorio di novanta giorni entro cui possono predisporre appositi <<piani di ristrutturazione e razionalizzazione delle società controllate>>, da approvare previo parere favorevole del Commissario straordinario alla *spending review* di cui all'art. 2 D.L. 52/2012, prevedendo altresì l'individuazione delle attività connesse esclusivamente all'esercizio di funzioni amministrative che possono essere riorganizzate e accorpate attraverso società che rispondono ai requisiti della legislazione comunitaria in materia di *in house providing*. Successivamente, l'art. 1, commi 554 e ss., L. 147/2013 (legge finanziaria 2014) impose che gli enti partecipati dalle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamenti diretti di una certa entità, che avessero registrato perdite economiche per quattro dei cinque esercizi precedenti, venissero, fatta eccezione per le società affidatarie di servizi pubblici locali, posti in liquidazione, fatta eccezione per quelli che gestiscono servizi pubblici locali; e introdusse (per effetto delle modifiche apportate con il D.L. 16/2014) una serie di incentivi di carattere fiscale (fatti espressamente salvi dall'art. 20 T.U.) per lo scioglimento o l'alienazione di società partecipate, direttamente o indirettamente, da pubbliche amministrazioni locali. Infine, l'art. 23 D.L. 66/2014 aveva demandato ad apposito Commissario governativo il compito di predisporre, anche ai fini di una loro valorizzazione industriale, un <<programma di razionalizzazione delle partecipate locali>> e di ogni altro organismo direttamente o indirettamente controllato da pubbliche amministrazioni, individuando specifiche misure per la liquidazione o trasformazione per fusione o incorporazione di tali organismi (in funzione delle dimensioni e degli ambiti ottimali per lo svolgimento delle rispettive attività) e per l'efficientamento della loro gestione. Tra gli obiettivi di questo programma figurava altresì quello della predisposizione di una strategia finalizzata a circoscrivere il campo di azione delle partecipate entro lo stretto perimetro dei compiti istituzionali dell'ente partecipante, limitare le partecipazioni indirette, le microparteciapazioni, le partecipate con esiguo numero di dipendenti e con un fatturato di entità trascurabile, le partecipate in perdita prolungata e le partecipate da piccoli comuni, nonché favorire la trasparenza e il controllo esercitato dall'opinione pubblica

seguito dell'inasprimento dei vincoli di finanza pubblica comunitari dopo la crisi del 2008, tutta una serie di limitazioni orientate al contenimento della spesa pubblica e ad evitare che la partecipazione pubblica possa essere foriera di sprechi ingiustificati di denaro o di risorse pubbliche, anche attraverso il rafforzamento del processo di *accountability*([15]); e che la Corte costituzionale([16]) ha giudicato legittime proprio in ragione delle esigenze di coordinamento della finanza pubblica che esse mirano a tutelare.

La terza tipologia di esigenze è, infine, quella legata alla necessità di "moralizzazione" di tali organismi societari che, in quanto entità formalmente privatistiche, sono stati spesso, in passato, specie in ambito regionale e locale, esonerati dai penetranti controlli sia interni che esterni, viceversa gravanti sugli enti pubblici, dando luogo a forme di abusi ed incentivando fenomeni corruttivi e di cattiva gestione di notevole impatto sull'opinione pubblica([17]). Proprio l'assenza, in passato, di controlli pubblicistici su tali organismi societari, derivante dalla loro natura privatistica, ha notevolmente contribuito alla loro strumentalizzazione per

adeguatamente informata, promuovere l'efficienza delle partecipate favorendone l'aggregazione nel settore dei servizi pubblici a rete per il miglio sfruttamento delle economie di scale, dando a tal fine attuazione alla disciplina sugli ambiti territoriali ottimali. Tale programma è stato poi ripreso e meglio delineato dall'art. 1, commi 611 e 612, L. 190/2014 (legge di stabilità per il 2015, la cui applicazione è fatta espressamente salva dall'art. 20 T.U.) ha imposto agli enti territoriali, a quelli camerali, agli istituti di istruzione universitaria pubblici e alle autorità portuali la presentazione di <<piani operativi di razionalizzazione>> con l'obiettivo di conseguire la riduzione delle società, direttamente o indirettamente partecipate, attraverso essenzialmente l'eliminazione (anche mediante messa in liquidazione o cessione) di quelle <<non indispensabili>> al perseguimento delle proprie finalità istituzionali e di quelle che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali (anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni), l'aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica, il contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni. Gli enti territoriali devono trasmettere tali piani alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti. Tale prospettiva ha ricevuto conferma anche per effetto delle modifiche apportate dall'art. 28 T.U. al richiamato art. 1, comma 555, L. 147/2013, prevedendo che siano vincolate all'obbligo di messa in liquidazione, in caso di risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti, anche le società che svolgono servizi pubblici locali. Tali strumenti di riorganizzazione del sistema delle partecipazioni pubbliche sono stati oggi assorbiti e sostituiti dall'attuale art. 20 T.U., ai sensi del quale, al fine di perseguire la razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche, impone alle pubbliche amministrazioni di predisporre annualmente <<piani di riassetto per la loro fusione o soppressione e di dare conto in apposita relazione dell'attuazione degli stessi>>.

[15] CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica* (a cura di Guerrera), Torino, 2010, 7; BONURA-FONDERICO, *Le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e i servizi pubblici locali di interesse economico generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 651 e ss.

[16] Corte cost., sent. 7 giugno 2012, n. 148.

[17] In tal senso, può essere ricordato l'art. 3, commi 12 e ss., L. 244/2007 (legge finanziaria 2008), che aveva imposto alle amministrazioni pubbliche statali (direttamente o indirettamente detenenti partecipazioni di controllo in organismi societari) limiti al numero dei componenti degli organi societari, ai loro compensi e introdotto varie ipotesi di incompatibilità. Ulteriori limitazioni ai compensi erogabili erano contenute nell'art. 23-*bis* D.L. 201/2011.

scopi non di maggiore efficienza dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, bensì di affarismo clientelare da parte di politici e funzionari, specie delle amministrazioni territoriali. Le recenti cronache giornalistiche e giudiziarie hanno messo in evidenza come proprio nell'utilizzazione indiscriminata delle società a partecipazione pubblica si sia in questi anni annidata una delle principali cause non solo di crescita incontrollata della spesa pubblica (essendo enti privati, tali società erano infatti, in passato, escluse dal rispetto dei vincoli del PSI), ma anche di fenomeni corruttivi particolarmente diffusi, a causa dei conflitti di interesse che, spesso, venivano ad instaurarsi tra gli amministratori della società partecipata e quelli dell'ente pubblico partecipante([18]).

Appare chiara, quindi, l'intenzione del legislatore di voler evitare che la creazione di enti societari di diritto privato, in quanto generalmente sottratti ai controlli interni ed esterni cui sono, viceversa, sottoposti gli enti pubblici, possa costituire un comodo espediente per eludere l'applicazione delle regole pubblicistiche relative al rispetto del PSI, al

[18] Sul punto, v. Corte conti, sez. aut., del. 18 settembre 2008, n. 13. Anche in questa direzione numerosi (ma non sempre particolarmente efficaci) sono stati gli interventi legislativi tesi ad introdurre vincoli di incompatibilità e limiti numerici alla composizione e ai compensi per i componenti dei consigli di amministrazione delle società pubbliche sia statali che territoriali (art. 1, commi 465 e 725 e ss., L. 296/2006; art. 3, comma 12 e ss., L. 244/2007 e s.m.i.; art. 6 D.L. 78/2010; art. 23 D.L. 201/2011). Nella stessa direzione, gli artt. 18, 61, comma 7, e 76 D.L. 112/2008 (conv. in L. 133/2008) hanno inoltre introdotti stringenti limitazioni anche per l'assunzione di personale e per l'acquisto di beni e servizi da parte di tali società (ad eccezione di quelle quotate in borsa), imponendo altresì che ciò avvenisse sempre e comunque nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica e dell'obbligo di concorso pubblico. Norme ispirate alla stessa *ratio* erano contenute anche nell'art. 3-*bis* D.L. 138/2011 e negli artt. 6, comma 11, e 9, comma 29, D.L. 78/2010, nonché negli artt. 8 e 20 D.L. 98/2011. Sul punto, va tuttavia ricordato che Corte cost., sent. 20 maggio 2008, n. 159 ha ritenuto tali limitazioni non del tutto compatibili con i margini di autonomia finanziaria ed organizzativa costituzionalmente riservati agli enti territoriali, ed in particolare alle Regioni e alle Province autonome: se è vero che il legislatore statale può dettare principi di coordinamento della finanza pubblica anche nelle materie riservate alla competenza legislativa regionale, tuttavia deve trattarsi, appunto, di principi, e non di norme eccessivamente dettagliate e analitiche, perché ciò si tradurrebbe il un'ingiustificata ed irragionevole limitazione eccessiva della loro autonomia, non necessaria a garantire comunque le esigenze di coordinamento finanziario. Nell'ambito delle recenti misure a garanzia della trasparenza e della lotta ai fenomeni corruttivi, l'art. 11 D.Lgs. 33/2013 estende alle società controllate o partecipate dalle pubbliche amministrazioni, limitatamente alla attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'UE, talune delle norme poste dalla L. 190/2012. Dal canto suo, l'art. 1 D.Lgs. 39/2013 ha introdotto un articolato regime di incompatibilità e di inconferibilità degli incarichi all'interno degli organo di vigilanza e di governo di tali organismi societari. In proposito, va anche ricordato l'art. 1, commi 675 e 676, L. 208/2015 oggi confluiti nelle modifiche apportate dal D.Lgs. 97/2016 al D.Lgs. 33/2013), le società controllate direttamente o indirettamente da pubbliche amministrazioni devono pubblicare gli atti di conferimento di incarichi di collaborazione, di consulenza o di incarichi professionali, inclusi quelli arbitrali, pena l'inefficacia dei relativi pagamenti di compensi, nonché l'irrogazione di una sanzione pecuniaria a carico dei responsabili. L'art. 147-*quater* TUEL ha infine introdotto forme di controlli interni sulle società partecipate non quotate, che gli enti locali di maggiori dimensioni devono definire secondo la propria autonomia organizzativa; viene anche imposto che i risultati complessivi della gestione dell'ente locale e delle aziende non quotate partecipate sono rilevati mediante bilancio consolidato, secondo la competenza economica.

reclutamento di personale dipendente, al regime di evidenza pubblica per l'acquisto di beni o servizi.

Dall'analisi del complesso di tutte queste crescenti limitazioni legislative finalizzate (vuoi per esigenze di tutela della concorrenzialità dei mercati, vuoi per esigenze di contenimento della spesa pubblica, vuoi ancora per esigenze di trasparenza e contrasto ai fenomeni corruttivi) a restringere le possibilità di creazione delle società pubbliche e il loro ambito di operatività, emerge chiaramente che il legislatore percepisce in queste società un pericolo di inquinamento dell'assetto concorrenziale dei mercati e di una gestione poco trasparente ed oculata delle risorse pubbliche, in ragione del regime di privilegio in cui esse spesso si trovano ad operare rispetto agli operatori economici privati.

Queste limitazioni, fino ad oggi confusamente riportate in una miriade di disposizioni legislative, spesso caoticamente contenute in leggi finanziarie e confusamente affastellatesi e sovrappostesi nel tempo, e che indubbiamente hanno profondamente inciso la struttura tipica del modello civilistico([19]), sono state quindi riordinate e razionalizzate dagli artt. 3, 4 e 5 T.U. all'interno di una cornice e di un quadro normativo unitario ed omogeneo, tra l'altro adottato in attuazione di una delega legislativa di ampio respiro sistematico, tesa al riammodernamento, alla riforma e alla razionalizzazione di vasti settori sia dell'organizzazione che dell'attività del settore pubblico a tutti i livelli territoriali di governo, sia statale che regionale e locale.

In attuazione della delega legislativa contenuta nel combinato disposto di cui agli artt. 2, 16 e 18 L. 124/2015, è stato adottato il T.U., finalizzato al riordino e al coordinamento di tutta questo disorganico e frammentario quadro normativo, frutto della caotica e disordinata stratificazione legislativa avutasi nel tempo.

[19] In tal senso, FONDERICO, *Le società pubbliche tra diritto amministrativo e diritto comune*, in AA.VV., *Il* big bang *della trasparenza* (a cura di Natalini-Vesperini), Napoli, 2015, 141.

La disciplina delle , poco dopo l'emanazione del TUSP, da un «Decreto Correttivo» (Decreto Legislativo 16 giugno 2017, n. 100), e negli anni seguenti da una folta serie di sentenze ordinarie, amministrative, contabili, linee guida dei Ministeri (con l'istituzione di una struttura di monitoraggio delle partecipazioni pubbliche presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze), dell'Anac, anche di Federazioni ed autorevoli enti di natura privatistica, che hanno confermato che si tratta di

impone.

L'originaria delega legislativa è inserita invero in una legge di più ampio respiro, dedicata ad una profonda riforma sia dell'azione che dell'organizzazione della pubblica amministrazione, la cui qualità della regolazione costituisce un aspetto fondamentale per la competitività del Paese, per l'effettività dei diritti fondamentali dei cittadini, per l'efficienza e per la stabilità dei conti pubblici([20]).

Tra i criteri generale della predetta delega legislativa, l'art. 18 lett. b) L. 124/2015 contemplava la ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche <<entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale>>.

In particolare, soprattutto con riferimento alle società partecipate dagli enti locali, l'art. 18 lett. m) L. 124/2015 ha previsto quale criterio generale che <<per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative>> il legislatore delegato definisse <<criteri e procedure per la scelta del modello societario e per l'internalizzazione>>, nonché <<procedure, limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione

[20] Cons. Stato, comm. spec., par. 21 aprile 2016, n. 968.

e la razionalizzazione di partecipazioni, anche in relazione al numero dei dipendenti, al fatturato e ai risultati di gestione>> e, per le società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale, individuasse il numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che comportino l'obbligo di messa in liquidazione delle società; nonché la definizione, in conformità con la disciplina comunitaria, di <<criteri e strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico e ad evitare effetti distorsivi sulla concorrenza>>, anche attraverso la disciplina dei contratti di servizio e delle carte dei diritti degli utenti e attraverso forme di controllo sulla gestione e sulla qualità dei servizi, nonché il rafforzamento delle misure volte a garantire il raggiungimento di obiettivi di qualità, efficienza, efficacia ed economicità, anche attraverso la riduzione dell'entità e del numero delle partecipazioni e l'incentivazione dei processi di aggregazione, intervenendo sulla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società partecipate nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e al fine di una maggior trasparenza.

In sostanza, al fine di salvaguardare l'assetto concorrenziale dei mercati e allo stesso tempo garantire maggiori livelli di trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa, il legislatore ha inteso introdurre misure volte a precisare le condizioni ed i limiti entro cui è consentito alle pubbliche amministrazioni costituire società o assumere e mantenere partecipazioni societarie, sia in via diretta che in via indiretta, prefissando anche i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica ed imponendo altresì che la scelta di costituire società a partecipazione pubblica venga dall'amministrazione presidiata da oneri motivazionali rafforzati.

Scopo dell'intervento è, da un lato, quello di semplificare e razionalizzare le regole vigenti in materia, attraverso il riordino delle disposizioni nazionali e la creazione di una disciplina generale organica, tenuto conto del persistente disordine normativo che caratterizzava negativamente la materia delle società a partecipazione pubblica; e ciò anche al fine di offrire un quadro normativo più chiaro per utenti ed

operatori di mercato ed un migliore e più accorto utilizzo delle risorse pubbliche, ma allo stesso tempo ridurre il più possibile le aree di intervento delle società pubbliche ed eliminare o limitare il pericolo che le società pubbliche possano fonte di inefficienze e occasione di spreco di risorse pubbliche([21]).

Al riguardo il T.U. prevede anche un meccanismo di verifica e monitoraggio periodico dell'assetto complessivo delle società in cui le amministrazioni pubbliche detengono partecipazioni dirette o indirette, anche mediante la predisposizione di un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, da adottare ove, in sede di verifica e monitoraggio, le amministrazioni pubbliche rilevino partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie ammesse dal legislatore.

Tale disciplina deve essere individuata anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina generale privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa.

La prima limitazione alla capacità giuridica di diritto societario è contenuta nell'art. 3 T.U., ai sensi del quale <<le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata>>. Recependo una conclusione pacificamente avallata sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza([22]), viene quindi esclusa la possibilità per gli enti pubblici di partecipare a società di persone e, più in generale, di assumere responsabilità illimitate per le obbligazioni contratte dall'organismo societario partecipato. La *ratio* è evidente: verrebbe a mancare la preventiva copertura finanziaria dell'impegno di spesa, il cui ammontare non sarebbe a priori quantificabile. L'assunzione della qualifica di socio illimitatamente responsabile è incompatibile con le regole e con la

[21] Cons. Stato., comm. spec., par. 21 aprile 2016, n. 968.
[22] CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, t. I, *Diritto delle società* (a cura di M. Campobasso), Torino, 2008, 39 e ss.; GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 1995, 998 e ss.;

funzione autorizzatoria del bilancio di previsione degli enti in regime di contabilità finanziaria.

Ciò è, del resto, confermato anche dalla norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 19 D.L. 78/2009, il quale ha escluso l'applicabilità allo Stato (e, per analogia, quindi a tutti gli enti pubblici) della norma contenuta nell'art. 2497 c.c. (come riformulato dal D.Lgs. 6/2003), secondo cui <<le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società>>. Da tale disposizione è estrapolabile il principio generale secondo cui è precluso agli enti pubblici assumere partecipazioni societarie che comportino responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali([23]).

Affinché il divieto non venga aggirato, deve ritenersi che la P.A. non possa neppure rilasciare garanzie che implichino responsabilità illimitata.

L'art. 3 T.U. consente la partecipazione pubblica anche in società consortili (ma non vi è ragione di escluderla per quelle cooperative), sebbene non sia agevolmente immaginabile come ed in che termini lo scopo consortile o mutualistico possa dirsi compatibile con il perseguimento delle finalità pubbliche e, soprattutto, con il requisito della stretta necessarietà della partecipazione azionaria, imposto dall'art. 4, comma 1, T.U.: al riguardo, appare plausibile ritenere che tale requisito di stretta necessarietà possa essere al più ravvisato soltanto nel caso in cui la società cooperativa o consortile risulti partecipata da soli soci pubblici, i quali possono ad esempio demandarle la gestione o l'erogazione di un servizio o lo svolgimento di un'attività strumentale comune a tutti i soci

[23] Cfr. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c. (art. 19, comma 6, D.L. 98/2009)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 343 e ss.; URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012, 116 e ss.

pubblici partecipanti, come ad esempio nel caso del c.d. *in house* frantumato.

L'art. 3, comma 2, T.U. precisa inoltre che nelle società a responsabilità limitata a controllo pubblico l'atto costitutivo o lo statuto deve([24]) in ogni caso prevedere la nomina dell'organo di controllo o di un revisore([25]). Per quanto concerne le s.p.a. a controllo pubblico, invece, la competenza sulla revisione legale dei conti non potrà essere affidata al collegio sindacale([26]).

La disposizione legislativa non chiarisce neppure quali siano, sotto il profilo civilistico ed amministrativo, le conseguenze derivanti dalla trasgressione del divieto. Ci si chiede cioè quale sia la sorte degli atti negoziali con cui l'ente pubblico acquista partecipazioni in tipi di società per i quali l'art. 3 T.U. non ammette la partecipazione pubblica. Sul punto, appare plausibile ritenere che, in considerazione della nota distinzione tra norme di validità dell'atto e norme di correttezza comportamentale, la norma sia rivolta a sanzionare non tanto l'illiceità comportamentale dell'ente pubblico acquirente, bensì la stessa illiceità civilistica dell'atto negoziale di acquisto della partecipazione societaria non consentita. La norma sembra cioè recare un vero e proprio divieto legale di contrarre per l'ente pubblico, la cui trasgressione non può che essere sanzionata con la nullità virtuale ex art. 1418 c.c. dell'atto negoziale di acquisto della partecipazione societaria, con tutte le conseguenti responsabilità che, eventualmente, possono scaturire a carico del notaio o del pubblico ufficiale che, ciononostante, abbia comunque proceduto a rogare l'atto.

[24] Gli artt. 2463, comma 2, n. 8) e 2477 c.c., in passato applicabili anche alle s.r.l. a controllo pubblico, prevedono la nomina dell'organo di controllo o di un revisore dei conti quale contenuto meramente eventuale dell'atto costitutivo o dello statuto.
[25] Sul punto, va ricordato che il D.Lgs. 39/2010 (adottato in attuazione della Dir. UE 43/2006) ha sottratto al collegio sindacale il controllo contabile e lo ha attribuito a un revisore legale dei conti o a una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro. Resta tuttavia la possibilità che lo statuto delle società per azioni, che non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato, possa prevedere che la revisione legale dei conti sia esercitata dal collegio sindacale (in questo caso, però, il collegio sindacale deve essere costituito da revisori legali iscritti nell'apposito registro). Nella s.r.l. invece la funzione di revisione legale può essere svolta dall'organo di controllo, anche in composizione monocratica.
[26] L'art. 2409-*bis* c.c., in precedenza applicabile anche alle s.p.a. a controllo pubblico, demanda all'autonomia statutaria la facoltà di attribuire la competenza della revisione legale dei conti al collegio sindacale soltanto per le società non tenute alla redazione del bilancio consolidato.

Tale ricostruzione in termini di nullità virtuale dell'atto negoziale di acquisto della partecipazione sociale appare del resto confermata anche dal fatto che, se l'atto in questione (benché invalido) fosse comunque non nullo (e quindi efficace), da esso verrebbe a discendere un impegno contabile di spesa di cui l'ente pubblico non sarebbe in condizione di quantificarne preventivamente né la scadenza, né il suo preciso ammontare, con tutte le evidenti ripercussioni che, sotto il profilo contabile e del mantenimento degli equilibri di bilancio, ne verrebbero a scaturire.

Anche dal punto di vista sistematico, la correttezza di tale affermazione appare confermata dal combinato disposto di cui agli artt. 7, comma 6, 8 comma 2, e 25, comma 5 T.U., i quali disciplinano la sorte della partecipazione sociale nel caso di mancanza, nullità o successivo annullamento della delibera di autorizzazione all'acquisizione della partecipazione societaria, stabilendo che l'eventuale mancanza o invalidità della delibera di acquisto della partecipazione, da un lato, <<rende inefficace>> il contratto di acquisto della partecipazione medesima (art. 8, comma 2, T.U.); e dall'altro, comporta l'obbligo di cessione della partecipazione o, se trattasi di partecipazione essenziale per il conseguimento dell'oggetto sociale, la messa in liquidazione, ai sensi dell'art. 2332 c.c., dell'ente societario (art. 7, comma 6, T.U.). Benché l'art. 7, comma 6, T.U. non menzioni espressamente la nullità dell'atto negoziale di acquisto, il fatto che lo sanzioni con l'inefficacia, lascia chiaramente sottendere che, dal punto di vista dogmatico, tale inefficacia vada ricostruita in termini di nullità. Inoltre, il procedimento di dismissione della partecipazione sociale o di messa in liquidazione della società, previsto dall'art. 7, comma 6, T.U. (che espressamente richiama l'art. 25, comma 5, T.U. e l'art. 2332 c.c.), mal si attaglia ad essere applicato alle partecipazione assunte in società di persone.

In ultima analisi, si ritiene di poter affermare che, mentre gli artt. 4 e 5 T.U. dettano le condizioni di validità della delibera amministrativa di autorizzazione alla costituzione o alla partecipazione societaria, rimettendo

all'art. 8, comma 2, il regime dell'invalidità del conseguente atto negoziale di acquisto della partecipazione, viceversa, l'art. 3 T.U. detta una condizione di validità dello stesso atto negoziale di acquisto della partecipazione, la cui trasgressione, sostanziandosi nella violazione di una norma imperativa ex art. 1418 c.c., determina la nullità virtuale dell'atto stesso.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

IL COORDINAMENTO DELLA FINANZA PUBBLICA E LA CAPACITA' DI SPESA DELLE AUTONOMIE LOCALI: UNA VISIONE ATTUALIZZATA ALLA PROVA DEI TEMPI

di Gianmarco Cialone, Dottore magistrale in Scienze delle Amministrazioni Università di Teramo; Master in Parlamento e Politiche pubbliche Luiss

Abstract [It]: L'obiettivo del presente saggio è quello di far luce sull'utilizzo del coordinamento di finanza pubblica come strumento per il condizionamento della capacità di spesa di regioni ed enti locali. Partendo dalla modifica sulla *governance* europea si vedrà come il Governo abbia operato, tramite norme e prassi, un contenimento della capacità di spesa delle autonomie che ha gravemente inciso sull'espressione delle funzioni pubbliche ad esse attribuite. Per fare in modo che il Paese possa affrontare le sfide del futuro, è necessario riscoprire il portato valoriale del principio di buon andamento sancito nell'art. 97 della Costituzione, al fine di contemperare la crescita con la sostenibilità delle finanze pubbliche.

Abstract [En]: The aim of this paper is to shed light on the use of public finance coordination as a tool for conditioning the spending capacity of regions and local authorities. Starting from the change on European governance, we will see how the Government has operated, through rules and practices, a containment of the spending capacity of the autonomies

that has seriously affected the expression of the public functions attributed to them. To ensure that the country can face the challenges of the future, it is necessary to rediscover the value of the principle of good performance set off in art. 97 of the Constitution, in order to balance growth with the sustainability of public finances.

Sommario: *1. Premessa; 2. La "Costituzione economica" e il coordinamento di finanza pubblica; 3. La capacità di spesa delle regioni e degli enti locali; 4. Buon andamento e spesa per investimenti; 5. Conclusione.*

1. Premessa.

I cambiamenti della *governance* fiscale europea hanno prodotto i loro effetti sul sistema della "costituzione economica" di ciascun Paese membro. L'obiettivo, fin da Maastricht, è stato quello di guidare la spesa pubblica adeguandola ai vincoli quantitativi che i Trattati, e la disciplina comunitaria, hanno gradualmente stabilito e rinforzato.[1]

A tal fine, il sistema della finanza pubblica trova oggi due forme di coordinamento rinforzato: uno, a livello sistemico sovranazionale (il coordinamento tra lo Stato membro e gli organi dell'Unione europea (Commissione e Consiglio), e uno a livello sistemico subnazionale o interno (dunque tra l'amministrazione centrale e le autonomie). Ovviamente, nelle interrelazioni, i due piani si condizionano, seppur è il primo tipo di coordinamento ad aver influenzato significativamente il secondo. Le evidenti priorità che, rinforzatesi con il Patto di Stabilità e Crescita, si sono tradotte negli obiettivi di compartecipazione alla spesa pubblica di regioni ed enti locali (da ora anche dette "autonomie"),

[1] Il presente contributo è stato sviluppato nell'ambito del progetto di ricerca "PRIN" (2017), Unità di ricerca dell'Università di Teramo, dal titolo "*Garanzia dei diritti e qualità dei servizi nella prospettiva dello sviluppo territoriale integrato. Buon andamento, multilevel governance e cooperazione territoriale per una nuova strategia di acquisizione di risorse e razionalizzazione della spesa pubblica*".

vennero positivizzate in complesse normative che richiedevano evidenti sacrifici economici. Prima il Patto di stabilità interno e il Patto di convergenza, ora il coordinamento previsto dalla stessa legge "organica" del 24 dicembre 2012, n. 243, delineano un perimetro stretto e precipuo entro cui le autonomie sono obbligate a muoversi.

Vieppiù, in sede di prassi applicativa, la "crisi" ha acuito la sovraordinazione che il Governo centrale, quando si parla di finanza pubblica, opera nei confronti degli altri livelli istituzionali che compongono lo Stato (la cui forza sistemica trova esaurimento nella norma di chiusura di cui all'art. 120, secondo comma, della Costituzione).

Il Governo, in forza dell'obbligo di adempiere ai vincoli finanziari contratti in sede comunitaria (attualmente sospesi per la crisi pandemica ed economica in atto), sovrappone la sua necessità ai fabbisogni delle autonomie, rimodulandoli (al ribasso) anche in via di prassi. Questi, compressi, si riducono ai minimi spazi, finendo per limitare i campi di azione degli organi di indirizzo politico.

Ciò posto, *id quod plurimque accidit*, in questo distorto meccanismo inerziale, il dispositivo dell'articolo 119 della Costituzione si sussume completamente con lo strumento del coordinamento della finanza pubblica, trasformando tale concetto "negoziatorio" come descritto dall'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, in un *medium* finalisticamente orientato al contenimento della spesa pubblica.

E tuttavia, anche in tempo di pandemia, si continuano ad attuare cattive prassi (o prassi negative) in sede di coordinamento. Poco o niente viene riconvertito in termini d'implementazione del patrimonio pubblico. La maggior parte delle risorse stanziate anche per le autonomie, viene riutilizzata, riaccentrata e redistribuita verso altre poste di spesa nazionali di cui necessita per contingenza il Governo centrale.

Una soluzione per ritrovare il sentiero della crescita e della sostenibilità dei conti pubblici è quella di rinnovare la fase di

coordinamento, dando più spazio alle necessità reali e qualitative delle autonomie. Una sussidiarietà di visione, una democrazia allargata ai fabbisogni di innovazione e di investimento che trova nell'articolo 97, secondo comma, della Costituzione la figura della Pubblica amministrazione guidata per il tramite del meta principio del buon andamento, punto di caduta dell'equilibrato bilanciamento tra interessi nazionali.

Pubblica Amministrazione su cui oggi si muove un presupposto erroneo, ed analiticamente smentito dalla contingenza che viviamo: che la PA sia una spesa improduttiva e un peso per il bilancio dello Stato. Il buon andamento di qualsiasi ente presuppone il continuo innovamento e potenziamento della struttura per mezzo dello strumento della spesa per investimento, *medium* deputato a dare qualità alla spesa pubblica. Gli *assets* di cui l'Italia è carente, ed oggi indagati dalla lente del *Next Generation EU* e del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza[2], devono essere l'obiettivo su cui lavorare per rimette in moto la funzione pubblica, coadiuvata dalla libertà delle autonomie ad arrivare ove la regia nazionale non si estende.

È perciò fondamentale liberare fattivamente le energie delle regioni e degli enti, slacciandole dai vincoli sempre più stringenti, puntando su una spesa di qualità, financo in *deficit*, purché sia deputata alla innovazione e all'ammodernamento. Così da riassorbire le lacune e i divari che il Paese si trascina.

Questa analisi si articolerà in tre parti: una prima, dove si andranno a delineare, in un percorso storico-analitico, le basi normative del coordinamento di finanza pubblica, le sue fasi applicative e le prassi che lo corredano nella sede di concertazione con le autonomie; una seconda, dove si cercherà di illustrare come quest'ultime vivono in una condizione di stringente razionalizzazione della capacità di spesa dovuta a criteri di

[2] Camera dei deputati, *Relazione della XIV Commissione Permanente* (Politiche dell'Unione europea) *sulla Relazione programmatica sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea nell'anno 2020*, Doc. LXXXVI n. 3-A, 30 settembre 2020.

contabilità nazionale rigidi e verticalistici, che finiscono per aggredire l'indirizzo politico e la loro capacità di spesa "buona" (quella per gli investimenti); una terza, dove, preso atto delle condizioni attuali in cui versa l'amministrazione italiana e le sfide che la interrogheranno per i prossimi anni, si indicherà il punto di equilibrio in un principio costituzionale tanto negletto quanto imprescindibile per l'agire amministrativo: il buon andamento, come precipitato valoriale dei doveri di sostenibilità delle finanze pubbliche, di ammodernamento amministrativo e di liberazione delle capacità di spesa delle autonomie al fine di ritrovare il sentiero della crescita post pandemica[3].

2. La "Costituzione economica" e il coordinamento di finanza pubblica.

La legge costituzionale 20 aprile del 2012, n.1 ha profondamente mutato il sistema della contabilità pubblica. L'opera di riscrittura che è stata apportata alla "costituzione economica", oggi oltre a costituire la normazione della struttura contabile del governo dei conti pubblici configura altresì quel filo rosso che mette in contatto l'Italia con l'orientamento comunitario in materia di *fiscal budget*[4].

Di tal guisa, i rinvii mobili[5] stabiliti negli articoli *de qua* permettono la ricezione meccanica degli obiettivi concertati in sede di Semestre

[3] L'implementazione dell'amministrazione pubblica, come struttura devoluta all'adempimento dei doveri dello Stato, trova rinnovata epifania e centralità anche da istituzioni che fino a poco tempo fa ne obiettavano l'utilità (come l'Unione europea). Essa risulta oggi centrale all'accompagnamento degli Stati membri connotati dalla più alte carenze strutturali, verso il sentiero della crescita e dell'equità intergenerazionale che riassorbe l'enorme mole del debito pubblico conseguito per fronteggiare le sfide del COVID-19. Tale scopo può perseguirsi con il principio del buon andamento (veicolo del valore supremo che sostanzia il *munus publicum* nell'equità, nella trasparenza, nell'efficienza) al fine di contemperare i due meta principi che oggi assillano, retoricamente, la politica: la crescita e la sostenibilità finanziaria. Il mezzo è la spesa di investimento condotta per il tramite di un coordinamento maggiormente equilibrato nella scelta delle decisioni di valore assiologico da perseguire. Questo al fine di sublimare e declinare il principio costituzionale del buon andamento, come nucleo che racchiude in sé l'intera disciplina della "costituzione economica".

[4] La prima forma di coordinamento delle politiche di bilancio la rintracciamo nella interrelazione tra Stati membri e Unione europea. In Italia il cd "calendario comune di bilancio" è funzionale all'assorbimento delle fasi di programmazione che conducono all'approvazione finale del disegno di legge di bilancio. A tal riguardo tali procedimenti "euro-nazionali" hanno lo scopo di rafforzare "le sinergie grazie a un più facile coordinamento delle politiche tra gli Stati membri la cui moneta è l'euro". Cfr. L. BARTOLUCCI, *Osservazioni sparse sulla Nota di aggiornamento al Documento di Economia e Finanza del 2018*, in *FORUM di Quaderni costituzionali*, 16 ottobre 2018, p. 2 e 3.

[5] Per una più ampia ed approfondita visione di tale concetto e di come, a partire dalla clausola madre contenuta all'articolo 11 della Costituzione, si dipanino tali *'black door'* che connettono il governo dei conti pubblici agli obiettivi stabiliti in sede europea si veda: N. LUPO, *L'influenza dell'Alleanza Atlantica nell'interpretazione della Costituzione economica: ovvero, sulla centralità dei principi dell'art. 11 Cost.*, in Riv. Trim. di Dir. Econ. n.

europeo[6], dando vita a quel modello di "costituzione composita" che oggi integra e influenza il nostro indirizzo politico-finanziario[7].

Partendo da una lettura combinata del dispositivo contenuto nell'articolo 81 della Costituzione[8], in materia di equilibrio di bilancio, e dell'articolo 3 della legge n. 243 del 2012, il ciclo della "quantificazione e copertura delle leggi di spesa"[9] è condizionata al raggiungimento tendenziale dell'equilibrio tra entrate e spese. Obiettivo, e relative condotte conformi, che si riduce alla coerente indicizzazione del saldo economico consolidato con il pertinente obiettivo condiviso in sede europea; in definitiva, la determinazione dell'equilibrio di bilancio risulta essere corrispondente all'Obiettivo di Medio Termine (OMT)[10] conseguito in ambito di Semestre europeo. Tale rimando a grandezze quantitative è poi riproposto nell'articolo 97 della Costituzione.

In *species* l'oggetto del dispositivo è qui rintracciato nel complesso delle pubbliche amministrazioni. Esse "in coerenza con l'ordinamento

3/2020, p. 425.; I.D., *La sessione di bilancio prima e dopo la riforma degli artt. 81 e 97 della Costituzione*, in ASTRID RASSEGNA 4/2020; L. BARTOLUCCI, *Sugli effetti di una ipotizzata rimozione delle "clausole europee" dalla Costituzione*, in Osservatorio sulle fonti, 3/2018, e dello stesso autore si veda anche *Osservazioni sparse sulla Nota di aggiornamento al Documento di Economia e Finanza del 2018*, op.cit.

[6] Imperativi che, per altro, trovano sostanzialità nella rilevante struttura che compone il *timing* del ciclo di bilancio. Un *timing* divenuto imperativo e condizionante la stessa facoltà di legiferare "*cognita causa*". Cfr. N. LUPO, *Il Parlamento italiano nel calendario comune di bilancio*, in *Amministrazioneincammino.it*, 25 settembre 2020; nonché sulla recente tendenza da parte del Governo a rilasciare i disegni di legge di bilancio con significativo ritardo, tale da sostanziare concrete lesioni delle prerogative dei parlamentari, vedansi, *ex plurimus*, V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l'ordinanza n. 17 del 2009*, in Federalismi.it, 15 aprile 2019.

[7] Di come il nostro Governo (come d'altronde tutti i governi degli Stati membri dell'Unione europea) sia inserito in una dimensione più grande com'è quella dell'Unione, e di come questa funga anche da 'stabilizzatore' delle questioni interne, si veda N. LUPO, *L'intreccio delle forme di governo tra Roma e Bruxelles: a proposito della crisi di governo di agosto 2019*, in Federalismi.it, 12 ottobre 2019.

[8] Per una esegesi sulla genesi e sulle conseguenze dell'inasprimento dei vincoli al legislatore in tema di finanza pubblica, si veda, *ex multiplus*, A. ANTONELLI, *L'introduzione del "pareggio" di bilancio nella Costituzione: nuove prospettive per la* governance *della finanza pubblica*, in Federalismi.it, 30 dicembre 2016.

[9] La citazione è di P. DE IOANNA, *Obbligo di copertura e ciclo della quantificazione degli oneri: un processo unico*, in Atti del 1° corso di aggiornamento per i funzionari della carriera direttiva del Senato della Repubblica, Senato della Repubblica, Roma, 1992, p. 177 e ss, come richiamato da N. LUPO, *I controlli finanziari nei procedimenti legislativi*, in Atti del Convegno annuale di Contabilità Pubblica. Pisa 6-7 dicembre 2018, a cura di A. Balestrino, M. Bernasconi, S. Campostrini, e altri, Napoli, 2020, p. 347.

[10] L'articolo 3, comma 2, della legge 243/2012 stabilisce che l'equilibrio dei bilanci corrisponde all'obiettivo di medio termine; il medesimo articolo, al comma 3, statuisce che i Documenti di programmazione finanziaria stabiliscano gli obiettivi del saldo del conto consolidato tali da assicurare almeno il conseguimento dell'obiettivo di medio termine, ovvero il percorso di avvicinamento a tale obiettivo il quale, secondo l'articolo 2, comma 1, let. *e)*, è il valore del saldo strutturale individuato sulla base dei criteri stabiliti dall'ordinamento europeo. Il saldo strutturale viene definito come il saldo del conto consolidato corretto per gli effetti del ciclo economico al netto delle misure *una tantum* e temporanee e, comunque, definito in conformità all'ordinamento dell'Unione europea (art. 2, comma 1, let. *d)*); il saldo del conto consolidato è, all'articolo 2, comma 1, lettera *c)*, il saldo dell'indebitamento (o accreditamento) netto come definiti dalla procedura di disavanzi eccessivi di cui al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (artt. 121-126 del TFUE e il protocollo n. 12 allegato al TFUE). Tale lettura 'a risalire' restituisce la plasticità dei rimandi meccanici alle definizioni comunitarie che regolano la politica contabile nazionale.

dell'Unione europea assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico"; il nuovo primo comma contiene una doppia clausola temporale capace di allacciare il complesso delle attività pubbliche a previsioni prudenziali tali da responsabilizzarle verso parametri sia di corto che di ampio respiro[11], scalzando al secondo comma le prescrizioni di tipo qualitativo che l'azione della Pubblica amministrazione[12] è tenuta a perseguire, quali i principi di buon andamento e di imparzialità.

A tale articolata configurazione, che coinvolge l'intero settore dello Stato, si rende necessaria una forma di coordinamento orientata a perimetrare l'azione amministrativa nei *target* stabiliti negli articoli 3 e 5 della legge costituzionale 1/2012. Il combinato disposto dall'articolo 117, terzo comma, e dall'articolo 119, secondo comma, della Costituzione fonda il coordinamento della finanza pubblica. In punta di diritto, il "coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario" rientra nel riparto di competenze legislative concorrenti[13]. Bisogna però tenere conto della logica da cui si parte. In tale meccanismo i diritti/doveri che vengono contemperati sono quelli dell'autonomia e della sana e prudente[14] gestione dei conti pubblici. Invero, in punta di fatto, sovente si muove da uno dei

[11] Anche questo principio è mutuato dall'ordinamento comunitario che, all'articolo 119, par. 3, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea stabilisce "finanze pubbliche" sane (*sound fiscal policy)* come principio che deve dirigere l'azione degli Stati membri in un più ampio contesto in cui la loro azione, e dell'Unione europea, è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche (par.1). Siffatto quadro ispira, nell'ottica dello Stato, politiche nel medio termine (stabilità economica nell'equilibrio dei bilanci) e nel lungo termine (sostenibilità del debito). Una responsabilizzazione che, per un'autorevole dottrina, è chiamata a recidere o limitare quegli spiriti politici chiamati "*politics of economic policy*", ovvero politiche economiche senza visione e di stampo elettoralistico o comunque retorico e microsettoriale, che gravano solamente sulla spesa senza produrre vera crescita complessiva, cfr. S. FABBRINI, *Le trappole della politica di bilancio,* in IlSole24Ore, 7 ottobre 2019.

[12] Questa novella orienta l'allargamento del novero delle Pubbliche amministrazioni volto a un controllo maggiormente serrato delle spese pubbliche, includendo la previsione di "Amministrazioni finanziarie" come recepimento delle direttive SEC 2010 dell'Unione europea sui controlli di bilancio pubblici, così come prescritto dall'articolo 2, comma 1, let. *a)* della legge 243/2012; la tendenza è così a edulcorare i profili di differenziazione tra enti pubblici ed enti privati financo a pregiudicare l'*actio finium regundorum* tra i due. Cfr. S. CIMINI, *L'attualità della nozione di ente pubblico*, in Federalismi.it, 23 dicembre 2015.

[13] Seppur la linea di tendenziale supremazia è stabilita nel primo comma dell'articolo 117 della Carta, ove è specificato che "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

[14] La nozione di "politica di bilancio prudente" è mutuata dall'ordinamento comunitario ed assorbita in via di prassi applicativa dal legislatore nostrano. È il regolamento 1175 del 2011 *(Six Pack)*, che modifica il Reg. 1466 del 1997, che in tema di sorveglianza multilaterale rafforzata stabilisce un percorso di convergenza qualitativamente predeterminato (0,5% annuo, incrementabile con decisione unanime del Consiglio qualora significativi squilibri macroeconomici lo motivino) verso l'obiettivo di medio termine (OMT). Cfr. G. RIVOSECCHI, *Il governo dei conti pubblici tra crisi economico-finanziaria e riflessi sul sistema delle fonti,* in Osservatoriosullefonti.it, 1/2011.

due principi, subordinando l'altro[15]. Pur rispettando le istanze autonomistiche che permeano la Carta, di cui l'assetto policentrico è plasticamente rappresentato in termini di responsabilità contabile-tributaria come delineato nel Titolo V, "le inderogabili istanze unitarie"[16] che vengono ribadite dalla stessa Costituzione rivendicano, sul piano istituzionale e sul piano funzionale, l'intervento principale del Governo a muovere le scelte sui saldi (talvolta anche senza lasciare spazi discrezionali nelle scelte delle politiche pubbliche)[17], elevando il canone del coordinamento ad architrave della costituzione finanziaria[18].

In virtù di tale forza, esso è in grado di imporre limitazioni all'autonomia regionale, imponendo sacrifici obbligati a valere della stessa "concorrenza", degli enti territoriali, all'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea di cui all'articolo 119, primo comma, della Costituzione. È da questa "legislazione di principio"[19] che la "forza centripeta" del Governo muove la sua azione di disciplina del sistema di gestione dei conti pubblici. Forza tornata cogente con il "diritto europeo della crisi economico-finanziaria"[20], superata la fase di ubriacatura federalista della prima decade degli anni 2000 (legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3)[21], ed oggi consolidata nella fase pandemica.

[15] In linea di prassi appare preferito l'orientamento che privilegia l'interpretazione spesa-costo e dunque la conseguente azione del legislatore privilegia la prudenza finanziaria all'autonomia.
[16] G. RIVOSECCHI, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica tra Patto di Stabilità, Patto di Convergenza e determinazione dei fabbisogni* standard *degli enti territoriali,* in Rivista AIC n. 1/2012, 17 gennaio 2012, p. 3.
[17] Cfr. G. RIVOSECCHI, *Parlamento e sistema delle autonomie all'ombra del Governo nelle trasformazioni della decisione di bilancio,* in Rivista AIC n.1/2012, 20 marzo 2012.
[18] In questo senso assume ruolo di norma di chiusura del sistema il dispositivo di cui all'articolo 120, secondo comma, della Costituzione che avoca poteri sostitutivi in caso di inerzia o mancato rispetto delle discipline internazionali o comunitarie da parte di Regioni ed enti locali. Sul dominio dello Stato come supremo portatore dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica, evidentemente anche sul piano della perequazione e della solidarietà come canoni dei due principi richiamati, si veda M. CECCHETTI, *Corte costituzionale e unità/indivisibilità della Repubblica*, relazione al Convegno internazionale "*I limiti costituzionali del federalismo devolutivo*", tenutosi ad Alessandria il 6 maggio 2011 presso l'Università degli Studi del Piemonte orientale, cfr. R. BALDUZZI, J. LUTHER (a cura di), *Dal federalismo devolutivo alla* spending review. *Annuario DRASD 2012*, Milano, Giuffrè, pp. 117-135.
[19] Sostenibilità del debito pubblico, "autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio di bilancio", compartecipazione "ad assicurare dell'osservanza dei vincoli sovranazionali" sono le direttrici dell'azione del coordinamento.
[20] G. GERBASI, *Convergenze e divergenze tra dottrine economiche, "diritto europeo della crisi" economico-finanziaria e prospettive futura dell'unione alla prova dei 'fatti',* in Federalismi.it, 23 maggio 2018.
[21] Sugli andamenti che compongono le due stagioni (il federalismo del 2001 e il riaccentramento operato dal 2012) vedansi M. CECCHETTI, *Le riforme costituzionali del 1999-2001 sulla forma di Stato dieci anni dopo. Traccia introduttiva per un dibattito che si proponga di fare un bilancio del decennio,* in Federalismi.it, 24 marzo

Tali rinnovate, e mai sopite, tendenze centraliste in fase di predisposizione dei saldi di finanza pubblica, che esorbitano nella loro azione fino a condizionare le scelte allocative degli enti autonomi (dovuta all'assenza di reciprocità nel rapporto funzioni-risorse), è stata portata avanti anche con una sponda offerta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Nella sua ermeneutica, il Giudice delle leggi, ha più volte - in sede di giudizio costituzionale sul parametro dell'articolo 81 della Costituzione- accettato l'azione incisiva dello Stato sulle leggi di spesa delle Regioni[22]. Si pensi solamente alla sentenza n. 198/2012 dove, la Consulta, ragionando sulla composizione dei Consigli regionali, arriva a giustificare le misure nazionali che (non) violano le prerogative regionali qualora esse si innestino nel «quadro della finalità generale del contenimento della spesa pubblica»[23], ovvero alla sentenza n. 289/2008 con la quale la Consulta tende a produrre una ermeneutica sul coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario fino a concepirlo come cogente freno alla spesa degli enti autonomi[24] o, ancora, a legittimare come costituzionalmente legittime forme di coordinamento incidenti anche in modo penetrante sull'autonomia finanziaria degli enti (sentt. nn. 4, 17 e 36/2004). Solo lo Stato è "il custode della finanza pubblica allargata e il garante del suo equilibrio", pertanto "solo lo Stato vive di una condizione di supremazia normativa" (sent. 205/2019).

L'*interpositio legislatoris* è dunque diretta conseguenza della sopraggiunta funzione del Governo quale responsabile nazionale in sede europea[25] degli indicatori di finanza pubblica, nonché delle medesime

2010 e M. CECCHETTI, *La legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: profili di contro-riforma dell'autonomia regionale e locale*, in *Intervento al Seminario "La nuova* governance *fiscale europea.* Fiscal Compact*, cornice europea e modifiche costituzionali in Italia, svoltosi a Roma, presso la LUISS Guido Carli, il 9 novembre 2012 e organizzato dalla Fondazione Bruno Visentini*, in Federalismi.it, 19 dicembre 2012.

[22] A tal fine si rimanda ad A. CANDIDO, *L'impatto della crisi sulle autonomie: prospettive* de iure condito *e* de iure condendo, in Federalismi.it n.9/2014, 30 aprile 2014.

[23] Punto 6.1 del "Considerato in diritto".

[24] G. RIVOSECCHI, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica tra Patto di Stabilità, Patto di Convergenza e determinazione dei fabbisogni* standard *degli enti territoriali*, cit.

[25] Sul 'rafforzamento del potere esecutivo' in forza dell'intreccio tra forma di governo italiano e forma di governo dell'Unione europea vedasi, L. CAPPUCCIO, *Forma di governo italiana ed integrazione europea: il progressivo rafforzamento del Governo*, in Diritto Pubblico Europeo Rassegna online n. 1/2020, e N. LUPO, *La forma di governo italiana, quella europea e il loro stretto intreccio nella Costituzione "composita", in Atti del*

policy che compongono i saldi finali di spesa[26]. Grazie ai "rinvii recettizi in bianco" verso l'ordinamento sovranazionale[27] cristallizzati in Costituzione, il Governo ha potuto esercitare facilmente un "aggiustamento" degli sforzi di bilancio, arrivando a declinare la sua funzione anche in via di prassi.

Successivamente al Patto di Stabilità interno[28], superato con la legge costituzionale n. 1/2012 che però ne mutua la struttura di controllo sui conti pubblici[29], il confronto tra lo Stato e le Regioni vive un limbo strutturale. Come riportato da un'autorevole dottrina[30], il coordinamento può essere sostanzialmente tipizzato sotto due diversi profili: uno dinamico[31] e uno statico[32]. All'impianto definito a livello 'rinforzato' dal coordinamento statico, si intarsia il *modus operandi* maggiormente fluido del coordinamento dinamico tra Stato e regioni, "rettamente" orientato dal

convegno del Gruppo di Pisa "Partiti politici e dinamiche della forma di governo", Università degli Studi "Federico II" di Napoli, 14-15 giugno 2019, p. 175.

[26] La funzione di coordinamento in sede europea sgorga dall'articolo 5 e dall'articolo 121 del TFUE, che costituiscono le basi giuridiche degli indirizzi su cui la Commissione e il Consiglio concertano l'aderenza delle *policy* dei singoli stati membri alle raccomandazioni espresse in sede di Semestre Europeo. Il sindacato che si genera da tale coordinamento è capace di orientare "a valle" la scelta delle politiche pubbliche nazionali. Cfr. R. IBRIDO, *Coordinamento delle decisioni di bilancio e sostenibilità del debito: ragionando sulla Costituzione economica in trasformazione*, in Riv. Trim. di Dir. Econ., n. 2/2020, p. 114-166.

[27] Una autorevole dottrina ritiene che sia proprio l'articolo 81, nuova formulazione, Cost. a fungere da "clausola di trasformazione permanente dei vincoli esterni europei in vincoli interni alle decisioni di bilancio", G. RIVOSECCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, CEDAM, 2007, cit. p. 359.

[28] Art. 28, legge n. 488/1998, è stato il primo e principale strumento di coordinamento della finanza pubblica regionale al fine di adeguare la struttura finanziaria pubblica territoriale italiana alle esigenze imposta dall'appartenenza all'Unione europea. La disciplina appena descritta si concretizzava nel solco della attuale e progressiva riduzione dei disavanzi e dei debiti del settore pubblico, da realizzarsi in base al PIL. La "sostenibilità" della finanza pubblica e l'impregiudicata concorrenza del mercato interno -tale per cui l'azione della Pubblica amministrazione andava esclusa al fine di non agevolare talune unità economiche a sfavore di altre determinandone la "sopravvivenza" - dovevano segnare il progressivo ritiro della mano pubblica dall'economia procedendo a una progressiva diminuzione della spesa. Il riferimento è a tutti i dati aggregati delle Amministrazioni pubbliche, compresi Enti e Regioni.

[29] Vedansi i tre componenti del Patto di Stabilità interno quali: regole per l'individuazione degli enti coinvolti e par la definizione degli obiettivi ad essi assegnati e dei risultati da esse conseguiti; i meccanismi incentivativi e sanzionatori abbinati alle precedenti regole; gli strumenti per il monitoraggio e la certificazione dei risultati. Mutuate e rivisitate anche le "clausole di flessibilità" sia tra enti componenti la medesima Regione che tra Regioni quali: "Patti di flessibilità" e i "Patti di solidarietà" (legge 183/2011).

[30] G. RIVOSECCHI, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica tra Patto di Stabilità, Patto di Convergenza e determinazione dei fabbisogni standard degli enti territoriali*, cit.

[31] Sotto tale profilo, il coordinamento dinamico afferisce alle regole di convergenza e stabilità, già vigenti nel suesposto Patto di Stabilità interno, e oggi, rinforzate, orientate a disciplinare le effettive modalità di esercizio dei poteri rispetto ai fini e la misura del contributo degli enti territoriali ai mutevoli obiettivi di governo dei conti (in quanto 'tarati' sulla base della "*fiscal stance*" del Paese, ossia la sua posizione all'interno del ciclo economico). Esso è teso a istaurare un armonico orientamento di determinate istituzioni verso finalità comuni. Nel nostro ordinamento, tale strumento è preferito in quanto risulta maggiormente flessibile rispetto alla mutevolezza che l'andamento economico-finanziario vive nei vari esercizi contabili, così da orientare e adattare le misure di bilancio più adeguate alla contingenza.

[32] Il coordinamento statico è relativo al corposo *corpus* di regole he assicurerebbero le modalità e il periodico contributo in termini quantitativi delle autonomie al processo di convergenza (determinate con regole di rango costituzionale o leggi organiche.

principio di leale collaborazione[33]. Il modello di finanza, formalmente ibrido ma sostanzialmente derivato, su cui poggia il modello italiano rende le questioni maggiormente complesse per le autonomie. Il trittico coordinamento dinamico-aggiustamento in via di prassi-modello derivato restituisce un sistema fortemente condizionato dalle priorità (emotive) del legislatore statale che, sovente negli ultimi anni, utilizza il lemma "crisi"[34] (finanziaria, pandemica, sociale, ecc.) come strumento di cui avvalersi in sede di coordinamento. Come riportato da un'autorevole dottrina, "quanto più è intensa e penetrante la funzione di coordinamento, tanto meno autonoma è la finanza"[35]. Il tutto perché l'eccezionalità data dall'emergenza finanziaria, e poi consolidatasi negli schemi di modulazione utilizzati dallo Stato nella gestione del governo dei conti pubblici, si è trasfusa in regole sedimentate in trame normative e in prassi applicative oramai largamente consolidate. Logiche basate su una propensione che tende a concepire il coordinamento come "obblighi di contenimento della spesa"[36].

La leale collaborazione, innanzi alla necessità del provvedere come fonte dell'azione eccezionale, perde di vigore venendo dunque subordinata alle urgenze che sempre più caratterizzano la contingenza. Fenomeni che conducono a distorsioni nel sistema delle fonti e nel rapporto tra soggetti dello Stato[37]. D'altronde la *worst practice* del reimpiego delle risorse destinate alle Regioni non è del tutto nuova[38], così come è nota la

[33] Parla di "moduli di leale collaborazione" nella definizione della determinazione dei Livelli Essenziali delle Prestazioni G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in Rivista AIC n. 3/2019, 10 luglio 2019, p. 261.

[34] La necessità dell'agire, come uno stato d'eccezione che sospende gli ordinari raccordi in nome di una situazione che richiede una stentorea risposta, può portare anche a una "fuga dai raccordi", si veda C. CARUSO, *I raccordi tra Tato e Regioni*, in *Relazione al convegno del Gruppo di Pisa su "Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni"*, in Gruppo di Pisa, Trento, 18-19 settembre 2020; ed ancora si nota come: "Di fronte alla crisi, le relazioni finanziarie tra Stato e autonomie speciali hanno subito non poche forzature (2010-2011). Lo Stato ha talvolta tentato di estendere *in via diretta* limiti e vincoli finanziari, discostandosi dal principio dell'accordo e da quanto previsto dalle fonti atipiche. Tutto ciò ha alimentato un cospicuo contenzioso costituzionale", cfr. G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, cit., p. 278

[35] G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, cit., p. 264.

[36] *Ivi.*

[37] Si veda al fenomeno della definizione delle relazioni finanziarie tra Stato e autonomie speciali avvenuta mediante modifica degli statuti speciali con legge ordinaria, previa definizione di accordi, *ivi*, p. 278.

[38] Sul tema G. RIVOSECCHI, *ivi*, p. 254, l'Autore riporta l'esempio del rimpegno dei fondi strutturali europei in deroga ai principi di territorialità che li sostanziano. È il caso dei fondi strutturali POR-FESR (2007-2013) distolte dal loro fine primordiale concordato con le Regioni e riutilizzati per politiche nazionali, *in species* per finanziare le politiche attive del lavoro previste dalla riforma del 2014 (cd *Jobs Act*) trovando per altro usbergo dalla Corte costituzionale. Un esempio meno risalente e operante ai giorni nostri è il reimpiego dei fondi di

predisposizione logica del legislatore a interpretare il concetto della spesa come "costo"[39] e che lo induce a cadere nell'errore della eterogenesi dei fini[40]. Se, a tale scenario che complica la fase del coordinamento della finanza pubblica, si aggiungono i limiti impartiti alla spesa e all'implementazione dei servizi (divenuti) a compartecipazione pubblica lo scenario si compone.

3. La capacità di spesa delle regioni e degli enti locali.

Si è già detto che, in presenza di livelli di finanziamento condizionati da vincoli di finanza pubblica necessari al rispetto degli impegni assunti dall'Italia in sede comunitaria, in un sistema policentrico a finanza sostanzialmente derivata, il presupposto è che il governo operi un'azione centralizzante. La *reductio ad unum* operata sui saldi di bilancio, limita fisiologicamente l'azione di istituzioni che arrivano da una stagione di forte riduzione della spesa. Già nella struttura del Patto di stabilità interno, e del Patto di convergenza, regioni ed enti locali, si vedevano inserite in

Coesione territoriale ad opera del Decreto legge n. 34/2020; segnatamente, gli articoli 241 e 242 del decreto *de qua*, provvedono "a decorrere dal 1° febbraio 2020 e per gli anni 2020 e 2021, le risorse del Fondo Sviluppo e Coesione (FSC), rinvenienti dai cicli programmatori 2000-2006, 2007-2013 e 2014-2020, possono essere in via eccezionale destinate ad ogni tipologia di intervento a carattere nazionale, regionale o locale connessa a fronteggiare l'emergenza sanitaria, economica e sociale conseguente alla pandemia da Covid-19" il primo, e di apportare un "ulteriore grado flessibilità per il trasferimento di risorse tra i fondi della politica di coesione e tra le categorie di regioni; di esentare gli Stati membri dall'obbligo di rispettare i requisiti di concentrazione tematica, al fine di consentire che le risorse vengano reindirizzate verso i settori più colpiti dall'attuale crisi; di rendere ammissibili in via eccezionale le spese per le operazioni completate o pienamente realizzate volte a promuovere le capacità di risposta alle crisi nel contesto della pandemia di coronavirus; di permettere al Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR) di fornire sostegno alle imprese in difficoltà in queste specifiche circostanze in linea con la flessibilità prevista dalle norme sugli aiuti di Stato" il secondo. Tali dispositivi, in particolare quello contenuto nel primo articolo, sono tuttavia mitigati dalla promessa da parte del Governo di ripristinare gli stanziamenti allo *status ex quo ante* a tale previsione nel ciclo di programmazione 2021-27 (vedansi delibera DRG n. 416/2020, Allegato B della Regione Abruzzo). Il fatto saliente è che, innestandosi nella cornice compiuta dal *Temporary framework* europeo, dette rimodulazioni trovano la copertura dell'Unione europea ma lasciano scoperte numerose progettazioni strategiche anche di ampio respiro (vedansi componenti di spesa del progetto deliberato dalla Regione Abruzzo con delibera DGR n. 229 del 19/04/2016 cd MASTERPLAN-ABRUZZO)

[39] Esempio è il trattamento dell'istituto delle Province, ad opera di numerosi interventi legislativi che muovevano dal solo presupposto della prevalente prospettiva del contenimento della spesa; in fine si è arrivati allo 'svuotamento' dell'istituto, tutt'ora in funzione però, ad opera di una legislazione cannibale e non lineare che da un lato ha progressivamente sottratto ad esso le risorse necessarie ad esperire le funzioni e dall'altro non è stata capace di riformare organicamente l'ordinamento costituzionale al fine di espungerle definitivamente. Il risultato è un vuoto istituzionale e attuativo.

[40] Esempio lampante della distonia che intercorre tra volontà e realtà fattuale è il cd meccanismo di premialità dei comuni (che permette di differenziare le regole di evoluzione dei flussi finanziari dei singoli enti in ragione delle diverse situazioni finanziarie preesistenti nelle diverse regioni, art. 17, c.1, let. *e)* della legge n. 42 del 2009) finisce per limitare la loro capacità di spesa, in particolare la spesa per investimenti data la connaturata propensione delle spese in conto capitale ad essere compresse rispetto alle spese in conto corrente. Cfr. G. RIVOSECCHI, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica tra Patto di stabilità, Patto di convergenza e determinazione dei fabbisogni* standard *degli enti territoriali*, cit., p. 9.

strutture che articolavano significativamente il percorso delle spese, limitandone la discrezionalità politica[41].

In species, l'architettura costruita al fine di far rispettare le prescrizioni del Patto (come gli obiettivi di comparto e quelli funzionali a un miglioramento annuale dei saldi di finanza) ha assunto sfumature dal contorno moralistico[42]. Gli enunciati che si sono andati a sedimentare, consolidandosi in rigidi meccanismi di premialità e sanzioni, hanno sovente acuito le asimmetrie tra spazi, aumentando le difficoltà già presenti in un dato territorio[43].

Sicché si intuisce che un così rigido 'immediatismo' contabile-ragionieristico seppur costruito su principi aziendalisti, testimoniati dall'utilizzo della tecnica del fabbisogno standard (unito alla figura del costo standard)[44] come "fabbisogno che, valorizzando l'efficienza e l'efficacia, costituisce l'indicatore rispetto al quale comparare e valutare l'azione pubblica"[45], ha contribuito a spuntare la discrezionalità degli

[41] In tale contesto, per discrezionalità politica" si intende la facoltà dei decisori regionali – o territoriali- di operare una scelta circa l'esercizio di allocazione delle risorse nelle politiche più adatte alle esigenze, peculiarità, necessità che il proprio territorio richiede.

[42] Ai fini della concorrenza al contenimento dei saldi di finanza pubblica, gli enti territoriali vennero assoggettati a obiettivi, da conseguire annualmente, di saldo in termini di competenza mista (calcolati in base al differenziale tra entrate e spese finali al netto delle entrate derivanti dalla riscossione dei crediti e delle spese derivanti dalla concessione di crediti) ponderati successivamente su parametri di virtuosismo, e non-virtuosismo. Per il legislatore, che introduce tale configurazione su cui procedere a alleggerire o inasprire gli obiettivi di saldo da attribuire agli enti con il Decreto-legge n.98 del 2011, art. 20, commi 2 e 2-*ter*, la *ratio movendi* è quella di premiare gli enti che raggiungono gli obiettivi negli esercizi precedenti con un allentamento degli obiettivi-saldo, e invero di punire coloro che non hanno raggiunto gli obiettivi programmati con suppletivo inasprimento degli obiettivi. In tal senso, la struttura siffatta delineata non ha creato altro che un ulteriore scompenso tra enti.

[43] Si pensi al meccanismo sanzionatorio sostanzialmente uguale tra enti e regioni che non hanno conseguito gli obiettivi di finanza pubblica concertati con lo Stato. Questi, all'articolo 31 della legge n. 183 del 2001 (per gli enti) e alla legge 228 del 2012 (commi 462 e 464), statuisce: l'assoggettamento ad una riduzione del fondo sperimentale di riequilibrio o del fondo perequativo in misura pari alla differenza tra il risultato registrato e l'obiettivo programmatico; l'impossibilità di impegnare spese correnti in misura superiore all'importo annuale medio dei corrispondenti impegni effettuati nell'ultimo triennio; il congelamento della clausola di indebitamento per investimento (è di fatto concessa tale *golden share* qualora si sia conseguito nell'esercizio precedente l'obiettivo del saldo programmato, sicché tale attestazione osta a qualsivoglia ulteriore previsione di ammortamento o di piani di rientro); i congelamento delle assunzioni di personale, di qualsiasi tipo e con qualsivoglia tipologia contrattuale, anche con riferimento ai processi di stabilizzazione in atto; l'ente (o si veda la Regione) è tenuto a rideterminare l'indennità di funzione e i gettoni di presenza dei consiglieri con conseguente riduzione.

[44] Per una visione più interna all'operare del fabbisogno standard nella ripartizione delle risorse devolute al Sistema Sanitario Nazionale, e di come esso sia fissato all'interno di una logica di *top-down* (a fondo chiuso e stabilite *ex ante*) partendo da una posizione di sovraordinazione delle istanze di compatibilità di finanza pubblica sulle risorse disponibili, si veda A. ZANARDI, *I fabbisogni standard nel finanziamento e riparto regionale del SSN*, in Convegno nazionale di contabilità pubblica "*Dalla emergenza sanitaria alla stabilizzazione economica della sanita pubblica*, Pisa 17, 18, 19 dicembre 2020 (ritrovabile, in attesa degli atti scritti, qui: https://www.youtube.com/watch?v=CyIdsQ5872E, dal minuto 07:00).

[45] Art. 2, let. *f)*, legge n. 42/2009 sul "federalismo fiscale". Una interessante esegesi sul termine "*fiscal federalism*", termine americano coniato dal novero delle teorie della finanza pubblica, da cui il legislatore ha coniato il lemma "federalismo fiscale", distorcendone lessico e significato, si può ritrovare nel primo paragrafo

indirizzi di politica pubblica di Regioni ed enti locali, trovando nella crescita e nell'investimento le poste di spesa da sacrificare.

Si può dire che, più che "*over the cycle*", le previsioni del Patto di stabilità interno, abbiano agito *pro-cyclically*, seguendo, a causa della rigidità delle previsioni[46], parallelamente le tendenze congiunturali delle fluttuazioni economiche, impedendo precisi interventi anticiclici ovvero logorando la programmazione di lungo periodo e di spesa in conto capitale[47]. Lo scenario appena descritto è il substrato da cui prende successiva forma la novella dell'impianto della *governance* di finanza pubblica. Tale impianto è formalmente superato dalla legge costituzionale n. 1 del 2012 e dalle modifiche che essa apporta agli articoli 81, 97, 117 e 119 della Costituzione. È la legge quadro n. 243 del 2012 che riprende e ricompone la normativa sulla finanza regionale, definendone gli scopi.

A partire dalla meta-norma di bilancio, di cui all'articolo 81 della Costituzione, e seguendo le direttrici rappresentate dagli articoli 9 e 12, della legge n. 243/2012, la determinazione della finanza regionale si aggancia agli obiettivi vincolati di finanza pubblica diffusa.

La nuova regola, la cui applicazione è stata prevista a decorrere dal 2016, viene così a sostituire, da tale anno, il Patto di stabilità interno che nel corso del tempo aveva portato ad un addensamento normativo di regole assai complesse. Dopo una sequenza di interventi alluvionali e

"*La parole e la cosa*", cfr. M. BENVENUTI, *La dimensione finanziaria*, in *Relazione al convegno del Gruppo di Pisa su "Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni"*, in Gruppo di Pisa, Trento, 18-19 settembre 2020.

[46] Si può dire anche che, seppur con un meritevole ragionamento a base, le previsioni inerenti ai patti di solidarietà non abbiano prodotto quell'auspicato effetto di flessibilità. La previsione di "liberare" spazi finanziari non soddisfatti da altri enti o da altre regioni (da ente a ente dello stesso comparto -flessibilità orizzontale; da regione a ente -flessibilità verticale), a favore di coloro "inosservanti", non è riuscita a lenire le disuguaglianze. Si consideri anche che il 'prestito' doveva essere restituito nei due esercizi successivi.

[47] Un'autorevole dottrina ha posto in evidenza di come, le logiche moventi dalle prospettive punitorie in situazione di già grave squilibrio finanziario, conducano solamente un aggravio della situazione. Si pensi alla previsione per la quale, in caso di scostamenti sistematici dagli obiettivi di coordinamento si "possono comportare l'applicazione di misure automatiche per l'incremento delle entrate tributarie ed extra tributarie". Prescrizione già prevista nei patti di convergenza (articolo 2, comma 2, let. *z*) della legge n. 42/2009), ed oggi evocata nelle previsioni dei Piani di riequilibrio pluriennali ai fini del rientro dagli scostamenti di bilancio di enti e Regioni. Ebbene, oltre alla necessità di imporre dei perimetri parametrici (ad esempio sull'entità del disavanzo) da cui far scattare le clausole di convergenza agli obiettivi presupposti, si staglia anche l'ombra di un obiettivo reale, divergente da quello dichiarato da parte del Governo; ossia la volontà di scaricare, sulle spalle delle autonomie, "oneri finanziari derivati dal livello di governo superiore, cioè da quello statale". Cfr. G. RIVOSECCHI, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica tra Patto di stabilità, Patto di convergenza e determinazione dei fabbisogni* standard *degli enti territoriali*, cit., p. 7.

ripetuti sulla disciplina, tra rinnovate leggi di contabilità e interventi per il tramite di leggi di stabilità, il legislatore ha posto ordine alla struttura della finanza[48]. Con le novelle apportate dalla legge 12 agosto 2016, n. 164, modificativa della legge di contabilità 31 dicembre del 2009, n.196, si vengono a saldare i termini di competenza e di cassa in un unico obiettivo di finanza pubblica, enucleato in un saldo non negativo (sia nella fase di previsione che in quella di rendiconto), delle entrate e delle spese finali, espresso in termini di competenza[49]; come previsto dalla legge di stabilità per il 2016 (l. n. 208/2015). Tale modifica non incide sulla previsione dei saldi, ma sulla composizione della spesa ed è devoluta ad un allineamento con le previsioni del TUEL (art. 162, c.6 , D.Lgs. 267/2000; art. 40, D.Lgs. n. 118/2011). Per gli enti locali la nuova disciplina risulta sostanzialmente diversa, soprattutto per ciò che concerne la *golden rule*: essa consta nel raggiungimento di uno specifico obiettivo di saldo finanziario, calcolato quale differenza tra le entrate e le spese finali comprese le spese in conto capitale espresse in termini di competenza mista[50]. I complessi meccanismi del Patto sono ora sostituiti da un vincolo più lineare, costituito dal raggiungimento di un unico saldo. La forcella che adesso informa l'azione degli enti, e delle regioni, risulta più larga. Non costringendo a un saldo positivo, come precedentemente previsto, ma prescrivendo un saldo non in negativo (quindi tendente allo zero) gli enti hanno un minore sforzo da condurre. Il fatto, poi, che sia richiesto un saldo unico in termini di competenza, a valere sul vincolo di cassa ai pagamenti in conto capitale, consente una maggiore liquidità capace di trovare cittadinanza attiva nelle poste di spesa per investimento. Proprio in ragione degli investimenti, questi hanno trovato una situazione di

[48] La regola del pareggio, dopo essere stata anticipata per le sole regioni a decorrere dal rendiconto 2015 ad opera dell'articolo 1, comma 463, della legge n.190 del 2014, viene introdotta nel 2016 dai commi 707- 734 della legge n. 208/2015 (legge di stabilità 2016) sia per le regioni stesse (con contestuale cessazione di quanto dettato dalla legge n.190 del 2014 medesima) che per gli enti locali.

[49] Esso è basato sul criterio di competenza finanziaria potenziata; tale criterio esige che le registrazioni contabili delle obbligazioni giuridiche siano conseguite in ragione della loro esigibilità e prevede che tutte le obbligazioni, attive o passive, che danno luogo a entrate e spese debbano essere registrate dall'ente nelle scritture contabili nel quando l'obbligazione è perfezionata, con imputazione nell'esercizio in cui l'obbligazione viene a scadenza. Pertanto, tale criterio avvicina il criterio della competenza a quello della cassa.

[50] Si tratta di quel criterio contabile che considera le entrate e le spese in termini di competenza (per la parte corrente) e in termini di cassa per la parte degli investimenti, il tutto al fine di rendere maggiormente aderenti gli obiettivi del patto con gli obiettivi comunitari.

stagnazione profonda nel tempo di vigenza del Patto.

Oggi, come previsto dall'articolo 10, comma 4, della legge 243 del 2012, anche gli avanzi primari conseguiti negli esercizi precedenti, possono essere utilizzati al solo fine di finanziare spese di investimento (ferme restando le vincolanti intese regionali da conseguire, ovvero il ricorso ai Patti di solidarietà nazionali[51]. In forza del comma 711 della legge di stabilità del 2016, inoltre, è fatta salva la possibilità di ricomprendere il Fondo pluriennale vincolato, al netto delle entrate rivenienti dal ricorso all'indebitamento, nel calcolo del saldo finale.

Va osservato inoltre come nelle sentenze 101/2018 e 247/2017 il Giudice delle leggi elabori un'interpretazione "multilivello" sugli equilibri che le regioni e i singoli enti devono conseguire. Dalla lettura sistemica della legge 243/2012, segnatamente l'articolo 9, e del Decreto legislativo n. 118/2011, emerge che vi sono due livelli di equilibrio (di saldo) da ricercare nello sforzo per conseguire gli obiettivi espressamente precisati dalla "norma costituzione, di matrice europea"[52].

Il primo (saldo tra le entrate finali e le spese finali) come formalmente definito è valido solo per il comparto degli enti nel suo complesso; il secondo (saldo tra il complesso delle entrate e il complesso delle spese, ivi inclusi gli avanzi di amministrazione, debito e Fondo pluriennale vincolato) è valido a livello di singolo ente territoriale. Pertanto, le prescrizioni di cui all'art. 9 della legge 243/2012, devono ritenersi soddisfatte dall'intero comparto, regionale e nazionale, anche quale presupposto per la legittima contrazione del debito; mentre per i singoli enti è prescritto il saldo tra il complesso delle entrate e delle spese finali, compreso l'utilizzo di avanzi, Fondo pluriennale vincolato e debiti, coerentemente con le previsioni *ex* art. 1, comma 821, del D.Lgs. n.

[51] Come richiamato anche dalla Delibera n.20 del 2019 della Corte dei conti, Sez. riunite, in cui il giudice contabile sottolinea tale fattispecie come norma di flessibilizzazione da sfruttare a pieno al fine di garantire le spese per investimenti.
[52] Corte dei conti, Sezioni riunite, delibera n. 20/2019, p. 8.

118/2011[53]. Tale interpretazione specificata dalla Corte permette una visione più "largheggiante" dell'equilibrio che gli enti locali devono conseguire, a livello di singolo, seppur più "stringente" se considerato a livello comunitario[54].

Gli enti, secondo il legislatore, dovrebbero -oltre conseguire il saldo W1 (come indicato dal decreto n. 19/2019) ossia il risultato di competenza non negativo-, altresì tendere al conseguimento del saldo W2, ossia l'equilibrio di bilancio, rappresentante dell'effettiva capacità dell'ente di garantire, a consuntivo, la copertura integrale degli impegni, del ripiano del disavanzo, dei vincoli di destinazione e degli accantonamenti in bilancio. Dunque, un sistema significativamente prudenziale nella definizione degli oneri.

A tale quadro contabile, si aggiungono i principi sanciti dagli articoli 97 e 119 della Costituzione -in termini di indebitamento e sostenibilità del debito- che vincolano ulteriormente le autonomie. Con il primo comma dell'articolo 97 Cost. si statuiscono due previsioni differenti, relative all'equilibrio di bilancio e alla sostenibilità del debito pubblico. L'equilibrio di bilancio ha una prospettiva di medio respiro, la sostenibilità del debito ha una proiezione temporale più lunga che limita nel tempo l'azione della Pubblica amministrazione[55]. Il sesto comma dell'articolo 119 della Carta vieta forme di indebitamento non dirette a finanziare spese di investimento[56]. Una facoltà scoraggiata dal legislatore statale nelle

[53] Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, Circolare n. 5, *Chiarimenti sulle regole di finanza pubblica per gli enti territoriali, di cui all'articolo 9 e 10 della legge 24 dicembre 2012 n. 243*.

[54] Si noti che, il rispetto dei precetti di cui all'articolo 9 della legge 243/2012, anche come presupposto per la legittima contrazione del debito, è vigilato dalla Ragioneria generale dello Stato, "per ogni esercizio di riferimento" e per tutto il triennio, sulla base delle informazioni dei bilanci di previsione, trasmesse dagli enti territoriali. Nel caso di mancato rispetto, *ex ante*, a livello di comparto, dell'articolo 9, comma 1-BIS, l. n. 243/2012, gli enti appartenenti ai singoli territori nazionali responsabili del mancato rispetto sono tenuti, previa comunicazione della Ragioneria generale dello Stato alla Regione interessata, a rivedere le previsioni di bilancio degli enti "del territorio" al fine di assicurarne il rispetto; nel caso di mancato rispetto *ex post*, a livello di comparto, del medesimo articolo, gli enti territoriali della regione interessata, compresa la regione medesima, devono adottare misure atte a consentirne il rientro nel triennio successivo. *Ivi*, p.9.

[55] Anche in questo senso, la Corte, getta l'ombra di un'ermeneutica multilivello nella quale si sostanzia una prescrizione più "bassa", di "equilibrio individuale degli enti facenti parte della finanza pubblica allargata", e una prescrizione più "alta", di equilibrio complessivo, "in quanto finalizzato ad assicurare la sostenibilità del debito nazionale" Sentenze n. 88/2014 e n. 252/2017.

[56] Secondo la Corte costituzionale, peraltro, " il valore costituzionalmente protetto del divieto di indebitamento per spese diverse dagli investimenti trova espressa enunciazione nel predetto art. 119, sesto comma, Cost., ma viene declinato – in modo assolutamente coerente ed integrato, secondo esigenze meritevoli di disciplina

"intese" (e nei patti di solidarietà nazionali) di cui all'articolo 10, comma 3, della legge 243/2012.

La contestuale prescrizione della necessaria definizione dei piani di ammortamento, stante la condizione che per il complesso degli enti che compongono la Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio (articolo 10, commi 3 e 4, della legge 243 del 2012), determina lo stretto perimetro entro il quale la facoltà di indebitarsi, per il cd "debito buono"[57], è concepita. È fatta comunque previsione che, le regioni, utilizzino il ricorso all'indebitamento nel limite delle spese per il rimborso dei prestiti risultanti dal proprio bilancio di previsione[58], ovvero per coprire debiti fuori bilancio riconosciuti per spese di investimento (Corte dei conti, Delibera n. 83/2019/PAR). Il cerchio, pertanto, trova nuovamente la sua chiusura, dovendo, anche l'indebitamento per investimento (come per l'utilizzo dell'avanzo primario), rintracciare comunque copertura nella previsione di già accertati risultati di equilibrio dei bilanci o per singolo ente, o per il complesso degli enti che compongo la medesima Regione. Così la logica multilivello, comparto/singolo, si condiziona vicendevolmente, allacciando la capacità della spesa regionale[59]. Il principio dell'investimento è compresso dalle diverse previsioni sopra dette, seppur trova un grado di flessibilità in ambito regionale e nazionale[60].

uniforme sull'intero territorio nazionale – attraverso altri parametri costituzionali, quali i citati artt. 81, 117, secondo comma, lettera l), e 117, terzo comma, Cost., venendo ad assumere consistenza di vera e propria clausola generale in grado di colpire direttamente – indipendentemente dall'esistenza di norme applicative nella pertinente legislazione di settore – tutti gli enunciati normativi che vi si pongono in contrasto (sulla immediata precettività dei parametri costituzionali inerenti agli equilibri di bilancio ed alla sana gestione finanziaria, sentenza n. 70 del 2012)", punto 3, Cons. in Dir., sent. n. 118/2014.

[57] Tale termine è tornato alle cronache dopo l'intervento dell'ex Presidente della BCE, Mario Draghi, al 41esimo *meeting* di Rimini. Esso è, il debito contratto per la spesa pubblica devoluta all'implementazione di progetti e programmi i quali si compongono di un alto moltiplicatore economico, ossia la capacità dell'oggetto di produrre un ritorno di ricchezza pubblica superiore agli oneri utilizzati per la sua creazione. In un recente giudizio di parifica, la Corte dei Conti, nella Delibera n. 83/2019/PAR, ribadisce: "la copertura dell'eventuale relativo accordo transattivo non potrebbe che riguardare tali spese [per investimento], con esclusione di quelle estranee al corrispondente incremento patrimoniale".

[58] Ciò è indisponibile alle facoltà degli enti locali che devono comunque trovare, nelle apposite intese regionali, il perimetro della loro azione.

[59] Non foss'altro che, tale previsione, si intarsia con la previsione dell'articolo 81, secondo comma, della Costituzione, per cui l'indebitamento è contemplato, previa costatazione della fase del ciclo economico, e comunque inserito in un sentiero di equilibrio tale per cui il complesso delle spese e delle entrate deve essere garantito nel lungo periodo.

[60] Sul versante regionale è fatta facoltà ad esse di autorizzare gli enti locali del proprio territorio a peggiorare il saldo di equilibrio per permettere esclusivamente un aumento degli impegni di spesa in conto capitale, purché

Lo strumento della programmazione e quello della razionalizzazione delle spese se in astratto avrebbero potuto favorire una migliore organizzazione complessiva degli oneri -assegnando uno *status* di priorità a quegli che costituiscono il "nucleo" della funzione pubblica-, in concreto raramente responsabilizzano l'operato del legislatore di regioni o enti locali. Stante anche la non banale facoltà di stabilire quale sia l'indirizzo politico "giusto" e quale sia quello "sbagliato", consequenziando il pertinente percorso della spesa collegata.

Sicché, in regime di scarsità delle risorse, questi finiscono per trovarsi schiacciati dalle incisive richieste di compartecipazione agli obblighi che lo Stato contrae in sede comunitaria[61] e dalle necessità di esperire gli oneri indifferibili e indefettibili (come le spese per l'ordinaria funzione o per gli stipendi del personale). Si pensi a come è stata condotta l'attribuzione dei riparti di spesa per investimento a favore delle regioni. Queste, in sede di Conferenza Stato-Regioni, raggiungono un accordo[62] recepito dalla legge di bilancio per il 2019, come poi modificata in sede di manovra per il 2020; in tale contesto, tra i due attori di governo si istaura un rapporto a doppio binario. Un sinallagma per il quale lo Stato, da una parte concede risorse al fine di convogliarle verso nuovi investimenti e dall'altro riceve il contributo in termini di concorso delle regioni alla

sia garantito l'obiettivo complessivo a livello regionale mediante il contestuale miglioramento, di pari importo, del medesimo saldo dei restanti enti locali della regione o della regione stessa. Per la rideterminazione degli obiettivi mediante cui attuare la flessibilità si attribuisce alle regioni il compito di definire i criteri di virtuosità e le modalità operative, dettando procedure che porti gli enti a comunicare, entro il 15 aprile, gli spazi finanziari di cui abbisogna, così da concludere entro il mese di settembre la organizzazione dei saldi obiettivo di ciascun ente locale. Agli enti locali che chiedono e ricevono spazi finanziari è fatto obbligo, nelle due annualità successive a quella di ricezione, a restituire le risorse di cui hanno usufruito. Medesima procedura avviene a livello nazione, dove le Regioni che necessitano di spazi finanziari comunicano tali quantità al governo - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato; tali spazi finanziari sono collocabili esclusivamente per sostenere gli impegni di spesa in conto capitale, per la quota non soddisfatta, tramite il meccanismo di solidarietà nazionale. Vedansi l'art. 1, commi 728-730 e 732, legge n. 208/2015.

[61] Si prenda in considerazione l'articolo 12, della legge 243/2012, in tema di "Concorso delle Regioni e degli enti locali alla sostenibilità del debito pubblico". Essa, per disposizione di cui ai commi 1 e 2, stabilisce che: "tenuto conto dell'andamento del ciclo economico, concorrono alla riduzione del debito del complesso delle amministrazioni pubbliche attraverso versamenti al Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato", secondo le modalità stabilite *ex lege*. Tale previsione, originariamente concepita con la sintassi "nelle fasi favorevoli del ciclo economico" (le autonomie prevedono alla destinazione di risorse devolute al Fondo per l'ammortamento), oggi risalta la facoltà residuata in capo allo Stato di decidere per una flessibilizzazione delle devoluzioni da adempiere. Obblighi che comunque, a prescindere dall'andamento del ciclo economico nazionale, devono essere esperiti dalle autonomie in sede di Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica (comma 3, medesima legge).

[62] L'accordo è del 15 ottobre 2018, si legga con attenzione, nella sezione motiva dell'atto, il considerato n.5, dove si "frena" la proposta regionale di utilizzo degli avanzi di amministrazione -ponendovi un limite anche temporale-https://www.camera.it/temiap/2019/03/21/OCD177-3956.pdf

finanza pubblica. Oltre che a recepire le censure della Corte sul mancato rispetto del canone di transitorietà -inosservato dalla legge n. 232/2016 al comma 527 che prorogava per la terza volta consecutiva il sacrificio dei tagli sulle risorse imposti alle regioni- e a liberare le autonomie del fardello di 750 milioni in termini di compartecipazione alla finanza pubblica, si stabiliva, in sostanza, che le Regioni avrebbero comunque finanziato gli investimenti[63] per gli importi stabiliti nella legge, ma non avrebbero ricevuto il trasferimento delle somme dallo Stato. Per gli anni 2019-2020, il concorso della finanza pubblica è realizzato a valere sul mancato trasferimento da parte dello Stato del contributo per la realizzazione dei nuovi investimenti[64].

In questo contesto è fisiologico il calo delle spese per investimenti[65], come anche della spesa corrente, demonizzata in sede di tipizzazione delle uscite (buone/cattive) e che troppe volte si valuta come dilapidazione dei risparmi pubblici. Se la scarsità del personale raggiunge le latitudini che oggi conosciamo, mettendo a repentaglio l'azione della funzione pubblica, sono gli stessi principi costituzionali che vengono lesi. Il *vulnus* è esteso.

[63] In questa sede di concertazione tra Stato e Regione, nell'Allegato A vengono tipizzate le spese di investimento, ricomprendendo in esse quelle afferenti a: investimenti finalizzati a opere pubbliche di messa in sicurezza degli edifici del territorio, ivi incluso l'adeguamento e il miglioramento sismico degli immobili; investimenti finalizzati alla prevenzione del rischio idrogeologico e alla tutela ambientale; per interventi nel settore della viabilità e dei trasporti; per interventi in edilizia sanitaria ed edilizia pubblica residenziale; per interventi in favore delle imprese, ivi incluse la ricerca e l'innovazione. Altra novità è l'introduzione, al fine di incentivare le operazioni di investimento per le Regioni, della categoria contabile del "debito autorizzato e non contratto". Tale figura contabile, soppressa ad opera del D.Lgs. n. 118/2011, ad opera dell'articolo 40, consente ora alle regioni di dare copertura alle spese di investimento con i prestiti previsti dalla legge di bilancio, senza il vincolo del previo perfezionamento degli stessi. Questo quadro si inserisce nel più ampio contesto della normativa nazionale che, all'articolo 3, comma 18, della legge n. 350/2003 (finanziaria 2004) tipizza con un elenco le spese che hanno natura di investimento, ai sensi dell'articolo 119 della Costituzione: *a)* l'acquisto, la costruzione, la ristrutturazione e la manutenzione straordinaria di beni immobili, costituiti da fabbricati sia residenziali che non residenziali; *b)* la costruzione, la demolizione, la ristrutturazione, il recupero e la manutenzione straordinaria di opere e impianti; *c)* l'acquisto di impianti, macchinari, attrezzature tecnico-scientifiche, mezzi di trasporto e altri beni mobili ad utilizzo pluriennale; *d)* gli oneri per beni immateriali ad utilizzo pluriennale; *e)* l'acquisizione di aree, espropri e servitù onerose; *f)* le partecipazioni azionarie e i conferimenti di capitale, nei limiti della facoltà di partecipazione concessa ai singoli enti mutuatari dai rispettivi ordinamenti; *g)* i trasferimenti in conto capitale destinati specificamente alla realizzazione degli investimenti a cura di un altro ente od organismo appartenente al settore delle pubbliche amministrazioni; *h)* i trasferimenti in conto capitale in favore di soggetti concessionari di lavori pubblici o di proprietari o gestori di impianti, di reti o di dotazioni funzionali all'erogazione di servizi pubblici o di soggetti che erogano servizi pubblici, le cui concessioni o contratti di servizio prevedono la retrocessione degli investimenti agli enti committenti alla loro scadenza, anche anticipata. In tale fattispecie rientra l'intervento finanziario a favore del concessionario di cui al comma 2 dell'articolo 19 della legge 11 febbraio 1994, n. 109; *i)* gli interventi contenuti in programmi generali relativi a piani urbanistici attuativi, esecutivi, dichiarati di preminente interesse regionale aventi finalità pubblica volti al recupero e alla valorizzazione del territorio.

[64] Cfr. Camera dei deputati, SERVIZIO STUDI, XVIII Legislatura, *Regioni e finanza regionale*, 30 marzo 2020, dove è anche riportata la posizione della giurisprudenza costituzionale in merito al coordinamento di finanza pubblica e al concorso delle regioni alla stessa.

[65] M. CASAMONTI, G. GOTTARDO, S. OLIVARI, *Riusciremo ad aumentare gli investimenti pubblici?*, in Osservatorio conti pubblici italiani, 11 novembre 2020.

Senza entrare troppo nel dettaglio per ragioni di economia dell'elaborato, il rapporto funzioni-risorse è leso quando alle seconde è posto un laccio, ovvero un tetto quantitativo (ma non qualitativo) irragionevole. Troppo spesso "le risorse sono state trasferite senza tenere conto in maniera sempre adeguata di quante funzioni sono effettivamente svolte dalle regioni"[66]. Il consolidamento del paradigma della "coperta corta"[67], che da cultura provvisoria è diventata definitiva logica di redistribuzione delle risorse, ha inverato il concetto che vuole la moneta buona "scacciata" dalla moneta cattiva. Di talché, il nesso di correlazione tra funzioni e risorse (principio di cui agli articoli 118 e 119 della Costituzione) è sostanzialmente tradito. Così è compromessa, a valle, la stessa azionabilità dei servizi e delle funzioni pubbliche, nonché dei diritti[68]. E tuttavia, tale risultato oltre ad essere una questione di merito (di qualità della scelta allocativa), è anche una questione di metodo; alla scelta di un sistema derivato, come ricorda un'autorevole dottrina, unito alla distribuzione delle funzioni e al carattere "finalistico" del coordinamento della finanza pubblica[69], si aggancia la "sussistenza o non di trasferimenti erariali con vincoli di destinazione"[70]. Si tratta di previsioni, seppur attenuate nella sedimentata giurisprudenza della Corte costituzionale, che

[66] G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia,* cit., p. 260.

[67] "Deve essere considerato che la scarsità di risorse determinata dalla perdurante crisi economico-finanziaria incide negativamente sul finanziamento delle funzioni allocate ai diversi livelli territoriali di governo. Il quadro è reso ulteriormente problematico dai rinnovati vincoli europei al governo dei conti pubblici, nonché, più in generale, dai processi di integrazione sovranazionale del governo dell'economica, che influiscono sulla distribuzione territoriale del potere politico e delle risorse finanziarie", G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia,* cit., p. 255.

[68] *Cfr.* sul tema, F. SUCAMELI, *LEA e piani di rientro sanitati,* in Diritto&conti.it, 3 dicembre 2019; M. BELLETTI, *Le Regioni "figlie di un Dio minore". L'impossibilità per le Regioni sottoposte a Piano di rientro di implementare i livelli essenziali delle prestazioni,* in Le Regioni, n. 5-6, ottobre-dicembre 2013.

[69] "In particolare, sin dalla sua primigenia collocazione all'art. 117, co. 3, Cost., la giurisprudenza costituzionale ha subito introiettato una "specificità della materia" del coordinamento della finanza pubblica, suscettibile di ingenerare per tutte le Regioni, siano esse a statuto ordinario o a statuto speciale, "gli stessi o più rigorosi limiti" rispetto a quanto previsto financo nel testo costituzionale previgente. Ciò ne fa "più che una materia, una funzione"; anzi, per meglio dire, secondo una terminologia ormai persistente, una funzione dotata di un "carattere 'finalistico'", ovverosia di una "consistenza elastica, non astrattamente predeterminabile, destinata a ricomprendere tutti gli strumenti necessari a garantire il conseguimento degli obiettivi di buon andamento del sistema finanziario". Tra questi ben può rientrare, in quanto espressivo di una "scelta di fondo" del legislatore statale, l'esercizio da parte di esso di "poteri puntuali", *id est* di "poteri di ordine amministrativo, di regolazione tecnica, di rilevazione di dati e di controllo"; e ciò, inesorabilmente, fino all'estremo limite di "prevale[re] su tutte le altre competenze regionali, anche esclusive", dando così corpo all'immaginifica metafora di chi ha evocato, in proposito, una "materia onnivora"". M. BENVENUTI, op.cit., p. 35.

[70] "Nell'ordinamento italiano, storicamente caratterizzato da un modello di finanza pubblica derivata, la transizione a un sistema in cui i finanziamenti stati sono limitati a finalità perequative o all'erogazione di risorse aggiuntive rispetto al normale esercizio delle funzioni -fermo restando che si tratta di istituti fondamentali nella realizzazione dell'eguaglianza sostanziale -, rappresenta una variabile particolarmente incisiva del grado di effettiva autonomia che assiste le regioni nel realizzare politiche a beneficio dei diritti". Cfr. G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia,* cit., p. 262.

possono significativamente influire sulla autonomia di indirizzo politico delle regioni o degli enti[71].

4. Buon andamento e spesa per investimenti.

Considerato il quadro delineato, le regioni godono di spazi sempre più compressi per far fronte alle necessità di politica pubblica. Oltre alla ripartizione aliquotale delle imposte ed alle risorse redistribuite dall'Unione europea sotto forma di Fondi di coesione[72], il sistema del *fiscal budget* si compone con: le modalità dei fabbisogni e costi standard, come processo modulare di redistribuzione delle risorse a crocevia tra principio autonomistico, vincolo di bilancio e tutela dei diritti costituzionali; l'intervento dello Stato, nella creazione di Fondi speciali e Fondi di perequazione per lenire le distonie nei territori con forti carenze strutturali (di cui il fabbisogno è criterio su cui si pondera l'attribuzione delle risorse)[73]; l'utilizzo condizionato e "mediato" della leva dell'indebitamento al fine di spese per investimenti. L'utilizzo, nelle disponibilità dell'ente, delle quote di avanzo primario e del Fondo pluriennale vincolato in ragione di esigenze di investimento, ovvero al fine di ridurre il debito contratto dall'ente. Previsioni comunque astrette a rigide condizioni di equilibrio complessivo, intese e progettazioni precise. Se questo è il reticolato che involge l'azione delle autonomie, l'azione del legislatore nazionale sembra essere più libera.

Le deroghe innestate nello stesso articolo 81 della Costituzione (primo e secondo comma) configurano profili definiti da alcuni "keynesiani". Esso, nell'accezione comune e meno profonda, sta oggi a significare la facoltà dell'economia nazionale di reagire agli *shock* esterni o interni che ne deflettono la tendenza alla crescita con politiche espansive

[71] *Ivi*, pp. 262 e 263.
[72] Si veda sul tema: BANCA D'ITALIA, *L'economia delle Regioni italiane. Dinamiche recenti e aspetti strutturali. N.22*, 4 novembre 2020.
[73] "L'effetto è quello di far assurgere la determinazione dei costi e dei fabbisogni standard a strumento dinamico di coordinamento della finanza pubblica, nel tentativo di contemperare vincoli di bilancio e ragioni dell'autonomia, in quanto il costo standard si configura come la determinante quantitativa del fabbisogno finanziario standard che, a sua volta, costituisce il parametro fondamentale – come si accennava – ai fini dei meccanismi di perequazione, con particolare riferimento alla copertura finanziaria dei livelli essenziali e delle funzioni fondamentali", cfr. G. RIVOSECCHI, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica tra Patto di Stabilità, Patto di convergenza e determinazione dei Fabbisogni* standard *degli Enti territoriali,* cit., p. 15.

ed accomodanti verso la domanda. In altre parole, l'indebitamento è consentito, al Governo nazionale, "solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico" e previa autorizzazione delle Camere a maggioranza assoluta, ovvero per affrontare eventi eccezionali che investono lo Stato (articolo 6, comma 2, legge 243/2012)[74]; che ne ha fatto unanimemente richiesta nelle varie Legislature[75]. Pertanto, il *nomos* stabilito nell'articolo 81 della Costituzione è valido solo per il comparto (centrale) del governo dei conti pubblici il quale, da un lato, chiede sacrifici alle autonomie, azionando clausole di valore assiologico, mentre, dall'altro, attinge pienamente a tutte le leve della flessibilità finanziaria possibili (tranne quelle dell'investimento)[76]. Eppure, le riforme di cui l'intero apparato degli *assets* nazionali necessita (dalla PA ai trasporti, insomma l'intero pacchetto sotto la lente d'ingrandimento del Piano nazionale di Ripresa e di Resilienza) richiedono solamente la via dell'investimento. Dei sei "pilastri" che la Commissione indica c'è un forte riferimento all'implementazione degli investimenti sulla Pubblica amministrazione (*"Health, and economic, social and institutional resilience, including with a view of increasing crisis reaction and crisis preparedness")* [77].

[74] Il secondo comma definisce gli "eventi eccezionali": a) periodi di grave recessione economica relativi anche all'area euro o all'intera Unione europea; b) eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato, ivi incluse le gravi crisi finanziarie nonché le gravi calamità naturali, con rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale del Paese. Al terzo comma, del medesimo articolo, viene disciplinato il percorso su cui innestare tali deviazioni "temporanee" dal sentiero di avvicinamento (o consolidamento) all'Obiettivo di medio termine concordato. Sicché, con relazione alle Camere da approvare a larga maggioranza, previo sentito della Commissione, il Governo stabilisce l'entità degli stanziamenti in "scostamento", le finalità a cui essi sono devoluti, il piano programmatico di rientro e la relativa data commisurata alla gravità degli eventi. Due ulteriori deroghe alle appena citate fasi di scostamento dal sentiero dell'ortodossia di bilancio le troviamo ai commi 5 e 6; ove il primo prescrive che "Il piano di rientro può essere aggiornato con le modalità di cui al comma 3 al verificarsi di ulteriori eventi eccezionali ovvero qualora, in relazione all'andamento del ciclo economico, il Governo intenda apportarvi modifiche", e il secondo prevede che le procedure richiamate possono essere usate anche qualora il Governo volesse prevedere l'indebitamento al fine di "realizzare operazioni relative alle partite finanziarie" (postilla utilizzata una sola volta, finora, dal legislatore nazionale nel caso di Monte dei Paschi di Siena, nel 2016).

[75] N. LUPO, R. IBRIDO, *Le deroghe al divieto di indebitamento tra fiscal compact e articolo 81 della costituzione*, in Riv. Trim. Dir. Econ., n. 2, 2017, p. 206-250.

[76] Si prenda ad esempio la manovra finanziaria per il 2019. La suddetta, modificata dopo un lungo e defatigante braccio di ferro tra il Governo italiano appena insediatosi e la Commissione europea, avrebbe destato meno perplessità se non avesse "trascurato gli investimenti", anche a saldo invariato fisso al 2,4% del Pil, moltiplicando il fattore crescita verso cifre significative. Si vede che, "al contrario, una diversa composizione della manovra, anche a saldi invariati ma con risorse dimezzate sulle misure-simbolo e corrispondenti maggiori investimenti, avrebbe raddoppiato l'impatto positivo sulla crescita. Inoltre, portando il *deficit* al 2,4% e spostando le risorse aggiuntive sugli investimenti, tutte le stime mostrano che l'impatto espansivo sarebbe addirittura triplicato". Cfr. D. CASSESE, Deficit *strutturale italiano: una questione di stime*, in Economiaepolitica.it, 8 novembre 2018.

[77] È appena il caso di ricordare che, come ribadito dalle recenti linee guida alla tecnica di scrittura dei Piani nazionali di Ripresa e Resilienza, la Commissione europea rinnova più volte agli Stati quanto sia necessario ricomprendere nelle prospettive di investimento e riforma la Pubblica amministrazione. Una struttura organica e

L'investimento inteso, in termini economici, come univoco strumento declinato in funzione della riduzione del rapporto debito Pil (perché moltiplicatore del denominatore), e dunque punto di contatto della clausola di "sostenibilità intergenerazionale"; e l'investimento, inteso in termine giuridico, come l'unica clausola valvola prevista dai due ordinamenti multilivello (nazionale ed europeo). In un regime comunitario di condizionamento della spesa, "finalisticamente orientata" alla salvaguardia del percorso di avvicinamento e di mantenimento dell'Obiettivo di Medio Termine assegnato allo Stato membro (volumetricamente condizionata dalla "regola della spesa")[78], si può trovare un allentamento dei vincoli all'interno delle maglie della dottrina europea.

La tipizzazione che ne deriva è mutuata da logiche che tendono ad escludere dalle maglie della flessibilità in bilancio, le spese in conto corrente, ed a ricomprendervi le spese per gli investimenti[79]. L'ordinamento comunitario, come ribadito dalla comunicazione della Commissione europea presieduta da Junker nel 2015, opera una significativa inversione concettuale: esso comunica al legislatore la facoltà di scomputare dalle stime necessarie al calcolo del disavanzo quelle spese attribuibili a prospettive di investimento. In luogo di un divieto, come

ben consolidata appare imprescindibile per l'organo comunitario che lucidamente afferma: "*Public administrations will be at the centre of the implementation of the plan. This will require an efficient use of resources and a large degree of flexibility to make sure that the reforms and investments proceed as planned. Member States should ensure the administrative capacity needed for the effective implementation of the plans is present*". Questa centralità dell'amministrazione si risolve in due condizioni: una dove lo Stato abbisogna di una Amministrazione efficiente e strutturata che disegni, attui e controlli "*an effective implementation*" dei progetti (pena la sospensione dei finanziamenti); l'altra dove è la stessa amministrazione ad essere al centro del cantiere del Piano ("*For istance, reforms can have a major positive impact by raising potential sustainable growth and job creation or by strgthening economic, social and istitutional resilience, ensuring the long-term sustinability of public finances, by improving the effectivness of public administration, the uptake of digital public services or the business enviroment and access to finance*", ovvero: *"The Recovery and Resilience Facility can be an important tool to streghten Europe's health and care systems fo the future")*. *Cfr.* COMMISSIONE EUROPEA, SWD(2021) 12 *final*, Commission Staff Working Document Guidance to Member States Recovery and Resilience Facility, Part 1/2 e 2/2, Brussels, 22 gennaio 2021.

[78] Il *Six Pack*, in ambito di rafforzamento della sorveglianza di bilancio degli Stati membri, nella dimensione del cd "braccio preventivo" del Patto di Stabilità e crescita, come modificato dai regolamenti 1175 e 1177 del 2011, prevede la cd regola della spesa. Il limite alla crescita della spesa si sostanzia in un tetto diversificato per gli Stati che rispettano (o non rispettano) i parametri di Maastricht sul rapporto debito-*deficit*/PIL. Essa, per l'Italia, si concretizza in un tasso di crescita stabilizzato al di sotto della parabola del PIL potenziale e coerente con un miglioramento annuale del saldo strutturale dello 0,5% di Pil. Deroghe sono ammesse qualora, le misure discrezionali dal lato delle entrate non compensino il maggiore andamento della spesa, escludendo misure *una tantum*. Le misure devono essere temporanee.

[79] Per approfondire, vedansi Camera dei deputati e Senato della Repubblica, Servizio Studi, Servizio Bilancio, *Finanza pubblica e regole europee: guida alla lettura e sintesi dei dati principali. Documentazione di inizio legislatura, II edizione*, in Dossier- XVIII Legislatura, aprile 2018.

desumibile dalla lettura dell'ordinamento italiano, la previsione di una facoltà lascia molta più forbice d'azione. Evita operazioni nelle cui pieghe si nascondono artifizi contabili volti a ricercare la flessibilità necessaria per adattare le giuste politiche finanziarie agli andamenti economici (come l'aumento delle spese di manutenzione straordinarie volto a finanziare spese di natura corrente) percorrendo parallelamente il sentiero della irresponsabilità. In particolare, nel caso di specie, quattro sono le zone di deroga previste: la "clausola per gli investimenti"[80] nella dimensione del braccio preventivo del Patto di stabilità e crescita; la "clausola sulle riforme strutturali"[81] nella dimensione del braccio preventivo; la "clausola di salvaguardia generale" da attivare nelle fasi di grave avversione del ciclo economico[82].

Quello che rileva, ai fini del presente lavoro, è il quadro generale che l'ordinamento europeo compone. Pur nella sua fattuale complicatezza, i sentieri della flessibilizzazione delle politiche di bilancio (incentrati a rinvii recettizi in bianco verso obiettivi di saldo numerico-quantitativi) lasciano labili spazi alla manovra del decisore pubblico, compieghevoli agli obiettivi della crescita strutturale. Significativo è il concetto di crescita che viene declinato a valle di queste previsioni di flessibilità, e che trova il suo esaurimento nel bilanciamento dei due principi di sostenibilità finanziaria e di buon andamento dell'apparato amministrativo (senza il quale non sarebbe perseguibile la stessa sostenibilità finanziaria). Seppur perimetrati dai vincoli sui saldi concertati in sede di dialogo con la Commissione e con il Consiglio europeo (interlocuzioni che sovente esondano in un

[80] Stante determinate condizioni (crescita PIL inferiore al Pil potenziale; non superamento del valore di riferimento del 3% con opportuno margine di sicurezza; obbligo di compensare la deviazione entro l'orizzonte temporale del programma di stabilità; rispondenza degli investimenti alle categorie specificatamente indicate), la Commissione può autorizzare gli Stati a una deviazione temporanea dall'Obiettivo di Medio termine, o dal percorso di avvicinamento ad esso, per consentire spese di investimento con effetti a lungo termine positivi, diretti e verificabili, sulla crescita e sulla sostenibilità delle finanze pubbliche e che producano un incremento del livello complessivo degli investimenti pubblici.

[81] In particolare, essa può essere considerata la formula più esplicativa del pensiero dell'Unione europea. Tale deroga (condizionata) ai principi e limiti della spesa si concentra sulle potenzialità dell'obbligazione passiva di generare future entrate superiori all'onere impiegato. Difatti, gli Stati membri che attuino riforme strutturali importanti, integralmente attuate e che presentino effetti positivi quantificabili sul bilancio a lungo termine, che possono determinarsi anche attraverso un innalzamento del potenziale di crescita dell'economia, possono essere autorizzati a deviare temporaneamente dall'Obiettivo di Medio Termine o dal percorso di avvicinamento.

[82] Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2015) 12 *final, Sfruttare al meglio la flessibilità consentita dalle norme vigenti del Patto di Stabilità e Crescita,* Strasburgo, 13 gennaio 2015.

coordinamento della finanza pubblica allargato al sindacato di talune *policy*), al Governo residuano movimenti di flessibilità molto più ampi di quelli che egli stesso ha disegnato per l'ordinamento locale.

Le interlocuzioni che annualmente intrattengono il nostro legislatore nazionale con quello europeo volgono sovente allo "scontro" sull'interpretazione della *fiscal stance* che il nostro paese si trova a conseguire. Tali dialoghi sono incentrati, dunque, sul grado di flessibilità che ci si aspetta di attuare, regolando di conseguenza i lacci al rapporto deficit e debito/pil, al fine di modulare i finanziamenti più accomodanti alle politiche per il Paese.

Il nodo cruciale è che mentre in sede europea si concertano maggiori spazi per l'azione del Governo (che puntualmente trova la sua "via all'indebitamento"), in sede nazionale lo stesso attore chiede comunque gradi di compartecipazione e di sacrificio della spesa pubblica di assoluto significato. Una dinamica di controtendenza che si spinge all'ambiguità. Di talché, sempre più spesso, si palesano spinte contrapposte che minano i due principi in gioco: la sostenibilità delle finanze e il principio del buon andamento. Se, i grandi spazi di indebitamento conseguiti negli ultimi anni, e significativamente aumentati al fine di ristorare gli esercizi commerciali ed industriali delle perdite dovute alle misure anti-COVID, non fossero utilizzati adeguatamente il Paese vedrebbe peggiorare in modo rilevante la dinamica della finanza pubblica. Appare quindi necessario che il legislatore si uniformi alle prospettive delineate dalla Corte dei conti, quando essa parla della spesa giusta, anche perseguita tramite l'indebitamento, ossia quello declinato a misure che guardino a «una nozione di investimento che considera tutti i casi in cui dalla spesa assunta dall'ente deriva un aumento di valore del patrimonio immobiliare o mobiliare. In una parola, un aumento della "ricchezza" dell'ente stesso, che si ripercuote non solo sull'esercizio corrente, ma anche su quelli futuri, proprio per giustificare il perdurare,

nel tempo, degli effetti dell'indebitamento»[83]. Dunque, oneri coperti da prescrizioni etico-valoriale di assoluta cogenza che si scaricano sulla *ratio* di definizione dei piani programmatici delle istituzioni. Assunti rintracciabili nel nucleo denso dell'articolo 97, comma secondo, della Costituzione, a volere del quale si disegna il sentiero teleologico che la macchina amministrativa deve perseguire.

Il principio generale di buon andamento dell'amministrazione non può essere leso. O subordinato a scelte assiologiche sbilanciate. Se si preferisse un principio (quello della prudenza di bilancio), in luogo di altri (il corretto funzionamento dell'amministrazione, che esplica i suoi doveri nell'adeguatezza, nella proporzionalità, nella ragionevolezza delle risorse per l'esercizio delle funzioni e per l'erogazione di servizi alla collettività), la lettura sistemica della Carta, come originariamente concepita nella funzione di equilibrio tra principi, subirebbe una sproporzione. Pertanto, il dovere del legislatore è quello di assicurare "la quantificazione delle risorse in modo funzionale e proporzionato alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente", il che "diventa fondamentale canone e presupposto del buon andamento dell'amministrazione, cui lo stesso legislatore si deve attenere puntualmente"[84].

Non vi può essere pertanto una costrizione dei doveri pubblici costituzionalmente delineati, e diretti alla protezione di quel "nucleo indefettibile" ad essi collegati, che si spinga fino alla loro pretermissione. La *reductio in pejus* degli stanziamenti alle Amministrazioni, nella misura in cui non consente di finanziare adeguatamente le funzioni attribuite all'ente, per scelte politiche di più corto ed immediato respiro, comporta un "inevitabile e grave pregiudizio all'assolvimento delle funzioni stesse", scaricando sul cittadino errate scelte assiologiche. Sicché, il nesso

[83] Corte dei conti, delibera n. 25/CONTR/11, Roma, 28 aprile 2011.
[84] S. CIMINI, *Equilibri di finanza pubblica nella prospettiva del buon andamento delle amministrazioni pubbliche*, pubblicato in *La dimensione globale della finanza e della contabilità pubblica*, Atti del Convegno annuale di Contabilità Pubblica, Pisa 6-7 dicembre 2018, cit., p. 451 e ss.

funzioni-risorse[85], risulta il nucleo del principio di buon andamento fin qui delineato. Esso, in presenza di un sentiero programmatico di bilancio che pone l'esercizio contabile volto ad assicurare la sostenibilità delle finanze pubbliche nel medio-termine, rileva che il buon andamento sia posto "a monte" delle scelte del legislatore e degli organi di indirizzo politico, come strumento di riconoscimento ed attuazione delle priorità qualitative della spesa; nonché "a valle", nella fase di gestione amministrativa, necessariamente resa più efficiente ed economica[86]. Di talché, la discrezionalità del legislatore vuole essere allacciata alla sola considerazione della "spesa cattiva", ossia l'improduttiva allocazione delle risorse pubbliche che ingenerano la spirale dello spreco; e non la spesa produttiva[87].

Sicché, se, secondo la giurisprudenza della Corte, lo scopo principale di un buon legislatore è quello di assicurare che "ogni stanziamento di risorse deve essere accompagnato da scopi appropriati e proporzionati alla sua misura", la flessibilità di bilancio che si chiede alle istituzioni europee è annidata tra le righe della giurisprudenza. Stante ciò, il principio del buon andamento enuclea dentro di sé due valori: il primo è configurato come un argine e un limite all'impatto delle regole di equilibrio e sostenibilità del debito pubblico, sia pure in un ambito generale ed esteso di "finanza sana"[88]; e il secondo, visto come propedeutico principio atto a

[85] La lettura combinata del buon andamento e della sostenibilità economica ha ridisegnato il nesso di derivazione che sostiene lo stanziamento delle risorse con le funzioni cui l'amministrazione, per sua *raison d'etre*, è chiamata a adempiere. "Il miglior rapporto tra equilibrio di bilancio e buon andamento dell'azione amministrativa risiede in un armonico perseguimento delle finalità pubbliche attraverso il minor impiego possibile di risorse acquisiste mediante i contributi e il prelievo fiscale; in sostanza, un ottimale rapporto tra efficienza ed equità", Corte costituzionale, sent. n. 247/2017.

[86] "Il buon andamento presuppone anche che al positivo risultato finanziario faccia riscontro una corretta e ottimale erogazione dei servizi e delle prestazioni sociali rese alla collettività", *Ivi.*

[87] Vedasi anche la spesa in conto corrente, necessaria a pagare gli stipendi agli impiegati dell'amministrazione che eroga i servizi socialmente utili *de quibus*, ovvero le pensioni, in un paese dove il cd "*welfare* familiare" è sovente la principale fonde di sostentamento di giovani e famiglie.

[88] "In quanto il cuore di questo basilare principio, che non può essere mai pretermesso, rimane quello di assicurare la funzionalità dell'azione amministrativa e il perseguimento dell'interesse pubblico, sia pure nell'ambito di una finanza sana e con il minimo dispendio di risorse", cfr. S. CIMINI, *Equilibri di finanza pubblica nella prospettiva del buon andamento delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 473. D'altronde, come richiamato dalla Corte in una recente giurisprudenza, l'articolo 97 prescrive "che per tutte le pubbliche amministrazioni l'equilibrio dei rispettivi bilanci sia prodromico al buon andamento e all'imparzialità dell'azione amministrativa. La seconda parte del primo comma di tale articolo contempla poi la partecipazione delle amministrazioni stesse alla «sostenibilità del debito pubblico» (tra le altre, sentenza n. 60 del 2013)", ed ancora "nell'articolazione teleologica del precetto costituzionale, la quale può essere tradotta, sotto il profilo dinamico, nella continua ricerca degli equilibri – la materia finanziaria è "viva" e sottoposta a una notevole quantità di variabili che non consentono, se non casualmente, il raggiungimento e il mantenimento di una situazione stabile e definitiva –

veicolare l'azione del legislatore verso un miglioramento dell'efficienza e della condotta (se si vuole di *performance)* della Pubblica amministrazione. Ossia come un ottimo, in senso dinamico, da raggiungere per via di un sistematico perfezionamento degli *assets* che ne formano la struttura, per il tramite della cd "spesa buona", ovvero la spesa per investimento, spesa che può generare un effetto *spill-over* anche sull'economia privata. La necessità è dunque quella di riscoprire oggi, a monte, un principio costituzionale ora utilizzato come resistenza passiva alla irresponsabilità del comportamento di pubblici ufficiali amministrativi[89] e non già come potenzialità propositiva e positiva per l'organismo pubblico e privato; ed, a valle, uno strumento che è proprio di uno Stato che ha nella competitività (non al ribasso) e nel progresso le sfide dei prossimi decenni. D'altronde, come ricorda una autorevole dottrina, "l'equilibrio di bilancio rafforza [quindi] il ruolo della programmazione (soprattutto finanziaria) del decisore pubblico", e, su questa dorsale, si innesta il principio del buon andamento "che sembra atteggiarsi come un limite alle regole relative all'equilibrio di bilancio e alla sostenibilità del debito pubblico"; il principio di buon andamento, infatti, va necessariamente tenuto in considerazione in sede di applicazione di tali regole[90].

L'uso attento e virtuoso che si deve fare della spesa pubblica è prerequisito necessario, punto di chiusura delle riforme di contabilità che

,quello che viene in rilievo nel presente ragionamento, cioè l'equilibrio di bilancio *ex post*, corrisponde all'assenza di un disavanzo al termine dell'esercizio finanziario. E tuttavia il buon andamento presuppone anche che al positivo risultato finanziario faccia riscontro una corretta e ottimale erogazione dei servizi e delle prestazioni sociali rese alla collettività. Sotto tale profilo, il miglior rapporto tra equilibrio del bilancio e buon andamento dell'azione amministrativa risiede in un armonico perseguimento delle finalità pubbliche attraverso il minor impiego possibile delle risorse acquisite mediante i contributi e il prelievo fiscale; in sostanza, un ottimale rapporto tra efficienza ed equità". Considerato in diritto, Punto 8.5, sent. n. 247/2017.

[89] Cfr. A. CIARAMELLA, *La sopravvivenza normativa della colpa grave nella responsabilità erariale*, in Diritto&Conti.it, 24 giugno 2020, e L. D'ANGELO, *Danno erariale e silenzio amministrativo*, in Diritto&Conti.it, 10 ottobre 2020.

[90] La dottrina a cui si fa riferimento ha chiarito che con la novella costituzionale del 2012 "il principio di buon andamento viene ad assumere, una valenza interna ed esterna alla singola amministrazione pubblica, in quanto mette in relazione gli equilibri generali di finanza pubblica, l'equilibrio di bilancio della singola amministrazione, il principio di programmazione e di proporzionalità tra risorse assegnate e funzioni esercitate che ogni amministrazione deve seguire, il principio di ragionevolezza cui ogni riduzione della spesa si deve ispirare in assenza di misure organizzative o di riallocazione delle funzioni, il principio di uguaglianza sostanziale cui ogni misura di limitazione della spesa si deve ispirare al fine di evitare che il mancato finanziamento dei servizi rechi pregiudizio alla fruizione dei diritti sociali"", cfr. S. CIMINI, *Equilibri di finanza pubblica nella prospettiva del buon andamento delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 466.

oggi trovano il legislatore a dover programmare un sentiero di andamento della spesa, condizionato per almeno un triennio. Il regime di 'esiguità' delle risorse, dal canto suo, ne impartisce un soverchiante obbligo alla "determinazione quali-quantitativa" che sgorga nella definizione delle politiche pubbliche come estrinsecazione delle funzioni amministrative. Così la rideterminazione legislativa dovrebbe concentrarsi, oltre che alla ordinaria amministrazione e alla gestione della spesa per gli stabilizzatori del ciclo economico, in una fase di programmazione di lungo periodo che pianifichi spazi finanziari capaci di inverare un ritorno positivo per le economie pubbliche. La razionalizzazione della spesa in senso qualitativo significa attuare i principi costituzionali dell'articolo 97, fondendoli nel punto di equilibrio del doppio valore che il buon andamento consegna alle generazioni presenti e future. La spesa in conto corrente, ovvero la spesa per gli investimenti, anche realizzata per il tramite dell'indebitamento[91], ha, come fattore funzionale alla crescita, la possibilità di gestire flessibilmente i suoi afflussi di spesa e di entrata. Ha dalla sua, se supera la logica politica dell'immediatezza e degli stanziamenti a fini elettorali (*the policy of politics)*, il valore dei risultati (*outcome legitimacy)* intra ed *extra*-generazionali.

5. Conclusione.

Si è visto come il significativo grado di condizionamento della finanza pubblica, prodottosi in ragione degli interventi modificativi dell'ordinamento sovranazionale, incida profondamente sulla capacità di indirizzo delle spese di regioni ed enti locali. I numerosi sforzi fatti, in forza dei vincoli di bilancio e degli accordi presi dal Governo nei tavoli negoziali europei, hanno finito per comportare un ingessamento della

[91] Il ruolo giocato dalla spesa in conto corrente non è da demonizzare a parere di chi scrive. Essa, se sapientemente utilizzata (anche per ridare vigore a una Amministrazione al centro delle prossime sfide globali) è alleato contabile imprescindibile. Specialmente volgendo lo sguardo alle significative criticità che il momento enfatizza. Un utile parametro, utilizzato -senza il giusto rilievo- per il calcolo dell'OMT (la presenza di ulteriori costi per la spesa pubblica legati alla traiettoria dell'andamento demografico del Paese) può essere pensato come strumento funzionale alla luce della congiuntura storica che viviamo. Istruire politiche *ad hoc*, sganciate dal calcolo del disavanzo di guisa tale da avere la adeguata flessibilità d'azione, serventi a rovesciare *a)* l'annoso declino demografico e *b)* a ristrutturare una amministrazione fragile e inefficiente nell'affrontare le richieste sempre più complesse della contemporaneità, alleggerirebbe la pressione sui conti pubblici rinforzando l'assistenza pubblica, garantendo così la sostenibilità sociale e finanziaria.

discrezionalità politica nella scelta di ciascuna autonomia. Tanto che possiamo ragionevolmente affermare di trovarci in presenza di una finanza autonoma, "a rime obbligate". Per di più si noti come, in sede di applicazione (ed in via di prassi), il legislatore nazionale si sia servito della sua crescita di rilevanza e del contesto economico-finanziario, per ipertrofizzare il suo ruolo di supremazia sugli altri livelli di governo. La centralizzazione, in luogo alla sussidiarietà, ha sovente acuito le tendenze distorsive man mano createsi. L'esito è stata una compressione di assoluto significato della capacità di spesa, che ha gravato sulla esperibilità delle stesse funzioni pubbliche attribuite alle autonomie.

Appare scontato ricordare come il grado di azionabilità delle politiche pubbliche, ovvero il concreto dominio ed attuazione delle singole missioni di *policy*, è diretta conseguenza della effettiva disponibilità di risorse ad esse collegate. Al modularsi degli stanziamenti, difatti, si esercita una parallela correzione dell'espressività delle politiche medesime. Con il rischio di relegarle all'afonia qualora gli stanziamenti non siano adeguati.

Ad ogni modo, il "grado di duttilità" conservato dal nuovo articolo 81 della Costituzione, permette invece al Governo centrale di pianificare rilevanti prospettive di indebitamento. Gli "scostamenti" dal percorso delineato dall'Obiettivo di medio termine, per far fronte a previsioni ampie e generali, permettono allo Stato di avere maggiore flessibilità in bilancio, anche "tenuto conto dell'andamento del ciclo economico". Previsione questa che non è ricompresa nelle facoltà degli enti, tenuti (magari) a conseguire obiettivi di saldo meno cogenti in fasi di evidente deflazione del ciclo macroeconomico, ma comunque connessi a una concezione "nominale" dei parametri di bilancio. L'unica deroga alla spesa, quella di cui al sesto comma dell'articolo 119 della Costituzione, prevede l'indebitamento al fine di attuare spese di investimento; e tuttavia, anch'esse, fortemente condizionate da adempimenti e prerequisiti.

Siffatti impedimenti, anche nelle previsioni di *golden share* circoscritte e puntualmente codificate, rendono fattualmente la spesa

regionale adibita alle minime condizioni di funzionamento dell'apparato amministrativo. Il che vanifica, in un certo modo, ogni speranza di implementazione dello stesso. A tacere del sistema delineato dal complesso meccanismo di premi e sanzioni cui è appesa la legislazione territoriale. Il che rende tendenzialmente pro-ciclica la struttura del coordinamento della finanza pubblica[92]. La ragione è da rinvenire in meccanismi meramente contabili e ragionieristici che muovono da logiche coerenti solamente allo spirito dei saldi. Avviando territori verso spirali senza uscita, ovvero riducendoli a strutture dequalificate e deboli.

Ciononostante, con questo quadro di "doppio *standard*" il legislatore italiano deve fare i conti con sé stesso. In un costante contesto di bassa crescita ed alto debito, di squilibrio intergenerazionale e di bassa propensione all'implementazione del sistema pubblico, l'unico modo per invertire la tendenza decennale è rivedere quantomeno le sue prassi applicative. L'opera di re-ingegnerizzazione degli articolati sistemi che strutturano il coordinamento e la sua funzione nella complessiva determinazione della finanza pubblica allargata dovrebbe tendere a un impianto meno vischioso, che è cangiante nel *modus* ma ineluttabile nel disegno di fondo. L'eccessivo sacrificio imposto alle autonomie, seppur giusto nei termini di corresponsabilità nella gestione comune della pubblica finanza, deve trovare uno sbocco più semplice ed evoluto. La proposta di scomputare dal calcolo del disavanzo nazionale le poste di spesa incentrate sull'ammodernamento pubblico non sembra essere più una facoltà[93]. D'altra parte, la non volontà del legislatore costituzionale di

[92] Si intende, con ciò, la tendenza a perpetrare le azioni che muovono nella stessa direzione della situazione contingente da cui si parte. Ossia atti, azioni e politiche che aggravano le già precarie condizioni economiche di un dato territorio, anziché aiutarlo a invertire la rotta. Così gli automatismi sanzionatori continuano a sottolineare gli squilibri tra regioni e tra territori della medesima; i meccanismi di premio, allargano l'evidente frattura tra virtuosi e non virtuosi; a tacere degli organismi ricondotti sotto lo strumento dei Piani di rientro.

[93] In questi termini la Proposta di legge a prima firma del deputato Roberto Speranza, attuale ministro della Salute, che con il suo AC. 806, propone "Modifiche all'articolo 81 della Costituzione e dell'articolo 5 della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, in materia di ricorso all'indebitamento". Nella parte motiva del pdl, assegnato alle Commissioni riunite I Affari Costituzionali e V Bilancio e Tesoro "a presente proposta di legge costituzionale mira a introdurre un correttivo all'articolo 81 della Costituzione, come sostituito dalla legge costituzionale n. 1 del 2012, prevedendo l'introduzione della cosiddetta «*golden rule*», ossia lo scomputo delle spese di investimento dal calcolo del deficit. È paradossale che l'Italia chieda a livello europeo l'applicazione della golden rule mentre il testo vigente dell'articolo 81 della Costituzione esclude il ricorso all'indebitamento anche per le spese di investimento. La presente proposta di legge costituzionale interviene, dunque, sul secondo comma dell'articolo 81 della Costituzione e, contestualmente, sull'articolo 5 della legge costituzionale

vincolare le spese per il nuovo debito alle spese per investimento, è data da considerarsi come una scelta "tattica"[94].

Ad ogni buon conto, oggi la situazione non appare più differibile. Le uniche vie per riscoprire la sostenibilità dei nostri conti pubblici sono quelle di agganciare la crescita al principio costituzionale del buon andamento, come connettore dei valori della sostenibilità delle finanze, della qualità delle scelte pubbliche e della funzionalità massima dell'apparato amministrativo. L'unico modo di declinare ciò è concentrare il *focus* delle spese nelle capacità positive delle spese di investimento. Liberando il potenziale delle regioni e degli enti locali dallo stretto perimetro della finanza pubblica impartita, ancora più stretto in sede di "prassi negativa". Questa sembra essere lo strumento più efficace per ridare qualità alla spesa pubblica, che in sede europea è valutata rispetto al tasso di crescita di medio periodo del PIL potenziale; spingendola su di un sentiero che, accrescendo il denominatore (pil) riduca il numeratore (debito). Lo scomputo delle spese di investimento dal calcolo del disavanzo (nazionale) e lo scomputo delle spese per investimenti dalla composizione dei saldi obiettivi delle regioni e degli enti locali, ovvero il vincolo di utilizzo dell'intero avanzo primario nelle spese di investimento, starebbe a significare una ragionevole e rilevante novità per il nostro sistema di bilancio, facendo pendere le intenzioni del legislatore verso nuove prospettive di maggior efficienza, ammodernamento ed efficacia delle politiche pubbliche. E tuttavia, anche la clausola degli investimenti in

n. 1 del 2012". Su latitudini più ampie e profonde l'altra proposta di legge, a firma Fassina, Muroni, Pastorini, A.C. 1292 recante "Modifiche agli articoli 81, 97, 117 e 119 della Costituzione, concernenti l'eliminazione del principio del pareggio di bilancio e la salvaguardia dei diritti fondamentali delle persone nelle decisioni finanziarie e nell'organizzazione dei pubblici uffici".

[94] "La scelta della legge "rinforzata" di svincolare il nuovo indebitamento dall'obbligo di finanziare investimenti implica la facoltà del decisore politico di ricorrere al credito per finanziare spese correnti ed eventualmente realizzare politiche economiche di stampo, per così dire, "pre-elettoralistico". È inoltre evidente il pericolo di una destinazione delle "eventuali minori uscite" o delle "nuove entrate fiscali e persino" degli "introiti di eventuali privatizzazioni, non tanto a finalità redistributive ma al rimborso di debiti pregressi e di interessi sul debito"", N. LUPO, R. IBRIDO, *Le deroghe al divieto di indebitamento tra fiscal compact e articolo 81 della costituzione*, cit., p. 244.

deficit potrebbe rivelarsi utile se liberata da previsioni e adempimenti scoraggianti. Purché i legislatori prendano atto che, lungi dall'appiattirsi su logiche semplicistiche e manichee[95], ritrovino il senso di una visione severa e lineare delle politiche pubbliche, enucleando il sentiero da intraprendere dal meta principio del buon andamento e declinate dal dispiegarsi pratico dello strumento delle spese per investimento[96].

---

[95] "Il punto, dunque, non è la compatibilità con la disciplina riformata di un sostegno pubblico alla domanda attraverso il ricorso al debito. Il punto non è neppure l'auspicabilità o meno di politiche keynesiane. Quello che occorre invece sottolineare è che un indebitamento svincolato dalle spese di investimento mette in discussione la capacità della spesa pubblica di assolvere ai compiti che le sarebbero propri, incluso quello di contribuire alla riduzione delle disuguaglianze. Paradossalmente, l'interrogativo concernente la teorica praticabilità di politiche keynesiane – quasi sottintendendo una dicotomica contrapposizione fra "rigoristi" e sostenitori delle politiche economiche basate sull'indebitamento – rischia di risultare male impostato, in quanto la normativa vigente consente di ricorrere al credito anche per finalità chiaramente non "keynesiane"", *ivi*, p. 245.

[96] Il Sen. D'Alfonso, nell'ultima audizione del Ministro Gualtieri, afferma condivisibilmente che: "La pubblica amministrazione italiana va aiutata, e va aiutata anche attraverso la rilettura di che cosa è la spesa necessaria del profilo della spesa corrente; il personale della pubblica amministrazione non va considerato come un punto negativo del bilancio pubblico, poiché il personale della PA consentirà per esempio alla nostra struttura sanitaria di erogare il diritto a essere messi al riparo dal rischio del contagio e dal rischio di imbatterci in una nuova stagione pandemica" al fine di arrivare, in sede di concerto europeo, al "recupero della piena agibilità" di questa. Senato della Repubblica, Commissioni riunite (VI e XIV), nell'ambito delle comunicazioni del Ministro dell'Economia e delle finanze sugli esiti del Consiglio dell'Unione europea sui temi di economia e finanza (Ecofin) del 6 ottobre e del 4 novembre, Roma, 19 novembre 2020.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

LE ATTIVITÀ DI CONTROLLO DELL'ORGANO DI REVISIONE DEGLI ENTI LOCALI IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI ALLA LUCE DEL MANUALE DEL CNDCEC

del Dott. Ettore Scaramastra, Commercialista, Revisore Legale

Indice

1) Premessa;

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

3) Schemi di verifica contenuti nel manuale;

4) Casi pratici;

5) Conclusioni.

1) Premessa

Il presente lavoro trae spunto dalla pubblicazione definitiva da parte del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC), del manuale di supporto dell'0rgano di Revisione degli enti locali previsto dall'art.234 del d.lgs n.267/2000 titolato *La revisione negli enti locali* (1). Nella Presentazione viene spiegato che il manuale è composto di due Quaderni: "*il Quaderno I* (titolato Approccio Metodologico) *approfondisce le nozioni*

relative alle procedure di revisione, all'acquisizione degli elementi probativi, alla documentazione dell'attività e alla valutazione del rischio, soffermandosi in modo particolare sulla metodologia di campionamento; il Quaderno II, (titolato Strumenti operativi) *dal taglio ancor più operativo, è incentrato sulle procedure di revisione e sulla relativa documentazione a supporto*." Viene poi specificato che "*si tratta di suggerimenti e strumenti che – pur elaborati alla luce dei Principi di vigilanza e controllo - non hanno portata deontologica: il revisore è libero di adottarli o meno, di aderirvi integralmente o solo in parte, così come di adeguarli alle esigenze e specificità dell'Ente, secondo la sensibilità e le valutazioni consigliate dalla diligenza e dall'esperienza professionale."* Vi è da dire che chi professionalmente si occupa di revisione nel settore degli enti locali sente l'esigenza di un supporto metodologico nella propria attività, esigenza ancora più sentita nell'area degli appalti pubblici (alla quale il manuale riserva una apposita *check list*) che, benché rientrante nella competenza dell'organo di revisione e incluso nelle attività di verifica, nei manuali professionali in commercio non viene trattata ovvero trattata in maniera non completa ed esaustiva. Le ragioni sono dovute ad una serie di fattori, in primo luogo al fatto che la normativa sugli appalti pubblici, regolata dal d.lgs. n.50/2016 e ss.mm. non rientri tra le materie tradizionalmente riguardanti la formazione professionale dei revisori. Un altro fattore riguarda la complessità della materia che ha subito, in questo breve periodo, dei continui cambiamenti motivati con la necessità di semplificazione (che a volte sembrano nascondere una volontà del superamento dei vincoli dell'evidenza pubblica). In ultimo dal fatto che il nuovo codice fa spesso riferimento a elementi di *soft law* (si pensi alle linee guida ANAC n.4 dei contratti sotto soglia che interessano la gran parte degli appalti affidati dai Comuni) che data la loro natura non vincolante

non aiutano un organo che istituzionalmente è preposto al controllo per il quale il risultato della propria attività si traduce in rilevi o suggerimenti indirizzati all'ente controllato.

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

Le funzioni dell'organo di revisione degli enti locali, che sono disciplinate dall'art.239 d.lgs. n.267/2000, consistono oltre alle consuete attività di controllo dei principali atti riguardanti il bilancio dell'ente, anche in quelle che possono interessare il codice degli appalti come espressamente indicato : "*la vigilanza sull'attività sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione relativamente …. all'attività contrattuale"* (comma 1 lett. c)*;* l'emissione di pareri riguardanti la presentazione di: "*proposte di ricorso all'indebitamento"* (comma 1 lett.b n.4) ; "*proposte di utilizzo di strumenti di finanza innovativa, nel rispetto della disciplina statale vigente in materia"* (comma 1, lett. b, n. 5). Sebbene l'attività di vigilanza del revisore sia comunque riferita alla *regolarità contabile, finanziaria ed economica* della gestione, è però evidente la necessità di una opportuna conoscenza della normativa degli appalti e della sua applicazione. Il MISE, che nel 2017 ha pubblicato un vademecum (2) indirizzato ai revisori e ai sindaci designati dal Ministero dell'economia e delle finanze presso Enti e organismi pubblici per coadiuvarli nella loro attività, al capitolo 5, tratta l'argomento dell'attività contrattuale della PA e dei controlli conseguenti, distinguendo l'attività negoziale tra contratti attivi che comportano un introito per l'amministrazione e contratti passivi che determinano un esborso di denaro pubblico. Per tale seconda tipologia di contratti, disciplinata dal d.lgs. n.50/2016 che è quella che qui interessa, il vademecum contiene alcune indicazioni per i revisori sui seguenti argomenti: l'ambito di applicazione del codice

(par.5.3); disciplina dei contratti sotto soglia (par.5.4); procedure di scelta del contraente (par.5.6); il sistema Consip (par.5.7); proroghe contrattuali (par.5.8). Il vademecum non contiene un formulario sui controlli e/o fac simile di verbali riguardanti il settore degli appalti pubblici; è però evidente che, l'organo di revisione, deve focalizzare la propria attenzione nell'individuazione dei fattori di rischio che possono riverberarsi nel bilancio comunale connessi con l'attività contrattuale della PA dovuti all'insorgere di eventuali contenziosi che potrebbero generarsi (3). Di conseguenza il controllo dell'attività contrattuale della PA deve essere svolta su varie fasi: - sulla procedura di gara prescelta ai fini della verifica dell'esistenza di passività potenziali in bilancio; - nella stesura dei bandi di gara per verificare la correttezza degli affidamenti soprattutto quelli diretti; - verifica a campione di una procedura di gara completa (4). Il documento del CNDCEC, rispetto al vademecum del MISE, contiene tra gli allegati del quaderno II, le *check list* dell'attività di verifica consistenti nell'elenco dei controlli da eseguire riferite ai vari settori. Dalle *check list*, delle quali una riferita all'attività contrattuale che verrà descritta nel successivo paragrafo 3, il revisore redige le carte di lavoro che servono a documentare l'attività svolta e trascritta nei verbali. La legge n.120/2020 di conversione del d.l. n.76/2020 pubblicata sulla GU n.228 del 14.09.2020, ha introdotto una semplificazione in materia di contratti pubblici motivata dalla necessità di favorire gli investimenti, prevedendo una estensione della disciplina transitoria che deroga le regole del codice degli appalti al fine di accelerare i tempi di aggiudicazione delle procedure sopra e sotto la soglia comunitaria, sul fronte dei controlli ha posto la necessità di aggiornare detta check-list in conseguenza della maggiore attenzione richiesta ai revisori in fase di controllo delle procedure di

affidamento (5). Altro argomento che interessa l'attività di revisione nell'area degli appalti pubblici, già oggetto di trattazione da parte del sottoscritto (6), riguarda la verifica della corretta contabilizzazione delle operazioni di partenariato pubblico privato nei bilanci degli enti locali secondo le disposizioni all'allegato 4/2) principio n.3.25 del d.lgs. n.118/2011 (armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio degli ee.ll.) in riferimento al grado di rischio trasferito all'operatore economico nella gestione delle opere o servizi oggetto di contratto.

3) Schemi di verifica contenuti nel manuale

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

Parte generale: appalti di lavori e opere, forniture e servizi

Parte speciale: appalti di lavori e opere, forniture e servizi

Parte prima: affidamenti diretti

Affidamenti diretti art. 36 comma 2 lett. a) importi inferiori a € 40.000,00

Affidamenti diretti dei servizi e forniture art. 36 comma 2 lett. b) con acquisizione di cinque preventivi (da € 40.000,00 fino alle soglie di cui all'art.35, d.lgs. n 50/2016) Affidamenti diretto di lavori art. 36 comma 2 lett. b) con acquisizione di tre preventivi (da € 40.000,00 a € 150.000,00)

Affidamenti lavori con invito a 10 operatori economici (da € 150.000,00 a € 350.000,00)

Affidamenti lavori con invito a 15 operatori economici (da € 350.000,00 a € 1.000.000,00)

Parte seconda: affidamenti lavori con procedura aperta

Affidamenti lavori con procedura aperta ex art. 60, d.lgs. n.50/2016 (da € 1.000.000,00 fino alle soglie di cui all'art. 35, d.lgs. n. 50/2016).

Complessivamente le check list sono n.7 riguardanti le procedure su elencate e delle quali si riporta di seguito solo il contenuto di alcune di esse.

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

DESCRIZIONE	*Si*	*No*	*N/A N/R**	*Descrizione delle procedure svolte e delle evidenze prodotte - Commenti*
L'Ente ha approvato il piano biennale degli acquisti di beni e servizi di cui all'art.21 del D.lgs. n.50/2016?				
Tale piano è inserito nel DUP?				
Tale programma è pubblicato sul sito istituzionale dell'Ente, sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, sul sito dell'Osservatorio dei contratti pubblici?				
L'ente ha adottato il Programma triennale e l'elenco annuale dei lavori pubblici?				
Tale programma riporta le previsioni degli stati di avanzamento lavori, con imputazione delle stesse alle singole annualità di bilancio?				
In presenza di opera finanziata con risorse già accertate, il FPV è stato calcolato sulla base dei crono programmi?				
L'ente rispetta le Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti?				
Il valore stimato dell'appalto è calcolato in osservanza dei criteri fissati all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici?				

Al fine di evitare un artificioso frazionamento dell'appalto, volto a eludere la disciplina comunitaria, le stazioni appaltanti prestano attenzione alla corretta definizione del proprio fabbisogno in relazione all'oggetto degli appalti, specialmente nei casi di ripartizione in lotti, contestuali o successivi, o di ripetizione dell'affidamento nel tempo?				
L'Ente nell'ambito della procedura di gara (anche con affidamento diretto) ha rispettato i principi dell'art. 30 comma 1?				
L'ente per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria rispetta le procedure dell'art. 36 del codice dei contratti pubblici?				
In particolare, viene rispettato il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti? In caso di affidamento o reinvito al contraente uscente esso ha carattere eccezionale ed è supportato da un onere motivazionale più stringente?				
Il contratto e/o la convenzione debitamente sottoscritta dal R.U.P. dell'Ente, dall'Impresa e/o Professionista, corrisponde a quanto contenuto nella determina di affidamento di affidamento?				
In riferimento all'art. 35 comma 18 del D.lgs. 50/2016, è stata richiesta dal soggetto attuatore (lavori, servizi e/o forniture), l'anticipazione del 20% del valore dell'appalto?				
L'erogazione è supportata da garanzia fidejussoria bancaria o assicurativa?				
In riferimento alla modifica apportata all'incremento dell'anticipazione del prezzo (dal 20% al 30% per il periodo di entrata in vigore del Decreto e fino al 30 giugno 2021) D.L. Decreto Rilancio N. 34 del 19/05/2020 – Pubblicato nella G.U. N. 128 del 19/05/2020, l'art. 207 "disposizioni urgenti per la liquidità delle Imprese appaltatrici", L'Ente ha erogato anticipazioni per un importo non superiore complessivamente al 30%, compatibilmente con le risorse annuali stanziate per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante?				

L'Ente ha erogato anticipazioni per un importo non superiore complessivamente al 30%, compatibilmente con le risorse annuali stanziate per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante?				

Analizzando le varie fasi indicate nella check list si evince che, la prima parte riguardante i controlli di carattere generale, verte sulla verifica dell'inserimento del *Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici* di cui all'art. 21 del d.lgs. 50/2016 nel bilancio di previsione per il quale l'organo di revisione è chiamato ad esprimere il parere. Dopo l'approvazione consiliare, tale organo deve accertare che detti documenti siano redatti secondo lo schema previsto dal Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n.14 14.01.2018 e pubblicati sul sito dell'Ente nella sezione "Amministrazione trasparente", del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Una seconda parte dei controlli riguarda la verifica dei valori degli appalti: l'Organo di Revisione deve accertare il rispetto delle soglie di rilevanza comunitaria e i metodi di calcolo del valore stimato degli appalti in base ai criteri fissati all'articolo 35 del d.lgs. n.50/16, senza artificiosi frazionamenti in lotti volti a eludere la disciplina comunitaria. Infine i controlli mirano ad accertare: se nelle procedura di gara siano rispettate i principi di cui all'art. 30 comma 1 (economicità, efficacia, tempestività e correttezza di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità); se per l'affidamento dei contratti sotto soglia siano rispettate le procedure previste dall'art. 36 d.lgs. n.50/16 e il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti; se in caso di affidamento o reinvito al contraente uscente esso ha carattere eccezionale ed è supportato da un onere motivazionale più

stringente; se il contratto sottoscritto dal R.U.P. dell'Ente e dall'Impresa e/o Professionista, corrisponde a quanto contenuto nella determina di affidamento .

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

Contratto verificato:_____		
Verifica del contenuto della determinazione a contrarre adottata dal responsabile del procedimento (art. 192 Tuel):		
1. il fine che con il contratto si intende perseguire	SÌ NO	
2. l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali	SÌ NO	
3. le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base	SÌ NO	
Verifica della procedura di assegnazione del servizio o fornitura		
1. metodo utilizzato per la scelta del contraente		
- indagine di mercato	SÌ NO	
- elenchi di operatori economici	SÌ NO	
2. rispetto del criterio di rotazione degli inviti	SÌ NO	
3. richieste di invito a n. 15 operatori economici aventi i requisiti	SÌ NO	
4. verifica verbali di gara	SÌ NO	
5. verifica determina di affidamento	SÌ NO	
6. verifica degli atti se pubblicati nella sezione trasparenza del sito dell'Ente	SÌ NO	
7. verifica della stipula della convenzione	SÌ NO	

Contributo gara ANAC		
Verificare se è stato versato il contributo della Gara all'ANAC	SÌ NO	
Verifica del contenuto della determina di affidamento per la completezza dei seguenti dati:		
1. numero e data dell'impegno		SÌ NO
2. capitolo		SÌ NO
3. Imponibile		SÌ NO
4. I.v.a. (split payment)		SÌ NO
5. esigibilità	SÌ NO	
6. attestazione del responsabile della spesa in merito alla compatibilità dei conseguenti pagamenti ai sensi dell'art. 183, comma 8, Tuel	SÌ NO	
Totale Impegno		SÌ NO
cassa previdenza (se professionista)		SÌ NO
Ritenuta acconto (se professionista)		SÌ NO
Verifica C.I.G./C.U.P.		
Verificare se la richiesta del C.I.G. è riferita solo alla parte imponibile (in quanto non può superare € 1.000.000,00)		
Richiesta C.U.P.	SÌ NO	
Verifica liquidazione e pagamento		
1. atto di liquidazione ex art. 184 Tuel	SÌ NO	
2. verifica regolarità contributiva	SÌ NO	
3. verifica ex art. 48-bis, D.P.R. n. 602/73 (per imponibili superiori a 5.000 euro)	SÌ NO	
4. indicazione del CIG sul mandato di pagamento		SÌ NO

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

Contratto verificato:_____		
Verifica del contenuto della determinazione a contrarre adottata dal responsabile del procedimento (art. 192 Tuel):		
1. il fine che con il contratto si intende perseguire	SÌ NO	
2. l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali	SÌ NO	
3. le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base	SÌ NO	
Verifica della procedura di assegnazione del servizio o fornitura		
1. avviso di preinformazione	SÌ NO	
2. pubblicazione bando di gara	SÌ NO	
3. verifica verbali di gara	SÌ NO	
4. verifica determina di affidamento	SÌ NO	
5. verifica degli atti se pubblicati nella sezione trasparenza del sito dell'Ente	SÌ NO	
6. verifica della stipula della convenzione	SÌ NO	
Contributo gara ANAC		
Verificare se è stato versato il contributo della Gara all'ANAC	SÌ NO	
Verifica del contenuto della determina di affidamento per la completezza dei seguenti dati:		
1. numero e data dell'impegno		SÌ NO
2. capitolo		SÌ NO
3. Imponibile		SÌ NO
4. I.v.a. (split payment)		SÌ NO
5. esigibilità	SÌ NO	
6. attestazione del responsabile della spesa in merito alla compatibilità dei conseguenti pagamenti ai sensi dell'art. 183, comma 8, Tuel	SÌ NO	
Totale Impegno		SÌ NO
Cassa previdenza (se professionista)		SÌ NO
Ritenuta acconto (se professionista)		SÌ NO
Verifica C.I.G./C.U.P.		

Verificare se la richiesta del C.I.G. è riferita solo alla parte imponibile (in quanto non può superare l'importo delle soglie di cui all'art. 35, D.lgs. N. 50/2016)		
Richiesta C.U.P.	SI NO	
Verifica liquidazione e pagamento		
1. atto di liquidazione ex art. 184 Tuel	SI NO	
2. verifica regolarità contributiva	SI NO	
3. verifica ex art. 48-bis, D.P.R. n. 602/73 (per imponibili superiori a 5.000 euro)	SI NO	
4. indicazione del CIG sul mandato di pagamento		SI NO

4) Casi pratici

Di seguito vengono riportati alcuni casi pratici affrontati nel corso dell'attività di revisione rappresentati dai verbali di verifica delle procedure di gara oggetto di controllo. I casi trattati sono complessivamente n.3 per i quali sono stati redatti n.4 verbali.

Caso n.1 - procedura negoziata ex art.36 comma 2 lett.c) del d.lgs. 50/16 - Verbale n.1

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

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

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

-deliberazione della giunta comunale n. 352 del ------;

-deliberazione della giunta comunale n. 230 del -----;

-disciplinare di gara del ---;

-determina a contrarre n.239 del -----;

-comunicazione delle date di sorteggio del ----;

-verbale di sorteggio del ------;

-comunicazioni di invito alla ditte in formato p7m;

-interrogazione ANAC degli operatori economici del ------;

-pubblicazione nell'albo pretorio del sito comunale degli operatori ammessi e non ammessi;

-verbali di gara n.1 del ----- e n.2 del -----;

-estrazione e metodo di calcolo;

-graduatoria dei ribassi offerti;

-verifica della offerta anomala con richiesta di giustificativi;

-documenti attestati la verifica della regolarità contributiva e altri requisiti presso i vari enti;

-verbale di contraddittorio del ----- relativo alla offerta anomala e documenti giustificativi;

-determinazione di aggiudicazione definitiva n.15 del -----;

-comunicazioni di avvenuta aggiudicazione a mezzo pec tramite piattaforma telematica;

-pubblicazione dell'esisto della gara sull' Albo Pretorio, sul sito comunale e Servizi Contratti Pubblici del Ministero Infrastrutture;

-contratto di appalto con la ditta aggiudicataria e copia registrazione all'Agenzia delle Entrate;

-comunicazioni di avvenuta stipula a mezzo pec tramite piattaforma telematica.

Dall'esame preliminare dei documenti si evince quanto segue:

L'importo del valore della gara indicato in € 304.532,28 fa rientrare l'appalto nelle procedura negoziata prevista dall'art.36 comma 2 lett.c) del d.lgs. 50/16 con consultazione di almeno 15 operatori economici. Di conseguenza la procedura prescelta con invito a n.20

operatori con il metodo casuale garantisce una maggiore trasparenza ed evidenza pubblica.

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

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

- rispetto della procedura usata e dei termini di scadenza nella presentazione delle domande ;

- rispetto dei termini indicati nel bando;

- corretta verifica del sistema ANAC e dei requisiti dei partecipanti;

-corretta verifica delle offerte e delle successiva richiesta di giustificativi all'aggiudicatario;

- verifica delle pubblicazioni e delle comunicazioni;

- verifica del contratto.

Il collegio, in ottemperanza alle funzioni di vigilanza dell'attività contrattuale previste dall'art.239 comma 1 lett. C d.lgs. 267/2000, ritiene che la procedura di gara sia stata condotta nella sostanziale correttezza e non sussistano profili di criticità, con ciò rilevando un pieno rispetto degli artt.208 e seguenti del d.lgs. n.267/2000 e del codice degli appalti d.lgs. n.50/16.

Caso n.2 - procedura negoziata ex art.36 comma 2 lett.b) del d.lgs. 50/16. Affidamento del servizio di tesoreria - Verbale n.2

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

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

-determinazione n.1 del 03.01.--- del responsabile dell'area economico finanziaria;

-bando di gara per l'affidamento del servizio di tesoreria con allegata modulistica A

(domanda di partecipazione) e B (condizioni offerte);

- pubblicazione nella GU -- serie speciale – contratti pubblici n. -- del -----;

- schema di convenzione;

- contratto di affidamento;

- comunicazione all'affidatario delle spese di registrazione.

- busta dell'offerente e verbale di verifica dell'offerte del ------.

Dal controllo dei documenti rileva quanto segue:

L'importo del valore della gara indicato in € 60.000,00 fa rientrare l'appalto nelle procedura negoziata prevista dall'art.36 comma 2 lett.b) del d.lgs. 50/16 per cui la procedura prescelta ad evidenza pubblica con pubblicazione sulla GU garantisce una maggiore trasparenza.

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

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

PQM

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

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

Il caso esposto fa riferimento ad una richiesta di parere per una deliberazione di variazione al bilancio di previsione ai sensi dell'art.193 comma 1 del d.lgs. n.267/00, necessaria per l'iscrizione in bilancio di un contributo regionale finalizzato alla integrazione del servizio di trasporto pubblico locale per il prolungamento della tratta con lo stesso gestore. Il revisore ha ritenuto che la procedura seguita non fosse compatibile con il codice degli appalti in base a precedenti giurisprudenziali citati nel verbale. Di conseguenza ha operato nel seguente modo: ha redatto un primo verbale (n.3) nel quale ha espresso parere favorevole alla variazione in bilancio per permettere l'iscrizione della posta in entrata; in un secondo verbale (n.4) ha invece formulato il rilievo ai sensi del codice degli appalti.

Verbale n.3

l giorno ---- l'organo di revisione del Comune di ----- ha proceduto alla verifica della deliberazione della Giunta Comunale n.---del ------ riguardante la variazione al bilancio di previsione 2016/2018 ai sensi dell'art.193 comma 1 del D.Lgs. n. 267/00.

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

PRESO ATTO CHE

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

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

PQM

-esprime parere favorevole alla deliberazione.

Verbale n. 4

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

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

-contratto per la gestione del servizio di TPL del 25.10.2013 rep.---;

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

Dall'analisi dei documenti si evince che, al Comune di ----, viene concesso un contributo regionale di € 100.320,00 finalizzato alla integrazione del servizio di trasporto pubblico locale mediante il prolungamento della tratta fino al capolinea della Linea ------, con lo stesso attuale gestore --------di cui al contratto del 25.10.2013.

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

PQM

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

5) Conclusioni

Dai casi su indicati si può avere un'idea degli elementi che l'organo di revisione deve considerare qualora si accinga ad effettuare i controlli nel settore degli appalti e quali casistiche possono verificarsi. La pubblicazione del Manuale da parte del CNDCEC è pertanto un fatto positivo e va vista come uno strumento di supporto utile per la programmazione della propria attività ma non esaustivo. La formazione del contenzioso nel settore degli appalti pubblici è abbastanza frequente e ciò può avere un impatto rilevante nei bilanci comunali, questo perché non sempre da parte degli enti viene adeguatamente quantificato ed esposto nel fondo rischi contenzioso l'ammontare dei rischi connessi alle cause pendenti come invece prevede il principio n.5.2 lettera h) allegato 4/2 d.lgs.118/11 sulla contabilità armonizzata degli enti locali. È evidente che, una puntuale attività di verifica e controllo dell'organo di revisione in questo settore, aiuta a prevenire fattori di rischio inducendo gli uffici preposti ad una maggiore attenzione e rispetto delle procedure previste dal codice degli appalti.

NOTE

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

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

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

(4) C. Manca, Il controllo del revisore alla luce del nuovo codice appalti, Enti Locali & Pa, Il sole 24 Ore, 20.05.2016.

(5) R. Ricciardi e M.C.Manca, La duplice verifica dell'organo di revisione sulla semplificazione dei contratti Pubblici, Ancrel, Enti Locali & Pa, Il sole 24 Ore, 02.10.2020.

(6) E.Scaramastra, Le operazioni di Partenariato Pubblico Privato alla luce del "Nuovo Codice": modalità di iscrizione nei bilanci degli Enti Locali e compiti dei Revisori, Enti Locali on line, 21.11.2016.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

LA FUNZIONE NOMIFILATTICA DELLA CORTE DEI CONTI, IN PARTICOLARE IN SEDE DI CONTROLLO. Commento alla sentenza 10/2019 della Corte dei conti.

della Dott.ssa Immacolata Valentino

La nomofilachia (o funzione nomofilattica) ha, nel campo del diritto, il compito di garantire l'osservanza della legge, la sua interpretazione uniforme e l'unità del diritto in uno Stato.

Il termine deriva dal greco νὸμοσ (norma) e dal verbo φυλασσο che indica l'azione del "proteggere con lo sguardo". Tale funzione, prevista dall'articolo 65 della legge sull'ordinamento giudiziario italiano (R.D. 30 gennaio 1941, n.12) è assegnata alla Corte Suprema di Cassazione e si articola in due sottofunzioni: garantire, da un lato, l'attuazione della legge nel caso concreto, e fornire dall'altro, indirizzi interpretativi "uniformi" per mantenere l'unità dell'ordinamento giuridico attraverso una sostanziale uniformazione della giurisprudenza.

Il controllo degli indirizzi interpretativi ha lo scopo essenziale di garantire la certezza del diritto. Tuttavia, a causa della enorme complessità della materia giuridica e del naturale mutare dei tempi, delle idee e dei giudici addetti alla magistratura della legittimità, è frequente osservare mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione che potrebbero far affermare – come è stato detto con espressione ad effetto da alcuni

commentatori - che "la nomofilachia non trovi adepti neppure tra le file dei suoi sacerdoti". Perciò da tempo si parla di crisi della funzione nomofilattica cui si è cercato di porre rimedio con il Decreto legislativo n. 40 del 2006, che ha dato maggior peso alle pronunce a Sezioni Unite della Cassazione, impedendo alle Sezioni semplici di discostarsi da esse, se non rimettendo motivatamente la questione problematica ad una nuova pronuncia delle Sezioni Unite.

La funzione nomofilattica non può essere generale, né riferibile a questioni astratte, come la legge, ma deve vertere su controversie esistenti concretamente e produttive di una difformità di interpretazione.

Il nostro ordinamento resta ispirato ad una struttura di "*civil law*" e il valore giuridico della sentenza resta quello di risolvere le controversie fra le parti, i loro eredi e aventi causa e non quello di fissare nuovi principi di diritto vincolanti, come avviene negli ordinamenti di "*common law*", con il criterio dello "*stare decisis*".

La competenza della Corte di Cassazione in materia nomofilattica si esprime, ovviamente, nell'ambito dell'ordinamento giudiziario. Nel caso dei giudizi davanti alla Corte dei Conti, la Cassazione può esprimersi soltanto per motivi inerenti alla giurisdizione (articolo 111 ultimo comma della costituzione).

Perciò nella materia della contabilità pubblica la funzione nomofilattica non è attribuita alla Cassazione, ma per i profili giurisdizionali, alle Sezioni Riunite della Corte dei Conti che costituiscono il massimo vertice istituzionale del potere giudiziario contabile (Corte Costituzionale 204/2004).

Il potere nomofilattico per le materie dei giudizi di responsabilità, pensionistici e di conto è disciplinato dall'articolo 114 c.g.c. che prevede il deferimento ad iniziativa delle Sezioni di appello, ma anche del Procuratore generale o del Presidente della Corte dei Conti nelle fattispecie di "indirizzi interpretativi" difformi in sede regionale. Anche nell'ambito

della Corte dei Conti, successivamente alla pronuncia nomofilattica, è possibile rimettere nuovamente la questione alle Sezioni riunite per la decisione del ricorso; ciò si verifica con il motivato dissenso (articolo 117 c.g.c.) esercitato dalle Sezioni di appello perché l'organizzazione delle SS.RR. della Corte dei Conti non prevede le Sezioni semplici come per la Corte di cassazione. In effetti, il giudice della controversia non può decidere in base ad una norma diversa da quella che egli riconosce nella legge, rimettendo la questione e la decisione al giudice della nomofilachia. Di conseguenza, la situazione nella giurisdizione contabile è analoga a quella prevista dalla Cassazione nell'ordinamento giudiziario.

Anche nell'ambito della giurisdizione contabile è necessario che vi sia un contrasto interpretativo su una specifica norma manifestato in decisioni discordanti a livello regionale. Per garantire l'indipendenza del magistrato l'intervento nomofilattico chiarificatore non può avere i caratteri della generalità ed astrattezza (attributi del solo potere normativo) ma deve riguardare un caso concreto emerso nel corso di un giudizio presso le sezioni regionali.

Per quanto riguarda il versante del controllo della Corte dei Conti sugli enti locali, l'omologo potere nomofilattico è di più recente introduzione e risale alla normativa successiva alla legge La Loggia (legge 131/2003). Tale normativa ha introdotto, come noto, un potere consultivo della Corte dei Conti, nelle sue articolazioni regionali, sulle materie di contabilità pubblica su richiesta dei soggetti controllati, generalmente i Comuni.

La prima normazione che ha attribuito alle SS.RR. la funzione nomofilattica anche per il controllo è l'articolo 17, comma 31 del d.l. 1°luglio 2009, n. 78, convertito nella legge 3 agosto 2009, n. 102. Tale disposizione ha previsto che "al fine di garantire la coerenza dell'unitaria attività svolta dalla Corte dei Conti per le funzioni che ad essa spettano in materia di coordinamento della finanza pubblica…. il Presidente della Corte medesima può disporre che le sezioni riunite adottino pronunce di orientamento generale sulle questioni risolte in maniera difforme dalle

sezioni regionali di controllo nonché sui casi che presentano una questione di massima di particolare rilevanza. Tutte le sezioni regionali di controllo si conformano alle pronunce di orientamento generale adottate dalle sezioni riunite"

Ora, la dottrina ha stigmatizzato l'obbligo di "conformazione"di tutte le Sezioni regionali che, per la sua generalità, contrasta con la funzione tipica della nomofilachia. Inoltre, si è anche rilevato che la predetta normativa non prevede che le Sezioni regionali possano decidere in senso difforme né rimettere nuovamente la questione alle SS. RR. per un eventuale ripensamento. Pertanto, la decisione uniformatrice è del tutto sprovvista di impugnazione, che viceversa, costituisce, come abbiamo visto, un elemento di chiusura del sistema sia nell'ordinamento giudiziario, sia nella giurisdizione contabile delle SS.RR. della Corte.

Altro aspetto problematico della nomofilachia in sede di controllo è quella che riguarda i casi che presentano "*una questione di massima di particolare rilevanza*". Innanzitutto, deve essere vagliata preliminarmente, l'ammissibilità della "particolare rilevanza" da parte delle SS.RR. che debbono anche considerare i diversi parametri della concretezza e della limitazione della questione stessa. Ciò in quanto non è concepibile che la funzione uniformatrice si svolga su questioni astratte o che non hanno dato luogo ad interpretazioni discordanti perché vige sempre il principio, anche in sede di controllo, che il giudice è sottoposto soltanto alla legge.

Con l'emanazione del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213 (articolo 6, comma 4) il legislatore ha stabilito che, in presenza di interpretazioni discordanti delle Sezioni regionali, la Sezione delle Autonomie può adottare "delibere di orientamento" alle quali le Sezioni regionali si conformano. Nei casi di "eccezionale rilevanza ai fini del coordinamento della finanza pubblica" nonché "qualora si tratti di applicazione di norme che coinvolgono l'attività delle Sezioni centrali di controllo", resta salva la competenza nomofilattica

delle Sezioni Riunite in base alla richiamata normativa (articolo 17, comma 31 del D.L. n. 78/2009, convertito dalla legge 102/2009).

Il predetto intervento legislativo ha posto varie questioni. In *primis*, appare singolare che in un ambito non molto ampio come quello della Corte dei Conti possano essere previsti ben due organi muniti di funzioni nomofilattiche. (SS.RR. e Sezione Autonomie). Inoltre, in sede procedimentale, la norma prevede che il Presidente della Corte ha il potere di rimettere la questione all'una o all'altra Sezione, in base al suo personale giudizio senza una disposizione normativa di presidio della competenza. Quindi la duplicità degli organi competenti non appare del tutto ragionevole e sembra perseguire non l'obiettivo della uniformità ma quello di maggiore incertezza per il possibile contrasto degli organi nomofilattici.

Il problema dell'obbligo di conformazione è stato anche sollevato in termini di costituzionalità dalla Regione Sardegna (in relazione all'articolo 6, comma 4 del predetto decreto legge 174/2012) che prevedeva nel potere così penetrante della nomofilachia contabile un vulnus alla propria autonomia. Con la sentenza 39/2014 (relatore Mattarella) la Corte Costituzionale è stata investita in modo ampio della questione della ripartizione delle competenze tra Stato e Regione. La sentenza è molto articolata e concerne soprattutto l'articolo 1 del ripetuto decreto legge 174. La Corte Costituzionale ha dichiarato la normativa legittima, specificando che la stessa si applica solo nel caso di interpretazioni discordanti delle norme da parte delle Sezioni regionali della Corte dei Conti, con la conseguenza che la legge non attribuisce un generale potere "*normativo*" alla Sezione delle Autonomie, ma solo quello di dirimere i conflitti interpretativi concreti.

Sembra, quindi, ragionevole dedurre che la funzione nomofilattica assegnata alla Sezione delle Autonomie ha carattere stringente, poiché deve riguardare solo un conflitto interpretativo e non una generale questione interpretativa (probabilmente rimessa, sempre con opportune

limitazioni, alle SS.RR.). Sembrerebbe, perciò, che una vera e propria delibera di orientamento non è adottabile se non in presenza di un conflitto concreto di interpretazioni delle Sezioni e, probabilmente, anche dalla remissione da parte di una Sezione regionale.

Ma la situazione della nomofilachia in sede di controllo si è ulteriormente complicata con l'articolo 33, comma 2, lettera b) del decretolegge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, che ha modificato la dizione "In presenza di interpretazioni discordanti di norme" fissata dall'articolo 6, comma 4 del ripetuto decreto-legge 174/2012, con la frase "*Al fine di prevenire e risolvere contrasti interpretativi*". In effetti, la prevenzione dei contrasti interpretativi amplierebbe dunque il potere nomofilattico della Sezione delle Autonomie, con obbligo di conformazione (in tal senso, cfr. delibera Sezione Autonomie n. 8/2019). Tuttavia, tale nuovo assetto non può essere condiviso. Abbiamo già visto più sopra che la "*questione di massima*" è limitata dal codice di procedura civile nell'ordinamento giudiziario, dalle parole "di particolare importanza" ed alla presenza di "*un ricorso*", così, come nel decreto legge n. 78/2009 si indica quale necessaria qualificazione "*l'eccezionale rilevanza ai fini del coordinamento della finanza pubblica nell'ambito dell'ordinamento giudiziale contabile*". Ciò in quanto, come già rilevato, l'introduzione di un orientamento di diritto è possibile ma deve essere limitato, affinchè il giudice non si sostituisca al legislatore e perché sia tutelata l'indipendenza del magistrato che deve rispondere solo alla legge e non ad un superiore gerarchico. Diversamente opinando, si dovrebbe concludere che alla Sezione delle Autonomie non sarebbe assegnata una mera "funzione uniformatrice", ma piuttosto una funzione gerarchica di indirizzo delle Sezioni regionali, del tutto incompatibile con la qualifica magistratuale delle Sezioni Regionali.

Infatti, la Sezione delle Autonomie nella sua competenza di "*prevenire i conflitti*" potrebbe imporre una sua interpretazione delle norme all'esame, anche prima che un conflitto si manifesti obbligando tutte le Sezioni

regionali a conformarsi. In altre parole si delinea un potere gerarchico simile a quello praticato con un atto amministrativo (circolare, ad esempio) che non può essere applicato in un ordinamento giurisdizionale.

Il magistrato si troverebbe a dover decidere non in base alla legge, cui è tenuto per definizione, ma in base al parere che sulla legge stessa delibera la Sezione delle Autonomie.

Questa tipologia di potere nomofilattico non si ritrova negli altri ordinamenti giurisdizionali nei quali vi è, come già visto, una funzione uniformatrice in presenza di un contrasto interpretativo concreto. In ogni caso, la prevenzione dei conflitti non può riguardare qualsiasi norma di carattere generale o un'intera legislazione, ma deve trovare un limite nella concretezza di una fattispecie singola. Se, viceversa, si ritiene che la prevenzione non debba essere legata ad un conflitto concreto tra Sezioni (che, anzi, dovrebbe per definizione prevenire) la delibera della Sezione delle Autonomie potrebbe incidere, per il tramite delle Sezioni regionali, sugli ordinamenti locali e regionali e, quindi, sulla loro autonomia, violando la Costituzione. Probabilmente, si renderebbe necessaria un'interpretazione costituzionalmente orientata, anche in base alla predetta sentenza n.39/2014, per definire, almeno nell'ambito dell'ammissibilità della questione, una congrua limitazione dei casi in cui applicare tale particolare disposizione legislativa.

Ulteriore elemento problematico in ordine alla adozione di delibere interpretative generali da parte della Sezione delle Autonomie è la presenza nell'ordinamento contabile dell'articolo 11, comma 6, lettera e) del codice di giustizia contabile. Tale disposizione rende impugnabili tutte le pronunce delle Sezioni regionali di controllo e il relativo giudizio è demandato alle SS.RR in speciale composizione. E' evidente che in questo caso l'organo giudicante, se pure in speciale composizione, è emanazione del medesimo organo che potrebbe intervenire in sede di nomofilachia. Ma vi è di più. Nel caso in cui sia intervenuta la Sezione delle Autonomie e la Sezione regionale si sia necessariamente conformata al principio espresso,

l'impugnazione della pronuncia davanti alle Sezioni Riunite, rimette inevitabilmente in discussione il principio stesso pronunciato in uno dei due organi nomofilattici. Così il cortocircuito istituzionale è ancora più evidente perché tutte le Sezioni di controllo sarebbero obbligate a conformarsi all'orientamento espresso che però, potrebbe essere smentito dal ricorso e, quindi, dalla decisione delle Sezioni Riunite. Sembra evidente, quindi, che tali casi, di espressione di nomofilachia, non siano coerenti con il principio della certezza del diritto ma che, anzi, siano destinati ad aggravare l'incertezza.

Perciò, concludendo, sarebbe necessario un ripensamento legislativo complessivo che assegni la funzione nomofilattica alle sole Sezioni Riunite in sede giurisdizionale. D'altra parte, tale soluzione sembra coerente con un ordinamento, quale sembra emergere dalle recenti pronunce della Corte Costituzionale, nelle quali è sempre più sbiadita la dicotomia controllo-giurisdizione della Corte dei Conti. Perciò, sarebbe coerente con questa situazione attribuire ad un unico organo di vertice, le Sezioni Riunite, appunto, il potere di uniformare la giurisprudenza della Corte dei Conti, sia che provenga da giudizi di responsabilità sia che venga emanata dalle Sezioni del controllo. Non sarebbe escluso, infine, un potere residuale uniformatore esercitabile dalla Sezione delle Autonomie, ricondotto alle forme del controllo di carattere ausiliario, come sono, ad esempio i pareri resi dalle Sezioni regionali, mentre per le pronunce del controllo con carattere "paragiurisdizionale" sarebbe necessario che il potere uniformatore venga esercitato dalle Sezioni Riunite in sede contenziosa (giurisdizionale).

Dopo il descritto *excursus* sulla nomofilachia della Corte dei Conti, verrà esposto un commento alla sentenza delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale n. 10/2019 concernente un giudizio nomofilattico in tema di controllo.

Nella fattispecie in esame la Sezione Emilia e Romagna, con delibera 112/2018 ha rimesso al Presidente della Corte gli atti relativi ad un parere

richiesto dal sindaco di Bologna in ordine al regime fiscale dell'imposta di soggiorno, istituita dall'articolo 4 del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23, secondo cui "i comuni capoluogo di provincia, le unioni di comuni, nonché i comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte possono istituire con deliberazione del consiglio, un'imposta di soggiorno a carico di coloro che alloggiano nelle strutture ricettive situate nel proprio territorio".

La richiesta di parere concerneva il permanere o meno dell'obbligo della resa del conto giudiziale da parte dei soggetti che incassano i canoni o corrispettivi del soggiorno (gestore della struttura ricettiva, soggetto che esercita attività di intermediazione immobiliare, soggetto che gestisce portali telematici), dopo l'emanazione dell'articolo 4, comma 5-ter del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla legge 21 giugno 2017 n. 96, che ha disciplinato le cosiddette "locazioni brevi". Tale norma dispone che "il soggetto che incassa il canone o il corrispettivo, ovvero che interviene nel pagamento dei predetti canoni o corrispettivi, è responsabile del pagamento dell'imposta di soggiorno di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23 e del contributo di soggiorno cui all'articolo 14, comma 16, lettera e) del decreto-legge 30 luglio 2010, n. 122, nonché degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale". Secondo il Sindaco di Bologna, la suddetta disciplina avrebbe innovato la normativa dell'imposta di soggiorno, individuando nel soggetto che incassa il canone o il corrispettivo, il responsabile del pagamento dell'imposta, adottando una soluzione già sperimentata per l'imposta di sbarco prevista dal comma 3-bis del medesimo decreto legislativo n. 23 del 2011.

Ciò premesso, il Comune di Bologna ha chiesto se, in considerazione della qualifica di "responsabile del pagamento dell' imposta" contenuta nel menzionato articolo 4, comma 5-ter, del D.L. n. 50/2017, debba ritenersi tuttora sussistente l'obbligo di resa del conto giudiziale a carico dei soggetti che incassano direttamente i canoni o i corrispettivi del

soggiorno. Nell'adunanza del 31 luglio 2018, la Sezione del controllo dell'Emilia e Romagna, affermando l'ammissibilità, sotto il profilo soggettivo e oggettivo della richiesta di parere, ha ritenuto "opportuno sospendere ogni pronunciamento in merito e rimettere gli atti al Presidente della Corte dei Conti, affinché valuti la possibilità di una pronuncia di orientamento generale da parte delle Sezioni Riunite, ai sensi dell'articolo 17, comma 31 del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, qualora riconosca che la problematica prospettata integri una questione di massima di particolare rilevanza ai fini del coordinamento della finanza pubblica".

In particolare, la Sezione ha prospettato due possibili e contrapposte tesi: secondo una prima opzione si potrebbe ritenere che la nuova disposizione faccia riferimento unicamente alle locazioni brevi e non alle prestazioni alberghiere, che pure danno luogo all'applicazione dell'imposta di soggiorno; la seconda tesi, viceversa, individuerebbe nel citato comma 5-ter, una nuova disciplina generale dell'imposta di soggiorno, in forza della quale sarebbe sempre responsabile del tributo in questione il gestore della struttura ricettiva che riscuote o l'eventuale intermediario. E ciò, sia nell'ipotesi di attività imprenditoriale di carattere alberghiero, sia nell'ipotesi di locazione breve riferita a soggetto non imprenditore. Ne deriverebbe secondo questa interpretazione, che l'intero sistema di riscossione e contabilizzazione del tributo sarebbe attratto nel regime del responsabile dell'imposta, soggetto che risponde del pagamento del tributo solidalmente con il contribuente obbligato principale, con diritto di rivalsa nei suoi confronti (come nel caso del notaio o spedizioniere) secondo la disciplina definita nell'articolo 64 del D.P.R. n. 600 del 1973.

Il Presidente della Corte, avendo ritenuto che la fattispecie involga una questione di massima di particolare rilevanza l'ha deferita, alle Sezioni riunite in sede giurisdizionale (ai sensi del comma 3 dell'articolo 114 del decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174).

Il Collegio ha preliminarmente osservato che la predetta norma prevede la possibilità del deferimento alle Sezioni Riunite in sede giurisdizionale nelle due ipotesi di soluzione di questioni di massima (quindi a prescindere da un verificato contrasto di giudicati), oppure nella ipotesi di questioni di diritto che abbiano dato luogo in primo grado, ad indirizzi interpretativi e applicativi difformi.

Il Collegio ha esattamente ritenuto che, in entrambe le situazioni rappresentate dalla norma, la facoltà di deferimento non può prescindere dall'esistenza di un procedimento giurisdizionale in cui l'emananda sentenza nomofilattica delle Sezioni Riunite in sede giurisdizionale possa operare con efficacia di giudicato.

In effetti la nomofilachia di tipo orizzontale, quale è quella delineata dal codice di giustizia contabile, si caratterizza proprio per essere obbligatoria nei confronti delle Sezioni di appello poiché in base all'articolo 117 del c.g.c.: "La Sezione giurisdizionale di appello che ritenga di non condividere un principio di diritto di cui debba fare applicazione, già enunciato dalle Sezioni Riunite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione dell'impugnazione".

Nella fattispecie, invece, il Collegio ha osservato che la questione di massima è stata prospettata su una richiesta di parere formulata da un ente locale e, quindi, nell'esercizio della funzione consultiva attribuita, ai sensi dell'articolo 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, alla competenza delle Sezioni regionali di controllo. Perciò il Collegio ha ancora osservato che la nomofilachia del controllo è soggetta ad una diversa disciplina legislativa ed è riservata alla competenza della Sezione delle Autonomie e delle Sezioni Riunite in sede di controllo, in base alle varie norme indicate nell'excursus suddetto e che non si ripetono qui per brevità.

Ove venisse affermata la competenza delle Sezioni Riunite in sede giurisdizionale - ha opinato il Collegio- "mancherebbe per le Sezioni

regionali qualsiasi possibilità di far valere il loro motivato dissenso qualora non condividano il principio di diritto affermato, elemento questo di non secondaria importanza in quanto costituisce attuazione dell'articolo 101, secondo comma della Costituzione. ("I giudici sono soggetti soltanto alla legge").

Diversamente opinando, la pronunzia delle SS.RR., secondo il Collegio, si trsformerebbe impropriamente in un mero parere privo di qualsiasi rilevanza ed imperatività.

Per le considerazioni esposte, il Collegio ha ritenuto di accogliere l'eccezione formulata nella memoria della Procura generale e ha dichiarato, di conseguenza, l'inammissibilità della deferita questione di massima, disponendo la restituzione degli atti al Presidente della Corte dei Conti per le valutazioni di competenza.

Venendo ad un breve commento, si deve rilevare che la sentenza in esame può considerarsi rientrante nel solco della tradizionale ripartizione della competenza nomofilattica della Corte. In sostanza, la questione non deriva da un conflitto tra diversi giudicati in sede giurisdizionale regionale né dall'esistenza di un procedimento giurisdizionale, ma da un semplice parere richiesto da un ente locale (Comune di Bologna) alla competente Sezione Regionale (Regione dell'Emilia Romagna) nell'ambito dell'attività consultiva assegnata alle Sezioni regionali di controllo della Corte, ai sensi dell'articolo 7, comma 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131. Trattandosi, quindi, di una fattispecie di controllo e (non di giurisdizione) la relativa nomofilachia è soggetta ad una diversa disciplina legislativa e riservata alla competenza della Sezione delle Autonomie e delle Sezioni Riunite in sede di controllo. Come già illustrato nella parte generale, l'articolo 6, comma 4 della legge 7 dicembre 2012, n. 213, come modificato dall'articolo 33, comma 2, lettera b) del decreto legge 24 giugno 2014, m. 91, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 116 dispone che "Al fine di prevenire o risolvere contrasti interpretativi rilevanti per l'attività di controllo o consultiva o per la risoluzione di

questioni di massima di particolare rilevanza, la Sezione delle Autonomie emana delibera di orientamento alla quale le Sezioni regionali di controllo si conformano. Resta salva l'applicazione dell'articolo 17, comma 31, del decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, nei casi riconosciuti dal Presidente della Corte dei Conti di eccezionale rilevanza ai fini del coordinamento della finanza pubblica ovvero qualora si tratti di applicazione di norme che coinvolgono l'attività delle sezioni centrali di controllo".

La norma predetta, già richiamata nella ripetuta esposizione generale prevede che "….. Il Presidente della Corte…può disporre che le Sezioni riunite adottino pronunce di orientamento generale….. sui casi che presentano una questione di massima di particolare rilevanza. Tutte le Sezioni regionali di controllo si conformano alle pronunce di orientamento generale adottate dalle Sezioni Riunite".

Pertanto, si ritiene *de iure condito* che la sentenza in commento sia ottemperante all'assetto delle norme sulla nomofilachia in sede di controllo. *De iure condendo*, se pure è auspicabile, come già detto nella parte generale, un ripensamento complessivo che attribuisca la funzione nomofilattica ad un solo organo della Corte, le Sezioni Riunite, non si può escludere che sia ancora individuabile un potere nomofilattico uniformatore esercitabile dalla Sezione delle Autonomie, ricondotto alla forma del controllo di carattere ausiliario, come sono appunto i pareri resi dalle Sezioni regionali nella loro precipua attività consultiva.

Sezione: SEZIONI RIUNITE
Esito: SENTENZA
Numero: 10
Anno: 2019
Materia:
Data pubblicazione: 02/04/2019
Codice ecli: ECLI:IT:CONT:2019:10SSRR

Sentenza n. 10/2019/QM/PRES

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONI RIUNITE IN SEDE GIURISDIZIONALE

composta dai signori magistrati:

Mario PISCHEDDA Presidente

Tommaso BRANCATO Consigliere relatore

Domenico GUZZI Consigliere

Luisa de PETRIS Consigliere

Nicola RUGGIERO Consigliere

Giuseppina MIGNEMI Consigliere

Igina MAIO Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nel giudizio per questione di massima iscritto al n. 615/SR/QM/PRES,

rimesso dal Presidente della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 114,

comma 3, del decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174;

vista l'ordinanza n. 19 del 26 settembre 2018, con la quale il Presidente della Corte ha disposto il deferimento alle Sezioni riunite in sede giurisdizionale della questione di massima sollevata dalla Sezione di controllo per l'Emilia e la Romagna con deliberazione n. 112/2018/QMIG;

2

visti gli atti e i documenti del fascicolo processuale;

uditi, alla pubblica udienza del 12 dicembre 2018, il relatore, consigliere Tommaso Brancato ed il Pubblico Ministero, nella persona del vice Procuratore Generale, Sergio Auriemma.

FATTO

La Sezione di controllo per la Regione Emilia e Romagna, con deliberazione n. 112/2018/QMIG del 31 luglio 2018, ha rimesso al Presidente della Corte dei conti gli atti relativi ad un parere richiesto dal Sindaco di Bologna in ordine al regime fiscale dell'imposta di soggiorno, istituita dall'articolo 4 del d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23, il quale dispone che "i comuni capoluogo di provincia, le unioni di comuni nonché i comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte possono istituire, con deliberazione del consiglio, un'imposta di soggiorno a carico di coloro che alloggiano nelle strutture ricettive situate sul proprio territorio".

La richiesta di parere concerne il permanere o meno dell'obbligo della resa di conto giudiziale da parte dei soggetti che incassano i

canoni o corrispettivi del soggiorno (gestore della struttura ricettiva, soggetto che esercita attività di intermediazione immobiliare, soggetto che gestisce portali telematici), dopo l'emanazione dell'articolo 4, comma 5-ter, del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, che ha disciplinato le così dette "locazioni brevi". La norma dispone che "il soggetto che incassa il canone o il corrispettivo, ovvero che interviene nel pagamento dei predetti canoni o corrispettivi, è responsabile del pagamento dell'imposta di

3

soggiorno di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23, e del contributo di soggiorno di cui all'articolo 14, comma 16, lettera e), del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, nonché degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale".

Secondo quanto rappresentato dal Sindaco di Bologna, la suddetta disciplina avrebbe innovato la normativa dell'imposta di soggiorno, individuando nel soggetto che incassa il canone o il corrispettivo il responsabile del pagamento dell'imposta, adottando una soluzione già sperimentata per l'imposta di sbarco prevista dal comma 3-bis del medesimo d.lgs. n. 23 del 2011.

Ciò premesso il Comune di Bologna ha chiesto se, in considerazione della qualifica di "responsabile del pagamento dell'imposta" contenuta nel menzionato art. 4, c. 5-ter, del d.l. n. 50/2017, debba ritenersi tuttora

sussistente l'obbligo di resa del conto giudiziale a carico dei soggetti che incassano direttamente i canoni o i corrispettivi del soggiorno.

Nell'adunanza del 31 luglio 2018, la Sezione di controllo dell'Emilia e Romagna, dopo aver affermato l'ammissibilità, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, della richiesta di parere, ha ritenuto "opportuno sospendere ogni pronunciamento in merito e rimettere gli atti al Presidente della Corte dei conti, affinché valuti la possibilità di una pronuncia di orientamento generale da parte delle Sezioni riunite ai sensi dell'art. 17, comma 31, del d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito dalla legge 3 agosto 2009 n. 102, qualora riconosca che la problematica prospettata integri una questione di massima di particolare rilevanza ai fini del

4

coordinamento della finanza pubblica".

In particolare, la Sezione ha prospettato due possibili e contrapposte tesi interpretative del citato comma 5-ter: secondo una prima opzione si può ritenere che la nuova disposizione faccia riferimento unicamente alla fattispecie delle locazioni brevi e non alle prestazioni alberghiere, che pure danno luogo all'applicazione dell'imposta di soggiorno. La seconda tesi, viceversa, individua nel citato comma 5-ter, una nuova disciplina generale dell'imposta di soggiorno, in forza della quale sarebbe sempre responsabile del tributo in questione il gestore della struttura ricettiva che riscuote o l'eventuale intermediario. E ciò, sia nell'ipotesi di attività imprenditoriale di carattere alberghiero, sia

nell'ipotesi di locazione breve riferita a soggetto non imprenditore.
Ne deriverebbe, secondo questa interpretazione, che l'intero sistema di riscossione e contabilizzazione del tributo sarebbe stato attratto nel regime del responsabile d'imposta, soggetto che risponde del pagamento del tributo solidalmente con il contribuente obbligato principale, con diritto di rivalsa nei suoi confronti (come nel caso del notaio o dello spedizioniere), secondo la disciplina definita nell'art. 64, comma 3, del d.P.R. n. 600 del 1973.
Il Presidente della Corte, ricevuta la deliberazione, ritualmente trasmessa dalla Sezione di controllo, con ordinanza n. 19 del 26 settembre 2018, ha deferito la questione a queste Sezioni riunite in sede giurisdizionale ai sensi del comma 3, dell'articolo 114 del decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174.
Con decreto presidenziale n. 87 del 27 settembre 2018 la trattazione

5

della questione è stata fissata per l'odierna udienza.
In data 27 novembre 2018, la Procura Generale ha depositato un'ampia e dettagliata memoria nella quale eccepisce in via principale l'inammissibilità della questione e chiede la restituzione degli atti al Presidente della Corte, perché, nella sua autonomia decisionale, valuti se investire della questione le Sezioni riunite in sede di controllo o la Sezione delle Autonomie ai sensi delle vigenti disposizioni di legge.

Pur non concludendo in alcun modo nel merito, dall'esame della memoria si evince che secondo il requirente, sulla base dei principi affermati da queste Sezioni riunite nella pronunzia 22/2016, dalle Sezioni unite della cassazione civile (ord. n. 19654/2018), dal Consiglio di Stato (sent. n. 5545/2017) e, per ultimo, dalla Cassazione penale (sent. n. 32158/2018), i soggetti passivi del rapporto tributario sono esclusivamente "coloro che alloggiano nelle strutture ricettive", mentre l'albergatore, essendo incaricato della riscossione, possiede la qualifica di agente contabile e, in quanto tale, è tenuto alla resa del conto giudiziale e sottoposto al controllo del giudice contabile.

Una diversa soluzione, ad avviso della Procura, contrasterebbe con le regole generali in materia di contabilità, consentendo a coloro che ricevono comunque somme di spettanza di enti pubblici di sottrarsi agli obblighi di contabilizzazione, rendicontazione e versamento di tali introiti.

Nell'intervento svolto in udienza, il rappresentante della Procura Generale ha ulteriormente e analiticamente illustrato gli argomenti

6

trattati nella memoria precedentemente depositata, confermando, poi, le conclusioni ivi rassegante.

DIRITTO

Queste Sezioni riunite in sede giurisdizionale devono, preliminarmente, scrutinare, anche in relazione alle considerazioni

espresse nell'articolata memoria conclusionale della Procura Generale, l'ammissibilità della questione di massima deferita dal Presidente della Corte dei conti, con ordinanza n. 19 del 26 settembre 2018, ai sensi dell'art 114 comma 3, c.g.c.

Come esposto nella parte in fatto, il Presidente della Corte dei conti ha deferito a queste Sezioni riunite in sede giurisdizionale l'esame della questione di massima prospetta dalla Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, nell'ambito di un parere richiesto da un ente locale ai sensi dell'articolo 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131.

Il citato terzo comma dell'articolo 114 del codice della giustizia contabile, approvato con decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, dispone che "Il presidente della Corte dei conti e il procuratore generale possono deferire alle Sezioni riunite in sede giurisdizionale la risoluzione di questioni di massima oppure di questioni di diritto che abbiano dato luogo, già in primo grado, ad indirizzi interpretativi o applicativi difformi".

Osserva il Collegio che la norma prevede la possibilità di deferimento a queste Sezioni riunite in sede giurisdizionale in due ipotesi: per la soluzione di questioni di massima, ed in questo caso a prescindere da un contrasto attuale di giudicati, oppure nell'ipotesi

7

di questioni di diritto che abbiano dato luogo, già in primo grado, ad indirizzi interpretativi o applicativi difformi.

Ritiene il Collegio che, in entrambe le situazioni rappresentate dalla norma, la facoltà di deferimento non può prescindere dall'esistenza di un procedimento giurisdizionale, nel quale l'emananda pronunzia nomofilattica di queste Sezioni riunite in sede giurisdizionale possa operare con efficacia di giudicato. Tanto si desume dall'art 115 c.g.c. commi 3 ("L'atto di deferimento del presidente della Corte dei conti è comunicato, a cura della segreteria delle Sezioni riunite, unitamente al decreto di fissazione d'udienza, al procuratore generale e agli avvocati delle parti costituite") 5 ("Il procuratore generale e le parti hanno facoltà di presentare memorie non oltre cinque giorni prima dell'udienza") e 6 ("L'atto di deferimento è comunicato, altresì, al giudice della causa in relazione alla quale la questione è sollevata; il giudice sospende il giudizio e trasmette, su richiesta della segreteria delle Sezioni riunite, il fascicolo processuale").
Diversamente opinando la pronunzia di queste Sezioni riunite si trasformerebbe impropriamente in un mero parere privo di qualsiasi rilevanza ed imperatività, laddove la nomofilachia di tipo orizzontale, qual è quella delineata dal codice di giustizia contabile, si caratterizza proprio per essere obbligatoria nei confronti delle sezioni d'appello atteso che in base all'art. 117 c.g.c "La sezione giurisdizionale di appello che ritenga di non condividere un principio di diritto di cui debba fare applicazione, già enunciato dalle Sezioni riunite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione dell'impugnazione".

8

In altre parole, queste Sezioni riunite in sede giurisdizionale possono esser chiamate all'esame di questioni di massima solo ed esclusivamente nell'ambito della funzione giurisdizionale attribuita al Giudice contabile.

Nella fattispecie in esame, invece, la questione di massima, è stata prospettata in relazione alla richiesta di parere formulata da un ente locale e, quindi, nell'esercizio della funzione consultiva attribuita, ai sensi dell'articolo 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, alla competenza delle sezioni regionali di controllo.

Orbene la nomofilachìa del controllo è soggetta ad una diversa disciplina legislativa ed è riservata alla competenza della Sezione delle Autonomie o delle Sezioni riunite in sede di controllo. In particolare l'art. 6 c. 4 del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla l. 7 dicembre 2012, n. 213, come modificato dal modificato dall'art. 33, comma 2, lett. b), d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 116, dispone che "Al fine di prevenire o risolvere contrasti interpretativi rilevanti per l'attività di controllo o consultiva o per la risoluzione di questioni di massima di particolare rilevanza, la Sezione delle autonomie emana delibera di orientamento alla quale le Sezioni regionali di controllo si conformano. Resta salva l'applicazione dell'articolo 17, comma 31, del decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, nei casi riconosciuti dal Presidente della Corte

dei conti di eccezionale rilevanza ai fini del coordinamento della finanza pubblica ovvero qualora si tratti di applicazione di norme che coinvolgono l'attività delle Sezioni centrali di controllo". La norma richiamata a sua

9

volta prevede che "Al fine di garantire la coerenza nell'unitaria attività svolta dalla Corte dei conti per le funzioni che ad essa spettano in materia di coordinamento della finanza pubblica, anche in relazione al federalismo fiscale, il Presidente della Corte medesima può disporre che le Sezioni riunite adottino pronunce di orientamento generale sulle questioni risolte in maniera difforme dalle sezioni regionali di controllo nonché' sui casi che presentano una questione di massima di particolare rilevanza. Tutte le sezioni regionali di controllo si conformano alle pronunce di orientamento generale adottate dalle Sezioni riunite".

Si osserva inoltre che, ove venisse affermata la competenza di queste Sezioni riunite in sede giurisdizionale, mancherebbe per le Sezioni regionali qualsiasi possibilità di far valere il loro motivato dissenso qualora non condividano il principio di diritto affermato, elemento questo di non secondaria importanza in quanto costituisce attuazione dell'art 101, secondo comma Cost. ("I giudici sono soggetti soltanto alla legge").

Per le considerazioni esposte, il Collegio ritiene di dover accogliere l'eccezione, formulata in via principale nella memoria depositata dalla Procura Generale, e dichiarare, di conseguenza,

inammissibile la deferita questione di massima.

Nulla per le spese del presente giudizio.

PQM

La Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale dichiarano

inammissibile la deferita questione di massima.

Dispone la restituzione degli atti al Sig. Presidente della Corte dei

10

conti per le valutazioni di competenza

Nulla per le spese.

Manda alla Segreteria per gli adempimenti di rito.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 12 dicembre 2018.

L'Estensore Il Presidente

Tommaso Brancato Mario Pischedda

Depositato in Segreteria in data 2 aprile 2019

Il Direttore della Segreteria

Maria Laura Iorio

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

IL CURATORE FALLIMENTARE: FUNZIONI E RESPONSABILITÀ, CON PARTICOLARE ATTENZIONE AL DANNO ERARIALE DA INOPEROSITÀ NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DEI CONTI.

dell'Avv. Fabio Landolfi, Docente di Diritto fallimentare Università telematica Pegaso, Avvocato Cassazionista, Dottore di ricerca Seconda Università degli Studi di Napoli, Perfezionato in amministrazione e finanza degli Enti locali

Il curatore fallimentare è, ai sensi della vigente legge fallimentare, il soggetto preposto all'individuazione, conservazione e amministrazione del patrimonio del fallito. Egli, nominato nella sentenza dichiarativa del fallimento[1], viene prescelto tra gli iscritti negli albi professionali (avvocati, dottori commercialisti e ragionieri), nonché, per effetto della nuova formulazione dell'art. 28 L. F., anche tra studi professionali associati o società tra professionisti e coloro che abbiano adeguatamente svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni. Nel caso in cui decidesse di accettare tale incarico, il professionista è tenuto a comunicare la propria decisione nel termine di due giorni, anche se, nella prassi, si ritiene sufficiente che l'accettazione pervenga al tribunale anteriormente alla nomina di nuovo curatore. Il curatore, in linea generale, presta la propria opera personalmente; talvolta, tuttavia, si

1 Art. 27 l.f.

avvale di coadiutori e/o delegati. Nel presente studio si approfondiranno le funzioni del curatore, ai sensi della legge fallimentare e le sue connesse responsabilità, con particolare attenzione alla responsabilità dello stesso per danno erariale da inoperosità alla luce della giurisprudenza della Corte dei conti. Prima di affrontare l'esame di tale ipotesi di responsabilità, appare necessario definire le funzione del curatore all'interno della procedura ed i poteri riconosciutigli quale organo di *raccordo* rispetto alle diverse posizioni individuabili nel fallimento. L'intento del legislatore è quello di garantire alla procedura fallimentare le conoscenze tecniche necessarie al fine di una più proficua liquidazione del patrimonio (ormai divenuto fallimentare), e lo fa attraverso l'inserimento della curatela, che per sua natura è affidata ad esperti in ambito economico, ragionieristico ed aziendale[2]. Relativamente alle funzioni del curatore assume rilievo, *in primis*, l'art. 31 l.f., che delinea in termini generali l'attività del curatore, il quale ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato o del comitato dei creditori[3]. Ai sensi dell'art. 32 l.f., le funzioni assegnate al curatore devono essere assolte personalmente, con possibilità di delega dei propri compiti per singole operazioni e sempre sotto la responsabilità della medesima curatela. Il riferimento è alla delega esclusiva ai terzi: l'individuazione è riservata al curatore e il giudice delegato autorizza solamente persone già individuate[4]. Sia che si avvalga di terzi sia che compia personalmente le operazioni riferite alla sua funzione, pare opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sulle attività che fanno capo al curatore e che costituiscono il fulcro della procedura, dal momento che realizzano, concretamente, l'obiettivo principale del fallimento: la redazione del piano di liquidazione, l'amministrazione e liquidazione del patrimonio, l'accertamento dell'attivo e del passivo, ed infine la redazione del piano di riparto e la sua esecuzione. Dopo essere stato nominato dal

2 CAPOCCHI, *La responsabilità civile del curatore fallimentare*, in *"Il Fallimento"*, 2002, 63.

3 CALVOSA, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, 318.

4 CALVOSA, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, 325.

tribunale con la dichiarazione di fallimento e prima di redigere il piano di liquidazione, compito del curatore è stilare un inventario iniziale del patrimonio per circoscrivere il perimetro dei beni facenti capo al fallimento, ossia i beni presenti già nella disponibilità del fallito ed i beni di terzi. A tal proposito, ai sensi dell'art. 84 l.f., il curatore procede all'apposizione dei sigilli sui beni che si trovano nella sede principale dell'impresa e sugli altri beni dell'imprenditore e, seguendo le modalità stabilite dal codice di procedura civile all'art. 752 e ss, lo stesso, nell'espletamento di tale compito, può avvalersi dell'assistenza della forza pubblica e di delegati o coadiutori designati nel caso i beni si trovino in luoghi diversi e risulti difficile l'apposizione dei sigilli[5]. Dopo la redazione dell'inventario, l'art. 86 l.f. precisa che devono essere consegnati al curatore il denaro contante, le cambiali e titoli, le scritture contabili e ogni altra documentazione. Di nuova introduzione è l'art. 87 *bis* l.f., in cui si prevede espressamente la possibilità di escludere alcuni beni dall'inventario e beni di proprietà di terzi che possono essere restituiti su istanza della parte interessata con decreto del giudice delegato, ma solo grazie al consenso preventivo del curatore e del comitato dei creditori. Parallelamente all'inventario, la curatela redige anche una relazione di presentazione da sottoporre al giudice delegato e, nel caso in cui si trattasse di una società oggetto di fallimento, nella stessa devono essere esposti i fatti accertati e le informazioni circa le eventuali responsabilità degli amministratori e organi di controllo, soci o terzi che hanno provocato l'insolvenza e, conseguentemente, il fallimento. Successivamente, il curatore deve predisporre il piano di liquidazione, in cui si dà conto al comitato dei creditori, che dovrà approvarlo, e al Giudice delegato che lo autorizzerà, delle singole operazioni di liquidazione, con modalità e termini seguiti per la realizzazione dell'attivo. Il piano di liquidazione, come sostiene parte della dottrina, è un documento con funzione ricognitiva e informativa al comitato dei creditori, tale da permettere ad esso una

5 MOTTI, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, 225.

valutazione circa l'opportunità e convenienza della liquidazione stessa[6]. Venendo ora all'esecuzione della liquidazione, essa deve avvenire secondo quanto stabilito nel piano e, ove mai ciò non avvenisse, sarebbe ipotizzabile una responsabilità per inadempimento in capo al curatore. Dalla disamina dell'art. 104 l.f. si evince l'aspetto temporale, in quanto il curatore non è tenuto ad attendere il decreto di esecutività dello stato passivo, ma può procedere direttamente entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario, termine considerato non perentorio e per il quale il curatore non subirà alcuna sanzione laddove non lo osservi. Essendo il programma un atto di gestione esclusivamente di competenza del curatore, esso è soggetto a parere favorevole preventivo ed obbligatorio del comitato dei creditori che assume, pertanto, un ruolo di centralità. L'approvazione del programma di liquidazione da parte del giudice delegato tiene luogo anche delle singole autorizzazioni eventualmente necessarie per l'adozione di atti o il compimento di operazioni che siano stati inclusi nel medesimo (art. 104-*ter*, comma quarto). Identico iter per l'approvazione del c.d. programma supplementare che è sempre sottoposto a previo parere obbligatorio, tant'è che, se nel corso della procedura vi si presentassero situazioni che potrebbero modificare il percorso preventivato della liquidazione, il curatore può apportare variazioni tramite il supplemento al piano, subordinato alle esigenze sopravvenute (art. 104- *ter*, comma 5). Fase successiva è quella relativa alla amministrazione ed alla liquidazione del patrimonio, nella quale il curatore può porre in essere autonomamente atti di ordinaria amministrazione finalizzati al realizzo dei beni inventariati e tutte le operazioni correlate, nel limite delle funzioni ad esso attribuite (art. 31). La vigilanza sul suo operato spetta al comitato dei creditori (art. 41) mentre, per ciò che riguarda il controllo sulla legittimità e sulla regolarità della procedura, esso compete al giudice delegato (art. 25). Contrariamente a quanto previsto per gli atti di ordinaria amministrazione, per quelli di straordinaria, che peraltro possono comportare una

6 GIANNELLI, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, 363.

sostanziale modifica alle dotazioni patrimoniali, è necessaria un'integrazione dei poteri del curatore, il quale deve essere autorizzato dal comitato dei creditori e previa informazione al Giudice delegato. Nella presentazione della richiesta dell'autorizzazione il curatore deve formulare le proprie conclusioni in ordine alla convenienza economica dell'atto da compiere, al fine di permettere una concreta valutazione al comitato. Per arricchire l'obbligo di informativa del curatore al comitato dei creditori, al quinto comma dell'art. 104 l.f., si prevede che debba altresì presentare, ogni sei mesi ed anche alla conclusione di ogni esercizio amministrativo, un rendiconto dell'attività svolta. In linea con questa disposizione si accentua l'attenzione sull'imprenscidibilità del parere del comitato dei creditori. Nell'ambito del programma di liquidazione assume particolare rilievo la vendita dei beni che, con la riforma, trova una trattazione completa ed integrata, introducendo la vendita del complesso aziendale, di rami della medesima, singoli beni e rapporti in blocco. Si dispone infatti che la vendita per singoli beni è prevista qualora, ed esclusivamente, la vendita del complesso aziendale non sia possibile. La vendita atomistica costituisce un'eccezione alla regola della cessione in blocco, preferita quest'ultima proprio per il suo carattere conservativo dell'azienda. L'art. 107 introduce criteri base per la realizzazione dei beni, rappresentati da massima trasparenza, adeguata pubblicità, estrema informazione e partecipazione dei soggetti interessati. In questo ambito il legislatore esclude, per un verso, la responsabilità dell'acquirente per debiti relativi all'esercizio dell'azienda ceduta sorti in epoca anteriore al trasferimento, e per un altro verso, concede al curatore di procedere alla cessione delle attività e passività dell'azienda, rami, nonché beni ecc. escludendo la responsabilità dell'alienante per i debiti *ex* art. 2560 c.c..[7] Altra fase centrale della procedura è rappresentata dall'accertamento dell'attivo e del passivo. L'accertamento dell'attivo avviene in concomitanza all'inventario

7 L'art. 2560 c.c. prevede che: "l'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori .".

iniziale dei beni presi in consegna dal curatore e diventa definitivo solo dopo l'esaurimento delle azioni revocatorie e di rivendicazione sui beni del fallito, proposte eventualmente da terzi. Si tratta dell'inventario sopracitato, redatto antecedentemente al piano di liquidazione. Più complesso e articolato è l'accertamento del passivo. Tramite questo procedimento necessario è possibile dare ai creditori la facoltà di insinuarsi per concorrere alla realizzazione del patrimonio, al fine di soddisfare il loro diritto. È una verifica soltanto incidentale dell'esistenza della pretesa creditoria che determina, preliminarmente, la sua ampiezza e contenuto, munita di efficacia esclusivamente endo-fallimentare. Il curatore in questa fase è chiamato a dover dirimere un conflitto che sorge tra i creditori proprio in base al concorso. La possibilità e l'ampiezza della soddisfazione è inversamente proporzionale al valore nominale complessivo dei crediti ammessi, poiché sarà tanto maggiore quanto minore risulterà il valore della massa creditoria. Il procedimento di insinuazione al passivo sottostà al *principio della domanda*, giacché il diritto di concorrere al riparto può essere fatto valere dal creditore solo tramite istanza di ammissione, contenente gli elementi costitutivi del diritto. Il curatore, una volta esaminate e verificate tutte le domande di ammissione dei crediti, formulerà le sue conclusioni e provvederà alla predisposizione di un progetto di stato passivo, rispetto a cui saranno presentate eventuali osservazioni da parte dei creditori. Solo dopo il decreto di esecutività dello stato passivo è possibile procedere alla ripartizione del ricavato della liquidazione tra i creditori[8]. La gestione di tutto ciò che riguarda il riparto è di competenza del curatore, a partire proprio dalla redazione del prospetto delle somme disponibili e del progetto per il riparto di quest'ultime. La predisposizione del progetto di riparto costituisce anch'esso un momento essenziale e risponde alla necessità di pagamento dei creditori ammessi allo stato passivo. In questo documento sono riportate le modalità e termini con cui si darà luogo alla soddisfazione dei creditori seguendo i criteri, generalmente applicati, della prededuzione e del privilegio vantato

8 GUIZZI, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, 289.

dal credito[9]. Contestuale al progetto, per la ripartizione finale, viene stilato un rendiconto della gestione del curatore, contenente l'esposizione analitica delle operazioni contabili e dell'attività svolta, al fine di consentire di esprimere un giudizio in ordine allo svolgimento dell'incarico nel rispetto della legge[29]. Una volta approvato il progetto di riparto il curatore provvede al pagamento delle somme realizzate secondo i criteri dell'art. 115, comma 1. Una volta esaminate le funzioni assegnategli dalla legge, ben possiamo condividere il pensiero della dottrina10 laddove definisce il curatore come *un professionista che, assumendo la veste di organo preposto al fallimento, apporta a quest'ultimo le proprie conoscenze e competenze tecniche*. Nell'esercizio delle funzioni *de quibus*, ai sensi dell'art. 38 l.f. primo comma - prima parte, *il curatore adempie ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal piano di liquidazione approvato, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico*. Prima della riforma del diritto fallimentare, la diligenza del curatore faceva riferimento ai *doveri del proprio ufficio* ex art. 38 l.f. ed era ricollegabile a quella del buon padre di famiglia. Tale interpretazione non era condivisa dalla maggioranza della dottrina, secondo la quale il criterio da utilizzare per valutare la condotta del curatore era quello della diligenza qualificata alla professionalità dell'incarico. Con la riforma del diritto fallimentare, l'aver espressamente previsto che la diligenza è quella *richiesta dalla natura dell'incarico* risulta coerente, tenendo presente il ruolo che va a ricoprire la curatela, ossia una funzione pubblica avente ad oggetto l'amministrazione di un patrimonio fallimentare. Per comprendere appieno, pertanto, il criterio della diligenza così come oggi delineato, bisogna considerare il fatto che il curatore amministra un patrimonio pignorato, in cui è evidente che le sue principali capacità devono sostanziarsi nella corretta e soddisfacente liquidazione. Secondo parte della dottrina[11], *il dovere di diligenza permea l'intera attività del curatore in riferimento agli atti e alle omissioni, ai tempi del suo agire e all'operato dei suoi ausiliari*. Aderendo

9 GIANNELLI, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, 376.
10 CAPOCCHI, *op. cit.*, 63, cit..
11 GAETA, *L'azione di responsabilità nei confronti del curatore dimissionario, in "Giustizia Civile"*, 2012

a tale linea interpretativa, altra parte della dottrina è stata indotta ad accostare, per analogia, la diligenza e la responsabilità del curatore a quella degli amministratori di società di capitali, per l'esattezza agli amministratori di s.p.a., uniformandosi alla formula dell'art. 2392, I comma, prima parte, c.c.. Tale disposizione è, a sua volta, ricollegabile alla previsione contenuta all'art. 1176 c.c., secondo cui – come noto - *nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.* Coerentemente con la natura dell'attività esercitata, la *natura dell'incarico* è considerata il parametro per la valutazione della responsabilità del curatore. Quanto, inoltre, alle competenze richieste, esse sono quelle *tipiche della professione di appartenenza, competenze di tipo giuridico, economico-aziendale e ragionieristico*[12].Secondo parte della giurisprudenza13, invece, l'incarico del curatore va inserito nello schema del contratto di mandato che va, pertanto, adempiuto con la diligenza del buon padre di famiglia. Secondo tale interpretazione, l'incarico del curatore sarebbe differente da quello degli amministratori di società poiché il primo assume la veste di pubblico ufficiale, i cui compiti sono prevalentemente previsti dalla legge, e ricopre un ufficio per cui non è consentito invocare le limitazioni connesse alle specifiche competenze. La qualifica del curatore quale pubblico ufficiale deriva dalla espressa previsione del legislatore che lo identifica come tale, in ragione della natura del suo incarico14. E' un incarico di tipo giudiziario, che il curatore svolge a fianco del giudice delegato e proprio nell'interesse della giustizia. Da tale qualifica ne discendono la intrasmissibilità dei poteri conferitigli ad altro soggetto (art. 32 l.f.), la natura di *reati propri* dei reati da lui connessi, la particolare tutela penale, al pari di qualsiasi altro pubblico ufficiale, l'obbligo di riferire sui reati dei quali venga a conoscenza nell'esercizio o a causa del suo ufficio (art. 33 l.f. e art. 331 c.p.p.),

12 CAPOCCHI, *op. cit*., 63, cit..

13 Trib. Napoli 15 gennaio 2011, in Corriere merito, 2011, 242

14 Ai sensi dell'art. 30 l.f., *il curatore, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, è pubblico ufficiale*.

nonché l'obbligo di ricercare particolari elementi di responsabilità nel comportamento del fallito o di altri. La responsabilita' del Curatore e' un tema molto dibattuto in dottrina e in giurisprudenza. La prima propende per escludere una responsabilita' autonoma del Curatore, considerato che lo stesso e' un mero organo esecutivo dei provvedimenti del Giudice delegato; la seconda sostiene, invece, che il Curatore risponda in proprio dei danni causati dalla sua gestione anche quando sia intervenuta l'autorizzazione del Giudice delegato e che tale responsabilita' sia ricollegabile alle iniziative prese dal Curatore, alle proposte da lui prospettate allo stesso Giudice delegato nel sollecitarne i provvedimenti, al modo in cui tali provvedimenti sono stati eseguiti. Secondo quanto previsto dall'art. 38 della L.F., durante il fallimento, l'azione di responsabilita' contro il Curatore revocato puo' essere proposta esclusivamente dal nuovo Curatore, previa autorizzazione del Giudice delegato. Ne' il fallito, ne' i creditori hanno legittimazione al riguardo. Tale norma e' dettata da due principi: il primo, fondamentale, riguarda la natura dell'azione, destinata ad avere riflessi sul patrimonio fallimentare il cui interesse viene appunto rappresentato in giudizio dal nuovo Curatore; il secondo, dall'esigenza di tutelare il Curatore in carica da ogni eventualita' di *ricatto* interminabile da parte del fallito o dei creditori. Concluso il processo di fallimento, chiunque ritenga di aver subito un danno dalla condotta del Curatore, puo' promuovere l'azione di responsabilita' secondo le regole comuni ed entro i termini di prescrizione. Quindi, il curatore è responsabile civilmente nei confronti del fallimento, in pendenza della procedura, mentre nei confronti del fallito e dei creditori, a procedura conclusa. Il problema della responsabilita', resta dunque quello relativo all'individuazione delle attivita' per le quali il Curatore puo' subire un'azione per danni provocati nell'assolvimento dei suoi compiti. Come visto in precedenza, ai sensi dell'art. 38 L.F., il Curatore deve adempiere con diligenza ai doveri del proprio ufficio. Valutando la questione dopo queste considerazioni, si puo', pertanto, affermare che il Curatore e' responsabile espressamente in relazione a quella importante attivita' di

raccordo del processo con la realta' esterna: in primo luogo, l'attivita' di indagine, valutazione, relazione, proposta, assistenza, sorveglianza; in secondo luogo, l'esecuzione delle direttive del Giudice delegato e del Tribunale. Altro problema particolarmente dibattuto è quello relativo alla natura della responsabilita' civile del Curatore: se contrattuale o extra-contrattuale, considerato che da cio' dipendono l'onere della prova ed il termine di prescrizione dell'azione. All'attivita' del Curatore si riconosce prevalentemente una responsabilita' di tipo contrattuale derivante dalla violazione di un dovere di diligenza nella realizzazione dell'interesse del fallimento, mentre si configura una responsabilita' sicuramente extracontrattuale, quando vengono violati obblighi propri di qualsiasi soggetto di diritto. Per quanto attiene, poi, alla responsabilità penale del curatore, la legge fallimentare, nel capo relativo ai reati commessi da persone diverse dal fallito, prevede, agli artt. 228, 229 e 230, delle disposizioni penali dirette a sanzionare condotte considerate illecite dallo stesso commesse nello svolgimento del suo incarico. In termini generali, i reati previsti nei suindicati articoli hanno un identico oggetto giuridico, dal momento che con essi si va a tutelare, in via principale, l'amministrazione della giustizia con particolare riferimento alla salvaguardia della genuinità e del regolare ed ordinato svolgimento della procedura fallimentare[15]. Si tratta di reati propri, ove soggetti attivi sono il curatore, il commissario del concordato preventivo (ai sensi dell'art. 236, comma 2, n. 3 per le fattispecie di cui agli artt. 228 e 229), il commissario liquidatore nella liquidazione coatta amministrativa (ex art. 237 L.F. che stabilisce l'applicabilità ad esso delle disposizioni di cui agli artt. 228, 229 e 230) ed il commissario governativo in caso di amministrazione straordinaria *ex* art. 1 l. n. 95 del 1979. Al curatore ed alle figure ad esso assimilate si aggiungono, quali agenti nei reati propri in questa sede esaminati, i soggetti che li coadiuvano nella loro attività. Così come espressamente indicato dal più volte citato art. 30 L.F., in cui è specificato che *il curatore per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni è pubblico ufficiale* e,

15 Cass., sez. 5, 15/5/2007, n. 35049 e Cass., sez. 5, ord. 17/1/2006, n. 20558

come risulta dalla stessa clausola di riserva contenuta nell'art. 228 L.F., il curatore del fallimento assume, in relazione all'attività direttamente connessa allo svolgimento delle proprie funzioni, la qualifica di pubblico ufficiale applicandosi ad esso le disposizioni penali relative a tale figura. Dalla suddetta qualifica di pubblico ufficiale deriva, quale conseguenza necessitata, la sottoposizione del curatore fallimentare alla responsabilità amministrativa per danni causati, nell'esercizio delle sue funzioni, direttamente o indirettamente, allo Stato o a qualsiasi altra Pubblica Amministrazione, a causa di comportamenti connotati, dal punto di vista soggettivo, dalla violazione dolosa o gravemente colposa di obblighi di servizio. Ci si ricollega, pertanto, alla disciplina della responsabilità amministrativo-contabile del pubblico dipendente, dalla quale si discosta per il presupposto non imprescindibile dell'esistenza di un rapporto d'impiego o la qualità di dipendente pubblico, poiché è sufficiente il semplice inserimento nell'organizzazione della pubblica amministrazione. La giurisprudenza contabile ha, più volte, esaminato ipotesi di responsabilità di curatori fallimentari per danno all'erario, soprattutto nel particolare caso in cui il fallito si sia trovato coinvolto in un processo dalla durata irragionevole, determinata da una condotta negligente del curatore che abbia determinato l'ingiustificato protrarsi dello svolgimento della procedura fallimentare. Sul punto, tanto la giurisprudenza di legittimità che di merito, hanno fugato qualsiasi dubbio nel senso di ritenere pienamente applicabile la legge n°89/2001 (c.d. Legge Pinto) anche alle procedure fallimentari, prevedendo il pieno diritto del soggetto danneggiato ad un'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo[16]. In tal caso, il risarcimento riconosciuto al fallito, ai sensi e per gli effetti della citata legge n°89/2001, per la irragionevole durata della procedura fallimentare, è stato considerato dalla Corte dei conti un danno erariale indiretto ed, in quanto tale, addebitabile al curatore fallimentare negligente e/o inerte. La giurisprudenza contabile chiamata a pronunciarsi in ipotesi di danni erariali causati dalla negligenza

16 Cfr. Cassazione Civ., Sez. I, n°10122/2204 e Corte di Appello di Genova 17/07/2002

del curatore fallimentare ha dovuto, preliminarmente, dirimere la questione inerente alla sottoposizione dei casi *de quibus* alla sua stessa giurisdizione. Sul punto, può citarsi una autorevole pronuncia[17] del Giudice contabile nella quale si afferma che, in tali casi, il difetto di giurisdizione potrebbe sussistere sotto un duplice versante, vale a dire *ratione materiae aut personae.* Quanto al primo aspetto, secondo la sezione lombarda della Corte dei conti, ogni possibile incertezza è fugata dalla volontà normativa. Ai sensi dell'art. 5 della citata legge n°89/2001, infatti, *il decreto che accoglie la domanda di risarcimento del danno da irragionevole durata del processo è altresì comunicato al Procuratore generale della Corte dei conti, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di responsabilità*. La sottoposizione, *ratione materiae*, di tali ipotesi al vaglio della magistratura contabile, dunque, trae origine e fondamento da una chiarissima previsione normativa. Meno evidente e di più sottile spessore è, invece, la *questio juris* legata al secondo profilo concretantesi nell'interrogativo se la giurisdizione della Corte dei conti si possa spingere sino ad assoggettarvi il libero professionista allorquando egli sia chiamato ad esercitare le funzioni di curatore fallimentare. Come noto, al giudizio della Corte dei conti per responsabilità amministrativo-contabile sono sottoposti, di regola, i dipendenti della P.A., ad essa legati da rapporto organico. Da lustri ormai il Giudice contabile ha rivendicato la propria giurisdizione anche nei confronti di soggetti estranei all'Amministrazione danneggiata ma alla stessa legati da un rapporto di servizio che si configura ogni qualvolta che una persona fisica o giuridica venga inserita a qualsiasi titolo nell'apparato organizzativo pubblico ed investita, sia autoritativamente o convenzionalmente, dello svolgimento in modo continuativo di una attività retta da regole proprie dell'azione amministrativa, così da esserne partecipe. Orbene, come affermato anche in precedenza, nell'ottica del rapporto di servizio si colloca la figura del curatore fallimentare cui l'ordinamento, oltre ad attribuire la qualifica di pubblico ufficiale e a pretendere il possesso di peculiari qualità individuali, conferisce un ruolo

17 Cfr. Cfr. Corte dei conti, Sez. giurisdizionale Lombardia, n°733/2005

essenziale nel dipanarsi della procedura, affidandogli l'amministrazione del patrimonio fallimentare. Secondo la costante giurisprudenza contabile[18], pertanto, ad integrare un rapporto di servizio con soggetti estranei all'amministrazione danneggiata, su cui si radica la giurisdizione del giudice contabile – è sufficiente l'esistenza di una relazione funzionale che implichi la partecipazione del soggetto alla gestione di risorse pubbliche e il suo conseguente assoggettamento ai vincoli ed agli obblighi volti ad assicurare la corretta gestione di tali beni; l'ampiezza dei poteri attribuiti al curatore fallimentare lo rende il cardine della gestione sì da consentire la definizione di cooperatore della Giustizia quale organo ausiliare del Giudice; se a tale soggetto fa difetto l'appartenenza organica alla struttura pubblica, ricorre certamente per il curatore la qualità di compartecipe fattivo dell'attività pubblica[19] e quindi un vero e proprio inserimento funzionale, ancorché temporaneo, nell'apparato gestionale dell'amministrazione, quale organo tecnico e straordinario della stessa, con il conseguente assoggettamento alla responsabilità patrimoniale ed alla correlata competenza giurisdizionale della Corte dei conti[20]. Sul punto, pertanto, la giurisprudenza della Corte dei conti è totalmente orientata nel senso di ritenere, per quanto sopra riportato, il curatore fallimentare assoggettato alla giurisdizione contabile e passibile di condanna, nel caso fosse dimostrato il suo dolo o la colpa grave, al risarcimento del danno erariale procurato allo Stato.

18 Cfr. Corte dei conti, Sez. giurisdizionale Sicilia n°3161/2013
19 Cfr. Cassazione Civile SS.UU. 5 aprile 1993, n. 4060
20 Cfr. Cassazione Civile SS.UU. n. 3358/1994; n. 15599/2009

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

IL (MANCATO) CONTRADDITTORIO ENDOPROCEDIMENTALE IN MATERIA DI INFORMAZIONE ANTIMAFIA

dell'Avv. Giuseppe Carratelli

Sommario:

1. Il caso oggetto dell'ordinanza del TAR Puglia.
2. La pronuncia della CGUE.
3. Il rigido orientamento del Consiglio di Stato
4. Il principio del contraddittorio

Nota a: Tar Puglia - Bari, sez. III, ordinanza 13 gennaio 2020, n. 28

1) Il caso oggetto dell'ordinanza del TAR Puglia-Bari

Il T.a.r. per la Puglia, con l'ordinanza qui annotata, ha effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE al fine di chiarire se la disciplina nazionale sull'informazione antimafia, nella parte in cui non prevede il contraddittorio endoprocedimentale in favore del soggetto interessato, sia compatibile con il principio del contradditorio, come riconosciuto dal diritto dell'unione.

Il caso in esame riguarda un ricorso promosso da una società, a cui è stata notificata una misura interdittiva antimafia, impugnata, appunto, dinanzi al TAR[1].

In particolare, la società ricorrente ha rilevato che la Prefettura di Foggia, per adottare il provvedimento impugnato, ha dato peso a risalenti rapporti di frequentazione intrattenuti dai soci della ditta ricorrente con altri soggetti raggiunti da pregiudizi di polizia, i quali non sono, tuttavia, mai culminati in decisioni giudiziarie.

Il T.A.R. adito ha quindi rilevato, sulla base degli atti di causa, che il provvedimento impugnato è stato adottato senza alcun contraddittorio tra la P.A. e i soci della società ricorrente, quindi in assenza di una fase partecipativa del procedimento amministrativo.

Pertanto, il giudice amministrativo ha ritenuto necessario e rilevante, ai fini della decisione, rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale di interpretazione del diritto dell'Unione, atteso che l'accertata pretermissione del contraddittorio ha impedito alla società ricorrente di addurre, nell'ambito del procedimento amministrativo, elementi atti a orientare in senso favorevole la pubblica Amministrazione decidente.

2) La pronuncia della CGUE

La Corte di giustizia UE, sez. IX, con ordinanza del 28 maggio 2020 (causa C-17/20), sulla sollevata questione, si è pronunciata con una decisione in rito, dichiarando irricevibile la domanda proposta dal TAR Puglia[2].

[1] Il TAR Puglia non ha condiviso l'assunto della natura cautelare dell'informativa antimafia interdittiva, poiché non si tratta di misura provvisoria e strumentale, adottata in vista di un provvedimento che definisca, con caratteristiche di stabilità e inoppugnabilità, il rapporto giuridico controverso, bensì di atto conclusivo del procedimento amministrativo avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutori del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A., con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili, se si considera che alla citata interdittiva antimafia segue il ritiro di un titolo pubblico o il recesso o la risoluzione contrattuale, nonché la sostanziale messa al bando dell'impresa e dell'imprenditore che, da quel momento e per sempre, non possono rientrare nel circuito economico dei rapporti con la P.A. dal quale sono stati estromessi.

[2] La questione così sollevata è stata dichiarata manifestamente irricevibile ai sensi dell'art. 53, par. 2, del regolamento di procedura della Corte di giustizia (pubblicato in G.U.U.E. 29 settembre 2012, n. L 265), a norma del quale "*Quando la Corte è manifestamente incompetente a conoscere di una causa o quando una domanda o un atto introduttivo è manifestamente irricevibile, la Corte, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata, senza proseguire il procedimento*".

La CGUE ha richiamato i giudici nazionali alla scrupolosa osservanza dell'art. 53, par. 2, del regolamento di procedura in occasione della decisione sul rinvio pregiudiziale in tema di contraddittorio endoprocedimentale, nel caso di specie inerente all'emanazione dell'informazione interdittiva antimafia.

Ed infatti, la mancata dimostrazione di criteri di collegamento di detta materia con l'ordinamento UE, la connotazione del diritto di difesa procedimentale, quale principio fondamentale del diritto eurounitario, ma invocabile solo nell'ambito di quest'ultimo, nonché il perimetro applicativo dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali UE (il quale si rivolge non agli Stati membri bensì unicamente alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione europea), rendono la questione sollevata dal giudice nazionale manifestamente irricevibile.

Con tale pronuncia la Corte di giustizia UE ha ribadito che il procedimento istituito dall'articolo 267 TFUE costituisce uno strumento di cooperazione fra la Corte ed i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione che sono loro necessari per la soluzione delle controversie che sono chiamati a dirimere.

E', pertanto, indispensabile che nella domanda il giudice nazionale chiarisca, in particolare, il contesto di fatto e di diritto del procedimento principale con dimostrazione del collegamento della vicenda contenziosa con il diritto UE, circostanza non avvenuta nella fattispecie in esame.

La questione sollevata dal TAR Puglia, certamente rilevante, non è stata quindi correttamente sottoposta alla CGUE, che non ha potuto esprimersi.

3) Il rigido orientamento del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato[3], contrariamente a quanto affermato dal TAR Puglia, ha sostenuto, in diverse pronunce, che "*L'informazione antimafia non*

[3] Il Consiglio di Stato, nelle sentenze n. 820 del 31 gennaio 2020 e n. 2854 del 26 maggio 2020, ha affermato che, -ferma rimanendo ogni competenza della Corte di Giustizia UE sulla compatibilità della normativa italiana con il diritto eurounitario al cospetto di una questione che abbia rilevanza transfrontaliera-, il procedimento finalizzato all'emissione dell'informazione antimafia non sconta una totale assenza di contraddittorio, nel nostro ordinamento, ma conosce una interlocuzione solo eventuale, prevista dall'art. 93, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011, secondo cui il Prefetto competente al rilascio dell'informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite, invita in sede di audizione personale i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione utile.

richiede la necessaria osservanza del contraddittorio procedimentale, meramente eventuale in questa materia ai sensi dell'art. 93, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011 né è configurabile l'applicazione dell'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241 del 1990 non essendo l'informazione antimafia provvedimento vincolato, ma per sua stessa natura discrezionale".

E' noto, infatti, che tali provvedimenti prefettizi sono basati su valutazioni per le quali il legislatore non ha individuato puntualmente né tutte le circostanze rilevanti né, soprattutto, i criteri per la loro interpretazione, il che ha indotto la giurisprudenza a riconoscere ai Prefetti ampi poteri discrezionali[4] sui quali sarebbe esercitabile unicamente un sindacato "debole", limitato ai casi *"di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti"*[5].

In particolare, la III sezione, con sentenza del 31 gennaio 2020, n. 820, ha ritenuto che l'assenza di una necessaria interlocuzione procedimentale in questa materia non costituisca un *vulnus* al principio di buona amministrazione, perché, come la stessa Corte UE ha affermato, il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa non è una prerogativa assoluta, ma può soggiacere a restrizioni, a condizione che «*queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti*» (sentenza della Corte di

Secondo il supremo consesso della giustizia amministrativa, l'audizione del soggetto interessato e l'invito a fornire informazioni o documenti presuppongono una valutazione discrezionale dell'autorità preposta alla tutela della sicurezza pubblica in ordine all'utilità di detto contraddittorio procedimentale in seno ad un procedimento informato da speditezza, riservatezza ed urgenza, per evidenti ragioni di ordine pubblico, e finalizzato, per espressa previsione legislativa (art. 84, comma 3, del d. lgs. n. 159 del 2011), a prevenire eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o delle imprese (Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758; id. 5 settembre 2019, n. 6105 e, ora, Corte cost. 26 marzo 2020, n. 57).

[4] Sull'ampiezza dei poteri del Prefetto in materia di misure interdittive antimafia, si veda O.Morcavallo, L'informazione interdittiva antimafia, Giuffrè, 2019

[5] Sullo specifico punto si veda l'opinione critica di F.G. Scoca, Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici, in Giustamm.it, 6 (2013). Sul tema cfr. recentemente G. D'Angelo, Artt. 84-95 del D.lg. 6.9.2011, n. 159 (commento), cit., il quale, segnalando che "*la giurisprudenza amministrativa è ferma nel considerare la valutazione del prefetto "espressione di ampia discrezionalità" (CSt. III, n. 3208/14; in termini di ampio, ma non indeterminato, potere discrezionale v. CSt. III, n. 1109/17), anche se sembra ricondurre (non senza incertezze e ambiguità) le informazioni antimafia a valutazioni di ordine tecnico*" (p. 1151), che in tal modo *"attenuano il sindacato giurisdizionale in modo significativo, fino al punto da essere incompatibile con i principi costituzionali sulla tutela".*

Giustizia UE, 9 novembre 2017, in C-298/16, § 35 e giurisprudenza ivi citata) e, in riferimento alla normativa italiana in materia antimafia, la stessa Corte UE, seppure ad altri fini (la compatibilità della disciplina italiana del subappalto con il diritto eurounitario), ha di recente ribadito che «*il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*» (Corte di Giustizia UE, 26 settembre 2019, in C-63/18, § 37).

Secondo il supremo consesso della giustizia amministrativa[6], la *discovery* anticipata, già in sede procedimentale, di elementi o notizie contenuti in atti di indagine coperti da segreto investigativo o in informative riservate delle forze di polizia, spesso connessi ad inchieste della magistratura inquirente contro la criminalità organizzata di stampo mafioso e agli atti delle indagini preliminari, potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia, che ha l'obiettivo di prevenire il tentativo di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali, la cui capacità di penetrazione nell'economia legale ha assunto forme e "travestimenti" sempre più insidiosi.

Ed ancora, secondo il Consiglio di Stato, la delicatezza della ponderazione intesa a contrastare in via preventiva la minaccia insidiosa ed esiziale delle organizzazioni mafiose, richiesta all'autorità amministrativa, può comportare anche un'attenuazione, se non una eliminazione, del contraddittorio procedimentale, che del resto non è un valore assoluto, come ha pure chiarito la Corte di Giustizia UE nella sua giurisprudenza (ma v. pure Corte cost.: sent. n. 309 del 1990 e sent. n. 71 del 2015), o slegato dal doveroso contemperamento di esso con interessi di pari se non superiore rango costituzionale, né un bene in sé, o un fine supremo e ad ogni costo irrinunciabile, ma è un principio strumentale al buon

[6] Consiglio di Stato, III sezione, sentenza n. 820 del 31 gennaio 2020

andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e, in ultima analisi, al principio di legalità sostanziale (art. 3, comma secondo, Cost.), vero e più profondo fondamento del moderno diritto amministrativo (Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565).

Tale "rigido" orientamento del Consiglio di Stato, è stato oggetto di critiche da parte di autorevole dottrina[7], anche in virtù dei delicati interessi in gioco, ovvero il contrasto alla criminalità organizzata e la libera iniziativa economica del privato.

4) Il principio del contraddittorio

Nelle numerose pronunce emesse dalla giustizia amministrativa in *subiecta materia*, si è costantemente affermato che, ai fini dell'adozione dell'interdittiva antimafia, non occorre la comunicazione di avvio del procedimento, previsto dall'art. 7 della L. n. 241 ovvero il preavviso di rigetto, previsto dall'art. 10 -bis della stessa legge, poiché i procedimenti in materia di tutela antimafia sono tipicamente connessi ad attività di indagine giudiziaria e caratterizzati da ragioni di urgenza e da finalità, destinatari e presupposti incompatibili con le ordinarie procedure partecipative.

Tale orientamento si scontra, tuttavia, col principio del contraddittorio, che, com'è noto, è di matrice comunitaria e quindi direttamente applicabile nel nostro ordinamento.

In materia di informazioni antimafia, la partecipazione dell'interessato al procedimento potrebbe risultare utile, perché consentirebbe all'amministrazione di raccogliere più elementi per valutare la sussistenza – o meno - di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa.

[7] Si veda in senso critico F.G. Scoca, Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata, in Giustamm.it, 6, 2018, secondo il quale *"non c'è alcun necessario collegamento tra la lotta alla mafia, da un lato, e la salvaguardia dell'ordine economico e della concorrenza dall'altro: può esserci e non esserci, a seconda dei fatti che volta a volta giustificano la interdittiva. (…) Il codice antimafia, distinguendo tra soggetti che si muovono in aree criminali, e che, per questo, sono passibili di misure di prevenzione, con gli effetti dell'art. 67, e imprese soltanto esposte a tentativi di infiltrazione e, come tali, soggette ad interdittiva ed agli effetti di cui all'art. 94, ha raggiunto un condivisibile punto di equilibrio tra la difesa attiva contro la mafia e la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti dei cittadini e delle imprese. Ogni aggravamento della disciplina legislativa, come risulta in modo chiarissimo dalla giurisprudenza amministrativa, governata dal Consiglio di Stato, che ha modificato perfino l'architettura del sistema, sposta l'asse fissato dal legislatore, aumenta (forse) l'efficacia della lotta alla mafia, ma incide negativamente sulla costituzionalità della disciplina e, a mio avviso, rischia di compromettere lo sviluppo economico delle zone inquinate".*

Ed invero, l'art. 6, par. 1 del Trattato sull'Unione Europea, stabilisce che "*L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati*".-

In quanto tale, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea è fonte di diritto primario dell'Unione Europea, al pari dei Trattati istitutivi.

Le fonti di diritto primario dell'Unione Europea, allorquando presentino i caratteri della sufficiente precisione e del carattere incondizionato possono avere efficacia diretta all'interno degli ordinamenti nazionali in modo da creare a favore dei singoli posizioni giuridiche soggettive direttamente tutelabili dinnanzi ai giudici nazionali.

L'art. 41 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 prevede espressamente il diritto del cittadino europeo a una buona amministrazione.-

A sua volta, il diritto ad una buona amministrazione comprende in particolare "*il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio*" (sempre art. 41 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea).

Il diritto dell'Unione riconosce, pertanto, la sussistenza di un principio del contraddittorio di carattere endoprocedimentale, da far valere al di fuori del diritto di difesa nel processo giurisdizionale e da intendere nel senso che "*ogni qualvolta l'Amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo, i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'Amministrazione intende fondare la sua decisione (...)*.

Il principio del contraddittorio endoprocedimentale è enunciato in maniera precisa, in quanto sono chiariti con sufficienza gli elementi che ne fanno parte e in maniera incondizionata, trattandosi di principio capace di autoaffermarsi nei rapporti del privato con l'Amministrazione.

Il principio del contraddittorio, quale espressione fondamentale di civiltà giuridica europea, appartiene, oltretutto, al catalogo dei principi generali del Diritto dell'Unione in base all'art. 6, par. 3 del Trattato sull'Unione Europea, a mente del quale "*i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*".

Sicché risulta davvero sorprendente come, nonostante la chiarezza di tale principio, il giudice amministrativo si ostini ad escludere in radice la partecipazione dell'interessato al procedimento amministrativo da cui scaturisce l'informazione antimafia.

Conclusioni

La delicatezza degli interessi in gioco, in mancanza di un espresso provvedimento della CGUE, visto il rigido orientamento espresso dal G.A., richiede un intervengo legislativo deciso, volto a ripristinare la tutela del principio del contraddittorio.

Ed infatti, in materia di informative antimafia, non è dato comprendere perché viene compresso il diritto di partecipazione dell'interessato al procedimento amministrativo, da cui, peraltro, può scaturire un provvedimento con effetti devastanti per qualsiasi attività, non sussistendo, in generale, con la mera interlocuzione procedimentale, un pregiudizio alle finalità perseguite dalla legislazione antimafia[8], che ha l'obiettivo di prevenire il tentativo di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali[9].

[8] Con riguardo alle finalità della legislazione antimafia, si veda in senso critico F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *Giustamm.it*, 6 (2018), p. 6, secondo il quale *"rispetto alle finalità delle interdittive si nota una evoluzione nella giurisprudenza: viene nettamente superata la ratio della legge»* poiché *«non c'è alcun necessario collegamento tra la lotta alla mafia, da un lato, e la salvaguardia dell'ordine economico e della concorrenza, dall'altro: può esserci e non esserci, a seconda dei fatti che volta a volta giustificano la interdittiva".*

[9] Nella sezione "Focus di giurisprudenza e pareri", del sito della giustizia amministrativa (www.giustiziaamministrativa.it), è stata annotata la sentenza n.4979/2020 del Consiglio di Stato. In tale contributo è stato evidenziato che laddove la partecipazione procedimentale non frustri l'urgenza del provvedere e le particolari esigenze di celerità del procedimento – art. 7, l. n. 241 del 1990 – per bloccare un grave, incontrollabile o imminente pericolo di infiltrazione mafiosa e, dunque, non ostacoli la *ratio* stessa dell'informazione antimafia quale strumento di massima tutela preventiva nella lotta contro la mafia, la

L'amministrazione, avvallata dalle predette pronunce, in materia di informazioni antimafia, predilige, troppo spesso, la strada del c.d. "rischio zero", in esito ad istruttoria sommaria e carente in punto di specifica situazione di rischio - tra l'altro senza alcuna interlocuzione procedimentale – violando, senza dubbio alcuno, anche il parametro della proporzionalità.

Ed infatti, analizzando gli esiti delle procedure *ex* art.34 bis cod. antimafia, oltre che le rare pronunce di accoglimento del G.A. in materia di informative antimafia, appare evidente che, troppo spesso, vengono attinte, dalle misure previste dal d.lgs. n. 159 del 2011, aziende che in realtà sono ben lontane da tentativi di infiltrazione mafiosa, che si vedono quindi fortemente frenate (o addirittura stoppate) dallo Stato, che dovrebbe, invece, incentivarle e farle crescere.

Pertanto, in virtù delle decisioni emesse dal giudice amministrativo, spetterà alla saggezza del legislatore, anche nell'ottica di un delicato bilanciamento tra i valori in gioco che hanno una rilevanza anche di carattere costituzionale[10], valutare simili o altri percorsi normativi, che evitino un sacrificio del diritto di difesa sproporzionato, in talune ipotesi

partecipazione procedimentale, prima di adottare un provvedimento interdittivo, potrebbe e dovrebbe essere ammessa in via generale perché:
a) consentirebbe all'impresa di esercitare in sede procedimentale i propri diritti di difesa e di spiegare le ragioni alternative di determinati atti o condotte, ritenuti dalla Prefettura sintomatici di infiltrazione mafiosa, nonché di adottare, eventualmente su proposta e sotto la supervisione della stessa Prefettura, misure di *self cleaning*, che lo stesso legislatore potrebbe introdurre già in sede procedimentale con un'apposita rivisitazione delle misure straordinarie, ad esempio, dall'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, conv. con mod. in l. n. 114 del 2014, da ammettersi, ove la situazione lo consenta, prima e al fine di evitare che si adotti la misura più incisiva dell'informazione antimafia;
b) consentirebbe allo stesso Prefetto di intervenire con il provvedimento interdittivo quale *extrema ratio* solo a fronte di situazioni gravi, chiare, inequivocabili, non altrimenti giustificabili e giustificate dall'impresa, secondo la logica della probabilità cruciale, di infiltrazione mafiosa, all'esito di una istruttoria più completa, approfondita, meditata, che si rifletta in un apparato motivazionale del provvedimento amministrativo, fondamento e presidio della legalità sostanziale in un ordinamento democratico, che sia il più possibile esaustivo ed argomentato;
c) consentirebbe infine al giudice amministrativo di esercitare con maggiore pienezza il proprio sindacato giurisdizionale sugli elementi già valutati dalla Prefettura in sede procedimentale, anche previo approfondimento istruttorio nel contraddittorio con l'impresa, nonché sul conseguente corredo motivazionale del provvedimento prefettizio, e di affinare così ulteriormente, nell'ottica della *full jurisdiction*, i propri poteri cognitori e istruttori in questa delicata materia, crocevia di fondamentali valori costituzionali, eurounitari e convenzionali in gioco.

[10] Il riferimento è all'art.41 Cost. ed alla libera iniziativa economica privata, che spesso si vede ingiustamente frustrata da rimedi di carattere preventivo, quali le informazioni interdittive antimafia, col rischio di vanificare gli sforzi compiuti dagli imprenditori per promuovere le proprie imprese, creando pregiudizio anche a dipendenti e fornitori.

che non siano contrassegnate dall'urgenza e dalle «*particolari esigenze di celerità del procedimento*» (le quali, come noto, possono comportare l'omissione delle garanzie partecipative, secondo quanto prevede in generale l'art. 7 della l. n. 241 del 1990), rispetto alla pure irrinunciabile, fondamentale, finalità del contrasto preventivo alla mafia.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957
Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici
Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola
Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604
2021 - Anno XLII

I PRINCIPI DI EQUILIBRIO E PAREGGIO DI BILANCIO DI REGIONI ED ENTI LOCALI

di Francesco Nicotra, Dottore di ricerca in diritto pubblico interno e comunitario e funzionario avvocato

SOMMARIO: 1. Il bilancio: profili definitori - 2. L'equilibrio dei bilanci di regioni ed enti locali - 3. Il pareggio di bilancio - 4. L'armonizzazione dei sistemi contabili della pubblica amministrazione - 5 Considerazioni conclusive.

1. Il bilancio: profili definitori

L'attuale sistema finanziario è costruito su un concetto di finanza pubblica allargata[1]. Custode di quest'ultima viene ad essere lo Stato[2].

In proposito, infatti, non si parla più di finanza dello Stato, né di finanza regionale o locale, per quanto questi concetti esistano

[1] La contabilità pubblica abbraccia tutte le attività rientranti nel settore della finanza pubblica allargata, cioè dell'insieme dei soggetti che prelevano ed erogano pubbliche risorse. L'ampia ed eterogenea dimensione di riferimento conferisce alla materia una portata dinamica ed elastica, tendenzialmente espansiva. In materia, si veda Corte cost., n. 6/2019; S. ARIATTI, P. DE' CAPITANI, L. DEL FEDERICO, V. SCALERA, C. VERRIGNI, *La finanza pubblica nei vari livelli di governo - La prospettiva italiana, dai Comuni all'Unione Europea*, Torino, 2019; C. BUZZACCHI, *Il controllo sulla finanza pubblica allargata per l'unità economica della Repubblica*, in Diritto dell'economia, 82, 3, 2013; A. CAROSI, *Collazione dei discorsi tenuti alle celebrazioni del centocinquantenario della Corte dei conti nelle sedi di Salerno, di Cagliari, di Trento, di Milano, di Perugia e Campobasso integrati con alcune novità giurisprudenziali intervenute nel 2013*, in https://www.corteconti.it/Download?id=f5e5cf24-834a-4633-9de4-c8d2533c3744, 19; M. SCIASCIA, *Diritto delle gestioni pubbliche*, Milano, 2013, 96 ss.

[2] L'espressione è utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 107/2016, punto 3 della motivazione. Cfr. C. BUZZACCHI, *Il «custode della finanza pubblica allargata» e gli oneri della potestà di coordinamento*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2016.

ancora, e, prima di analizzare il concetto di equilibrio di bilancio, è necessario descrivere il significato del concetto stesso di bilancio[3].

Secondo un insegnamento tradizionale, in via generale, il bilancio[4] può essere definito come un documento contabile dal quale, attraverso un confronto tra valori di segno opposto, emergono i risultati che un'impresa o di un ente pubblico prevede di conseguire o ha già conseguito[5]. In particolare, esso rappresenta un documento di che indica le entrate dell'amministrazione dello Stato, delle Regioni e degli enti locali (imposizione fiscale, tasse, ecc.) e le uscite (spesa pubblica) relative ad un determinato periodo di tempo[6].

Relativamente allo Stato italiano, il bilancio è contemplato all'art. 81 della Costituzione, in base a cui lo stesso deve essere presentato alle camere entro il 20 ottobre e approvato entro il 31 dicembre di ogni anno[7].

Il bilancio ha diverse funzioni: contabile, di garanzia, politica, giuridica ed economica[8].

La prima funzione è quella di documento che permette di conoscere la situazione contabile dell'ente e di regolarne l'attività futura[9].

[3] In materia, cfr. G. RIVOSECCHI, ***I****l bilancio come strumento di governo delle politiche pubbliche tra Stato e Regioni*, in *Riv. Corte dei conti* n. 5-6/2018, 297 ss.

[4] La parola bilancio deriva etimologicamente dall'attività del bilanciare, ossia porre a confronto due elementi e giungere a un equilibrio. Così S. BUSCEMA, *Il bilancio*, *vol. I*, *Bilancio dello stato – Rapporto con gli altri bilanci*, Milano, 1971.

* Dottore di ricerca in diritto pubblico interno e comunitario e funzionario avvocato.

[5] F. ZACCARIA, *Il bilancio dello Stato*, in *Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 1999, *AA.VV.*, Torino, 1999, 45-102.

[6] M. OREFICE, *Manuale di contabilità pubblica. Analisi di principi generali, istituti e problematiche dottrinali e giurisprudenziali*, Roma, 2020; C.E. GALLO, M. GIUSTI, G. LADU, M.V. LUPÒ AVAGLIANO, L. SAMBUCCI, M.L. SEGUITI, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, 2018.

[7] Il bilancio è redatto in termini di competenza e di cassa. Il bilancio di competenza indica l'ammontare delle spese che lo Stato prevede di dover pagare e delle entrate che prevede di poter riscuotere nell'anno di riferimento (nascita dell'obbligazione). Il bilancio di cassa indica invece le spese che effettivamente verranno liquidate e le entrate che effettivamente saranno incassate (adempimento dell'obbligazione).

[8] Cfr. A. MONORCHIO, L. MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, 2018. Nella scienza costituzionalistica, il bilancio dello Stato rappresenta un istituto nel quale convergono una moltitudine di questioni tra loro eterogenee: il bilancio investe gli studi sulle forme di governo; la scienza finanziaria e il ruolo del diritto; le scelte di politica economica dello Stato e la "Costituzione finanziaria"; le procedure afferenti la formazione della legge di bilancio.

In secondo luogo, il bilancio ha una funzione di garanzia[10].

Sotto questo profilo, il diritto di approvare il bilancio, rivendicato dalla collettività attraverso i suoi rappresentanti[11], segna l'evoluzione dello Stato verso forme costituzionali[12].

In terzo luogo, ha una funzione politica[13].

Il bilancio è ormai molto più che un semplice strumento di rilevazione contabile e ha acquistato una funzione politica, a livello statale, nel rapporto tra governo e parlamento, a livello territoriale nel rapporto tra gli organi politici degli enti e quelli di gestione amministrativa. Dal momento che i fini da raggiungere sono sempre enormemente superiori alle possibilità economiche di uno Stato, o degli altri enti della finanza pubblica allargata (piena occupazione, riduzione del debito pubblico, miglioramento dei servizi pubblici, ecc.), il bilancio è utile per vedere quali l'organo decisionale intenda privilegiare, e perciò quali siano le sue reali intenzioni politiche[14].

In altri termini, lo Stato e gli enti territoriali operano per soddisfare i bisogni della collettività attraverso un sistema di allocazione delle risorse, inteso nel senso generale come sistema

[9] P. PUNTILLO, *Il bilancio degli enti pubblici quale principale strumento di democrazia di un paese*, in …11. Il bilancio veniva predisposto anche nello Stato assoluto, quando la finanza pubblica si identificava con il patrimonio del re, ma la sua funzione era soltanto quella di un mezzo tecnico di conoscenza ed il suo valore era quello di un atto amministrativo interno, redatto per un'esigenza di ordinata gestione.

[10] Significativo A. BUSCEMA, *La Corte dei conti: il futuro di una istituzione a tutela dei cittadini,* Intervento introduttivo al Convegno *"La cultura del controllo indipendente nell'ordinamento italiano"* 11 marzo 2019, in *https://www.corteconti.it/Home/Organizzazione/Presidente/DiscorsiPresidente/11Mar2019Matera*, 4, in cui rileva come il bilancio può offrire maggiore garanzia al soddisfacimento delle aspettative della collettività sull'uso delle proprie risorse.

[11] Il bilancio funge da metro di giudizio per la collettività che si è chiamati ad amministrare poiché attraverso il bilancio il cittadino può constatare la conformità tra quanto promesso e quanto effettivamente realizzato (Corte cost., n. 174/2016).

[12] Quando gli stati assumono caratteristiche più vicine a quelle dello Stato moderno, il bilancio assume anche una funzione di garanzia per i cittadini nei confronti dell'amministratore pubblico: il governo ha meno possibilità di arbitrio quando deve rispettare le voci e le cifre esposte in bilancio. Il diritto di approvare il bilancio, successivamente rivendicato dalla collettività attraverso i suoi rappresentanti, segna l'evoluzione dello Stato verso forme costituzionali.

[13] La decisione di bilancio, infatti, è la concreta predisposizione degli obiettivi e delle decisioni programmatiche del decisore politico, a essa si legano scelte determinanti che non riguardano la sola contabilità, che anzi ne è la struttura portante, bensì tutte le scelte afferenti le politiche pubbliche.

[14] Significativa la sentenza. n. 184 del 2016, in cui la Corte costituzionale coglie l'occasione per definire con chiarezza le funzioni generali del bilancio. Per prima cosa, tale strumento viene definito un "bene pubblico", nel senso che è funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente territoriale, sia in ordine all'acquisizione delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche. (Punto 3, par. 5 del cons. in diritto).

di decisioni circa la destinazione delle risorse disponibili tra impieghi alternativi, profondamente diverso dal sistema di mercato. Il regime in cui agiscono tali soggetti pubblici si caratterizza per il potere coattivo che sottende l'applicazione delle regole allocative[15].

Inoltre, attraverso questo documento si vedono le entrate e le uscite effettivamente sostenute nel periodo d'esercizio, venendo nuovamente in rilievo la funzione di garanzia.

Ancora, va richiamata la funzione giuridica del bilancio[16].

L'approvazione del bilancio diventa un atto giuridico di autorizzazione, senza o contro il quale gli organi sia del potere esecutivo che degli enti territoriali non possono gestire la spesa pubblica né riscuotere le entrate. Attraverso il bilancio si estrinseca tale funzione di autorizzazione e vincolo, sia in ordine alla riscossione delle entrate che all'attività gestionale di imposizione e di spesa. In tal modo il bilancio offre agli enti pubblici il mezzo per esercitare il proprio controllo sugli organi di amministrazione attiva.

Senza l'autorizzazione di bilancio l'attività finanziaria delle amministrazioni statali e territoriali non potrebbe svolgersi regolarmente e, per di più, le previsioni di bilancio costituiscono, pur in diversa misura, un vincolo per l'attività finanziaria stessa.

Gli stanziamenti del bilancio segnano dunque giuridicamente il limite entro cui deve svolgersi la gestione amministrativa: il bilancio vincola alla sua osservanza l'attività della pubblica amministrazione.

Infine, va richiamata la funzione economica.

La funzione del bilancio, infine, si amplia nello Stato contemporaneo, quando alla finanza pubblica si comincia ad

[15] Tali regole traggono la loro legittimazione politica dal mandato elettorale che ricevono gli organi di governo, mentre lo strumento di garanzia della gestione del pubblico denaro oltre che strumento di perseguimento dei fini pubblici è proprio il bilancio.

[16] A. MONORCHIO, L. MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, cit., 137 ss.

attribuire un ruolo attivo in funzione dell'equilibrio economico generale. Il bilancio diventa allora uno strumento di programmazione, che permette di valutare gli effetti dell'attività finanziaria sui vari aspetti della vita economico-sociale e di orientare gli interventi di politica economica verso gli obiettivi desiderati (un aumento o una diminuzione della cifra stanziata in bilancio significa, in sostanza, una maggiore o minore possibilità di attuazione per qualunque scelta politica).

Gli obiettivi e gli interventi possono essere coordinati in modo organico e razionale, in quanto l'intero quadro della finanza pubblica statale e locale è esposto in un unico documento contabile (seppur di consistenza mastodontica).

2. L'equilibrio dei bilanci di regioni ed enti locali

L'art. 81, comma 1, Cost. sancisce l'obbligo dello Stato di assicurare per il proprio bilancio "l'equilibrio tra le entrate e le spese, tenendo conto delle fasi avverse[17] e delle fasi favorevoli del ciclo economico"[18].

Il termine equilibrio non deve essere inteso come pareggio matematico tra entrate e spese, bensì come saldo strutturale in grado di sostenere le spese[19].

In altri termini, il saldo strutturale non va inteso come un pareggio di bilancio in senso contabile, inteso quale uguaglianza numerica *tout court* tra entrate e spese, quanto piuttosto il rispetto di un "equilibrio di bilancio", inteso quale conseguimento di obiettivi di saldo articolati lungo un arco temporale di medio

[17] Per fasi avverse devono intendersi eventi eccezionali e recessioni economiche o ipotesi di depressione.

[18] La scienza economica, individua due fasi che caratterizzano il ciclo: una fase ascendente, caratterizzata da ripresa ed espansione e, una fase discendente, caratterizzata, al contrario, da recessione e depressione.

[19] Cfr. A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/2012, 109 e ID., *L'obbligo della copertura finanziaria tra vecchia e nuova versione dell'art. 81 Cost.*, in *Giur. cost.*, n. 3/2012, 1689.

termine[20] e calibrati in corrispondenza simmetrica rispetto all'andamento ciclico economico[21].

La regola contabile dell'equilibrio di bilancio per regioni ed enti locali è stata introdotta dalla legge n. 243 del 2012[22] che agli articoli da 9 a 12 ha dettato le disposizioni per assicurare l'equilibrio dei bilanci delle regioni e degli enti locali e il concorso dei medesimi enti alla sostenibilità del debito pubblico[23], dando così attuazione, con riferimento agli enti territoriali, a quanto previsto dalla legge costituzionale n. 1 del 2012, che ha introdotto nella Costituzione il principio del pareggio di bilancio di cui si tratterà nel paragrafo seguente.

L'equilibrio di bilancio svolge una funzione fondamentale in materia di sostenibilità del debito pubblico. Essa rappresenta un valore[24] e svolge al tempo stesso una funzione costituzionale di garanzia dei diritti anche delle generazioni future[25]. la contrazione di debito pubblico, infatti, quale scelta politica, chiaramente trasla sulle generazioni future le conseguenze, in

[20] In termini economici si è parlato propriamente di «Saldo di bilancio corretto al ciclo (*Cyclical Adjusted Budget*, CAB)». Così A. PETRETTO, *Costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio, stabilità e crescita economica*, in R. BIFULCO e O. ROSELLI, *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Torino, 2013, 652.

[21] Così G. SCACCIA, *L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2013, 9, che ricorda «il pareggio non è un pareggio contabile, dovendosi fare riferimento al contrario al saldo strutturale, al netto del ciclo economico sfavorevole; […] al saldo strutturale, in ogni caso, può sommarsi un *extradeficit* quando ricorrano eventi eccezionali e vi sia una delibera a maggioranza assoluta delle Camere».

[22] Quanto ai contenuti della legge di bilancio e alla determinazione delle norme fondamentali e dei criteri diretti ad assicurare l'equilibrio dei bilanci statali e la sostenibilità del complesso delle pubbliche amministrazioni, il sesto comma dell'art. 81 Cost. ha infatti fatto rinvio ad una legge rinforzata approvata a maggioranza assoluta dei membri di ciascuna Camera. In attuazione di tale comma, è stata approvata la legge n. 243 del 2012, che delinea il nuovo quadro normativo di riferimento per la contabilità e la finanza pubblica anzitutto definendo il contenuto della legge di bilancio; in secondo luogo, dettando le norme di principio e i criteri di "prudenza contabile" che dovrebbero far tendere in modo fisiologico i bilanci delle amministrazioni pubbliche verso l'equilibrio.

[23] Con la legge 243/2012 emerge una costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio e del principio della sostenibilità del debito pubblico. Significativa in tal senso Corte cost., n. 10/2015, che richiama altre precedenti pronunce della Consulta (in particolare la n. 88/2014).

[24] In proposito, la Corte Costituzionale evidenzia, nella sentenza n. 184 del 2016 (cfr. G. DELLEDONNE, *Le leggi regionali di contabilità, dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1/2012. Alcune considerazioni sulla sentenza n. 184/2016 della corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016), come il bilancio rappresenti un "bene pubblico", funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente territoriale, sia in ordine all'acquisizione delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche, onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività ed a sottoporsi al giudizio finale afferente al confronto tra il programmato ed il realizzato.

[25] Così Corte cost. n. 18/2019. Cfr. A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, 8 ss.

termini di costo, di scelte imputabili agli attuali amministratori, con il rischio di scindere il nesso "imputazione del comportamento - imputazione della responsabilità", che al contrario è alla base dei principi della democrazia rappresentativa.

Con riferimento alle regioni e gli enti locali, tali enti concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica[26] e si considerano in equilibrio in presenza di un risultato di competenza dell'esercizio non negativo[27].

La regola dell'equilibrio di bilancio è accompagnata da una dettagliata disciplina circa gli obblighi in capo a regioni ed enti locali al fine del monitoraggio degli adempimenti, venendo altresì corredata da un articolato sistema sanzionatorio/premiale, da applicare, rispettivamente, in caso di mancato conseguimento del saldo non negativo tra entrate e spese finali ed in caso di rispetto del saldo in situazioni di virtuosità[28]; vengono altresì previste alcune disposizioni volte ad introdurre elementi di flessibilità ai fini del conseguimento del saldo di equilibrio[29].

L'obbligo del concorso al conseguimento dei saldi e degli obiettivi di finanza pubblica vige anche per le autonomie speciali[30], ma in talune di esse – vale a dire la Sardegna, e la Regione Siciliana e, dal 2017, anche la Valle d'Aosta – il concorso è attuato mediante la regola del pareggio di bilancio, mentre per la Regione Friuli-

[26] Gli obiettivi di finanza pubblica, indicati nei documenti di programmazione economico-finanziaria presentati in corso d'anno dal Governo, si inquadrano nel contesto delineato dal Patto di stabilità e crescita e nella c.d. *governance* economica europea, intesa come un complesso di previsioni, contenute nei trattati e nella normativa europea, tese a definire gli strumenti e le procedure per una più rigorosa politica di bilancio e per il coordinamento delle finanze pubbliche al fine di garantire la solidità finanziaria dei Paesi aderenti all'Unione europea. L'impianto normativo richiamato è costituito, tra l'altro, da un insieme di sei atti legislativi (il c.d. *Six pack*), approvati dalle Istituzioni europee nel novembre 2011, dal Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria (cd. *Fiscal Compact* , ratificato dall'Italia con legge 23 luglio 2012, n. 114, e da due ulteriori regolamenti del 21 maggio 2013, n. 472 e n. 473 (c.d. *two pack*).

[27] Si veda A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali di fronte ai vincoli europei ed alla riforma costituzionale sul «pareggio di bilancio»*, in *Le Regioni*, n. 1-2-/2014, 74; G. BOGGERO, *Gli obblighi di Regioni ed enti locali dopo la legge n. 243/2012*, in *Amministrare*, n. 1/2014, 97 ss.

[28] L. CASO, *Il costo dei diritti e della loro tutela tra Unione Europea e autonomie territoriali*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 3-4/2018, 463 ss.

[29] Cfr. A. BELTRAMI, *Monitoraggio e strumenti di flessibilità nella gestione del saldo*, Bologna, 2016.

[30] Cfr. R. BIN, *L'autonomia finanziaria delle Regioni speciali tra vincoli europei, obbligo di solidarietà e leale cooperazione*, in *Le Regioni*, 3/2015, p. 799 e ss.

Venezia Giulia, la Regione Trentino-Alto Adige e le Province autonome di Bolzano e di Trento[31], tale regola non si applica, e tali enti continuano ad essere tenuti al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica attraverso le regole del patto di stabilità interno di cui alla legge di stabilità 2013 (L. n. 228/2012) modulato secondo quanto concordato tra Stato e singola regione e provincia autonoma

La legge di bilancio per il 2019 ha innovato la disciplina dell'equilibrio di bilancio delle regioni e degli enti locali prevedendo che essi possono utilizzare in modo pieno il risultato di amministrazione e il fondo pluriennale vincolato di entrata e di spesa ai fini dell'equilibrio di bilancio[32]. Pertanto, già in fase previsionale, il vincolo di finanza pubblica coinciderà con gli equilibri ordinari, secondo la disciplina contabile armonizzata di cui al d.lgs. n. 118 del 2011, per le regioni, e prevista dagli artt. 162, 187 e 188 del d.lgs. n. 267 del 2000, per gli enti locali, nonché, da ultimo, quelli posti dall'art. 1, comma 821, della legge n. 145 del 2018[33].

3. Il pareggio di bilancio

Uno dei temi fra i più dibattuti in dottrina a seguito della revisione del 2012, realizzata con la legge n. 1/2012[34], che, nell'introdurre con il nuovo art. 81 il principio del pareggio di bilancio[35] nella Carta costituzionale, ha imposto vincoli più

[31] I. DALMONEGO, *Le autonomie speciali nel processo di riequilibrio della finanza pubblica* in *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle regioni a statuto speciale* (a cura di) R. TONIATTI e F. GUELLA, Napoli, 2014, 93 ss.

[32] In proposito, cfr. Corte dei Conti, Sez. Riun. di controllo, n. 20/2019, in *https://www.corteconti.it/Download?id=7ea8e0fe-a760-4847-8093-291fb85e082a*

[33] Per le regioni a statuto ordinario troveranno applicazione, allo stato normativo attuale, dal 2021.

[34] Legge cost. 20 aprile 2012, n.1, recante «*Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*».

[35] Sull'introduzione in Costituzione del principio del pareggio di bilancio, la letteratura è vastissima, senza alcuna pretesa di esaustività, si veda tra gli altri, A. FONZI, *L'obbligo di copertura finanziaria e l'equilibrio di bilancio. La prevalenza dell'interesse finanziario nelle leggi regionali – proclama*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 322 ss.; F. SUCAMELI, *"Patto di stabilità", principi costituzionali ed attuazione politica: la legge di bilancio 2019 e l'art. 9 della l. n. 243/2012 attraverso il prisma della giurisprudenza del Giudice delle* leggi, in *Federalismi*, n. 15/2019; A. MORRONE, *Verso un'Amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e*

stringenti e puntuali in materia di bilancio, contabilità pubblica e stabilità finanziaria, mentre, con la modifica degli artt.117 e 119, ha fissato le citate regole in tali materie anche per le Regioni e gli enti locali.

In via preliminare, va evidenziato come la disciplina del pareggio di bilancio costituisce per le regioni e gli enti locali la nuova regola contabile – in sostituzione del previgente patto di stabilità interno[36] – mediante cui gli enti territoriali concorrono alla sostenibilità delle finanze pubbliche.

In particolare, la regola contabile dell'equilibrio di bilancio per regioni ed enti locali, introdotta dalla legge n. 243/2012 che, agli articoli da 9 a 12[37] ha dettato le disposizioni per assicurare

pareggio di bilancio, in *Diritto amministrativo*, n. 2/2019, 381-342; M. QUECCHIA, *Gli equilibri di bilancio degli enti* locali, Rimini, 2019; A. SPANO, V. TAGLIAGAMBE, *Dal patto di stabilità al pareggio di bilancio: quali implicazioni per i sistemi di pianificazione delle regioni?*, in *Azienda Pubblica*, n. 4/2018. 401 ss.; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Nomos*, n. 1/2017; G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, 2016, 2 e ss.; A. ANTONELLI, *L'introduzione del "pareggio" di bilancio nella Costituzione: nuove prospettive per la governance della finanza pubblica*, in *Federalismi*, n. 26/2016; M. PANEBIANCO, *Il Parlamento fra pareggio di bilancio e federalismo fiscale*, Roma, 2015; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano 2015, 1673 ss., e Id., *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013*, Milano 2014; C. BUZZACCHI, *Copertura finanziaria e pareggio di bilancio: un binomio a rime obbligate?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012; D. MORGANTE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, ivi, n.14/2012; A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in *www.osservatoriosullefonti.it* n.2/2012; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d."pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012; G. BOGNETTI, *Il pareggio del bilancio nella Carta costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2012; P. SANTORO, *La costituzionalizzazione eteronoma del pareggio di bilancio*, in *Giustamm.it*, 2012.

[36] Il Patto di stabilità Interno (PSI) nasce dall'esigenza di convergenza delle economie degli Stati membri della UE verso specifici parametri, comuni a tutti, e condivisi a livello europeo in seno al Patto di stabilità e crescita e specificamente nel trattato di Maastricht. L'indebitamento netto della Pubblica Amministrazione (P.A.) costituisce il parametro principale da controllare, ai fini del rispetto dei criteri di convergenza e la causa di formazione dello stock di debito. In particolare, esso si sostanzia quindi in un sistema di regole che identifica i vincoli alla finanza delle Regioni e degli enti locali, determinandone singolarmente gli obiettivi programmatici. Esprime i risultati di bilancio degli enti territoriali e consente il controllo annuale dell'indebitamento netto delle Regioni e degli enti locali. Le regole del patto di stabilità interno sono stabilite con la predisposizione e l'approvazione della manovra di finanza pubblica, così da definire e promuovere le necessarie azioni correttive e permettere il rispetto delle condizioni di risanamento della finanza pubblica stabilite dal Patto di Stabilità e Crescita. L'indebitamento netto, obiettivo primario delle regole fiscali che costituiscono il Patto di stabilità interno, è definito come il saldo fra entrate e spese finali, al netto delle operazioni finanziarie (riscossione e concessioni crediti, partecipazioni e conferimenti, anticipazioni), desunte dal conto economico della P.A., preparato dall'ISTAT. Sul punto, cfr. F. SUCAMELI, *"Patto di stabilità", principi costituzionali ed attuazione politica: la legge di bilancio 2019 e l'art. 9 della l. n. 243/2012 attraverso il prisma della giurisprudenza del Giudice delle* leggi, cit.; A. SPANO, V. TAGLIAGAMBE, *Dal patto di stabilità al pareggio di bilancio: quali implicazioni per i sistemi di pianificazione delle regioni?*, cit., 402 ss.

[37] Con riferimento all'art. 12, comma 3), la Corte costituzionale (n. 88/2014) ha dichiarato violato il principio di leale collaborazione nella parte in cui si prevede che, nelle fasi favorevoli del ciclo economico, un D.P.C.M. determini il contributo di Regioni e di enti locali al Fondo di ammortamento per i titoli di Stato, sentita la Conferenza per il coordinamento della

l'equilibrio dei bilanci delle regioni e degli enti locali e il concorso dei medesimi enti alla sostenibilità del debito pubblico, ha dato così attuazione, con riferimento agli enti territoriali, a quanto previsto dalla legge costituzionale n. 1 del 2012[38], che ha introdotto nella Costituzione il principio del pareggio di bilancio.

La Corte costituzionale si è più volte espressa sulla nuova disciplina (anche qui si veda il paragrafo 5), con riferimento principalmente ad impugnative relative alla legge rinforzata n. 243 del 2012. Impugnative che, va premesso, con la sentenza della Corte n. 88 del 2014 sono state ritenute ammissibili in ragione della circostanza che la legge suddetta, pur essendo da considerarsi rinforzata in ragione della particolare maggioranza richiesta per la sua approvazione, non differisce dal rango di legge ordinaria attuativa della legge costituzionale[39].

Il cambio di denominazione del (prima patto di stabilità interno, poi "saldo di finanza pubblica", infine il "pareggio di bilancio") è

finanza pubblica. Secondo la Corte, «considerate l'entità del sacrificio imposto e la delicatezza del compito cui la Conferenza è chiamata», l'adozione del decreto dovrebbe fare seguito ad un'intesa e non essere meramente successiva all'ottenimento di un parere non vincolante. A dover essere coinvolta è poi la Conferenza unificata e non la Conferenza per il coordinamento della finanza pubblica, dal momento che occorre «garantire a tutti gli enti territoriali la possibilità di collaborare alla fase decisionale».

[38] La Corte si è espressa diffusamente sulla disciplina del pareggio, rilevando in premessa come il nuovo sistema di finanza pubblica disegnato dalla legge cost. n. 1 del 2012 abbia una sua interna coerenza ed una sua completezza. In essa, inoltre, si ritiene complessivamente che l'insieme delle disposizioni da essa recate fa sì che la nuova disciplina debba essere considerata non solo espressione della competenza esclusiva statale di armonizzazione dei bilanci pubblici, ma altresì dei principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica connessi con la salvaguardia degli equilibri di bilancio. Tale riforma impone pertanto vincoli non solo allo Stato ma anche a tutte le amministrazioni pubbliche che concorrono al bilancio consolidato, nel rispetto degli impegni presi in sede europea, e quindi poggia anche sui principi costituzionali di solidarietà ed uguaglianza. Unitamente a quelli di unitarietà dell'ordinamento i principi in questione, da sempre sottesi alla disciplina della finanza pubblica, si sono con la legge 243 rafforzati e, su questo assunto, la pronuncia ha ritenuto non trovassero riscontro alcune censure avanzate circa la lesione dell'autonomia finanziaria e del principio di leale collaborazione, poiché i limiti all'indebitamente (di cui in particolare all'articolo 10 della legge) trovano applicazione ni confronti di tutte le autonomie, ivi comprese le speciali, senza necessità di concertazione. Nondimeno, in tale quadro la Corte ha rilevato come il rinvio ad una fonte secondaria contenuto nel suddetto articolo (vale a dire l'emanazione di un DPCM previa intesa con la Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica) può dirsi conforme a Costituzione soltanto se ad essa si demanda per la disciplina di aspetti meramente "tecnici", motivo per il quale la norma della legge di attuazione è incostituzionale nella parte in cui non prevede che i criteri e le modalità per l'attuazione abbiano esclusivamente natura "tecnica".

[39] Cfr. M. NARDINI, *Il principio di "equilibrio" di bilancio per le autonomie speciali (nota alla sentenza del 7 aprile 2014, n. 88)*, in *Federalismi*, n. 22/2014.

frutto di una profonda e progressiva trasformazione del dispositivo legislativo[40].

Dietro alla non felice formulazione della disposizione[41], infatti, vi era l'intento di preservare la politica finanziaria dall'utilizzo dei disavanzi come strumento ordinario di gestione[42], intendendo così l'articolo 81 come norma posta a presidio del pareggio di bilancio[43] quale parametro di una sana e virtuosa gestione delle finanze pubbliche[44].

In proposito, si è fatto ricorso alla espressione "doppio binario"[45], per indicare l'imposizione agli enti territoriali, nella costruzione del bilancio, di un obiettivo contabile ulteriore a quello della mera copertura della spesa[46] (ossia l'equilibrio nella continuità degli esercizi finanziari, mediante il risultato di amministrazione)[47].

Ciò premesso, per comprendere le ragioni che hanno dato luogo alla nascita del principio del pareggio di bilancio, bisogna muovere dalla previsione costituzionale dell'art. 81.

[40] Così, F. SUCAMELI, *"Patto di stabilità", principi costituzionali ed attuazione politica: la legge di bilancio 2019 e l'art. 9 della l. n. 243/2012 attraverso il prisma della giurisprudenza del Giudice delle* leggi, cit., 2.

[41] In tal senso C. CARUSO, *La giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio*, in A. MORRONE (a cura di), *La Costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, Torino, 2015, 269. Al riguardo, emerge una chiara disomogeneità tra il novellato art. 81, nel quale si parla di equilibrio, e titolo della legge di revisione costituzionale, nel quale si fa espressamente riferimento al più stringente vincolo del pareggio di bilancio. Cfr. A. BRANCASI, *Le decisioni di finanza pubblica secondo l'evoluzione della disciplina costituzionale*, in C. PINELLI – T. TREU, *La Costituzione economica: Italia Europa*, Bologna, 2010, 347 ss.

[42] Cfr. M. BERGO, *Pareggio di bilancio "all'italiana", Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012 n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi,* in Federalismi, n. 6/2013, 7ss; A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, cit., 4; N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Filangieri*, Quad. 2011 *"Costituzione e pareggio di bilancio"*, 69-144.

[43] Per un'attenta ricostruzione delle ragioni della formulazione dell'art. 81 Cost. in riferimento al principio del pareggio di bilancio si veda A. FONZI, *L'obbligo di copertura finanziaria e l'equilibrio di bilancio. La prevalenza dell'interesse finanziario nelle leggi regionali – proclama,* cit.

[44] Corte cost. n. 192/2012, punto 4 del considerato in diritto, par. 6.

[45] Sulle ragioni dello strumento del "doppio binario", si veda *Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Atti del Seminario del 14 marzo 2018* (a cura di P. ALESSANDRINI), *"Gli obiettivi di finanza pubblica delle Regioni"*, 23 ss., in *file:///F:/Controlli%20Corte%20dei%20Conti%20enti%20territoriali/Libro/20190131_obiettivibilancioregioni_attiseminario140318.pdf*

[46] Rileva la Corte costituzionale, n. 247/2017, che l'introduzione nella Costituzione del principio dell'equilibrio di bilancio rappresenterebbe lo strumento per assicurare, tenendo conto dell'andamento ciclico dell'economia, il pareggio del conto economico delle pubbliche amministrazioni, rilevante al fine del rispetto dei livelli di indebitamento e di debito pubblico indicati dal Patto di stabilità e crescita in attuazione dell'ordinamento comunitario.

[47] F. SUCAMELI, *"Patto di stabilità", principi costituzionali ed attuazione politica: la legge di bilancio 2019 e l'art. 9 della l. n. 243/2012 attraverso il prisma della giurisprudenza del Giudice delle* leggi, cit., 3.

Quest'ultima disposizione afferma un canone costituzionale di natura finanziaria fondamentale su cui si fonda la formazione delle leggi, ossia il principio di copertura finanziaria delle leggi che determinano sia nuovi e maggiori spese sia minori entrate[48]. In base a questo principio una qualunque legge che importi una spesa deve indicare i mezzi per farvi fronte nella sua interezza, con riferimento a tutti gli esercizi sui quali è destinata a gravare[49]. Su questo presupposto sono le leggi diverse dal bilancio a disciplinare le spese ed a determinarne l'ammontare, sicchè la legge di bilancio è diventato uno strumento normativo di mero recepimento di decisioni di spesa determinate dalle altre leggi, le quali, dovendo indicare le relative coperture finanziarie, ha consentito, di fatto, al bilancio di risultare in tendenziale parità, poiché ogni spesa iscritta in bilancio avrebbe dovuto basarsi su una legge sostanziale e ogni legge di spesa avrebbe dovuto recare l'esatta determinazione della copertura corrispondente.

Tale principio era in origine funzionale all'esigenza di impedire la modifica *in peius* dell'equilibrio finanziario stabilito dal bilancio[50]. In altri termini, la funzione che in tal modo si intendeva conferire al principio di copertura era di impedire la modifica *in pejus* dell'equilibrio del bilancio approvato, per cui, il fatto non fosse

[48] Si veda G. FARES, *L'obbligo di copertura finanziaria delle leggi che costano: qualche spunto alla luce del contributo offerto dalla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, n. 1/2020, 50 ss.

[49] Pertanto, per effetto della regola di copertura, ogni norma che comporti una nuova o maggiore spesa o una riduzione di entrate (ossia degli oneri) deve essere corredata di una clausola finanziaria che identifichi i mezzi per compensare i relativi effetti onerosi. Dall'obbligo costituzionale di copertura discende la necessità di una corretta quantificazione degli oneri derivanti da ciascuna norma. La quantificazione deve individuare gli effetti onerosi non solo in termini quantitativi, ma anche in termini qualitativi (spesa capitale o corrente) e temporali (esercizi finanziari nei quali si manifesteranno gli oneri). La regola di copertura trova applicazione nella fase dell'approvazione di nuove norme onerose: perciò i suoi effetti si limitano al perseguimento del cosiddetto "pareggio a margine", ossia alla neutralizzazione degli effetti onerosi delle disposizioni via via introdotte nell'ordinamento. In tal senso, tale regola differisce da quella dell'"equilibrio di bilancio" (art. 81, primo comma) riferita al complesso delle voci di spesa ed entrata del bilancio. In attuazione dell'articolo 81 Cost., la legge n. 196 del 2009 (legge di contabilità e finanza pubblica) disciplina, all'articolo 17, gli strumenti e le modalità per la corretta determinazione degli oneri e dei relativi mezzi di copertura: quantificazione e copertura dell'onere sono affidati ad analisi da svolgere all'interno di uno specifico procedimento, i cui esiti sono oggetto di verifica tecnica in sede parlamentare.

[50] A. BRANCASI, *La disciplina costituzionale del bilancio: genesi, attuazione, evoluzione, elusione*, in *Il Filangieri, Quaderno*, 2011, 7-18

necessario coprire le spese destinate a gravare su esercizi futuri, trovava giustificazione nella possibilità che avrebbero avuto i bilanci relativi a tali esercizi di stabilire liberamente il relativo equilibrio[51]. Conseguentemente, la definizione di una spesa "nuova e maggiore", ai fini della sottoposizione all'obbligo della copertura finanziaria, era costituito dagli stanziamenti del bilancio approvato, per cui all'obbligo di copertura dovevano essere sottoposte soltanto le leggi che rendessero doverosa l'iscrizione in bilancio di spese da questo non previste o previste in misura minore. Una siffatta interpretazione del principio conduceva, tuttavia, ad esiti irragionevoli rispetto agli esercizi successivi a quello cui si riferiva il bilancio approvato, con l'anomalo effetto per cui l'obbligo di copertura finanziaria non doveva essere assolto qualora gli oneri fossero destinati a gravare su esercizi successivi.

La limitazione dell'operatività del quarto comma dell'articolo 81 alle spese riguardanti il bilancio già approvato, senza preoccuparsi degli oneri che avrebbero fatto carico sugli esercizi successivi, elude di fatto la *ratio* della disposizione su citata[52], con inaccettabili misure che si traducono in una «mera ipotesi politica» la cui fattibilità giuridica ed economico-finanziaria non sia «supportata neppure da una schematica relazione tecnica»[53], attenuando così il rigore della norma e limitandolo ad evitare l'alterazione *in peius* dell'equilibrio fra entrate e spese approvato dal parlamento con la legge di bilancio[54].

[51] Ciò in quanto gli equilibri di bilancio non sono costituiti soltanto da quelli del bilancio annuale. Su un piano sostanziale, infatti, anche per le spese destinate a gravare sugli esercizi successivi si rende possibile coprirle con la previsione di incremento delle entrale, alla stessa stregua di come fino ad allora avveniva facendo riferimento alle previsioni di bilancio.

[52] Cfr. C. BUZZACCHI, *L'«armonia logica e matematica dell'equilibrio del bilancio» e le improbabili acrobazie contabili del legislatore regionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 3032.

[53] In questi termini Corte cost., sent. n. 227/2019. Si veda C. FORTE e M. PIERONI, *Osservazioni sulla sentenza n. 227 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, 562 ss.

[54] Per la Corte (n. 227/2019), infatti, è «nei princìpi fondanti della disciplina del bilancio pubblico che in sede previsionale gli assetti dell'equilibrio e della copertura siano ipotizzati in modo statico secondo una stima attendibile delle espressioni numeriche, che sia assicurata la coerenza con i presupposti economici e giuridici della loro quantificazione, e che, inoltre, la successiva gestione e

In virtù della evoluzione su richiamata, il principio di copertura finanziaria, secondo la dottrina, è stato inteso come «il principale, se non l'unico, strumento per assicurare il pareggio di bilancio o, comunque, un potenziale e tendenziale equilibrio fra risorse e spese»[55].

L'interpretazione del principio di copertura finanziaria viene inserito, dunque, nel più ampio contesto dell'interpretazione della natura e del ruolo della legge di bilancio e del rapporto di questa con le altre leggi[56].

Con riferimento agli enti territoriali, essi si "*considerano in equilibrio in presenza di un risultato di competenza dell'esercizio non negativo*", apparentemente, senza alcun onere aggiuntivo per garantire il collettivo raggiungimento dell'obiettivo di medio termine (OMT)[57]. In pratica si determina la sovrapposizione, a previsione, tra "pareggio" e obbligo di equilibrio statico-autorizzativo[58], ai sensi dell'art. 40 d.lgs. n. 118/2011 e dell'art. 162 TUEL con quello richiesto ai fini dell'art. 9 della l. n 243/2012, con la possibilità di computare pienamente avanzo e fondo pluriennale applicato.

La disposizione del comma 821[59] è strettamente collegata alla necessità di dare attuazione alla giurisprudenza costituzionale in materia[60].

la rendicontazione diano atto – sempre in coerenza con i presupposti economici, giuridici e fattuali – degli effetti delle circostanze sopravvenienti raffrontandoli con il programma iniziale».

[55] A. FONZI, *L'obbligo di copertura finanziaria e l'equilibrio di bilancio. La prevalenza dell'interesse finanziario nelle leggi regionali – proclama*, cit., 325.

[56] L'obbligo di copertura è stato, dunque, interpretato in stretta correlazione alle peculiarità della legge di bilancio intesa come legge non sottoposta al predetto obbligo: il terzo ed il quarto comma dell'art. 81 Cost. esprimono un meccanismo di razionalizzazione della decisione finanziaria, la cui garanzia procedurale si trova nella distinzione di funzioni fra legge di bilancio e leggi di spesa.

[57] L'obiettivo di medio termine (OMT) rappresenta uno dei valori posti a fondamento delle valutazione delle istituzioni della Unione europea. Altri valori sono il saldo strutturale, ossia il saldo di bilancio depurato dalle conseguenze del ciclo avverso; l'obiettivo di bilancio a medio termine, stabilito in modo differente per ciascun Stato membro; la c.d. regola sulla spesa, finalizzata a garantire effettività all'obiettivo di medio termine; il monitoraggio del rapporto debito pubblico/PIL che non deve superare la soglia del 60% altrimenti sarà possibile attivare la procedura per disavanzo eccessivo. L'insieme delle regole europee è classificabile in due differenti aree: da una parte la prevenzione e dall'altra la correzione. Cfr. R. DICKMANN, *Governance economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblic*i, Napoli, 2013, 14.

[58] Cfr. Corte cost. sent. n. 70/2012 nonché n. 250/2013.

[59] *"Gli enti di cui al comma 819 si considerano in equilibrio in presenza di un risultato di competenza dell'esercizio non negativo. L'informazione di cui al periodo precedente è desunta, in*

Tuttavia, dai commi 820 e 821 si può ricavare che la disciplina di pareggio ed equilibrio si sono perfettamente sovrapposte, ma solo a previsione. Ciò in quanto, a consuntivo, permane una disciplina speciale ed aggiuntiva: il comma 821 richiede che il pareggio non sia solo previsionale, ma sussista anche in corso di gestione e a consuntivo, come dimostra il riferimento all'allegato n. 10 del d.lgs. n. 118/2011 (rendiconto di gestione): questo significa che il mancato pareggio tra entrate e spese di competenza continua a determinare effetti sul piano del disavanzo, ai sensi dell'art. 9, comma 2, della l. n. 243/2012[61].

In altri termini, da un lato, equilibrio statico (a previsione) e pareggio coincidono, dall'altro, essi, in realtà, si distinguono in fase di consuntivo imponendo differenti comportamenti correttivi sulla base di due saldi distinti: il primo si identifica col risultato di amministrazione e con la disciplina del rientro dal disavanzo "complessivo" accumulato negli anni, il secondo con un saldo di pareggio tra entrate e spese accertate ed impegnate, di competenza dell'esercizio trascorso[62], per cui è previsto un apposito sistema di monitoraggio (art. 9, comma 2, l. n. 243/2012)[63].

ciascun anno, dal prospetto della verifica degli equilibri allegato al rendiconto della gestione previsto dall'allegato 10 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118".

[60] Il comma 820, che cita le sentenze nn. 247/2017 e n. 101/2018.

[61] Come rileva Corte cost., n. 4/2020: *"Il principio dell'equilibrio di bilancio non corrisponde ad un formale pareggio contabile, essendo intrinsecamente collegato alla continua ricerca di una stabilità economica di media e lunga durata, nell'ambito della quale la responsabilità politica del mandato elettorale si esercita, non solo attraverso il rendiconto del realizzato, ma anche in relazione al consumo delle risorse impiegate"*. (*Precedente citato: sentenza n. 18 del 2019*). In proposito, cfr. C. BUZZACCHI, *Autonomie e corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 20 ss.

[62] F. SUCAMELI, *"Patto di stabilità", principi costituzionali ed attuazione politica: la legge di bilancio 2019 e l'art. 9 della l. n. 243/2012 attraverso il prisma della giurisprudenza del Giudice delle leggi*,

[63] Come rileva A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, cit., 8 ss.: *«Non si allude al pareggio contabile, ma al pareggio del saldo strutturale al netto del ciclo economico e delle misure una tantum o temporanee. Non si stabilisce un obbligo statico di pareggio, ma si pongono regole dinamiche, condizionate da fatti concreti (congiuntura e eventi eccezionali) e da decisioni politiche contingenti che consentono il ricorso anche al debito, per realizzare il pareggio. Il concetto di "equilibrio" serve a prefigurare, prescrivendolo, il percorso (europeo e nazionale) per realizzare un "sano" bilancio in pareggio, con disavanzi e debito pubblico contenuti e sostenibili. I concetti che contano sono fissati nella legge di attuazione, attraverso un gioco di rimandi a catena a definizioni predefinite, e mediante rinvii mobili al diritto dell'Unione europea. L'art. 3, comma 2, della legge n. 243/2012 stabilisce che "L'equilibrio dei bilanci corrisponde all'obiettivo di medio termine", ossia il "valore del saldo strutturale individuato sulla base dei criteri stabiliti dall'ordinamento dell'Unione europea»*.

In proposito, come rilevato dalla Consulta[64]: *"non è conforme ai precetti dell'art. 81, quarto comma, della Costituzione, realizzare il pareggio di bilancio in sede preventiva, attraverso la contabilizzazione di un avanzo di amministrazione non accertato e verificato a seguito della procedura di approvazione del bilancio consuntivo dell'esercizio precedente"*[65].

Nell'ordinamento finanziario delle amministrazioni pubbliche, infatti, i principi del pareggio e dell'equilibrio risultanti dall'art. 81, quarto comma, della Costituzione si realizzano attraverso due regole, una statica e l'altra dinamica: la prima consiste nella parificazione delle previsioni di entrata e spesa; la seconda, fondata sul carattere autorizzatorio del bilancio preventivo, non consente di superare in corso di esercizio gli stanziamenti dallo stesso consentiti. La loro combinazione protegge l'equilibrio tendenziale in corso di esercizio a condizione che le pertinenti risorse correlate siano effettive e congruenti[66].

Il Giudice costituzionale rileva inoltre che l'avanzo di amministrazione costituisce una specie della più ampia categoria del risultato di amministrazione[67], il quale – per effetto della somma algebrica tra residui attivi, passivi e fondo di cassa – può avere quale esito l'avanzo, il disavanzo o il pareggio.

[64] Corte cost. n. 70/2012. Per un commento, cfr. D. MORGANTE, *Il principio di copertura finanziaria nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, n. 17/2012.

[65] Siveda Corte dei conti, Deliberazione n. 13/SEZAUT/2020/QMIG, secondo cui: "Al fine di evitare la reiterazione di siffatti comportamenti ed in coerenza con la giurisprudenza costituzionale (Corte cost. n. 70/2012), è stato opportunamente ed espressamente previsto che l'avanzo libero e quello destinato non possano essere utilizzati prima dell'approvazione del rendiconto (art. 187 TUEL; cfr. Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria, par.9.2; Principio contabile applicato concernente la programmazione, par. 9.7 e 9.7.3). L'avanzo vincolato, invece, riguardando somme già accertate con specifico vincolo di destinazione, per le finalità previste può essere utilizzato, sia pure con determinate cautele procedimentali (art. 187, commi 3, 3–ter e ss. TUEL).

[66] Così Corte cost. n. 70/2012.

[67] Esso corrisponde alla somma del fondo cassa (valore al 31 dicembre) e residui attivi (sostanzialmente crediti non ancora incassati) al netto dei residui passivi (debiti non ancora pagati). Nel caso in cui il valore risultante sia negativo, si parla di disavanzo di amministrazione.

Il risultato non ancora riconosciuto attraverso l'approvazione del rendiconto dell'anno precedente viene denominato, secondo la prassi contabile, "*risultato presunto*"[68].

Esso consiste in una stima provvisoria, priva di valore giuridico ai fini delle corrispondenti autorizzazioni di spesa[69].

Il suo ausilio in sede di impianto e gestione del bilancio di previsione – la fisiologia contabile è nel senso dell'iscrivibilità solo in corso di gestione, perché il termine per l'approvazione del bilancio di previsione è antecedente a quello di chiusura dell'esercizio precedente. Tuttavia, è frequente, a seguito delle proroghe concesse dalla legge, che il bilancio di previsione venga approvato dopo il consuntivo dell'esercizio precedente – è soprattutto quello di ripristinare tempestivamente gli equilibri di bilancio nel caso di disavanzo presunto, attraverso l'applicazione del pertinente valore negativo al bilancio in corso ed il prudenziale correlato accantonamento di risorse indispensabili nel caso in cui il rendiconto palesi successivamente, ad esercizio inoltrato, un risultato negativo certo e più difficile da correggere nel residuo arco temporale annuale a disposizione.

In riferimento al quadro normativo e giurisprudenziale su richiamato, si è parlato di "doppio binario", ossia della imposizione agli enti territoriali, nella costruzione del bilancio, di un obiettivo contabile ulteriore a quello della mera copertura

[68] In particolare è stato ritenuto che l'elusione dell'equilibrio del bilancio annuale e pluriennale può realizzarsi attraverso le interrelazione con le componenti del bilancio, tra cui l'utilizzazione arbitraria e indistinta di un avanzo di amministrazione presunto, giuridicamente inesistente, prima dell'approvazione definitiva del rendiconto. Così Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 279, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2017, 1, 16, con commento di P. SANTORO, *L'elusione del principio di equilibrio con artificioso utilizzo dell'avanzo di amministrazione*.

[69] L'avanzo di amministrazione, infatti, deve costituire un fermo punto di partenza degli esercizi successivi in coerenza con il principio di continuità degli esercizi finanziari per effetto del quale ogni determinazione infedele del risultato di amministrazione si riverbera a cascata sugli esercizi successivi. Nessuna spesa può essere accesa in poste di bilancio correlate ad un avanzo presunto, se non quella finanziata da fondi vincolati e regolarmente stanziati nell'esercizio precedente. Cfr. Corte cost., 20 dicembre 2017, n. 274, con commento di R. SCALIA, *Il giudizio di parificazione del rendiconto generale delle Regioni, dopo il 2012. Gli orientamenti della Corte Costituzionale*, in *Federalismi*, n. 8/2018.

della spesa (ossia l'equilibrio nella continuità degli esercizi finanziari, mediante il risultato di amministrazione)[70].

In estrema sintesi, lo Stato, definendo il vincolo speciale imposto ai bilanci delle varie pubbliche amministrazioni rilavante ai fini del "conto economico consolidato"[71], su cui si misura il raggiungimento degli obiettivi imposti dall'ordinamento europeo, ha imposto agli enti territoriali un *quid pluris* rispetto al pareggio contabile (il c.d. doppio binario)[72].

Gli enti territoriali, infatti, si "*considerano in equilibrio in presenza di un risultato di competenza dell'esercizio non negativo*", apparentemente, senza alcuno sforzo aggiuntivo per garantire il collettivo raggiungimento dell'obiettivo di medio termine (OMT). In pratica si determina la sovrapposizione, a previsione, tra "pareggio" e obbligo di equilibrio statico-autorizzativo (cfr. Corte cost. sent. n. 70/2012)[73].

In proposito, nonostante alcuni dubbi, la Corte dei conti con pronuncia delle Sezioni Riunite in sede di controllo[74], ha confermato la sussistenza del c.d. doppio binario su descritto, affermando che *"Alle disposizioni introdotte dalla legge rinforzata n. 243 del 2012, tese a garantire, fra l'altro, che gli enti territoriali concorrano al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica posti in ambito europeo, strutturati secondo le regole valevoli in quella sede, si affiancano le norme aventi fonte*

[70] Con il tempo, inoltre, questi previsioni legislative sono state accompagnate da un articolato sistema di "rimedi" per renderne effettiva l'osservanza (le c.d. "limitazioni" e "sanzioni" che sono rimesse al sindacato e alla giurisdizione speciale della Corte dei conti).

[71] Il conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche viene costruito dall'Istat entro la fine del mese di febbraio di ciascun anno al fine di trasmettere alla Commissione UE le statistiche richieste in applicazione del protocollo sui deficit eccessivi annesso al patto di stabilità. Il conto economico consolidato viene redatto a partire dai beni di tutte le istituzioni che appartengono all'aggregato delle pubbliche amministrazioni e, fornisce una rappresentazione economica, consolidata e di competenza, delle principali voci di entrate e uscite. Non vengono considerate le uscite e le entrate di carattere finanziario che non incidono sulla situazione patrimoniale.

[72] F. SUCAMELI, *"Patto di stabilità", principi costituzionali ed attuazione politica: la legge di bilancio 2019 e l'art. 9 della l. n. 243/2012 attraverso il prisma della giurisprudenza del Giudice delle leggi*, cit., 11 ss.

[73] Cfr. M. NARDINI, *La "tutela degli equilibri di bilancio" delle Regioni nella sentenza n. 70/2012 della Corte Costituzionale, alla luce dei nuovi articoli 81 e 119 della Costituzione – (nota a sentenza del 28 marzo 2012, n. 70)*, in *Amministrazione in cammino*, 2012.

[74] N. 20/SSRRCO/QMIG/2019, in https://www.corteconti.it/Download?id=7ea8e0fe-a760-4847-8093-291fb85e082a

nell'ordinamento giuridico-contabile degli enti territoriali, tese a garantire il complessivo equilibrio, di tipo finanziario, di questi ultimi. Gli enti territoriali hanno l'obbligo di rispettare il pareggio di bilancio sancito dall'art. 9, commi 1 e 1-bis, della legge n. 243 del 2012, anche quale presupposto per la legittima contrazione di indebitamento finalizzato a investimenti (art. 10, comma 3, legge n. 243 del 2012). I medesimi enti territoriali devono osservare gli equilibri complessivi finanziari di bilancio prescritti dall'ordinamento contabile di riferimento (aventi fonte nei d.lgs. n. 118 del 2011 e n. 267 del 2000, nonché, da ultimo, dall'art. 1, comma 821, della legge n. 145 del 2018) e le altre norme di finanza pubblica che pongono limiti, qualitativi o quantitativi, all'accensione di mutui o al ricorso ad altre forme di indebitamento"[75].

In definitiva, l'influenza interna dei vincoli comunitari ha portato alla elaborazione di dispositivi legislativi di coordinamento della finanza pubblica che, dal patto di stabilità interno, sono sfociati, mutuando denominazione e struttura, nell'odierno principio di pareggio in materia di bilancio.

[75] Nella fattispecie concreta, il Presidente della Provincia autonoma di Trento, con istanza del 10 settembre 2019, ha formulato alla Sezione di controllo per il Trentino - Alto Adige/Suedtirol - Sede di Trento, richiesta di parere, ai sensi dell'articolo 7, comma 8, della legge n. 131 del 5 giugno 2003, al fine di accertare se, per effetto dell'introduzione dell'art. 1, comma 821, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio statale per il 2019), ai sensi del quale le regioni a statuto speciale, le province autonome di Trento e di Bolzano, le città metropolitane, le province e i comuni "si considerano in equilibrio in presenza di un risultato di competenza dell'esercizio non negativo", si possano ritenere rimossi i limiti previsti dalla legge 24 dicembre 2012, n. 243, non solo con riferimento all'utilizzo del risultato di amministrazione e del fondo pluriennale vincolato ai fini dell'equilibrio di bilancio prescritto dall'art. 9, ma anche con riguardo alle operazioni di indebitamento disciplinate dal successivo art. 10, con conseguente assoggettamento delle operazioni di contrazione di debito unicamente ai limiti di cui ai commi 819 e seg. della legge n. 145 del 2018. Con deliberazione n. 52/2019/QMIG, la Sezione regionale di controllo Trentino - Alto Adige/Suedtirol - Sede di Trento, ha a sua volta sospeso il proprio pronunciamento, deferendo al Presidente della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 17, comma 31, del d.l. n. 78 del 2009, convertito dalla legge n. 102 del 2009, nonché dell'art. 6, comma 4, del d.l. n. 174 del 2012, convertito dalla legge n. 213 del 2012, al fine di ottenere una pronuncia di orientamento generale per le Sezioni regionali di controllo, con la seguente questione di massima: "se il comma 821 della legge 145/2018 abbia abrogato il comma 1 dell'art. 9 della legge 243/2012 e se, oltre ad aver ridefinito il parametro dell'equilibrio di bilancio in senso difforme da quanto disposto dall'art. 9, c. 1 e c. 1-bis, della legge 243/2012, abbia prodotto effetti anche sulle condizioni per il ricorso all'indebitamento da parte di regioni ed enti locali disciplinate, in particolare, dall'art. 10, comma 3, della medesima legge 243/2012".

Al fine di garantire la stabilità dei conti pubblici il *Fiscal Compact*[76] prescrive che la posizione di bilancio della pubblica amministrazione debba essere in pareggio oppure in avanzo. Tale regola viene ulteriormente declinata stabilendo che essa si ritiene rispettata nel caso in cui il saldo strutturale sia pari all'obiettivo di medio termine specificato per il paese, con il limite inferiore di un disavanzo pari allo 0,5% del prodotto interno lordo ai limiti di mercato (c.d. *golden rule*).

La *golden rule*[77] prevista per gli enti territoriali risulta radicalmente diversa rispetto al previgente patto di stabilità, consistente nel raggiungimento di uno specifico obiettivo di saldo finanziario, calcolato quale differenza tra entrate e spese finali - comprese dunque le spese in conto capitale - espresso in termini di competenza mista (criterio contabile che considera le entrate e le spese in termini di competenza, per la parte corrente, e in termini di cassa per la parte degli investimenti, al fine di rendere l'obiettivo del patto di stabilità interno più coerente con le regole contabili europee). I complessi meccanismi del patto sono ora sostituiti, dunque, da un vincolo più lineare, costituito dal raggiungimento di un unico saldo.

Questo è l'elemento centrale della nuova disciplina, ed il principale elemento migliorativo rispetto al patto. Ciò in quanto il

[76] Il *fiscal compact*, letteralmente "patto di bilancio europeo", formalmente Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'unione economica e monetaria, è un accordo approvato con un trattato internazionale il 2 marzo 2012 da 25 dei 28 stati membri dell'Unione europea. Entrato in vigore il 1º gennaio 2013, il patto contiene una serie di regole, chiamate "regole d'oro" (*golden rule*), che sono vincolanti nell'UE per il principio dell'equilibrio di bilanci. In materia, cfr. M. DI SIMONE, *L'integrazione del Meccanismo europeo di stabilità e del Trattato sul Fiscal Compact nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018; L. MOTTURA, *Finanza pubblica e politiche di sostegno economico*, 47 ss.

[77] Nel contesto della finanza pubblica, l'espressione *golden rule* si riferisce a un particolare criterio di conduzione della politica fiscale, in base al quale l'indebitamento pubblico è ammesso solo per le spese in conto capitale destinate allo sviluppo delle infrastrutture e agli investimenti in capitale umano (che possono essere scorporati dal computo del deficit ai fini del rispetto del patto di stabilità fra gli stati membri dell'Unione europea), mentre le spese correnti sono finanziate solo attraverso il prelievo fiscale. In quest'ottica, il finanziamento degli investimenti pubblici attraverso il disavanzo di bilancio rappresenta uno strumento per sostenere la domanda aggregata, e quindi per accrescere il livello dell'attività produttiva durante la fase di contrazione del ciclo economico : sarà la fase successiva di ripresa economica ad alimentare la crescita del gettito fiscale che compenserà, in un'ottica di equilibrio di bilancio nell'intero ciclo economico, il deficit pubblico che ha permesso il finanziamento degli investimenti pubblici. In materia cfr. L. MOTTURA, *Finanza pubblica e politiche di sostegno economico*, Roma, 2014, 26 ss.

nuovo saldo obiettivo, mediante cui gli enti concorrono agli obiettivi di finanza pubblica, deve essere "non negativo", vale a dire posto – come livello minimo - pari a zero, a differenza del saldo obiettivo del patto, posto sempre su valori positivi (doveva essere cioè un avanzo) in ragione del concorso alla finanza pubblica richiesto annualmente agli enti[78]. Inoltre, poichè il saldo è richiesto solo in termini di competenza, ciò comporta il venir meno del previgente vincolo per cassa ai pagamenti in conto capitale, consentendo in tal modo agli enti locali che hanno liquidità di poter procedere ai pagamenti di conto capitale, favorendo così gli investimenti[79].

4. L'armonizzazione dei sistemi contabili della pubblica amministrazione

L'armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali[80] costituisce uno dei fondamentali presupposti necessari del sistema dei controlli a vario titolo affidati alla Corte dei conti – con l'avallo della giurisprudenza costituzionale[81] – al fine di garantire il consolidamento delle finanze pubbliche, soprattutto sotto la spinta dei vincoli europei[82].

[78] L. CASO, *Il costo dei diritti e della loro tutela tra Unione Europea e autonomie territoriali*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 3-4/2018, 463 ss.
[79] Cfr. M. QUECCHIA, *Confronto tra nuovo saldo di competenza finanziaria potenziata (SCFP) e patto di stabilità interno (PSI)*, Santarcangelo di Romagna, 2016.
[80] G. LUCHENA, *Dalla compartecipazione regionale delle risorse statali alla compartecipazione statale delle risorse regionali: "inversione" della finanza derivata e armonizzazione dei bilanci in funzione di coordinamento*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019; L. SAMBUCCI, *Corte costituzionale e armonizzazione dei bilanci pubblici: il difficile bilanciamento dei principi di autonomia e delle esigenze di unitarietà della finanza pubblica*, in *Rivista "Nomos. Le attualità del diritto"*, n. 3/2017; L. ANTONINI, *Armonizzazione contabile e autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017; F. GUELLA, *Pacta sunt servanda, armonizzazione dei bilanci pubblici e buon senso. Le ragioni della Corte costituzionale per normalizzare l'ordinamento finanziario comunale della Provincia di Bolzano*, in *Le Regioni*, 2017; G. RIVOSECCHI, *L'armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali: orientamenti e prospettive alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, n. 17/2016.
[81] In questa prospettiva, si colloca la giurisprudenza costituzionale. Tra le tante, si veda Corte cost. n. 184 del 2016; n. 49/2018; n. 115/2020; n. 157/2020; n. 159/2020.
[82] Cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bologna, 2013. L'autore individua nei vincoli all'indebitamento posti dal *Fiscal compact* un punto di svolta epocale: i vincoli all'indebitamento, infatti, vengono introdotti direttamente negli ordinamenti costituzionali nazionali, oltre che in quello europeo. La decisione

L'armonizzazione consente di confrontare l'andamento dei conti pubblici dei diversi livelli territoriali di governo e, conseguentemente, di verificare il rispetto delle regole che presiedono alla redazione dei bilanci pubblici [83], consistenti in principi contabili comuni, da parte di tutti i livelli dell'amministrazione pubblica (Stato, Regioni, Comuni, enti territoriali), al fine di realizzare un governo unitario della finanza pubblica. Ciò attraverso l'introduzione di criteri omogenei diretti a migliorare la trasparenza, l'attendibilità e la confrontabilità delle scritture contabili di tutte le amministrazioni pubbliche, costituisce uno strumento essenziale per la definizione di un quadro normativo contabile che concorra alla sostenibilità delle finanze pubbliche[84]. Oltre a dispiegare la sua azione sul piano dell'autonomia normativa contabile degli enti pubblici, l'armonizzazione contabile è infatti una funzione che estende in concreto i sui effetti anche sul piano finanziario, in base al presupposto che una maggiore uniformità nella predisposizione degli strumenti di bilancio assicuri, in prospettiva, un miglior uso delle risorse pubbliche[85].

Un primo riferimento all'armonizzazione dei bilanci pubblici nell'ordinamento italiano si può rinvenire nella prima legge di riforma della contabilità e finanza pubblica n. 468/1978, in cui si prevedeva espressamente, all'articolo 25, la "normalizzazione" dei bilanci pubblici[86].

Successivamente il legislatore italiano, anche precedendo la specifica disciplina europea poi intervenuta nel 2011, ha

sul "quando" e sul "quanto" ricorrere al debito pubblico viene rimessa all'Europa, con rilevanti effetti anche sulle autonomie territoriali.

[83] G. RIVOSECCHI, *L'armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali: orientamenti e prospettive alla luce della giurisprudenza costituzionale*, cit., 3.

[84] Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Lazio, Inaugurazione dell'Anno giudiziario 2020 Roma, Aula delle Sezioni riunite, 28 febbraio 2020, Intervento dell'Avv. Gabriele Fava Vice Presidente del Consiglio di Presidenza della Corte dei conti, 2.

[85] Cfr. L. SAMBUCCI, *Corte costituzionale e armonizzazione dei bilanci pubblici: il difficile bilanciamento dei principi di autonomia e delle esigenze di unitarietà della finanza pubblica*, cit.

[86] M. COLLEVECCHIO, *L'armonizzazione dei sistemi contabili e dei bilanci degli enti locali nel quadro del federalismo fiscale e della riforma costituzionale*, in *La finanza locale*, 2012, 54 ss.

introdotto la materia "Armonizzazione dei bilanci pubblici" nella Carta costituzionale con la riforma del titolo V del 2001, dapprima inserendola nell'ambito della competenza concorrente, e poi, con la legge costituzionale n. 1 del 2012, portandola nella competenza esclusiva statale[87].

L'istanza regolatoria affermata in Costituzione è stata poi declinata secondo due differenti filoni normativi, costituiti il primo dalla legge delega n.42 del 2009 sul federalismo fiscale (articolo 2), ed il secondo dalla legge di contabilità e finanza pubblica n.196/2009 (articolo 2).

La concreta implementazione delle nuove regole ha incrociato la disciplina europea nel frattempo intervenuta, dal momento che la Direttiva 2011/85/UE – facente parte del pacchetto dei provvedimenti legislativi noti come *Six pack*, volti all'introduzione di meccanismi rafforzati di controllo e di sorveglianza sugli squilibri macroeconomici e finanziari degli Stati membri – ha specificamente fissato regole minime comuni per i quadri di bilancio nazionali finalizzate a renderli più trasparenti, confrontabili e il più possibile completi e veritieri, nonché con un medesimo orizzonte temporale pluriennale di programmazione (minimo tre anni).

In particolare, tale Direttiva ha richiesto da un lato l'adozione, in sede di programmazione di bilancio, di meccanismi di coordinamento tra tutti i sottosettori dell'amministrazione, e dall'altro ha evidenziato la necessità di uniformità delle regole e delle procedure contabili.

La disciplina dell'armonizzazione contabile nel nostro ordinamento si è quindi di fatto sviluppata, e via via aggiornata nel corso del tempo, sulla base di un quadro normativo interno all'ordinamento medesimo, costituito dalle due leggi prima citate,

[87] G. RIVOSECCHI, *L'armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali: orientamenti e prospettive alla luce della giurisprudenza costituzionale*, cit.

ma anche in coerenza con le nuove regole e finalità nel frattempo intervenute in sede europea.

A tale esigenza si richiamano, in modo convergente, entrambe le leggi n. 42 e n.196 del 2009, che prevedono strumenti per l'armonizzazione basati su principi e regole contabili uniformi, sul piano dei conti integrato, su schemi di bilancio comuni, sul bilancio consolidato.

Il principio dell'armonizzazione dei sistemi contabili e dei bilanci pubblici si connette al principio di coordinamento della finanza pubblica[88], strumento fondamentale per il rispetto delle regole di convergenza e di stabilità dei conti pubblici[89], derivante sia dall'ordinamento comunitario che da quello nazionale.

Infatti, l'armonizzazione contabile delle amministrazioni pubbliche chiamate a concorrere al perseguimento degli obiettivi economico finanziari fissati in sede europea – cioè le pubbliche amministrazioni facenti parte del conto economico consolidato della P.A. – è qualificabile come strumento di coordinamento della finanza pubblica[90], dal momento che dà vita al quadro di bilancio necessario per l'attuazione del Patto di stabilità e crescita europeo[91].

Tale Patto definisce gli obiettivi economico finanziari del paese in un orizzonte temporale pluriennale, secondo le regole europee di *governance* economica, nonché l'entità del concorso di ciascun sottosettore della P.A. al raggiungimento di tali obiettivi[92], ed è

[88] In materia, si veda *Rapporto sul Coordinamento della Finanza Pubblica 2020*, in *https://www.corteconti.it/Home/Organizzazione/UfficiCentraliRegionali/UffSezRiuniteSedeControllo/RappCoord/RappCoord2020*.

[89] Cfr. A. CAROSI, *La Corte dei conti nell'ordinamento italiano, Collazione dei discorsi tenuti alle celebrazioni del centocinquantenario della Corte dei conti nelle sedi di Salerno, di Cagliari, di Trento, di Milano, di Perugia e Campobasso integrati con alcune novità giurisprudenziali intervenute nel 2013*, cit., 29.

[90] Si veda F.E. GRISOSTOLO, *Stato regionale e finanza pubblica multilivello*, Padova, 2020.

[91] In argomento si veda C. DOMENICALI, *La Commissione europea e la flessibilità "temporale" nell'applicazione del Patto di Stabilità e Crescita*, in *Federalismi*, n. 19/2020; R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino 2020, 702 ss.

[92] Il Patto è stato interessato da crisi "politica" cui hanno fatto seguito delle riforme nel 2005, che hanno consentito l'ingresso nella disciplina fiscale di importanti elementi di elasticità nella valutazione del rispetto dei parametri e nel delineare i percorsi di rientro dei Paesi non in linea con gli stessi: gli obiettivi a medio termine differenziati per Paese, il prolungamento dei vincoli temporali per la correzione dei deficit, la valutazione degli oneri finanziari delle riforme strutturali

pertanto qualificabile come "strumento sostanziale di coordinamento della finanza pubblica".

Nell'ordinamento nazionale, in ragione della sua funzione la materia dell'armonizzazione dei bilanci pubblici è stata assegnata, come si è detto, alla competenza legislativa esclusiva statale ai sensi della legge cost. n. 1 del 2012 che ha introdotto in Costituzione il principio del pareggio di bilancio, coerentemente con le nuove regole di *governance* economica europea.

La Direttiva 2011/85/UE ha richiesto, da un lato, l'adozione, in sede di programmazione di bilancio, di meccanismi di coordinamento tra tutti i sottosettori dell'amministrazione, e dall'altro ha evidenziato la necessità di uniformità delle regole e delle procedure contabili[93].

A seguito della Direttiva la Commissione Europea ha conferito mandato ad EUROSTAT di verificare la concreta applicabilità degli standard internazionali di contabilità pubblica nei vari Paesi dell'Unione Europea attraverso la costituzione di un apposito gruppo di lavoro, denominato "", composto da rappresentanti delle amministrazioni finanziarie. Ai lavori del Board impegnato nell'elaborazione dei principi contabili internazionali per il settore pubblico (IPSAS Board), partecipa per l'Italia la Ragioneria Generale dello Stato.

Come rilevato nella Relazione della Commissione sui progressi compiuti nell'attuazione della Direttiva in questione, alla luce dell'urgenza di interventi di risanamento in un gran numero di Stati membri, è necessario agire con la massima priorità. In tale contesto l'impegno volto a migliorare i quadri di bilancio nazionali è strettamente correlato alle politiche di risanamento finanziario,

ne sono alcuni esempi. Così C. DOMENICALI, *La Commissione europea e la flessibilità "temporale" nell'applicazione del Patto di Stabilità e Crescita*, cit. 456. Tuttavia, ne è derivata un'applicazione debole del PSC. In tal senso F. DONATI, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'unione europea*, in *Rivista AIC*, 2/2013.

[93] E. PETRONIO, *L'armonizzazione contabile nel sistema della contabilità pubblica*, in *Azienditalia*, n. 11/2018, 1393.

poiché entrambi sono finalizzati a produrre miglioramenti duraturi della qualità dei risultati di bilancio. A norma dell'articolo 16 della Direttiva, entro la data del 14 dicembre 2018 la Commissione dovrà pubblicare una relazione finale sugli esiti della stessa.

L'attenzione del legislatore comunitario alla qualità, trasparenza ed omogeneità dei conti pubblici trova anche riscontro nelle modifiche apportate alla disciplina sulla qualità dei dati statistici contenuta nel protocollo sulla procedura per i disavanzi eccessivi (Reg. (CE) 25 maggio 2009, n. 479/2009), in base alla quale l'EUROSTAT, ossia l'Ufficio statistico della Commissione europea, potrà richiedere anche l'accesso ai microdati utilizzati per la produzione dei quadri di finanza pubblica, potendo altresì compiere a tal fine delle visite non solo presso le sedi del Ministero dell'economia e delle finanze dell'ISTAT, ma anche presso singoli enti.

Con riferimento in particolare agli enti territoriali e locali, il decreto legislativo n. 118/2011 ha ridefinito l'ordinamento contabile degli enti territoriali e dei loro enti e organismi strumentali, al fine di realizzare una omogeneità effettiva dei bilanci e dei rendiconti ed estendere la contabilità patrimoniale a tutti gli enti[94], migliorando in tal modo la complessiva qualità dei conti pubblici e concorrendo positivamente al percorso di risanamento della finanza territoriale. Dopo una fase di sperimentazione, la nuova contabilità è stata applicata agli enti territoriali a decorrere dal 2015, venendo poi estesa a tutte le autonomie speciali nel corso del 2016[95].

Il quadro dei nuovi principi contabili che hanno presieduto alla nuova disciplina introdotta per gli enti territoriali, ha

[94] Così G. RIVOSECCHI, *L'armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali: orientamenti e prospettive alla luce della giurisprudenza costituzionale*, cit., 4.
[95] Cfr. E. PETRONIO, *L'armonizzazione contabile nel sistema della contabilità pubblica*, in *Azienditalia*, n. 11/2018, 1393 ss.

sostanzialmente costituito il riferimento (ad esempio con riguardo al principio della competenza finanziaria, affiancato anche da quello della competenza economica) anche per le amministrazioni pubbliche diverse da quelle centrali e territoriali, sulla base della delega recata dall'articolo 2 della legge di contabilità pubblica 31 dicembre 2009, n. 196[96]. In attuazione di tale delega, nell'ottica adeguamento del sistema delle decisioni di bilancio alla nuova *governance* economica europea[97], il Decreto legislativo n. 91/2011 reca norme di armonizzazione contabile, la cui decorrenza ed operatività, data la complessità dell'implementazione dei nuovi criteri contabili, viene differenziata su due anni.

Il medesimo D.Lgs. n. 91 ha in particolare esplicitamente disposto un periodo di sperimentazione per l'adozione del nuovo principio della competenza finanziaria. Inizialmente, tale sperimentazione della durata di due esercizi finanziari doveva decorrere a partire dall'anno 2012. Con successivi interventi legislativi il termine di partenza del periodo biennale di sperimentazione è stato portato al 2015. Dal medesimo anno decorre inoltre l'operatività del piano dei conti integrato a seguito di un periodo di un anno di sperimentazione (D.P.R. 4 ottobre 2013, n. 132)[98].

Il periodo di sperimentazione, che ha preso avvio a partire dal 1° gennaio 2015, si è concluso alla data del 31 dicembre 2016. Gli elementi utili alla valutazione degli esiti finali sono stati raccolti nel corso dell'esercizio 2017 anche in seguito alla trasmissione dei rendiconti 2016 degli enti individuati.

[96] Si tratta, in sostanza, degli enti nazionali di previdenza ed assistenza, delle Agenzie regionali sanitarie e degli enti (circa 150) dell'amministrazione centrale diversi dai ministeri.
[97] Cfr. L. TOLOMEO, L'adeguamento del sistema delle decisioni di bilancio alla nuova governance economica europea, in contabilità pubblica, 2011.
[98] Si veda L. BARTOCCI, L. DEL BENE, *L'armonizzazione contabile negli enti locali italiani – Implicazioni e prime conseguenze tra adattamento formale e cambiamento*, Milano, 2018, 16 ss.; E. PETRONIO, *L'armonizzazione contabile nel sistema della contabilità pubblica*, cit.

5. Considerazioni conclusive

Come emerso nel presente elaborato, il bilancio svolge una fondamentale funzione di *accountability*[99] poiché tende a responsabilizzare la Pubblica Amministrazione nelle scelte operate in fase sia di programmazione che di controllo, in quanto, con riferimento a quest'ultimo, permette di monitorare successivamente la gestione trascorsa[100]. Il bilancio rappresenta, inoltre, oggetto di tutela della giurisdizione contabile esercitata nella forma del controllo, espressione dell'interesse pubblico alla corretta gestione delle risorse pubbliche, bene di importanza suprema collegato all'intima natura democratica dello Stato costituzionale.

In questo panorama, il bilancio[101], rappresenta una sorta di cartina di tornasole dell'incidenza e dell'attuazione dei principi che reggono la gestione delle risorse pubbliche, in altri termini, lo strumento normativo e amministrativo attraverso cui viene definita la relazione tra fini e mezzi (finanziari) di cui un ente dispone, la cui decisione deve quindi essere conforme ad un sistema complesso di prescrizioni normative, talvolta di rango costituzionale, altre volte legislativo, o, ancora, di tipo amministrativo[102].

In tale contesto, l'esigenza di tutela dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito hanno profondamente innovato il controllo esercitato dalla Corte dei conti sugli enti territoriali, che

[99] Cfr. G. SCACCIA, *Il bilancio quale strumento di responsabilità democratica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 2/2020, 11 ss.

[100] Tale funzione svolta ricomprende nel bilancio pubblico anche i costi, le spese, gli oneri e i ricavi derivanti dall'esternalizzazione dei servizi degli enti territoriali per mezzo dei propri organismi partecipati.

[101] Il bilancio è lo strumento normativo e amministrativo attraverso cui è assicurata l'effettività dei fini fissati a valle del processo democratico, che si traduce in utilità di rilevanza giuridica (funzioni e servizi pubblici, diritti) e che, a livello procedimentale, consente di verificare l'*"accountabiility"* (Corte cost. n. 49/2018) dei propri rappresentanti in ordine alla realizzazione dei programmi che quei fini realizzano (artt. 1 e 97 Cost.). In quest'ottica, come evidenziato dalla Corte costituzionale, il bilancio è un "bene pubblico". Così Corte cost. n. 18/2019, sentenza ormai nota come "sentenza di San Valentino", che ha chiuso il cerchio del lungo percorso interpretativo che ha visto al centro, sul piano sostanziale, l'elaborazione del concetto del bilancio quale bene pubblico costituzionale a tutela anche delle generazioni future, e, sul piano processuale, la riscoperta del ruolo della centralità della Corte dei conti nel sistema delle giurisdizioni. (Cfr. anche Corte cost. sentenze n. 184/2016, n. 80/2017, n. 228/2017, n. 247/2017, n. 49/2018 citata).

[102] M. FRATINI, *Compendio di contabilità pubblica*, Roma, 2019, 396.

ha mutato la sua tradizionale natura collaborativa, divenendo sempre più incisivo.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, a causa delle minori entrate derivanti dalla crisi economico finanziaria e dei minori trasferimenti statali, la maggioranza degli enti locali si trovano oggi in difficoltà nell'assicurare condizioni di equilibrio finanziario[103]. L'attività della magistratura contabile perde il suo ruolo ausiliario e collaborativo, e ciò in coerenza con la nuova architettura costituzionale.

L'ampia sindacabilità degli atti di controllo si traduce in una chiara affermazione del ruolo del giudice contabile di custode della finanza pubblica allargata nel rispetto del principio autonomistico[104].

[103] Per tali ragioni, al fine di evitare il dissesto (e le gravi conseguenze per la comunità ed i creditori derivanti da tale *default*), il legislatore è intervenuto per potenziare l'istituto del predissesto. Si pensi, ad esempio, alle previsioni di cui all'art. 1, commi 714-714-*bis*, legge del 28 dicembre 2015, n. 2018, che hanno inteso rafforzare la possibilità di ricorrere alla procedura di riequilibrio finanziario trattato nel paragrafo n. 7. Il nuovo Codice della giustizia contabile, di cui al d.lgs. n. 174 del 2016, ha organicamente disciplinato le Sezioni Riunite in speciale composizione. L'art. 11, comma 6, precisando che le Sezioni Riunite in speciale composizione decidono sui giudizi in materia di piani di riequilibrio finanziario, ha definitivamente comportato il superamento della questione di giurisdizione che si era inizialmente presentata sugli atti di controllo in materia di procedura di riequilibrio finanziario da cui scaturisce l'obbligo della dichiarazione di dissesto.

[104] Ciò a fronte di un quadro normativo talora «opaco ed autoreferenziale per quel che concerne le dinamiche applicative del riparto del gettito» (così Corte cost. n. 188/2016; si veda nota di G.P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, in Le Regioni, n. 1-2/2017); nonché quelle intese a superare un coordinamento finanziario compiuto soltanto, o prevalentemente, tagliando la spesa